

Le condizioni di ammissione al vecchio ed al nuovo concordato preventivo

A) Nel vecchio C.P., sono:

- iscrizione nel registro delle imprese da almeno un biennio;
- regolare tenuta della contabilità;
- mancata presentazione nei 5 anni precedenti di altre domande di C.P.;
- assenza di condanne per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria ed il commercio;
- meritevolezza;
- Percentuale minima (40%)

B) Nel nuovo C.P. nessuna di queste condizioni è più richiesta.

Quindi non sono più richieste:

- a) la percentuale minima del 40% (nel concordato per garanzia);
- b) l'indicazione e la concessione di garanzie;
- c) la meritevolezza dell'imprenditore "onesto ma sfortunato"; da ciò consegue che il nuovo C.P. è solo uno strumento per superare la crisi, volto, in primo luogo, al recupero dell'imprenditore come soggetto attivo sul mercato, alla conservazione del valore dell'impresa ed, indirettamente, alla tutela dei creditori;
- d) la regolare tenuta delle scritture contabili; l'eliminazione di questo requisito è più formale che sostanziale in quanto il rilascio dell'attestazione di veridicità e fattibilità del piano, da parte del professionista, richiesta dall'art. 161, non può in concreto prescindere dalla consultazione delle scritture contabili, che devono risultare correttamente tenute, soprattutto dal punto di vista sostanziale, per poter consentire la verifica su base contabile della situazione patrimoniale, economica e finanziaria fornita dall'imprenditore a corredo della domanda di

ammissione al concordato preventivo e, più in generale, dei dati contenuti nel ricorso e nella documentazione con lo stesso prodotta.

Scompare altresì il concordato per cessione dei beni; nel nuovo C.P. la cessione dei beni diventa un modo di esecuzione degli accordi con i creditori.

Neppure è più richiesta l'assenza di ammissione ad una procedura concorsuale nel quinquennio precedente né l'assenza di condanna per delitti di bancarotta ovvero contro la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio (assenza questa che potrebbe legittimare la presentazione delle domande di C.P. anche al più bieco ed incallito bancarottiere: et de hoc, satis est!).

Modalità della domanda e del procedimento di approvazione ed omologa

Il decreto legge si occupa della fase prodromica (domanda e ammissione - art. 161 e 163), di quella relativa al voto dei creditori (art. 177) e di quelle di

Il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Art. 162

Non è stato modificato, ma secondo una corrente di pensiero si deve ritenere implicitamente abrogato alla luce del novellato art. 163.

Altra corrente di pensiero, eliminando il riferimento al 1° ed al 2° comma dell'art. 160 L.F., ritiene che la nuova formulazione del 1° comma dell'art. 162, sia la seguente:

"Il Tribunale, sentito il P.M. ed occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta se non ricorrano le condizioni previste dall'art. 160".

Quindi, secondo questa corrente di pensiero, il Tribunale potrà ritenere inammissibile la proposta di concordato di un piccolo imprenditore o di un imprenditore che non attesti lo stato di crisi, ovvero, ancora, all'esito negativo dei due accertamenti imposti dall'art. 163, vale a dire quelli relativi alla *"completezza e regolarità della documentazione"* che l'imprenditore deve allegare alla domanda e, ove siano previste diverse classi di creditori, alla *"correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi"*.

Chi, al contrario, aderisce alla tesi della abrogazione implicita dell'art. 162 L.F. alla luce del novellato art. 163, ritiene che il Tribunale per decidere l'ammissione o meno al concordato preventivo deve verificare, ai sensi dell'art. 163 l.fall., la completezza e la regolarità della documentazione e valutare la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.

Il giudice non entra nel piano, se non limitatamente ai criteri di formazione delle eventuali classi di creditori.

Per quanto riguarda il contenuto della proposta concordataria il giudice non deve più «riconoscere ammissibile la proposta» (art. 163 vecchia stesura) muovendo

dall'esame dei dati contabili ed analizzando la relazione patrimoniale, economica e finanziaria allegata, ma condurre soltanto un esame sulla documentazione.

Dalla regolare contabilità siamo passati alla completezza e regolarità della documentazione: sparisce il controllo sulla passata gestione dell'impresa per cedere il posto ad un esame sui documenti redatti in funzione della procedura e sulla loro regolarità formale.

Sul loro contenuto, in termini di veridicità, si sofferma il professionista nominato dal debitore.

L'ultimo comma dell'art. 163 prevede che il commissario giudiziale, ove il deposito di cui sopra non sia stato effettuato, provvede a norma dell'art. 173.

Due osservazioni si impongono.

Rispetto alla precedente stesura del 163 u.c., è prevista l'iniziativa del commissario giudiziale invece dell'iniziativa officiosa del Tribunale, che è venuta in conseguenza del mutato presupposto oggettivo della procedura (stato di crisi invece di stato d'insolvenza).

Così adesso la dichiarazione di fallimento non può essere automatica perchè deve transitare dall'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza che, nella nuova versione del concordato preventivo, il commissario giudiziale promuove.

Deve chiedersi poi se sia ancora giustificato l'intervento del pubblico ministero in una procedura che sembra muoversi esclusivamente nell'ambito privatistico e che ha scalzato alle radici i suoi principi fondamentali, primo fra tutti quello della *par condicio creditorum*.

