

Va in primo luogo rilevato che l'esercizio provvisorio non è più previsto e disciplinato dall'art. 90 l.f., ma dal novellato art. 104 *bis*. - Va poi evidenziato che la nuova legge fallimentare attribuisce al Tribunale il potere di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa già "con la sentenza dichiarativa di fallimento" se dall'interruzione può derivare un danno grave, a condizione che "non arrechi pregiudizio ai creditori".

Se da un lato tale formulazione riecheggia il comma 1 dell'art. 90 l.f., dall'altro essa sembra più esaustiva dal momento che chiarisce una volta per tutte che la continuazione dell'attività non potrà mai risolversi a svantaggio del ceto creditorio.

Quanto alla funzione dell'esercizio provvisorio adottato nella fase di avvio della procedura, ci sembra di poter escludere che esso possa operare ai fini di risanamento dell'impresa, giacché in contrasto con la sussistenza dello stato di insolvenza che il tribunale è chiamato ad accertare in concomitanza dell'emissione del relativo pronunciamento. E, infatti, sotto tale profilo, in passato non sono mancate pronunce giurisprudenziali dirette a chiarire che la continuazione dell'esercizio dell'impresa nel fallimento costituisce attività volta alla migliore liquidazione del patrimonio del fallito.

È importante sottolineare che l'art. 104 attribuisce al tribunale il potere di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito anche limitatamente a specifici rami d'azienda.

Dopo la dichiarazione di fallimento, e quindi nel corso della procedura, l'esercizio provvisorio è, invece, autorizzato dal giudice delegato su proposta del curatore. Come già ricordato con riferimento alla precedente disciplina dell'esercizio provvisorio, una delle prime, più urgenti, delicate e complesse verifiche che questi deve compiere subito dopo l'accettazione della carica riguarda la possibilità e comunque la convenienza o l'opportunità della continuazione provvisoria dell'esercizio di impresa.

L'urgenza può essere in vario modo determinata dalla sussistenza di:

- 1) rapporti di lavoro in corso, di natura subordinata e non (si pensi al caso delle collaborazioni coordinate e continuative sostituite - successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - dalle c.d. "collaborazioni a progetto"), la cui precaria condizione necessita di provvedimenti ponderati da parte della curatela;
- 2) contratti di forniture in corso, il cui inadempimento o non puntuale adempimento da parte del fallimento può legittimare gli ordinanti acquirenti a chiederne la risoluzione o a far operare le penali pattuite, ritardando od evitando i pagamenti dovuti, con comprensibile danno per il ceto creditorio del fallito;
- 3) rapporti giuridici pendenti che, non sciogliendosi *ex lege* per effetto della dichiarazione di fallimento, possono comportare un rilevante onere per la massa fallimentare, dovendo essere soddisfatti in prefezione (si pensi ai rapporti di locazione, di assicurazione o di edizione);
- 4) prodotti semilavorati - che estrapolati da un determinato contesto produttivo - potrebbero non avere valore alcuno.

32 /

Per questi motivi, il curatore - antepo-  
nendo tale incombenza ad ogni  
altra - dovrà verificare la ricorrenza dei presupposti per la continuazione  
temporanea dell'esercizio dell'impresa, al fine di evitare, soprattutto alla  
massa creditoria del fallito, la produzione di un danno grave e non più  
riparabile, quale effetto della interruzione improvvisa dell'attività  
imprenditoriale.

Il curatore, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, può  
proporre al giudice delegato di autorizzare la continuazione temporanea  
dell'esercizio dell'impresa.

Per porre il giudice delegato nella condizione di decidere, con cognizione  
di causa, sulla richiesta di esercizio provvisorio che proviene dai dipenden-  
ti, dai creditori e spesso dallo stesso fallito, il curatore deve stilare una detta-  
gliata e documentata relazione che deve far luce, in particolare:

- a) sulla situazione patrimoniale, finanziaria e gestionale del fallito;
- b) sulla prospettiva di un'utile continuazione dell'esercizio dell'impresa;
- c) su elementi prettamente tecnici, quali la disponibilità di risorse  
finanziarie e di personale dipendente da utilizzare,
- d) sulle condizioni operative - cicli di lavoro, contratti da mantenere o  
disdire, nuovi contratti da stipulare,
- e) sui costi certi e su quelli preventivabili e sui ricavi fundamentalmen-  
te sperabili e, più in generale,
- f) sull'opportunità di continuare l'attività di impresa, anche alla luce di  
trattative in corso per la più proficua liquidazione dei beni che la  
costituiscono.

In tal caso, a differenza di quanto previsto dal comma 1 per l'esercizio  
provvisorio disposto dal Tribunale con la sentenza dichiarativa di falli-  
mento, il decreto motivato di autorizzazione del giudice deve indicare la  
durata dell'esercizio provvisorio. Il termine di durata è normalmente  
individuato dal curatore, ma non si può escludere che sia l'autorità giu-  
diziaria - il Tribunale con sentenza di fallimento, ovvero il giudice dele-  
gato successivamente - a delimitare il periodo massimo di continuazione  
dell'esercizio dell'impresa.

Evidenti sono le analogie con la disposizione del comma 2 dell'art. 90  
della vigente Legge Fallimentare: infatti, anche la riforma ha assegnato  
al comitato dei creditori il fondamentale ruolo di esprimere il proprio  
parere in ordine alla possibilità ed utilità della continuazione dell'eser-  
cizio dell'impresa.

Anche in tal caso, al pari di quanto previsto per l'esercizio provvisorio  
autorizzato dal Tribunale, la prosecuzione dell'attività può avere luogo  
limitatamente a specifici rami dell'azienda.

Sempre al comitato dei creditori spetta il compito di pronunciarsi sull'op-  
portunità di continuare l'esercizio provvisorio dell'impresa. A tal fine, viene  
convocato periodicamente ogni tre mesi (anziché due, come previsto dal  
comma 3 dell'art. 90 ante riforma) non dal giudice delegato ma direttamen-  
te dal curatore, per essere informato sull'andamento della gestione.

Il potere di porre fine alla continuazione temporanea dell'attività spetta al giudice delegato, al curatore, al comitato dei creditori ed anche al tribunale il quale - in qualsiasi momento e laddove ne ravvisi l'opportunità - si pronuncia con decreto in camera di consiglio non reclamabile, dopo aver sentito il curatore ed il comitato dei creditori.

Il comma 5 dell'art. 104 specifica inoltre che, con cadenza semestrale, il curatore è tenuto a presentare un rendiconto dell'attività, adempimento che deve essere effettuato mediante il deposito in cancelleria della relativa documentazione.

Egli è inoltre tenuto a segnalare immediatamente al giudice delegato ed al comitato dei creditori circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione della continuazione temporanea dell'esercizio di impresa.

### **La liquidazione dell'attivo nella riforma**

Il vecchio art. 105 L.F. che fissava le norme applicabili alle vendite fallimentari è stato abrogato e, la rubrica, del nuovo art. 105 riguarda la "Vendita dell'azienda, di rami, di beni e di rapporti in blocco".

Il nuovo art. 107 dispone poi che le vendite e gli altri atti di liquidazione sono effettuati dal curatore il quale ne comunica l'esito al giudice delegato ed al comitato dei creditori, depositando in cancelleria la relativa documentazione.

