

IL NUOVO CONCORDATO FALLIMENTARE
(Trib. Mantova, 20 febbraio 2007; 23 marzo 2007; 3 aprile 2007;
26 aprile 2007; 29 maggio 2007)*

**Lo scritto è pubblicato su Il Nuovo Diritto delle Società 13/2007*

Le cinque pronunce del Tribunale di Mantova in materia di concordato fallimentare offrono l'occasione per affrontare alcuni interessanti profili della rinnovata disciplina della procedura con particolare riguardo alla natura del controllo dell'autorità giudiziaria nella fase introduttiva e nella fase di omologazione.

di **ELENA FREGONARA**

Il Tribunale di Mantova, a quanto consta, è tra le prime sedi giudiziarie a confrontarsi con le nuove norme in tema di concordato fallimentare: i cinque provvedimenti che qui si annotano consentono di ripercorrere l'intera procedura ponendo l'accento su alcuni aspetti di rilievo¹.

1. Art. 125 l.f.: vaglio preventivo del giudice, parere del curatore e sospensione della liquidazione.

Una delle novità più dirompenti della riforma del concordato fallimentare consiste nella spiccata tendenza del legislatore ad invertire i ruoli tra giudice delegato e curatore: tale intento emerge dal confronto tra l'originario e l'attuale art. 125 l.f.

Nella disciplina previgente il giudice, acquisiti i pareri di curatore e comitato dei creditori, se riteneva la proposta conveniente, ne ordinava la comunicazione ai creditori; viceversa, la norma riformulata dispone che il giudice chiede il parere del comitato e del curatore e, solo dopo aver

¹ Le cinque pronunce sono consultabili sul sito www.ilcaso.it.

acquisito il parere favorevole di quest'ultimo, procede alla comunicazione della proposta ai creditori. La disposizione non suscita particolari problemi esegetici e, in effetti, in questo senso è stata interpretata dai giudici mantovani i quali hanno ritenuto che «*mancando la suddivisione dei creditori in classi, è preclusa al G.D. ogni valutazione in ordine alla convenienza della proposta*»².

La precisazione che introduce il Tribunale di Mantova in ordine alla mancanza di una suddivisione dei creditori in classi pare significativa giacché lascia sottintesa una diversa natura del controllo del tribunale laddove debba verificare il corretto utilizzo dei criteri di suddivisione dei creditori e dei trattamenti differenziati tra le diverse classi. Si tratta di un elemento rilevante della nuova disciplina: da una lato, viene riconosciuta, come già nel concordato preventivo, la facoltà per il proponente di distribuire l'intera platea dei creditori secondo logiche giuridico-economiche che favoriscano l'approvazione del concordato; dall'altro lato, viene recuperata una funzione di carattere valutativo in capo all'autorità giudiziaria chiamata a verificare la correttezza dei criteri di formazione delle classi anche in un'ottica di prevenzione rispetto al rischio che la composizione delle stesse venga operata con finalità di agevolare il raggiungimento della maggioranza richiesta per l'approvazione³. Sembra, in ogni caso, da escludersi che al tribunale sia devoluto un controllo di merito sul contenuto dei diversi trattamenti previsti⁴.

Rimossa questa originaria 'barriera' giudiziaria non rimane che stabilire a chi ora spetti quel controllo sulla convenienza della proposta. Sul punto l'art. 125 l.f. afferma che per procedere alla votazione dei creditori occorre raccogliere il parere del comitato dei creditori nonché del curatore e che, in particolare quest'ultimo, deve essere favorevole. In questa fase, dunque, tre paiono i momenti e i soggetti deputati ad un giudizio sulla convenienza del concordato: il comitato dei creditori, il curatore ed, infine, i creditori che lo approveranno laddove questo risulti per loro conveniente anche sulla base delle valutazioni espresse dai due organi fallimentari nei rispettivi pareri. In realtà: il parere che il comitato dei creditori è chiamato ad esprimere ha natura obbligatoria ma non vincolante⁵ e il terzo 'step', i.e. la votazione dei creditori, rappresenta un passaggio solo eventuale in quanto,

² Trib. Mantova, 3 aprile 2007, cit.

³ Così M. VITIELLO, *Articolo 125 Esame della proposta e comunicazione ai creditori*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, p. 1996.