L'interesse pubblicistico sembra ormai estraneo alla procedura, potendo i protagonisti, debitore e creditori, adottare la soluzione ritenuta migliore, passando

anche attraverso il sacrificio della parità, che deve essere osservato solo all'interno di ciascun classe.

Il procedimento

Presentata la domanda di concordato, il Presidente designa un giudice della sezione per l'eventuale istruttoria e la relazione al Collegio.

Terminata l'istruttoria, l'intero fascicolo va trasmesso al P.M. per il parere.

Il debitore deve essere quindi convocato avanti al Collegio, per rendergli possibile l'esercizio del diritto di difesa.

Se il concordato è proposto da una società di persone, ritengo che debbano essere convocati tutti i soci illimitatamente responsabili.

Se il Tribunale dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato, il relativo decreto è impugnabile solo con l'opposizione alla successiva sentenza e non anche con ricorso in cassazione ex art. 111 Cost.

Ammissione alla procedura (art. 163)

Con il provvedimento di ammissione il Tribunale:

- 1) delega un giudice alla procedura di concordato;
- 2) ordina la convocazione dei creditori non oltre 30 giorni dalla data del provvedimento e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori;
- 3) nomina il commissario giudiziale osservate le disposizioni degli art. 28 e 29;
- 4) stabilisce il termine non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del Tribunale la somma che si presume necessaria per l'intera procedura.

Qualora non sia eseguito il deposito prescritto, il commissario giudiziale provvede a norma dell'articolo 173, quarto comma.

Si noti che il termine per il deposito "della somma che si presume necessaria per l'intera procedura" è ampliato a 15 giorni.

Grave discrasia è individuabile nell'ultima comma del novellato art. 163:

qui si prevede che il commissario giudiziale, in caso di mancato deposito prescritto dal n. 4 del comma 2, debba provvedere "a norma dell'art. 173, quarto comma".

Senonché non esiste alcun quarto comma dell'art. 173 della legge fallimentare per la ragione che quello previsto nel c.d. Maxi emendamento non è ancora in vigore (non essendo stato inserito nel testo del Decreto n. 35/2005) e che il vecchio art. 173 della legge del 1942, tuttora vigente, prevede solo due commi.

L'adunanza dei creditori

Uno snodo fondamentale della procedura di concordato è rappresentato dall'adunanza nella quale i creditori devono esprimere il loro voto in merito all'approvazione o meno della proposta di concordato.

L'adunanza è presieduta dal giudice delegato e ad essa partecipano i creditori (individuati sulla base dell'elenco formato dal commissario giudiziale).

Peraltro, il giudice delegato può ammettere provvisoriamente (parzialmente o integralmente) i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo della maggioranza, senza che tale determinazione pregiudichi le successive pronunce definitive sulla sussistenza dei crediti.

Il creditore ammesso al voto può partecipare all'adunanza personalmente o per mezzo di un mandatario munito di procura scritta (senza formalità) sull'avviso di convocazione.

Il debitore deve, invece, intervenire personalmente all'adunanza salvo il caso di un assoluto impedimento accertato dal giudice delegato.

Hanno diritto di intervenire all'adunanza anche i coobbligati, i fidejussori del debitore e gli obbligati in via di regresso (art. 174, ultimo comma, l. fall.).

Nell'adunanza, il commissario giudiziale illustra la propria relazione (che, come si è visto, dev'essere depositata in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza stessa).

Tale esposizione, da parte del commissario, degli elementi utili ai fini del decidere è indispensabile ai fini dell'apertura della discussione.

Il quadro delineato dalla norma in commento sembra tale da far ritenere che quello dell'apertura della discussione rappresenti l'ultimo momento utile per l'eventuale modifica della proposta di concordato.

Aperta la discussione, ciascun creditore ha facoltà di esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta, nonché per sollevare contestazioni sui crediti concorrenti.

Il debitore, a sua volta, ha facoltà di replicare e di contestare la sussistenza di un credito o della titolarità del diritto di voto.

In ogni caso, il debitore ha il dovere di fornire al giudice delegato gli opportuni chiarimenti in ordine agli aspetti controversi della proposta di concordato e alle osservazioni svolte dal commissario giudiziale e dai creditori.

In tale fase e propedeuticamente rispetto alla votazione, il giudice provvede, con decreto, ad escludere o ad ammettere (sia pure provvisoriamente) i creditori.

Tali provvedimenti hanno efficacia esclusivamente ai fini dell'ammissione all'esercizio del diritto di voto e non pregiudicano le pronunce definitive sui crediti medesimi.

Si è fatto notare che il potere discrezionale del giudice delegato in ordine all'ammissione o all'esclusione dei crediti è esercitabile solo subordinatamente ad un'istanza di parte, in mancanza della quale il giudice deve attenersi all'elenco dei crediti predisposto dal commissario giudiziale (Bonsignori, sub art. 176, l. fall., *Commenatrio Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, 340 e segg.).

L'art. 176, comma 2, l. fall. stabilisce che i creditori esclusi possono opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato.

Peraltro, tale facoltà è subordinata alla c.d. prova di resistenza, ovverosia alla previa verifica nell'esito della votazione.

