
Sulla utilità di prevedere forme di concordato su domanda dei creditori, a fianco di quelle su offerta del debitore

1. – Mi è gradito riprendere qui alcune idee innovative, concernenti le procedure di concordato preventivo e fallimentare, che ebbi a suo tempo occasione di proporre al Senato della Repubblica, in forma di disegni di legge di iniziativa parlamentare ⁽¹⁾ e che non sono state successivamente più riprese da alcuno, malgrado la loro innegabile utilità.

Si vuole qui auspicare che esse non cadano nel dimenticatoio, ma vengano riproposte da taluno nelle debite sedi.

Il dato comune della disciplina attuale delle diverse procedure di concordato sia preventivo sia fallimentare è che esse sono previste solo a seguito dell'offerta del debitore mentre si ignora che esse possano essere prese su domanda dei creditori, che sono poi maggiori interessati al buon fine economico della procedura.

È quanto invece accade nella esecuzione individuale con la istanza di assegnazione dei beni e in taluni paesi stranieri anche nelle procedure concorsuali.

Si avverte qui l'esigenza di prevedere che oltre al debitore, l'iniziativa di offrire il concordato possa essere presa anche da singoli creditori o gruppi di essi, se non dalla loro totalità, che vogliano rendersi cessionari dei beni dell'imprenditore insolvente, contro il loro impegno di soddisfare i residui creditori anche in misura percentuale.

Da «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali», 1999, I, p. 977.

(1) Essi furono presentati il 15 maggio e il 30 maggio 1991 alla Presidenza del Senato durante la decima legislatura sotto i nn. 2853 e 2813.

Appare qui opportuno trattare le proposte di cui si è sopra detto, distintamente con riguardo al concordato preventivo e a quello fallimentare, stante la loro diversa specificità.

Cominceremo dal concordato preventivo, per la sua maggiore ricorrenza e ampiezza e poi passeremo a quello fallimentare.

2. – *Con riguardo al concordato preventivo* (2)

È noto che l'art. 160, comma 2, legge fallim. prevede che il debitore, in difficoltà, offra ai creditori un concordato preventivo per il pagamento dei suoi debiti con la cessione di tutti i propri beni nel caso che essi facciano fondatamente ritenere un soddisfo nella misura di almeno il 40%.

Questo istituto, tuttavia, ha due rilevanti limiti, ai quali è opportuno porre rimedio.

Anzitutto esso viene comunemente inteso come cessione *pro solvendo*, in sintonia con il disposto dell'art. 1977 cod. civ.

In altri termini la cessione equivarrebbe ad una sorta di mandato del debitore ai propri creditori a liquidare i beni ceduti sino al completo soddisfo dei loro crediti, ma nel caso rimanesse una eventuale eccedenza, questa spetterebbe al debitore cedente (tra gli altri F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 188; CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni al creditore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 93 segg., così anche Cassazione, n. 4177 del 27 giugno 1981). Ciò rappresenta un grosso limite all'istituto in esame, perché raffreda l'interesse dei creditori che non potrebbero considerarsi proprietari dei beni e verrebbe loro tolta anche la prospettiva teorica di un ipotetico guadagno.

Questo modo di vedere sostanzialmente attribuisce alla cessione dei beni, la funzione di uno strumento di smobilizzo dell'attivo, a rischio dei creditori.

Di fatto codesto realizzo dell'attivo si traduce in una distruzione dei valori, con attribuzione percentuale irrisoria di soddisfo.

È raro che si raggiunga una percentuale che giustifichi l'obiettivo del concordato.

(2) Esso è stato presentato nella decima legislatura come disegno di legge n. 2853 alla Presidenza del Senato e nella undicesima legislatura come disegno di legge n. 1227 al presidente della camera dei deputati.

A carico dei creditori rimane la totale perdita dei valori, concretamente verificatasi.

Ciò ha condotto, a suo tempo, la Commissione Pajardi, incaricata di elaborare un progetto di riforma della legge fallimentare, a proporre l'abolizione del concordato preventivo per cessione dei beni. La soluzione non appare tuttavia accettabile, perché essa finisce per riservare all'attivo la esclusiva sorte di venire liquidato dal curatore fallimentare, con la perdita della speranza di un realizzo al meglio da parte dei creditori.

