Concordato fallimentare
› a cura di **Carlo Bianco › Mariacarla Giorgetti › Patrizia Riva**

L'introduzione nella legge fallimentare di nuovi istituti per la soluzione della crisi d'impresa impone un diverso approccio da parte di tutti i soggetti coinvolti nella crisi, in particolare dei professionisti che assistono l'impresa in difficoltà. Il volume affronta il tema del concordato fallimentare, che è stato radicalmente innovato dal d.lgs. n. 5/2006 e dal correttivo 2007.
Nella prima parte, il volume analizza i profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, la valutazione economica della proposta e gli aspetti fiscali della procedura. Nella seconda parte si affrontano gli aspetti economico-aziendali, dalla relazione giurata dell'esperto estimatore, all'affitto d'azienda quale strumento per realizzare il concordato, compresa la valutazione del congruo canone, mentre nella terza parte sono analizzati alcuni interessanti casi concreti.
Le indicazioni degli Autori – giuristi, aziendalisti ed esperti commercialisti – permettono di comprendere le possibilità offerte dal concordato fallimentare, non puro strumento di chiusura del fallimento ma di soluzione della crisi d'impresa, nonché potenziale opportunità di investimento.
Il taglio dell'opera, che affianca all'approfondimento teorico l'analisi delle criticità operative, è stato pensato come supporto per gli "operatori del diritto concorsuale".

Carlo Bianco, dottore commercialista e revisore legale, è Presidente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC di Milano e Consigliere della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano.

Mariacarla Giorgetti, professore ordinario in Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Bergamo e avvocato in Milano. Esperta nel contenzioso fallimentare e nella gestione negoziale della crisi d'impresa.

Patrizia Riva, Ph.D., professore aggregato nell'Università del Piemonte Orientale, è responsabile della formazione continua ODCEC di Milano e della Scuola di Alta Formazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano. Dottore commercialista e revisore legale.

ISBN 978-88-238-3382-1

Euro 29,00

S.A.F. LUIGI MARTINO
Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano

www.egeaonline.it

Concordato fallimentare

› Bianco › Giorgetti › Riva

› a cura di Carlo Bianco › Mariacarla Giorgetti › Patrizia Riva

Concordato fallimentare

Profili giuridici ed economico-aziendali
Casi

Presentazione di
Alessandro Solidoro

Prefazione di
Filippo Lamanna

Egea

CARTA, WEB, EBOOK, APP:
SCOPRI L'OFFERTA DI EGEA

Area web dedicata
Le pubblicazioni di Egea sono corredate da materiali online che ne completano e arricchiscono il contenuto.
Per accedere all'area web dedicata digitare l'indirizzo http://digitalibri.egeaonline.it e inserire il codice stampato sul retro della copertina.

ePUB

Ebook
I volumi disponibili nei formati epub e pdf sono acquistabili sul sito www.egeaonline.it e nelle principali librerie online con accesso, tramite codice reperibile all'interno dell'epub, ai materiali dell'area web dedicata.

In-app
I titoli disponibili in versione app per tablet e smartphone possono essere acquistati su Apple Store e su Android Market.
Grazie alle applicazioni Egea Pro ed Egea Doc, scaricabili gratuitamente, è possibile navigare in modo intuitivo tra contenuti testuali e multimediali, fruire di potenti strumenti di ricerca e avere titoli sempre aggiornati a portata di... touch!

› a cura di Carlo Bianco › Mariacarla Giorgetti › Patrizia Riva

Concordato fallimentare

Profili giuridici ed economico-aziendali
Casi

Presentazione di
Alessandro Solidoro

Prefazione di
Filippo Lamanna

Egea

Copertina: mStudio, Milano
Impaginazione: Compos 90, Milano

Copyright © 2013 EGEA S.p.A.
Viale Salasco, 5 – 20136 Milano
Tel. 02/5836.5751 – Fax 02/5836.5753
egea.edizioni@unibocconi.it – www.egeaonline.it

Tutti i diritti sono riservati, compresi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione, la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione con qualsiasi mezzo e/o su qualunque supporto (ivi compresi i microfilm, i film, le fotocopie, i supporti elettronici o digitali), nonché la memorizzazione elettronica e qualsiasi sistema di immagazzinamento e recupero di informazioni.
Per altre informazioni o richieste di riproduzione si veda il sito www.egeaonline.it/fotocopie.htm

Date le caratteristiche di Internet, l'Editore non è responsabile per eventuali variazioni di indirizzi e contenuti dei siti Internet menzionati.

Prima edizione: gennaio 2013

ISBN 978-88-238-3382-1

Stampa: Ialitotipo, Settimo Milanese (MI)

Questo volume è stato stampato con inchiostri vegetali su carta approvata dal Forest Stewardship Council, non ottenuta dalla distruzione di foreste primarie.

Indice

Presentazione XI
di *Alessandro Solidoro*

Prefazione XIII
di *Filippo Lamanna*

Parte prima
Profili giuridici
a cura di *Mariacarla Giorgetti e Carlo Bianco*

1. Presupposti e procedimento 3
di *Mariacarla Giorgetti*
1.1 Inquadramento dell'istituto del concordato fallimentare 4
1.2 Natura giuridica 5
1.3 Legittimazione attiva 7
1.4 Il procedimento 10
1.4.1 La proposta di concordato 10 - 1.4.2 La soddisfazione dei creditori 11 - 1.4.3 La suddivisione in classi dei creditori 13 - 1.4.4 Le modalità di realizzazione del concordato fallimentare 14
1.5 I patti paraconcordatari 16
1.6 Il procedimento 17
1.6.1 Il ruolo del giudice delegato 17 - 1.6.2. Il ruolo del curatore 18 - 1.6.3 Il ruolo del comitato dei creditori 19 - 1.6.4 Il ruolo del tribunale 20
1.7 La sospensione della liquidazione 21
1.8 Il procedimento 22
1.8.1 La comunicazione 22 - 1.8.2 Il voto 23

1.9 L'approvazione del concordato fallimentare 27
1.10 Il procedimento: adempimenti successivi alla votazione 28
1.11 L'omologazione 29
1.12 L'opposizione 32
1.12.1 Il procedimento 33

2 Impugnazione, effetti e figure nel concordato fallimentare
di *Aldo Stesuri* 35
2.1. Il rigetto della proposta di concordato fallimentare 36
2.2 Efficacia del decreto 36
2.2.1 Effetti nei confronti dei creditori 37 - 2.2.2 Effetti nei confronti del fallito 37 - 2.2.3 Effetti nei confronti degli organi della procedura 37
2.3 Il reclamo 39
2.4 La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare 42
2.5 Questioni contabili 43
2.6 Il voto del concordato fallimentare
2.6.1 Legittimazione al diritto di voto 44
2.7 Le varie figure di concordato fallimentare 45
2.7.1 Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni 45 - 2.7.2 Il concordato fallimentare con fideiussore 47 - 2.7.3 Il concordato fallimentare con assuntore 48

3 La valutazione della proposta del concordato fallimentare 51
di *Carlo Bianco*
3.1 La valutazione economica del proponente 52
3.2 Il parere del curatore 54
3.3 Applicazione ai casi 56
3.3.1 Caso A 58 - 3.3.2. Caso B 59 - 3.3.3 Caso C 60 - 3.3.4 Caso D 61
3.4 L'approvazione del concordato 63
3.5 Esempi di voto per classi 65

4 Profili fiscali della procedura
di *Cesare Zafarana* 69
4.1 Breve premessa in ordine all'individuazione del periodo fiscale endo-fallimentare 70
4.2 Gli adempimenti relativi alle imposte dirette 70
4.3 Adempimenti impositivi rapportati ai modelli di concordato percorribili 71
4.4 Adempimenti IVA del curatore 73
4.5 Ulteriore problematica afferente l'IVA: le note di variazione ex art. 26, comma 2, d.p.r. 633/1972, conseguenti al parziale pagamento delle fatture emesse dal fornitore di beni e servizi 74
4.6 Tassazione a registro del decreto di omologazione 76
4.7 Il riproposto dilemma sulla natura del decreto di omologazione 77

4.8 Il regime fiscale del trasferimento dei beni all'assuntore 77
4.9 Il divieto di compensazione (art. 31 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. nella l. 30 luglio 2010, n. 122) non opera nell'ipotesi di compensazione tra i crediti e i debiti erariali formatisi nel corso di procedura concorsuale 78
4.10 Non è previsto il ricorso alla transazione fiscale 79
4.11 L'IMU nel concordato fiscale 79
4.11.1 Le novità tributarie 81

5 I principali aspetti giuslavoristici nel concordato fallimentare dopo la Riforma Fornero e il Decreto Sviluppo
di *Alessandro Corrado* 83
5.1 Il coordinamento tra le norme a tutela dei lavoratori e le modalità di realizzazione del concordato fallimentare 84
5.2 Gli ammortizzatori sociali a disposizione: le incisive novità riguardanti l'art. 3 223/1991 dopo la Riforma Fornero e il Decreto Sviluppo 85
5.2.1 L'art. 3, comma 1, legge 223/1991 nella vecchia formulazione: l'intervento a favore di procedure concorsuali con finalità liquidatoria 86 - 5.2.2 Incertezze interpretative in fase applicativa: la Circolare del ministero del Lavoro 17 marzo 2009, prot. 14/4314 della l. a favore dell'applicazione del "vecchio" art. 3 della l. 223/1991 a procedure concorsuali con finalità di risanamento. Considerazioni critiche 89
5.3 La compatibilità del nuovo testo dell'art. 3, comma 1, della legge 223/1991 con l'ipotesi di concordato fallimentare con affitto d'azienda 90
5.4 Affitto e cessione d'azienda in ambito fallimentare: profili di tutela collettivi e deroghe a diritti individuali 91
5.5 La retrocessione dell'azienda: l'art. 104-*bis*, ult. comma, l.fall. e la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c. 93

Parte seconda
Profili economico-aziendali
a cura di *Patrizia Riva*

6 La relazione giurata dell'esperto estimatore *ex* art. 124, comma 3, l.fall.
di *Patrizia Riva* 97
6.1 Esperto estimatore ed esperto attestatore: il quadro di riferimento 98
6.2 Requisiti e nomina dell'esperto estimatore 100
6.3 Oggetto della relazione estimativa 102

6.3.1 "Beni e diritti" a garanzia dei crediti falcidiati 102 - 6.3.2 Confini della valutazione 104
6.4 Fase preliminare di revisione. Specificità di una *due diligence* svolta durante il fallimento 104
6.5 Fase di valutazione. Criticità 106
6.5.1 "Valore di mercato" in caso di liquidazione 107 - 6.5.2 "Valore di mercato" netto 111 - 6.5.3 Data di riferimento e data di chiusura delle operazioni 112 - 6.5.4 Analisi per scenari e conseguente individuazione di più stime 113
6.6 *Disclosure* sulle aree di rischio della stima 113
6.7 Struttura della relazione estimativa 116

7 L'affitto d'azienda quale strumento per realizzare il concordato fallimentare
di *Patrizia Riva* 119
7.1 L'affitto d'azienda nel concordato fallimentare 120
7.2 La centralità del concetto di azienda 120
7.3 L'affitto d'azienda concluso dal curatore ex art. 104 - bis l.fall. 125
7.4 Lo scopo della sottoscrizione del contratto di affitto d'azienda nell'ambito del fallimento: preservare il valore dell'azienda 127
7.5 La gestione dei rischi aziendali potenzialmente a carico della procedura 128
7.6 I criteri di scelta dell'affittuario 130
7.6.1 L'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali 133 - 7.6.2 La conservazione dei livelli occupazionali 137 - 7.6.3 La congruità del canone 137 - 7.6.4 Le garanzie dell'adempimento: fideiussione bancaria o assicurativa, fideiussione corporate, deposito somme, altre forme e clausole 141
7.7 La durata del contratto 143
7.8 L'individuazione dell'azienda o del ramo d'azienda 144
7.9 Il diritto di ispezione del curatore 146
7.10 Il diritto di recesso del curatore 147
7.11 Il diritto di prelazione dell'affittuario 150
7.12 La retrocessione dell'azienda al fallimento 151

8 La valutazione della congruità del canone di affitto di azienda
di *Francesco Bavagnoli* 153
8.1 Premessa 154
8.2 L'affitto d'azienda come operazione finanziaria 154
8.3 Lo schema contrattuale standard 154
8.4 Il portafoglio equivalente di operazioni aventi il medesimo *pay-off* 155
8.5 Argomenti di sostegno alla natura finanziaria dell'operazione nella dottrina economico-aziendale e giuridica 159

8.6 *Caveat* circa la portata dell'assimilazione tra affitto d'azienda e finanziamento 162
8.7 La stima del congruo canone d'affitto d'azienda 163
8.8 Le metodologie proposte dalla dottrina e applicata nella prassi professionale 164
8.9 Punti critici degli approcci e metodi proposti dalla dottrina e invalsi nella prassi 166
8.10 Una formula alternativa che tiene conto del diverso profilo di rischio delle parti e della flessibilità del contratto 168
8.11 Lo schema contrattuale standard: il canone come interesse finanziario sul finanziamento 169
8.11.1 Esempio di calcolo del congruo canone nell'ipotesi di schema di contratto standard 175
8.12 Il congruo canone nell'ipotesi di contratto senza previsione del conguaglio finale 175
8.13 La sintesi delle attese circa l'andamento del valore dell'azienda a fine affitto 176
8.14 Lo scenario di attesa di un incremento di valore 177
8.14.1 Esempio di calcolo del congruo canone nell'ipotesi di contratto senza conguaglio finale in uno scenario di incremento di valore atteso 178
8.15 Lo scenario di perdita del valore 179
8.15.1 Esempio di calcolo del congruo canone nell'ipotesi di contratto senza conguaglio finale in uno scenario di perdita attesa di valore 180
8.16 L'affitto d'azienda con pagamento dei canoni "in acconto prezzo" 182
8.16.1 Esempio di verifica della congruità del canone di affitto in presenza di acconti prezzo 182
8.17 L'affitto d'azienda "minimale" in ipotesi di fallimento dell'azienda del concedente 184
8.17.1 Esempio di calcolo del congruo canone di affitto nell'ipotesi di affitto di azienda "minimale" per un fallimento 186
8.18 Considerazioni conclusive sulla stima del congruo canone 188

Parte terza
Analisi di casi
a cura di *Patrizia Riva*

9 Caso Alpha: concorrenza delle impugnazioni ex artt. 36 e 26 l. fall. avverso il provvedimento di rigetto del concordato fallimentare
di *Fabio Cesare* 193
9.1 Sintesi del caso 194
9.2 La vicenda processuale 195

9.2.1 Il ricorso per concordato fallimentare 195 - 9.2.2 Il parere del curatore, del comitato e il provvedimento del giudice delegato 201 - 9.2.3 Il ricorso *ex* art. 36 l.fall 202 - 9.2.4 Le decisioni avverso i gravami 207
9.3 Commento 210

10 Caso Beta: proposta sottoscritta dal debitore e da terzo assuntore, residente in paese extra-UE. Mancata esecuzione del concordato fallimentare e possibili tutele dei creditori
di *Giorgio Corno* 213
10.1 Sintesi del caso 214
10.2 La vicenda processuale 214
10.3 La proposta di concordato fallimentare 215
10.4 Il soddisfacimento proposto ai creditori e la loro suddivisione in classi 216
10.5 Il piano a sostegno della proposta 216
10.6 Le principali questioni giuridiche trattate 217
10.6.1 213Normativa applicabile 217 - 10.6.2 Legittimazione attiva. La proposta da parte di un terzo. Sottoscrizione da parte della società 217 - 10.6.3 L'attivo ceduto al proponente 218 - 10.6.4 Profili di diritto internazionale privato 218 - 10.6.5 Limitazione della responsabilità dell'assuntore 219 - 10.6.6 Formazione di classi di creditori. Il trattamento differenziato dei creditori sociali e il soddisfacimento dilazionato. Natura del concordato proposto 220 - 10.6.7 Garanzie offerte a tutela dell'adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'assuntore 221 - 10.6.8 L'approvazione tacita del concordato da parte dei creditori 222 - 10.6.9 L'omologa del concordato e le modalità esecutive del concordato 222 - 10.6.10 Inadempimento parziale del terzo proponente e possibili iniziative del fallimento e dei creditori 222

11. Caso Gamma: rilascio di garanzie reali
di *Simona Brambilla* 225
11.1 Sintesi del caso 226
11.2 La vicenda processuale 226
11.3 La proposta di concordato fallimentare 227
11.4 Il soddisfacimento proposto ai creditori 228
11.5 Il piano a sostegno della proposta 228
11.6 Le principali questioni giuridiche 229
11.6.1 Esempio di relazione ex art. 124, comma 3, l.fall. 229

Autori 239

Presentazione

di Alessandro Solidoro
Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano

Il concordato fallimentare è ormai il quinto libro che nasce dagli approfondimenti dei gruppi di ricerca creatisi tra i professionisti, gli accademici e gli esperti di settore che collaborano con la SAF Scuola di Alta Formazione Luigi Martino dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano e della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano.

La Scuola di Alta Formazione Luigi Martino è stata istituita nel 2006 in collaborazione con le principali istituzioni del territorio: le tre Università di Milano, la Direzione Regionale delle Entrate, la Guardia di Finanza, la Corte dei Conti, Assolombarda, il Tribunale di Milano. Obiettivi della SAF sono la valorizzazione delle competenze specifiche e l'integrazione della formazione professionale con i percorsi accademici di innovazione e sviluppo, per fornire agli iscritti all'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano un servizio di qualità elevata e un sapere composito. Un Comitato Istituzionale, al quale partecipano i vertici degli Enti coinvolti, indirizza l'operato della SAF. Sono stati altresì costituiti un Comitato Scientifico che sovrintende alla programmazione didattica e un Comitato Editoriale, di cui fanno parte i *past presidents* delle Commissioni di studio dell'Ordine e importanti referenti istituzionali.

Il Comitato Editoriale ha ideato e realizzato la collana dei Quaderni della SAF che nel valorizzare i materiali di studio e di ricerca prodotti dalle Commissioni dell'Ordine, ha l'obiettivo di qualificare, stimolare e diffondere le capacità professionali e le conoscenze scientifiche e tecniche degli iscritti. I Quaderni sono proposti dai gruppi di ricerca liberamente composti dalle commissioni di studio e sono sottoposti a un rigoroso referaggio da parte del Comitato Editoriale. Sono quindi distribuiti gratuitamente a tutti gli iscritti

e ai principali interlocutori istituzionali e della società civile e pubblicati sul sito dell'Ordine nell'ambito del quale risultano liberamente accessibili a tutti.

Proprio gli approfondimenti svolti in questo ambito sotto la rigorosa guida del Comitato Editoriale SAF sono stati in più casi considerati degni di ulteriore sviluppo portando alla pubblicazione di volumi che, come il presente, si caratterizzano strutturalmente per l'approccio interdisciplinare e per la compresenza di competenze specifiche e differenziate ricomposte a unità nell'ambito di team creatisi con l'obiettivo di partecipare a uno specifico percorso di studio, di ricerca e di approfondimento.

Ciò è evidente anche in questo volume che si propone di svolgere una riflessione interdisciplinare sull'istituto del concordato fallimentare affiancando lo studio degli aspetti più strettamente giuridici e procedurali con una lettura economico aziendale della fattispecie volta ad approfondire specifiche criticità, senza dimenticare di proporre lo studio di fattispecie concrete con il metodo del *case history*.

La scelta del tema di ricerca è stata particolarmente apprezzata dal Comitato Editoriale in quanto, nonostante i profondi mutamenti intervenuti, è possibile affermare che il concordato fallimentare conserva la sua funzione originaria: esso rappresenta un mezzo di chiusura alternativo alla procedura fallimentare diverso rispetto alle ipotesi disciplinate dall'art. 118 l.fall., in quanto gli organi della procedura conservano i loro poteri nell'esecuzione del concordato fallimentare. Lo scopo dell'istituto è consentire ai creditori di conseguire più di quanto riceverebbero con la liquidazione fallimentare, o di conseguirlo prima o eventualmente con maggior certezza e di permettere al debitore di arrestare la procedura fallimentare.

Finalità semplici, ma rispetto alle quali le problematiche di concreta definizione giuridica ed economica richiamano ancora, fondatamente, l'interesse degli studiosi e dei professionisti.

Prefazione

di Filippo Lamanna
Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano

Il concordato fallimentare è un'opera collettanea, frutto di contributi accademici e professionali, che i tre curatori, Mariacarla Giorgetti, Patrizia Riva e Carlo Bianco, hanno avuto la cortesia di farmi visionare in anteprima. Mi è quindi gradito esprimere il mio personale apprezzamento per il suo taglio e i suoi contenuti.

L'argomento, innanzitutto, è ancora di grande interesse e molto attuale ed è stato perciò giustamente affrontato con notevole impegno dagli Autori e da varie prospettive.

Nell'ampio novero degli strumenti concordati di composizione della crisi d'impresa, che di solito mirano a risolverla prima che essa sfoci in fallimento, il concordato fallimentare viene ancora considerato come una sorta di Cenerentola, misura marginale e quasi eccentrica, visto che interviene invece, per sua natura, a fallimento ormai dichiarato. Non meraviglia perciò che, rispetto al fallimento, il concordato fallimentare sembri porsi, di norma, solo come alternativa modalità di chiusura piuttosto che come mezzo di conservazione e salvataggio dei valori aziendali e d'impresa.

Il suo ruolo nel sistema e la sua utilità, quindi, sono stati finora poco compresi se non proprio guardati con diffidenza, e ciò ha cospirato, finora, allo scarso successo dell'istituto.

In gran parte tale risultato, che contraddice i ben più pretenziosi obiettivi perseguiti dal Legislatore della riforma concorsuale avviata a partire dal 2005/2006, e caratterizzata da una nuova filosofia delle procedure concorsuali programmaticamente aperte al recupero di tutti i valori aziendali e a potenziare il mercato della concorrenza, va ascritto alla farraginosità e all'ancipite natura della disciplina del concordato fallimentare, stretta tra

un impianto normativo originario ormai vetusto e nuove formule importate dall'estero (le classi, il *cram down ... and so on*), che, pur se connotate da una visione ben più efficiente e molto più minimale della *par condicio*, non sono riuscite tuttavia a tradursi, sul piano del diritto positivo, in modalità di fruizione semplice e immediata da parte delle imprese fallite e degli operatori e finanziatori esterni.

Basti pensare a come ancor oggi si abbiano idee diverse e spesso incomponibili, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulle modalità e sui criteri di formazione delle classi, sui limiti della possibilità di degradazione parziale o totale al chirografo dei creditori muniti di privilegi generali e di contestuale ammissibilità di un pagamento in percentuale ai creditori che siano chirografari *ab origine*. Dubbi poi particolarmente gravi in un sistema che vorrebbe il concordato fallimentare quale procedura sottomessa alla condizione che sia comunque realizzato per i creditori un risultato utile migliore di quello realizzabile con l'alternativa (e già instaurata) procedura fallimentare. Risultato che, alla luce dei limiti e dei dubbi predetti, sembra perciò sempre più confinato ai soli casi in cui vi sia l'apporto di nuova finanza di provenienza esterna.

I dubbi teorici si sono risolti quindi in ostacoli pratici ed operativi, sì che non è raro assistere ancor oggi a procedure concordatarie che durano tempi lunghissimi, magari al tempo stesso bloccando il procedere dei fallimenti in cui si inseriscono, e senza alcuna garanzia di un esito positivo.

Pertanto, anche se sull'argomento sono già stati elaborati oramai innumerevoli scritti, anche di carattere trattatistico, le possibilità e le ragioni per altre indagini di taglio giuridico ed economico sul concordato fallimentare non sono affatto venute meno, ed è conseguentemente sempre ben accetto qualunque contributo che si ponga il fine di agevolare una più completa comprensione dell'istituto, una sua più coerente sistemazione teorica e una sua più estesa ed utile applicazione pratica.

Ebbene, quella curata da Mariacarla Giorgetti, Patrizia Riva e Carlo Bianco, si caratterizza per porsi non solo come un'opera di necessario aggiornamento, ma anche come sintesi molto ben riuscita da più punti di vista dei progressi interpretativi anteriori.

In primo luogo, Mariacarla Giorgetti ci offre un generale e rigoroso inquadramento sistematico dell'istituto sia sul piano sostanziale che processuale, che si caratterizza anche per chiarezza e snellezza, non disgiunte da un utile e rigoroso apparato di richiami bibliografici e giurisprudenziali.

La metodologia dell'intera opera già qui si rende immediatamente evidente: aspetti teorici e pratici vanno di pari passo e non vi è spazio per sbavature e compiacimenti retorici. Il lettore, che sia esperto cultore della materia o che si accosti ad essa per la prima volta, potrà parimenti trarre grande utilità da questo approccio lineare e chiaro nell'esposizione, e multidisciplinare nei contenuti.

Fa quindi seguito la trattazione di Aldo Stesuri, che affronta sempre con grande chiarezza alcuni assai interessanti aspetti delle impugnazioni, esaminando anche peculiari effetti e figure del concordato fallimentare.

In un procedere lineare e progressivo dal taglio teorico a quello pratico, si fanno poi apprezzare le ragioni economiche analizzate da Carlo Bianco, il quale esamina il concordato nella prospettiva costi-benefici da parte del proponente, sia esso il fallito o un terzo investitore.

Le sue indicazioni sono senz'altro utili a delineare la materia che realmente si muove al di sotto delle norme di legge, per capire che cos'è, o che cosa potrebbe essere, in concreto, il concordato fallimentare, quali utilità possano con esso realizzarsi. L'utilizzo poi di esempi concreti, con precisi riferimenti quantitativi, costituisce una novità di notevole rilievo, da cui trarranno certamente beneficio sia gli operatori in genere, sia, soprattutto, i professionisti che svolgono l'attività di curatore fallimentare, potendo confrontarsi con i criteri di valutazione indicati dall'Autore ed inseriti, per una migliore leggibilità, anche in apposite griglie, che costituiscono spunto e materia argomentativa per la redazione dei pareri che la legge chiede ai curatori di redigere.

Naturalmente, ogni lettore valuterà liberamente le opinioni espresse dagli Autori nel testo.

È infatti semplicemente impensabile che possano esservi soluzioni totalmente condivise specie dinanzi ai dubbi teorici che, come già prima osservavo, ancor oggi tormentano in materia di concordato fallimentare la tematica del diritto di voto nelle classi, della stessa modalità di formazione di queste ultime, dei limiti relativi alla contestuale possibilità di soddisfare i creditori chirografari (salvi gli apporti di nuova finanza da parte di terzi) in presenza di creditori muniti di privilegio generale degradato.

Ma ciò che più conta è proprio la chiarezza nell'indicazione del proprio punto di vista, la disponibilità a mettersi in gioco anche con esempi concreti, ponendo le coordinate di riferimento per un dibattito esteso a qualunque contraddittore. Proprio in ciò, nel lasciare al lettore ampia possibilità di critica nella consapevolezza delle ragioni del contendere, e la responsabilità di aderire all'una o all'altra delle tesi che si contendono il campo, sta un ulteriore pregio dell'opera, oltre al suo taglio metodologico, insieme teorico e pratico.

Non manca nemmeno una trattazione puntuale dei profili e dei problemi di diritto tributario, trattati con chiarezza e completezza da Cesare Zafarana con riferimento ai singoli tributi e alle più importanti questioni applicative, e di quelli giuslavoristici, esaminati con analoga cognizione di causa da Alessandro Corrado. Né può sottacersi che una parte del mancato successo avuto finora dal concordato fallimentare nella pratica operativa va anche attribuita ad una scarsa conoscenza di tali aspetti, ora opportunamente inseriti in un unico contesto.

Indubbiamente di estremo interesse è anche la trattazione di Patrizia Riva sui profili più squisitamente economico-aziendalistici del concordato fallimentare, con cui l'Autrice sviluppa ancora una linea d'indagine maturata nel tempo, proseguendo un inesausto approfondimento sui criteri di elaborazione delle relazioni che devono redigere gli esperti nei diversi contesti in cui vengono disciplinate le misure di composizione della crisi. Nel caso di specie viene poi sviluppata anche un'illustrazione assai articolata sulle possibilità ed utilità di realizzazione dell'affitto d'azienda quale strumento per conservare l'impresa in vita anche nel concordato fallimentare.

Un aspetto di particolare interesse nell'ambito di tale materia viene esaminato subito dopo da Francesco Bavagnoli: la valutazione della congruità del canone di affitto di azienda. Si tratta di un contributo che, per completezza ed analiticità, sarà certamente di grande utilità sia per i curatori, sia per chi è chiamato a redigere relazioni tecniche su tale problematica.

Chiudono infine l'opera le analisi di tre casi particolari affidate a Fabio Cesare (che indaga il tema della concorrenza fra le impugnazioni ex artt. 36 e 26 l.fall. avverso il provvedimento di rigetto del concordato fallimentare), a Giorgio Corno (che esamina i temi della proposta sottoscritta dal debitore e da un terzo assuntore residente in Paese extra-Ue, della mancata esecuzione del concordato fallimentare e dei possibili rimedi) e a Simona Brambilla (che illustra la tematica del rilascio di garanzie reali). Si tratta di un'indagine casistica basata su materiale giurisprudenziale di grande interesse, sempre condotta con icastica sinteticità.

Come si vede, il carattere interdisciplinare consente di traguardare il concordato fallimentare davvero da molti punti di vista, e anche questo aspetto, realizzato attraverso un lavoro "di squadra" cui non hanno fatto difetto affiatamento e padronanza della materia, costituisce senza dubbio un valore aggiunto di grande rilievo che si somma all'organicità e alla facilità di fruizione e di lettura dell'opera.

