



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE
COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

I QUADERNI

numero

75

A cura di:

Giannicola Rocca
Giuseppe Acciaro

IL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

COMMISSIONE CRISI, RISTRUTTURAZIONI E RISANAMENTO DI IMPRESA

4.4 Omologa del concordato preventivo ed esecutività del decreto

Natascia Alesiani ^[30]

4.4.1 Omologa, fase preliminare: convocazione in Camera di Consiglio

L'omologa del concordato è da considerarsi l'atto conclusivo della procedura concordataria con il quale sorge l'obbligo del debitore di adempiere alla proposta stessa. Con tale atto termina l'attività giudiziale, pur permanendo il controllo del commissario, e prende il via l'attività esecutiva e l'obbligo del debitore di adempiere alla proposta concordataria. L'articolo 180 L. Fall., al comma primo, disciplina che *“se il concordato è stato approvato a norma del primo comma dell'articolo 177, il giudice delegato riferisce al tribunale il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti”*.

Sotto il profilo procedurale, terminata l'attività di voto, il giudice delegato provvede a riferire le risultanze della stessa al tribunale il quale fissa l'udienza di omologa. Per la partecipazione all'udienza è necessaria la costituzione delle parti in giudizio almeno dieci giorni prima della data fissata ai sensi dall'art. 180 comma secondo: *“Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere”*. Stante l'omessa espressa previsione, il suddetto termine non deve considerarsi perentorio poichè, ai sensi dell'art. 152 c.p.c. comma secondo, devono considerarsi perentori i soli termini processuali dichiarati espressamente tali dal legislatore. Tale volontà è confermata anche dalla mancanza di sanzioni per l'inosservanza del termine previsto (e così la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 18987 del 16.09.2011). Questo comporta che l'opposizione proposta dal creditore il giorno prima è regolare e non va quindi sanzionata con la inammissibilità, per cui il tribunale deve provvedere a norma del comma quarto – e

³⁰ Dottore Commercialista, Componente della Commissione Crisi, Ristrutturazione Risanamento d'Impresa Odcec Milano, Curatore Fallimentare Tribunale di Milano

non terzo – dell’art. 18 L. Fall.

Il tribunale, nella fase di omologazione di un concordato in continuità aziendale, dovrà valutare se la continuazione è funzionale a garantire la soddisfazione dei crediti concorsuali, svolgendo un controllo più incisivo rispetto al concordato senza continuità e verificherà la fattibilità giuridica del piano, che dovrà garantire un equilibrio finanziario. Il tribunale dovrà accertare altresì la completezza del piano, che dovrà riportare l’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi nel periodo di riferimento e l’attestazione del professionista circa la preferenza della continuazione dell’attività rispetto alla liquidazione dei beni.

4.4.2 Assenza di opposizioni

Durante il giudizio di omologazione, a cui parteciperanno il debitore, il commissario giudiziale e gli eventuali creditori dissenzienti, si prende in esame il parere motivato depositato dal commissario nei dieci giorni precedenti e viene riferito ai creditori l’eventuale mutamento delle iniziali condizioni di fattibilità del piano, nel dettaglio sopra espresso, così da consentire loro la possibilità di modificare il voto già espresso. I creditori dissenzienti ed ogni altro interessato (compresi i creditori non ammessi al voto: Cass., 29.2.2016, n. 3954), invece, potranno proporre eventuale opposizione. Qualora non fossero state depositate opposizioni, il tribunale, dopo aver accertato la “regolarità della procedura” e l’effettiva sussistenza dei crediti ammessi al voto o la regolarità delle operazioni di voto tramite la relazione del commissario, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame così come previsto dall’art. 180 comma terzo.

Essendo il giudizio di omologazione svolto senza opposizioni, trova applicazione il quarto comma dell’art. 129 L. Fall. per il quale “*se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l’esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame*”. Espressione quest’ultima che induce alcuni autori e la stessa Cassazione (cfr. Cass. 14/02/2011, n. 3585) ad affermare che avverso tale provvedimento possa essere presentato ricorso immediato per cassazione *ex art. 111 Cost.* trattandosi di decreto dotato dei caratteri

della decisorietà e della definitività essendo obbligatorio per tutti i creditori anteriori.

Il ricorso straordinario di cui all'art. 111 Cost. può riguardare soltanto vizi propri del provvedimento di omologa e non certo questioni di merito di tutela dei propri diritti, che dovevano essere fatti valere con l'opposizione nel giudizio di omologa e, in ogni caso non può il ricorso straordinario essere considerato quale mezzo di impugnazione, come il reclamo in appello nel caso di omologa con opposizioni, tanto da far ritenere il provvedimento definitivo.

