

## **FINALMENTE UNO STRUMENTO CONCRETO PER LA RISOLUZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA: IL NUOVO CONCORDATO FALLIMENTARE (18/11/2009)**

Il concordato fallimentare come risaputo è un modo di chiusura del fallimento del tutto speciale (1). Si tratta, in particolare, di una procedura volta alla soddisfazione delle ragioni creditorie senza ricorrere alla liquidazione e distribuzione fallimentare, mediante una proposta avanzata dall'imprenditore ai creditori, sotto il rigido controllo del Tribunale che nell'originaria formulazione della legge esercitava un vero e proprio potere di merito e legittimità in punto omologazione.

Con la prima grande riforma dal '42 (D.Lgs. 5/2006) il legislatore ha profondamente modificato la natura del concordato, attribuendogli una connotazione privatistica per effetto del ridimensionamento del ruolo del Giudice e per l'ampliamento del novero dei soggetti legittimati alla presentazione. Nel concordato fallimentare post-riforma il Tribunale è chiamato solo ad eseguire controlli formali sul rispetto della procedura concorsuale (2).

In particolare, al legislatore del 2006 si deve il merito di aver ampliato il novero dei soggetti legittimati alla presentazione dell'istanza di concordato, attribuendo tale potere anche *“ad uno o più creditori o ad un terzo”*. Prima della riforma il concordato poteva essere proposto solo dal fallito, con enorme penalizzazione della possibilità di risanamento dell'impresa (3). Tale innovazione legislativa ha, però, aperto il problema della concorrenza di più proposte, problema che è subito diventato reale per l'aumento di proposte da parte di terzi (4). Così il legislatore del 2006 all'art. 125 L.F. si è preoccupato di regolamentare tale circostanza prescrivendo che *“se le proposte sono più di una, devono essere portate in votazione contemporaneamente”*. L'ambiguità di tale regola si manifestò ben presto e portò alla sua eliminazione da parte del legislatore del 2007 (D.Lgs. n. 169/07). E ciò, poiché, per applicazione del meccanismo del silenzio-assenso, si poteva verificare l'automatica approvazione di più proposte nell'inerzia di tutti i creditori. Il decreto correttivo ha, così, lasciato aperti numerosi interrogativi. La giurisprudenza e la dottrina dominanti hanno ritenuto che proposte equivalenti o migliorative potessero essere prese in considerazione fintantoché la prima non fosse stata votata e che, in ogni caso, incomberebbe sul curatore l'obbligo di informare i creditori su nuove proposte che potrebbero influenzare il voto sulla prima proposta presentata. L'impossibilità di votazioni successive di proposte diverse per assenza di un sistema di scelta per i relativi criteri di voto ha, poi, fatto ritenere che la votazione simultanea fosse il criterio ancora in vigore, anche se non più in modo obbligatorio ma facoltativo (5). Nel caso di raggiungimento della maggioranza dei voti per due o più proposte si è, infine, ritenuto più conveniente portare all'omologa quella proposta che il Tribunale avesse ritenuto più conveniente per i creditori (6). Pertanto, in caso di assenza di classi di creditori, la scelta sarebbe caduta sulla proposta che a parità di consensi avesse ritenuto minori dissensi, mentre, nel caso contrario, sulla proposta che avesse avuto una riuscita migliore rispetto alle altre, sempre nel solo ed

esclusivo interesse dei creditori, rappresentati in tale occasione dal relativo comitato. Dopo l'abolizione dell'inciso "se la proposta di concordato è stata presentata dal curatore, la relazione è redatta e depositata dal comitato dei creditori" deve ritenersi che sia stato radicalmente abolita la legittimazione del curatore alla proposizione del concordato fallimentare. Detta modifica ci sembra adeguata alla luce della scarsa utilità pratica della disposizione per assenza di interesse della curatela, anche e soprattutto in un'ottica di rispetto del dovere deontologico di imparzialità nello svolgimento della relativa professione. Recentemente il legislatore ha sentito la necessità di semplificare lo svolgimento di questa procedura concorsuale e di agevolarne l'applicazione. All'interno del complesso di regole volte allo snellimento del codice di procedura civile (L. n. 69 del 18 giugno 2009) è contenuta, infatti, una prescrizione (art. 61) che integra le disposizioni degli artt. 125 e 128 L.F. Sebbene l'intervento legislativo rappresenti di per sé un dovuto e necessario apporto integrativo alla riformulazione delle predette norme da parte del citato decreto correttivo del 2007, esso sembra attribuire al concordato post-fallimento una maggiore potenzialità intrinseca per la risoluzione della crisi d'impresa con il duplice obiettivo di eliminare le imprese veramente decotte e, nel contempo, favorire la reimmissione nel mercato di quelle meritevoli per l'economia. Così, oggi, il novellato art. 125 L.F. statuisce che, in caso di presentazione di più proposte o se ne sopraggiunge una nuova prima che il giudice delegato ne ordini la comunicazione ai creditori, spetta al comitato dei creditori scegliere quella che dovrà essere sottoposta alla loro valutazione, salvo in ogni caso il potere del giudice di ordinare la comunicazione di una o più proposte non scelte, ma ritenute egualmente convenienti. Come si può notare il legislatore, in linea con l'esigenza di accelerare l'esito di tutti i procedimenti giurisdizionali, ha accolto l'interpretazione giurisprudenziale prevalente per cui il *dies ad quem* per la chiusura della gara deve coincidere con il momento in cui il giudice delegato ordina la comunicazione della proposta ai creditori, penalizzando, però, offerte tardive che, secondo parte autorevole della dottrina, ben potevano essere presentate anche in costanza di votazione, ma prima del voto ovviamente. La soluzione adottata, in perfetta linea con la riforma, penalizza indubbiamente offerte proposte fuori dai termini ma prima di una decisione definitiva. L'art. 128 L.F. è stato integrato nella parte in cui prevede che, in caso di votazione contemporanea di due o più proposte disposta dal giudice delegato deve intendersi approvata quella che ottenga la maggioranza dei voti (valutata sulla base dei crediti ammessi al voto) e in caso di parità quella presentata per prima. Nel tentativo di colmare il vuoto legislativo viene, dunque, dato valore al criterio della proposta meno dissentita, valorizzando, in caso di parità il ruolo dei privati creditori, a discapito del giudizio del tribunale o di qualunque altro organo della procedura, escluso da ogni valutazione di merito stante l'applicazione di un rigido principio temporale. Parte della dottrina (7) non ha mancato di sottolineare l'aspetto positivo di un criterio di tal sorta che premia il soggetto maggiormente interessato, il quale per primo cercherà di presentare l'offerta, in quanto potenzialmente interessato, più di altri, ad acquistare l'azienda fallita. Del resto la remota possibilità di parità tra due proposte non deve trarre in inganno il giurista sulla reale utilità di questa procedura, permanendo, sempre, il potere d'ufficio del