Parte prima
PROFILI GIURIDICI

a cura di *Mariacarla Giorgetti e Carlo Bianco*

Presupposti e procedimento

1

di *Mariacarla Giorgetti*

SOMMARIO

1.1 Inquadramento dell'istituto del concordato fallimentare

1.2 Natura giuridica

1.3 Legittimazione attiva

1.4 Il procedimento

- 1.4.1 La proposta di concordato
- 1.4.2 La soddisfazione dei creditori
- 1.4.3 La suddivisione in classi dei creditori
- 1.4.4 Le modalità di realizzazione del concordato fallimentare

1.5 I patti paraconcordatari

1.6 Il procedimento

- 1.6.1 Il ruolo del giudice delegato
- 1.6.2 Il ruolo del curatore
- 1.6.3 Il ruolo del comitato dei creditori
- 1.6.4 Il ruolo del tribunale

1.7 La sospensione della liquidazione

1.8 Il procedimento

- 1.8.1 La comunicazione
- 1.8.2 Il voto

1.9 L'approvazione del concordato fallimentare

1.10 Il procedimento: adempimenti successivi alla votazione

1.11 L'omologazione

1.12 L'opposizione

- 1.12.1 Il procedimento

1.1 Inquadramento dell'istituto del concordato fallimentare

Il Titolo II, Capo VIII, sezione II, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (artt. 124-141) contiene la disciplina del concordato fallimentare, istituto che regola le modalità di componimento del dissesto economico del fallito, alternativo alla liquidazione dell'attivo[1].

Una serie di riforme, intervenute a seguito di diversi provvedimenti normativi successivi (l. 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; l. 18 giugno 2009, n. 69[2], con esclusione, dunque, del recente "decreto sviluppo", d.l. 83/2012 convertito con la legge 134/2012, che pur innovando la materia fallimentare non ha toccato la disciplina del concordato fallimentare; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) hanno contribuito ad accentuarne l'aspetto privatistico, trasformando il concordato fallimentare in uno strumento più appetibile e utilizzabile, espressione della tendenza alla "privatizzazione" o alla "degiurisdizionalizzazione" delle procedure concorsuali[3]. In particolare, la riforma del 2009 si è rivelata debitrice dell'esperienza statunitense e tedesca, entrambe miranti alla separazione dell'imprenditore dall'impresa in caso di insolvenza, nonché della tendenza a privilegiare, tra gli obiettivi concordatari, la ricollocazione dell'azienda sul mercato[4].

Nonostante i profondi mutamenti intervenuti, è possibile affermare che il concordato fallimentare mantenga la propria funzione originaria, rappresentando un mezzo di chiusura alternativo alla procedura fallimentare[5], diverso rispetto alle ipotesi disciplinate dall'art. 118 l. fall.[6], in quanto nell'esecuzione del concordato fallimentare gli organi della procedura conservano i poteri loro propri[7].

Lo scopo dell'istituto è permettere ai creditori di conseguire più di quanto riceverebbero con la liquidazione fallimentare, o di conseguirlo prima (o eventualmente, con maggior certezza) e di permettere al debitore di arrestare la procedura fallimentare. Di conseguenza, ad esempio, i beni dovranno fuoriuscire dal patrimonio del debitore a valori più alti di quelli stimati nel fallimento, od in tempi più rapidi rispetto all'ipotesi di fissazione della prima asta nel fallimento, ovvero dovranno, tramite altre forme di gestione, garantire migliori apporti di liquidità.

1.2 Natura giuridica

Vi è ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza circa la natura giuridica del concordato fallimentare. Le due tesi contrapposte propendono l'una per la natura processuale e dunque pubblicistica del concordato, l'altra per la natura privatistica e specificamente contrattuale dello stesso.

La prima posizione è abbracciata prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il concordato fallimentare avrebbe natura pubblicistica, poiché valorizzerebbe l'interesse generale alla composizione del dissesto. In particolare, secondo la Suprema Corte, gli effetti del concordato fallimentare non deriverebbero dalla convenzione delle parti a contenuto remissorio o liberativo, ma dalla legge, che attribuisce alla sentenza (ora, *decreto*) di omologazione l'effetto di sovrapporsi agli accordi tra le parti, che ne costituirebbero soltanto il presupposto e che in essa risulterebbero trasfusi e assorbiti. Basti pensare che, nell'ipotesi di una proposta di concordato sottoscritta dal debitore e dall'assuntore, e successivamente modificata, la sentenza che ha omologato il concordato in base alla proposta modificata

[1] GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 05, 527.

[2] Le modifiche apportate al concordato fallimentare sono state elaborate prendendo in considerazione l'istituto del concordato preventivo, così come modificato dalla riforma. Le linee guida dettate dal legislatore per la riforma del concordato fallimentare, invero, erano nel senso di: "modificare la disciplina del concordato fallimentare, accelerando i tempi della procedura e prevedendo l'eventuale suddivisione dei creditori in classi che tengano conto della posizione giuridica e degli interessi omogenei delle varie categorie di creditori, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse; disciplinare le modalità di voto per classi, prevedendo che non abbiano diritto di voto i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, a meno che dichiarino di rinunciare al privilegio; disciplinare le modalità di approvazione del concordato, modificando altresì la disciplina delle impugnazioni al fine di garantire una maggiore celerità dei relativi procedimenti".

[3] BASSI, *Il concordato fallimentare*, in La *custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, III, Padova, 2011, 573; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 78; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006, 267; NISIVOCCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 01, 101.

[4] Sulle tendenze che hanno ispirato la riforma, si possono vedere: JORIO, *sub art. 124*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2010, 1690; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 218; D'ALESSANDRO, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 355 ss.; MARTORANO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, Torino, 2010, 255 ss.

[5] Il concordato fallimentare non è solamente una modalità di chiusura della procedura fallimentare alternativa a quella ordinaria, ma consiste essenzialmente in una forma di liquidazione dell'attivo fallimentare, espressione del potere esecutivo degli organi fallimentari. In tale senso: Trib. Tivoli, 27 maggio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009.

[6] L'art. 118 l. fall., rubricato "Casi di chiusura", apre la sezione dedicata alla chiusura del fallimento, e l'esordio esclude espressamente dal proprio ambito di applicabilità il concordato fallimentare: "Salvo quanto disposto nella sezione seguente per il caso di concordato, la procedura di fallimento si chiude…".

[7] Il concordato fallimentare è definito un "*accordo fra il proponente e la massa dei creditori concorrente*" da BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 365.

spiega i suoi effetti anche nei confronti dell'assuntore, che non abbia proposto opposizione nel giudizio di omologazione e non abbia successivamente impugnato la relativa sentenza[8].

La tesi contrattualistica, invece, valorizza il contenuto negoziale dell'accordo fra debitore e creditori[9], affermando che il concordato fallimentare, alla stessa stregua del concordato preventivo, sia un contratto e non un procedimento. Si tratterebbe, nello specifico, di un contratto di transazione, in relazione al quale la sentenza di omologazione costituirebbe una *condicio iuris* per l'efficacia dell'accordo[10].

Tuttavia, nessuna delle due tesi può da sola dare conto dell'articolata natura del concordato fallimentare, sicché si sono affermate le cd. teorie "miste": è evidente, infatti, che "la tesi della natura contrattuale del concordato non poteva negare l'importanza del giudizio del tribunale sull'ammissione o la cessazione dell'accordo. L'altra tesi non poteva spingersi a negare il valore della approvazione del ceto creditorio"[11].

Si tratta, peraltro, di una contrapposizione puramente concettuale, priva di serie di conseguenze serie nella pratica; quel che si deve osservare è che la riforma del concordato fallimentare, come già accennato, si muove in una prospettiva di chiara privatizzazione, ottenuta riducendo i poteri del giudice delegato e del tribunale[12].

[8] Cass. 19 gennaio 1984, n. 455. Nello stesso senso: Cass. 19 luglio 1982, n. 4239; Cass. 23 aprile 1980, n. 2655; più recentemente, indicativi di un simile atteggiamento interpretativo, si vedano Cass. 3 marzo 2000, n. 2400; Cass. 25 febbraio 2011, n. 4698.

[9] In giurisprudenza: Cass. 16 febbraio 1982, n. 953. Discute della natura privatistica o pubblicistica del concordato LO CASCIO, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, in *Fall.*, 2011, 4, 385 e ss.; cfr. anche Comm. trib. reg. Roma, 6 luglio 2009, n. 98, in *Redazione Giuffrè* 2010, a parere della quale "Il concordato fallimentare, con accollo dei relativi impegni da parte di un terzo assuntore e dietro cessione al medesimo di tutte le attività, secondo le previsioni degli art. 124 ss. del r.d. 16 marzo 1942 n. 267, integra una scelta convenzionale, con l'avallo degli organi del fallimento e poi l'omologazione del tribunale, basata sul presupposto dell'insufficienza di quelle attività all'integrale tacitazione dei creditori chirografari, e giustificata da una valutazione di opportunità e convenienza di un pagamento percentuale garantito rispetto alla liquidazione concorsuale delle attività medesime. Detta cessione, per sua natura globale, in difetto di espressa eccezione nei patti concordatari, non può non riguardare anche gli eventuali diritti restitutori, che discendano da pagamenti indebitamente effettuati con prelievo dalle attività fallimentari, essendo tali diritti componenti del complesso patrimoniale ceduto".

[10] Cfr. le riflessioni di FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 565 ss.

[11] BASSI, *op. cit.*, 575, che riprende la posizione di JORIO, *Le crisi di impresa – Il fallimento*, Milano, 2000, 717.

[12] CRISTIANO, *sub art. 129*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), II, Torino, 2010, 1787 s.

1.3 Legittimazione attiva

Una delle novità principali introdotte dalla riforma è l'attribuzione della legittimazione a proporre il concordato fallimentare a uno o più creditori e a un terzo (art. 124, comma 1, l. fall.[13]): la disciplina del concordato fallimentare continua a essere divergente rispetto a quella del concordato preventivo e omogenea, invece, rispetto a quella dell'amministrazione straordinaria, *ex* art. 4 bis d.l. 23 dicembre 2003 n, 347, convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39. Peraltro, il d.lgs del 12 settembre 2007 n. 169 ha però eliminato la legittimazione del curatore, prima prevista dal d.lgs. n.5/2006. La normativa previgente, invece, attribuiva al solo fallito la legittimazione a presentare la domanda di ammissione al concordato fallimentare[14].

L'art. 17, comma 1, lett. n), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 prevede che se il ricorso è proposto da un terzo esso deve contenere l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere le comunicazioni. Nel caso in cui sia omessa l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, nonché nei casi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, tutte le comunicazioni sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria.

Si è detto che l'estensione della possibilità di proporre domanda di concordato è "carica di implicazioni di grande valore sistematico": e la prima conseguenza importante attiene all'effetto della liberazione del fallito, poiché i concordati non proposti dal fallito, ma comunque da questi assecondati prevedono generalmente la liberazione del fallito a seguito dell'adempimento[15].

Va inoltre messo in luce che l'art. 125, comma 2, l. fall. prevede la possibilità che venga presentata una pluralità di proposte; in un caso simile – o

[13] Art. 124 l. fall. – *Proposta di concordato*. 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 sia stata tenuta la contabilità ed i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. Essa non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

[14] PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fall.*, 2010, 9, 1088. FABIANI, *La competizione fra più proposte di concordato fallimentare*, nota a Trib. Modena, 17 ottobre 2008, Trib. Milano, 13 ottobre 2008 e Trib. Mantova, 10 aprile 2008, in *Fall.*, 2009, 3, 350 e ss., ritiene che, anche nell'attuale versione dell'art. 125 l. fall., che non fa riferimento alla possibile presentazione di più proposte, continua a operare la regola che ritiene opportuno sottoporre ai creditori le diverse proposte, "in armonia con la "natura negoziale del nuovo concordato".

[15] BASSI, *op. cit.*, 576.

comunque nel caso in cui a una proposta ne sopraggiunga una nuova – è previsto che, prima ancora che il giudice delegato ne ordini la comunicazione, il comitato dei creditori scelga quale debba essere sottoposta all'approvazione dei creditori. E solamente su richiesta del curatore, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori di una o anche più proposte ritenute parimenti convenienti. Siffatto giudizio di "parità di convenienza" si presenta complesso, dovendosi confrontare tra di loro le varie proposte e comunque raffrontarle all'esito della liquidazione fallimentare[16].

La domanda di concordato fallimentare presentata da una società deve essere sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza sociale, e se le società di capitali necessitano dell'autorizzazione dell'assemblea straordinaria dei soci, per le società di persone, la proposta dovrà essere approvata dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale[17].

La Suprema Corte ha affermato che, nel caso di fallimento di una società per azioni in liquidazione, è inammissibile la proposta di concordato fallimentare presentata dall'amministratore, mentre la legittimazione spetta ai liquidatori, avendo la rappresentanza in via esclusiva della società in liquidazione, ai sensi degli artt. 2452 (ora, 2489 c.c.) e 2278, comma 2, c.c.[18]

Il concordato fallimentare può inoltre essere chiesto dal fallito, dalla società cui il fallito partecipa[19] e dalle società sottoposte a comune controllo, solamente qualora risultino realizzate due condizioni:

- che sia trascorso un periodo di un anno dalla dichiarazione di fallimento;
- che non siano trascorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Il termine finale per creditori e terzi, nel silenzio del dettato legislativo, è individuato nella data di emanazione del decreto di chiusura del fallimento.

[16] Di Cecco, *sub art. 125*, in Nigro-Sandulli-Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2010, 1732.

[17] Chionna, *La decisione di proporre il concordato fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, 3-4, 247 e ss.

[18] Cass. 8 giugno 1995, n. 6485, in Fall., 1995, 1214. Il dettato codicistico apparirebbe chiaro sotto questo profilo, laddove afferma che, *ex* art. 2489 c.c. (*Poteri, obblighi e responsabilità dei liquidatori*), "Salvo diversa disposizione statutaria, ovvero adottata in sede di nomina, i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società. 2. I liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori" e, ex art. 2278 (*Dello scioglimento della società*), comma 2, c.c., che "essi rappresentano la società anche in giudizio".

[19] Bonfatti-Censoni, *op. cit.*, 367, secondo il quale l'espressione "partecipazione" è alquanto ambigua a causa della genericità del concetto.

Si può ricordare come, prima della riforma, fosse previsto un termine più ristretto per la presentazione della proposta di concordato fallimentare da parte del fallito, potendo essa essere avanzata esclusivamente dopo il decreto che dichiarava definitivamente esecutivo lo stato passivo, e fino al decreto di chiusura del fallimento.

I creditori e i terzi possono invece presentare la domanda di ammissione al concordato fallimentare anche prima dell'emissione del decreto di esecutività dello stato passivo, sino al momento del decreto di chiusura del fallimento. Nell'ipotesi in cui la domanda di concordato fallimentare sia presentata prima che sia emesso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, è necessaria la preventiva formazione da parte del curatore di un elenco provvisorio dei creditori: anche in vista di questa incombenza, appare necessario che sia stata tenuta la contabilità, in modo che i dati risultanti da essa, nonché altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre tale elenco, da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. Si tratta di una formulazione introdotta dal decreto correttivo n. 169/2007 e il presupposto richiesto – una contabilità "sostanzialmente corretta" – può essere accostato a quello che era domandato nel sistema previgente per l'accesso alle procedure concorsuali minori[20].

La norma non indica i criteri che il curatore deve osservare per la compilazione dell'elenco provvisorio dei creditori. Sicuramente occorre escludere che l'elenco provvisorio possa comprendere un numero di creditori più ampio rispetto ai creditori risultanti dallo stato passivo, poiché ciò comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento che non trova fondamento nella norma in commento[21].

È, pertanto, preferibile ritenere che l'elenco provvisorio sia redatto secondo le regole seguite per la formazione dello stato passivo.

D'altra parte, poiché l'art. 124 l. fall. risulta lacunoso nella parte in cui omette di disciplinare l'insorgenza di contrasti tra i creditori in merito all'elenco provvisorio redatto dal curatore e approvato dal giudice delegato, ovvero tra terzi e creditori ammessi al predetto elenco, ci si domanda quali siano gli strumenti a disposizione dei creditori non ammessi al fine di contestare la mancata ammissione, nonché per i terzi che intendano contestare eventuali crediti ammessi. La soluzione preferibile individua quale rimedio lo strumento del reclamo, da esperire avverso il decreto di approvazione dell'elenco provvisorio emanato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 26 l. fall.[22]

[20] Jorio, *op. cit.*, 1693; Di Cecco, *op. cit.* 1732; Bassi, *op. cit.*, 577. Cfr. anche Cass., 22 marzo 2010, n. 6904, in *Foro it.*, 2010, I, 2742.

[21] Cfr. Jorio, *op. cit.*, 1700 s.

[22] Si veda in proposito Cass. 17 luglio 2007, n. 15939, in *Giust. Civ., Mass.*, 2007, 5.

La proposizione della domanda prima dell'intervenuta esecutività dello stato passivo consente di accelerare i tempi della procedura fallimentare[23].

La proposta è modificabile da parte del soggetto che l'ha formulata; una modifica peggiorativa è ammissibile, al più tardi, solo fino alla consultazione dei creditori, mentre una modifica migliorativa può essere successiva alla accettazione dei creditori.

La proposta può essere revocata[24], ma sussistono divergenze in ordine al termine entro il quale possa intervenire la revoca: per taluni essa può esercitarsi sino allo scadere del termine per la votazione; per altri sino al termine del giudizio di omologazione.

1.4 Il procedimento

1.4.1 La proposta di concordato

La forma della proposta di ammissione al concordato fallimentare è quella del ricorso indirizzato al giudice delegato, e il contenuto può individuare (art. 124, comma 3, l. fall.[25]):

- la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, con l'indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi;
- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, come la cessione dei beni, l'accollo, il compimento di operazioni straordinarie, l'attribuzione a creditori e a società partecipate dal fallito di azioni, quote, obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

[23] È stato sottolineato che la riforma pur avendo realizzato l'esigenza di accelerare la chiusura della procedura non ha specificato se e quali siano i margini di discrezionalità rimessi agli organi della procedura che servono per la redazione dell'elenco provvisorio dei creditori del fallito, oggetto di approvazione da parte del giudice delegato.

[24] In senso contrario, è stata ritenuta inammissibile e priva di effetto la revoca della proposta di concordato fallimentare effettuata dopo l'approvazione da parte dei creditori, salvo l'obbligo del tribunale di valutare se, in relazione alle ragioni che hanno determinato la dichiarazione di recesso e ai contenuti complessivi della proposta concordataria, essa non renda comunque opportuno il diniego dell'omologazione. In tale senso: Trib. Velletri, 27 novembre 1990, in *Dir. fall.*, 1991, II, 193.

[25] ART. 124, comma 3, l. fall.: "La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) designato dal tribunale. Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Quanto al contenuto della proposta di concordato, quest'ultimo a seguito della riforma ha contenuto e finalità meno complesse del concordato preventivo e, soprattutto, spiccatamente solutorie. Ciò è evidente, ad esempio, dal fatto che la legge non richieda che la proposta sia accompagnata da un piano, a meno che non sia preventivata una falcidia per i creditori privilegiati. Questo, però, non significa che l'attuale concordato fallimentare non si presti, alla stessa stregua del concordato preventivo, a nuovi contenuti, e persino a realizzare l'obiettivo della continuità dell'impresa, auspicabile soprattutto laddove la proposta di concordato sia tempestiva rispetto alla dichiarazione di fallimento[26].

1.4.2 La soddisfazione dei creditori

Il presupposto del concordato fallimentare è l'immediato soddisfacimento integrale delle spese di procedura e dei crediti in prededuzione.

L'espressione "posizione giuridica" di cui all'art. 124, comma 2, l. fall. indica la distinzione tra crediti privilegiati e crediti chirografari. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, purché:

- gli stessi abbiano una soddisfazione non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione[27];
- il valore di mercato del cespite o credito oggetto di garanzia sia calcolato a mezzo di relazione giurata redatta da un esperto o da un revisore contabile o da una società di revisione designati dal tribunale

La domanda di concordato fallimentare avrà cura di specificare, con riferimento ai creditori chirografari, la percentuale loro offerta, le garanzie prestate e la tempistica dei pagamenti.

Sebbene la norma non individui una percentuale minima di pagamento dei creditori, la stessa va individuata in un importo non inferiore a quanto il

[26] BASSI, *op. cit.*, 578; JORIO, *op. cit.*, 1694; cfr. anche FIMMANÒ, *Il trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2010; D'ARRIGO, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi di impresa*, in *La crisi di impresa – questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 464.

[27] BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, 371 il quale evidenzia che si discute se tale condizione sia riferibile anche al privilegio generale, accogliendo una soluzione affermativa al quesito.

fallimento potrebbe versare al ceto chirografario mediante la liquidazione dell'attivo.

Dunque, a differenza del regime precedente, quando la proposta di concordato portava solamente al pagamento delle spese, del compenso del curatore e dei creditori ammessi al passivo, senza prevedere una soglia minima per il pagamento dei creditori chirografari, oggi la proposta può prevedere che i creditori con privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione giurata di un professionista dotato dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. designato dal tribunale.

La procedura può essere assistita da garanzie, che si distinguono in: garanzie reali tipiche (pegno e ipoteca); garanzie reali atipiche (cessione dei beni ai creditori, con affidamento della disponibilità dei beni a un liquidatore); garanzie personali tipiche (fideiussione); garanzie personali atipiche connesse a garanzie reali atipiche (assunzione del concordato da parte di un terzo). Le garanzie indicate nel ricorso devono comunque essere offerte da terzi e non dal fallito.

Dal punto di vista classificatorio si differenziano:

- il concordato *remissorio*, in cui si prevede un pagamento percentuale del debito nei confronti dei creditori chirografari. La percentuale offerta ai creditori chirografari deve essere esattamente determinata; eventualmente potrà affiancarsi una percentuale variabile, connessa all'esito di ulteriori interventi finalizzati alla creazione di liquidità;
- il concordato *dilatorio*, in cui si prevede una dilazione nei tempi di pagamento, entro la quale il debitore si impegna al pagamento dell'intero passivo. Discussa la possibilità di sottoporre a dilazione anche le somme spettanti ai creditori privilegiati. Pare corretto ritenere che l'art. 124 l. fall. non obblighi al pagamento immediato delle spese e dei creditori assistiti da privilegio, i quali semmai, laddove sia apposto un termine, potranno farne un argomento di opposizione all'omologazione. Non potrà, peraltro, prevedersi, sia in aderenza ai canoni giuridici ordinari, sia per il rispetto della conservazione delle garanzie patrimoniali, un pagamento dei creditori chirografari antecedente a quello dei creditori privilegiati[28];
- concordato *remissorio-dilatorio*: costituisce una sintesi dei precedenti due casi.

[28] Si veda in particolare MAFFEI ALBERTI, *Commento breve alla legge fallimentare*, 2009, 728.

1.4.3 La suddivisione in classi dei creditori

La suddivisione in classi[29] dei creditori nell'ambito del concordato fallimentare – suddivisione che non può comportare la modificazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 124, comma 3, l. fall.)[30] – era stata prevista, già prima della riforma, per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e risale al sistema nordamericano, dove è obbligatoria, e tedesco, dove è in ogni caso prevista[31].

L'espressione "*interessi economici*", parametro che si aggiunge alla *posizione giuridica* per la suddivisione dei creditori in classi, non è definita puntualmente nel suo contenuto dal legislatore; questo permette di adattare tale locuzione alle esigenze del singolo caso concreto, così che il proponente gode di un'ampia discrezionalità nel costituire le classi di creditori[32]. Ad esempio, non è chiaro se la distinzione in classi debba rispettare entrambi i criteri: poiché il dettato legislativo è piuttosto vago, si può pensare che "in definitiva la legge consente di configurare le classi con ampia libertà" [33].

L'eventuale uso distorto della formazione delle classi, che potrebbe essere

[29] CATALLOZZI, *Il "classamento obbligatorio" nei concordati*, nota a Trib. Ivrea, 9 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 7, 777 e ss., il quale riconosce all'autorità giudiziaria il potere di sindacare la mancata formazione delle classi, con riguardo alla presenza di interessi economici non omogenei, derivanti da pretese obbligatorie di creditori diversi.

[30] BOTTAI, *Trattamento dei crediti privilegiati, nuova finanza e rapporto fra classi e privilegi*, nota a Trib. Messina, 18 febbraio 2009, in *Fall.*, 2010, 1, 83 e ss., il quale condivide le soluzioni adottate dalla corte di merito, volte a: riconoscere la possibilità per il proponente di soddisfare non integralmente i creditori prelatizi, purché in misura non inferiore a quella realizzabile mediante la vendita dei beni su cui hanno diritto a far valere la loro collocazione preferenziale e sancire il divieto di modificare l'ordine legale delle cause di prelazione. MACRÌ, *Il sindacato del tribunale sul corretto utilizzo dei criteri di formazione delle classi*, nota a App. 3 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, 8, 953 e ss., la quale ritiene facoltativa la formazione delle classi nel concordato fallimentare e derogabile l'ordine delle prelazioni dall'autonomia privata, purché il divergente trattamento sia lecito, richiamando il concetto anglosassone di "*fair and equitable*". Condivide la "facoltatività" della formazione delle classi CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, nota a App. Torino, 23 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, 3, 324 e ss., il quale giunge a tale conclusione considerando oltremodo chiaro il dato normativo, che utilizza l'espressione "può prevedere".

[31] BASSI, *op. cit.*, 581; da taluno la suddivisione in classi è stata reputata un vulnus alla *par condicio creditorum*: RACUGNO, in La *custodia e l'amministrazione. L'accertamento del passivo. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura del fallimento*, III, Padova, 2011, 490; DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007; FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437; GALLETTI, *Classi obbligatorie? No, grazie*, in *Giur. comm.*, II, 2010, 343.

[32] Costituiscono esempi di suddivisione dei creditori per "*interesse economico*" quella fra: istituti di credito, fornitori; crediti di ingente importo, di modesto importo etc.

[33] Così BASSI, *op. cit.*, 581.

un *escamotage* utile per ottenere l'approvazione del concordato fallimentare, deve escludersi alla luce della necessità che l'istante indichi le ragioni dei trattamenti differenziati riservati ai creditori.

Come si vedrà in sede di analisi del procedimento, il controllo sulla correttezza della formazione delle classi viene compiuto preliminarmente dal tribunale, ai sensi dell'art. 125, comma 2, l. fall.: qualora vengano previsti trattamenti differenziati per appartenenti a classi diverse, il proponente deve spiegare le ragioni del diverso trattamento, e siffatta proposta, prima di essere sottoposta ai creditori, deve essere valutata dal tribunale, previo parere del curatore e del comitato dei creditori: il tribunale deve verificare il corretto utilizzo dei criteri *ex* art. 124, comma 2, lett. a) e b), e art. 124 comma 3. Un simile controllo non è previsto in caso di concordato preventivo.

In merito alla postergazione, occorre ricordare che i creditori possono convenire con il proponente la loro postergazione, ossia che i loro crediti vengano pagati dopo i chirografari[34].

1.4.4 Le modalità di realizzazione del concordato fallimentare

Per ciò che concerne le modalità di realizzazione del concordato fallimentare, l'elenco contenuto alla lettera c) del secondo comma dell'art. 124 l. fall. delinea la possibilità che il piano di "ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti" possa avvenire nel modo più vario possibile: cessione dei beni, accollo, operazioni straordinarie ecc.; tale indicazione deve essere intesa in senso esemplificativo e non tassativo.

La norma stabilisce, altresì, che la proposta di concordato presentata da uno o più creditori o dal terzo possa contenere non solo la cessione dei *beni* che fanno parte dell'attivo fallimentare, ma anche delle *azioni di pertinenza della massa*, queste ultime se autorizzate dal giudice e con l'indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa (art. 124, comma 4, l. fall.)[35]. Sussistono forti

[34] BASSI, *op. cit.*, 582, laddove si ricorda la posizione di chi ritiene che i creditori postergati volontariamente debbano confluire in una classe a sé e si discute, argomentando anche sulla base della disciplina del concordato preventivo, se sia ammissibile una postergazione non volontaria: cfr. Trib. Milano, 8 giugno, 2006, in *Fall.*, 2006, 1420; LO CASCIO, *Giudizio di ammissibilità e di omologazione e crediti postergati*, in *Fall.*, 2006, 1423; NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 190.

[35] Art. 124, comma 4, l. fall.: "La proposta presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa. Il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione".

dubbi sul significato da attribuire all'espressione "di pertinenza": secondo taluni si potrebbe ritenere che la dizione coincida con quella dell'art. 24 l. fall., che attribuisce al tribunale fallimentare la competenza a giudicare di tutte le "azioni che ne derivano" (cioè dal fallimento), qualunque sia il loro valore. Sarebbero, allora, comprese le azioni revocatorie, le azioni di inefficacia *ex* art. 164 e 165 l .fall., quelle dirette a fare valere l'inopponibilità degli atti e delle formalità compiute dopo il fallimento (art. 44 e 45 l. fall.), le azioni di simulazione. Sono, invece, escluse dalla dizione dell'art. 24 l. fall. le azioni per danni da concessione abusiva del credito, le azioni di responsabilità, le azioni del curatore in rappresentanza del fallito, le quali tutte, però, potrebbero legittimamente rientrare nella previsione dell'art. 124 l. fall., ossia tra le azioni di pertinenza della massa[36].

Indichiamo alcuni casi di proposte di concordato fallimentare:

a. immissione di liquidità da parte di terzi, eventualmente a fronte di un contratto di compravendita di beni del debitore condizionato all'omologazione del concordato; tale immissione di liquidità a fronte di un contratto di compravendita potrà essere adeguatamente garantita;
b. consegna delle attività fallimentari a un terzo (ad esempio tramite un contratto d'affitto d'azienda) per la gestione dell'azienda e il pagamento dei debiti: la capacità imprenditoriale del terzo potrà essere qualificata come garanzia, e il ricavato della gestione dell'azienda e/o dell'affitto sarà destinato al soddisfacimento del concordato;
c. pegno o ipoteca su beni di terzi, riconsegna dell'attivo fallimentare al debitore, vendita dei beni o gestione dell'azienda da parte di quest'ultimo con destinazione del ricavato al soddisfacimento del concordato;
d. gestione dei beni da parte del debitore, con assoggettamento degli atti di disposizione al controllo del curatore, al parere del comitato dei creditori e all'autorizzazione del giudice;
e. pegno o ipoteca sugli stessi beni del fallito;
f. postergazione dei loro diritti da parte di taluni creditori al soddisfacimento di una percentuale a favore degli altri creditori;

[36] Specificamente PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1037; ID., *La concessione abusiva di credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 442; ragiona sul problema BASSI, *op. cit.*, 584 s., rammentando anche il contenuto dell'art. 104-*ter*, che include nel programma di liquidazione la azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie, e dell'art. 106, comma 1, in cui si stabilisce che il curatore può cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti.

In tutte le ipotesi indicate, sarà necessario costruire forme di esecuzione tali da garantire ai creditori, in ipotesi di insuccesso della soluzione concordataria, la restituzione del medesimo attivo fallimentare o dell'equivalente.