Il giudice delegato non autorizza più le vendite, né, per gli immobili, emette più il decreto di trasferimento. Ne consegue:

- a) che le vendite fallimentari non avranno più natura coattiva, ma natura contrattuale e volontaria;
- b) che ad essa non si applicheranno più le disposizioni degli artt. 2919 e segg. c.c.;
- c) che sarà quindi ammissibile l'azione generale di rescissione prevista dall'art. 1448 c.c.; che saranno applicabili le norme proprie della interpretazione dei contratti; che sarà esperibile l'azione redibitoria; che l'acquirente beneficerà della garanzia per evizione e di quella per vizi della cosa venduta prevista dall'art. 1490 c.c.

Per espressa disposizione dell'art. 108, 2° co. L.F. ed in deroga alle disposizioni del codice civile, rimane l'effetto purgativo. La norma dispone infatti che per i veicoli inseriti nel pubblico registro automobilistico e per i beni immobili, 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.

### **Il nuovo art. 105 L.F.**

Riguarda, come ho detto, la vendita dell'azienda, di rami di essa, di beni e di rapporti in blocco.

Il legislatore della riforma ha introdotto il principio, secondo il quale il curatore deve dare preferenza alla vendita dell'intera azienda, ovvero di suoi rami, o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco. La vendita parcellizzata dei singoli beni deve dunque rappresentare l'ultima ed estrema ratio.

Il nuovo articolo 105 prevede altresì che, in caso di trasferimento d'azienda, le parti, con la partecipazione delle organizzazioni sindacali, possano convenire il trasferimento solo parziale dei dipendenti addetti all'azienda o al ramo trasferito nonché, anche, convenire modifiche del rapporto di lavoro, se consentite dalla legge sostanziale.

In caso di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, salvo diversa convenzione.

Di particolare interesse è la previsione contenuta al 6° comma dell'art. 105, dove si prevede la possibilità, per il curatore, di procedere alla cessione dei crediti relativi alle aziende cedute, anche senza il rispetto delle norme previste nel codice civile per la cessione dei crediti; infatti, si prevede che il trasferimento dei crediti possa avvenire anche senza notifica o accettazione, ma unicamente tramite l'iscrizione nel registro delle imprese del trasferimento dell'azienda o del suo ramo.

Consapevole del problema che la norma avrebbe potuto creare, il legislatore prevede che il pagamento effettuato dal debitore ceduto in buona fede al cedente (i.e., la procedura fallimentare) sia idoneo a liberare il debitore ceduto medesimo. Infine, recependo una prassi da tempo instauratasi, il legislatore prevede che il pagamento del prezzo a favore della procedura da parte dell'acquirente dell'azienda possa essere effettuato mediante accollo dei debiti esistenti, a condizione che non venga alterata la graduazione dei crediti medesimi. In altre parole, fermo il rispetto della *par condicio creditorum*, l'acquirente potrà accollarsi i debiti, e di norma si tratta di quelli per T.F.R., nei confronti dei lavoratori.

I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente, conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario.

Il curatore può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'art. 2560 del codice civile ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente Sezione. Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali.

Il nuovo art. 106 L.F. stabilisce che il curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, ed anche se oggetto di contestazione; può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti.

Per la vendita della quota di s.r.l., si applica il nuovo art. 2471 c.c.

La previsione, di grandissima portata prevista, tende a consentire la rapida chiusura del fallimento.

Il legislatore ha poi modificato l'art. 107, prevedendo che le vendite e gli altri atti di liquidazione siano effettuati dal curatore tramite procedure competitive, avvalendosi di soggetti specializzati, assicurando con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione dei soggetti eventualmente interessati. Il legislatore, dunque, ha voluto prevedere una ampia libertà del curatore nel determinare le modalità di vendita, nella speranza che una maggior libertà di forme consenta vendite più celeri e, forse, anche a miglior prezzo.

Il giudice delegato è sostanzialmente estraneo a questa procedura deformalizzata; infatti, anche il potere di sospendere la vendita, ove pervengano offerte irrevocabili d'acquisto migliorative per un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto, è attribuito in via esclusiva al curatore; quest'ultimo ha poi soltanto un onere informativo nei confronti del giudice delegato e del comitato dei creditori.

Il giudice delegato rimane titolare del potere di disporre, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, la sospensione delle operazioni di vendita qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero impedire il perfezionamento della vendita, qualora il prezzo risulti notevolmente inferiore a quello "giusto", tenuto conto delle condizioni di mercato.

Degli esiti delle procedure, il curatore informa il giudice delegato ed il comitato dei creditori, depositando in cancelleria la relativa documentazione.

## L'art. 107 della riforma —

Il novellato art. 107 disciplina che: Se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi; in tal caso si applicano le disposizioni del codice procedura civile; altrimenti su istanza del curatore il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, salvi i casi di deroga di cui all'art. 51.

La nuova disposizione recepisce l'interpretazione e l'applicazione precedente, con qualche significativa variante:

- 1) il curatore *non* è obbligato, ma *facoltizzato* a subentrare al creditore precedente nella procedura esecutiva pendente;
- 2) se egli decide di non subentrare, deve chiedere al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'improcedibilità della procedura;
- 3) non è più prevista l'integrazione con il curatore del procedimento di distribuzione del prezzo richiesto dalla vendita dell'immobile nella procedura esecutiva ordinaria;
- 4) il subentro del curatore può avvenire anche in sede di distribuzione di detto prezzo.

## La graduazione dei crediti in sede di riparto

Il vecchio art. 111 stabiliva che:

“Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento delle spese, comprese quelle anticipate dall'erario e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato ....”.

Questa disposizione è sostituita dal novellato comma 1, dell'art. 111 in questo modo:

“Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento dei crediti prededucibili ed il *comma 2 dispone che* “Sono considerati **debiti prededucibili** quelli cioè qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge, quindi anche delle procedure alle quali è conseguito il fallimento.
- 2) debiti prededucibili vanno pagati prima degli altri debiti privilegiati e chirografari).

Il curatore potrà procedere al soddisfacimento dei creditori in prededucazione anche al di fuori dei riparti, a condizione che l'attivo si presenti sufficiente a garantire il soddisfacimento di tutti i crediti prededucibili. In

ogni caso, i pagamenti dovranno essere autorizzati dal comitato dei creditori e, quelli che eccedono euro 25.000,00, dal giudice delegato.

Se l'attivo è insufficiente, la sua distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione (in base all'ordine delle cause legittime di prelazione) e della proporzionalità (tra crediti di pari grado).

Per ciò che attiene ai crediti privilegiati il legislatore ha fissato le seguenti regole (fissate dai nuovi artt. 111 *ter* e 111 *quater*):

- i crediti assistiti da privilegio generale godono del privilegio, anche per le spese (nei limiti di cui agli artt. 54 e 55), sul ricavato dalla liquidazione del patrimonio mobiliare, concorrendo in unica graduatoria;
- i crediti assistiti da pegno, ipoteca o privilegio speciale, nei limiti di cui sopra (cioè degli artt. 54 e 55), hanno privilegio sul solo prezzo ricavato dalla vendita dei beni interessati dal privilegio stesso;
- il curatore è comunque obbligato a tenere un conto autonomo delle vendite e della gestione dei beni su cui grava un privilegio speciale o un diritto reale di garanzia, nel quale iscrivere le entrate e le uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale, imputabili a ciascun bene o gruppi di beni, secondo un criterio preferenziale.