⁴ Cfr. S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 96.

⁵ In questo senso cfr. Trib. Mantova, 29 maggio 2007, cit.

mancando il parere favorevole del curatore, la procedura non prosegue; sicché, attraverso un *restyling* della norma coerente con la generale ridefinizione delle funzioni degli organi fallimentari in chiave privatistica e degiurisdizionalizzata, viene inserito un nuovo ‘filtro preliminare’⁶ allo svolgimento del concordato fallimentare.

Sul punto il Tribunale di Mantova conferma che «*in ordine alla convenienza della proposta ed alla natura e serietà delle garanzie sono chiamati a pronunciarsi, nei rispettivi ambiti, il Curatore, il Comitato dei Creditori nonché i singoli creditori in sede di espressione del voto*»⁷: la proposta di concordato può avere il contenuto più vario, ma non comporta l’offerta di garanzie reali o personali di terzi⁸; tali elementi, se previsti, andranno ad influenzare il ‘verdetto’ sulla sua convenienza.

Il parere elaborato dal curatore diviene, dunque, il vero ‘motore’ del nuovo concordato fallimentare attraverso l’attestazione da un lato, della convenienza dell’accordo, dall’altro lato, dei prevedibili esiti della liquidazione.

Sotto il primo profilo, si è rilevato⁹ che la convenienza di una proposta implica la sua fattibilità: il requisito di fattibilità, oggetto di specifica dichiarazione da parte di un professionista nel concordato preventivo, è da ritenersi implicito nel sistema del concordato fallimentare. L’accertamento sulla adeguatezza della proposta a soddisfare i creditori e, quindi, sulla solvibilità dell’obbligato o degli obbligati compete al curatore soggetto che, selezionato ai sensi dell’art. 28 l.f., possiede la professionalità necessaria per svolgere tale compito.

Quanto al secondo aspetto, l’art. 125 l.f. pare individuare nei «*presumibili risultati della liquidazione*»¹⁰ un elemento ‘inderogabile’ del contenuto del parere del curatore. Procedendo da questo presupposto il Tribunale di Mantova invita il curatore ad integrare una relazione in cui «*non si fa cenno dell’esistenza/esigibilità di eventuali crediti, della proponibilità di azioni revocatorie o di responsabilità ex art. 146 l.f. né è contenuta alcuna*

⁶ L’espressione è di L. STANGHELLINI, *Articolo 124 Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, p. 1963.

⁷ Trib. Mantova, 20 febbraio 2007, cit.

⁸ Il nuovo art. 124 l.f. dispone che la proposta può prevedere «*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito*».

⁹ L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1964.

¹⁰ Così recita l’art. 125, comma 1, l.f.

valutazione concernente le garanzie offerte dal proponente»¹¹: il provvedimento dà conferma della natura decisiva del giudizio di convenienza espresso in questa sede dal Curatore e, nel contempo, riconosce in capo all'autorità giudiziaria un 'residuo' vaglio preventivo sul parere del curatore «in ordine alla completezza delle informazioni concernenti la fattibilità e la convenienza della proposta ed i presumibili risultati della liquidazione, (...), onde consentire ai creditori una consapevole espressione del loro voto»¹².

Sul tema è stato osservato¹³ che il richiamo ai presumibili risultati della liquidazione, rinviando al contenuto del programma di liquidazione *ex art. 104 ter l.f.* elaborato dal curatore in un periodo che, generalmente, precede la pronuncia sul concordato fallimentare, garantirebbe una maggiore idoneità del curatore rispetto al giudice delegato ad esprimersi sulla convenienza della proposta.

Ai sensi dell'art. 125, comma 3, l.f., *ante* riforma, in seguito al deposito della proposta il giudice 'poteva' sospendere la liquidazione: l'abrogazione di questa previsione comporta taluni problemi di carattere pratico in ordine sia ai soggetti eventualmente legittimati, sia al tempo in cui è possibile richiedere il decreto sospensivo della liquidazione dell'attivo fallimentare.

Sul profilo della legittimazione il Tribunale di Mantova afferma l'applicabilità dell'art. 108 l.f. che regola, in via generale, il potere di sospensione della liquidazione, annoverando tra i soggetti interessati a proporre l'istanza all'autorità giudiziaria anche il proponente il concordato¹⁴.

