

## LA FORMAZIONE DI CLASSI NEL CONCORDATO PREVENTIVO: IPOTESI APPLICATIVE (\*)

DANILO GALLETTI

Sommario: 1- La formazione delle classi. – 2. I prestiti sociali ed i crediti subordinati; l'APR "all'italiana". - 3. Classi obbligatorie ? - 4. Al voto ! - 5. *Il cram down*.

1. *La formazione delle classi*. – L'art. 160 l. fall., com'è noto, statuisce che le classi di creditori sono caratterizzate da "*omogeneità giuridica e di interesse economico*".

L'interprete non dispone di ulteriori elementi, rispetto a tale indizio testuale ed alla ricostruzione sistematica, per ritrarre indicazioni operative circa la metodologia di formazione delle stesse.

La suddivisione in *classes* corrisponde in realtà non ad una generica esigenza di tutela dei creditori, né ad un'istanza equitativa, di giustizia distributiva, bensì all'esigenza di superare la resistenza "strategica" di taluni creditori, che altrimenti potrebbero strumentalizzare il proprio potere di "veto" (minacciando il voto contrario) al fine di ottenere vantaggi ingiusti e "privati"; ciò accade, tipicamente, per quei creditori il cui interesse sia a ben vedere sostanzialmente neutro rispetto all'alternativa fra liquidazione e risanamento.

Nel nostro sistema tradizionalmente questo problema era risolto, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata, attraverso la sterilizzazione del voto dei creditori "privilegiati", vincolo che per la sua rigidità, e per l'ottusità di certe conseguenze applicative <sup>(1)</sup>, era stato sottoposto a penetranti critiche.

La prima applicazione delle classi, coll'art. 4bis d.l. n. 347/2003, nell'ambito della procedura "Parmalat", ha mostrato tuttavia tutta la difficoltà di trapiantare istituti estranei alla nostra tradizione giuridica: la

---

(\*) Il presente lavoro riproduce, con poche aggiunte, il testo scritto dell'intervento al seminario di Cortina d'Ampezzo, del 19 gennaio 2007.

<sup>(1)</sup> Si pensi alle possibilità opportunistiche concesse a quei creditori, il cui credito fosse stato ammesso al passivo con privilegio speciale, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, ma senza alcuna possibilità concreta di rinvenire la cosa oggetto del privilegio al momento del riparto finale.

proposta di concordato della procedura ha infatti affermato di aver proceduto a raggruppare tutti i creditori in tre classi (prededucibili, privilegiati e chirografari), ma ha poi escluso inopinatamente dal voto i privilegiati <sup>(2)</sup>. In tal modo però si è creata una bizzarra crasi fra due strumenti alternativi per la soluzione dell'identico problema dei veti "strategici", la cui illegittimità parrebbe assai probabile <sup>(3)</sup>, a meno di non voler intendere l'indicazione delle prime due classi come meramente didascalica: la sterilizzazione del voto dei privilegiati e la formazione di classi.

Negli States infatti una norma espressa abilita il debitore a non far votare i creditori appartenenti a classi "*not impaired*" <sup>(4)</sup>, norma che sembra difettare nel sistema italiano, ove in particolare nell'art. 4bis il meccanismo anti- "strategie" delle classi era chiaramente sostitutivo rispetto a quello tradizionale, della sterilizzazione del voto.

La facoltatività <sup>(5)</sup> del meccanismo della creazione delle classi non si può risolvere in una scelta arbitraria, ma nella concessione di una discrezionalità condizionata dalla ricorrenza di obiettive eterogeneità nella platea dei creditori, che impongono un classamento.