### **Il procedimento di ripartizione dell'attivo (art. 110 - *sub* art. 98)**

Il comma 1 del novellato art. 110, dispone che "Il curatore ogni quattro mesi (e non più due) a partire dalla data del decreto di esecutività dello stato passivo o nel diverso termine stabilito dal G.D., presenta un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime, riservate quelle occorrenti per la procedura.

Ed il comma 2 aggiunge:

"Il giudice, sentito il comitato dei creditori, ordina il deposito del progetto di riparto in cancelleria, disponendo che tutti i creditori, compresi quelli che hanno in corso giudizi di opposizione allo stato passivo, ne siano avvisati con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altra modalità telematica, con garanzia di avvenuta ricezione".

"I creditori, entro il termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al secondo comma, possono proporre reclamo contro il progetto di riparto (comma 3).

"Decorso tale termine, il G.D., su richiesta del curatore, dichiara esecutivo il progetto di ripartizione. Se sono proposti reclami, il progetto di ripartizione è dichiarato esecutivo, con accantonamento delle somme corrispondenti ai crediti oggetto di contestazione. Il provvedimento che decide sul reclamo dispone in ordine alla destinazione delle somme accantonate (comma 4).

Quindi:

- 1) i creditori dissenzienti non possono più proporre osservazioni, ne debbono proporre reclamo nel termine di gg. 15 dal ricevimento della comunicazione dell'avvenuto deposito del progetto di riparto.
- 2) la dichiarazione di esecutività di questo viene fatta dal G.D., ma solo se vi è specifica richiesta del curatore;
- 3) in caso di reclamo e sempre se vi è richiesta del curatore, il G.D. dichiara esecutivo lo stato passivo, disponendo però accantonamenti delle somme corrispondenti ai crediti oggetto di contestazione; il provvedimento che decide sul reclamo dispone su tali accantonamenti.

### **Riparti parziali**

Il novellato art. 113 dispone:

“Nelle ripartizioni parziali, che non possono superare l'ottanta (e non più il novanta) per cento delle somme da ripartire, devono essere trattate e depositate, nei modi stabiliti dal G.D. le quote assegnate:

- 1) ai creditori ammessi con riserva;
- 2) ai creditori oppositori a favore dei quali sono state disposte misure cautelari;
- 3) ai creditori oppositori la cui domanda è stata accolta ma la sentenza non è passata in giudicato;
- 4) ai creditori nei cui confronti sono stati proposti i giudizi di impugnazione e di revocazione.

Le somme ritenute necessarie per spese future, per soddisfare il compenso al curatore e ogni altro debito prededucibile devono essere trattate; in questo caso, l'ammontare della quota da ripartire indicata nel primo comma del presente articolo deve essere ridotta se la misura dell'ottanta per cento appare insufficiente.

Devono essere altresì trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato le somme ricevute dalla procedura per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato”.

### **Partecipazione dei creditori ammessi tardivamente**

Il novellato art. 112 dispone che

“I creditori ammessi tardivamente a norma dell'art. 101 concorrono *soltanto* alle ripartizioni *posteriori* alla loro ammissione, in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni, se assistite da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili”.

Con riguardo alla regolamentazione delle ammissioni tardive, resta ferma la regola generale, avente ad oggetto la previsione della necessità, per il creditore, di accettare la procedura nello stato in cui essa

si trova, con il conseguente suo diritto di partecipare soltanto ai riparti futuri.

Resta altresì ferma l'eccezione secondo cui, nel caso in cui il ritardo nella formulazione della domanda di ammissione non sia imputabile al creditore, egli avrà diritto di prelevare, sulla parte di attivo ancora non ripartita, le quote che gli sarebbero spettate per effetto delle precedenti ripartizioni.

La novità è costituita dal fatto che tale eccezione è estesa anche ai creditori che abbiano domandato l'ammissione con ritardo per fatto a sé imputabile, ma il cui credito sia assistito da causa di prelazione: anch'essi, in futuro, avranno diritto al prelievo immediato sull'attivo non distribuito.

### **Scioglimento delle ammissioni con riserva**

Il nuovo art. 113 *bis* dispone che:

Quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il giudice delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente.

### **Modalità di pagamento ai creditori**

Il novellato art. 115 dispone che

"Il curatore provvede al pagamento delle somme assegnate ai creditori nel piano di ripartizione nei modi stabiliti dal giudice delegato, purché tali da assicurare la prova del pagamento stesso.

Se prima della ripartizione i crediti ammessi sono stati ceduti, il curatore attribuisce le quote di riparto ai cessionari, qualora la cessione sia stata tempestivamente comunicata, unitamente alla documentazione che attesti, con atto recante le sottoscrizioni autenticate di cedente e cessionario, l'intervenuta cessione. In questo caso, il curatore provvede alla rettificazione formale dello stato passivo".

### **Restituzione delle somme riscosse (art. 114)**

La regola generale è nel senso della esclusione di ripetizione. Le eccezioni sono due:

- i creditori che abbiano subito l'accoglimento di domande di revocazione (secondo la attuale norma dell'art. 102 e la "futura" norma dell'art. 98), i quali debbono restituire il ricevuto;
- coloro (la norma si riferisce in realtà ai soli creditori) che abbiano ricevuto pagamenti non dovuti, i quali debbono restituire non solo quanto riscosso, ma anche gli interessi legali dal momento della riscossione (in tal modo risolvendosi una annosa questione controversa).

37/4

## Rendiconto e riparto finale

Le modificazioni apportate dalla Riforma si possono così sintetizzare:

- l'obbligo di rendiconto si determina non solo in funzione della chiusura della procedura, ma anche in ogni caso di cessazione delle funzioni da parte del curatore;
- l'udienza per la discussione del rendiconto è destinata *ab origine* alla proposizione, non solo di osservazioni, ma anche di contestazioni;
- sono destinatari del relativo avviso, oltre ai creditori ammessi, anche gli oppositori ed i titolari di crediti prededucibili insoddisfatti;
- le osservazioni e le contestazioni possono essere presentate fino all'udienza, dunque anche in epoca anteriore alla stessa;
- in caso di mancato raggiungimento di un accordo, il procedimento destinato alla soluzione delle controversie sarà regolato dal nuovo art. 26, con l'obbligo per il giudice delegato di rimettere immediatamente la questione al collegio.

Per ciò che riguarda, invece, la ripartizione finale, la novità più importante è da individuarsi certamente nella espressa previsione secondo cui *"gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura"*

Poiché l'obbligo di accantonamento è contemplato ora, oltre che per i crediti ammessi con riserva, anche per quelli assoggettati ad opposizione, il giudice delegato sarà chiamato a determinare le modalità di deposito degli accantonamenti che riguardano tali crediti, al fine di assicurare una eventuale futura soddisfazione dei medesimi ovvero un ulteriore riparto tra gli altri creditori.

### **Il nuovo concordato fallimentare**

L'art. 124, secondo comma, nell'indicare il nuovo contenuto che può assumerne la proposta di concordato fa espresso riferimento alla suddivisione dei creditori in classi, secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, ai trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, adeguatamente motivati, e alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessioni di beni, accollo o altre operazioni straordinarie. Riguardo a quest'ultima categoria vengono ricomprese le attribuzioni 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.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione 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 vendita avuto riguardo al valore attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designata dal Tribunale.