Il tribunale può rigettare la richiesta di omologa del concordato preventivo, anche in assenza di formali opposizioni da parte dei creditori, laddove venga riscontrata in questa fase la mancata persistenza dei presupposti e dei requisiti di ammissibilità alla procedura, sulla base dell'attività di verifica condotta dal commissario giudiziale, espressa nel parere ex art. 180, secondo comma. Deve negarsi, pertanto, che in sede di omologazione il controllo giudiziale si risolva in un mero riscontro dell'esito delle votazioni, ma si ammette anzi la legittimità del potere di sindacato del tribunale sul requisito di fattibilità del piano di concordato, pur in assenza di opposizioni all'omologazione, anche alla luce del disposto di cui all'art. 173 L. Fall., Tribunale Perugia 26 ottobre 2012. ^[31]

4.4.3 Opposizione al decreto di omologa

Se invece opposizioni fossero state sollevate, si instaurerà un vero e proprio giudizio contenzioso, seppure nella forma del rito camerale.

L'opposizione può essere fondata sulla ritenuta non convenienza della proposta. In questo caso la legge dà espressamente conto (e la giurisprudenza stessa, Cass., 4.7.2014, n. 15345, la circoscrive) soltanto con riferimento alle ipotesi in cui essa venga sollevata:

- i) da "un creditore" (dissenziante) "appartenente ad una classe dissenziente", se vi sia stata suddivisione dei creditori in classi;
- ii) ovvero, in caso di mancata formazione delle classi, da tanti creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

Ciò verosimilmente perché, laddove si tratti di proposta unitaria rivolta indistintamente a tutti, bisognerà ragionevolmente presumerla come conveniente, se già appro-

³¹ www.ilcaso.it

vata da una maggioranza altamente qualificata.

Quando invece sia prevista la suddivisione dei creditori in classi, un'opposizione del singolo sulla convenienza troverà giustificazione in quanto rivolta non tanto alla proposta nel suo insieme, quanto piuttosto a quella sua parte che abbia previsto un certo "trattamento differenziato" per una singola classe e che potrebbe quindi celare qualche discriminazione a danno dei creditori appartenenti ad una specifica classe, infatti dissenziente^[32].

L'opposizione, in questi casi, sarà risolta valutando la fondatezza dell'asserita "sconvenienza", secondo un metro che la legge (art. 180, L. Fall.), attingendo all'esperienza statunitense, individua nel cd. *best interest test*: l'opposizione sarà respinta qualora il tribunale ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura "non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili", fra le quali, in pratica, viene considerata solo quella fallimentare (mentre è dubbio se possa valutarsi come alternativa una proposta concorrente già "scartata"). Il debitore, già in fase di presentazione del ricorso, dovrà indicare la specifica utilità economica della proposta per ciascun creditore. Se dunque il "test del migliore interesse" venisse superato, l'opponente dovrà senz'altro accettare il trattamento riservatogli (cd. *cram down*). Altrimenti l'opposizione sarà accolta, con l'esito appresso ricordato.

Le opposizioni potranno fondarsi anche su asseriti vizi del procedimento (erroneo conteggio del voto, mancata discussione, ecc.) o sull'asserita non fattibilità del piano: adducendo ad esempio l'erroneità della relazione del professionista o la mancanza sopravvenuta degli elementi di fatto su cui il giudizio di fattibilità si era inizialmente fondato (Cass., 23.6.2011, n. 13817, secondo cui l'opposizione dei creditori aprirebbe un contrasto sulla valutazione della fattibilità, che verrebbe così deferita al tribunale). Nei limiti dei motivi fatti valere con le opposizioni, il tribunale, assunti i necessari mezzi istruttori, dovrà pronunciarsi con decreto motivato. Se l'opposizione verrà accolta, il decreto sarà di rigetto della proposta, in tal caso potendosi far luogo ad una dichiarazione di fallimento. Altrimenti, sarà emanato il decreto di omologazione del concordato, con il quale la procedura potrà dirsi conclusa (art. 181 L. Fall.).

Tanto che sia di rigetto quanto di omologazione, il decreto potrà poi essere oggetto di

³² Enciclopedia Treccani – Procedure concorsuali

reclamo alla Corte d'Appello, che provvederà in camera di consiglio con sentenza a sua volta suscettibile di ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* Ma in ogni caso, pur in presenza di reclamo, il decreto del tribunale sarà provvisoriamente esecutivo.