Con riguardo al momento in cui avanzare tale richiesta, alla luce della nuova procedura, sembra opportuno attendere l'acquisizione del parere favorevole del curatore, in assenza del quale tutto il procedimento si arresta¹⁵.

Pare, poi, ragionevole procedere in tal senso quando, all'esito di una specifica valutazione, la sospensione risulti funzionale al buon esito del concordato: in quest'ottica la dispone il Tribunale di Mantova «*potendo la prosecuzione dell'attività di liquidazione contrastare se non pregiudicare gli obiettivi in vista dei quali egli si è indotto a formulare l'istanza ex art. 124 l.f.*»¹⁶.

¹¹ Trib. Mantova, 3 aprile 2007, cit.

¹² IBIDEM, 3 aprile 2007, cit.

¹³ Così L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1994.

¹⁴ IBIDEM, 20 febbraio 2007, cit.

¹⁵ Cfr. M. VITIELLO, *Articolo 125*, cit., p. 2000.

¹⁶ Trib. Mantova, 20 febbraio 2007, cit.

L'unico dato certo è che la successiva approvazione del concordato si tradurrà, automaticamente, nella sospensione della liquidazione.

2. Art. 124 l.f.: legittimazione alla proposta di concordato da parte della società che controlla il fallito

Con la riforma del concordato fallimentare il fallito da un lato, viene privato dell' 'esclusiva' che caratterizzava la sua posizione con riguardo alla legittimazione a proporre la procedura¹⁷, dall'altro lato, il suo originario potere di presentare il concordato viene confinato all'interno di una "finestra temporale"¹⁸. Agli stessi vincoli sono assoggettate, per espressa previsione normativa, «*le società cui (il fallito) partecipi o le società sottoposte a comune controllo*»: la finalità pare quella di evitare facili aggiramenti dei divieti posti in capo al fallito¹⁹.

Sul punto il Tribunale di Mantova²⁰ equipara la situazione delle società sottoposte a comune controllo con il fallito a quella della società controllante, osservando che «*la norma che prevede restrizioni in ordine alla presentazione della proposta di concordato da parte di soggetti collegati al fallito ha natura speciale (in quanto tiene conto della particolare situazione in cui si trovano costoro) rispetto a quella che disciplina, in generale, la legittimazione a proporre la domanda ex art. 124 l.f. e, pertanto, ne è consentita l'interpretazione estensiva ove ricorra una fattispecie avente identità di ratio rispetto a quella espressamente contemplata*».

Tale soluzione, già sostenuta da autorevole dottrina²¹, conferma che l'indicazione della controllante, tra i soggetti elencati dall'art. 124 l.f., è rimasta, solo per una mera svista, nella penna del legislatore. In tale prospettiva non vi è dubbio che la società controllante sia un soggetto collegato al fallito come gli altri contemplati dalla norma in esame e, di conseguenza, avvantaggiato dal patrimonio informativo derivante dalla vicinanza al fallito stesso.

¹⁷ Il nuovo art. 124 l.f. dispone che «*la proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato*».

¹⁸ Così L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1950; l'art. 124 l.f., infatti, prevede che il fallito non può presentare proposte se non dopo il decorso di un termine dilatorio di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

¹⁹ Così L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1952.

²⁰ Trib. Mantova, 29 maggio 2007, cit.

²¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1953.

3. Art. 124, ultimo comma, l.f.: clausola limitativa di responsabilità dell'assuntore.

La figura dell'assuntore, marginale nella disciplina *ante* riforma, acquista un ruolo decisamente rilevante nel nuovo concordato. In particolare, l'art. 124, ultimo comma, l.f. incentiva il ricorso al tradizionale istituto dell'assunzione da un lato, prevedendo la possibilità di cedere all'assuntore, oltre che i beni compresi nell'attivo fallimentare, anche tutte le azioni di pertinenza della massa, purché già autorizzate dal giudice delegato con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa; dall'altro lato, offrendo al terzo assuntore la possibilità di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori insinuati al passivo.