Viene altresì precisato che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

L'art. 125 l. fall. rimodella il procedimento previsto in materia di esame della proposta imprimendo una forte caratterizzazione privatistica al medesimo. Difatti, viene sottratto al giudice delegato il potere di valutare l'eventuale convenienza della proposta che viene, invece, comunicata ai creditori una volta sentiti il comitato dei creditori e il curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e previa acquisizione del parere favorevole del curatore.

Il terzo comma disciplina l'ipotesi in cui siano proposte più domande di concordato e prevede che in tal caso, tutte, siano portate in votazione contemporaneamente.

Rimane ferma, in accordo con l'espressa previsione contenuta nella legge delega, la disposizione secondo la quale i titolari dei crediti assistiti da una causa legittima di prelazione, dovendo essere soddisfatti per l'intero, non hanno diritto al voto, salvo che rinuncino al diritto di prelazione.

La norma precisa inoltre che in caso di rinuncia, totale o parziale, alla prelazione, i creditori per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari e che la rinuncia alla prelazione ha effetto ai soli fini del concordato.

Viene precisato ancora che la disciplina in materia di esclusione dal diritto di voto, si applica anche ai crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo.

Di peculiare rilievo è la modifica dell'ultimo comma dell'articolo in rassegna che, derogando al principio generale, attribuisce diritto di voto in conseguenza di trasferimenti di crediti effettuati a favore di banche o altri intermediari finanziari.

L'art. 128 Legge fall. le modifiche apportate riguardano, in esecuzione dell'espresso principio contenuto nella legge delega, le modalità di voto per classi.

Qualora la proposta suddivida i creditori per classi, il concordato risulta approvato qualora riporti il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle singole classi. La norma in commento va, poi, coordinata con quanto previsto dall'articolo 129 per il caso in cui la proposta di concordato sia stata approvata solo dalla maggioranza delle classi.

Quest'ultima norma modifica radicalmente l'omologazione del concordato in linea con quanto dettato dai principi e criteri contenuti nella legge delega. A tal fine vengono previsti due distinti procedimenti: l'uno di omologazione e l'altro di approvazione.

Il primo riguarda il caso in cui non vengano proposte opposizioni nel termine fissato dal giudice delegato; in tal caso, il Tribunale si limita a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione prima di omologare il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

Detta procedura semplificata di omologazione presuppone altresì che la proposta di concordato, in caso di suddivisione dei creditori in classi abbia ottenuto l'approvazione di tutte le classi.

Il secondo si applica alle ipotesi in cui, invece, siano state proposte opposizioni da parte dei creditori ovvero la proposta sia stata approvata soltanto dalla maggioranza delle classi e il proponente abbia presentato la richiesta di approvazione; in tal caso, il Tribunale non si limita ad accertare l'avvenuto raggiungimento della maggioranza di cui all'art. 128, primo comma, ma può procedere all'approvazione del concordato nonostante il dissenso della minoranza delle classi qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano essere soddisfatti nel concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili in sede fallimentare.

Al fine di precisare quali siano le maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato in presenza di suddivisione dei creditori in classi, l'ultimo comma dell'articolo in esame precisa che le classi dei creditori non ammessi al voto a norma dell'articolo 127, comma secondo, sono considerate favorevoli nel computo della maggioranza delle classi previste in particolare dal settimo comma.

Nel secondo comma viene previsto che nel momento in cui diventa definitivo il decreto di omologazione del concordato fallimentare il curatore deve rendere il conto della gestione ed il tribunale dichiara chiuso il fallimento. Il decreto va pubblicato a norma dell'art. 117.

## L'esdebitazione

41

Viene introdotta nel nostro sistema l'esdebitazione, cioè il c.d. *discharge* previsto nella legislazione americana ed anche in quella di alcuni stati europei. Si tratta di riconoscere al fallito, a seguito della conclusione della procedura di fallimento, il diritto a veder cancellati i debiti non soddisfatti attraverso la liquidazione dell'attivo attuata nell'ambito della procedura concorsuale. Si vuole in tal modo liberare il fallito dai vincoli connessi al mancato pagamento dei creditori, nella consapevolezza che è ben difficile che questi, chiuso il fallimento e soddisfatti i creditori nei limiti possibili attraverso la liquidazione fallimentare, possa altrimenti liberarsi dei debiti residui. In questo modo si consente al fallito il c.d. *fresh start*, la possibilità cioè di ripartire da zero, iniziando una nuova attività commerciale, operazione che sarebbe altrimenti impossibile proprio per il peso dei debiti pregressi. In questo modo si elimina anche il fenomeno largamente presente di ex-falliti che sono costretti ad operare di nascosto tramite familiari o prestanome compiacenti.

Com'è noto, diversamente dal caso della esecuzione del concordato preventivo, la chiusura del fallimento con pagamento non integrale dei creditori concorrenti non comporta l'esdebitazione del fallito dal pagamento dei debiti residui insoddisfatti e cioè sia di quelli insinuati ed ammessi, sia di quelli non insinuati.

Conseguentemente:

a) chiuso il fallimento, i creditori insoddisfatti sia in linea capitale sia per gli interessi ammessi nel corso della procedura nei limiti fissati dall'art. 55, riacquistavano la facoltà di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale sul patrimonio dell'ex fallito per la parte non soddisfatta dei loro crediti, per capitale ed interessi non maturati nel corso della procedura.

La nuova legge fallimentare prevede, invece che il fallito, persona fisica, sia ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui, nei confronti dei creditori concorrenti (cioè insinuati ed ammessi) e di quelli non concorrenti (cioè di quelli anteriori al fallimento, ma non insinuati) a condizione che:

- 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'art. 48;
- 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;

- 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;
- 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

### **Limiti alla esdebitazione**

Sono diversi, a seconda che si tratti di creditori concorrenti o di creditori non concorrenti.

#### 1) Creditori concorrenti

L'esdebitazione riguarda la liberazione dai debiti non soddisfatti al termine del fallimento. Restano esclusi dall'esdebitazione:

- a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46;
- b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti. Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

#### 2) Creditori non concorrenti (per non aver presentato domanda di ammissione).

Per questi creditori l'esdebitazione opera per la sola eccedenza rispetto a quanto i creditori avrebbero avuto diritto di percepire, se avessero partecipato al concorso (art. 144).

### Procedimento di esdebitazione

Il novellato art. 143 dispone:

“Il tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l’anno successivo, verificate le condizioni di cui all’art. 142 e tenuto altresì conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

È quindi necessario che il ricorso per chiusura del fallimento deve contenere una dettagliata relazione del curatore accompagnata dal parere del comitato dei creditori:

- 1) sulla sussistenza o meno delle condizioni fissate dall’art. 142;
- 2) sul comportamento collaborativi o non del fallito, nel corso della procedura.

Se tutte queste condizioni sussistono, il tribunale, con il decreto di chiusura, accoglie la domanda di esdebitazione e quindi dichiara inesigibili i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Ma il ricorso per ottenere questa esdebitazione può essere presentato dal debitore entro l’anno successivo alla chiusura del suo fallimento.

Anche in questo caso il tribunale, prima di decidere, deve raccogliere il parere dell’ex curatore e dei membri del cessato comitato dei creditori, richiesto dall’art. 143.