I soggetti legittimati al voto

Sono legittimati a votare tutti i creditori chirografari per titolo o causa anteriore al concordato.

In considerazione della previsione del loro soddisfacimento integrale, i creditori che vantano privilegio sui beni dell'imprenditore sono esclusi dal voto.

Qualora rinunzino alla prelazione in tutto o in parte, e comunque in misura non inferiore ad un terzo, essi possono partecipare al voto.

In caso di fallimento successivo, la rinunzia - espressa al solo fine del voto - è priva di efficacia.

Sono ammessi al voto i creditori che vantano garanzie su beni di terzi.

Non è ammesso il voto condizionato e sono esclusi dal voto il coniuge (anche se separato, ma non se divorziato), i parenti e gli affini dell'imprenditore fino al quarto grado, nonché coloro che abbiano acquistato i crediti da meno di un anno dalla proposta di concordato.

Quest'ultima esclusione si spiega con la esigenza di evitare la preconstituzione di posizioni debitorie, strumentale ad un *iter* pilotato della procedura.

Maggioranza per l'approvazione del concordato

Il 1° co. dell'abrogato art. 177 L.F. stabiliva che:

“ Il concordato deve essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresenti due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto”.

Quindi, due maggioranze:

- 1) quella dei creditori presenti e votanti;
- 2) quella dei due terzi della totalità dei crediti dei creditori ammessi al voto.

Il 1° co. Del novellato art. 177 prevede, invece, la sola maggioranza dei crediti ammessi al voto (c.d. maggioranza di somma); nella novellata norma scompare quindi la maggioranza dei creditori presenti e votanti.

Il raggiungimento della maggioranza di somma va verificato allo scadere del termine di gg. 20 dalla chiusura dell'adunanza dei creditori.

La riforma ha eliminato la maggioranza di numero (che si calcolava sul numero dei presenti e votanti in adunanza) ed ha mantenuto quella di “crediti” (oggi 51% del totale dei creditori ammessi al voto (art. 177, 1° co.).

Il 4° co. dell'art. 178 dispone che “se il concordato è stato approvato dalla maggioranza dei creditori votanti nell'adunanza, senza che tale maggioranza (di numero) abbia raggiunto i due terzi della totalità dei crediti, le adesioni (pervenute per telegramma o per lettera nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale) sono valutate agli effetti del computo della maggioranza dei crediti.”

Poiché il termine di 20 giorni non è stato eliminato, questo deve permanere anche nel caso in cui la maggioranza di somma sia stata raggiunta, nell'adunanza, non potendosi escludere che, a seguito di opposizione all'omologazione, il Tribunale dichiari invalido uno o più dei voti favorevoli espressi e la pronuncia possa far venir meno quella maggioranza.

Eliminata la maggioranza di numero, le adesioni pervenute successivamente alla chiusura dell'adunanza vanno sommate ai voti favorevoli già espressi; decorso il termine dei venti giorni si effettua la verifica sull'avvenuto raggiungimento o meno della maggioranza di somma (51% del totale dei crediti dei creditori che hanno votato favorevolmente e di quelli - compresi nell'elenco predisposto dal G.D. o astenuti - che hanno aderito al concordato, nei suddetti 20 giorni).

Altri delicati problemi sono i seguenti:

- 1) se il creditore che ha votato favorevolmente:
 - a) possa revocare il suo voto prima della chiusura dell'adunanza;
 - b) possa revocare il suo voto nei venti giorni successivi all'adunanza.
- 2) se il creditore che ha votato contro il concordato possa revocare il suo voto negativo:
 - a) prima della chiusura dell'adunanza;
 - b) nei venti giorni successivi.

Con riferimento al vecchio art. 177 (che ricordo, richiedeva due maggioranze, una di numero - che doveva essere raggiunta nel corso dell'adunanza - e l'altra di somma - che doveva essere raggiunta nei venti giorni successivi), Cass. 7 agosto 1989 n. 3618 aveva disegnato il seguente sistema:

- a) i creditori «votanti» a favore del concordato prima della chiusura del verbale non possono revocare la propria dichiarazione, essendo il loro voto determinante agli effetti della maggioranza di numero, che rappresenta un essenziale momento giuridico preliminare, vincolante per lo svolgimento ulteriore della procedura concordataria;
- b) i creditori che hanno votato contro la proposta possono liberamente modificare la propria dichiarazione ai soli fini della maggioranza di somme, prestando

adesione nel termine di legge, non essendo la loro autonomia dispositiva limitata da preclusione alcuna;

c) i creditori presenti all'adunanza e astenuiti possono esprimere la propria adesione tardiva: a parità di ragione, se equiparabili ai dissenzienti (secondo una certa opinione) nel computo della maggioranza di numero; a più forte ragione, se non equiparabili ai dissenzienti (secondo l'opinione contraria), per non avere, in concreto, espresso volontà alcuna;

d) i creditori non intervenuti all'adunanza - e non autori, comunque, di comunicazioni scritte - possono, *a fortiori*, aderire entro lo stesso termine alla soluzione concordataria.

Il S.C. fondava questo sistema sul fatto che il voto favorevole aveva concorso alla formazione della maggioranza di numero e, per questa ragione, non poteva essere revocato.