Un'osservazione va riservata al fatto che la proposta di concordato può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne garantisca la soddisfazione in una misura non inferiore a quella realizzabile, relativamente alla posizione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione. In questa valutazione, però, occorre avere riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni e diritti su cui insiste la causa di prelazione, così come indicato nella relazione giurata di un professionista nominato dal tribunale, che sia in possesso dei già richiamati requisiti *ex* art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. La richiesta valutazione dei beni, da condursi in riferimento a un'ipotetica, futura liquidazione, è un'operazione complessa e foriera di incertezze, soprattutto laddove una stima dell'attivo mobiliare dalla quale risulti che i creditori con privilegio non otterrebbero dalla liquidazione l'intera soddisfazione del credito, renderebbe palese l'assenza di risorse da distribuire ai chirografari e, dunque, la necessità di un "contributo esterno" espressamente destinato a questi ultimi[37].

1.5 I patti paraconcordatari

La proposta di concordato fallimentare può realizzarsi grazie agli accordi stipulati fra il debitore e terze persone; in tale circostanza si è in presenza dei cosiddetti contratti paraconcordatari, ossia di casi in cui l'intervento del terzo – sebbene idoneo e necessario alla buona riuscita del concordato – rimane estraneo al concordato stesso[38].

Si può incidentamente osservare come non incida sulla possibilità di concludere pattuizioni paraconcordatarie la questione relativa alla natura del concordato fallimentare[39].

Qualora venga approvata la proposta di concordato fallimentare e segua l'omologazione, il debitore tornerebbe nella piena disponibilità del proprio patrimonio e nulla gli vieterebbe di regolare i rapporti giuridici stipulati nel frattempo con terzi soggetti[40]. Peraltro, se si ritenesse nulla ogni convenzione

[37] BASSI, *op. cit.*, 582 s.; specificamente sull'argomento, INZITARI, *Il soddsfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 383.

[38] FRASCAROLI SANTI, *I contratti paraconcordatari*, in *Dir. fall.*, 197, II, 15 ss.

[39] Così BASSI, *op. cit.*, 575,

[40] A titolo esemplificativo, si può pensare alla vendita di beni non destinati all'esecuzione del concordato fallimentare; nonché al pagamento di provvigioni o interessi per la concessione di garanzie.

stipulata a margine di un concordato, si renderebbero altresì impossibili la prestazione di garanzia e l'assunzione di concordato, che invece la legge prevede, sebbene queste possano avere un contenuto speculativo.

L'unica condizione cui è subordinata la legittimità dei patti è che non sia alterata la parità di trattamento dei creditori, non siano sottratti beni destinati al soddisfacimento dei creditori e non si incorra nel reato di mercato di voto: la Suprema Corte ha ritenuto legittima la stipulazione di accordi tra il fallito e l'assuntore, diretti a modificare, nei loro rapporti interni, taluni effetti del concordato fallimentare, come determinati dalla sentenza di omologazione, sempre che con tali pattuizioni non risultassero lesi gli interessi della massa dei creditori[41].

L'eventuale liberazione immediata del fallito deve essere espressamente prevista nella proposta di concordato e può operare esclusivamente nel caso di concordato con assunzione. Nel caso in cui la proposta non preveda l'immediata liberazione del debitore, l'assuntore assume la semplice figura di garante coobbligato.

A riguardo deve essere però ricordato che la riforma non prevede espressamente la figura dell'assuntore, che è invece esplicitamente menzionata nella disciplina del concordato preventivo: ciò potrebbe essere dovuto al fatto che l'assuntore coincide, semplicemente, con il terzo proponente al quale vengono trasferite le attività .

1.6 Il procedimento

1.6.1 Il ruolo del giudice delegato

L'art. 125 l. fall. disciplina l'esame della proposta di concordato fallimentare da parte del giudice delegato, nonché l'acquisizione dei pareri espressi dal curatore e dal comitato dei creditori e la successiva comunicazione della proposta ai creditori[42].

La riforma ha comportato l'accentuazione del carattere privatistico del concordato fallimentare, in quanto il giudice delegato ha perso il potere di valutare effettivamente la proposta, dovendosi limitare a un controllo for-

[41] Cass. 23 dicembre 1992, n. 13626. Nello stesso senso: Cass. 15 marzo 1988, n. 2450; Cass. 19 luglio 1982, n. 4239; *recentius*, Cass. 26 febbraio 2010, n. 4783, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Cass. 25 febbraio 2011, n. 4698, in *Giust. Civ., Mass.*, 2011, 2, 306.

[42] Art. 125 comma 1, l. fall.: "La proposta di concordato è presentata con ricorso al giudice delegato, il quale chiede il parere del curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte".

male[43] e perdendo, di fatto, il potere di sindacarne la convenienza[44], potere oggi attribuito ad altri organi fallimentari – curatore, comitato dei creditori, tribunale – che sono a maggiore conoscenza degli elementi caratterizzanti la procedura fallimentare, all'interno della quale è proposto il concordato fallimentare[45]. Difatti, preliminarmente, il giudice acquisisce il parere del curatore, il quale deve far riferimento "ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte" e, successivamente, il parere favorevole del comitato dei creditori[46].

Al giudice è affidato anche il compito di valutare la ritualità della proposta e di disporre l'eventuale sospensione delle vendite: si è discusso su cosa debba intendersi per vaglio della ritualità, comportando esso il potere di rifiutare l'avvio del procedimento laddove emerga un vizio di legittimità[47].

1.6.2.2 Il ruolo del curatore

Il parere espresso dal curatore aveva, prima della riforma, carattere obbligatorio e vincolante, in quanto solo il giudizio favorevole del curatore consentiva la prosecuzione della procedura, legittimando il giudice delegato a procedere con la conseguente comunicazione della proposta ai creditori[48].

[43] La Relazione illustrativa alla legge così dispone: "viene sottratto al giudice delegato il potere di valutare l'eventuale convenienza della proposta".

[44] SANZO, *La prima pronuncia di legittimità sul nuovo concordato fallimentare: brevi riflessioni sui poteri di controllo del Tribunale e sul ruolo del fallito (con qualche divagazione circa i limiti di ammissibilità di un concordato "contro" il fallito)*, in *Giur. it.*, 2010, 8-9, 1820; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, 03, 392; FINARDI, *La ripartizione dei poteri degli organi del concordato fallimentare dopo la riforma*, in *Fall.*, 2010, 8, 940.

[45] Cfr. NARDECCHIA, *La ripartizione fisiologica e patologica dei poteri degli organi della procedura nell'esame della proposta di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, I, 1715.

[46] TOMASSO, *Sospensione della liquidazione a seguito di concordato*, nota a Cass. 19 aprile 2010, n. 9292, in *Fall.*, 2010, 7, 795 e ss., il quale critica la soluzione adottata dalla Suprema Corte, la quale ha ritenuto irrilevante il parere del comitato dei creditori nel caso in cui la proposta di concordato fallimentare preveda il pagamento integrale del ceto creditorio. Secondo l'Autore, l'arretramento dei poteri del giudice delegato, comporta la necessità che sia sempre acquisito il parere del comitato dei creditori, a tutela del ceto creditorio. Nello stesso senso: VITIELLO, *La mancanza del parere del comitato dei creditori nel concordato fallimentare*, nota a Trib. Patti, 24 novembre 2008, in *Fall.*, 2009, 4 448 e ss.

[47] DI CECCO, *op. cit.*, 1708 ss.; cfr, anche AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO (a cura di), *Il fallimento*, Padova, 2009, 703 e 714; SABATELLI, *Profili genetici del nuovo concordato fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 5, 220; PACCHI, *Il concordato nel fallimento*, in *www.fallimentoonline.it*, 2008, I, 19 s.; NORELLI, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto" (marzo 2008)*, in *wwwjudicium.it*, 23.

[48] In merito alla precedente disciplina si veda MINATOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, nota a Trib. La Spezia, 5 luglio 2007 e

Attualmente, il parere è semplice, preventivo, obbligatorio ma non vincolante e deve consentire ai creditori, che sono chiamati a esprimere il loro voto, la possibilità di comparare gli esiti della liquidazione dell'attivo con gli esiti della proposta concordataria.

È ancora aperta la questione se il curatore debba farsi carico anche dell'interesse del decotto che risulti leso da una proposta con finalità speculative[49].

1.6.3 Il ruolo del comitato dei creditori

Prima dell'intervento del d.lgs. 169/2007, il parere espresso dal comitato dei creditori poteva essere di qualunque contenuto – positivo o negativo – e non era in grado di precludere la prosecuzione dell'*iter* previsto dalla norma in commento[50].

Ora, invece, il comitato dei creditori deve esprimere parere necessariamente favorevole (art. 125, comma 2, l. fall.), sicché i rappresentanti dei creditori hanno un vero e proprio diritto di veto, che, se esercitato, porta al rigetto della domanda di concordato. Contro il parere negativo espresso dal comitato può, secondo parte della dottrina, essere proposto reclamo al giudice delegato, ai sensi dell'art. 36 l. fall.[51].

Trib. La Spezia, 19 settembre 2007, in *Fall.*, 2008, 2, 213 e ss., ritiene che il parere del curatore, proprio perché vincolante, se di contenuto negativo, debba essere adeguatamente motivato. Nel caso di parere negativo, il giudice mantiene il potere di eseguire un controllo in ordine alla legittimità della proposta concordataria, essendo i creditori gli unici arbitri della proposta di concordato fallimentare.

[49] Cfr. Trib. Roma, 28 febbraio 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 20, 58.

[50] NARDECCHIA, *La ripartizione fisiologica e patologica dei poteri degli organi della procedura nell'esame preventivo della proposta di concordato fallimentare*, nota a Trib. Torre Annunziata, 5 giugno 2008 e Trib. Pescara, 1 aprile 2008, in *Fall.*, 2008, 12, 1429 e ss., il quale, contrariamente a quanto statuito dal giudice di merito, ritiene che nel caso in cui il comitato dei creditori non abbia provveduto a esprimere il suo parere, vi debba provvedere il comitato dei creditori, il cui parere, in questo caso, assume natura vincolante. Si veda anche RISOLO, *La funzione consultiva del comitato dei creditori nel concordato fallimentare tra vecchia e nuova disciplina*, nota a Cass. 26 novembre 2010, n. 24026, in *Fall.*, 2011, 8, 971 e ss.

[51] Art. 36 l. fall. - *Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori* – Contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio. Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

Dopo la votazione e prima dell'omologazione il comitato dei creditori o il curatore in sua vece, devono depositare una relazione motivata e un parere definitivo.

1.6.4 Il ruolo del tribunale

Se la proposta di concordato fallimentare contiene la suddivisione dei creditori in classi, il giudice delegato è chiamato dall'art. 125, comma 2, l. fall.[52] ad acquisire anche il parere del tribunale[53], il quale verifica:

- che la suddivisione dei creditori in classi sia stata effettuata secondo "posizione giuridica e interessi economici omogenei";
- l'esistenza di "ragioni" che hanno comportato l'introduzione di trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, secondo i criteri di cui all'art. 124, comma 2, lett. a) e b) l. fall.[54];
- il contenuto della relazione giurata redatta da un esperto o da un revisore contabile[55] o da una società di revisione, che viene allegata alla proposta di concordato fallimentare, allorquando la stessa preveda che i creditori muniti

Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento della autorità giudiziaria. Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest'ultimo con l'accoglimento del reclamo.

[52] Art. 125 comma 2 l. fall.: "Una volta espletato tale adempimento preliminare, il giudice delegato, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, valutata la ritualità della proposta, ordina che la stessa, unitamente al parere del curatore e del comitato dei creditori venga comunicata ai creditori, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione ed informandoli che la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole. Nel medesimo provvedimento il giudice delegato fissa un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso. Qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta, con i pareri di cui al primo e secondo comma, al giudizio del tribunale che verifica il corretto utilizzo dei criteri di cui all'art. 124, secondo comma, lettere a) e b) tenendo conto della relazione resa ai sensi dell'art. 124, terzo comma".

[53] Sui poteri del tribunale, si veda Trib. Napoli, 22 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 458.

[54] Art. 124 comma 2, l. fall.: "La proposta può prevedere:
a) la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;
b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi;
c) 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".

[55] CELENTANO, I *requisiti del professionista che attesta i piani concordatari*, in *Fall.*, 2010, 7, 823.

di diritto di prelazione non siano soddisfatti integralmente (art. 124, comma 3, l. fall.).

La scelta di attribuire tale potere di controllo al tribunale determina il recupero del principio della *par condicio creditorum*, dal momento che la possibilità di introdurre trattamenti differenziati per le diverse classi di creditori, come si è già detto, non può essere una scelta arbitraria, ma deve rispondere all'esigenza di garantire un'omogeneità di "posizione giuridica e interessi economici": si tratta, pertanto, di un controllo non formale, ma *sostanziale* e di merito.

La norma non disciplina l'ipotesi in cui il controllo del tribunale abbia esito negativo. Sembra ammissibile la possibilità per il tribunale di chiedere al proponente chiarimenti e di indicare correttivi alla proposta di concordato fallimentare.

In ogni caso, il giudizio negativo non impedisce la presentazione di una nuova proposta contenente elementi significativamente diversi e migliorativi rispetto a quella in precedenza presentata, poiché il provvedimento manca del carattere di decisorietà. Nell'ipotesi in cui il giudizio espresso dal tribunale sia negativo, è ammessa la possibilità di proporre reclamo avanti la corte d'appello, così come disciplinato dall'art. 26 l. fall.

Secondo la Suprema Corte, nel vigore della precedente disciplina, il provvedimento del tribunale che, in sede di reclamo, conferma il decreto con cui il giudice delegato ha rigettato l'istanza di concordato fallimentare, manca del carattere sia di decisorietà su diritti soggettivi e *status*, sia di definitività. Non essendo immodificabile, né precludendo la riproponibilità della proposta di concordato, non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. [56]

1.7 La sospensione della liquidazione

Rispetto alla previgente formulazione, si deve ritenere che sia ora possibile chiedere la sospensione della liquidazione, qualora la proposta di concordato fallimentare integri i "gravi motivi" che sono indicati dall'art. 108 l. fall.[57],

[56] Cass. 28 marzo 2006, n. 7006. Nello stesso senso: Cass. 29 dicembre 1999, n. 14672 e Cass. 11 agosto 2000, n. 10686.

[57] Art. 108 l. fall.: "*Poteri del giudice delegato* - Il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito di cui al quarto comma dell'art. 107, impedire il perfezionamento della vendita

al fine di chiedere la sospensione della liquidazione del patrimonio del fallito.

Il giudice delegato può disporre la sospensione della liquidazione dell'attivo qualora valuti positivamente la convenienza della proposta, esercitando il potere discrezionale di valutare la probabilità che la proposta di concordato fallimentare sia accolta dai creditori. Tale possibilità concessa al giudice delegato si spiega considerando che la continuazione della liquidazione dell'attivo è incompatibile con l'apertura del giudizio di omologazione.

La sospensione può essere disposta anche dopo che l'aggiudicatario abbia versato il prezzo di un bene immobile, sino a quando non sia stato emanato il decreto di trasferimento.

1.8 Il procedimento

1.8.1 La comunicazione

Solo nel caso di parere favorevole espresso dal comitato dei creditori, il giudice delegato ordina la comunicazione a tutti i creditori ammessi al passivo, indicando il parere espresso dal curatore e dal comitato dei creditori e specificando dove possono essere reperiti gli elementi utili per la valutazione della proposta di concordato fallimentare e informando i creditori che la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole (art. 125 l. fall.).

L'art. 17, comma 1, lett. n), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 risolve il problema di individuare il soggetto tenuto alla predetta comunicazione, per estratto degli elementi essenziali, demandando espressamente tale incombente al curatore.

L'art. 17, comma 1, lett. n), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 prevede che la comunicazione avvenga a mezzo della posta elettronica certificata

La mancata comunicazione a tanti creditori, il cui voto possa influenzare il raggiungimento delle maggioranze, costituisce vizio di nullità del procedimento.

In caso vengano presentate più proposte o se comunque se ne aggiunge una nuova, prima che il giudice delegato ordini la comunicazione, il comitato dei creditori sceglie quella da sottoporre all'approvazione dei creditori. Se il curatore lo richiede, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori anche di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti.

quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato. Per i beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo."

L'ultimo comma dell'art. 125 l. fall. disciplina l'ipotesi in cui la proposta di concordato fallimentare abbia a oggetto anche obbligazioni o strumenti finanziari emessi dalla società fallita. In tale ipotesi, la comunicazione deve essere effettuata agli "organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee, affinché possano esprimere il loro eventuale dissenso"[58].

Si discute se, in mancanza di un rappresentante comune, lo stesso debba essere nominato ai sensi dell'art. 2417 c.c. [59] o se tale ruolo debba essere svolto dal curatore.

Nel caso in cui la comunicazione della proposta di concordato fallimentare deve essere effettuata nei confronti di un numero rilevante di creditori, il giudice delegato, mediante una sua scelta discrezionale, può autorizzare il curatore a "dare notizia della proposta di concordato, anziché con comunicazione ai singoli creditori, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale" (art. 126 l. fall.).

La norma mira ad assicurare che tutti i creditori siano a conoscenza della proposta di concordato fallimentare e possano esprimere il loro parere, e realizza, al contempo, il principio di economicità degli atti giudiziari.

1.8.2 Il voto

Entro il termine discrezionale fissato dal giudice, compreso tra i venti e i trenta giorni dal deposito del provvedimento presso la cancelleria (art. 125 l.fall.), i creditori devono fare pervenire le loro dichiarazioni di dissenso[60].

[58] Questo il testo completo dell'ultimo comma dell'art. 125 l. fall.: "Se la società fallita ha emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato, la comunicazione è inviata agli organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee, affinché possano esprimere il loro eventuale dissenso. Il termine previsto dal terzo comma è prolungato per consentire l'espletamento delle predette assemblee".

[59] Art. 2417 c.c.: "*Rappresentante comune* – Il rappresentante comune può essere scelto al di fuori degli obbligazionisti e possono essere nominate anche le persone giuridiche autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento nonché le società fiduciarie. Non possono essere nominati rappresentanti comuni degli obbligazionisti e, se nominati, decadono dall'ufficio, gli amministratori, i sindaci, i dipendenti della società debitrice e coloro che si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 2399.
Se non è nominato dall'assemblea a norma dell'art. 2415, il rappresentante comune è nominato con decreto dal tribunale su domanda di uno o più obbligazionisti o degli amministratori della società. Il rappresentante comune dura in carica per un periodo non superiore a tre esercizi sociali e può essere rieletto. L'assemblea degli obbligazionisti ne fissa il compenso. Entro trenta giorni dalla notizia della sua nomina il rappresentante comune deve richiederne l'iscrizione nel registro delle imprese".

[60] FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, 4, 572 ss.

Vige quindi il principio del *silenzio-assenso*: se il creditore non trasmette la propria dichiarazione nel termine stabilito si presume consenziente[61].

La dichiarazione di dissenso può essere revocata, ma si discute se il termine entro il quale deve essere espressa la revoca sia il termine per votare, quello di redazione del verbale o se invece si possa attendere sino all'ordinanza di apertura del giudizio di omologazione emanato ai sensi dell'art. 129 l. fall.

Il voto può essere espresso per iscritto, anche mediante procura, rilasciata senza formalità in calce alla comunicazione della proposta. Non è tuttavia ritenuto sufficiente un generico mandato alle liti, rilasciato ai sensi dell'art. 84 c.p.c. Le dichiarazioni rilasciate sono inserite in un verbale che ha natura riepilogativa e strumentale e non costitutiva.

Nel caso in cui la società abbia emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato fallimentare, il termine per esprimere il voto è prolungato proprio al fine di consentire lo svolgimento delle assemblee[62].

Nell'ipotesi in cui la comunicazione ai creditori avvenga mediante la forma prevista dall'art. 126 l. fall., si ritiene che il termine previsto dall'art. 125, comma 2, l. fall., per fare pervenire le dichiarazioni di dissenso dei creditori, sia insufficiente e che trovi applicazione il disposto di cui all'art. 125, comma 4, l. fall. e dunque un prolungamento del termine stesso.

In ogni caso il termine per esprimere il voto decorrerà dalla pubblicazione sul quotidiano, ovvero sui quotidiani, indicati dal giudice delegato.

A differenza di quanto avviene per la comunicazione della proposta di concordato fallimentare, portata a conoscenza di tutti i creditori[63], il diritto di voto spetta solo a determinati creditori e a proposito la norma dell'art. 127 l. fall. distingue due ipotesi:

- nel caso in cui lo stato passivo sia già stato reso esecutivo, il diritto di voto spetta ai creditori chirografari ammessi al passivo ai sensi dell'art. 97 l. fall.[64]. Il diritto di voto spetta anche a favore dei creditori ammessi con riserva, tra i quali sono ricompresi quelli i cui crediti sono soggetti a condizione sospensiva, e ai creditori ammessi provvisoriamente ai sensi dell'art. 99, comma 3, l. fall. Non hanno invece diritto di voto i creditori esclusi dallo stato passivo in base all'art. 97 l. fall., anche nel caso in cui essi abbiano proposto opposizione. Nel caso della c.d. riserva atipica (ad esempio, i crediti fiscali per cui pende un contenzioso avanti alle commissioni tributarie), il credito deve ritenersi in realtà non ancora ammesso e, pertanto, non idoneo a legittimare il voto;
- nel caso in cui lo stato passivo non sia stato ancora reso esecutivo, il diritto di voto spetta ai creditori, da intendersi chirografari, che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato (art. 124 l. fall.).

[61] Specificamente sul voto nel concordato fallimentare, si veda IVONE, *La disciplina del voto nel concordato. L'approvazione del concordato fallimentare*, in *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, IV, Torino, 2011, 111 ss.

[62] Ai sensi dell'art. 2415, comma 1, n. 3, c.c. l'assemblea degli obbligazionisti, convocata dagli amministratori o dal rappresentante comune, delibera sulla proposta di amministrazione controllata e di concordato. In virtù dell'art. 2376 c.c. "Se esistono diverse categorie di azioni o strumenti finanziari che conferiscono diritti amministrativi, le deliberazioni dell'assemblea, che pregiudicano i diritti di una di esse, devono essere approvate anche dall'assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata".

[63] CUNEO, Le *procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Milano, 2002, 1391.

[64] TISCINI, *Mutamenti soggettivi nella titolarità del credito ed esercizio del diritto di voto in sede di concordato fallimentare*, nota a Trib. Roma, 9 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 5, 593 e ss., la quale concorda con la soluzione adottata dal giudice di merito che, in caso di mutamenti soggettivi nella titolarità dei crediti, intervenuti successivamente al decreto che dichiara esecutivo lo stato passivi, attribuisce la legittimazione al voto ai creditori ammessi allo stato passivo. Secondo l'Autore occorre combinare la regola dell'immodificabilità dello stato passivo con quella della successione nel diritto controverso, sancita dall'art. 111 c.p.c.

Ciascun creditore può esprimere un voto solo, anche se è titolare di più crediti[65].

I creditori privilegiati che, secondo la proposta, saranno soddisfatti integralmente, non hanno diritto di voto, a meno che non rinuncino al diritto di prelazione; la rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale e accessori (art. 127, comma 3, l. fall.[66]). In caso di rinuncia totale o parziale alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia, tali creditori sono assimilati ai creditori chirografari e dunque a loro spetta il diritto di voto. La rinuncia, comunque, produce i suoi effetti ai soli fini del concordato fallimentare. Il credito viene quindi considerato chirografario, sia ai fini del voto, sia ai fini del pagamento.

I creditori muniti di diritto di prelazione, in ordine ai quali la proposta di concordato fallimentare prevede invece la soddisfazione non integrale, sono considerati creditori chirografari per la parte residua del loro credito, ma ai soli fini del voto: essi partecipano al voto non per la parte che verrà loro corrisposta, ma per quella che non riceveranno[67].

Deve essere escluso dal diritto di voto sia il creditore ammesso al passivo con diritto di prelazione, ma il cui credito sia contestato da un

[65] Pajardi, *Codice del Fallimento*, Milano, 1997, 828; RAGUSA MAGGIORE - COSTA, *Il Fallimento*, Torino, 1997, 681.

[66] Art. 127, comma 3 l. fall.: "Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato".

[67] BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, 374.

altro creditore ai sensi dell'art. 100 l. fall. o ai sensi dell'art. 102 l. fall., sia il creditore la cui prelazione sia stata esclusa, ma che si sia opposto all'esclusione.

La rinuncia al diritto di prelazione da parte del creditore privilegiato può avvenire secondo due diverse modalità:

- la prima consiste nella rinuncia espressa, totale o parziale. In tal caso, la frazione o l'intero credito eventualmente rinunciato vengono considerati alla stregua di un credito chirografario e, pertanto, legittimano la partecipazione al voto e determinano la necessità del computo del credito ai fini della maggioranza.
- la seconda modalità è rappresentata dal voto di adesione esplicito. L'espressione di tale voto determina la perdita della prelazione sull'intero credito, a meno che sia accompagnata da una dichiarazione di limitata rinuncia[68].

Secondo la Suprema Corte l'art. 127 l. fall. accorda il diritto di voto sulla proposta di concordato fallimentare e implica, in difetto di diversa previsione, la possibilità di optare fra le due alternative sottoposte al vaglio del votante, e, quindi, tanto la facoltà di aderire a detta proposta, quanto quella di rifiutarla[69].

Non hanno diritto di voto: il coniuge del fallito, i parenti e affini entro il quarto grado e i cessionari o aggiudicatari dei crediti delle persone sopra indicate che sono diventati tali da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento (art. 127, comma 6, l. fall.). Qualora il voto sia stato prestato nonostante il divieto in questione, non solo si tratta di voto nullo, ma esso comporta anche la nullità dell'intero procedimento (compresa la sentenza di omologazione), nel caso in cui il computo di quest'ultimo sia risultato determinante nel raggiungimento delle maggioranze.

La descritta disciplina deve ritenersi validamente applicata anche ai crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo, ai sensi del medesimo art. 127, comma 6, l. fall.: in proposito, la giurisprudenza di merito ha però ritenuto che qualora il soggetto escluso dal voto sia sottoposto

[68] Contrari a tale ipotesi BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, per i quali il voto espresso dai creditori privilegiati senza previa rinunzia al privilegio deve considerarsi *tamquam non esset*, ovvero come se questi creditori non avessero votato. A tale conclusione gli Autori giungono solo considerando che la previgente formulazione della norma prevedeva la possibilità per i creditori privilegiati di rinunciare tacitamente al privilegio mediante la votazione. Il nuovo testo della norma, al contrario, non sancendo più tale possibilità escluderebbe la possibilità per tali creditori di esprimere il loro voto senza una previa rinuncia esplicita al privilegio da loro vantato.

[69] Cass. 15 febbraio 1995, n. 1631. Ma cfr. anche Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 e Cass. 26 novembre 2010, n. 24026.

a una procedura concorsuale, verrebbero meno le ragioni che determinano l'esclusione dal voto[70].

Nella disciplina del concordato fallimentare – a differenza di quanto previsto per il concordato preventivo, e in particolare all'art. 177, comma 5, l. fall. – i trasferimenti di crediti avvenuti dopo la dichiarazione di fallimento non attribuiscono diritto di voto, a meno che non siano effettuati a favore di banche o altri intermediari finanziari[71].

1.9 L'approvazione del concordato fallimentare

La proposta di concordato fallimentare è approvata quando esprimono parere favorevole i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art. 128 l. fall.)[72]: ammettendo che il raggiungimento della maggioranza semplice dei creditori il cui credito è ammesso al voto sia sufficiente per l'approvazione della proposta di concordato fallimentare, si supera il precedente criterio che richiedeva il raggiungimento della doppia maggioranza, di numero e di somma[73]. Ciò significa che la proposta di concordato fallimentare può essere approvata da una minoranza di creditori, se il totale dei loro crediti rappresenta la maggioranza semplice dei crediti ammessi al voto[74].

Secondo l'art. 128 l. fall., nel caso in cui la proposta di concordato fallimentare preveda che i creditori siano suddivisi in classi, l'approvazione sarà raggiunta se la maggioranza di voti favorevoli si verifica anche nel maggior numero di classi medesime[75].

Quando il giudice delegato dispone il voto su più proposte di concordato ai sensi dell'articolo 125, comma 2, terzo periodo, ultima parte, l. fall., si considera approvata quella che ha conseguito il maggior numero di consensi e, in caso di parità, la proposta presentata per prima[76].

[70] Così Trib. Mantova, 26 aprile 2007, in *Il civilista*, 2009, 12, 97.

[71] BASSI, *op. cit.*, 578; DE CECCO, *op. cit.*, 1752.

[72] FERRI, I *nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditore*, in Il *Fall.*, 2005, 587.

[73] La previgente formulazione della norma richiedeva, invero, il voto favorevole della maggioranza dei creditori aventi diritto al voto, la quale rappresentasse i due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto.

[74] BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, 375.

[75] Tale disciplina risulta identica a quella dettata per il concordato preventivo.

[76] In generale, sul problema della pluralità di proposte, FABIANI, *La competizione tra più proposte di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 353. Ovviamente, quando le proposte di concordato provengano da creditori ammessi al passivo, la votazione a loro concessa deter-

Nel caso in cui, successivamente alla scadenza del termine fissato per la votazione della proposta di concordato fallimentare, avvengano delle modifiche attinenti il numero dei creditori, piuttosto che l'ammontare dei singoli crediti, accertati con provvedimento, tali variazioni sono irrilevanti, non influendo sul calcolo della maggioranza.

Il creditore titolare di una pluralità di crediti dispone di un solo voto mentre, nel caso inverso di più titolari di un medesimo credito, ogni creditore voterà per la propria quota. Analogo trattamento è riservato a più coeredi che abbiano acquistato il credito *mortis causa*, salvo l'esistenza del patto contrario, che obbliga gli stessi a trovare un accordo sul voto, pena l'impossibilità di esercitare il dissenso.

In caso di pegno o usufrutto, secondo quanto disposto dall'art. 2352 c.c., il diritto di voto spetta solo al creditore pignoratizio e all'usufruttuario, salvo patto contrario.

Il voto di dissenso sottoposto a condizione o riserva è invalido e il creditore viene considerato consenziente.