giudice di disporre la votazione plurima e quello di riproporre offerte ritenute vantaggiose.

Tralasciate le diatribe meramente teoriche, pare dovuto sottolineare la rilevanza del recente intervento normativo, utile all'applicazione concreta del "nuovo" istituto. Invero, dopo l'introduzione della possibilità di proposte plurime si è registrato un notevole aumento del ricorso a detto strumento di risoluzione della crisi d'impresa, forse per le ragioni economiche già specificate. Ad ogni modo, per quanto quest'ultima argomentazione possa ritenersi alquanto discutibile, il riscontro pratico pare dimostrare il contrario.

Del resto questa procedura concorsuale aveva in sé già da tempo tutte le potenzialità per rimettere sul mercato imprenditori meritevoli, incorsi, senza colpa, in situazioni congiunturali economiche disastrose: il metodo di voto (silenzio-assenso), la possibilità di suddivisione dei creditori in classi, la possibilità di pagare anche i creditori privilegiati in misura percentuale (pur con le cautele di legge) e l'applicazione dell'istituto dell'esdebitazione. Oggi le nuove regole certe, anche se discutibili, conferiscono al concordato fallimentare un ruolo di primo piano, tanto da farne decadere la vecchia nomea di procedura concorsuale minore.

Avv. Andrea Gulli

- 
- 1) **P. Pajardi**, *Codice del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2004, pagg. 985-986, parla di un caso di chiusura del fallimento del tutto speciale e processualmente non naturale, dato che su un impianto processuale si innesta una soluzione pattizia. Alla luce delle recenti riforme il dibattito sulla natura privatistica o pubblicistica dell'istituto è divenuto più che mai sterile.
  - 2) In verità il giudice fallimentare ha un piccolo potere discrezionale dovendo valutare la correttezza della suddivisione dei creditori in classi e decidere su eventuali opposizioni all'omologazione.
  - 3) Già da tempo parte della dottrina e della giurisprudenza, a dispetto della lettera della legge, propendevano per attribuire la legittimazione anche ad un terzo (così **Pajardi e Valcavi** e Trib. Lucca 30/12/1976, in Dir. Fall., 1977, II, 288).
  - 4) Secondo **L. Panzani**, *La disciplina del concordato fallimentare nel caso di pluralità di proposte*, Il Fallimento, 2009, I, 69, evidentemente i terzi trovano più vantaggioso acquistare l'azienda fallita tramite il concordato piuttosto che i singoli beni in sede di liquidazione.
  - 5) Così **G. Tarzia**, *Le norme integrative degli artt. 125 e 128 L.F.*, Il Fallimento I, 2009, pag. 915-916.
  - 6) In tal senso **S. Ambrosini**, *Il concordato fallimentare*, S. Ambrosini- G.Cavalli- A.Jorio, Il fallimento, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di G. Cottino XI, II, Torino, 2008.
  - 7) **M. Fabiani**, *La competizione fra più proposte di concordato di fallimento*, Il Fallimento, I, 2009, III, pag. 353. Acuta l'osservazione di **Chiara Ilaria Risolo**, *La novella sul concordato fallimentare: la prospettiva del legislatore ed i risvolti applicativi*, Il fallimento, I, 2009, pag. 922: il secondo offerente sarebbe inevitabilmente influenzato dalla prima offerta e tenderebbe solo ad aumentare il prezzo della propria offerta a discapito di altri elementi.