Poteva invece essere revocato il voto contrario (non avendo concorso alla formazione di tale maggioranza) e, quindi, far pervenire la propria adesione alla proposta di concordato, nei venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza, al fine del raggiungimento della maggioranza di somma.

Ma un anno dopo Cass. 22 settembre 1990 n. 9651 si espresse in senso contrario statuendo che, mentre nel corso dell'adunanza dei creditori ciascuno di essi può mutare il proprio voto finché il relativo verbale non sia chiuso e sottoscritto dal giudice delegato, dopo la chiusura del verbale i creditori che abbiano espresso il loro voto in assemblea non possono mutare la loro manifestazione di volontà, nemmeno ai soli fini del computo della maggioranza quantitativa dei crediti, nel termine di cui all'art. 178, ult. comma, legge fall., in quanto l'espressione di voto, sia favorevole che contraria, è determinante agli effetti della maggioranza di numero, che rappresenta un essenziale

momento giuridico preliminare, vincolante per lo svolgimento ulteriore della procedura concordataria; pertanto, l'adesione alla proposta di concordato, successiva alla chiusura dell'adunanza dei creditori, è riservata ai creditori astenutisi dal voto ed a quelli che non abbiano partecipato all'adunanza.

Secondo il S.C. (omissis) " deve ritenersi che, come conseguenza del principio della libera e coerente espressione del voto da parte dei creditori nel concordato preventivo, e della preclusione procedurale delineata dall'incidenza della volontà dei creditori, in qualunque forma validamente espressa, su un momento processuale essenziale, possono trarsi le seguenti ipotesi in relazione allo «ius poenitendi» dei creditori nella espressione della loro volontà sulla proposta di concordato preventivo:

- a) ciascun creditore può mutare il proprio voto nel corso dell'assemblea, finché il relativo verbale non sia chiuso e sottoscritto dal Giudice delegato, perché la prima espressione di per sé, e ad assemblea in corso, non ha ancora inciso su un momento processuale essenziale e preclusivo;
- b) in considerazione del fatto che il quorum deliberativo per la maggioranza di numero è previsto a maggioranza semplice sul numero dei votanti effettivamente; che la maggioranza si determina dalla comparizione diretta tra voti favorevoli e contrari; che il momento deliberativo si esprime dialetticamente mediante l'espressione dei voti; ciò premesso, deve ritenersi che sia l'espressione di voto favorevole, sia quella contraria, integrano un momento giuridico essenziale del procedimento, per cui dopo la chiusura del verbale di assemblea tutti i creditori che in essa abbiano espresso il voto non possono mutare la loro manifestazione di volontà, sia pure ai soli fini del computo della maggioranza quantitativa dei crediti e nel termine dell'art. 178, ultimo cpv, legge fall.;

- c) l'adesione alla proposta di concordato, successiva alla chiusura dell'adunanza dei creditori, è riservata ai creditori che non abbiano partecipato attivamente a quel momento processuale preclusivo e, quindi, ai creditori astenutisi dal voto ed a quelli che non abbiano partecipato all'assemblea.»

La S.C. fondò dunque la sua decisione negativa in ordine alla modificabilità, dopo la chiusura del verbale dell'adunanza, sul rilievo che il voto (favorevole o contrario) espresso aveva concorso alla formazione della maggioranza di numero dei creditori votanti.

Se questa era la ragione dell'esclusione, poiché il novellato art. 177 ha eliminato la maggioranza di numero, è venuto meno l'argomento sul quale Cass. 22/9/1990 fondò la sua decisione.

Ne consegue che nel nuovo C.P. il creditore che abbia votato contro la proposta di concordato, può modificare il voto espresso in adunanza, aderendo al concordato nei venti giorni successivi a questa e non oltre, se il provvedimento del Giudice delegato è intervenuto dopo la consumazione di quel termine.

E' sorta, infine, controversia in ordine al momento della scadenza del termine perentorio di venti giorni per l'invio dell'adesione. Per Trib. S. Maria Capua Vetere 1 febbraio 1994 (in *Dir. Fall.*, 1994, II, 996) deve intendersi quale scadenza del termine il momento della chiusura della cancelleria del Tribunale, entro cui, quindi, le adesioni devono pervenire e non solo essere spedite; per Trib. Piacenza 20 gennaio 1995 (in *Fall.*, 1995, 874), invece, le adesioni dei creditori al concordato preventivo pervenute tramite telefax entro venti giorni dalla chiusura del verbale sono pienamente valide ed efficaci; pertanto tale termine perentorio non subisce limiti di orario, in quanto l'ufficio del commissario giudiziale, dotato di fax, non sottostà ad alcun vincolo se non quello delle ore ventiquattro dell'ultimo giorno utile.

Vanno computati nella maggioranza di somma i voti espressi nell'adunanza per corrispondenza o per mandatario speciale e le adesioni pervenute successivamente alla chiusura del verbale di detta adunanza.

Possono far pervenire le adesioni alla proposta di concordato nel termine perentorio di venti giorni dalla chiusura del verbale dell'adunanza, soltanto i creditori indicati nell'elenco predisposto dal commissario giudiziale e di quelli che, pur non essendo compresi in tale elenco, abbiano partecipato all'adunanza senza essere stati esclusi dal Giudice delegato (Cass. 8 marzo 1969 n. 749); Cass. 12 novembre 1993 n. 11192).