Facoltatività nemmeno testualmente indefettibile, in teoria, se solo si pensa alla possibilità di renderla "giustiziabile", in astratto, attraverso una valutazione del Tribunale "in negativo" della correttezza <sup>(6)</sup> del piano, proprio rispetto alla mancata formazione di classi; si potrebbe cioè ritenere non corretta la elaborazione di un piano senza formazione di classi, là dove l'eterogeneità dei crediti lo imponga, soprattutto alla luce delle

---

<sup>(2)</sup> E si noti come il pagamento integrale degli stessi, subito dopo l'approvazione del concordato, benché forse risolutiva di qualsiasi interesse ad opporsi, non risolva il problema formale. Probabilmente ha inciso l'"anomalia" costituita dalla bassa rilevanza del privilegiato in questa procedura.

<sup>(3)</sup> Oltre alla bizzarra ricomprensione fra i creditori da classare di quelli portati in prededucazione, che non hanno natura concorsuale, e quindi non dovrebbero godere di alcun *locus standi* in una procedura di concordato.

<sup>(4)</sup> *Section 1124*, alla luce della quale è *not impaired* quella classe il cui piano "*leaves unaltered the legal, equitable, and contractual rights ... or notwithstanding any contractual provision or applicable law that entitles the holder of such claim or interest to demand or receive accelerated payment ... reinstates the maturity of such claim or interests as such maturity existed before such default ... compensates the holder of such claim or interest for any damages incurred as a result of any reasonable reliance by such holder on such contractual provision or such applicable law and does not otherwise alter the legal, equitable, or contractual rights*".

<sup>(5)</sup> Affermata ad es. da Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 793.

<sup>(6)</sup> Controllo di correttezza reso tuttavia assai arduo dalla mancata previsione, a differenza di quanto reca adesso l'art. 124, comma 2°, lett. b, per il concordato fallimentare, dell'obbligo di motivare circa il perché dei trattamenti differenziati.

considerazioni che seguono sulla funzione dell'istituto, estratte dall'interpretazione delle norme sulla formazione delle maggioranze.

In apparenza che tale (ossia quella di superare i veti opportunistici) sia la funzione attribuita dal legislatore all'istituto delle classi potrebbe essere posto indubbio, data la previsione della necessità per cui sia raggiunta comunque la maggioranza complessiva per valore dei crediti, oltre all'approvazione della maggioranza delle classi (art. 177, 2° co., 180, 4° co., l. fall.)<sup>(7)</sup>.

Infatti, sarebbe difficile sostenere che la predisposizione di classi serva a favorire l'approvazione del concordato, segmentando fra di loro i creditori, quando in ogni caso deve essere raggiunta la stessa maggioranza relativa al concordato privo di classi.

In realtà, è agevole rendersi conto di come sia proprio la possibilità di istituire trattamenti differenziati fra classi ad incentivare l'approvazione della proposta di concordato: in tal modo infatti si aumentano le probabilità che i creditori "favoriti" diano il loro assenso, isolando il dissenso potenzialmente "strategico" all'interno delle classi meno privilegiate.

Decisivo poi è l'oggetto del giudizio nel c.d. *cram down*, ove il Giudice deve verificare che il piano sia equo, rispetto alle "alternative concretamente prevedibili" (art. 177, 2° co.). In sostanza il legislatore rimette al Giudice il potere di stabilire se il dissenso espresso da una o più classi sia determinato da ragioni economiche serie, oppure se esso nasconda semplicemente la volontà di ottenere vantaggi "occulti" dal debitore, o da altri creditori, al fine di "comprare" l'assenso al piano.

Sarà ovviamente consigliabile, a tal fine, che le classi non siano istituite in numero pari; altrimenti elevato sarà il rischio che non si possa raggiungere la maggioranza, in contrasto anche con la *ratio* dell'istituto<sup>(8)</sup>, anche se di per sé un concordato così forgiato non sarebbe inammissibile.

Nel merito il contenuto delle classi dovrà essere strutturato proprio secondo la *ratio* appena esposta: il proponente dovrà (o meglio, potrà) in sostanza prendere in esame la situazione e gli incentivi di ciascuna tipologia

---

<sup>(7)</sup> Non condivisibile sembra invece la tesi di PANZANI, in DE CRESCIENZO- PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare, dal maxiemendamento alla legge 80 del 2005*, Milano, 2005, 48 s., per il quale la maggioranza dei crediti si imporrebbe soltanto nel concordato privo di classi, laddove negli altri la maggioranza per valore andrebbe riferita a quella interna a ciascuna classe.