Il rilancio dell'istituto del concordato preventivo con cessione dei beni, passa attraverso un maggiore coinvolgimento dei creditori alla liquidazione dell'attivo.

Esso richiede che la *cessio bonorum* venga considerata, sin dall'inizio, *pro saluto* e che il realizzo in ultima analisi sia considerato di totale spettanza dei creditori.

Questo modo di intendere la cessione dei beni *pro saluto* corrisponde a quanto affermò il n. 37 della medesima relazione ministeriale, alla odierna legge fallimentare.

Il testo dell'art. 160, comma 2, n. 2 legge fallim. viene qui integrato con la precisazione che la cessione dei beni avverrebbe *pro saluto*. Il secondo grosso limite dell'attuale disciplina è che la proposta del concordato preventivo, in ogni sua forma, passa attraverso la indispensabile iniziativa del debitore insolvente ed è ad essa subordinata.

Non è cioè previsto che i creditori (e tanto meno taluno o una cordata di essi) possano prendere alcuna iniziativa, a questo riguardo, e che possano essi proporre un concordato per la acquisizione dei beni.

Ciò, almeno nel caso che il debitore non possa o non voglia farlo. A questo proposito appare emblematico il caso dell'imprenditore insolvente che non si trova nelle condizioni soggettive di cui al comma 1 del citato art. 160.

In questa ipotesi i creditori possono solo rendersi promotori della dichiarazione di fallimento.

Solo una concezione penale della procedura fallimentare a carico dell'imprenditore insolvente (che ormai è andata persa da gran tempo nella società), o una visione ottimistica del metodo di realizzo (che all'opposto è smentita ogni giorno dal carattere distruttivo

del valori), possono giustificare codesto ruolo passivo, quando subalterno, dei creditori.

La società contemporanea privilegia correttamente soluzioni che mirano a preservare, all'opposto, i valori e tendono in ogni caso al maggior realizzo possibile.

Il valore economico e sociale dell'impresa, e del suo avviamento e l'esigenza avvertita di preservare un numero di posti di lavoro quanto più ampio possibile, richiedono la mobilitazione di ogni energia finalizzata al risultato più costruttivo. Sotto questo profilo i creditori appaiono i principali interessati a valorizzare i beni del comune debitore. Essi sovente conoscono meglio di altri i concreti valori di tali beni.

La disciplina vigente, che esclude i creditori dalla possibilità di rilevare tali beni, li condanna ad attendere il momento remoto in cui i valori aziendali non esisteranno più e il curatore deciderà di venderli in modo frazionato.

Da un altro punto di vista non appare soluzione adeguata quella che riserva la cessione dei beni alla collettività di tutti i creditori e non a chi invece è concretamente interessato.

A codesto grave limite può sopperire l'introduzione nel nostro ordinamento del concordato preventivo su domanda di quei creditori che vogliono rendersi cessionari dei beni.

Si tratta di una soluzione analoga a quella dell'assegnazione dei beni pignorati nell'ambito dell'esecuzione forzata artt. 529, 530 e 538, comma 2, 552, 553 e 589 cod. proc. civ.

La domanda di concordato da parte di creditori costituirà un mezzo residuale di soddisfo dei crediti rispetto al concordato preventivo su offerta dal debitore. Quest'ultimo, rappresenterà la soluzione che avrà la precedenza per il rispetto dovuto alla proprietà dell'azienda.

Tuttavia si danno casi in cui il debitore non possa proporre una domanda di concordato preventivo, come si è visto quando non ricorrano i requisiti di meritevolezza di cui all'art. 160, comma 1, legge fallim. o nel caso in cui non si reperiscano possibilità di garanzie o di un assure o lo stesso debitore non voglia proporre il concordato.

In una situazione del genere non appare socialmente apprezzabile una soluzione che renda inevitabile la liquidazione fallimentare,

senza offrire ai creditori la possibilità di rendersi cessionari dei beni contro l'offerta di estinguere almeno in via percentuale i debiti.