Se la maggioranza non è raggiunta, il G.D. ne riferisce immediatamente al tribunale che deve provvedere a norma dell'art. 162, 2° co.

Se la maggioranza è raggiunta, concordo con il collega Dr. Vitiello nel ritenere che:

- al termine dell'adunanza dei creditori, il G.D. deve riservarsi di riferire, in camera di consiglio, al tribunale fallimentare, eventualmente una volta decorsi i successivi venti giorni, nell'ipotesi in cui l'adunanza non abbia consentito di conseguire la maggioranza;
- il tribunale verificherà l'esistenza dei presupposti per l'approvazione del concordato (inclusa l'eventuale valutazione di convenienza per le classi dissenzienti) ed emetterà quindi il relativo decreto motivato;
- in caso di accertata carenza dei presupposti dell'approvazione, il tribunale provvederà a dichiarare il fallimento d'ufficio;
- nel caso di approvazione, il collegio provvederà contestualmente a fissare avanti a sé l'udienza in camera di consiglio per l'omologazione.

Il 1° comma secondo periodo del novellato art. 177 L.F. dispone che "ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto

favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima: cioè la maggioranza di somma.

Si rende così possibile l'approvazione del concordato con il voto favorevole di pochi creditori di grandi importi, nonostante il dissenso del maggior numero di piccoli creditori.

Il G.D. riferisce al Tribunale che, riscontrato l'avvenuto raggiungimento della maggioranza di somma, può approvare (e successivamente omologare) il concordato, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori; a) se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato; b) e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Quindi, per fare un esempio, se sono stati ammessi al voto crediti per € 100.000,00 ed i creditori sono stati divisi in 4 classi, una da € 40.000,00 e tre da € 20.000,00, è necessario il voto favorevole: a) di creditori che rappresentino almeno € 50.001,00 (secondo la regola del periodo 1° co. dell'art. 177; b) di tutte le classi; c) in ogni classe, della maggioranza dei crediti ammessi al voto (*ergo*, per es., nella classe da € 20.000,00, ci vuole il voto favorevole dei creditori che rappresentino almeno € 10.001,00). In via eccezionale potrebbe, però, bastare il voto favorevole di almeno 3 classi (come stabilito dal 2° periodo del comma 9), purché rimanga rispettata la regola della maggioranza di cui al 1° co. dell'art. 177 (ossia della presenza del voto favorevole della maggioranza per valore dei crediti ammessi al voto).

La disposizione surriportata si ispira all'istituto del cram-down del Chapter 11 e consente al Tribunale di approvare (prima) ed omologare (poi) il concordato "qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti

dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili".

Tra queste alternative il Tribunale non deve considerare solo la «liquidazione», perchè «si tratterebbe di un'operazione possibile quando il piano si limita a promettere mere dilazioni di pagamento o altri interventi monetari sul capitale. Ma un piano finanziario che, come realisticamente immaginabile nella vicenda sottostante alla norma, combini una pluralità anche molto varia di fattori (dalla conversione dei crediti in capitali, all'allungamento parziale delle scadenze, al rafforzamento delle garanzie, alla nascita di una qualche *newco* all'interno del gruppo) non si presterebbe ad un bilanciamento di mero raffronto con la sola ipotesi liquidatoria». Nella direzione opposta si è, invece, espresso che intende limitare la valutazione del giudice alla sola ipotesi alternativa della liquidazione fallimentare, perchè il giudice non sarebbe in grado di valutare la convenienza di forme di chiusura diversa da quella concordataria.

Approvazione del concordato da parte del Tribunale

Il primo periodo del 4° co. del novellato art. 180 stabilisce che "Il Tribunale, se la maggioranza di cui al 1° co. dell'art. 177 è raggiunta (cioè la maggioranza di somma) approva il concordato con decreto motivato."

Il legislatore parla ora di approvazione e non più di omologazione del concordato, che presuppone la conformità delle proposte concordatarie ad un prestabilito modello legale, che è assente nel nuovo C.P.

Quindi, nel concordato che non prevede la suddivisione dei creditori in classi, l'esame del Tribunale riguarda soltanto l'avvenuto o non avvenuto raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto e non anche valutazioni di merito o di convenienza della proposta concordataria.

Nel caso in cui invece siano previste, nella proposta, diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima. Potrebbe allora accadere che la maggioranza richiesta dalla legge sia raggiunta in talune classi e non in altre. In tal caso il tribunale può, a suo insindacabile giudizio, approvare il concordato a condizione che:

- sia comunque raggiunta, nel suo complesso, l'approvazione favorevole di tanti creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti;
- la maggioranza delle classi, intesa in senso numerico, approvato la proposta. Ad esempio, in presenza di cinque classi di creditori, almeno tre di esse devono avere votato favorevolmente secondo le maggioranze richieste dalla legge;
- i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano ritenersi sostanzialmente soddisfatti dalla proposta concordataria in misura non inferiore rispetto ad altre alternative concretamente praticabili.