<sup>(8)</sup> Com'è avvenuto invece nel caso deciso in sede di reclamo da App. Bologna, 27 gennaio 2006, inedita, ove le classi erano addirittura due, di cui una non approvante.

creditoria, isolando all'interno di ciascuna classe quelli che, rispetto ad una certa ipotesi di trattamento <sup>(9)</sup>, dovrebbero presentare analoghe propensioni.

Ad es. per individuare una classe di “piccoli creditori”, così misurando la scarsa propensione di questi ad accettare ipotesi ristrutturative che dilatino e rendano incerte le prospettive di realizzo, non basterà spesso far riferimento ad un determinato “taglio” riferito al valore facciale del credito <sup>(10)</sup>, ma occorrerà (o meglio, potrebbe essere spesso opportuno) anche esaminare il rapporto rispetto alle “dimensioni” del creditore <sup>(11)</sup>.

L'incrocio dei caratteri giuridici ed economici sembra consentito secondo la maggiore libertà possibile: dunque si potranno ad es. dividere, all'interno di un determinato prestito obbligazionario (variabile classificatoria giuridica) i portatori di obbligazioni per bassi importi, anche in senso relativo al detentore (variabile economica); ma non occorrerà sempre discriminare secondo entrambe le direttrici: ciò avverrà ad es., senza sollevare sospetti di “scorrettezza”, se la classificazione giuridica sia di per sé idonea a scriminare, a prescindere da quella economica <sup>(12)</sup>.

Proprio la rilevanza dell'interesse “economico” poi potrà consentire di tenere nella dovuta considerazione, e quindi di valutare in modo differenziato, la posizione di quei creditori, che a prescindere dalle dimensioni della propria esposizione, siano comunque interessati, più che alla liquidazione dei loro crediti, alla protrazione della relazione commerciale con l'imprenditore insolvente <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Il trattamento riservato a ciascuna classe dunque costituirà un parametro ineliminabile: in senso parzialmente critico però si v. FERRO, *Le classi di creditori nel concordato proposto dal commissario della amministrazione straordinaria speciale*, in *Fallimento*, 2004, 583.

<sup>(10)</sup> Anche se determinate soglie “minimali”, purché tali da non consentire di differenziare le propensioni di qualsiasi imprenditore, a prescindere dalle sue dimensioni, sembrerebbero mantenere un'attitudine classificatoria.

<sup>(11)</sup> Anche queste, come noto, di difficile ricognizione nel nostro ordinamento; ma nella predisposizione del piano si potrà far riferimento a qualsiasi grandezza economica ed aziendalistica; al riguardo i parametri individuati dalla Raccomandazione UE del 6 maggio 2003 (attenti anche a catturare l'autonomia del comportamento dell'imprenditore) potrebbero costituire una utile base di partenza.

<sup>(12)</sup> Ad es., emissione di obbligazioni per tagli consistenti, per ciò entrate solo nel portafoglio di investitori istituzionali

<sup>(13)</sup> Cfr. FERRO, *Classe di creditori*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura dello stesso Ferro, I, Padova, 2005, 143. L'ordinamento concorsuale attribuisce così parziale diritto di cittadinanza ad un interesse, tradizionalmente solo “gestito” dal Giudice, che non si esaurisce in quello di ottenere la soddisfazione di una posizione obbligatoria. Punto di emersione di tale categoria era comunque già costituito dall'art. 68 d. lgs. n. 270/1999, ove il riferimento privilegiato, a proposito del concordato, alle “forniture e vendite nel semestre anteriore alla dichiarazione di insolvenza”. L'ambito di rilevanza rimarrà tuttavia ristretto alle situazioni di compresenza nello stesso soggetto di tale qualità e comunque dello *status* di creditore.