Sotto tale ultimo profilo, considerato il recente dato normativo, il Tribunale di Mantova conferma la legittimità *«delle due clausole di limitazione della responsabilità dell'assuntore ai soli crediti insinuati al passivo e di liberazione del soggetto fallito al momento in cui il provvedimento di omologazione diverrà definitivo in quanto la clausola liberatoria, per quanto concerne il soggetto fallito, deve intendersi efficace nei soli confronti dei creditori concorsuali/concorrenti e non nei confronti dei creditori concorsuali non concorrenti»*²².

In questo caso, il fallito rimane l'unico obbligato verso i creditori non concorrenti: rispetto a questi ultimi il concordato equivale ad una vendita dell'attivo seguita da ripartizione finale e chiusura del fallimento²³, con la conseguenza che, se il fallito potrà beneficiare dell'esdebitazione ai sensi dell'art. 142 l.f., a loro rimarrà unicamente la possibilità di soddisfarsi nei limiti di quanto fissato dall'art. 144 l.f.

Ad ulteriore conferma del *favor* accordato a questa rinnovata situazione giuridica si segnala la tutela predisposta dal nuovo art. 137 l.f., commi 4 e 5, l.f. che protegge il concordato con assunzione e liberazione immediata del fallito dal rischio dell'azione di risoluzione, nonché vieta ai creditori verso cui l'assuntore non abbia assunto responsabilità di poter proporre istanza per la risoluzione del concordato.

²² IBIDEM, 26 aprile 2007, cit.

²³ L. STANGHELLINI, *Articolo 124*, cit., p. 1983.

4. Art. 127 l.f.: è sempre esclusa dal voto una società controllata?

L'art. 127, comma 5, l.f. introduce una nuova incompatibilità effetto del costante avanzamento del fenomeno dei gruppi di società²⁴: le società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo, *i.e.* tutte le società in qualche modo collegate al fallito, sono escluse dal voto e dal calcolo delle relative maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato. La *ratio* di questo divieto è la stessa che, già nella legge fallimentare del 1942, imponeva l'astensione dal voto ad una serie di soggetti vicini al debitore: si intende evitare inquinamenti del voto imputabili a motivazioni diverse da quelle inerenti alla legittimità ed opportunità della proposta, nello stesso tempo impedendo una fittizia proliferazione di voti compiacenti²⁵.

Nella fattispecie in esame una società controllata della fallita, pure sottoposta a fallimento, in apparente contraddizione con quanto previsto dall'art. 127, comma 5, l.f., ha espresso voto favorevole alla proposta concordataria. La legittimità di tale voto è stata esaminata d'ufficio dal Tribunale di Mantova: *«la ratio della predetta disposizione va rinvenuta nella esigenza di evitare che la volontà del ceto creditorio venga condizionata da ragioni estranee alla mera valutazione della convenienza della proposta. (...) tale pericolo non sussiste allorquando il voto venga espresso dal Curatore di un fallimento (sia pure di società controllata o collegata) atteso che egli è un pubblico ufficiale ed esercita il voto dopo essere stato a ciò autorizzato dai competenti organi fallimentari istituzionalmente preposti proprio a vagliare la convenienza degli atti rispetto alla collettività dei creditori ed inoltre che il Curatore, in tale frangente, agisce non quale rappresentante della società fallita (titolare del credito) bensì quale organo di giustizia per conto e nell'interesse della massa dei creditori di quest'ultima»*²⁶.

La rappresentanza processuale della società controllata in capo al curatore fa sì che si possa derogare al divieto sancito dalla legge giacché viene meno qualsiasi strumentalizzazione di quel voto.

²⁴ Cfr., *supra*, par. 2.

²⁵ Così M. VITIELLO, *Articolo 127 Voto nel concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, p. 2010.

²⁶ Trib. Mantova, 26 aprile 2007, cit.

5. Art. 129 l.f.: comunicazione ai creditori dell'esito delle votazioni e giudizio di omologazione

Approvata ai sensi dell'art. 128 l.f. la proposta di concordato, il giudice delegato dispone che ne sia data immediata comunicazione ad una serie di soggetti interessati. Il dato normativo non chiarisce a chi spetti l'onere della comunicazione: la 'partita' si gioca tra la cancelleria e il curatore.

Identico interrogativo sembra, peraltro, proporsi in fase di divulgazione della proposta di concordato ai creditori del fallito con riferimento all'art. 125, comma 3, l.f.