E' questo l'aspetto più difficile che deve affrontare il tribunale nel decidere sull'opportunità o meno di dare il via libera al concordato. Se infatti le prime due condizioni sono rilevabili senza difficoltà, la terza richiede una valutazione di merito molto difficile, in quanto comporta un confronto tra i risultati offerti dalla proposta di concordato e quelli ottenibili da altre alternative concretamente praticabili.

Il Tribunale deve quindi verificare che questa maggioranza sia la risultante dei voti validamente espressi dai creditori aventi diritto al voto in adunanza e nei venti giorni successivi (art. 178 L.F. non modificato).

Tali sono quelli dei creditori chirografari per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura, indipendentemente dall'esigibilità del credito. Hanno

diritto al voto, pertanto, anche i titolari di crediti sottoposti a condizione o gravati da un patto di preventiva escussione di un obbligo principale.

In linea generale, i titolari di rapporti pendenti - i quali rimangano insensibili alla procedura di c.p., sono legittimati al voto, in quanto anch'essi creditori concorsuali.

Nell'ipotesi in cui l'acquirente in preliminare abbia versato una parte del prezzo prima della procedura, sembra doversi ritenere che lo stesso non possa essere considerato creditore per l'importo medesimo, dato che il c.p. non provoca la risoluzione del contratto, che deve essere eseguito dal promittente venditore assoggettato alla procedura. Il promissario acquirente va invece ammesso al voto in quanto creditore della prestazione di concludere il contratto definitivo, potendo tale credito non pecuniario essere valutato dal G.D. ai sensi dell'art. 59.

I creditori postergati sono legittimati al voto.

Il voto condizionato è invalido, mentre è ammissibile la riserva in ordine all'ammontare del credito.

Quid iuris per quelli espressi dai creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca?

Il 2° e 3° co. dell'abrogato articolo 177 disponeva che:

I creditori che hanno diritto di prelazione [2741 c.c.] sui beni del debitore non partecipano al voto a meno che rinuncino al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale purché non sia inferiore alla terza parte dell'intero credito tra capitale e accessori. Gli effetti della rinuncia cessano se il concordato non ha luogo o è posteriormente annullato o risolto [186]. Il voto di adesione dato senza dichiarazione di limitata rinuncia importa rinuncia all'ipoteca, o al privilegio per l'intero credito.

Il 3° e 4° co. del novellato art. 177 così recitano:

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione. La rinuncia può

essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale ed accessori. 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.

Quest'ultima disposizione differisce dalla prima in quanto:

- a) non specifica più che il diritto di prelazione deve esercitarsi "sui beni del debitore";
- b) precisa che nella pendenza della contestazione del diritto di prelazione, il credito non degrada in chirografo.

La mancata specificazione che il diritto di prelazione deve riguardare i beni del debitore concordatario, fa ritenere che ha diritto al voto il creditore del debitore concordatario, garantito da beni di un terzo;

- c) dispone che "qualora i creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca rinuncino in tutto od in parte alla prelazione (purché, non inferiore, in questo caso alla terza parte dell'intero credito), per la parte del credito non coperto dalla garanzia siano assimilati ai creditori chirografari e, quindi, possano votare: ovviamente la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato e, quindi, cessa in caso di annullamento o risoluzione dello stesso;
- d) non riproduce la vecchia disposizione per la quale "il voto di adesione dato senza dichiarazione di limitata rinuncia, importa rinuncia all'ipoteca o al privilegio per l'intero credito".

L'approvazione del concordato e il giudizio di omologazione

- 1) L'avvio del procedimento.

Il nuovo art. 180 prevede, anzitutto, che sia il Tribunale a fissare un'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale.

Prevede, altresì, che lo stesso organo collegiale disponga che il provvedimento venga affisso all'albo del Tribunale e notificato a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti.

Si è dunque ora attribuita all'organo collegiale una funzione che, fino ad oggi, il vecchio art. 180 riservava al Giudice delegato.

Ora, invece, la comparizione del debitore e del commissario giudiziale deve avvenire in un contesto di cameralità, davanti al Tribunale (che, dunque, potrebbe delegare ad un Giudice delegato solo l'espletamento di tutta o di parte dell'istruttoria, ai sensi del nuovo art. 180 c. 3, ma non anche questa necessaria formalità della "comparizione", come chiaramente si desume dalla lettura della norma).

Ulteriore compito del Tribunale è ora quello di ordinare che il decreto (di fissazione dell'udienza) sia notificato al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti; e questo onere di notifica (non previsto nell'originario art. 180) è stato attribuito al debitore.

Il secondo comma del novellato art. 180 disciplina la costituzione del debitore, del commissario giudiziale, degli eventuali creditori dissenzienti e di qualsiasi "interessato" innanzi al collegio in camera di consiglio, precisando che costoro "devono" farlo entro i dieci giorni (non più cinque) anteriori alla data dell'udienza camerale.

Nello stesso termine il C.G. deve depositare il proprio motivato parere sulla proposta di concordato.

Mentre il deposito di questo parere è obbligatorio, è, al contrario, facoltativa la costituzione in giudizio per sollevare eccezioni processuali e di merito non rilevabili in giudizio, deve farlo a mezzo di un legale; se non si costituisce, va dichiarato contumace.