*Quid iuris se, per le più varie ragioni, non è possibile acquisire tale parere?*

Poiché il debitore ha diritto alla esdebitazione se sussistono tutte le condizioni fissate dalla legge, non resta che ritenere che, in questo caso, alla mancanza di tale parere il Tribunale deve supplire con una indagine d’ufficio sul fascicolo fallimentare.

Contro il decreto che provvede sul ricorso, il debitore, i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato possono proporre reclamo a norma dell’art. 26.

Ai sensi e per gli effetti dell’art. 144, il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione nei confronti dei creditori concorsuali non integralmente soddisfatti, produce effetti anche nei confronti dei creditori anteriori al fallimento che non presentarono domanda di ammissione; in tal caso, l’esdebitazione opera per la sola eccedenza rispetto a quanto i creditori avrebbero avuto diritto di percepire, se avessero presentato domanda di ammissione.

L’introduzione dell’istituto della esdebitazione ha comportato l’abrogazione dell’art. 145 l.f.

**L'INSOLVENZA DEL PATRIMONIO  
DESTINATO AD UNO SPECIFICO AFFARE:  
ART. 2447 BIS, COMMA 1, LETT. A) C.C.  
E ARTT. 155 E 156 L.F.**

### 1. Premessa

La Riforma del diritto societario ha introdotto la possibilità per S.p.a. e S.a.p.a.:

- 1) di costituire uno o più *patrimoni* ciascuno destinato in via esclusiva ad uno specifico affare sociale;
- 2) di prevedere che nel contratto relativo al *finanziamento* di uno specifico affare i proventi, dell'affare stesso, o parte di essi, siano destinati al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo.

Nei due casi si crea un patrimonio separato materialmente e giuridicamente dal resto del patrimonio sociale. Data la particolare «destinazione» di tale patrimonio al compimento di un determinato affare, la legge prevede che i suoi *proventi* siano sottratti all'azione esecutiva dei creditori generali della società per essere destinati in via esclusiva a soddisfare i creditori particolari dello specifico affare.

### 2. I diritti dei creditori sociali e di quelli specifici

Eseguita la pubblicazione della delibera costitutiva e decorso il termine bimestrale per l'opposizione dei creditori, si manifestano appieno gli effetti di «segregazione bilaterale» del patrimonio destinato.

Tali effetti possono essere così riepilogati:

- a) i beni e rapporti giuridici compresi nel patrimonio destinato restano vincolati al compimento dello specifico affare ed al conseguimento delle finalità individuate dalla delibera di costituzione;
- b) in forza di tale esclusiva destinazione, i creditori sociali, nonché i creditori relativi ad ogni altro patrimonio separato, non possono far valere propri diritti sui beni e rapporti oggetto del patrimonio separato (eccettuata, naturalmente, l'ipotesi che essi siano al contempo creditori della società anche in relazione allo «specifico affare»; ma anche in tal caso le due posizioni creditorie restano, dal punto di vista giuridico, totalmente autonome);
- c) correlativamente, i creditori «specifici» (il cui credito trova, cioè, fondamento nelle operazioni relative allo specifico affare) possono far valere i propri diritti esclusivamente sul patrimonio destinato (ciò che il legislatore indica con l'espressione «per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato», art. 2447 *quinquies*).

A questi principi sono consentite deroghe: ad es. per le obbligazioni relative allo specifico affare la società può rispondere illimitatamente con il suo patrimonio, se ciò è espressamente previsto nella costituzione del patrimonio destinato.

Ciò premesso esaminiamo i casi di insolvenza della società e/o del patrimonio destinato.

A) *Insolvenza della società* e non anche del patrimonio destinato (o separato)

Fallisce sicuramente la *società*. Quali gli effetti di questo fallimento, sul patrimonio destinato? Fallisce anche, automaticamente e di ripercussione, il patrimonio destinato? Questo fallimento automatico è da escludere, perché:

- a) il patrimonio separato non è un soggetto giuridico autonomo rispetto alla società, del cui patrimonio generale fa parte;
- b) il patrimonio separato non è solidalmente ed illimitatamente responsabile delle obbligazioni sociali insoddisfatte;
- c) negli artt. 2447 *bis* e seguenti del codice civile non v'è una disposizione identica o analoga a quella contenuta nell'art. 147 l.f.;
- d) può darsi che l'affare cui è stato destinato il patrimonio separato o destinato si «autofinanzi» e, quindi, non risenta degli effetti negativi del fallimento sociale e, quindi, possa proseguire fino alla sua realizzazione naturale.

L'art. 2447 *novies*, comma 2 dispone che il fallimento delle società comporta la liquidazione del patrimonio separato che avverrà secondo le "disposizioni sulla liquidazione delle società, in quanto compatibile".

Il novellato art. 155 dispone che "se è dichiarato il fallimento della società, l'amministrazione del patrimonio destinato previsto dall'articolo 2447 *bis*, comma 1, lett. a), c.c. è attribuita al curatore che vi provvede con gestione separata.

Il curatore provvede a norma dell'art. 107 alla cessione a terzi del patrimonio al fine di conservarne la funzione produttiva. Se la cessione non è possibile, il curatore provvede alla liquidazione del patrimonio secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili.

Il corrispettivo della cessione al netto dei debiti del patrimonio o il residuo attivo della liquidazione sono acquisiti dal curatore nell'attivo fallimentare, detratto quanto spettante ai terzi che vi abbiano effettuato apporti, ai sensi dell'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. d), c.c."

B) *Insolvenza del patrimonio* destinato ed eventuali effetti sul patrimonio sociale.

Il novellato art. 156 così dispone: "Se a seguito del fallimento della società o nel corso della gestione il curatore rileva che il patrimonio destinato è *incapiente* provvede, *previa autorizzazione del giudice delegato*, alla sua *liquidazione secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili*."

I creditori particolari del patrimonio destinato possono presentare domanda di insinuazione ai passivo del fallimento della società *nei casi di responsabilità sussidiaria o illimitata previsti dall'art. 2447 quinquies, commi 3 e 4, c.c.*

Se risultano violate le regole di separatezza fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima, il curatore può agire in responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo della società ai sensi dell'art. 146 della presente legge".

### **3. Effetti del fallimento della società sul finanziamento destinato ad uno specifico affare**

Il comma 5 dell'art. 2447 *decies* dispone che:

«Se il fallimento della società *impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione (ad es. per scioglimento ex lege del rapporto o per mancanza di liquidità e di credito)*, cessano le limitazioni di cui al comma precedente (consistenti nel fatto che i creditori sociali, sino al rimborso del finanziamento o alla scadenza del termine di cui al comma 2, lett. h), sui beni strumentali destinati alla realizzazione dell'operazione possono esercitare esclusivamente azioni conservative a tutela dei loro diritti) *ed il finanziatore ha diritto di ammissione al passivo per il suo credito, al netto il somme di cui ai commi 3 e 4*».

La lettera di questa disposizione consente di distinguere tra fallimento della società che impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione e fallimento che non la impedisce, quindi il fallimento della società *non determina automaticamente* la cessazione del patrimonio destinato, ma *può determinarla*; spetterà al curatore effettuare, in concreto, questo accertamento.

Se non la determina, il contratto di natura finanziaria continuerà fino alla scadenza naturale.