Non parrebbe invece ammissibile dividere i membri di una classe “omogenea”, come detto sopra, in due o più classi diverse: in caso contrario sarebbe agevole per il proponente isolare non già categorie di creditori, ma singoli creditori recalcitranti, nella “riserva indiana” di una classe fittiziamente creata proprio al fine di provocarne il dissenso, e poi l’eventuale superamento tramite *cram down*; occorrerà sempre che sussistano ragioni economiche e giuridiche effettive, al fine di superare il vaglio giudiziale di correttezza.

Nella prassi sinora evidenziatasi è stato dato spazio ad es. alle seguenti classi, di creditori “chirografari”:

- 1) banche ed altri finanziatori “professionali”;
- 2) fideiussori escussi, talvolta qualificati espressamente come soci, in alcuni casi parificati alle banche;
- 3) fornitori, talvolta equiparati alle banche, senza considerazione del rapporto fra valore del credito e dimensioni del creditore, del loro maggiore o minore interesse per la protrazione della relazione commerciale;
- 4) obbligazionisti, in alcuni casi “postergati”;
- 5) soci per finanziamenti concessi alla società;
- 6) amministratori per compensi;
- 7) Privilegiati con privilegio “apparente” od “incapiente”.

Il sindacato del Giudice sulla correttezza della formazione delle classi dovrà essere condotto alla luce di tale “stella polare”: è corretto quel classamento che rispecchia la maggiore o minore propensione ad accettare o rifiutare la proposta, in relazione alle caratteristiche giuridiche ed economiche del creditore.

L’assenza di un onere formale di motivazione (a differenza del concordato fallimentare) non rende certo agevole il lavoro del Tribunale<sup>(14)</sup>, anche se di fatto l’indicazione del piano dei motivi per cui si effettua un certo classamento si imporrà anche nel concordato preventivo, correndosi altrimenti il rischio di non passare in concreto il vaglio di correttezza.

---

<sup>(14)</sup> Ad es. Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 570, dubita dell’antergazione dei lavoratori agli ipotecari, pur avvedendosi di come i primi possano necessitare di essere maggiormente “allettati” dalla proposta dei secondi, a causa degli incentivi asimmetrici dovuti alla garanzia del Fondo; Trib. Torino, 12 novembre 2005, *ivi*, non reputa sufficientemente motivato il differente trattamento di due classi di creditori assistiti entrambi da privilegio generale.

2. *I prestiti sociali ed i crediti subordinati; l'APR "all'italiana"*. - Un altro terreno su cui si potrà misurare la fantasia dei redattori di piano sarà quello dei prestiti sociali, ove sarà possibile ridurre le eventuali pretese di soci finanziatori minoritari ostili, per motivi di carattere non economico, all'idea di risanare l'impresa, od al contrario favorire la partecipazione dei soci al processo di ristrutturazione, consentendo loro di conservare una parte dei crediti verso la società.

Nell'applicazione dell'art. 2467 c.c., la giurisprudenza sembra prediligere l'impostazione per cui i soci finanziatori, anche qualora sussistano i presupposti della postergazione, sono per tali ragioni creditori veri e propri, e dunque chiamati a votare <sup>(15)</sup>.

Sembra altresì accolta, implicitamente, la tesi per cui l'art. 2467 c.c. si applicherebbe anche all'interno del c.p., procedura comunque concorsuale, imponendovi la regola della postergazione alla fattispecie del finanziamento sociale <sup>(16)</sup>.

Dubbia sembra però la possibilità di effettuare anche deroghe all'APR (c.d. *absolute priority rule*), ossia al principio anglosassone (ma accolto anche implicitamente nel nostro sistema: artt. 2740 s. c.c.) per cui il creditore di grado posteriore non può ricevere in distribuzione alcunché sino a quando non siano stati interamente soddisfatti i creditori di grado superiore.

Nel sistema italiano tale deroga sembra resa impossibile nel concordato fallimentare, a causa dell'art. 124<sup>3</sup> 1. fall. <sup>(17)</sup>, che vieta di "alterare" l'ordine delle cause legittime di prelazione.