Poiché il decreto di fissazione dell'udienza collegiale deve essere comunicato dal debitore anche agli eventuali creditori dissenzienti e poiché questi, se vogliono, devono costituirsi in giudizio entro i dieci giorni anteriori alla data di tale udienza, i creditori dissenzienti sono diventati "parti necessarie" del giudizio; se essi non si costituiscono, ne va pronunciata la contumacia; se si costituiscono tardivamente, non potranno proporre eccezioni non rilevabili d'ufficio e proporre deduzioni istruttorie o produrre documenti.

Quello di omologa pare ora essere un procedimento camerale a carattere speciale, a causa della sussistenza dell'elemento della cognizione, esclusivamente individuabile nella previsione, contenuta nel nuovo art. 180, di "eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio".

A tale proposito è da ribadire che il legislatore ha inteso abbandonare il termine "opposizione" (diventata, nel nuovo lessico, "eccezione di merito") a conferma, forse, dell'intento di rimarcare e di accentuare la natura essenzialmente camerale del procedimento.

Il Tribunale provvede all'istruzione della causa e, quindi, "assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie" per la decisione (approvazione o reiezione) della proposta di concordato.

Quindi, se questa non prevede la divisione dei creditori in classe, l'attività istruttoria del Tribunale deve essere funzionale all'accertamento del

raggiungimento o meno della maggioranza di somma richiesta dal 1° co. dell'art. 172 L.F.

Se, invece, la proposta di concordato prevede la suddivisione dei creditori in classi, l'attività istruttoria del Tribunale deve indirizzarsi a verificare anche:

- 1) se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato;
- 2) se i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano o non essere soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Appare evidente come questa indagine sia "di merito" ed attenga alla "convenienza" per i creditori della proposta concordataria.

Funzionale a questa indagine è il potere-dovere del Tribunale di assumere d'ufficio, nel contraddittorio delle parti, tutte le informazioni e le prove ritenute necessarie ed utili alla sua indagine; prescindendo dalle richieste tempestive o tardive formulate dalle parti del procedimento che, in questo caso, assume carattere officioso.

Il quarto comma del novellato art. 180 prevede che il Tribunale, una volta raggiunta (nell'adunanza innanzi al Giudice delegato) la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177 "approva il concordato con decreto motivato".

Il decreto è comunicato dal cancelliere, al debitore ed al commissario giudiziale che, a sua volta, ne da notizia ai creditori.

Il termine per l'impugnazione decorre, per il commissario e per il debitore, dalla data di ricevimento della comunicazione del decreto e, per le altre parti (ad es. creditori dissenzienti e creditori intervenuti in giudizio) dalla notificazione del decreto a cura della parte che vi abbia interesse.

Il decreto è pubblicato ed affisso a norma dell'art. 17 L.F.

E' divenuta dubbia la partecipazione al giudizio del P.M.; anche se l'art. 162 L.F. non è stato toccato dalla riforma, qualcuno pensa alla sua omologazione implicita per effetto del novellato art. 163 L.F.

L'ultimo comma dell'art. 180 novellato stabilisce, infine, che le somme spettanti a creditori contestati, condizionali od irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal Tribunale (e non più dal G.D.) che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

Muta anche il contenuto dell'art. 181 rubricato chiusura della procedura, dove adesso è posto un limite alla durata del concordato preventivo.

Dalla presentazione del ricorso al decreto di omologazione non possono passare più di sei mesi. Il decreto di omologazione chiude pertanto la procedura.

Il Tribunale può concedere una sola proroga di altri sessanta giorni.

Chiusa la procedura con il decreto di omologazione si passa all'esecuzione dell'accordo.

Sulle modalità di tale esecuzione non pare che il Tribunale possa più interloquire, non solo perchè non è stato riprodotto l'ultimo comma dell'art. 181 L.F. ma, soprattutto, perchè la struttura stessa del nuovo concordato preventivo lo esclude, vista la libertà di contenuto che proprio rispetto al soddisfacimento dei creditori l'accordo può assumere.

Appello contro il decreto di approvazione o di reiezione del Concordato

L'appello è previsto e disciplinato dall'art 183 LF che non è stato modificato dalla riforma.

Esso stabilisce che:

“ contro la sentenza che omologa o respinge il concordato possono appellare gli oppositori ed il debitore entro quindici giorni dall'affissione” (1° comma).

Ma il 4° comma del novellato articolo 180 stabilisce che l'approvazione (ma anche la non approvazione) del concordato è disposta “con decreto motivato” ed il mezzo previsto, in via generale, dall'art. 739 c.p.c. per impugnare i decreti emessi nei procedimenti in camera di consiglio, è il reclamo.

E poiché il decreto di approvazione o non approvazione del concordato è pronunciato dal Tribunale, il reclamo contro di esso, va proposto alla Corte d'Appello, nel cui distretto si trova quel Tribunale.

Ciò trova conferma nel nuovo art. 182 bis, il cui 4° comma stabilisce che il decreto del Tribunale che omologa l'accordo di ristrutturazione dei debiti “è reclamabile alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 183 in quanto applicabile...”.

Qual è il termine per proporre reclamo? Quello di 10 giorni previsto dall'art. 739 c.p.c. o quello di 15 giorni previsto dall'art. 183 LF e dal nuovo art. 182 bis LF ?