Se la determina, il curatore si scioglierà dal contratto ed acquisirà al fallimento i beni del patrimonio destinato ed il finanziatore avrà diritto di insinuare al passivo del fallimento *sociale* il suo credito residuo, *in concorso* con i creditori sociali e con quelli sorti in relazione allo specifico affare.

La disciplina degli effetti del fallimento sociale è dunque *diversa* nei casi di patrimonio separato e di finanziamento destinato; *nel primo caso* la liquidazione del patrimonio avverrà in base alle disposizioni che regolano la liquidazione della società, sia pure nel limite della compatibilità; *nel secondo caso*, il legislatore non ha indicato alcune specifiche procedure di liquidazione.

Le disposizioni del su riportato art. 244 *decies*, comma 5 sono così dettagliate ed integrate dal nuovo art. 72 *ter*: "il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento - (*ma solo*) quando impedisce la realizzazione o la continuazione delle operazioni."

Quindi il contratto prosegue se il fallimento non impedisce la realizzazione o la continuazione delle operazioni: ma, in questo caso il curatore, sentito il parere del comitato del creditore, può decidere:

- a) di subentrare nel contratto in luogo della società, assumendone tutti gli oneri relativi.
- b) di non subentrare nel contratto, comunicando la sua determinazione al finanziatore.

Quest'ultimo, allora, può chiedere al GD, sentito il comitato dei creditori, di realizzare o di continuare l'operazione in proprio o affidandola a terzi: in tale ipotesi il finanziatore può trattenere i proventi dell'affare e può insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per l'eventuale credito residuo".

Nel caso di scioglimento del contratto purché il fallimento della società impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione, il finanziatore può esercitare *azioni esecutive* per beni strumentali destinati al perseguimento dell'affare (art. 2447 *decies*, comma 6), azioni che, prima del fallimento, potevano essere solo *conservative* a tutela dei diritti dei creditori sociali (art 2447 *decies*, comma 5).

## Il nuovo concordato preventivo

Notevoli e non di poco conto sono le modifiche introdotte con la riforma. Credo si possa dire senza mezzi termini che vi è stato un radicale cambiamento della natura stessa della procedura, dal momento che è radicalmente mutato il presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura e le modalità di esecuzione del concordato.

### 1) I presupposti di ammissione al CP.

Se prima di presupposto era, come per il fallimento lo stato di insolvenza su cui dottrina e giurisprudenza hanno nel corso degli anni speso fiumi di inchiostro, ora il presupposto è radicalmente cambiato.

Per poter accedere alla procedura di concordato preventivo è sufficiente che l'impresa si trovi in uno stato di crisi che, ora, per disposizione del D.L. 273/2002 comprende anche lo stato di insolvenza.

Considerando il testo riformato, in attuazione della legge delega, dell'art. 1 l. fall. possono chiedere l'ammissione al concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, eccettuati i piccoli imprenditori, in forma individuale o collettiva, nei limiti dell'art. 1, comma 2° l. fall. e gli enti pubblici.

Quindi è ora ammissibile il concordato preventivo delle società irregolari e di fatto, dell'imprenditore cessato, dell'imprenditore defunto ed in genere di tutti coloro che possono qualificarsi, sulla base dell'art. 2195 c.c. o per le previsioni particolari della legge fallimentare, imprenditori commerciali o comunque suscettibili di essere sottoposti al fallimento.

### Requisiti minimi di pagamento e condizioni soggettive

Nel riformato art. 160 L.F. scompaiono, rispetto a quanto previsto in precedenza, i requisiti minimi di pagamento, che assicuravano il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati e del 40% dei creditori chirografari, nonché le condizioni soggettive di accesso (meritevolezza e convenienza); infine dell'iscrizione nel registro delle imprese dal biennio (incensuratezza).

Vengono, quindi, meno una serie di requisiti sull'esistenza dei quali il Tribunale era chiamato a pronunciarsi... è evidente che ciò porta con sé ricadute non di poco momento sul ruolo che viene ad assumere nel nuovo concordato l'Autorità Giudiziaria.

A livello generale emerge una forte deviazione del modello prescelto dal legislatore verso dinamiche molto più contrattualistiche rispetto alla precedente normativa nella quale il dato pubblicistico era di certo evidente sotto molteplici aspetti.

### Il Piano

Messi da parte requisiti di meritevolezza e percentuali minime soddisfatorie, il cuore del nuovo concordato è costituito dal "piano" attraverso il quale l'imprenditore in stato di crisi propone ai propri creditori di superare la crisi.

Per la lettera a) del 1° comma dell'art. 160 il piano del concordato preventivo può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma: per ristrutturazione dei debiti si possono intendere le variazioni quantitative – riguardo ai termini di scadenza, al tasso di interesse, alla decurtazione di interessi e/o per capitale, ecc. – e quindi non solo modificazioni delle scadenze, da non confondersi però con gli accordi di ristrutturazione previsti nel successivo art. 182 *bis*. È consentita qualsiasi proposta per pagare i creditori e "ristrutturare i debiti", considerando che nell'art. 160, 1° comma lett. a) si prevedono "anche" 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.

Per la lettera e) la *ratio* della norma si deve concludere che tali modalità di soddisfacimento dei creditori sono indicate a mero titolo esemplificativo. Come tali previsioni facilitano la conclusione e l'esecuzione del concordato, parimenti si deve notare che i creditori per i quali è previsto tale soddisfacimento delle proprie ragioni corrono il rischio di ottenere titolo od altri beni che possono

essere privi di qualsiasi contenuto sostanziale, per cui non vi è alcuna sicurezza che i creditori vengano effettivamente a percepire ciò che per essi è previsto.

La lettera b) dell'art. 160 prevede anche l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore. Non vi è alcuna nozione precisa di assuntore, diversamente da quella che era la figura di assuntore secondo il precedente art. 124, giacché si prevede che possano costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato. Anche a tale riguardo occorre formulare ogni riserva sulla sicurezza del soddisfacimento dei creditori nella misura indicata.

Come non è definita la figura dell'assuntore, così nulla è precisato circa la cessione dei beni; se con la legge ora riformata occorre la cessione di tutti i beni del debitore e che vi fosse una seria previsione che in tal modo i creditori chirografari percepissero almeno il 40% dei propri crediti, non solo ora non è più richiesta la previsione di soddisfare almeno il 40% dei crediti chirografari, ma neppure occorre che vengano ceduti tutti i beni potendo la cessione riguardare solo parte dei beni dell'imprenditore in crisi, ad esempio per consentire la prosecuzione dell'attività o l'alienazione dell'azienda.

Non sono previsti espressamente né il concordato con garanzia, né il concordato con il pagamento di una determinata percentuale minima di danaro; per la libertà di forme e la mancanza di un minimo da garantire, anche tali domande di concordato sono certamente ammissibili. La mancanza di obbligo di garanzie non significa che la domanda di concordato non possa essere garantita, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, sempre per la libertà di forme, non vi è alcuna difficoltà alla c.d. postergazione dei crediti, né ad una proposta di concordato che riassume in sé varie possibili forme della domanda.