A tal proposito è opportuno evidenziare che il carattere della provvisoria esecutività, previsto dell'art. 180, comma 5, L. Fall., del decreto di omologa del concordato preventivo non è suscettibile di sospensione come stabilito della Corte di Appello di Genova con decreto del 14 novembre 2013. I giudici di appello hanno preliminarmente evidenziato che, in tema di concordato preventivo, non esistono norme paragonabili all'art.19, comma 1, L. Fall. che prevede, in tema di fallimento, pendente reclamo avverso lo stesso, la sospensione della liquidazione dell'attivo. Ed infatti, il disposto normativo di cui all'art.19 L. Fall. secondo cui "proposto il reclamo, la corte d'appello, su richiesta di parte o del curatore può, quando ricorrono gravi motivi, sospendere in tutto o in parte, ovvero temporaneamente la liquidazione dell'attivo" si presenta come una novità assoluta, da leggere in connessione con la norma dell'art.18, 3 co. L. Fall. volta ad escludere che alla proposizione del reclamo possa ritenersi collegato l'effetto sospensivo della efficacia della sentenza di fallimento, consentendo invece la sospensione soltanto della liquidazione dell'attivo; tutte le altre attività della procedura concorsuale non possono essere sospese.

I giudici hanno altresì precisato che, come in materia di fallimento, l'esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento *ex art.16*, ultimo comma, L. Fall. non è suscettibile di sospensione atteso che gli effetti della stessa possono essere rimossi solo con il passaggio in giudicato della sentenza che revoca il fallimento, così, tale ragionamento può essere concretamente applicato in tema di reclamo avverso l'omologazione del concordato preventivo.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, i giudici, ritenuto che in sede di reclamo avverso il provvedimento di omologa del concordato preventivo non possa essere accolta l'istanza di sospensione del decreto di omologazione provvisoriamente esecutivo *ex art.180* comma 5 l.fall, hanno rigettato la domanda e rinviato la causa per la discussione sul reclamo.

4.4.4 Revoca dell'omologa

Qualora la Corte d'appello pronunci la revoca dell'omologa del concordato preventivo, su reclamo *ex art. 182 L. Fall.*, con rimessione degli atti al tribunale per i provvedimenti di competenza, e la debitrice concordataria abbia impugnato tale provvedimento con ricorso per Cassazione, il tribunale non è obbligato a dichiarare il fallimento – ad eccezione del caso in cui sia fatta istanza dal P.M. o dai creditori – dovendosi ritenere che la decisione resa in sede di reclamo non sia esecutiva sino al suo passaggio in giudicato. È questo quanto affermato con la sentenza del Tribunale di Rovereto, 16 luglio 2015. Per un verso, infatti, non è possibile formulare un principio di carattere generale vigente per tutti i procedimenti camerali quando si discute di efficacia dei provvedimenti ancora soggetti ad impugnazione; per altro verso, l'analisi della peculiare disciplina legale degli effetti del decreto di omologazione del concordato preventivo induce a considerare che gli effetti del rimedio impugnatorio debbano essere ricostruiti in analogia con quanto stabilito dalla giurisprudenza con riferimento alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento. L'equiparazione operata dall'*art. 180 L. Fall.* tra gli effetti – provvisoriamente esecutivi – della decisione di omologa del concordato preventivo e quelli della sentenza dichiarativa di fallimento impone di confrontarsi con la giurisprudenza di Cassazione in materia di esecutività della decisione di revoca della sentenza di fallimento, assunta in sede di reclamo, ed induce a ritenere che la stessa ratio, ossia la tutela dei creditori (meglio realizzata dall'ipotesi concordataria in continuità, che, oltre ad essere stata accettata dalla maggioranza di essi, è per sua stessa natura più conveniente dell'ipotesi liquidatoria fallimentare), possa giustificare la non esecutività del provvedimento emesso dalla Corte d'appello fino alla definitività della decisione sul reclamo stesso.

La superiore conclusione non è revocata in dubbio dalla pronuncia delle Sez. Un. n. 9953/2015, ove si è affermato che, al verificarsi degli eventi previsti dagli *artt. 162, 173, 179 e 180 L. Fall.*, il fallimento dell'imprenditore può essere dichiarato, su istanza del creditore o del pubblico ministero, con sentenza contestuale al decreto di revoca-inammissibilità-diniego di omologa della procedura concordataria. A tali eventi non è infatti parificabile il rigetto dell'omologa *ex art. 182 L. Fall.*, sia perché in siffatta ipotesi è stato impugnato davanti alla Corte d'appello un decreto di omologazione che ha dato pieno ingresso alla procedura concordataria, e non vi ha, invece, posto fine; sia

perché è impossibile una contestualità tra la decisione che pone fine alla procedura concordataria e la dichiarazione di fallimento, anzi affidate ad organi giudiziari distinti. La pendenza del ricorso per Cassazione, che mantiene in vita il procedimento di concordato preventivo, impone dunque un coordinamento con la parallela procedura prefallimentare affidato al Tribunale ^[33].