L'offerta di concordato da parte dei creditori indubbiamente è destinata ad avere un ruolo subordinato rispetto alla facoltà riservata in via prioritaria al debitore.

L'iniziativa dei creditori non deve tradursi in un loro potere di espropriare quest'ultimo.

È opportuno che essa venga limitata – in attesa di una disciplina più vasta – alle ipotesi previste dagli artt. 162, 173, 179, 181, comma 2, 186, commi 2 e 3 legge fallim., nelle quali il debitore ha avanzato domanda di concordato preventivo e tuttavia, a seguito della declaratoria della inammissibilità o della mancata approvazione da parte dei creditori o della mancata omologa del Tribunale, l'unica prospettiva resterebbe la dichiarazione di fallimento.

Parimenti l'iniziativa dei creditori potrebbe essere autorizzata anche nel caso di cui all'art. 193, comma 2, legge fallim. con riguardo a verificarsi della scadenza dell'amministrazione controllata, senza un esito positivo.

Per il nuovo istituto dovrebbero prevedersi le seguenti regole:

A) Non si richiede che la domanda venga avanzata collettivamente da tutti i creditori perché ciò appare una evenienza piuttosto rara, e dall'altro lato non pare giusto che ogni singolo creditore corra il rischio deciso dalla maggioranza.

A proporre la domanda può essere una cordata di creditori o anche uno solo o più tra essi che offrano a stralcio di liquidare gli altri creditori, con liberazione del debitore a fronte del rilievo delle attività. In particolare la domanda deve essere finalizzata alla prospettiva di conservare l'impresa.

B) La domanda può essere avanzata anche attraverso meccanismi societari quali una società controllata dal creditore offerente o costituita allo scopo specifico.

In altri paesi (ad esempio gli U.S.A. in base al capitolo X del Chandler Act del 1938) quel legislatore ha previsto la conversione *ope iudicis* dei crediti in capitali di rischio, nella logica della conservazione dell'impresa.

È auspicabile che il nostro ordinamento favorisca con agevolazioni fiscali la conversione dei crediti in capitali di rischio di società di creditori e il rilievo di attività, come ha fatto l'art. 39 del progetto Pajardi in materia di amministrazione straordinaria.

Codeste agevolazioni finalizzate a conservare l'impresa e a esonerare la tassazione di plusvalenze non può apparire un sacrificio insopportabile perché il nostro sistema assicura ai creditori detrazioni per le perdite dei crediti.

C) La domanda deve assumere la forma del ricorso al Tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa.

Essa deve contenere la richiesta di aggiudicazione delle attività, l'offerta della percentuale ai creditori chirografari e dell'intero importo dovuto a quelli privilegiati, con l'impegno di liberare il debitore nel caso positivo.

La domanda deve anche contenere la descrizione della propria situazione patrimoniale, del piano economico predisposto per la conservazione dell'azienda e l'impegno a conservare l'impresa, anche mediante opportune ristrutturazioni.

L'offerta dovrà contemplare anche l'indicazione di garanzie e potrebbero offrirsi anche garanzie atipiche, sulla falsa riga del progetto Pajardi.

D) Il Tribunale sentirà il debitore e il comitato dei creditori e quindi, previ gli accertamenti del caso, procederà alla verifica della ammissibilità della proposta e nel caso positivo disporrà la convocazione dei creditori per la votazione sulla proposta di concordato.

A questa si applicheranno le norme di cui agli artt. da 174 a 178 della legge fallim. e poi si procederà alla omologazione del concordato cui si applicheranno gli artt. 180 segg. della legge fallimentare.

E) L'articolato proposto potrebbe essere ad esempio del seguente tenore:

L'art. 160 - comma 2, n. 2, è sostituito dal seguente:

2. «*Che il debitore offra ai creditori per il pagamento dei suoi beni la cessione pro soluto di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta del concordato, tranne quelli indicati*

dall'art. 46, sempre che la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori potranno essere soddisfatti almeno nella misura indicata nel n. 1».

Dopo l'art. 162 è inserito il seguente:

«Art. 162 bis - Concordato su proposta dei creditori.