L'art. 182<sup>ter</sup>, d'altro canto, vuol impedire che i debiti tributari, privilegiati o chirografari, siano trattati peggio dei creditori di analogo grado <sup>(18)</sup> od inferiori. Il principio è chiaramente diverso: alla luce della regola dell'APR il creditore di rango "B" non potrebbe ricevere un centesimo sino a che quello di rango "A" non sia stato interamente soddisfatto; l'art. 182<sup>ter</sup> invece consente di attribuire ad es. alla classe "B" il 30%, se solo analoga

---

<sup>(15)</sup> Cfr. Trib. Milano, 18 maggio 2006, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Bologna, 17 ottobre 2006, inedita.

<sup>(16)</sup> Conf. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società*, 2006, 173 ss.; *contra* PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 680 ss.

<sup>(17)</sup> La norma in realtà, ed al limite, sembrerebbe suscettibile di una lettura per cui basterebbe che la classe anterogata non riceva un trattamento peggiore di quella postergata; ma non sembra che sia questa la volontà del legislatore.

<sup>(18)</sup> Anche se il riferimento al trattamento degli altri chirografari rende ardua l'applicazione della norma là dove sussistano diverse classi di creditori chirografari: in tali casi il Fisco potrebbe alternativamente o non essere in grado di avvalersi della garanzia, o più ragionevolmente dover essere trattato come la classe chirografaria più "favorita".

aliquota (od inferiore) sia offerta alla classe “A”. Si tratta in sostanza di una regola di preferenza relativa, e non assoluta.

In una proposta di concordato preventivo con transazione fiscale presentata recentemente avanti al Tribunale di Bologna, ad es., si è verificata giust'appunto questa condizione, per cui all'Erario in privilegio è stata offerta una quota inferiore al 100%, pur pagando il piano somme significative anche ai chirografari; la proposta è stata sanzionata positivamente (ed espressamente, sul punto) in sede di ammissione *ex art.* 163 l. fall. dal Tribunale.

Non sembra da escludere nemmeno che, fatta salva tale garanzia per l'Erario, sia sempre possibile nel concordato preventivo attribuire anche di meno ad una classe rispetto ad altre, benché a questa postergate, se ciò trova una giustificazione nei fini della legge, ossia nel particolare disincentivo del creditore ad approvare il concordato a danno di altre categorie (ad es. perché il privilegio è in realtà in gran parte “incapiente”, oppure perché il creditore gode di garanzie “collaterali” su beni di terzi).

Così, ad es., ben si potrà prevedere per i creditori lavoratori dipendenti, privilegiati *ex art.* 2751*bis*, una percentuale di soddisfazione superiore agli ipotecari, qualora soltanto in tal modo si possa sperare di ottenere il loro assenso al piano; difetterebbero, in sostanza, alternative “concretamente” prevedibili; il tutto sempre a condizione che in un fallimento non si possa immaginare per essi un livello di soddisfazione superiore.

D'altro canto, se il rispetto dell'ordine di cui all'*art.* 111 l. fall. <sup>(19)</sup> può avere un senso all'interno della liquidazione fallimentare, al contrario nel concordato preventivo la deroga all'APR può trovare giustificazione proprio nell'esigenza di favorire la ricerca di una soluzione alternativa alla liquidazione concorsuale, e di incentivare taluni soggetti, il cui interesse alla riuscita dell'operazione sarebbe altrimenti quasi nullo, ad impegnarsi per la sua riuscita <sup>(20)</sup>.

Tendenzialmente da escludere sembra invece la possibilità (costituente la più classica deroga all'*Absolute Priority Rule* negli States) di conservare persino una parte del capitale di rischio della società ristrutturata ai suoi soci originari; ciò forse sarebbe spesso utile, al fine di ottenere la collaborazione del “soggetto economico” dell'impresa, ed anzi gradito dagli stessi creditori; ed avviene tipicamente all'interno del *Chapter 11* negli Stati Uniti, in forza

---

<sup>(19)</sup> Cfr. FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 553 ss.