Nel caso di voto espresso dal creditore il cui credito è assistito da privilegio, esso costituisce rinuncia alla prelazione, che deve essere annotata nel verbale redatto ai sensi dell'art. 125 l. fall.

1.10 Il procedimento: adempimenti successivi alla votazione

Una volta decorso il termine fissato per l'approvazione del concordato fallimentare, il curatore deve presentare al giudice delegato una relazione concernente l'esito delle votazioni espresse dai creditori aventi diritto di voto (art. 129 l. fall.[77]).

mina delicate questioni di conflitto di interesse, come suggerisce D'ATTORRE, *Il conflitto di interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392.

[77] Art. 129, commi 1-4, l. fall.: "Decorso il termine stabilito per le votazioni, il curatore presenta al giudice delegato una relazione sul loro esito. Se la proposta è stata approvata, il giudice delegato dispone che il curatore ne dia immediata comunicazione a mezzo posta elettronica certificata al proponente, affinché richieda l'omologazione del concordato, al fallito e ai creditori dissenzienti. Al fallito, se non è possibile procedere alla comunicazione con modalità telematica, la notizia dell'approvazione è comunicata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Con decreto da pubblicarsi a norma dell'articolo 17, fissa un termine non inferiore a quindici giorni e non superiore a trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni, anche da parte di qualsiasi altro interessato, e per il deposito da parte del comitato dei creditori di una relazione motivata col suo parere definitivo. Se il comitato dei creditori non provvede nel termine, la relazione è redatta e depositata dal curatore nei sette giorni successivi.
L'opposizione e la richiesta di omologazione si propongono con ricorso a norma dell'articolo 26. Se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame".

Se dal controllo eseguito il giudice delegato non ravvisa alcuna irregolarità, egli dispone che il curatore ne dia immediata comunicazione ai soggetti coinvolti nella procedura: al proponente, affinché richieda l'omologazione del concordato, al fallito e ai creditori dissenzienti.

L'art. 17, comma 1, lett. n), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 prevede che la comunicazione sia effettuata a mezzo della posta elettronica certificate. Al fallito, se non risulta possibile utilizzare la modalità telematica, la notizia dell'approvazione è comunicata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Inoltre, con decreto da pubblicarsi a norma dell'articolo 17 l. fall., il giudice fissa un termine compreso tra quindici e trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni, anche da parte di qualsiasi altro interessato.

Nello stesso termine, il comitato dei creditori deve depositare una relazione motivata col suo parere definitivo (ma non vincolante in senso stretto); se il comitato non provvede nel termine, sarà cura del curatore predisporre la relazione nei sette giorni successivi.

1.11 L'omologazione

Al fine di realizzare la celerità dello svolgimento del giudizio di omologazione, il legislatore lo ha trasformato da giudizio di cognizione ordinaria contenziosa in giudizio camerale o più precisamente, come è stato scritto, "con rito camerale deformalizzato"[78]. Pertanto il giudizio non si conclude più con sentenza, ma con decreto motivato[79].

Se la proposta è stata approvata e nel termine[80] fissato dal giudice delegato

[78] Così BASSI, *op. cit.*, 591; CRISTIANO, *op. cit.*, 1774. La scelta del giudizio camerale, peraltro, è riscontrabile anche nell'ambito del concordato preventivo.

[79] Secondo la Suprema Corte, la sentenza di omologazione del concordato che dispone la vendita di tutti i beni inventariati, costituisce titolo diretto e immediato del trasferimento dei beni del fallimento nel patrimonio dell'assuntore, segnandone, il *dies a quo* con la conseguenza che l'individuazione dei beni ceduti all'assuntore va effettuata con esclusivo riguardo alla sentenza di omologazione del concordato, senza possibilità per il fallito di concludere con l'assuntore private convenzioni che, qualora contrastino con quanto statuito nella sentenza di omologazione, si porrebbero in insanabile contrasto con il giudicato costituito dalla sentenza, potendo pregiudicare gli interessi dei creditori (Cass. 26 maggio 2009, n. 12140).

[80] SANGIOVANNI, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, nota a La Spezia, 15 ottobre 2009, in *Fall.*, 2010, 3, 349 e ss., il quale aderisce alla conclusione rassegnata dal giudice di merito, volta a ritenere che il termine di cui all'art. 129, comma 2, l. fall., è stabilito dalla legge per la proposizione di eventuali opposizioni alla proposta di concordato e non per la presentazione della richiesta di omologazione del concordato da parte del preponente.

non è stata presentata alcuna opposizione, il tribunale, previa verifica della regolarità dello svolgimento della procedura e dell'esito della votazione, omologherà il concordato fallimentare con decreto motivato, non soggetto a gravame; si ritiene infatti che, se nessuno ha presentato opposizione, non vi sia l'ulteriore interesse a contrastare il giudizio di omologazione[81].

Il tribunale effettua quindi in questo caso un semplice controllo di legittimità nell'ambito di una procedura semplificata, priva di contraddittorio, dove il tribunale, richiesto dell'omologazione a norma dell'art. 26 l. fall., verifica preliminarmente l'avvenuta regolare comunicazione della proposta di concordato fallimentare ai creditori, valuta la legittimazione al voto di ciascun creditore e la legittimità del voto stesso, quindi controlla se è stata raggiunta la maggioranza prevista dall'art. 128 l. fall. Peraltro, non dovrebbe escludersi, a fronte del tentativo di privatizzazione del concordato fallimentare posto in essere dal legislatore, che il tribunale possa altresì accertare se i creditori siano stati correttamente informati, se abbiano avuto effettiva possibilità di reperire i dati necessari, se i pareri espressi appaiano falsi od incompleti, se sussistano i requisiti minini perché l'atto possa essere qualificato come negoziale[82].

Tale procedura trova applicazione anche nell'ipotesi in cui la proposta di concordato abbia previsto la suddivisione dei creditori in classi e sia stata raggiunta la maggioranza prescritta dall'art. 128 l. fall. Naturalmente, nel caso in cui risulti che la maggioranza dei voti non è stata raggiunta, il giudice delegato respinge la proposta di concordato fallimentare.

Se, invece, nel termine fissato sono presentate una o più opposizioni, il tribunale, oltre a eseguire il controllo del procedimento deve decidere delle opposizioni[83].

[81] Tuttavia, contro il decreto di omologazione pronunciato in assenza di opposizioni, ai sensi dell'art. 129, comma 4, legge fall., è possibile presentare ricorso immediato per cassazione *ex* art. 111 Cost.; trattasi, infatti, di decreto "non soggetto a gravame" e dotato dei caratteri della decisorietà e della definitività, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3585.

[82] BASSI, *op. cit.*, 592, con richiamo alla pronuncia di App. Reggio Calabria, 5 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*. Cfr. anche ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità*, nota a Trib. Locri, 2 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 7, 863 e ss., il quale ritiene che il Tribunale sia chiamato, nell'ambito del giudizio di omologazione, a verificare la proposta con applicazione delle regole di "*validità e meritevolezza dettate in tema di contratto in generale*". BELLÉ, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione*, nota a App. Reggio Calabria, 5 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 7, 844 e ss., rileva che il potere di controllo demandato al tribunale in sede di omologazione è solo di legittimità, anche nel caso in cui siano state formulate opposizioni.

[83] COSTANZA, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?*, nota a Trib. Napoli, 22 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 4, 463, la quale ritiene che nell'ambito del giudizio di omologazione il tribunale verifica la convenienza del concordato fallimentare, valutando le ragioni di opposizione che sono state formulate, le quali devono fondarsi su interessi giuridicamente rilevanti. Il giudice di merito ritiene che il concordato si caratterizza per la sua natura discrezionale, essendo il frutto di una scelta del preponente, ma ciò non comporta l'arbitrio dello stesso e un abuso nell'utilizzo. L'Autore condivide il ragionamento del tribunale e ritiene che il vaglio del giudice deve essere compiuto proprio al fine di valutare la proposta concordataria.

Il tribunale deve vagliare i motivi di opposizione, che possono attenere il merito e la legittimità.

In giurisprudenza è stato discusso il caso (cui poc'anzi si è già accennato) in cui, nel corso della procedura fallimentare, vengano presentate due proposte di concordato, l'una da parte della società fallita e l'altra da parte di un terzo, proposte che nelle versioni definitive prevedano entrambe il soddisfacimento integrale dei creditori, anche se con diverse modalità applicative e garanzie. In tale conflitto tra fallito e terzo "il Tribunale, qualora sia stata approvata dall'assemblea dei creditori la proposta di concordato del terzo, può procedere alla omologazione di detta proposta soltanto dopo avere accertato (...) la legittimità del rifiuto opposto alla proposta del fallito".

Nell'ipotesi in cui la proposta di concordato fallimentare contenga la suddivisione in classi dei creditori, se un creditore appartenente a una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (art. 129, comma 5, l. fall.[84]).

In presenza di opposizioni, quindi, è rimessa al tribunale una valutazione di merito, volta a verificare che il creditore che ha espresso parere contrario al concordato fallimentare non riceva dall'esecuzione dello stesso un trattamento deteriore rispetto alla liquidazione fallimentare[85]: la riforma ha quindi abolito il *cram down* d'ufficio previsto dalla disciplina previgente.

Solo in caso di opposizione, il fallito, costituendosi, diviene parte del giudizio di omologazione, in contraddittorio con l'opponente, ma comunque il fallito non ha l'obbligo di costituirsi in giudizio.

Il curatore non è parte in senso tecnico nel giudizio di omologazione, poiché costituisce un organo del fallimento con funzione di consulente del tribunale

[84] Art. 129, comma 5, l. fall.: "Se sono state proposte opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'articolo 128, se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Il tribunale provvede con decreto motivato pubblicato a norma dell'articolo 17".

[85] In relazione alla precedente disciplina si veda GUERRERA, *op. cit.*, 527.

e quest'ultimo deve esaminare l'opposizione anche in caso di rinuncia da parte dell'opponente.

1.12 L'opposizione

La proposizione dell'opposizione, così come la richiesta di omologazione del concordato fallimentare, avviene mediante ricorso, contenente l'indicazione:
- del tribunale o della corte d'appello competente;
- del giudice delegato e della procedura fallimentare;
- delle generalità dell'opponente;
- dell'elezione del domicilio in un comune, sito nel circondario del tribunale competente;
- dell'oggetto della domanda;
- dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione;
- delle relative conclusioni;
- a pena di decadenza, dei mezzi di prova di cui l'opponente intende avvalersi e dei documenti.

L'espressione "qualsiasi altro interessato" utilizzata dall'art. 129, comma 2, l. fall. per indicare i soggetti titolari del potere di proporre opposizione crea qualche incertezza in merito all'individuazione del termine a partire dal quale computare il periodo di tempo a disposizione per proporre opposizione al concordato fallimentare.

Invero, se *nulla quaestio* con riferimento al fallito, al proponente e ai creditori dissenzienti, per i quali il termine decorre dalla comunicazione a loro inoltrata dal curatore, problemi sorgono per coloro che non ricevono la comunicazione dal curatore. Deve ritenersi che per costoro il termine decorra, in applicazione dell'art. 26 l. fall., "dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato", se previste dallo stesso, o, in difetto, l'opposizione dovrà essere presentata entro novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria[86].

L'opposizione dei creditori dissenzienti o di altri soggetti portatori di un interesse non è un atto di impugnativa di un provvedimento, bensì un'espressione motivata di volontà tesa a opporsi, e così a impedire, che l'omologazione venga concessa.

Legittimati a proporre opposizione sono: i creditori dissenzienti, cioè coloro che hanno fatto pervenire nei termini la propria dichiarazione di dissenso, e qualunque interessato la cui posizione giuridica è o può essere incisa dal

[86] BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, 378.

concordato fallimentare, come, ad esempio, i creditori esclusi dal voto, i creditori della massa, i creditori privilegiati, il garante e l'assuntore (qualora la proposta originaria sia modificata dal fallito senza il loro consenso), i creditori ammessi successivamente al termine per l'espressione del voto, i cessionari dei creditori ammessi, il terzo che abbia offerto una percentuale più alta per acquisire i beni del fallito ecc.

È discusso se possano proporre opposizione i creditori che non hanno chiesto l'ammissione, mentre non ne sono legittimati i creditori che non siano stati ammessi, ancorché abbiano impugnato l'esclusione.

Nel caso in cui il concordato fallimentare preveda la cessione delle azioni revocatorie all'assuntore, il convenuto in revocatoria può presentare opposizione purché dimostri che la cessione dell'azione non è necessaria per soddisfare integralmente i creditori.

Secondo la Suprema Corte il convenuto con azione revocatoria fallimentare è legittimato, a tutela delle posizioni creditorie discendenti dall'eventuale accoglimento di detta revocatoria, sia a intervenire nel giudizio di opposizione avverso la sentenza di omologazione del concordato, sia, in difetto di tale opposizione, a proporre l'opposizione ordinaria di terzo contro la sentenza medesima, ai sensi dell'art. 404, comma 1, c.p.c.[87].

Quanto ai motivi dell'opposizione, non possono rientrarvi le questioni relative alla convenienza economica del concordato, la circostanza che il concordato sia stato approvato col voto determinante di un creditore in conflitto di interesse, la generica "irragionevolezza" della proposta. Al contrario, sarebbero deducibili la posizione dominante del creditore proponente o della maggioranza dei creditori assenzienti, ovvero la circostanza che il concordato che sia frutto di mercato di voto col fallito; ancora, vi rientrerebbero i casi di violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., nonché degli artt. 1175 e 1375 c.c.: sono tutte ipotesi in cui il tribunale finisce per svolgere un giudizio di merito, decidendo su diritto soggettivi[88].

1.12.1 Il procedimento

Una volta presentata l'opposizione, il Presidente del Collegio nomina il giudice relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti in camera di consiglio entro quaranta giorni dal deposito del ricorso, assegnando all'opponente un termine di cinque giorni per la notifica al curatore e

[87] L'opinione Cass. 8 agosto 1990, n. 8009; Cass. 24 novembre 1981, n. 6229; Cass. 19 maggio 1980, n. 3267.

[88] BASSI, *op. cit.*, 593; CRISTIANO, *op. cit.*, 1786 s.

ai controinteressati del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza (art. 26 l. fall. richiamato dall'art. 129 l. fall.). Tra la data della notifica e la data dell'udienza devono intercorrere non meno di quindici giorni. Il resistente[89] deve depositare la memoria contenente le proprie difese e l'indicazione dei documenti prodotti almeno cinque giorni prima dell'udienza fissata. Nello stesso termine si devono costituire coloro che sono interessati a partecipare al giudizio di opposizione e che intendono intervenire. Il termine di cinque giorni prima dell'udienza è da ritenersi perentorio.

Il tribunale decide delle opposizioni proposte e pronuncia l'omologazione del concordato fallimentare con decreto motivato, pubblicato ai sensi dell'art. 17 l. fall.[90], ovvero nelle stesse forme adoperate per la sentenza di fallimento.

La giurisprudenza di legittimità ha di recente precisato come, dal momento che il procedimento per l'omologazione del concordato fallimentare non prevede l'impulso d'ufficio, bensì l'iniziativa di parte, mediante ricorso *ex* art. 26 l. fall., appaia ragionevole ritenere che, fissando il giudice il solo termine per la presentazione delle opposizioni, il proponente goda non già del medesimo termine particolare, e quindi derogatorio, ma del termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'approvazione, previsto dal medesimo art. 26 l. fall., "in virtù del richiamo complessivo allo speciale giudizio camerale che il riferimento a tale norma comporta"[91].

[89] Con il termine "resistente" si devono intendere il curatore e tutti gli altri controinteressati.

[90] Art. 17 l. fall.: "*Comunicazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento* – Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'art. 137 del codice di procedura civile al debitore, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'art. 15, ed è comunicata per estratto, ai sensi dell'art. 136 del codice di procedura civile, al pubblico ministero, al curatore ed al richiedente il fallimento. L'estratto deve contenere il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza.
La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.
A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente".

[91] Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274.

Impugnazione, effetti e figure nel concordato fallimentare

2

di *Aldo Stesuri*

SOMMARIO

2.1 **Il rigetto della proposta di concordato fallimentare**
2.2 **Efficacia del decreto**
2.2.1 **Effetti nei confronti dei creditori**
2.2.2 **Effetti nei confronti del fallito**
2.2.3 **Effetti nei confronti degli organi della procedura**
2.3 **Il reclamo**
2.4 **La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare**
2.5 **Questioni contabili**
2.6 **Il voto del concordato fallimentare**
2.6.1 **Legittimazione al diritto di voto**
2.7 **Le varie figure di concordato fallimentare**
2.7.1 **Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni**
2.7.2 **Il concordato fallimentare con fideiussore**
2.7.3 **Il concordato fallimentare con assuntore**

2.1. Il rigetto della proposta di concordato fallimentare

In assenza di un preciso dettato normativo, si ritiene che contro il rigetto della proposta di concordato sia possibile proporre reclamo al tribunale ai sensi degli artt. 23 e 26 l. fall.

Secondo la Suprema Corte[1] nella controversia promossa dal fallito, al fine di contestare il provvedimento del giudice delegato di reiezione della proposta di concordato per mancato raggiungimento della prevista maggioranza, la qualità di contraddittore necessario, in rappresentanza di tutti i creditori e a tutela dei loro interessi, spetta al curatore, in applicazione analogica dell'art. 129, secondo comma, l. fall. e non anche, pertanto, al singolo creditore.

Il successivo provvedimento del tribunale, confermativo del decreto di rigetto del giudice delegato, è privo del carattere di decisorietà e definitività poiché la proposta di concordato può sempre essere reiterata.

La giurisprudenza di legittimità ha inoltre ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. contro il decreto del tribunale, così come di altri provvedimenti interni al procedimento.

La Suprema Corte[2] ha statuito che non è ricorribile per Cassazione il decreto con il quale la Corte d'appello, in sede di reclamo, ha confermato il rigetto dell'istanza di risoluzione del concordato fallimentare, trattandosi di provvedimento privo di contenuto decisorio e inidoneo al giudicato.

Nella controversia avente a oggetto il rigetto della proposta di concordato fallimentare, il curatore è contraddittore necessario, in rappresentanza di tutti i creditori.

In caso di errori materiali di calcolo è possibile procedere alla correzione del decreto ai sensi dell'art. 287 c.p.c.

2.2 Efficacia del decreto

La proposta di concordato fallimentare diviene efficace
- nel momento in cui scadono i termini per proporre l'opposizione, o
- quando sono esaurite le impugnazioni esperite ai sensi dell'art. 129 l. fall.[3].

Nel primo caso, la proposta di concordato fallimentare diviene efficace perché nel termine fissato dal giudice delegato e di cui è data comunicazione al proponente, al fallito e ai creditori dissenzienti, non sono state formulate opposizioni. Il legislatore ha previsto che in tal caso la proposta di concordato fallimentare diventa efficace, e dunque obbligatoria per il proponente, per i creditori, per il fallito e per tutti i soggetti interessati, prima dell'omologazione del tribunale[4].

Nel secondo caso, poiché sono state formulate opposizioni avverso la proposta di concordato fallimentare, quest'ultima diverrà efficace quando saranno esaurite "le impugnazioni previste dall'articolo 129".

La norma chiarisce che non è possibile attribuire efficacia alla proposta se non sono state risolte le controversie promosse contro la stessa.

Tali condizioni – la mancata formulazione delle opposizioni entro il termine fissato e l'esaurimento delle impugnazioni previste dall'art. 129 l. fall. – coincidono con quelle che comportano la definitività del decreto di omologazione del concordato fallimentare.

2.2.1 Effetti nei confronti dei creditori

Il passaggio in giudicato del decreto di omologazione produce effetti verso tutti i creditori, sia insinuati che non[5] (art. 135 l. fall.). I creditori non insinuati che chiederanno il pagamento del proprio credito al debitore tornato *in bonis* dovranno adeguarsi obbligatoriamente alle percentuali concordatarie, non potendo chiedere al debitore il pagamento di una somma ulteriore.

A questi creditori non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi.

2.2.2 Effetti nei confronti del fallito

L'omologazione del concordato comporta l'obbligo per il fallito di costituire le garanzie e di pagare i debiti alle scadenze previste e nelle percentuali proposte.

Il fallito rientra nella piena capacità di agire e nella completa disponibilità del proprio patrimonio, nello stato in cui si trova e salve le previsioni del concordato, riacquistando la piena capacità contrattuale e processuale.

2.2.3 Effetti nei confronti degli organi della procedura

Dopo l'omologazione del concordato fallimentare il giudice delegato, il

[1] Cass. 15 febbraio 1995, n. 1631.

[2] Cass. 19 novembre 1999, n. 12876; Cass. SU 19 novembre 1996, n. 10095.

[3] GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006, 277, correttamente osserva che è inesatto il richiamo all'art. 129 l. fall. in quanto le impugnazioni sono disciplinate dall'art. 131 l. fall. Deve, pertanto, ritenersi che il richiamo all'art. 129 l. fall. sia da sostituire con l'art. 131 l. fall.

[4] BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 379.

[5] Così App. Milano, 10 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1653.

curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l'adempimento, secondo quanto stabilito nel decreto di omologazione (art. 136 l. fall.).

La riforma ha perseguito l'intento di velocizzare la fase di chiusura del concordato fallimentare, eliminando tutti i controlli previsti precedentemente e inserendo due adempimenti di rapida realizzazione: il rendiconto del curatore ed il decreto di chiusura del tribunale.

Quando il decreto di omologazione del concordato fallimentare pronunciato dal tribunale diviene definitivo, il curatore è tenuto a rendere il conto della gestione ai sensi dell'art. 116 l. fall. (art. 130 l. fall.). Il richiamo dell'art. 116 l. fall. comporta che il curatore deve esporre in modo analitico le "operazioni contabili e l'attività di gestione della procedura".

La norma non impone un preciso termine al curatore per la presentazione del rendiconto; deve comunque ritenersi che tale adempimento vada effettuato con la massima celerità, al fine di favorire quella rapidità nello svolgimento della procedura che ha caratterizzato la riforma della legge fallimentare.

Una volta presentato il rendiconto, il tribunale dichiara chiuso il fallimento (art. 130 l. fall.). Il curatore perde la capacità processuale relativa a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento derivatagli dall'art. 43 l. fall. Conserva i seguenti compiti, salvo diverse precisazioni del decreto di omologa:

- eseguire l'iscrizione delle ipoteche a garanzia del concordato nel termine fissato dal tribunale nel decreto di omologazione;
- sorvegliare il regolare adempimento;
- riferire al tribunale se le garanzie promesse non vengono costituite nei modi e nel tempo previsti oppure se il fallito (o l'eventuale assuntore) non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato o dal decreto di omologazione;
- presentare al tribunale l'istanza per l'annullamento del concordato, ove se ne verifichino i presupposti (art. 138 l. fall.).

Quando il decreto di omologazione diviene definitivo, il giudice delegato cessa di essere competente a decidere sulle domande presentate dai creditori o dai terzi che vantano diritti reali su beni mobili del debitore. Al giudice delegato restano i seguenti compiti (art. 136 l. fall.):

- stabilire con decreto le modalità per il pagamento delle somme dovute ai creditori in esecuzione del concordato, se a ciò non ha provveduto il tribunale in sede di omologa;
- sorvegliare, in unione al curatore e al comitato dei creditori, l'esecuzione del concordato;
- fissare i modi di attuazione del deposito delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali e irreperibili;
- designare l'istituto di credito presso il quale dovranno essere depositate le somme che, in relazione alle scadenze stabilite per l'adempimento del concordato, si sarebbero dovute pagare;
- accertare la completa esecuzione del concordato e ordinare lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia di questo.

2.3 Il reclamo

Il decreto con il quale il tribunale omologa o respinge il concordato fallimentare può costituire oggetto di reclamo avanti la corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio (art. 131 l. fall.)

La riforma ha preferito applicare, anche con riferimento a tale giudizio, il rito camerale, sempre nell'ottica di velocizzarne la tempistica di svolgimento.

Il reclamo, che contiene l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui è fondata l'impugnazione, insieme all'indicazione dei mezzi di prova, dei documenti nonché degli altri elementi di cui all'art. 18, secondo comma, l. fall., si propone con ricorso che deve essere depositato presso la cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto fatta dalla cancelleria del tribunale. Il mancato rispetto del termine comporta l'improcedibilità del ricorso, rilevabile anche d'ufficio.

Entro cinque giorni dal deposito del reclamo, il Presidente della corte d'appello designa il giudice relatore e fissa al contempo l'udienza di comparizione delle parti (entro sessanta giorni dal deposito del ricorso), assegnando al ricorrente un termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto per la notifica del ricorso e del decreto al curatore e alle altre parti, da intendersi le parti del primo giudizio. Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni.

Le parti resistenti hanno termine sino a dieci giorni prima dell'udienza per effettuare il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle proprie difese in fatto e in diritto, e l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti e nello stesso termine deve avvenire l'intervento di qualunque interessato.

L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti, con le modalità previste per queste parti.

L'udienza si svolge nel contraddittorio delle parti e il Collegio ha poteri inquisitori, nel senso che può assumere, anche d'ufficio, i mezzi di prova.

La corte provvede con decreto motivato, pubblicato a norma dell'art. 17 l.fall. e notificato alle parti, a cura della cancelleria, il quale è impugnabile con ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla notificazione.

Si tratta, quindi, di un procedimento a cognizione piena e non sommario, nel rispetto del diritto di difesa, che garantisce alle parti il pieno contraddittorio.

Secondo la Suprema Corte[6] nel procedimento di opposizione all'omologazione del concordato fallimentare, l'abbreviazione del termine per ricorrere per cassazione, ai sensi dell'art. 131 l. fall., non si estende al termine di costituzione del ricorrente.

La previgente formulazione della norma individuava il *dies a quo* per il computo del termine per l'esperimento delle impugnazioni, sia avanti la corte d'appello sia avanti la Corte di Cassazione, nel giorno dell'affissione.

La Corte costituzionale[7] aveva, tuttavia, sancito l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui faceva riferimento per la decorrenza dei termini di impugnazione al giorno dell'affissione, anziché al giorno di ricezione della comunicazione effettuata dalla cancelleria del tribunale del deposito della sentenza che definisce il giudizio di omologazione del concordato, non essendo, peraltro, a tal fine necessaria la notificazione della sentenza integrale.

A sua volta la Suprema Corte[8] aveva affermato che il termine breve per l'appello od il ricorso per cassazione contro la sentenza che omologa o respinge il concordato fallimentare trova applicazione anche dopo la sentenza della corte costituzionale n. 255 del 1974, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle citate norme nella sola parte attinente al *dies a quo* del termine stesso, da farsi coincidere con la data della comunicazione della sentenza, non con quella dell'affissione.

L'orientamento così espresso dalla Consulta e dalla Corte di legittimità ha trovato conferma anche in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[9], che ha espresso analogo principio riguardo il *dies a quo* per la proposizione del ricorso *ex* art. 18 l. fall. in opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

A seguito della sentenza della Corte Cost. n. 151 del 1980 - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, primo comma, l. fall., nella parte in cui prevedeva che il termine di quindici giorni per fare opposizione alla sentenza di fallimento decorreva anche per il debitore dall'affissione della sentenza medesima - non è necessaria la notificazione del testo integrale della sentenza, in quanto, per consentire al predetto di avere conoscenza dell'avvenuta dichiarazione del proprio fallimento è sufficiente la comunicazione per estratto ai sensi dell'art. 17 l. fall.

Sotto il vigore della precedente formulazione della norma era stata affermata l'inapplicabilità del termine breve di trenta giorni, in favore dei termini ordinari di cui alle norme del codice di procedura civile, per la notificazione del controricorso in cassazione, per il quale troverà applicazione il termine di cui all'art. 370 c.p.c.

[6] Cass. 8 giugno 2001, n. 7763.

[7] Corte cost. 12 novembre 1974, n. 255.

[8] Cass. 11 novembre 1986, n. 6576. Nello stesso senso: Cass. 23 gennaio 1987, n. 628; Cass. 28 gennaio 1982, n. 566.

[9] Cass. SU 3 giugno 1996, n. 5104.

Sul punto la Suprema Corte[10] ha ritenuto che il principio normativo di cui all'art. 131 l. fall., secondo cui il termine per ricorrere in cassazione è ridotto alla metà, non trova applicazione per la proposizione del controricorso.

La norma non specifica i soggetti che hanno la legittimazione attiva a proporre reclamo, a differenza della previgente formulazione che l'attribuiva al fallito e agli opponenti.

Sotto il vigore della norma *ante* riforma vigeva il principio generale secondo cui non poteva proporre appello contro il decreto di omologazione del concordato fallimentare chi non avesse presentato l'opposizione alla proposta di concordato fallimentare, ai sensi dell'art. 129 l. fall.

Gli opponenti al concordato fallimentare sono legittimati a proporre impugnazione avverso il decreto che abbia omologato il concordato, difettando, in ipotesi di rigetto dell'omologazione, un loro interesse all'impugnazione.

In particolare, si riteneva che il fallito potesse proporre impugnazione non solo avverso il decreto di rigetto del concordato fallimentare, ma anche nell'ipotesi in cui il decreto, pur omologando il concordato, avesse introdotto modifiche alle condizioni del concordato che avessero danneggiato il fallito stesso.

Secondo la Suprema Corte[11] l'interesse a impugnare ha come indefettibile presupposto la soccombenza, almeno parziale, nel precedente grado di giudizio della parte che, mediante la proposizione del gravame, chiede la riforma della pronuncia impugnata.

È da escludere che possa considerarsi soccombente nel giudizio di omologazione del concordato fallimentare - con conseguente interesse a impugnare - l'assuntore e garante del concordato medesimo, ove l'omologazione sia stata pronunciata alle condizioni specificamente previste nella proposta di concordato.

La legittimazione attiva a presentare reclamo spetta anche all'assuntore e al garante del concordato fallimentare i quali, sebbene non possano essere considerati soccombenti nel giudizio di omologazione e anche ove non abbiano partecipato a tale giudizio, potrebbero avere interesse all'impugnazione nell'ipotesi in cui il decreto di omologazione del concordato fallimentare avesse introdotto modifiche rispetto alle condizioni del concordato cui essi avevano aderito.

[10] Cass. 23 maggio 1990, n. 4669.

[11] Cass. 1 aprile 1994, n. 3222.