4.4.5 Gli effetti dell'omologazione e l'esecuzione del concordato

Con l'omologazione, in particolare di un concordato preventivo in continuità, la società torna *in bonis* ed è restituita al suo organo amministrativo, il quale dovrà operare nel rispetto del piano: essa sarà obbligata a dare esecuzione a quanto promesso nel piano concordatario, sia in termini di pagamenti veri e propri, sia in termini di atti a ciò funzionali (costituzione delle garanzie promesse, atti gestori, modificazioni statutarie, ecc.). Il debitore recupererà piena capacità d'agire e processuale, e sarà inoltre liberato dalle obbligazioni il cui adempimento non sia previsto dalla proposta approvata: il tribunale non sarà munito di poteri autorizzativi e il suo ruolo sarà limitato al controllo, tramite il commissario giudiziale, dell'attività gestoria svolta dagli amministratori. Non è quindi necessario nominare un liquidatore giudiziale e, se prevista un'attività di liquidazione dei beni non funzionali alla continuità, essa deve essere svolta dagli amministratori, sotto il controllo degli organi di procedura.

In caso di società con soci a responsabilità illimitata, il concordato produrrà effetti liberatori anche a favore di questi ultimi, sempre che non consti patto contrario; ciò, peraltro, nei confronti dei soli creditori sociali, mentre quelli particolari conserveranno impregiudicata ogni loro ragione. L'effetto esdebitatorio vincolerà tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato. Restano vincolati anche i creditori dissenzienti, come pure l'Erario, pur se abbia espresso voto contrario ^[34]. Restano vincolati altresì i creditori il cui credito abbia titolo precedente, ma accertato in epoca successiva ^[35]. Fra di essi anche quelli che non abbiano partecipato alla procedura: ac-

³³ www.ilcaso.it – Crisi d'impresa

³⁴ Cass., 4.11.2011, n. 22931

³⁵ Cass., 10.8.2007, n. 17637; Cass. 25.7.2007, n. 6426

certato il loro diritto (e procuratisi un titolo esecutivo), potranno quindi farlo valere, ma nei limiti di quanto loro dovuto secondo le percentuali concordatarie ^[36].

I creditori successivi, invece, manterranno integra ogni loro pretesa sostanziale e processuale.

I creditori anteriori conserveranno intatti i loro diritti nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore, e degli obbligati in via di regresso con quest'ultimo (in deroga al principio di comunicabilità degli effetti favorevoli fra condebitori, risultante dall'art. 1301 C.C. in tema di remissione volontaria, ovvero *ex art.* 1239 o *ex art.* 1941 C.C. per la fideiussione ^[37];

In caso di successivo fallimento (cd. consecuzione di procedure):

a) gli atti e i pagamenti compiuti in funzione della procedura o in esecuzione del piano omologato saranno esentati da azione revocatoria fallimentare;

b) i crediti derivanti dalla “nuova finanza” concessa all'impresa alle condizioni previste di cui all'art. 182 *quater* godranno della prededucibilità. Si tratterà, in particolare dei crediti derivanti da finanziamenti erogati:

- in funzione della presentazione della domanda di omologazione (c.d. finanziamenti-ponte, normalmente erogati per consentire all'impresa di sopravvivere fino all'omologazione e di predisporre la domanda), purché la prededucazione sia prevista nel piano e sia espressamente prevista nel provvedimento che accoglie la domanda ^[38];
- ovvero in esecuzione del concordato ^[39], sempre se espressamente previsti dal piano. Analogo beneficio è concesso anche ai finanziamenti erogati da soci di s.r.l., oppure da altre società del gruppo cui appartenga l'impresa poi fallita (artt. 2467 e 2497-*bis* C.C.), seppure non integralmente, ma nella misura dell'80%.

c) inoltre, varrà l'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 *bis*) in relazione al compimento di atti o pagamenti o altre «operazioni» posti in essere in esecuzione del concordato, risultando essi legittimati da un'omologazione giudiziale ^[40].

³⁶ Cass., 10.4.1995, n. 4139

³⁷ Cass., 27.10.2006, n. 23275, Cass., 27.12.2005, n. 28774

³⁸ Verna, G., Sulla prededucazione 'in funzione' nel concordato preventivo, in *Dir. fall.*, 2015, I, 90 ss.

³⁹ D'Alessandro, F., Il nuovo art. 217-*bis*, *L. Fall.*, in *Soc.*, 2011, 201 ss.

⁴⁰ Enciclopedia Treccani – Procedure concorsuali