1. *Il Tribunale pronuncia la sentenza di fallimento nella ipotesi di cui all'art. 162, comma 2, e in quelle previste dagli artt. 163, comma 2, 173, 179, 181, comma 2, e 193, comma 2, ove non sia stata avanzata nel termine di sessanta giorni dai creditori o da taluno di essi una offerta di concordato finalizzata alla conservazione dell'impresa anche mediante un programma di ristrutturazione. La domanda deve essere proposta sotto forma di ricorso al tribunale del luogo dove l'impresa ha la sua sede principale.*

2. *La domanda di cui al comma 1 deve contenere la proposta di rilevare le attività dal debitore, anche a nome e per conto di società all'uopo costituite, con l'offerta di pagare al cento per cento i debiti privilegiati e una percentuale non inferiore al 40% ai crediti chirografari con la promessa impegnativa della liberazione del debitore, in caso di omologazione. La proposta deve altresì contenere l'enunciazione dello scopo della conservazione dell'azienda anche mediante una sua ristrutturazione.*

3. *La domanda di cui ai commi 1 e 2 deve essere corredata dalla descrizione della situazione patrimoniale del proponente e dal programma economico di conservazione dell'azienda. Essa indica altresì le garanzie da offrire nel caso fossero eventualmente richieste ai fini dell'omologazione del concordato.*

4. *Il tribunale sentiti il debitore e il comitato dei creditori dichiara o meno ammissibile la domanda di concordato e in caso positivo ordina la convocazione dei creditori per la liberazione della proposta di concordato e da provvedimenti per la successiva omologazione. Al concordato su proposta dei creditori si applicano in quanto compatibili le norme di cui ai capi IV; V e VI del presente titolo III».*

All'art. 186, è aggiunto, il seguente comma:

«*Nel caso di concordato su proposta dei creditori questo viene dichiarato risolto anche nella ipotesi di liquidazione dell'impresa oggetto dell'impegno di conservazione».*

3. – *Con riguardo al concordato fallimentare* ⁽³⁾

È sotto gli occhi di tutti quanto sia povera la realtà dei realizzamenti fallimentari, sovente perseguiti in modo assolutamente ignaro dei valori economici e dispersivo dell'azienda fallita.

In alternativa a codesta liquidazione, a cura del curatore, gli artt. 124 segg. delle disposizioni in materia di procedure concorsuali, contemplano il concordato fallimentare nelle forme del concordato con garanzie o mediante assuntore.

Esso tuttavia è rimesso all'esclusiva iniziativa del debitore fallito.

I creditori, in entrambi i casi considerati, sono chiamati ad un ruolo prevalentemente passivo e molto marginale.

Essi finiscono ad assistere al realizzo dispersivo dei valori economici dell'azienda ad opera del curatore e sono alla mercé dell'iniziativa del fallito, che ormai non gode della credibilità necessaria per suscitare e cogliere da terzi le opportunità del caso.

Anche nel caso in cui il concordato riesca a concretarsi, difficilmente si avrà il risultato desiderabile.

La nostra legge non prevede che i creditori possano assumere una autonoma iniziativa per proporre un concordato fallimentare. Essi, anche laddove fossero interessati al rilievo, devono passare attraverso l'iniziativa indispensabile del debitore fallito.

Questa soluzione non appare ragionevole, perché i creditori sono i più interessati alla valorizzazione delle attività fallimentari ed alle residue prospettive produttive dell'azienda fallita. La mancanza di uno strumento del genere appare del resto in disarmonia con i principi sistematici del nostro ordinamento che legittimano, nell'esecuzione civile, ciascuno dei creditori concorrenti a domandare l'assegnazione del compendio pignorato.

Esso è destinato a concorrere con quello tradizionale, su proposta del debitore, previsto dall'art. 124 legge fallim.

Si tratta di uno strumento di realizzazione in più di quello che è attualmente previsto.

Al fondo della proposta avanzata vi è la logica economica della conversione dei crediti in capitali di rischio.

(3) Esso è stato presentato come disegno di legge n. 2814 durante la decima legislatura alla Presidenza del Senato e nella undicesima come disegno di legge n. 1225 alla Presidenza della Camera dei Deputati.