La Corte di legittimità[12] ha sostenuto che l'assuntore del concordato fallimentare, avendo la possibilità di agire per la tutela di un proprio diritto, in virtù della situazione patrimoniale in cui è subentrato, può impugnare il decreto di omologazione del concordato fallimentare.

La legittimazione attiva all'impugnazione spetta anche al creditore convenuto in revocatoria fallimentare; al fallito, ove non sia impugnante, al curatore fallimentare e alle parti costituite nel giudizio di omologazione.

Non è più previsto l'intervento del Pubblico Ministero, così come l'art. 132 l. fall. prescriveva.

L'oggetto del giudizio di reclamo non può essere limitato al riesame dei motivi di rigetto dedotti in primo grado, ma deve estendersi all'accertamento dell'esistenza di tutti i requisiti di ammissibilità e di convenienza prescritti dalla legge per l'omologazione del concordato fallimentare.

In base al disposto di cui al primo comma dell'art. 130 l. fall., l'esaurimento dei mezzi di impugnazione comporta la definitività del decreto di omologazione e la chiusura del fallimento, con il consolidamento degli effetti dell'omologazione.

2.4 La risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare

La risoluzione del concordato fallimentare si verifica allorché le garanzie promesse non vengano costituite o se il proponente non adempie regolarmente gli obblighi che derivano dal concordato fallimentare (art. 137 l. fall.).

Legittimati a richiedere la risoluzione del concordato sono i creditori; mentre non sono legittimati i creditori del fallito verso cui il terzo non ha assunto responsabilità per effetto del concordato.

Al giudizio volto a dichiarare la risoluzione del concordato – cui si applicano le disposizioni dell'art. 15 l. fall. in quanto compatibili – partecipa anche il garante.

La risoluzione è pronunciata con sentenza, provvisoriamente esecutiva, che comporta la riapertura del fallimento.

La sentenza può essere oggetto di reclamo, con applicazione dell'art. 18 l. fall.

Il procedimento non può essere iniziato se è trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo adempimento stabilito nel concordato.

[12] Secondo Cass. 19 ottobre 1998, n. 10349 l'art. 131 l. fall., nell'attribuire la legittimazione attiva solo a coloro che hanno proposto opposizione nel corso del giudizio di omologazione e al fallito, non preclude all'assuntore la possibilità di agire per la tutela di un proprio diritto, in virtù di un potere che gli appartiene in via esclusiva in relazione alla situazione patrimoniale in cui è subentrato. Sotto un tal punto di vista non può pertanto negarsi all'assuntore l'astratta possibilità di impugnare la sentenza di omologazione del concordato fallimentare.

La disposizione dell'art. 137 l. fall. non trova applicazione quando gli obblighi del concordato sono stati assunti dal proponente o da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore. In tali casi, il singolo creditore potrà agire in giudizio contro il debitore inadempiente e chiedere eventualmente un nuovo fallimento.

La risoluzione non può essere chiesta dai creditori del fallito verso cui il terzo, ai sensi dell'art. 124 l.fall., non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato.

Il concordato fallimentare può anche essere annullato, con pronuncia del tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante di attivo (art. 138 l. fall.).

L'ordinamento giuridico non ammette l'esperibilità di altra azione di nullità.

Il tribunale, nel contraddittorio con il debitore, provvede con sentenza, provvisoriamente esecutiva, a riaprire la procedura fallimentare. La sentenza è reclamabile ai sensi dell'art. 18 l. fall. Si procede secondo quanto dispone l'art. 137 l.fall.

L'azione di annullamento non può proporsi trascorsi sei mesi dalla scoperta del dolo e, comunque, trascorsi due anni dalla scadenza dell'ultimo adempimento stabilito dal concordato.

La riapertura del fallimento comporta l'applicazione dell'art. 121 l. fall., con possibilità, una volta reso esecutivo lo stato passivo, per il proponente di presentare una nuova proposta di concordato fallimentare.

In tale circostanza, il concordato non potrà essere omologato se non sono depositate, secondo le disposizioni dettate dal giudice delegato, le somme necessarie per l'integrale adempimento o non sono fornite garanzie equivalenti.

2.5 Questioni contabili

Il curatore dovrà procedere a dichiarare il risultato, ai sensi dell'art. 125, comma 2, TUIR, per il periodo compreso tra la dichiarazione di fallimento ed il passaggio in giudicato della sentenza di omologa.

Il termine di presentazione della dichiarazione è di dieci mesi successivi a quello di chiusura del fallimento, ai sensi dell'art. 5 d.p.r. 322/98.

L'amministrazione finanziaria, con Ris. Min. 12/09/91, n. 9/1045/90, ha ritenuto che il termine deve decorrere dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione, con i valori concretamente evidenziatisi nella liquidazione.

La posizione ministeriale comporta che, nel periodo che intercorre tra la chiusura del fallimento e l'avvenuta esecuzione del concordato fallimentare, non possono essere presentate le dichiarazioni dei redditi.

Il pagamento delle imposte sul residuo attivo eventuale deve avvenire prima del ritorno *in bonis* del debitore.

Con la chiusura del fallimento, il debitore deve riprendere la normale gestione contabile, con la redazione del bilancio e delle dichiarazioni fiscali alle normali scadenze.

Nel caso in cui il curatore ha tenuto la contabilità nel corso della procedura di fallimento, l'imprenditore proseguirà senza alcuna chiusura e riapertura nelle registrazioni contabili giornaliere.

Qualora invece il curatore non ha adempiuto alla tenuta della contabilità, l'imprenditore dovrà ricostruire le movimentazioni avutesi in procedura, avvalendosi del giornale del fallimento e con data contabile corrispondente al passaggio in giudicato della sentenza di omologa e predisporre una situazione contabile di apertura.

A seguito della chiusura del fallimento, le sopravvenienze non determineranno materia imponibile, ai sensi dell'art. 55, comma 4, TUIR.

L'Amministrazione delle Finanze, con Circ. 5 luglio 1991, n. 35/221085, della Direzione Generale Tasse e Imposte indirette affari e Ris. Min. 30 ottobre 1996, n. 244/E Direzione Centrale affari giur. e contenzioso tributario, ritiene applicabile l'imposta proporzionale del 3 per cento sull'intera obbligazione nascente dalla sentenza di omologa.

2.6 Il voto del concordato fallimentare

In linea generale i creditori che hanno diritto al voto sono i creditori chirografari mentre sono esclusi i creditori privilegiati. Fatta questa scontata premessa, occorre considerare le particolari modalità e condizioni contenute nella proposta di concordato che rendono necessaria una più articolata riflessione.

Le norme che regolano il voto nel concordato fallimentare sono gli artt. 127 e 128 l.fall.

In particolare, l'art. 127 l.fall. è rubricato come "voto nel concordato" e regola la legittimazione al voto; l'art.128 l.fall. come "approvazione del concordato" e stabilisce i *quorum* necessari per l'approvazione.

2.6.1 Legittimazione al diritto di voto

Innanzitutto occorre considerare se il voto avviene prima o dopo l'esecutività dello stato passivo.

Sebbene la prima ipotesi sia alquanto improbabile, il legislatore ha stabilito che hanno diritto al voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato.

La seconda ipotesi invece, quella che attiene alla proposta presentata dopo l'esecutività dello stato passivo, stabilisce che hanno diritto al voto i creditori indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97 l.fall.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non hanno diritto al voto, salvo che non rinuncino al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale e accessori.

I creditori privilegiati che rinunciano totalmente o parzialmente al privilegio hanno diritto di voto per la parte non coperta dalla garanzia. La stessa regola si applica per i creditori privilegiati per i quali, nella proposta concordataria, non è previsto il pagamento integrale.

La norma prevede altresì l'inibizione al diritto di voto e al computo della maggioranza, al coniuge del debitore, ai suoi parenti e affini entro il quarto grado e a coloro i quali si sono resi cessionari o aggiudicatari dei crediti di questi da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento.

Per le società commerciali sono esclusi dal diritto di voto la società controllante, le società controllate e quelle sottoposte a comune controllo.

In ogni caso sono esclusi dal diritto di voto i soggetti che si sono resi cessionari dei crediti dopo la sentenza di fallimento.

I trasferimenti di crediti avvenuti dopo la dichiarazione di fallimento non attribuiscono diritto di voto, salvo che siano effettuati a favore di banche o altri intermediari finanziari.

2.7 Le varie figure di concordato fallimentare

2.7.1 Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni

Il concordato fallimentare in parola si realizza con la cessione dei beni a un assuntore[13].

La riforma del 2006 è intervenuta ad ampliare le azioni che possono essere oggetto di cessione al terzo, essendo stato eliminato il riferimento alle sole azioni revocatorie[14]; l'art. 124, comma 4, l. fall. parla ora di azioni "di pertinenza della massa", che siano state autorizzate dal giudice delegato e già individuate nell'oggetto e nel fondamento della pretesa.

Al contrario, la giurisprudenza *ante* riforma era giunta ad affermare la cedibilità delle sole azioni revocatorie già iniziate dal curatore fallimentare, ritenendo che le stesse potessero essere cedute solamente se promosse dal

[13] GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 266.

[14] VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2001, 02, 223.

curatore alla data di deposito della proposta di concordato e non quelle autorizzate ancora da intraprendere. Secondo la Suprema Corte[15], la cessione delle azioni revocatorie in favore dell'assuntore del concordato fallimentare era ammissibile limitatamente a quelle già iniziate dal curatore alla data della presentazione della proposta.

Erano inoltre ritenute ammissibili le cessioni di azioni revocatorie da parte dell'assuntore a un terzo, il quale poteva esercitare in giudizio l'intervento adesivo dipendente.

La Suprema Corte[16] si era espressa in tale senso, ritenendo che nel caso in cui l'assuntore abbia ceduto i diritti che potrebbero conseguire dall'esperimento di azioni revocatorie a un terzo, quest'ultimo può spiegare un intervento adesivo dipendente, a nulla rilevando la natura costitutiva della sentenza di accoglimento della domanda di revocatoria fallimentare e quindi l'insorgenza del diritto ceduto solo all'esito del processo. Con l'intervento adesivo dipendente l'interveniente non fa valere alcun diritto nei confronti delle parti, limitandosi a chiedere che le conseguenze di una pronuncia di accoglimento delle azioni revocatorie siano poste a suo favore, quale cessionario dei relativi diritti.

Erano ritenute cedibili all'assuntore anche le azioni di inefficacia esperite ai sensi dell'art. 44 l. fall.

La riforma ha altresì previsto – nella seconda parte del quarto comma dell'art. 124 l. fall. – la possibilità per il terzo di limitare gli impegni che assume con il concordato fallimentare, ma solo nei confronti dei creditori ammessi al passivo, anche se provvisoriamente e dei creditori che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione al passivo tardiva.

Diversamente, il fallito continua a rispondere nei confronti degli altri creditori, a meno che non ottenga la liberazione mediante il ricorso alla procedura di esdebitazione disciplinata all'art. 142 l. fall.

Anche in precedenza si riteneva ammissibile la clausola che limitava la responsabilità dell'assuntore. La Corte di Cassazione[17], infatti, ha stabilito che l'assuntore è tenuto, nella misura concordata, e sempre che una specifica clausola non ne limiti la responsabilità ai soli crediti ammessi al passivo, al pagamento anche dei crediti che non hanno partecipato al concorso fallimentare, perché non insinuati, o per i quali, al momento dell'omologazione, sia tuttora in corso l'esame, sempreché ne venga poi accertata l'effettiva sussistenza. L'assuntore non è invece tenuto al pagamento dei crediti che

[15] Cass. 9 ottobre 1998, n. 10013.

[16] Cass. 21 gennaio 1999, n. 532.

[17] Cass. 26 aprile 1983, n. 2850.

sono stati esclusi dal passivo, e in ordine ai quali non è pendente opposizione avverso tale esclusione, salvo che risulti un'espressa clausola della proposta di concordato, recepita dalla sentenza di omologazione, affermativa del suo obbligo di soddisfare anche tali crediti esclusi.

La Suprema Corte[18] attribuisce la legittimazione al ricorso per cassazione a un soggetto che non ha partecipato al grado precedente del giudizio soltanto se egli sia un successore, a titolo universale o particolare, nel diritto controverso. Tale ultima qualità non possiede l'assuntore del concordato che subentra nelle singole posizioni debitorie, senza la contestuale liberazione del debitore originario, poiché egli non succede al debitore originario nella titolarità passiva del rapporto obbligatorio, ma gli si affianca quale garante e coobbligato.

2.7.2 Il concordato fallimentare con fideiussore

Nel concordato con garanzia il fideiussore garantisce l'obbligo del fallito di pagare le spese di giustizia, il privilegio e la percentuale offerta ai creditori chirografari.

La Suprema Corte[19] ha precisato che, nonostante il garante del concordato fallimentare sia un fideiussore, il quale garantisce l'obbligo del fallito di pagare i crediti privilegiati, le spese di giustizia e la percentuale stabilita a favore dei creditori chirografari, la fideiussione concordataria assume una speciale struttura e connotazione, perché l'obbligo del debitore principale e quello del garante, pur essendo distinti, trovano comune fonte e causa nella sentenza di omologazione; perciò, nei limiti in cui la garanzia spiega efficacia, le singole obbligazioni in cui si specificano non possono che sussistere, e con identico contenuto, per entrambi gli obbligati.

Il fideiussore, che è obbligato in solido con il fallito e garantisce l'impegno del fallito di pagare i creditori, secondo la proposta di concordato, non si rende però cessionario dei beni e delle azioni revocatorie. Di norma, quindi, l'impegno da lui assunto rimane circoscritto ai soli crediti insinuati, o comunque entro un importo limite predeterminato.

È ritenuta ammissibile la clausola che concede al fideiussore il beneficio d'escussione *ex* art. 1944 c.c.; alla fideiussione concordataria si applicano altresì gli istituti della surroga e del regresso ai sensi degli artt. 1949-1950 c.c. È peraltro consuetudine, nella prassi, affiancare alla fideiussione un mandato a vendere irrevocabile a favore del garante.

[18] Cass. 18 dicembre 1995, n. 12909.

[19] Cass. 30 ottobre 1984, n. 5539. In senso conforme: Cass. 30 ottobre 1984, n. 5533.

Venendo ai profili processuali, il giudizio di accertamento di un credito concordatario deve svolgersi sia nei confronti del debitore, che nei confronti del garante. Un tale giudizio di accertamento, teso a stabilire la qualifica di privilegiato o di chirografario, che si sia svolto in primo grado in contraddittorio del debitore *ex* fallito e del garante del concordato, nelle successive fasi del gravame deve svolgersi necessariamente nei confronti di entrambi gli obbligati, anche se la sentenza che accerta il debito o l'esistenza della garanzia sia stata impugnata da uno solo di essi. Si realizza infatti un'ipotesi di causa inscindibile agli effetti dell'art. 331 c.p.c.[20].

Mentre la cessione dei beni del debitore al fideiussore non è ammissibile in sede concorsuale, si ritiene valido il patto paraconcordatario di cessione dei beni al garante, purché abbia efficacia successiva alla chiusura delle operazioni di esecuzione del concordato.

Infatti, secondo la Corte di Cassazione[21], l'accordo fra il fallito e il fideiussore che abbia a oggetto la cessione al secondo dei beni del primo, non è generalmente ammissibile in sede concorsuale e con effetto verso i creditori; lo stesso tuttavia deve ritenersi consentito, quale espressione di autonomia privata, qualora sia destinato ad avere efficacia dopo la chiusura delle operazioni di esecuzione del concordato, in quanto non comporta sottrazione di beni o violazione della *par condicio*.

Nel concordato fallimentare con fideiussore sono ammesse tutte le tipologie di garanzie, sia quelle tipiche (ipoteca, pegno e fideiussioni) che quelle atipiche. Nella prassi prevale la fideiussione bancaria nella forma "a prima richiesta".

2.7.3 Il concordato fallimentare con assuntore

Nel concordato con assunzione, l'assuntore si obbliga ad assolvere gli adempimenti previsti dal concordato, ricevendo quale corrispettivo la cessione dei beni della società fallita.

Il trasferimento dei beni e dei diritti ha titolo nella sentenza di omologazione, ma può essere condizionato all'atto del passaggio in giudicato della stessa.

Secondo la giurisprudenza di legittimità[22], nel concordato fallimentare con assuntore, la sentenza di omologazione attua a favore di quest'ultimo, come corrispettivo dell'accollo dei debiti del fallito, il trasferimento dei beni che sino a quel momento erano assoggettati al vincolo di indisponibilità a

[20] Cass, 5539, *cit.*

[21] Cass. 15 marzo 1988, n. 2450.

[22] Cass. 27 maggio 1987, n. 4715. Nello stesso senso: Cass. 2 aprile 1985, n. 2251.

favore dei creditori dalla data di apertura del fallimento. Quando, per mezzo di valida clausola del concordato, detto trasferimento risulti differito sino all'esecuzione da parte dell'assuntore delle prestazioni cui si è obbligato, deve escludersi un reingresso *medio tempore* del fallito nella titolarità e disponibilità dei beni caduti nel fallimento, così che permangono il detto vincolo di indisponibilità di essi e il correlativo divieto di azioni esecutive individuali sugli stessi.

Ancora, la Corte[23] ha stabilito che la clausola che rimanda il trasferimento dei beni del fallito all'assuntore, subordinandolo all'esecuzione, da parte sua, degli obblighi ai quali si è assoggettato, fa sì che l'assuntore debba procedere al soddisfacimento dei creditori con moneta propria, poiché detti beni, *medio tempore*, rimangono nella massa fallimentare. Ne è conseguenza che eventuali atti di disposizione su di essi compiuti da parte dell'assuntore sono sospensivamente condizionati nell'efficacia al verificarsi del detto evento, che costituisce oggetto della clausola di differimento. Ove divenga impossibile l'avverarsi di tale condizione, l'atto dispositivo non acquista efficacia e il bene rimane nella disponibilità del curatore del fallimento.

In questo ultimo caso, l'assuntore non ha la disponibilità dei beni e, quindi, l'adempimento delle obbligazioni concordatarie dovrà essere effettuato con fondi diversi da quelli derivanti dall'attivo fallimentare.

La proposta di concordato può prevedere espressamente la liberazione immediata del debitore dall'obbligo di pagare la somma concordata. In ogni caso, la clausola liberatoria non opera con riguardo alle spese di procedura e nei confronti dei creditori privilegiati, in quanto i portatori di tali crediti non hanno diritto di voto e, pertanto, non possono essere privati di un diritto senza avere deliberato in merito.

Ci si è chiesti se l'assuntore sia tenuto al pagamento, nella percentuale prevista dalla proposta concordataria, anche dei creditori concorsuali non insinuati al passivo. Secondo la Corte di Cassazione[24] la risposta è affermativa, perché l'art. 135 l. fall. esclude che ai creditori concorsuali, ma non concorrenti, si estendono le garanzie date dai terzi, ciò che fa ritenere *a contrario* che la norma riceva invece applicazione nei riguardi dell'assuntore[25].

[23] Cass. 29 aprile 1992, n. 5147. Nello stesso senso: Cass. 7 giugno 1991, n. 6498.

[24] Cass. 3 marzo 2000, n. 2400.

[25] In senso contrario Cass. 26 aprile 1983, n. 2850, che ammette la possibilità di inserire nella proposta di concordato una clausola che limita la responsabilità dell'assuntore ai soli crediti ammessi al passivo. L'eventuale clausola liberatoria a favore del fallito varrebbe solo per i debiti che contestualmente vengono assunti dal terzo; il creditore non insinuato, sebbene non avrà titolo verso l'assuntore, conserverà sempre il proprio diritto nei confronti del debitore originario.

Peraltro, tra gli *obblighi derivanti dal concordato* indubbiamente rientra anche quello di soddisfare i creditori non concorrenti, sia pure nei limiti dei patti concordatari. Con l'assunzione del concordato da parte di un terzo e l'omologazione del tribunale, il fallimento si chiude e il debitore è liberato, con la conseguenza che le vicende inerenti l'esecuzione delle obbligazioni derivanti dal concordato riguardano esclusivamente l'assuntore, non potendo in nessun caso condurre alla riapertura del fallimento.

Le motivazioni che consentono di sostenere l'obbligo in capo all'assuntore di pagare i creditori non concorrenti possono quindi essere così individuate:

- l'art. 135 l. fall., che prevede la limitazione delle garanzie da terzi ai soli creditori insinuati al passivo, va interpretato solo a favore dei fideiussori;
- in caso contrario, poiché l'assuntore diviene cessionario di tutte le attività del fallimento, i creditori non insinuati sarebbero privati dell'intera capienza patrimoniale del loro debitore fallito;
- nel caso in cui il concordato prevedesse la liberazione immediata del fallito, il creditore non insinuato vedrebbe soppresso il proprio diritto, che non potrebbe vantare né nei confronti dell'originario debitore né nei confronti dell'assuntore.

Non sono opponibili all'assuntore i crediti esclusi in sede di verifica dei crediti.

L'assuntore si trova nella stessa posizione del cessionario dei beni che succede alla massa, al quale, quindi, non sono opponibili tutte le eccezioni inopponibili alla massa stessa.

L'assuntore, adempiuti i relativi obblighi, subentra nelle situazioni attive dei singoli rapporti, già facenti capo al fallito: tutto quanto non era opponibile alla massa e al curatore non lo è neppure all'assuntore. Il momento di inizio dell'inopponibilità è individuato dalla dichiarazione di fallimento[26].

L'assuntore è infine obbligato al pagamento del compenso richiesto dal legale che ha assistito il fallito nella procedura concorsuale, solo se ciò è esplicitamente previsto nella proposta di concordato avanzata.

Secondo la Suprema Corte[27], invero, fra le spese di procedura non rientra il corrispettivo dovuto al difensore del fallito per l'assistenza al proprio cliente nel procedimento fallimentare, sicché delle competenze a questi spettanti l'assuntore del concordato non risponde, salvo che la proposta di concordato omologata non ne preveda il pagamento.

[26] Così: Cass. 23 giugno 1998, n. 6231.

[27] Cass. 26 febbraio 1998, n. 2131.

La valutazione della proposta del concordato fallimentare

3

di *Carlo Bianco*

SOMMARIO

3.1 La valutazione economica del proponente

3.2 Il parere del curatore

3.3 Applicazione ai casi

- 3.3.1 Caso A
- 3.3.2 Caso B
- 3.3.3 Caso C
- 3.3.4 Caso D

3.4 L'approvazione del concordato

3.5 Esempi di voto per classi

3.1 La valutazione economica del proponente

La valutazione di convenienza della proposizione del concordato fallimentare deve essere esaminata sia dal punto di vista del proponente che dal punto di vista della procedura. Il primo terrà conto dei vantaggi che potrà dedurre dall'accoglimento della domanda, la seconda valuterà la convenienza, in capo ai creditori, considerando che l'alternativa è la prosecuzione della procedura fallimentare.

Il proponente nelle sue valutazioni, oltre a tener conto dell'interesse che lo muove, dovrà anche considerare le prospettive del curatore, dei creditori e del tribunale che omologherà il concordato, dai quali non potrà prescindere, che costituiranno i vincoli entro cui la proposta potrà essere accolta.

In considerazione della pluralità di soggetti che potranno presentare la domanda, gli interessi che questi vorranno perseguire saranno i più vari, conseguentemente anche le valutazioni che portano alla formulazione della domanda saranno diverse. Infatti, per identificare i vantaggi del proponente occorre in primo luogo conoscere la sua tipologia e come si relaziona con il fallimento.

A norma dell'art. 124 l.fall. la proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori, da un terzo e, con i limiti temporali (dopo un anno dalla sentenza di fallimento e non dopo due anni dall'esecutività dello stato passivo), dallo stesso fallito.

Prima di passare a esaminare quali sono le possibili le valutazioni in capo ai tipi di proponenti, ci sono motivazioni che possono valere in termini generali. In verità non sempre il vero interesse emerge in modo palese dalla domanda in quanto, in alcuni casi, la vera finalità del concordato è quella di evitare che il prosieguo della procedura possa comportare l'acuirsi di conflitti già palesi o temuti tra il fallimento e i terzi coinvolti. Le norme che regolano il concordato fallimentare già contemplano queste situazioni laddove l'art. 124 dispone al quarto comma, che tra le attività che verranno cedute al proponente si aggiungono le azioni di pertinenza della massa, già autorizzate dal giudice delegato. La cessione della azioni altro non è che la legittimazione a stare in giudizio in luogo del fallimento. Il legislatore, con la riforma del 2006, ha esteso la cessione della legittimazione attiva a tutte le azioni della massa, contrariamente a quanto avveniva in passato che limitava questa possibilità alle sole azioni revocatorie.

La motivazione del proponente in questi casi non deve essere vista solo nell'interesse a coltivare un contenzioso da parte del proponente verso il convenuto, ma anche nell'interesse che il proponente può avere nel rinunciare all'azione nei confronti del terzo convenuto o a maggior ragione quando la posizione del convenuto coincida con quella del proponente stesso. Inoltre è ipotizzabile che l'interesse al concordato fallimentare possa essere legato anche al timore di azioni future che con il concordato verrebbero evitate.

Sebbene queste motivazioni siano riferibili in termini certi solo a contenziosi civili avviati o "temuti", il proponente spera, a volte non a torto, in una più benevola attenzione delle procure sulle indagini penali per i reati di bancarotta o su una più favorevole considerazione nell'ipotesi di richieste di patteggiamento, allorché il proponente è lo stesso fallito o terzi che opera in suo favore. Evidentemente si tratta solo di speranze in quanto la legge fallimentare non riconosce nessuna esenzione penale in caso di chiusura del fallimento con il concordato fallimentare.

Un ulteriore interesse al concordato è quello derivante dal fatto che la proposta può essere limitata ai soli creditori ammessi o ai creditori tardivi per i quali pende il giudizio di ammissione o per coloro che hanno proposto opposizione allo stato passivo, esistenti al tempo della proposta. Questa limitazione può essere considerata favorevolmente dal proponente che può trarre vantaggio dall'azione ritardata di alcuni creditori che non fanno valere tempestivamente le loro ragioni per l'ammissione. Non si tratta di casi rari, atteso che spesso gli uffici erariali o previdenziali insinuano i loro crediti, anche per importi di rilievo, tardivamente rispetto al termine previsto dalla sentenza per l'adunanza per l'accertamento dello stato passivo.

Queste opportunità previste dal legislatore sono oggetto di valutazione da chi può avere interesse a proporre il concordato. Lo schema operativo del concordato fallimentare prevede il trasferimento in capo al proponente del patrimonio attivo in cambio della soddisfazione dei creditori in una misura più vantaggiosa di quello realizzabile dal fallimento. Pertanto, in questa logica, il passivo da soddisfare costituisce il corrispettivo del patrimonio attivo acquisito e conseguentemente minore è il passivo minore sarà il corrispettivo.

Finora si sono prese in esame le motivazioni meno dirette e lineari rispetto a quella principale che, nelle aspettative del legislatore, doveva essere l'acquisizione dell'azienda con la finalità di un suo rilancio. Per quanto questa più nobile finalità sia stata posta in primo piano nelle *ratio* della norma, purtroppo le statistiche ci dicono che più frequenti motivazioni siano state quelle sopra trattate. A ogni modo, se l'obiettivo è proprio l'acquisizione dell'azienda, la motivazione del proponente risiederà invece nel convincimento di poter trarre vantaggi economici dall'attivo fallimentare superiori a quelli che il curatore fallimentare riterrà possibili nella sua attività liquidatoria, secondo l'assunto che il valore del funzionamento sia in generale superiore al valore della liquidazione. In effetti, questa particolarità è insita nelle caratteristiche "genetiche" che differenziano il proponente/imprenditore dal curatore fallimentare.

Il curatore fallimentare, sebbene con la riforma debba prediligere ogni soluzione liquidatoria diversa da quella atomistica e quindi debba salva-

guardare, nei limiti del possibile, l'integrità dell'azienda o dei rami di essa, esercita pur sempre un'attività "liquidatoria" che non potrà mai avere come prospettiva la valorizzazione degli asset aziendali in funzionamento. Contrariamente l'imprenditore, che invece avrà come obiettivo "naturale" la fruizione del valore dall'organizzazione e dal funzionamento dei beni aziendali, con l'aspettativa di trarre profitto.

3.2 Il parere del curatore

Il parere del curatore previsto dall'art. 125, primo comma, l. fall. costituisce il vaglio tecnico essenziale per la prosecuzione delle successive fasi che conducono all' omologa della proposta di concordato. Infatti, il parere è il necessario adempimento da svolgersi nella fase preliminare e propedeutica ai successivi atti che, caratterizzeranno l'*iter* concordatario.

La norma prevede che il parere del curatore preceda quello del comitato dei creditori che troverà nel primo documento il riferimento sul quale innestare le proprie ulteriori considerazioni.

Sebbene il peso decisionale sia sbilanciato a favore del comitato dei creditori, essendo a quest'organo richiesto il "parere favorevole" mentre al curatore il solo "parere", a quest'ultimo è richiesta un'attività di verifica delle condizioni economiche e della sua convenienza, che rendono più efficace il suo parere in quanto derivante da un necessario ragionamento argomentato. Mentre il curatore esprimerà il proprio parere al termine di un processo di valutazioni e verifiche, il comitato dei creditori potrà esprimersi, per quanto vincolante, anche senza particolari motivazioni. È quindi evidente che il consenso del comitato richiederà le necessarie informazioni che dovranno derivare dal parere del curatore. Quindi l'importanza del parere del curatore risiede nell'attività di indagine che sarà alla base della decisione successiva del comitato dei creditori.

La norma assegna al parere del curatore uno specifico "contenuto informativo minimo" che deve illustrare i due aspetti relativi ai "presumibili risultati della liquidazione" e alle "garanzie offerte".

Il legislatore, quindi, ha delineato i due parametri rispetto ai quali, in sostanza, deve essere valutata, nell'ottica del giudizio del curatore, la proposta concordataria:

- la convenienza economica per i creditori (in termini di risultati attesi dalla proposta concordataria migliori rispetto a quelli derivante dalla liquidazione fallimentare). La convenienza sarà valutabile in valore assoluto, quando l'offerta per dei beni della procedura è superiore rispetto alla stima sul presunto realizzo, ma spesso la convenienza è anche misurabile nella tempistica (più rapida rispetto alla liquidazione fallimentare) e nella certezza del risultato (meno aleatorio rispetto alla liquidazione fallimentare) che si offre ai creditori;

- la serietà e la concreta realizzabilità della proposta, in termini di fondatezza ed esistenza sostanziale delle eventuali garanzie che sorreggono l'impegno concordatario.