<sup>(20)</sup> *Contra* però Trib. Messina, 30 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 678, a proposito dei crediti *ex art.* 2467 c.c., di cui è stata imposta la postergazione ai chirografari anche nel piano.

però di una previsione legale espressa (che condiziona fra l'altro la proposta all'immissione di nuove risorse).

Ma nel diritto italiano i soci non sono creditori verso la società, in senso giuridico.

3. *Classi obbligatorie ?* - Vi è da domandarsi se non possano sussistere ipotesi eccezionali in cui tuttavia la formazione di classi divenga obbligatoria, a pena di rendere la proposta di concordato potenzialmente confiscatoria delle ragioni di taluni creditori, a vantaggio di altri, che potrebbero strumentalizzare e piegare a fini extra- concorsuali il voto a maggioranza.

Ciò si dovrebbe verificare, a parere di chi scrive, quando la legge fornisca appigli espressi, oppure comunque là dove il trattamento riservato sia diverso da quello legale di “*default*” (stessa percentuale per i chirografari, 100% per i privilegiati), oppure anche formalmente egualitario, ma in realtà differente per una categoria di creditori, a causa delle peculiarità del piano.

Un esempio sembra costituito dai creditori privilegiati, per i quali la falcidia appare ammissibile, a condizione che gli stessi siano isolati all'interno di una classe, ove pure non voteranno, in forza del divieto legale espresso <sup>(21)</sup>, rendendo così la classe in questione dissenziente (*rectius*, non approvante), e necessario l'intervento del Giudice, col *cram down*.

Analoga soluzione si imporrebbe per i crediti tributari per i quali si proponga un trattamento inferiore al 100%, in forza dell'art. 182<sup>ter</sup>, che delinea un modulo procedimentale specifico <sup>(22)</sup> il quale non sembra non possa essere caratterizzato dalla presenza di una classe “tributaria”.

---

<sup>(21)</sup> Anche se in collisione con una delle “direttive” UNCITRAL: cfr. *Legislative guide on Insolvency Law*, New York, 2005, 217 ss.

<sup>(22)</sup> A dispetto della rubrica, ed a prescindere dall'istituto precedente (c.d. Decreto Lazio), come interpretato nella Circolare n. 8/E del 2005, non sembra che la transazione fiscale configuri un accordo fra debitore e Agenzia (che richiederebbe altrimenti l'autorizzazione ex art. 167 l. fall., e potrebbe essere risolto autonomamente dal concordato ex art. 1976 c.c.) all'interno del c.p.: la “domanda” di cui all'art. 182<sup>ter</sup> non è un'istanza rivolta al Fisco, ma la stessa proposta di concordato; il modulo serve, in tutti i casi in cui il proponente intenda offrire una riduzione dei crediti fiscali, anche solo per gli accessori, al fine di consentire all'Agenzia di acquisire consapevolezza della situazione (attraverso la procedura di cristallizzazione o di consolidamento del debito), e di esprimere il proprio avviso in assemblea avvedutamente. Come si vedrà, il credito tributario dovrà però essere obbligatoriamente classato (non è chiaro se anche, in ipotesi, insieme con altri crediti di cui si possa affermare l'omogeneità). L'Agenzia si esprimerà non al di fuori del concordato, ma in assemblea col proprio voto (senza perdere il privilegio), come tutti i creditori, e dovrà subire eventualmente la decisione della maggioranza, godendo per il resto di tutti gli strumenti ordinari (opposizione, *cram down*), oltre che delle guarentigie specifiche (come quella

Problematica, ma suscettibile così di trovare una idonea “copertura”, potrebbe essere anche la scelta di trasferire determinati *assets* a cessionari differenti, scindendo al contempo i creditori fra di loro, in modo da dar vita ad aspettative di soddisfazione diverse. Ad es., un complesso aziendale, di incerta ristrutturabilità, potrebbe essere attribuito ad una società i cui azionisti siano i vecchi soci, titolari di prestiti sociali, laddove gli altri *assets* potrebbero essere invece liquidati, con destinazione del ricavato ai restanti creditori.