Il piano del concordato può prevedere la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, nonché trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Le classi di creditori sono state introdotte formalmente con la c.d. legge Marzano, d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003, convertito in legge e più volte modificato. Nulla di preciso è detto circa la suddivisione dei creditori in classi, oltre il requisito

della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei. La suddivisione dei creditori in classi, recepita da altri ordinamenti, importa il superamento della *par condicio creditorum*. I trattamenti differenziati sono consentiti solo tra creditori appartenenti a classi diverse. Anche nell'art. 160, lett. c) e d) non è stabilito alcun criterio per determinare le classi dei creditori; quindi vi sono notevoli difficoltà per la mancanza di criteri dettati dal legislatore italiano al riguardo, diversamente da quanto invece stabilito in altri ordinamenti. La suddivisione dei creditori in classi, che debbano essere predisposte dal debitore presentando la domanda di ammissione al concordato, classi di creditori che devono essere prese in considerazione dal Tribunale previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, può in concreto significare superamento del principio della *par condicio creditorum* sebbene i trattamenti differenziati siano consentiti solo tra creditori appartenenti a classi diverse.

Nonostante non vi siano precisazioni nell'art. 160 l. fall., non si possono porre sullo stesso piano le quattro lettere in cui l'articolo è suddiviso poiché il contenuto sostanziale della domanda di concordato si ricava dalle lettere a) e b) di tale articolo, concernendo le ultime due lettere sulle classi di creditori soltanto la suddivisione degli stessi in classi.

È assai discusso – per lo più la risposta è negativa – se il piano di concordato possa prevedere il pagamento non integrale dei creditori con cause di prelazione. Il rifiuto di tale possibilità in buona parte deriva dalla continuata considerazione della disciplina anteriore, che escludeva sicuramente un concordato che non prevedesse il pagamento integrale dei creditori con causa di prelazione.

La disciplina ora vigente, che non pone alcun limite, né richiede requisiti minimi per la domanda di concordato, valutata in generale senza preconcetti e indipendentemente dalla normativa anteriore, di per sé non osta all'ammissione di un concordato con pagamento in percentuale anche dei creditori con causa di prelazione. L'argomento centrale per escludere l'ammissibilità di un pagamento in percentuale dei creditori con causa di prelazione viene trattato dall'art. 177, 3° comma, l. fall., che esclude dal voto sulla proposta di concordato i creditori con causa di prelazione.

La difficoltà è superata se il creditore con causa di prelazione rinunci a votare, come è consentito dall'art. 177, commi 3° e 4°, che stabiliscono anche che la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato.

Va però tenuto conto che il pagamento integrale dei crediti con causa di prelazione non è più un principio fondamentale del nostro ordinamento, considerando il novellato art. 124, 3° comma, l. fall., in tema di concordato fallimentare e il nuovo art. 182 *ter* sulla transazione fiscale.

In base alla prima norma è consentito che la proposta di concordato fallimentare preveda che i creditori muniti di diritto di prelazione 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 vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal Tribunale; la seconda norma dispone, tra l'altro, che se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; (...).

Quindi sia nell'una sia nell'altra norma richiamata viene superato il principio della necessaria previsione del pagamento integrale dei creditori con causa di prelazione. Con la riforma viene accolto un principio nuovo, come con la disciplina ora vigente non esiste più il principio della *par condicio creditorum* – quanto meno nel senso in cui tale criterio era fondamentale prima della riforma della legge fallimentare – come si ricava dai limiti posti alla proponibilità delle revocatorie fallimentari e dai casi di esenzione dalle stesse azioni previsti nell'art. 67, 3° comma, oltre che da varie leggi e dalla elaborazione giurisprudenziale. Parimenti ho accennato al superamento del principio della *par condicio creditorum* in conseguenza dell'introduzione delle "classi di creditori".

Circa il soddisfacimento non completo dei creditori con causa di prelazione ed il voto degli stessi creditori, la disciplina che entrerà in vigore per il concordato fallimentare è più completa, come risulta dall'art. 127 l. fall. È auspicabile un

adeguamento della disciplina anche per il concordato preventivo, ciò che dovrebbe avvenire anche in relazione alle norme di tale procedura non modificate con la riforma.

### **La fase di approvazione – art. 177**

Secondo la nuova formulazione dell'art. 177 la procedura è approvata se riporta il voto favorevole di tanti creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Scompaiono, quindi, le doppie maggioranze (maggioranza dei votanti che rappresentino almeno i due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto).

Nel caso in cui siano state create più classi di creditori, è necessario che in ciascuna classe sia raggiunta la maggioranza dei consensi degli ammessi al voto e la proposta sia stata approvata dalla maggioranza delle classi.

In questa fase è previsto un nuovo intervento del Tribunale.

L'autorità giudiziaria, dovrà infatti valutare se i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto ad alternative concretamente praticabili (i.e. fallimento?).

### **Degli accordi di ristrutturazione dei debiti**

Come si è detto, già nel mutamento dell'intestazione del capo I del titolo III della legge si è prevista una sostanziale novità, concretizzata con l'introduzione dell'art. 182 *bis* intitolato "accordi di ristrutturazione dei debiti", che recita:

*"Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori, rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto, sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.*

*L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione, entro trenta giorni dalla pubblicazione.*

*Il Tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in Camera di Consiglio con decreto motivato.*

*Il decreto del Tribunale è reclamabile alla Corte di Appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese".*

Tale accordo ha come oggetto il soddisfacimento dei creditori in qualsiasi forma e quindi il suo contenuto è lasciato alla libera contrattazione delle parti.

A titolo esemplificativo, l'accordo può concernere il soddisfacimento dei creditori "mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate, di azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito" (nuovo art. 160, lett. a), l. fall.).

L'accordo può consistere evidentemente anche nel classico *concordato dilatorio* o *remissorio* o insieme *dilatorio e remissorio*: pagamento di una certa percentuale dei debiti entro un determinato periodo di tempo.

L'accordo è depositato in Tribunale, nella cancelleria fallimentare, unitamente ad una relazione redatta da un esperto che si traduce in un *giudizio professionale* sulle possibilità del debitore di adempiere l'accordo preso con i propri creditori, con particolare riferimento all'idoneità di assicurare il pagamento dei creditori estranei all'accordo in misura e tempi non deleteri rispetto a quelli convenuti con i creditori con cui si è accordato.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e i creditori e ogni altro interessato possono proporre motivata *opposizione* entro trenta giorni dalla pubblicazione a norma dell'art. 180, co. 3, l. fall.; si ritiene che dovranno dimostrare o che è preferibile l'alternativa del fallimento o che il debitore è in condizione di migliorare la propria proposta.

Il Tribunale, decide le eventuali opposizioni e procede all'omologazione in Camera di Consiglio con decreto motivato che è pubblicato nel registro delle imprese.

L'accordo, raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, non è *vincolante per i crediti estranei all'accordo*, ma anteriori alla data di deposito del ricorso in Tribunale.

È discusso, dai primi commentatori, se l'accordo costituisca una particolare forma di concordato, ovvero un'alternativa ad esso, dalle caratteristiche ancor più accentuatamente contrattuali.

La collocazione della disciplina dell'istituto nel titolo III della legge fallimentare, intitolata al concordato preventivo, farebbe propendere per la prima soluzione.

L'accordo deve essere accompagnato da una domanda – alla cui presentazione è legittimato, anche in questo caso, esclusivamente l'imprenditore – che sembra essersi ridotta alla dichiarazione dello stato di crisi (nell'accezione di cui si è detto nel commento all'art. 160) e deve essere corredata dalla documentazione elencata dall'art. 161; la relazione dell'esperto, che anche in questo caso deve accompagnare la domanda, deve avere un contenuto specifico e riguardare esclusivamente la "*attuabilità*" del piano, "*con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei*".