Quindi è necessario che il curatore svolga nel suo parere le seguenti attività:

1. analisi della convenienza della proposta concordataria in termini di maggiore soddisfazione ritraibile dal ceto creditorio rispetto alla soluzione alternativa costituita dalla liquidazione fallimentare;
2. analisi delle caratteristiche delle eventuali garanzie offerte per l'adempimento degli obblighi concordatari;
3. verifica della fattibilità tecnica delle soluzioni prospettate nella proposta, tra le diverse alternative oggi consentite secondo la formulazione dell'art. 124, secondo comma, lett c), l. fall., per il raggiungimento degli obiettivi concordatari;
4. richiamo del rispetto dei requisiti formali, stabiliti dall'art. 124, che rendono legittima la proposta di concordato.

Il primo e secondo punto rappresentano il fulcro degli accertamenti del curatore per il suo giudizio sulla convenienza economica e sulla concreta attuabilità del concordato fallimentare, da valutare secondo le direttrici stabilite dall'art. 125, primo comma, l. fall. Al riguardo, l'analisi delle garanzie offerte è, in linea generale, suscettibile di essere svolta tramite precisi riscontri tecnici sulla regolarità e idoneità della garanzia. Diversamente, il parere del curatore sui presumibili risultati della liquidazione identifica un'area dove si manifesta una ben più marcata attività valutativa e di stima.

Occorre far presente che, nella maggior parte dei casi, la situazione originaria dell'attivo realizzabile di un fallimento, rappresentata dal curatore nel programma di liquidazione *ex* art. 104 - *ter* l. fall., è destinata spesso a subire modificazioni, anche profonde, nella successiva fase esecutiva del programma medesimo. Ne consegue che, in sede di confronto con la proposta di concordato, il giudizio del curatore sui presumibili risultati della liquidazione fallimentare deve essere chiarito illustrando le premesse che conducono alle stime, rappresentando quali siano le variabili e i rischi che possono influire sulla realizzabilità delle stime operate nel programma.

In ordine al terzo punto, il curatore è chiamato ad accertare la perseguibilità degli obiettivi delineati nel piano tramite soluzioni tecniche compatibili con i vincoli imposti dalla legge per la loro esecuzione e coerenti con la prassi professionale. Ciò significa che il curatore non potrà accettare acriticamente ipotesi concordatarie che prevedano le più fantasiose e articolate operazioni societarie che risultano fin da subito tecnicamente irrealizzabili.

In ordine al quarto punto, il compito del curatore è solo descrittivo e finalizzato a rappresentare il quadro informativo che sarà oggetto di esame da

parte del giudice delegato e del tribunale, ai quali competono i controlli e il conseguente giudizio sulle condizioni di legittimità della proposta.

In questa ottica, anche l'eventuale suddivisione dei creditori in classi con relativi trattamenti differenziati potrà essere evidenziata dal curatore in vista della sottoposizione della proposta al tribunale, ai sensi dell'art. 125, terzo comma, l. fall.

Dei quattro profili sopra indicati, il passaggio che connota in termini più pregnanti l'attività del curatore, concerne il confronto tra i prevedibili esiti della liquidazione fallimentare e le risultanze della proposta di concordato.

Al riguardo, nel successivo paragrafo si propongono alcuni esempi di possibile casistica operativa nella quale il professionista si troverà a operare.

3.3 Applicazione ai casi

Come si è già più volte riportato il parere del curatore dovrà essere espresso dopo aver posto a confronto la proposta di concordato con la prospettiva di liquidazione e riparto fallimentare. In sostanza il curatore dovrà da un lato simulare un riparto sulla prospettiva del realizzo atteso dall'altro esaminare la fattibilità della proposta e confrontarla con la simulazione del riparto.

Per esporre gli esempi proposti occorre innanzitutto precisare alcune premesse. Si parte da un'ipotesi di fallimento su cui applicare diverse proposte che dovranno essere valutate. Ma in particolare si aggiunge che la proposta è limitata ai crediti ammessi al passivo, compresi i tardivi e gli opponenti, con la conseguente possibilità che per gli altri creditori continui a rispondere il fallito.

Va poi posta una specifica attenzione alla circostanza che nei casi esposti si è previsto anche il soddisfacimento non integrale dei crediti assistiti da privilegio generale, anche con la previsione di pagamento, in misura inferiore dei creditori di grado inferiore, solo con il rispetto dell'unico vincolo di verificare il miglior trattamento rispetto alla liquidazione fallimentare.

Un altro elemento portante degli esempi è costituito dal principio normativo che impone alla proposta di concordato il divieto di procurare "l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Si ritiene infatti che la norma in esame abbia introdotto un principio di carattere generale più ampio rispetto alla formulazione testuale circoscritta al concordato con formazione di classi; il divieto, pertanto, dovrebbe valere anche rispetto a ipotesi di concordato (senza formazione di classi) che possano incidere sui diritti dei creditori violando l'ordine legale delle cause legittime di prelazione.

In base alle premesse esposte, si possono ora esaminare i casi esemplificativi che riflettono, secondo le ipotesi assunte, le possibili differenti graduazioni del parere del curatore al variare delle sintesi numeriche contenute nella proposta di concordato.

L'ipotesi di fallimento, che è alla base dei primi tre esempi esposti è la seguente:

Attività realizzabile secondo stima	**Importo**
Fabbricato industriale	1.000.000
Merci (componenti e materiali di ricambio)	100.000
Totale attività:	1.100.000

Passività del fallimento	**Importo**
Spese di procedura (stima)	60.000
Creditore ipotecario (privilegio speciale immobiliare)	900.000
Lavoratori dipendenti (provilegio generale immobiliare)	350.000
fornitori chirografari	335.000
Totale fabbisogno	1.645.000

che dà luogo al seguente riparto fallimentare:

Simulazione riparto effettuabile mediante liquidazione fallimentare	**Importo**	**Percentuale soddisfacimento**
Realizzo attivo immobiliare (vendita immobiliare)	1.000.000	
spese di procedura imputate a massa immobiliare	-50.000	
Attivo netto immobiliare	950.000	
Riparto a favore creditore ipotecario	-900.000	100%
Residuo Attivo immobiliare	50.000	
Realizzo attivo mobiliare (vendita merci)	100.000	
spese di procedura imputate a massa mobiliare	-10.000	
Attivo netto mobiliare	90.000	
Residuo totale attivo immobiliare e mobiliare	140.000	
Riparto a favore lavoratori dipendenti	-140.000	40%
Creditori insoddisfatti	**Importo**	
Lavoratori dipendenti	210.000	60%
fornitori chirografari	335.000	100%
Totale	545.000	

3.3.1 Caso A

È il più semplice. Prevede il versamento alla procedura di un importo superiore rispetto a quello realizzabile dalla procedura che consente di soddisfare meglio la categoria marginale di creditori non integralmente soddisfatta.

La proposta di concordato fallimentare prevede un'offerta del proponente per l'importo di 1.165.000 euro, quindi di 115.000 euro in più all'attivo stimato.

La soluzione proposta è quella di integrare il riparto a favore dei lavoratori dipendenti.

Proposta concordataria	Importo	Percentuale soddisfacimento
Disponibilità del concordato	1.165.000	
spese di procedura	-60.000	
Residuo	1.105.000	
Riparto al creditore ipotecario	-900.000	100%
Residuo	205.000	
Riparto a favore dei dipendenti	-205.000	59%
Residuo	0	

Si possono quindi mettere a confronto, nelle due ipotesi in esame, le analisi che il curatore potrebbe in concreto eseguire al fine di rendere il suo parere *ex* art. 125 l. fall.

Il confronto tra i due scenari alternativi della liquidazione fallimentare e del concordato conduce a osservare le seguenti risultanze:

1. in entrambe le alternative il creditore ipotecario risulta integralmente soddisfatto;
2. il soddisfacimento dei lavoratori dipendenti consentita dalla proposta concordataria (59 per cento) risulta migliore rispetto allo scenario alternativo (40 per cento).

Ne consegue che, nel caso in esame, la proposta concordataria presenta, dal punto di vista numerico-quantitativo, profili di convenienza economica per i creditori. Infatti, rispetto alla alternativa rappresentata dalla liquidazione fallimentare, l'esecuzione della proposta di concordato introduce un trattamento migliorativo in termini di pagamento percentuale dei crediti vantati dai lavoratori dipendenti.

Si sarà notato al riguardo l'estrema configurazione della proposta che non prevede, alcun riparto a favore dei creditori chirografari. Questo in linea con la previsione del nuovo concordato fallimentare che non prevede soglie minime di soddisfacimento di tali creditori. Il problema, peraltro, si sposta sul versante del voto al quale accedono per l'intero credito i chirografari e, per la parte non soddisfatta integralmente, i creditori privilegiati.

Non è detto che, in questo contesto, il concordato possa non essere accettato per l'espresso voto contrario dei creditori chirografari.

3.3.2. Caso B

La proposta di concordato fallimentare prevede un'offerta del proponente pari a 1.220.000 euro, quindi di 170.000 euro superiore all'attivo stimato.

La disponibilità è destinata per il pagamento integrale delle spese di giustizia e per il creditore chirografario e per il miglioramento delle condizioni di riparto per i lavoratori dipendenti e per i creditori chirografari. Quindi:

Proposta concordataria	Importo	Percentuale soddisfacimento
Disponibilità del concordato	1.220.000	
spese di procedura	-60.000	
Residuo	1.160.000	
Riparto al creditore ipotecario	-900.000	100%
Residuo	260.000	
Riparto a favore dei dipendenti	-175.000	50%
Residuo	85.000	
Riparto a favore dei chirografari	-85.000	25%
Residuo	0	

In relazione al caso, si osserva che:

1. le due soluzioni non comportano modificazioni rispetto al creditore ipotecario che risulta in ambedue le ipotesi integralmente soddisfatto;
2. la proposta concordataria migliora sia la situazione dei crediti privilegiati (lavoratori dipendenti) sia il ceto chirografario, portando le relative percentuali di soddisfacimento rispettivamente al 50 per cento (contro il 40 per cento) e al 25 per cento(nel fallimento i chirografari non percepirebbero nulla).

La proposta concordataria palesa profili di convenienza economica per i creditori. Rispetto all'alternativa rappresentata dalla liquidazione fallimentare, il concordato migliora il trattamento riservato ai lavoratori dipendenti e consente anche il pagamento parziale dei crediti chirografari.

3.3.3 Caso C

La proposta di concordato fallimentare prevede l'offerta per l'importo di 1.470.000 euro, quindi di 420.000 euro superiore all'attivo stimato.

Il proponente ritiene di poter destinare le somme disponibili per il pagamento integrale delle spese di giustizia e del creditore ipotecario e per integrare la quota a favore dei lavoratori dipendenti fino a raggiungere la misura del 70 per cento del credito che gli stessi vantano. Inoltre il residuo lo destina ai creditori chirografari per i quali prevede una soddisfazione nella misura del 79 per cento Quindi:

Proposta concordataria	Importo	Percentuale soddisfacimento
Disponibilità del concordato	1.470.000	
spese di procedura	-60.000	
Residuo	1.410.000	
Riparto al creditore ipotecario	-900.000	100%
Residuo	510.000	
Riparto a favore dei dipendenti	-245.000	70%
Residuo	265.000	
Riparto a favore dei chirografari	-265.000	79%
Residuo	0	

L'ipotesi formulata è sicuramente più vantaggiosa rispetto alla liquidazione fallimentare ma il parere del curatore dovrà essere necessariamente negativo in quanto altera l'ordine delle cause legittime di prelazione. La proposta prevede che ai creditori privilegiati sia riservato un trattamento peggiore rispetto ai creditori chirografari.

3.3.4 Caso D

Per l'esposizione del caso si considera l'ipotesi del seguente fallimento:

Attività realizzabile secondo stima	Importo
Fabbricato industriale	1.620.000
Merci (componenti e materiali di ricambio)	100.000
Totale attività:	1.720.000

Passività del fallimento	Importo
Spese di procedura (stima)	80.000
oneri di bonifica ambientela (stima)	550.000
creditore ipotecario di primo grado	900.000
creditore ipotecario di secondo grado	300.000
lavoratori dipendenti (privilegio generale mobiliare)	350.000
fornitori chirografari	335.000
Totale passività	2.515.000

che dà luogo al seguente riparto fallimentare:

Simulazione riparto effettuabile mediante liquidazione fallimentare	Importo	Percentuale soddisfacimento
Realizzo attivo immobiliare (vendita immobiliare)	1.620.000	
oneri di bonifica ambiantale	-550.000	
spese di procedura imputate a massa immobiliare	-70.000	
Atti netto immobiliare	1.000.000	
Riparto a favore creditore ipotecario primo grado	-900.000	100%
Riparto a favore creditore ipotecario secondo grado	-100.000	33%
Riparto Attivo immobiliare	0	
Realizzo attivo mobiliare (vendita merci)	100.000	
spese di procedura imputate a massa immobiliare	-10.000	
Attivo netto immobiliare	90.000	
Residuo attivo immobiliare	90.000	
Riparto a favore lavoratori dipendenti (art. 2751-*bis* n. 1 c.c.)	-90.000	26%

Mentre i creditori insoddisfatti sono:

Creditori insoddisfatti	Importo	Percentuale soddisfacimento
Lavoratori dipendenti	260.000	74%
Ipotecari secondo grado	200.000	67%
fornitori chirografari	335.000	100%
Totale insoddisfatto	795.000	

Il passivo è più composito rispetto all'ipotesi precedente essendo previsti debiti della massa, per oneri di bonifica e debiti privilegiati con ipoteca di secondo grado sull'unico immobile del fallimento oltre ai debito verso lavoratori dipendenti e creditori chirografari.

La proposta di concordato prevede l'offerta per l'importo di 1.360.000 euro e l'accollo degli oneri di bonifica. Quindi il proponente si fa carico degli oneri di bonifica assumendone i rischi. Il proponente nella proposta attribuisce al fabbricato, un valore di 970.000 euro ottenuto dal suo valore di stima dedotti gli oneri di bonifica che stima in 650.000 euro, quindi 100.000 euro in più rispetto a quanto stimato dal curatore.

Essendo il valore attribuito all'immobile nella proposta di concordato inferiore per la soddisfazione integrale anche del creditore ipotecario di secondo grado, il proponente deposita, secondo le forme dall'art. 124, terzo comma, l. fall., la relazione di stima dell'immobile, tenendo conto del sostenimento degli oneri di bonifica, che attesta il valore contenuto nella proposta.

In queste condizioni la proposta è formulata come segue:

- accollo degli oneri di bonifica;
- pagamento integrale delle spese di giustizia e del creditore ipotecario di primo grado, che esauriscono l'intero realizzo immobiliare;
- con il residuo dell'attivo mobiliare il pagamento in misura pari al 40 per cento dei crediti dei lavoratori dipendenti e nella misura del 38 per cento dei creditori chirografari, nei quali è compreso anche il creditore ipotecario di secondo grado che è degradato al chirografo.

Quindi:

Proporsta concordataria	Importo	Percentuale soddisfacimento
Valore attribuito all'immobile nella proposta concordataria	970.000	
(oneri di bonifica a carico del proponente il concordato)		
spese di procedura relative all'immobile	-70.000	
ipotesi di soddisfacimento creditore ipotecario	-900.000	100%
Residuo	0	
valore attribuito alle merci nella proposta concordataria	390.000	
spese di procedura relative ai beni mobili	-10.000	
Residuo	380.000	
Residuo disponibile totale	380.000	
Ipotesi di soddisfacimento lavoratori dipendenti	-140.000	40%
Ipotesi di soddisfacimento fornitori chirografari	-240.000	
di cui creditore ipotecario secondo grado	-113.386	

La proposta concordataria è più vantaggiosa della liquidazione fallimentare poiché consente un miglior trattamento per le condizioni dei lavoratori dipendenti a cui va un riparto pari al 40 per cento del credito vantato conto il 26 per cento e al creditore ipotecario di secondo grado a cui va attribuito il 38 per cento contro il 33 per cento, oltre al vantaggio per i chirografari a cui è ripartito il 38 per cento del credito a fronte di un riparto nullo nell'ipotesi del fallimento.

3.4 L'approvazione del concordato

Gli aspetti di rilievo che occorre tener presente per l'approvazione del concordato sono due:

1. il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto;
2. i voti non espressi sono considerati a favore.

La prima particolarità, comune anche per l'espressione di voto nel concordato preventivo, individua non già i creditori quali i soggetti di diritto indipendentemente dall'entità del proprio credito, ma la maggioranza dei crediti indipendentemente da quanti siano i creditori titolari della stessa. Non rileva se la maggioranza possa essere rappresentata anche solo da un creditore rispetto a una pluralità di creditori che rappresentano una minoranza.

La seconda invece è una vera e propria singolarità del concordato fallimentare, comunque già presente nel vecchio ordinamento, che assume come favorevoli i creditori che non hanno fatto valere il dissenso nei termini previsti dall'art. 125 (da 20 a 30 giorni).

Questa modalità agevola il successo del concordato fallimentare rendendolo un'opportunità per chi intenda proporre ai creditori una soluzione differente rispetto a quella stabilita per la liquidazione e al riparto fallimentare.

Diverse invece sono le condizioni per l'approvazione allorché nella proposta concordataria sia previsto un diverso trattamento per classi di creditori.

In tali condizioni l'approvazione del concordato richiede che oltre alla maggioranza dei crediti il voto favorevole si è espresso anche all'interno del maggior numero di classi.

Pertanto, in presenza di diverse classi di creditori, si dovranno verificare due condizioni: la prima è che vi sia il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza di crisi ammessi al voto; la seconda, in presenza di classi, è che il voto favorevole dei creditori si verifichi nella maggioranza del numero di classi.

La verifica delle condizioni per l'approvazione del concordato spetta al tribunale ai sensi dell'art. 129, rubricato come *Il giudizio di omologazione*. In tale giudizio i creditori dissenzienti possono contestare la convenienza della proposta solo qualora facenti parte della classe che non si è espressa favorevolmente. Il tribunale tuttavia può omologare il concordato qualora ritenga che il credito, rappresentato dal dissenziente, possa essere soddisfatto in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili.

Si ritiene che le alternative non siano solo quelle che attengono alla liquidazione riparto fallimentare ma anche a quelle delle altre concomitanti proposte concordatarie soggette alla valutazione.

Quindi nel caso di presenza di classi, considerate le due condizioni, si possono verificare quattro situazioni:

1. se entrambe le condizioni sono soddisfatte allora il concordato verrà omologato;
2. se entrambe le condizioni non sono soddisfatte allora il concordato non verrà omologato;
3. se la prima condizione (maggioranza dei crediti) non viene soddisfatta mentre la seconda (maggioranza delle classi) è soddisfatta allora il concordato non viene omologato;
4. se la prima condizione (maggioranza dei crediti) è soddisfatta mentre la seconda (maggioranza delle classi) non è soddisfatta il concordato può essere omologato se il tribunale, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, ritiene che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

3.5 Esempi di voto per classi

A titolo esemplificativo si riportano nelle tabelle in cui si è ipotizzato una domanda di concordato che prevede cinque classi di creditori di cui due privilegiate e tre chirografari con diverso.

Le cinque tabelle che seguono riportano nella parte superiore le condizioni di trattamento previsto per le differenti classi di creditori. Nella parte inferiore invece si sono ipotizzate diversi esiti del voto.

Le classi previste nella domanda di concordato, come si è detto sono cinque:

- classe A: creditori privilegiati "ipotecari" € 1.000.000 soddisfazione 100 per cento;
- classe B: creditori privilegiati "lavoratori dipendenti" € 2.000.000 soddisfazione 70 per cento;
- classe C: creditori chirografari "banche" € 5.000.000 soddisfazione 40 per cento;
- classe D: creditori chirografari "fornitori" € 4.000.000 soddisfazione 30 per cento;
- classe E: creditori chirografari "altri" € 1.000.000 soddisfazione 20 per cento.

Il totale dei crediti accertati e quindi pari a 13.000.000 euro, di cui hanno diritto di voto creditori che rappresentano crediti per 10.600.000 euro, rappresentati degli appartenenti alle classi C, D ed E e alla classe B bis riguardante la percentuale del 30 per cento della classe B, riguardanti lavoratori dipendenti che pur essendo creditori privilegiati non verranno pagati integralmente bensì a 70 per cento. In tale ipotesi la maggioranza dei crediti si raggiunge dopo aver superato la soglia di 5.300.000 euro.

Il raggiungimento di tale maggioranza è la prima condizione che dovrà essere verificata per l'approvazione del concordato in presenza di classi.

La seconda condizione invece è quella che riguarda le maggioranze all'interno di ogni singola classe.

Esaminiamo quindi negli esempi che seguono gli esiti del voto. I creditori chirografari sono stati divisi in tre classi, mentre i creditori aventi diritto di voto sono distribuiti su quattro classi, essendo la quarta classe rappresentata dai creditori privilegiati per la parte non integralmente soddisfatta.

Nell'esempio 1 si ipotizza il voto favorevole in ogni singola classe e pertanto il concordato e approvato dai creditori.

Nell'esempio 4 si ipotizza il voto favorevole di una classe su quattro e il mancato raggiungimento del *quorum* relativo alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, pertanto il concordato non è approvato dai creditori.

ESEMPIO N.1

natura del credito	privilegiati **creditori ipotecari**	privilegiati **lavoratori dipendenti**	chirografari **banche**	chirografari **fornitori**	chirografari **altri creditori**	chirografari ***residuo lavoratori dipendenti non soddisfatti***
nome dato alla classe	A	B	C	D	E	*B bis*
% di soddisfazione prevista dal concordato	100%	70%	40%	30%	20%	*30%*
credito accertato	1.000.000	2.000.000	5.000.000	4.000.000	1.000.000	*600.000*

totale crediti accertati	13.000.000	A+B+C+D+E
crediti senza diritto di voto	2.400.000	A+(B-B bis)
crediti con diritto di voto	10.600.000	C+D+E+B bis
QUORUM DELIBERATIVO	5.300.001	(C+D+E+B bis)*50% + 1€

maggioranza assoluta dei crediti con diritti di voto

ESITI DELLA VOTAZIONE NELLE SINGOLE CLASSI

	A	B	C	D	E	*B bis*	TOTALI
voti contrari			750.000	800.000	200.000	60.000	**1.810.000**
voti favorevoli			4.250.000	3.200.000	800.000	540.000	**8.790.000**
totale a quadratura con credito accertato			*5.000.000*	*4.000.000*	*1.000.000*	*600.000*	**10.600.000**
maggioranza dei crediti raggiunta nella classe	**SI**	**SI**	**SI**	**SI**	**SI**	**SI**	

ESITO FINALE DEL VOTO:
RAGGIUNTO IL QUORUM DELIBERATIVO
FAVOREVOLI TUTTE LE CLASSI
IL CONCORDATO E' APPROVATO

ESEMPIO N.2

natura del credito	privilegiati **creditori ipotecari**	privilegiati **lavoratori dipendenti**	chirografari **banche**	chirografari **fornitori**	chirografari **altri creditori**	chirografari ***residuo lavoratori dipendenti non soddisfatti***
nome dato alla classe	A	B	C	D	E	*B bis*
% di soddisfazione prevista dal concordato	100%	70%	40%	30%	20%	*30%*
credito accertato	1.000.000	2.000.000	5.000.000	4.000.000	1.000.000	*600.000*

totale crediti accertati	13.000.000	A+B+C+D+E
crediti senza diritto di voto	2.400.000	A+(B-B bis)
crediti con diritto di voto	10.600.000	C+D+E+B bis
QUORUM DELIBERATIVO	5.300.001	(C+D+E+B bis)*50% + 1€

maggioranza assoluta dei crediti con diritti di voto

ESITI DELLA VOTAZIONE NELLE SINGOLE CLASSI

	A	B	C	D	E	*B bis*	TOTALI
voti contrari			4.000.000	1.800.000	650.000	540.000	**6.990.000**
voti favorevoli			1.000.000	2.200.000	350.000	60.000	**3.610.000**
totale a quadratura con credito accertato			*5.000.000*	*4.000.000*	*1.000.000*	*600.000*	**10.600.000**
maggioranza dei crediti raggiunta nella classe ?	**SI**	**SI**	**NO**	**SI**	**NO**	**NO**	

ESITO FINALE DEL VOTO:
NON RAGGIUNTO IL QUORUM DELIBERATIVO
NON FAVOREVOLE LA MAGGIORANZA DELLE CLASSI
IL CONCORDATO NON E' APPROVATO

Nell'esempio 3 ipotizza il raggiungimento del *quorum* relativo alla maggioranza dei crediti ammessi al voto ma rileva il dissenso di due classi su quattro. In questo caso, non avendo riscontrato il voto favorevole della maggioranza della classe, il giudizio definitivo sull'approvazione del concordato spetta al tribunale che potrà dare esito positivo sul concordato dopo aver

motivato che le alternative concretamente praticabili siano più sfavorevoli per la generalità dei creditori.

Nell'esempio 4 si ipotizza il raggiungimento del *quorum* relativo alla mag-

ESEMPIO N.3

natura del credito	privilegiati **creditori ipotecari**	privilegiati **lavoratori dipendenti**	chirografari **banche**	chirografari **fornitori**	chirografari **altri creditori**	chirografari ***residuo lavoratori dipendenti non soddisfatti***
nome dato alla classe	A	B	C	D	E	*B bis*
% di soddisfazione prevista dal concordato	100%	70%	40%	30%	20%	*30%*
credito accertato	1.000.000	2.000.000	5.000.000	4.000.000	1.000.000	*600.000*

totale crediti accertati	13.000.000	A+B+C+D+E
crediti senza diritto di voto	2.400.000	A+(B-B bis)
crediti con diritto di voto	10.600.000	C+D+E+B bis
QUORUM DELIBERATIVO	5.300.001	(C+D+E+B bis)*50% + 1€

maggioranza assoluta dei crediti con diritti di voto

ESITI DELLA VOTAZIONE NELLE SINGOLE CLASSI

	A	B	C	D	E	*B bis*	TOTALI
voti contrari			500.000	2.800.000	250.000	540.000	**4.090.000**
voti favorevoli			4.500.000	1.200.000	750.000	60.000	**6.510.000**
totale a quadratura con credito accertato			*5.000.000*	*4.000.000*	*1.000.000*	*600.000*	**10.600.000**
maggioranza dei crediti raggiunta nella classe	**SI**	**SI**	**SI**	**NO**	**SI**	**NO**	

ESITO FINALE DEL VOTO:
RAGGIUNTO IL QUORUM DELIBERATIVO
FAVOREVOLE LA MAGGIORANZA DELLE CLASSI

CONCORDATO APPROVATO SE IL TRIBUNALE RITIENE CHE I CREDITORI APPARTENENTI ALLE CLASSI DISSENZIENTI POSSANO RISULTARE SODDISFATI IN MISURA NON INFERIORE RISPETTO ALLE ALTERNATIVE CONCRETAMENTE PRATICABILI

ESEMPIO N.4

natura del credito	privilegiati **creditori ipotecari**	privilegiati **lavoratori dipendenti**	chirografari **banche**	chirografari **fornitori**	chirografari **altri creditori**	chirografari ***residuo lavoratori dipendenti non soddisfatti***
nome dato alla classe	A	B	C	D	E	*B bis*
% di soddisfazione prevista dal concordato	100%	70%	40%	30%	20%	*30%*
credito accertato	1.000.000	2.000.000	5.000.000	4.000.000	1.000.000	*600.000*

totale crediti accertati	13.000.000	A+B+C+D+E
crediti senza diritto di voto	2.400.000	A+(B-B bis)
crediti con diritto di voto	10.600.000	C+D+E+B bis
QUORUM DELIBERATIVO	5.300.001	(C+D+E+B bis)*50% + 1€

maggioranza assoluta dei crediti con diritti di voto

ESITI DELLA VOTAZIONE NELLE SINGOLE CLASSI

	A	B	C	D	E	*B bis*	TOTALI
voti contrari			500.000	3.200.000	520.000	348.000	**4.568.000**
voti favorevoli			4.500.000	800.000	480.000	252.000	**6.032.000**
totale a quadratura con credito accertato			*5.000.000*	*4.000.000*	*1.000.000*	*600.000*	**10.600.000**
maggioranza dei crediti raggiunta nella classe	**SI**	**SI**	**SI**	**NO**	**NO**	**NO**	

ESITO FINALE DEL VOTO:
RAGGIUNTO IL QUORUM DELIBERATIVO
NON FAVOREVOLE LA MAGGIORANZA DELLE CLASSI
IL CONCORDATO NON E' APPROVATO

gioranza dei crediti ammessi al voto ma rileva il dissenso della maggioranza delle classi. Pertanto, il concordato non potrà essere approvato.

Nell'esempio 5 si ipotizza il mancato raggiungimento del *quorum* relativo alla maggioranza dei crediti ammessi al voto pur rilevando che la maggioranza delle classi si sono espressi favorevolmente. Il concordato in questo caso non potrà essere approvato.

ESEMPIO N.5

	privilegiati	privilegiati	chirografari	chirografari	chirografari	chirografari
natura del credito	**creditori ipotecari**	**lavoratori dipendenti**	**banche**	**fornitori**	**altri creditori**	***residuo lavoratori dipendenti non soddisfatti***
nome dato alla classe	**A**	**B**	**C**	**D**	**E**	*B bis*
% di soddisfazione prevista dal concordato	100%	70%	40%	30%	20%	30%
credito accertato	1.000.000	2.000.000	5.000.000	4.000.000	1.000.000	600.000

totale crediti accertati	13.000.000	A+B+C+D+E
crediti senza diritto di voto	2.400.000	A+(B-B bis)
crediti con diritto di voto	10.600.000	C+D+E+B bis
QUORUM DELIBERATIVO	5.300.001	(C+D+E+B bis)*50% + 1€ maggioranza assoluta dei crediti con diritti di voto

ESITI DELLA VOTAZIONE NELLE SINGOLE CLASSI

	A	B	C	D	E	*B bis*	TOTALI
voti contrari			2.562.000	1.960.000	490.000	288.000	**5.300.000**
voti favorevoli			2.438.000	2.040.000	510.000	312.000	**5.300.000**
totale a quadratura con credito accertato			*5.000.000*	*4.000.000*	*1.000.000*	*600.000*	**10.600.000**
maggioranza dei crediti raggiunta nella classe ?	**SI**	**SI**	**NO**	**SI**	**SI**	**SI**	

ESITO FINALE DEL VOTO:
NON RAGGIUNTO IL QUORUM DELIBERATIVO
FAVOREVOLE LA MAGGIORANZA DELLE CLASSI
IL CONCORDATO NON E' APPROVATO

Quest'ultima ipotesi si riscontra allorché una classe per l'entità dei crediti sia particolarmente preponderante rispetto alle altre.