Per il nuovo istituto si propongono le seguenti regole:

A) Non si richiede che la domanda venga avanzata da tutti i creditori, in quanto da un lato ciò appare una evenienza piuttosto rara e difficile da verificarsi, e dall'altra non si ritiene giusto che una maggioranza di creditori possa imporre al singolo creditore di correre un'alea non voluta.

A proporre la domanda può essere una cordata di creditori o anche uno solo o più tra essi.

Nel caso di più offerte è preferita quella che offre maggiori prospettive di conservazione dell'impresa da rilevare.

B) La domanda può essere avanzata anche attraverso meccanismi societari, quale una società controllata dal creditore offerente, o costituita allo scopo specifico del rilievo delle attività fallimentari. È auspicabile che il nostro ordinamento abbia a favorire la costituzione di società di creditori, con agevolazioni fiscali, per quanto riguarda il conferimento dei crediti in capitali di rischio ed il rilievo di attività, in analogia a quanto il progetto di riforma della legge fallimentare, elaborato nel 1984 dalla commissione Pajardi, ha previsto all'art. 39 in materia di amministrazione straordinaria.

Codeste agevolazioni, del resto, appaiono indispensabili ad incentivare la conversione dei crediti in capitali di rischio e così ad assicurare una esenzione da una tassazione delle plusvalenze che dovessero evidenziarsi successivamente.

Ciò in relazione allo scopo, non può apparire un sacrificio insopportabile, tanto più che il nostro sistema assicura codesta esenzione ai creditori in ordine alle perdite sui crediti.

Quanto sopra è proposto all'art. 124 *bis*.

C) La domanda deve assumere la forma e contenere le indicazioni prescritte dall'art. 124 in materia di concordato fallimentare su proposta del debitore.

Oltre a tali indicazioni l'art. 124 *ter*, di cui si propone qui l'introduzione richiede che l'offerente produca una descrizione della propria situazione patrimoniale ed eventualmente anche del piano economico predisposto per la conservazione dell'azienda.

A differenza di quanto previsto dall'art. 124, comma 1, legge fal-

lim., non si richiede necessariamente l'offerta di garanzie in quanto esse possono rendersi non necessarie alla base della situazione patrimoniale dell'offerente.

In questo senso la proposta corrisponde alle atipiche garanzie prospettate dal progetto Pajardi di riforma della legge fallimentare.

Ovviamente, anche per i creditori proponenti, valgono le norme di cui all'art. 124, comma 2 e 3, legge fallim.

D) Nei casi sopra considerati di concordato su iniziativa dei creditori, il giudice deve ovviamente sentire il debitore ed assegnargli un termine per sue eventuali osservazioni sulla domanda di concordato proposto.

Questa previsione consegue alla circostanza che, nel concordato su proposta dei creditori, il debitore interessato e la sua collaborazione può assumere un ruolo positivo nell'interesse delle decisioni degli organi giurisdizionali.

E) L'articolato proposto potrebbe essere del seguente tenore:

«Art. 124 bis - Concordato su proposta dei creditori. - I creditori o taluno di essi possono domandare l'assegnazione delle attività fallimentari; mediante l'estinzione delle passività chirografiche, in via percentuale. L'assegnazione può essere disposta anche a favore di società da essi costituita a tale scopo o comunque da essi controllata.

È preferita la domanda che offra maggiori garanzie di conservazione dell'impresa anche attraverso ristrutturazioni economiche e conversioni produttive.

Art. 124 ter - Requisiti della domanda. - La domanda di concordato di cui all'art. 124 bis deve essere avanzata e contenere le indicazioni prescritte dall'art. 124 e deve altresì contenere la descrizione della situazione patrimoniale dell'offerente e del piano economico eventualmente predisposto per la conservazione dell'impresa».

All'art. 125 è aggiunto infine il seguente comma: *«Nel caso previsto dagli artt. 124 bis e 124 ter il giudice delegato sente altresì il debitore e gli assegna un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta giorni dall'annata del provvedimento, per sue eventuali osservazioni».*