Sicuramente questo secondo termine in quanto specificamente previsto dagli articoli succitati.

Il termine in esame decorre dal ricevimento della comunicazione del decreto (in conformità a quanto statuito da Corte Costituzionale 12 novembre 1974 n°255), fatta dal

cancelliere ai soggetti che hanno partecipato al procedimento di omologazione e cioè, secondo quanto dispone il 5° comma dell'art. 180 al debitore e al commissario giudiziale ed, a mio sommo avviso, all'assuntore ed ai creditori che hanno proposto opposizione o sono intervenuti in detto procedimento, diventandone "parti".

Il 2° comma dell'art. 183 dispone che "l'atto di appello va notificato al commissario giudiziale ed alle parti costituite in giudizio".

Eseguendo una operazione di "ortopedia giuridica" (così L. Guglielmucci), si può dire che il reclamo va proposto (cioè depositato) entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione fattane dal cancelliere, del decreto che ha approvato o non approvato il concordato.

Il reclamo va altresì notificato al commissario giudiziale ed alle parti costituite nel procedimento di omologazione e cioè al debitore, all'assuntore, ai creditori oppositori e a quelli intervenuti.

E' dubbio se il reclamo debba essere notificato anche al Pubblico Ministero; a mio avviso, sì, se ha partecipato al procedimento di omologazione; forse no, se non vi ha partecipato.

Il 3° comma dell'art. 183 va così letto:

"il decreto della Corte d'Appello è pubblicato a norma dell'art. 17 ed il termine per ricorrere in Cassazione (60 giorni) decorre non più dalla data dell'affissione del decreto medesimo, ma dalla data di ricevimento della comunicazione del deposito di tale decreto effettuata dal cancelliere (alla luce di quanto statuito da Corte Costituzionale 12 novembre 1974 n° 255, cit.).

Mancata approvazione del concordato e dichiarazione di fallimento del debitore.

Il 2° comma del vecchio art. 181 LF stabiliva che il Tribunale doveva dichiarare il fallimento del debitore nel caso che riscontrasse l'inesistenza delle condizioni fissate dalla legge per l'omologazione del concordato.

Quindi, non omologando il concordato, il Tribunale, con la stessa sentenza, o con altra distinta, doveva dichiarare il fallimento del debitore.

In questo caso era sorto il dubbio se la sentenza di fallimento dovesse essere impugnata con l'opposizione ex art. 18 LF o con l'appello previsto dall'art. 183 LF.

Per l'utilizzo di quest'ultimo mezzo di gravame si erano pronunciate Cassazione 20 settembre 1971 n° 2609, Cassazione 10 agosto 1977 n° 3673 (in Dir. Fall. 1978, II, 49), e Cassazione 20 gennaio 1992 n°660 (in Il Fall. 1992, 474).

Questa giurisprudenza non è più invocabile alla luce di quanto dispone il novellato art. 181 LF.

Quindi, se il Tribunale non approva il concordato non dovrà automaticamente dichiarare il fallimento del debitore, ma ne dovrà attivare d'ufficio il procedimento, convocandolo in camera di consiglio ai sensi dell'art. 15 LF.

Ma – è opportuno ricordarlo – il decreto legislativo 9 gennaio 2006 n° 5 (che ha riformato la vecchia legge fallimentare) ha eliminato il cd "fallimento d'ufficio"; ne consegue che, dopo il 17 luglio 2006, il Tribunale che non approva il concordato dovrà trasmettere copia del suo decreto al Pubblico Ministero, per provocare la sua richiesta di fallimento del debitore, se la mancata approvazione è l'effetto della rilevata insolvenza di costui, o del "trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo."

Se, a seguito di reclamo, la Corte d'Appello conferma il decreto che non ha approvato il concordato o riforma quello che l'ha approvato, si discute:

1. se debba automaticamente dichiarare il fallimento del debitore;
2. se, invece, debba rimettere d'ufficio gli atti al Tribunale per la dichiarazione di fallimento, secondo quanto dispone l'art. 22 LF.

A mio avviso la prima alternativa va sicuramente esclusa alla luce dell'avvenuta integrale modificazione dell'art. 181 LF.

Ritengo, invece, fondata l'alternativa sub 2, perché, in caso di accoglimento del reclamo, la legge (art. 22 LF) attribuisce solo al Tribunale il potere di dichiarare il fallimento dell'imprenditore commerciale "non piccolo", insolvente.

Poiché il 4° comma del novellato art. 22 LF stabilisce che "se la Corte d'Appello accoglie il reclamo del creditore ricorrente o del Pubblico Ministero richiedente, rimette d'ufficio gli atti al Tribunale per la dichiarazione di fallimento, salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari", è doveroso e comunque opportuno che il Tribunale riconvochi in camera di consiglio il debitore, al fine di consentirgli di evitare la dichiarazione di fallimento, deducendo e approvando che, "medio tempore", è venuto meno alcuno dei presupposti richiesti dalla legge ed, in particolare, lo stato d'insolvenza, o si è verificata la cessazione dell'attività imprenditoriale da oltre un anno (art. 10 LF).

Dott. Bartolomeo Quatraro