Profili fiscali della procedura

4

di *Cesare Zafarana*

SOMMARIO

4.1 Breve premessa in ordine all'individuazione del periodo fiscale endo-fallimentare

4.2. Gli adempimenti relativi alle imposte dirette

4.3 Adempimenti impositivi rapportati ai modelli di concordato percorribili

4.4 Adempimenti IVA del curatore

4.5 Ulteriore problematica afferente l'IVA: le note di variazione *ex* art. 26, comma 2, d.p.r. n. 633/1972, conseguenti al parziale pagamento delle fatture emesse dal fornitore di beni e servizi

4.6 Tassazione a registro del decreto di omologazione

4.7 Il riproposto dilemma sulla natura del decreto di omologazione

4.8 Il regime fiscale del trasferimento dei beni all'assuntore

4.9 Il divieto di compensazione (art. 31 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. nella l. 30 luglio 2010, n. 122) non opera nell'ipotesi di compensazione tra i crediti e i debiti erariali formatisi nel corso di procedura concorsuale

4.10 Non è previsto il ricorso alla transazione fiscale

4.11 L'IMU nel concordato fallimentare

4.11.1 Le novità tributarie

4.1 Breve premessa in ordine all'individuazione del periodo fiscale endo-fallimentare

Concluso l'iter previsto dagli articoli da 125 a 130 l.fall. e quando il decreto di omologazione diviene definitivo, il curatore rende il conto della gestione e il tribunale dichiara chiuso il fallimento.

La portata dell'art. 130 l.fall. consiste nell'affermare che:

- la chiusura del fallimento non consegue più per stretto automatismo di legge (art. 131, ult. comma, l.fall. ante riforma) al passaggio in giudicato del provvedimento (sentenza) di omologa, bensì:
- viene dichiarata con decreto del tribunale quando il decreto di omologazione diventa definitivo e viene definito altresì, ex art. 116 l.fall., il rendiconto del curatore.

Chiusa la procedura fallimentare, rimane una ulteriore fase operativa relativa alla completa realizzazione degli impegni assunti con il concordato.

Gli Organi della procedura fallimentare mutano la loro funzione, restando in carica con il limitato fine di vigilare sull'esatta e puntuale esecuzione del concordato (art. 136 l.fall.) da parte del fallito tornato *in bonis* o di terzi soggetti (garante, assuntore, liquidatore).

Fatti i dovuti e necessari richiami ai profili strutturali dell'istituto concordatario, si passa a considerare le particolarità che, sotto il profilo fiscale, comporta il concordato rispetto alla ordinaria procedura liquidatoria che si conclude secondo le fattispecie previste dall'art. 118 l.fall.

4.2 Gli adempimenti relativi alle imposte dirette

La disciplina prevista dall'art. 183 del TUIR, pensata per l'ipotesi di liquidazione di tutti i beni, operata dal curatore, e di dissolvimento dell'impresa, non perfettamente si adatta a realtà diverse e multiformi quali possono essere quelle proprie del concordato fallimentare:

- trasferimento dei beni all'assuntore;
- trasferimento dei beni ai creditori;
- liquidazione a cura del debitore;
- ripresa dell'attività economica.

Sull'applicabilità delle norme di cui all'art. 183 del TUIR non possono però sussistere dubbi, se si considera che il concordato interviene a procedura in corso, cioè quando la stessa è già stata assoggettata al particolare regime fiscale previsto dalla norma suddetta.

Pur tuttavia la liquidazione dei beni nella fase di esecuzione del concordato è fenomeno temporalmente estraneo al "periodo fallimentare", altrimenti detto maxiperiodo, di cui al secondo comma dell'art. 183 TUIR.

Appare pertanto fuori dubbio che il *dies a quo* dal quale decorre il termine per la presentazione/trasmissione della dichiarazione di cui all'art. 5, quarto comma, d.p.r. n. 322/1998 coincide col provvedimento collegiale di chiusura del fallimento (art. 130, secondo comma, l.fall.).

Non rileva ai fini della dichiarazione del curatore *ex* art. 183, secondo comma, l.fall. il risultato della fase di liquidazione dei beni e dei conseguenti adempimenti, che avviene successivamente, in sede di esecuzione del concordato[1].

Si ha conoscenza del parere contrario dell'Amministrazione finanziaria espresso in epoche ormai lontane[2] e in base al quale si vorrebbe protrarre l'adempimento fiscale del curatore al momento della compiuta esecuzione del concordato. Probabilmente chi sostiene l'accennata tesi non tiene conto che il curatore è talmente estraneo a suddetto coinvolgimento nella fase post-omologa del concordato che ai sensi dell'art. 130 l.fall. ha l'obbligo di rendere il conto della propria gestione non appena il decreto di omologazione diventa definitivo.

Inoltre, il procrastinare la durata del periodo d'imposta fallimentare ben oltre la chiusura del fallimento e fino a comprendervi le operazioni della fase esecutiva presupporrebbe che il curatore, verificandosi l'ipotesi del reddito d'impresa secondo la previsione dell'art. 183, secondo comma, TUIR e della debenza del tributo IRES, disponesse delle somme con le quali effettuare il relativo pagamento.

Condizione impossibile in quanto il curatore ha già reso il conto della propria gestione.

L'esito della procedura fallimentare tende alla neutralità fiscale, poiché indipendente dai risultati della successiva fase di esecuzione. In linea con l'espresso pensiero autorevole dottrina e giurisprudenza.

4.3 Adempimenti impositivi rapportati ai modelli di concordato percorribili

A - *Intervento dell'assuntore che rileva l'attivo e si impegna al pagamento dei debiti che risultano dallo stato passivo*

L'esito della procedura è sempre fiscalmente neutrale poiché indipendente

[1] Cfr. MICCINESI, *L'imposizione dei redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano 1990, p. 261; BRIGHENTI, *Adempimenti tributari e responsabilità del curatore fallimentare*, Torino 1996, pp. 64-66; Cass. Sez. I civ., n. 5476 del 3/12/1985; Commissione Tributaria I Grado Firenze, Sez. IV, n. 3900 del 27/12/1984; Commissione Tributaria I Grado Parma, Sez. II, 23/11/1983.

[2] Commissione Tributaria Centrale, Sez. IV, 27/6/1995 n. 2575, La vicenda descritta nella decisione trova l'ufficio in contro-tendenza in *Corriere Tributario* n. 40/1995, p. 2800.

dai risultati della successiva fase liquidatoria posta in essere dall'assuntore[3]. Venendo cedute al terzo tutte le attività dell'impresa fallita, nessun residuo attivo (art. 183, secondo comma, TUIR) potrà mai risultare a favore del fallito e nessun risultato reddituale positivo emergerà per la procedura fallimentare[4].

B - *Concordato tramite cessione dei beni ai creditori*

Le attività fallimentari vengono poste a disposizione dei creditori che provvedono alla liquidazione, tramite un liquidatore. La fattispecie è espressamente prevista nella nuova formulazione dell'art. 124 l.fall., al secondo comma, lett. c). Anche in detta ipotesi la procedura, ai fini dell'imposizione diretta è fiscalmente neutrale, poiché non vi si configurano attività fallimentari residue da restituire al fallito.

C - *Concordato con l'intervento di un terzo garante - (fidejussore) delle obbligazioni del fallito*

In tale ipotesi le passività vengono sanate direttamente dal debitore. Le attività si restituiscono al debitore in conseguenza del passaggio in giudicato del decreto che omologa il concordato. Assieme alle attività, però, vengono "restituite" al fallito anche le passività da assolvere nella percentuale promessa con la liquidazione dei beni e probabilmente con l'impiego di ulteriori mezzi.

Il residuo attivo (art. 183, secondo comma, TUIR), o passivo, che interesserà la dichiarazione del curatore sarà dato dalla differenza tra:

- attivo a valori fiscalmente riconosciuti;
- passivo fallimentare, non decurtato dalla percentuale di bonus da concordato perchè questo, come previsto dall'art. 88, quarto comma, ultima parte TUIR, risulta fiscalmente irrilevante.

A sua volta detto risultato residuale andrà confrontato, ai sensi del secondo comma dell'art. 183 TUIR con il patrimonio netto dell'impresa alla data della dichiarazione di fallimento (art. 183, primo comma, TUIR).

Si ritiene che il conseguimento di un avanzo al termine dell'esecuzione del concordato sia evento eccezionale e, sinora, per esperienza, di marginale significato[5]. In ogni caso detto risultato atterrà alla dichiarazione dei redditi dell'*ex* fallito.

[3] BRIGHENTI, *op. cit.*

[4] CASS., 11/2/2000, N. 15568.

[5] MICCINESI, *op. cit.*, 265.

Con l'omologa del concordato, il decreto di chiusura e il ritorno *in bonis* del fallito, si può avere la ripresa dell'esercizio d'impresa.

Sotto il profilo dell'imposizione diretta si ritorna al regime ordinario di determinazione del reddito nel quale le attività non liquidate conservano i valori contabili-fiscali.

Il concordato, nel contempo, ha prodotto la riduzione dei debiti fino alla percentuale promessa e garantita.

A noma del quarto comma dell'art. 88 del TUIR, sopra richiamato, la sopravvenienza determinatasi per l'insussistenza delle passività, provocata dal buon esito della proposta concordataria, non ha rilevanza ai fini impositivi[6].

4.4 Adempimenti IVA del curatore

Occorre ancora premettere che ai sensi del più volte richiamato art. 130, comma 2°, l.fall., "quando il decreto di omologazione diventa definitivo, il curatore rende conto della gestione, ai "sensi dell'art. 116 l.fall. e il tribunale dichiara chiuso il fallimento".

Con la chiusura del fallimento non è più ipotizzabile alcuna forma di "ultrattività" degli organi preposti, se non prevista specificamente da una norma di legge (l'esempio è proprio quello del concordato fallimentare, in cui gli Organi della procedura fallimentare restano in carica con funzioni di sorveglianza degli adempimenti secondo le modalità previste nel decreto di omologazione).

La chiusura del fallimento non determina, di per sè, la cessazione del soggetto fallito; ne determina, anzi, il ritorno *in bonis*.

Non risulta alcuna norma specifica che imponga al cessato curatore l'obbligo di presentare, a fallimento chiuso, la denuncia di cessazione prescritta dall'art. 35 del d.p.r. n. 633/1972 e neppure *una* norma che imponga al curatore di presentare la dichiarazione annuale riferita all'anno in cui si è chiuso il fallimento. Tuttavia è prassi diffusa, sostenuta da autorevole dottrina[7], di assolvere gli adempimenti sopra richiamati.

La prassi delineata risulta convincente alla luce di una logica di buon senso e opportunità.

Non va poi trascurato che il riformato art. 118 l.fall. prevede che il curatore provveda, per i casi di cui ai nn. 3) e 4) della medesima norma, che il curatore provveda, dopo la chiusura del fallimento di una società, alla cancellazione dal Registro delle Imprese della società medesima.

[6] MICCINESI, *op. cit.*, 26. In generale, per quanto concerne il concordato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa vedasi STASI-ZANICHELLI, *Grandi procedure non solo per le grandi imprese*, Milano, 2010, 427.

[7] APICE, *Aspetti fiscali del fallimento*, Roma, 1999, 9.

Soltanto negli eccezionali casi di ripresa dell'attività da parte dell'ex fallito, la dichiarazione relativa all'anno in cui si chiude il fallimento risulterà riassuntiva di due distinti periodi (fallimentare e postfallimentare) che vanno a comporre l'anno solare (periodo d'imposta IVA) e sarà predisposta dal contribuente tornato *in bonis*.

La fattispecie descritta va circoscritta alla ipotesi di concordato fallimentare per garanzia e comunque di prosecuzione dell'attività da parte dell'ex fallito.

La fattispecie ha trovato anche soluzione procedimentale da parte dell'Amministrazione finanziaria con Circolare ministeriale n. 68/E del 24 marzo 1999, ove si prevede un'unica dichiarazione composta da un frontespizio e da due moduli per le due distinte frazioni d'anno.

Non muta peraltro lo schema temporale per la dichiarazione annuale quale che risulti l'effettivo periodo di attività rilevante ai fini dell'imposizione IVA.

A norma dell'art. 8 del d.p.r. 322/1998: "... il contribuente presenta ... tra il primo febbraio e il 30 settembre in via telematica la dichiarazione relativa all'imposta sul valore aggiunto dovuta per l'anno solare precedente".

Ne discende pertanto che fuori dai casi delineati di prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'ex fallito, il curatore per la presentazione dell'ultima dichiarazione IVA di cui ormai per consolidata prassi gli è fatto carico, dovrà attendere almeno il 1° febbraio dell'anno successivo a quello in cui è cessata l'attività per inoltrare la dichiarazione IVA.

4.5 Ulteriore problematica afferente l'IVA: le note di variazione *ex* art. 26, comma 2, d.p.r. 633/1972, conseguenti al parziale pagamento delle fatture emesse dal fornitore di beni e servizi

Nel sistema dell'IVA il soggetto che ha emesso la fattura nei confronti del "cliente" per i beni ceduti o i servizi prestati, si rende debitore verso l'Erario dell'imposta indicata in fattura, indipendentemente dal fatto che il cliente-debitore effettui o meno il pagamento di quanto dovuto, ivi compreso l'importo dell'imposta di cui è stata esercitata la rivalsa in fattura.

A mente dell'art. 26, secondo comma, del d.p.r. 633/1972, se una operazione per la quale è stata emessa fattura, successivamente alla registrazione, viene meno in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali rimaste infruttuose, il cedente del bene o il prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola, *ex* art. 25 del medesimo d.p.r. 633/1972, nel registro degli acquisti.

Il cessionario o committente, per contro, deve registrare la variazione conformemente alle fatture di vendita (art. 23 del d.p.r. 633/1972).

A parere dell'Amministrazione finanziaria (Circ. Min. 17 aprile 2000 n. 77/E) in ipotesi di concordato fallimentare l'infruttuosità parziale della procedura è verificata al passaggio in giudicato della sentenza (ora decreto) di omologazione del concordato.

I creditori possono, a questo punto, esercitare la facoltà di emettere le note di variazione relativamente alla parte del loro credito che, è certo, non sarà soddisfatto nella successiva fase esecutiva.

Il fatto comporterebbe, in capo al debitore ormai *in bonis*, la registrazione delle predette note di variazione e il conseguente debito d'imposta nei confronti dell'Erario.

Secondo dottrina la circostanza può ricondurre il debitore concordatario alla fase critica e comunque stravolgere il delicato equilibrio della esecuzione del concordato[8].

È da ritenersi assai appropriato il parere espresso al proposito dalla Agenzia delle Entrate[9] in risposta a una istanza di interpello nella fattispecie del concordato preventivo, parere perfettamente estendibile alla fattispecie del concordato fallimentare.

L'Agenzia sottolinea che, in seguito all'adempimento del concordato, si ha la riduzione dei crediti, con effetti liberatori per la parte che subisce la falcidia.

Nel sistema dell'art. 26, secondo comma, del d.p.r. 633/1972 il cedente o prestatore del servizio può portare in detrazione l'IVA nella misura esposta nella nota di variazione, mentre la controparte è tenuta a ridurre in pari misura la detrazione che aveva effettuato, riversando l'imposta all'Erario. Questa è la previsione di carattere generale.

Tuttavia la norma in questione deve essere applicata tenendo conto della disciplina e degli effetti tipici del concordato (preventivo o fallimentare).

Con gli effetti estintivi del concordato si ha la riduzione del credito di rivalsa IVA. Conseguentemente, dato che la nota di variazione è attinente all'IVA non riscossa dal creditore, per un debito sorto prima dell'avvio della procedura concorsuale, la registrazione della predetta nota non comporta, per il debitore concordatario, l'obbligo di rispondere verso l'Erario di un debito sul quale si sono già prodotti gli effetti estintivi del concordato.

Diversamente, assume la Risoluzione, si avrebbe una deroga all'efficacia liberatoria della procedura, da ritenersi ingiustificata in relazione alle norme che dispongono l'estinzione di ogni debito sorto anteriormente al sorgere della procedura medesima.

Riassumendo l'Agenzia afferma i seguenti concetti:

1. l'obbligatorietà della registrazione delle note di variazione nei registri

[8] ZENATI-MANDRIOLI, *I tributi nel fallimento*, Milano, 2000, 106.

[9] Agenzia delle Entrate - Risoluzione 17/10/2001 n. 16/E.

IVA da parte del soggetto destinatario delle note di variazione predette; il soggetto sottoposto a concordato;
2. la non obbligatorietà del versamento IVA risultante a debito;
3. l'invalicabilità dei principi delle norme concorsuali e la salvaguardia degli effetti che le stesse norme perseguono.

4.6 Tassazione a registro del decreto di omologazione

Dopo il travaglio giurisprudenziale e dottrinario degli ultimi decenni, sulle modalità di applicazione dell'Imposta di Registro alla sentenza (ora decreto) che omologa il concordato fallimentare e quello preventivo pareva, dopo la sentenza di Cassazione n. 2957/1998, che si fosse pervenuti a un sistema lineare e logico di inquadramento interpretativo della materia. Quadro interpretativo facilitato dalle previsioni assai limitate dell'art.124 l.fall. ante riforma.

Il mutato quadro normativo di cui al nuovo art. 124 l.fall.. assai complesso e articolato pare abbia aperto, sotto il profilo dell'applicazione dell'imposta di registro, nuovi fronti interpretativi e, in generale induce a plurali soluzioni ermeneutiche.

Ciò premesso, può essere delineato il quadro interpretativo di cui appresso:

A - *Concordato fallimentare con cessione dei beni*:
- imposta in misura fissa (d.p.r. 26 aprile 1986 n. 31 - Tariffa - Parte prima - art. 8, lett. a):

Motivazione: carenza di contenuto novativo rispetto alla situazione obbligatoria pregressa.

B - *Concordato fallimentare con intervento di terzo assuntore*:
- imposta proporzionale (d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131 - Tariffa - Parte prima - art. 8, lett. b):

Motivazione: il trasferimento dei beni fallimentari a un terzo si realizza tramite atto negoziale autonomo rispetto allo schema essenziale del concordato fallimentare; tale atto sconta l'imposta proporzionale con l'aliquota propria del tipo di effetto prodotto.

C - *Altre, variegate, fattispecie risolutive comportanti trattamenti differenziati per classi o ristrutturazione dei debiti o operazioni straordinarie*:
- imposta proporzionale (d.p.r. n. 131/1986 - Tariffa - Parte prima - art. 8, lett. b)

Motivazione: il decreto di omologazione trasforma in obbligo giuridicamente vincolante per tutti i creditori la proposta originaria, implicando per il debitore l'obbligo al pagamento di somme determinate. La base imponibile da assoggettare a tassazione percentuale (3 per cento) è rappresentata dall'ammontare delle somme da pagare ai creditori, dal momento che tali somme rappresentano nuove obbligazioni che trovano origine nell'omologazione del concordato.

D - *Crediti chirografari già assoggettati a IVA*:
- imposta in misura fissa (Circolare n. 35/221085 del 5 luglio 1991)

E - *Esenzione*:
- sono esentati dall'obbligo di registrazione i crediti di natura tributaria, previdenziale e per prestazioni di lavoro dipendente.

4.7 Il riproposto dilemma sulla natura del decreto di omologazione

Nonostante le previsioni interpretative sopra articolate, si ripropone in atto un rinnovato dilemma interpretativo alla cui base sta la questione se il decreto di omologazione del concordato sia un (a) atto ricognitivo ovvero (b) produttivo di effetti a carico del debitore e a favore dei creditori.

Seguendo la seconda ipotesi (b) fatta propria dall'Amministrazione finanziaria il decreto sarebbe in ogni caso soggetto all'imposta in misura proporzionale. (Tariffa art. 9 - aliquota 3 per cento)

Di contrario avviso (a) la Suprema Corte(99) che, invece, ritiene che la fattispecie rientri nella previsione di cui all'art. 8, lett. g) della Tariffa, che comprende genericamente tutti gli atti di omologazione, così come giurisprudenza di legittimità aveva sempre ritenuto anche per il concordato preventivo.

A maggior ragione ora, se la nuova normativa fallimentare attribuisce al decreto di omologazione la mera verifica della regolarità della procedura, risultando estraneo qualsiasi accertamento costitutivo di diritti.

4.8 Il regime fiscale del trasferimento dei beni all'assuntore

Il trasferimento dei beni al terzo assuntore, se comporta la cessione dell'intero complesso aziendale o di porzione dello stesso (ramo d'azienda) è soggetto all'imposta proporzionale di registro (TU 131/1986).

Per stabilire la base imponibile a cui applicare l'imposta, occorre far riferimento ai valori della perizia fallimentare[10].

Secondo giurisprudenza consolidata il trasferimento dei beni dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologa del concordato, non si inquadra tra le ipotesi di trasferimento coattivo previsto dall'art. 44 del TU 131/1986

[10] BRIGHENTI, *op. cit.*, 121.

e per le quali la base imponibile è costituita con definitività dal prezzo di aggiudicazione.

L'orientamento trova motivazione nella circostanza che agli Organi fallimentari residuano soltanto le funzioni di vigilanza e di controllo e non di diretta gestione delle attività economiche.

In tali casi pertanto non sarebbe preclusa all'Agenzia delle Entrate la facoltà di rettificare in aumento il valore del dichiarato[11].

Anche nella ipotesi di trasferimento di beni in regime d'IVA, il rapporto temporalmente ricadente in fase post-fallimentare, rimane circoscritto al rapporto: ex fallito/assuntore con la sostanziale estraneità del curatore cui residuano soltanto funzioni di vigilanza del corretto adempimento del concordato.

4.9 Il divieto di compensazione (art. 31 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. nella l. 30 luglio 2010, n. 122) non opera nell'ipotesi di compensazione tra i crediti e i debiti erariali formatisi nel corso di procedura concorsuale

La richiamata norma dell'art. 31, indicato in epigrafe, dispone che a partire dal 1° gennaio 2011 i debiti erariali iscritti a ruolo per importo superiore a 1.500,00 euro limitano la possibilità per il contribuente di effettuare la compensazione sul Mod. F24.

Attraverso tale norma, il legislatore ha inteso evitare che il contribuente possa utilizzare crediti erariali, per future compensazioni, in presenza di altri debiti per imposte già iscritte a ruolo, per ammontare superiore a 1.500,00 euro, a titolo definitivo.

A sostegno del divieto, lo stesso art. 31 prevede la sanzione amministrativa pari al 50 per cento dell'importo dei debiti iscritti a ruolo per imposte erariali e accessori, per i quali è scaduto il termine di pagamento. La sanzione non può comunque superare il limite del 50 per cento dell'ammontare indebitamente compensato.

La norma introdotta non prevede alcuna espressa deroga per le procedure concorsuali e acriticamente letta, provocherebbe conflittualità logico-sistematica con i principi propri dell'ordinamento concorsuale.

L'Amministrazione Finanziaria è intervenuta a chiarimento in occasione dell'emanazione della Circolare n. 13/E dell'11 marzo 2011 fornendo una corretta interpretazione della norma e precisando che nel caso di procedure concorsuali «la presenza di debiti erariali iscritti a ruolo nei confronti del fallito, scaduti e non pagati, ma maturati in data antecedente all'apertura della

[11] Cass., 4/11/1992, n. 11959.

procedura concorsuale, non si ritiene sia causa ostativa alla compensazione tra i crediti e i debiti erariali formatisi, invece, nel corso della procedura stessa».

L'impedimento della sopra descritta compensazione endoconcorsuale, a causa di debiti tributari sorti prima della dichiarazione di fallimento, iscritti a ruolo e non pagati, come già richiamato risulterebbe contrario ai principi dell'ordinamento concorsuale.

L'Agenzia aveva già avuto modo (Risoluzione n. 279/E/2002) di sottolineare il principio dell'invalicabilità del sistema delle norme concorsuali e della salvaguardia degli effetti che le stesse norme perseguono.

Al contrario precisa ora l'Agenzia come non possa legittimamente operare la «compensazione tra crediti o debiti verso il fallito e, rispettivamente, debiti e crediti verso la massa fallimentare».

Farebbe eccezione altresì, sempre secondo l'assunto dell'Agenzia, «l'ipotesi in cui gli importi in questione derivino per effetto del trascinamento nella procedura concorsuale, dall'attività del fallito precedente all'apertura della procedura stessa». Va pertanto ribadito il principio della estraneità tra i due periodi (prefallimentare e endofallimentare) sicché, il periodo d'imposta gestito dal curatore non può essere confuso con quello in cui ha operato il soggetto fallito.

È frequente il caso in cui il curatore si trovi a compensare crediti e debiti tributari sorti dopo la dichiarazione di fallimento, in costanza di procedura.

4.10 Non è previsto il ricorso alla transazione fiscale

La transazione fiscale, disciplinata dall'art. 182-*ter* l.fall., non si aggiunge ai generali strumenti deflativi previsti dall'ordinamento tributario, per dirimere eventuali controversie già sorte o prevenirne l'insorgenza, ma la sua applicabilità resta circoscritta all'interno delle procedure concorsuali e subordinata esclusivamente alla presentazione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ne restano esclusi, pur essendo coinvolti in una procedura concorsuale, coloro i quali volessero eventualmente proporre un concordato fallimentare[12].

4.11 L'IMU nel concordato fiscale

Alla chiusura del fallimento, conseguente alla omologazione del concordato, nel caso in cui un immobile acquisito alla massa non sia stato alienato in pendenza della procedura, viene a crearsi il problema del versamento dell'ICI, ora dell'IMU, relativa al periodo fallimentare.

[12] RIPA, *Commentario sistematico al fallimento*, Piacenza, 2001, 801.

Il presupposto impositivo dei due tributi richiamati in ambito fallimentare trova origine in una fattispecie complessa rappresentata da:
- possesso del bene immobile;
- vendita dello stesso;
- riscossione del prezzo.

Con il passaggio dalla mera procedura fallimentare al concordato si può determinare l'ipotesi della restituzione dell'immobile al fallito, tornato *in bonis*. Non essendosi verificata la vendita e di conseguenza l'incasso del prezzo nella fase fallimentare, non si realizza la fattispecie complessa, sopra delineata, che costituisce il presupposto impositivo dell'ICI (poi dell'IMU).

Se la sospensione dell'obbligo di versamento dell'imposta risponde alla necessità di attendere che il fallimento riscuota le somme necessarie al pagamento, e se ci si attiene a una interpretazione vincolante della norma particolare del sesto comma dell'art. 10 del d.p.r. 504/1992, si verrebbe a determinare un salto di imposizione per tutto il periodo fallimentare. Si evidenzierebbe una sfasatura cui il legislatore non avrebbe posto rimedio.

Diversamente va considerata la soluzione più coerente rispetto al generale significato dell'assetto impositivo: il presupposto assoluto dell'imposta è semplicemente il possesso del bene, mentre la vendita costituisce la condizione di favore della certezza della liquidità occorrente per il pagamento dell'imposta.

Sull'evidenza che l'imposta *de qua*, imposta reale gravante i patrimoni immobiliari, costituisca debito di massa del fallimento trattandosi di onere coessenziale all'amministrazione del fallimento, non devono sussistere dubbi. Il fallimento deve risultarne gravato prescindendo dal realizzo del prezzo di vendita.

È appena il caso di rilevare che anche nell'ipotesi del subentro del terzo-assuntore non si realizza l'incasso del prezzo, perché la cessione all'assuntore del bene immobile avrà come contropartita il contestuale accollo delle passività fallimentari da parte dello stesso.

L'assuntore sarà comunque soggetto passivo ICI o IMU., per il periodo post-fallimentare in cui il possesso dell'immobile sarà a lui riconducibile.

In realtà l'idea di un vuoto tributario contrasta con il dettato dell'art. 1 che già configurava il presupposto generale ICI nel possesso del bene immobile[13].

[13] *Contra* BASILAVECCHIA M., *Profili eccentrici di soggettività passiva dell'ICI*, in *Fin. Loc.* 2004 - pag. 77

4.11.1 Le novità tributarie

Con il d.lgs. n. 23/2011, istitutivo dell'IMU, all'art. 9, comma 7 (per espresso richiamo all'art. 10, comma 6, del d.lgs. n. 504/1992 già istitutivo dell'ICI) per gli immobili compresi nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa il curatore o il commissario liquidatore, entro 90 giorni dalla propria nomina, devono presentare al Comune di ubicazione degli immobili una dichiarazione attestante l'avvio della procedura. Questi soggetti sono, altresì, tenuti al versamento dell'imposta dovuta per il periodo di durata dell'intera procedura concorsuale entro il termine di tre mesi dalla data del decreto di trasferimento degli immobili.

Dette disposizioni non fanno che trasferire in ambito IMU. quanto già previsto per l'ICI. Si perviene pertanto a regolamentare in ordine a due tipologie di adempimento:
1. la prima di ordine informativo con cui il curatore (o il commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa) è tenuto a comunicare entro 90 giorni dalla propria nomina l'avvio della procedura al Comune di ubicazione dell'immobile;
2. la seconda di ordine puramente esecutivo con la quale lo stesso organo fallimentare è tenuto al versamento dell'imposta maturata per il periodo di possesso, da parte della procedura, dell'immobile interessato dall'imposta entro il termine di tre mesi dalla data del decreto di trasferimento dell'immobile.

Non è mutato il criterio di detenzione del tributo dovuto, rispetto gli immobili posseduti da soggetti *in bonis*. Pertanto l'unica considerazione rilevante in merito è che nella fattispecie analizzata non si porranno problematiche di calcoli particolareggiati in tema di acconti e saldi su aliquote d'imposta non definitive ma si verserà l'intera imposta a saldo sulla base delle aliquote definitive deliberate dai Comuni.

L'ICI. mantiene la sua valenza per le fattispecie interessate sino a tutto il 31 dicembre 2011 passando poi all'IMU con l'applicazione di analoga procedura.