Peculiare è, infatti, la posizione dei creditori rimasti "*estranei*" al piano, ossia quelli che non vi abbiano aderito prima della presentazione: essi debbono essere pagati "*regolarmente*", ossia, secondo un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata, integralmente.

Secondo l'altra interpretazione possibile, la locuzione "*regolare pagamento dei creditori estranei*" all'accordo deve essere intesa come pagamento secondo le regole stabilite nell'accordo omologato.

Quindi, nella stessa percentuale e con le stesse scadenze temporali concordate con i creditori aderenti all'accordo.

Ed in effetti, questa sembra la soluzione più efficace, poiché il pagamento integrale del 40% dei crediti (quelli che possono essere rimasti estranei all'accordo) potrebbe risultare una condizione molto pesante per l'imprenditore, tale da rendere praticamente inattuabile ogni accordo.

Mentre una proposta ragionevole, che rappresenti un'alternativa conveniente ad altre soluzioni (e non solo al fallimento) ben potrebbe vincolare tutti i creditori se approvata da una parte qualificata degli stessi (60%), purché agli altri sia assicurato un efficace ed effettivo strumento di opposizione.

Quindi, se è fondata la prima interpretazione, a differenza del piano approvato successivamente alla sua presentazione, nell'ambito della procedura di concordato preventivo, l'accordo che prelude all'omologazione in via semplificata vincola solo i creditori aderenti, come un concordato stragiudiziale.

Se, invece, fosse fondata la seconda, l'accordo, pur conservando la sua natura contrattuale, in virtù dell'omologazione, vincolerebbe tutti i creditori.

L'accordo, una volta ottenuto il consenso della maggioranza qualificata dei creditori, deve essere sottoposto al tribunale, il quale, peraltro, non ha alcun potere – dovere di verifica preventiva, essendo affidata unicamente all'accordo tra le parti ed al consenso dei creditori la determinazione e l'approvazione preventiva del piano, ma deve procedere alla omologazione dell'accordo “*in camera di consiglio con decreto motivato*”.

La tutela dei creditori dissenzienti è assicurata dalla facoltà di presentare opposizione.

Strumentale alla proposizione di opposizioni da parte dei creditori e di “*ogni altro interessato*” è la pubblicità imposta all'accordo: esso deve essere pubblicato nel registro delle imprese, e dalla data della pubblicazione decorre il termine di trenta giorni per la proposizione dell'opposizione.

Poiché non è detto che l'imprenditore consulti tutti i creditori prima di depositare l'accordo in Tribunale per l'omologazione, essendo sufficiente che egli abbia raccolto il consenso preventivo dei creditori che rappresentino il 60% dei crediti, individuare nella pubblicazione nel registro delle imprese il *dies a quo* per la proposizione dell'opposizione per i creditori e per ogni altro interessato può essere, come s'è detto, lesivo del diritto di difesa, soprattutto dei primi.

E solo l'assicurazione del pagamento integrale potrebbe far ritenere superato l'interesse all'opposizione.

Quanto alla forma che deve assumere l'opposizione, inserendosi essa nel giudizio, camerale, di omologazione, si deve ritenere che si tratti di un ricorso.

Tutte le opposizioni proposte debbono essere valutate e decise nel corso del giudizio di omologazione.

Il giudizio si svolge nelle forme rapide e semplificate del rito camerale, che il legislatore non si è preoccupato di regolare neppure nelle sue linee essenziali.

Si deve ritenere che – depositato il ricorso e nominato il giudice relatore, questi proceda all'istruzione della domanda, nominando se necessario, un consulente tecnico, così come consentiva il citato art. 30 del d.d.l. di riforma e riferisca poi al Tribunale.

Questo fisserà l'udienza per la comparizione del debitore e degli eventuali opposenti, dandone eventualmente notizia anche al pubblico ministero, se, come è possibile ritenerne sulla base di un'interpretazione non abrogatrice dell'art. 162, il pubblico ministero deve comunque intervenire nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, con il quale l'accordo ha notevole comunanza di natura e di effetti.

Il controllo del Tribunale, in assenza di opposizioni, è di mera regolarità formale, dovendo lo stesso verificare la ritualità dell'approvazione della proposta e l'allegazione della relazione dell'esperto.

L'assenza della figura del commissario giudiziale non permette neppure quel limitato controllo precedente all'omologazione che è assicurato nella procedura "ordinaria".

Il giudizio si chiude con un decreto motivato che omologa l'accordo.

Se invece, sono state proposte opposizioni, il giudizio deve riguardare anche queste.

Non è chiaro se la decisione sulle opposizioni debba essere oggetto di un procedimento che si innesta nel procedimento o se lo stesso decreto che omologa o nega l'omologa dell'accordo debba contenere un capo che decide le opposizioni, così come avveniva per il vecchio concordato a norma dell'art. 180, comma 2, e 181.

Quindi, il potere di controllo del Tribunale è sollecitato dalle opposizioni e potrà, in questo caso, riguardare non solo la regolarità della proposta e dell'espressione del consenso da parte della maggioranza qualificata dei creditori, ma investire anche il merito della proposta stessa, già certificata dall'esperto.

Quanto meno sotto il profilo della garanzia di integrale (o del tutto pari a quello riservato ai creditori assenzienti, se si accede alla tesi alternativa sopra riferita) pagamento dei creditori rimasti estranei all'accordo o perché non hanno ritenuto di aderirvi o perché non siano stati neppure consultati dal debitore.

Forse è proprio in ordine a detta relazione che il Tribunale può esprimere un giudizio di merito, ove l'attestazione di attuabilità del piano appaia *prima facie* infondata.

Contro il decreto che omologa l'accordo di ristrutturazione può essere proposto reclamo alla Corte d'Appello nel termine perentorio di quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Poiché non si è prevista alcuna forma di comunicazione del deposito del piano, può quindi darsi l'ipotesi di uno o più creditori che non abbiano in alcun modo notizia né del deposito né dell'omologazione dell'accordo.

Non è difficile prevedere che la norma subirà anch'essa censure sotto il profilo della legittimità costituzionale in relazione all'art. 24 Cost.

Il richiamo all'art. 183 l. fall., che disciplina l'appello contro la sentenza di omologazione, per regolare il reclamo avverso il decreto, con il quale si perviene ora allo stesso risultato dell'omologazione dell'accordo, appare quanto mai singolare, in presenza di una norma specifica, l'art. 739, primo comma, cod. proc. civ., per il quale *"contro i decreti pronunciati dal Tribunale in Camera di Consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'Appello, che pronunzia anch'essa in Camera di Consiglio"*.

L'ultimo comma della norma dispone che la pubblicazione nel registro delle imprese segna anche il momento iniziale dell'efficacia dell'accordo. Deve quindi ritenersi che l'accordo, benché già concluso con i creditori, sia sottoposto alla condizione sospensiva dell'avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese.

Ed è probabile che la norma abbia inteso fare riferimento non solo agli effetti sostanziali dell'accordo, ma anche ai suoi effetti processuali, equiparabili a quelli dell'art. 5 l. fall.

Ed, in particolare, che da quella data i creditori per titolo o causa anteriore alla pubblicazione non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.