Nel silenzio della legge la soluzione più ragionevole pare quella che pone in capo al curatore, organo gestorio del concordato fallimentare *post* riforma, l'incombenza di eseguire tutte le comunicazioni della procedura²⁷.

La tesi trova conforto, come osservato dal Tribunale di Mantova, in altre disposizioni della legge fallimentare: «*sia dalla norma che incarica (il curatore) di provvedere alla comunicazione della proposta concordataria ai creditori (cfr. art. 126 l.f.) sicché appare ragionevole ritenere che egli debba anche notificarli dell'esito della votazione ai fini di un eventuale reclamo (l'art. 131 l.f. prevede inoltre che, proposto il reclamo alla Corte d'Appello, il Curatore debba dare notizia del deposito dell'impugnazione agli altri creditori) sia, più in generale, in considerazione del fatto che la legge lo onera di tutte le comunicazioni destinate ai creditori da effettuarsi nel corso della procedura fallimentare (cfr. artt. 92, 95, 97, 101, 102 III co., 110, 116, 117 l.f.)*»²⁸.

Nella fattispecie in esame, eseguite tali comunicazioni e spirato il termine per le opposizioni, il Tribunale di Mantova, verificata la regolarità della procedura e l'esito delle votazioni ai sensi dell'art. 129, comma 4, l.f., omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame: si parla di «*procedura semplificata senza particolari formalità*»²⁹.

In merito, la relazione illustrativa, nel segnalare l'esistenza di una duplicità di percorsi³⁰ e, quindi, di procedimenti di chiusura del nuovo concordato fallimentare, impiega due differenti espressioni per identificarli,

²⁷ In questo senso M. VITIELLO, *Articolo 125*, cit., p. 1998.

²⁸ Trib. Mantova, 23 marzo 2007, cit.

²⁹ Trib. Mantova, 26 aprile 2007, cit.

³⁰ Così A. CAVALAGLIO, *Articolo 129 Giudizio di omologazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, 2007, p. 2020.

definendoli: l'uno di 'omologazione' e l'altro di 'approvazione'. Il primo caratterizzato da una forte accelerazione e deformalizzazione delle procedure presuppone che non siano pervenute opposizioni e, laddove la proposta concordataria preveda una suddivisione in classi dei creditori, che tutte le classi l'abbiano accettata. Il più tortuoso processo di approvazione, invece, si instaura allorché vi siano state opposizioni ovvero la proposta abbia conseguito il voto favorevole solo della maggioranza delle classi: in tali ipotesi l'autorità giudiziaria pare 'riemergere dalle proprie ceneri' recuperando una parte delle sue tradizionali competenze.

Viceversa, nella caso che potremmo definire di 'omologazione in senso stretto', l'intervento giudiziario subisce un ulteriore declassamento³¹: la proposta di concordato, approvata dagli interessati, acquista piena efficacia, ai sensi dell'art. 130 l.f., nel momento in cui scadono i termini per l'opposizione, sicché al decreto di omologazione resta la residuale funzione di formalizzare la cessazione della procedura. Come osserva il Tribunale di Mantova «*nella presente fase l'ambito del controllo rimesso al Tribunale è circoscritto alla verifica del regolare svolgimento della procedura e dell'esito della votazione*»³².

Alla verifica di mera legittimità formale devoluta al tribunale segue un decreto non soggetto a gravame: il quadro normativo offre ulteriore prova della forte tendenza contrattualistica che ha influenzato l'intera riforma.

La *ratio* del profondo cambiamento che ha interessato i protagonisti delle crisi delle imprese è riassumibile in tre parole chiave che, pare, rappresentino il *leit-motiv* della recente riforma fallimentare con particolare riguardo alle procedure di soluzione concordata della crisi: degiurisdizionalizzazione, semplificazione e accelerazione. Alla ridefinizione del ruolo dell'autorità giudiziaria si auspica seguirà un'accelerazione e semplificazione delle procedure gestite secondo un'impronta tendenzialmente privatistica, che mira ad agevolare la composizione negoziata della crisi attraverso accordi condivisi dalla maggioranza dei soggetti coinvolti.

³¹ Così ID, *Articolo 129*, cit., p. 2038.

³² Trib. Mantova, 26 aprile 2007, cit.