I principali aspetti giuslavoristici nel concordato fallimentare dopo la Riforma Fornero e il Decreto Sviluppo

5

di *Alessandro Corrado*

SOMMARIO

5.1 **Il coordinamento tra le norme a tutela dei lavoratori e le modalità di realizzazione del concordato fallimentare**

5.2 **Gli ammortizzatori sociali a disposizione: le incisive novità riguardanti l'art. 3 della l. 223/91 dopo la Riforma Fornero e il Decreto Sviluppo**

5.2.1 **L'art. 3, comma 1, l. 223/1991 nella vecchia formulazione: l'intervento a favore di procedure concorsuali con finalità liquidatoria.**

5.2.2 **Incertezze interpretative in fase applicativa: la Circolare del ministero Lavoro del 17 marzo 2009, prot. 14/4314, a favore dell'applicazione del "vecchio" art. 3 della l. 223/1991 a procedure concorsuali con finalità di risanamento. Considerazioni critiche**

5.3 **Conclusioni: la compatibilità del nuovo testo dell'art. 3, comma 1, l. 223/1991 con l'ipotesi di concordato fallimentare con affitto d'azienda**

5.4 **Affitto e cessione d'azienda in ambito fallimentare: profili di tutela collettivi e deroghe a diritti individuali**

5.5 **La retrocessione dell'azienda: l'art. 104-*bis*, ult. comma, l. fall. e la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c.**

5.1 Il coordinamento tra le norme a tutela dei lavoratori e le modalità di realizzazione del concordato fallimentare

Nessuna delle più rilevanti norme dedicate dal nostro legislatore alla tutela dei rapporti di lavoro nell'ambito delle procedure concorsuali è espressamente riferita al concordato fallimentare.

Le ragioni di tale omissione risiedono nella natura stessa di tale istituto. Esso, infatti, lungi dal poter essere considerato un autonomo strumento di soluzione della crisi di impresa, rappresenta piuttosto una modalità di liquidazione dell'attivo fallimentare, espressione del potere esecutivo degli organi fallimentari[1], che si realizza con un accordo tra il proponente (sia questi un debitore, un creditore, un terzo ovvero lo stesso curatore fallimentare) e la massa dei creditori concorrenti[2].

Tanto si può affermare, ad esempio, per le norme che consentono di derogare all'art. 2112 c.c. nell'ambito del trasferimento di aziende riguardanti imprese in crisi[3], per quelle che garantiscono l'intervento degli ammortizzatori sociali c.d. concorsuali[4], così come per le disposizioni a garanzia dei crediti retributivi e contributivi in caso di insolvenza del datore di lavoro[5].

Corollario di tale premessa è che per affrontare sotto una corretta prospettiva e da un punto di vista pratico le tematiche giuslavoristiche, l'interprete dovrà necessariamente coordinare le norme dettate a tutela dei lavoratori in ambito fallimentare con le modalità concordatarie di realizzazione dell'attivo.

[1] In tal senso, cfr. Trib. Tivoli, 27 maggio 2009, *Redazione Giuffrè*, 2009.

[2] BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 365.

[3] Art. 47, commi 4 *bis* e 5 della legge 428/90, come modificato dall'art. 19-*quater*, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.

[4] Si tratta dell'art. 3, legge 223/91. Come si vedrà più avanti al paragrafo successivo, la radicale rivisitazione operata dall'art. 46-*bis*, comma 1, lett. h) della legge n. 134/12 di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (che a sua volta ha modificato l'art. 2, comma 70, legge n. 92/2012 che ne prevedeva l'abrogazione) limita ora l'intervento del trattamento straordinario di integrazione salariale pur sempre a favore dei lavoratori (...) ai casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria (...) o concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, ma unicamente "*quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione*". L'art. 3, legge 223/1991, come modificato nei termini ora prospettati, rimarrà in vigore fino al 31 dicembre 2015

[5] Ci si riferisce alla legge 29 maggio 1982, n. 297, istitutiva del Fondo di garanzia presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale, e al d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 che garantiscono ai lavoratori rispettivamente il pagamento del trattamento di fine rapporto di lavoro ed i crediti retributivi inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, nonché il versamento dei contributi per l'assicurazione obbligatoria omessi o prescritti e l'integrazione presso la gestione della previdenza complementare interessata dei contributi risultanti omessi.

A questo proposito, in altre parti del presente volume[6], è stato opportunamente messo in rilievo che una di tali modalità può prevedere l'affidamento della gestione dei beni e delle attività del fallimento ad un terzo – che può avvenire con la stipulazione di un contratto di affitto d'azienda (i cui canoni vengano impiegati per il pagamento dei debiti concorsuali) – in vista della loro definitiva cessione. Del resto, oltre a far confluire nel fallimento risorse patrimoniali da destinare alla soddisfazione delle ragioni dei creditori, l'affitto – come l'esercizio provvisorio – consente di mantenere inalterato il valore dei beni, evitando, a differenza del secondo, l'insorgenza di crediti prededucibili a carico del patrimonio fallimentare[7].

Data per presupposta la sussistenza di livelli occupazionali di rilevante entità[8], che insieme ai beni materiali e immateriali costituiscono un asset da tutelare (non solo per finalità sociali), al di fuori dei casi in cui l'azienda fosse già stata affittata a un terzo prima della dichiarazione di fallimento, nella prassi l'individuazione dell'affittuario da parte della curatela (da compiersi tramite le procedure competitive individuate dall'art. 107 l. fall) e la stipulazione del contratto di affitto di cui all'art. 104-*bis* l. fall. possono comportare un notevole dispendio di tempo. Diventa allora prioritario l'intervento di idonei strumenti a sostegno del reddito dei dipendenti in carico alla procedura concorsuale.

5.2 Gli ammortizzatori sociali a disposizione: le incisive novità riguardanti l'art. 3 della l. 223/1991 dopo la Riforma Fornero e il Decreto Sviluppo.

L'art. 46-*bis*, comma 1, lett. h), d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (denominato "Decreto Sviluppo" e recante "misure urgenti per la crescita del Paese"), convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134, in vigore dal 12 agosto 2012 (giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U.), ha apportato alcune rilevanti modificazioni alla legge n. 92/2012 (c.d. "Riforma Fornero"), che a sua volta – senza modificarne il testo – aveva stabilito l'abrogazione dell'art. 3 della legge 23 luglio 1991, n. 223 con decorrenza 1° gennaio 2016[9].

[6] Cfr. in questo volume STESURI, *Le varie figure di concordato fallimentare. Il concordato fallimentare mediante cessione dei beni*, 45; RIVA, *L'affitto d'azienda quale strumento per realizzare il concordato fallimentare*, pag. 120.

[7] Trib. Roma, 10 agosto 1995, in *Dir. fall.*, 1996, 393; Trib. Roma 2 aprile 1994, in *Dir. fall.*, 1994, II, 1203.

[8] Per una rapida disamina dei requisiti dimensionali necessari per l'attivazione degli ammortizzatori sociali c.d. concorsuali, cfr. nota n. 10.

[9] La disposizione della l. 92/2012, con cui è stato abrogato l'art. 3 della l. 223/1991, è dettata dall'art. 2, comma 70.

Nella sua nuova formulazione, il comma 1 dell'art. 3 della l. 223/91 prevede l'intervento del trattamento straordinario di integrazione salariale ai lavoratori delle imprese[10] soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, *quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche sociali*. Il trattamento straordinario di integrazione salariale è altresì concesso nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni.

In caso di mancata omologazione, il periodo di integrazione salariale fruito dai lavoratori sarà detratto da quello previsto nel caso di dichiarazione di fallimento. Il trattamento viene concesso, su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario, per un periodo non superiore a dodici mesi.

5.2.1 L'art. 3, comma 1, legge 223/1991 nella vecchia formulazione: l'intervento a favore di procedure concorsuali con finalità liquidatoria

Prima di verificare l'impatto che la novellazione dell'art. 3 l. 223/1991 necessariamente comporterà sulle operazioni di affitto e/o cessione d'azienda che potranno riguardare anche la buona riuscita del concordato fallimentare, è opportuno ricordare che tale norma, nella sua precedente stesura, nel riferirsi inevitabilmente al diritto fallimentare precedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 5/2006 (i) non conteneva alcun riferimento testuale né all'"insolvenza" né allo "stato di crisi"; (ii) prevedeva espressamente che il trattamento straordinario di integrazione salariale è concesso ai lavoratori delle imprese soggette alla relativa disciplina, nei casi di fallimento, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo con cessione di

[10] Inizialmente, le uniche imprese ammesse al beneficio della Cigs erano quelle del settore industriale con oltre 15 dipendenti. La legge n. 92/12 ha finalmente posto fine all'attesa riforma degli ammortizzatori sociali, che durava oramai da anni, ovvero da quando l'art. 7, comma 7, d.l. n. 148/1993, convertito in legge n. 236/1993, aveva fatto rientrare tra le beneficiarie del trattamento straordinario di integrazione salariale anche le imprese commerciali e le agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, "che occupino più di 50 addetti", nonché le imprese di vigilanza. Pertanto, a decorrere dal 1° gennaio 2013, le disposizioni in materia di trattamento straordinario di integrazione salariale e i relativi obblighi contributivi saranno estesi "alle (...) a) imprese esercenti attività commerciali con più di cinquanta dipendenti; b) agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti; c) imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti; d) imprese del trasporto aereo a prescindere dal numero di dipendenti; e) imprese del sistema aeroportuale a prescindere dal numero di dipendenti".

beni (nel quale ultimo caso, mancando il provvedimento di omologazione, il periodo di integrazione salariale fruito dai lavoratori viene detratto da quello previsto nel caso di dichiarazione di fallimento); (iii) richiedeva infine testualmente che la continuazione dell'attività non venisse disposta, o fosse cessata. Tali elementi hanno reso condivisibile l'opinione dottrinaria di chi aveva concluso che l'art. 3, l. 223/1991 dovesse intervenire a favore di procedure concorsuali con finalità liquidatoria e aveva ipotizzato di estendere la sua area di applicazione anche a quelle tra tali procedure la cui eventuale provvisoria residua attività fosse proseguita con prospettive ben diverse dal risanamento[11]. Inoltre, tale interpretazione spiegava anche la mancata menzione della abrogata amministrazione controllata e del concordato preventivo con garanzia, procedure che – presupponendo la prima un iter finalizzato al reperimento di risorse per il recupero della solvibilità dell'impresa[12] e il secondo il soddisfacimento dei creditori perseguito e realizzato attraverso pagamenti eseguiti dal debitore medesimo o dai suoi garanti[13] in un'ottica conservativa – potevano semmai contare sull'intervento della Cigs ai sensi dell'art. 1, l. 223/91 previsto per l'attuazione di un "programma" di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, ovvero per fronteggiare uno stato di crisi. La vecchia formulazione letterale del comma 1 dell'art. 3, l. 223/1991, non lasciando spazio alla discrezionalità di organi amministrativi, faceva propendere la gran parte di interpreti ed operatori per l'automaticità dell'intervento[14].

Decisamente più controversa era invece la questione se fosse o meno obbligatorio per il curatore (o il commissario) chiedere l'intervento della Cigs. Secondo parte della dottrina[15], infatti, il primo periodo di concessione

[11] LIEBMAN, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato, in Dir. rel. ind.*, 1995, p. 33; SANTORO PASSARELLI, *Sub art.* 3, in Persiani M. (a cura di), *Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamento di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità Europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 904.

[12] Cfr. Trib. Milano, 17 febbraio 1984, in *Fall.*, 1985, 545.

[13] GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2001, 389.

[14] Sul punto, tra le voci dissonanti rispetto a tale tesi, cfr. NAPPI, *Sul ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria nell'ambito delle procedure concorsuali*, in *Dir. lav.*, II, 1997, 583-587; NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 356.

[15] MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Napoli, 1991, 317; ID., *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2001, 321; CAIAFA, *I rapporti di lavoro e le procedure concorsuali*, 1994, P. 303; MACCHIA, *Cassa integrazione e mobilità nelle procedure concorsuali*, cit., 256; TAGLIAGAMBE, *La disciplina dei licenziamenti nelle procedure concorsuali liquidatorie dopo la l. 223/91*, in *Riv. crit.*

del trattamento di integrazione salariale era da ritenere, oltre che automatico, anche obbligatorio, con la conseguenza che il curatore, pur dopo aver verificato la mancanza di prospettive di continuazione dell'attività aziendale ovvero di cessione a qualsiasi titolo, sarebbe stato tenuto ad intraprendere gli adempimenti necessari alla concessione della Cigs. Deponevano, del resto, in tal senso sia la finalità di tale fattispecie – tesa alla salvaguardia dei livelli occupazionali in attesa di prospettive di salvataggio –, sia la formulazione della norma e la struttura del procedimento che non richiedeva (se non da un punto di vista squisitamente formale e più in un'ottica di responsabilizzazione delle parti sociali che prendevano parte all'esame congiunto di cui all'art. 6, d.p.r. n. 218/2000) la predisposizione di un programma per fronteggiare la situazione di crisi aziendale.

Altra parte della dottrina si diceva contraria alla tesi dell'obbligatorietà[16], ritenendo che il curatore – in mancanza della concreta possibilità di continuare l'attività dell'impresa con l'esercizio provvisorio, con l'affitto di azienda o con il suo trasferimento a qualsiasi titolo – dovesse immediatamente procedere ai licenziamenti collettivi ai sensi dell'art. 24 l. 223/1991.

In ogni caso sembra di poter concordare con chi ha affermato che il problema sarebbe stato più teorico che pratico[17], sul presupposto che il curatore sarebbe stato sempre spinto a presentare domanda di concessione del trattamento di integrazione salariale, il cui intervento gli avrebbe consentito di valutare con calma le diverse ipotesi sulla sorte del complesso aziendale e dei lavoratori, senza gravare sulla massa fallimentare e senza incorrere nel rischio di dover gestire eventuali problematiche di carattere sindacale in attesa di esperire la procedura prevista dagli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991, necessaria per attuare i licenziamenti collettivi[18].

Le contrarie opinioni espresse da parte della giurisprudenza – secondo la quale in caso di ritenuta impossibilità di ripresa, anche parziale, dell'attività produttiva non sarebbe sussistito alcun obbligo per il curatore di richiedere la concessione del trattamento straordinario d'integrazione salariale prima

dir. lav. 1993, 764; SANTORO PASSARELLI, *Sub art. 3*, cit.; FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, cit., 104.

[16] PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Gior. dir. Lav. e rel. ind.* 1991, 563; DE LUCA, *«Nuove» integrazioni salariali straordinarie e procedure concorsuali*, in Cinelli M. (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, Torino, 1993, 75; LIEBMAN, *op. cit.*; GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 740.

[17] MENGHINI, *I contratti di lavoro, in* Guglielmucci (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 674.

[18] La durata della relativa procedura di consultazione sindacale oscilla tra 30 e 75 giorni, cfr. art. 4, commi 2, 6 e 7, legge 223/1991.

dell'intimazione dei licenziamenti collettivi[19] – non prendevano in considerazione la circostanza che il comma 1 dell'art. 3 subordinasse la concessione del trattamento unicamente alla "domanda" del curatore, mentre solo in caso di proroga il comma 2 richiedesse "la sussistenza di fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti" (art. 3, comma 2, l. 223/1991).

5.2.2. Incertezze interpretative in fase applicativa: la Circolare del ministero del Lavoro 17 marzo 2009, prot. 14/4314, a favore dell'applicazione del "vecchio" art. 3 della l. 223/1991 a procedure concorsuali con finalità di risanamento. Considerazioni critiche

Per considerare pienamente operativo il novellato primo comma dell'art. 3, bisognerà attendere che il ministero del Lavoro e delle politiche sociali definisca con *parametri oggettivi* la sussistenza delle *prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia,anche parziale, dei livelli di occupazione* che potranno giustificare l'intervento dell'integrazione salariale.

L'intento del legislatore, appare chiaro, è limitare l'intervento della Cassa integrazione invocata ai sensi dell'art. 3 l. 223/91 ai casi in cui esso – anziché ridursi a mero sostegno del reddito (che andava molto spesso ad aggiungersi a trattamenti di integrazione salariale per "cessata attività" chiesti ed ottenuti dall'impresa ancora *in bonis*) – contribuisca a reinserire nel ciclo economico realtà aziendali provenienti da imprese in crisi. C'è da chiedersi se la scelta frettolosa di aver lasciato l'interpretazione al Ministero possa ritenersi appropriata.

Il Ministero, infatti, è un attore necessario in tutti i casi di applicazione degli ammortizzatori sociali e agisce in sede amministrativa. Tuttavia anche in tali circostanze non può non risentire della sua natura "politica", con la conseguenza che il suo orientamento può essere soggetto ad esigenze congiunturali di natura economica (il che è certamente legittimo e giustificabile) e del ciclo politico (il che è altrettanto comprensibile ma forse meno condivisibile).

Un esempio recente è costituito dalla Nota 17 marzo 2009, n. 14/4314, avente ad oggetto l'applicazione della Cigs in casi di *turnaround*, la cui impostazione di fondo non è apparsa del tutto convincente alla luce del

[19] In tal senso si sono espressi Trib. Napoli, 24 marzo 1997, in *Dir. lav.*, 1997, 582; Consiglio di Stato, VI, 23 febbraio 1999, n. 189, in *F. amm*, 1999, 402; Pret. Milano, 24 gennaio 1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 106.

dettato normativo: il ministero del lavoro ha infatti risposto positivamente al quesito posto da una società in liquidazione che aveva chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall., sulla possibilità di veder riconosciuto, a favore dei propri dipendenti, il trattamento di integrazione salariale straordinario per la causale *ex* art. 3 l. 223/1991. Partendo dal presupposto dell'applicabilità di tale norma al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni[20] (previsto espressamente quale causa integrabile) e del significativo rilievo assegnato dalla riformata legge fallimentare al concetto di crisi, il ministero ha affermato la possibilità di estendere il beneficio a tutti i casi in cui acquisti rilevanza la capacità di ristrutturazione dei debiti e la presenza di un piano articolato di risanamento, concludendo per l'attrazione della figura della ristrutturazione del debito nelle causali previste dal citato art. 3 ai fini dell'ammissione ai trattamenti di integrazione salariale straordinaria.

L'ardita operazione ermeneutica del ministero nel caso appena citato – che si colloca agli antipodi di quella elaborata in dottrina[21] –, pur avendo l'indubbio e lodevole merito di aver esteso un considerevole beneficio a favore dei lavoratori soprattutto in un periodo segnato da una forte crisi economica internazionale, rende tuttavia evidenti i rischi di lasciare a un'Autorità con incisivi poteri discrezionali il compito di limitare l'intervento dell'art. 3 l. 223/1991 ai casi previsti dal testo di legge.

5.3 La compatibilità del nuovo testo dell'art. 3, comma 1, legge 223/1991 con l'ipotesi di concordato fallimentare con affitto d'azienda

Concludendo sul punto, per definire il perimetro di operatività del novellato comma 1 dell'art. 3 sarà decisivo l'intervento del ministero del Lavoro. Tuttavia, sembra già di poter affermare che nel caso di concordato fallimentare con affitto o cessione dei beni aziendali, il curatore fallimentare potrà chiedere l'intervento della "nuova" Cassa integrazione c.d. concorsuale: la vicenda circolatoria renderà infatti possibili tanto la continuazione (o la ripresa) dell'attività, sia pure con un diverso imprenditore, quanto la salvaguardia dei livelli occupazionali. E tali sono stati proprio i casi in cui l'art. 3, anche nella

[20] Per una disamina sulla possibilità di continuare ad applicare l'art. 3, legge n. 223/91 al concordato preventivo anche successivamente alla riforma della legge fallimentare, sia consentito rinviare a CORRADO, *I rapporti di lavoro e gli ammortizzatori sociali nel nuovo concordato preventivo, in Nuovo diritto delle società*, n. 12/2008; *contra*, CAIAFA, *Il nuovo concordato preventivo: profili comunitari e tutela dei lavoratori*, in Dir. fall. 2005, 882-909.

[21] Cfr. nota n. 11.

vecchia formulazione, ha dato il meglio di sé per tutelare al tempo stesso lavoratori della procedura fallimentare e creditori concorsuali.

5.4 Affitto e cessione d'azienda in ambito fallimentare: profili di tutela collettivi e deroghe a diritti individuali

È noto che nel caso in cui la vicenda traslativa riguardi aziende di imprese in crisi o in stato di insolvenza, l'interesse prioritario si sposta dal piano della tutela del singolo rapporto di lavoro a quello collettivo: il legislatore cerca di perseguire la salvaguardia dei livelli occupazionali favorendo il passaggio dell'azienda dal contesto colpito da dissesto a realtà imprenditoriali in grado di risollevarne le sorti, anche – ove necessario – con il parziale sacrificio di alcuni dei diritti garantiti ai lavoratori, *in primis* quello di veder trasferito il rapporto di lavoro di tutti i lavoratori alle dipendenze del cessionario senza soluzione di continuità.

In tale ottica, la legge comunitaria 29 dicembre 1990, n. 428, recependo la direttiva n. 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, ha regolamentato in modo specifico la possibilità di derogare alla disciplina di carattere generale dettata dall'art. 2112 c.c.

Nonostante la recente bocciatura in sede comunitaria[22] dei commi 5 e 6, dell'art. 47 l. 428/90, il legislatore italiano sembra non aver tenuto nella dovuta considerazione la condanna della Corte di Giustizia della Comunità Europea: non solo ha riproposto in modo sostanzialmente analogo la norma che consente di derogare all'art. 2112 c.c. in caso di "crisi aziendale", ritenuta in contrasto con la Direttiva 12 marzo 2001 n. 2001/23/Ce, ma ha esteso la platea dei beneficiari della deroga oltre che alle imprese per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo, anche a quelle per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti[23].

[22] CGCE, 11 giugno 2009 – Causa C-561/07, in *Dir. relaz. ind.*, 2009, 3, 843, con nota di NUZZO. Secondo la Corte, infatti, "mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, l. 29 dicembre 1990 n. 428, in caso di crisi aziendale a norma dell'art. 2, comma 5, lett. c), l. 12 agosto 1977 n. 675, di modo che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, n. 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001 n. 2001/23/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in casi di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese e di stabilimenti, non sono garantiti in caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza di tale direttiva".

[23] Cfr. art. 47, comma 4-*bis* della legge 428/90, come modificato dall'art. 19-*quater* d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ai sensi del quale: nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende

In proposito, in dottrina si è osservato che la continuazione dell'attività produttiva è il punto che assume carattere decisivo nell'applicabilità o meno della direttiva ai trasferimenti di azienda di imprese colpite dal dissesto economico[24]: mentre la mancata continuazione dell'attività per le procedure di insolvenza di tipo liquidatorio la rende inapplicabile (con conseguente possibilità di derogare alle cogenti norme a tutela dei lavoratori, quale l'art. 2112 c.c.), al contrario la prosecuzione disposta con finalità di risanamento finalizzata al riequilibrio dello stato patrimoniale in vista della futura ripresa non può non determinarne l'applicazione. In sostanza, l'erogazione degli incentivi – rappresentati nel presente caso dall'alleggerimento dei pesi sopportati dall'impresa del cessionario al quale può essere trasferita solo parte della forza occupazionale sgravata tra l'altro di una serie di diritti da essa goduti presso la cedente – viene ad essere direttamente proporzionale alla gravità del dissesto di quest'ultima. Pertanto, per quanto riguarda il caso di specie, tanto nell'affitto quanto nella cessione d'azienda nell'ambito del concordato fallimentare con cessione di beni, la possibilità di deroga contemplata dal comma 5, art. 47, l. 428/1990 rispetta i vincoli comunitari. Anche l'eventuale continuazione dell'attività produttiva avrebbe infatti fini liquidatori.

In ogni caso, per l'attivazione della deroga è sempre necessario il raggiungimento dell'accordo con le Organizzazioni Sindacali all'esito di un esame congiunto avviato per iniziativa di cedente e cessionario[25], che tuttavia non impedisce ai singoli lavoratori che dovessero ritenersi illegittimamente esclusi dall'operazione di trasferimento di far valere in giudizio la violazione dell'art. 2112 c.c.

Oltre a comportare la possibilità di prevedere il mantenimento solo parziale dei livelli occupazionali, ovvero di quelli individuati nel corso della consultazione sindacale, la deroga comporta inoltre l'interruzione dei singoli rapporti di lavoro con il cedente e l'inizio di uno nuovo alle dipendenze del cessionario[26]. Conseguentemente, i lavoratori perdono il diritto ad invocare la

(...) a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675. Cfr. inoltre le lettere b-*bis* e b-*ter* inserite nel comma 4 dell'art. 46-*bis*, comma 2, d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

[24] Per una ricostruzione in tal senso, cfr. MENGHINI, *op. cit.*, 605.

[25] Cfr. art. 47, commi 1 e 2, legge 428/90. Per un'interessante ricostruzione sulla scarsa applicazione dell'art. 47, comma 5, cfr. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra diritto teorico e prassi sindacale*, in *Gior. dir. lav. e rel. ind.*, 2005, 593.

[26] FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, cit., p. 324; VILLANI, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in *Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 667; MENGHINI, *op. cit.*, 639.

responsabilità solidale del cessionario prevista dal comma 2 dell'art. 2112 c.c. per i crediti che vantino nei confronti del loro *ex* datore di lavoro, non hanno più diritto all'applicazione dei contratti collettivi che regolavano il rapporto di lavoro precedente, perdono eventuali trattamenti di previdenza integrativa.

In conseguenza dell'effetto della cessazione del rapporto di lavoro, essi acquistano il diritto di chiedere il trattamento di fine rapporto alla cedente. Pertanto, qualora essa sia un'impresa fallita, i lavoratori avranno diritto ad insinuarsi al passivo del fallimento per le corrispondenti somme maturate fino al trasferimento dell'azienda, potendo pretendere la quota residua maturata successivamente al trasferimento soltanto nei confronti della società cessionaria[27].

In ogni caso, nelle operazioni di cessione d'azienda, non è inusuale che il cessionario versi a titolo di pagamento del prezzo proprio gli importi a titolo di trattamento di fine rapporto maturati dai lavoratori al momento del trasferimento. Il t.f.r. è infatti un credito che pur maturando durante lo svolgimento del rapporto, diviene esigibile solo alla sua cessazione[28].

In tal modo, l'imprenditore cessionario dell'azienda "si autofinanzia", rinviando il versamento del prezzo ad un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto di cessione.

5.5 La retrocessione dell'azienda: l'art. 104-*bis*, ult. comma, l.fall. e la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c.

La retrocessione comporta a tutti gli effetti il ritrasferimento dall'affittuario al locatore del complesso di beni mobili ed immobili che fanno parte dell'azienda medesima, e dunque, anche per quanto riguarda la titolarità di debiti, crediti e contratti pendenti, comporta di regola l'applicazione delle norme specificamente previste dal codice civile, quali in particolare l'art. 2112 c.c.

Tali effetti si producono, secondo la Suprema Corte, anche nel caso in cui il ritrasferimento dell'azienda dall'affittuario al concedente sia conseguenza della cessazione dell'affitto di azienda, anche se avvenuta a causa di risoluzione del contratto per inadempimento[29]. Conseguentemente, le parti contrattuali

[27] In tali termini cfr. Tribunale Macerata, 15 dicembre 1994, in *Gius* 1995, p. 951. In dottrina, sul punto, ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1993, 230.

[28] Sul punto, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Torino, 1995, 39.

[29] Cfr. Cass., 20 aprile 1985, n. 2644, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 170 che ha motivato la decisione affermando che "La cessazione dell'affitto di azienda, ancorché a causa di risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente ritrasferimento dell'azienda medesima dall'affittuario al concedente, configurano una vicenda traslativa riconducibile nell'ambito

dovranno esperire la medesima procedura di consultazione sindacale imposta dall'art. 47, legge n. 428/90 nel caso di trasferimento di complessi aziendali che abbiano alle proprie dipendenze un numero superiore a quindici lavoratori.

Premesse tali considerazioni, com'è noto la riforma della legge fallimentare del 2006 ha introdotto una rilevante novità inserita nell'ultimo comma dell'art. 104 *bis* ai sensi del quale la retrocessione del complesso di beni aziendali di pertinenza dell'impresa fallita alla curatela non comporta più, in deroga a quanto stabilito in via generale dal codice civile, l'automatica applicazione dei principi di legge stabiliti dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile, con conseguente venir meno della responsabilità solidale a carico di cedente e cessionario "per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento" (art. 2112, comma 2, c.c.).

Su tale materia, è opportuno dare atto della sussistenza di posizioni dottrinarie divergenti tra chi ritiene applicabile la norma anche al caso di contratto di affitto preesistente alla dichiarazione di fallimento[30] e chi invece la ritiene di natura eccezionale e di conseguenza – probabilmente non senza ragione, considerata appunto la sua specialità – esclude la possibilità di ipotizzarne l'applicazione analogica[31].

della previsione dell'art. 2112 c.c., la quale comprende ogni caso in cui il medesimo complesso aziendale, quale entità unitaria di beni e rapporti giuridici, continui ad essere utilizzato in funzione dell'esercizio della stessa attività imprenditoriale. Ne deriva che il suddetto ritrasferimento, in applicazione del comma 2 del citato art. 2112, espone il concedente a responsabilità solidale per tutti i debiti dell'affittuario verso i dipendenti correlati al rapporto di lavoro (indipendentemente dal fatto che quest'ultimo si estingua o meno con la cessazione dell'affitto, ovvero si sia già estinto durante l'affitto stesso), ivi incluso quello attinente al regolare versamento dei contributi assicurativi, o al risarcimento del danno in caso di omessa od irregolare contribuzione, anch'esso di natura contrattuale". Sul punto si vedano inoltre Cass., 4 settembre 2003, n. 12909, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 9 e Cass., 21 maggio 2002, n. 7458, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 674 secondo le quali "L'art. 2112 c.c., che regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda, trova applicazione in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità, anche nel caso di restituzione all'originario cedente dell'azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto". Sul punto cfr. anche Tribunale Milano, ord. 13 luglio 2004, in *D.L Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 926.

[30] Cfr. MARTONE, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali* in Guglielmucci (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 377; FIMMANÒ, *L'affitto d'azienda preesistente al fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, 140

[31] FABIANI-PATTI (a cura di) *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 880; GIOVETTI, *Commento sub art. 80-bis l.fall.*, in *Commentario* Jorio.

Parte seconda
PROFILI ECONOMICO-AZIENDALI

a cura di *Patrizia Riva*