Tale ipotesi non sembra in contrasto radicale con la nuova struttura del concordato: essa dà semplicemente vita ad aspettative di realizzo diversificate, ed impone a mio avviso, per la sua realizzabilità, di organizzare le frazioni di passivo così individuate in classi distinte.

Sarà il controllo del Tribunale in sede di valutazione della correttezza nella formazione delle classi, ed eventualmente in fase di omologazione e *cram down*, a garantire che la proposta del debitore non costituisca un inammissibile abuso ai danni di determinati creditori, in ipotesi non sufficientemente incentivati a reagire in sede giudiziaria.

Lo stesso, in apparenza, potrebbe dirsi per un concordato che, a somiglianza di quanto oggi propone l’art. 124, 4° co., l. fall., preveda una proposta di accollo, da parte di un assuntore, dei soli debiti risultanti dalle scritture contabili<sup>(23)</sup>, con mantenimento, a vantaggio degli altri creditori eventualmente esistenti, della sola responsabilità patrimoniale del debitore.

Ma in realtà la stessa ammissibilità in astratto di tale situazione sembra dubitabile: nel fallimento riformato infatti il legislatore muove dal presupposto che le stesse insinuazioni tardive siano possibili entro dodici mesi dall’esecutività dello stato passivo (salvo il caso del ritardo non imputabile: art. 101 l. fall.): il sistema onera cioè il creditore di farsi vivo entro un certo termine temporale, se crede, facendo valere il suo diritto a partecipare al concorso.

Nel sistema del concordato preventivo, invece, non esiste un onere di partecipare al concorso da parte dei creditori; e non sembra che la durata della procedura, che non dovrebbe superare i sei mesi + 180 giorni (art. 181 l. fall.), sia paragonabile al termine di cui all’art. 101 l. fall.; le scritture

---

sul grado di preferenza). Di certo è ben possibile che gli esiti della procedura di consolidamento costringano il proponente a modificare la proposta; ma un ricorso per concordato sottoposto alla condizione dell’accettazione dell’Erario non potrebbe essere ammessa ex art. 163 l. fall., né sarebbe possibile l’affermazione di “fattibilità” da parte dell’esperto. Sui problemi tecnici di coordinamento fra concordato preventivo e transazione fiscale non è possibile qui indugiare.

<sup>(23)</sup> Un concordato analogo è stato provvisoriamente ammesso da Trib. Bologna, 25 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, 676, e poi omologato in data 17 ottobre 2006, allo stato inedita.

contabili dell'imprenditore d'altro canto possono essere una forma di tutela assai poco affidabile, e per il modo in cui spesso sono tenute nelle situazioni prefallimentari, e per il fatto che i crediti ad es. per fatto illecito, in epoca antecedente la richiesta di risarcimento, non vi sono contemplati.

Nel caso in cui la proposta contemplasse quanto suesposto, allora, l'unica forma di tutela per i creditori eventualmente non rintracciabili al momento, allora, potrebbe concretizzarsi nel lasciare taluni beni, di importo sufficiente, nel patrimonio del debitore dopo il concordato <sup>(24)</sup>.

E' difficile tuttavia che i creditori votanti acconsentano a tale soluzione, e d'altro canto nulla garantirebbe i creditori sconosciuti circa il fatto che il debitore non li sottrarrà poi alla garanzia.

Anche se il debitore pertanto provvedesse a classare autonomamente i creditori "sconosciuti", ed a parte l'assurdità di una classe composta da crediti non noti, per ammontare e qualità, non è detto pertanto che il sindacato di merito del Tribunale nel *cram down* (ove la classe degli "sconosciuti" sarebbe per definizione incapace di approvare la proposta) sarebbe sufficiente.

D'altro canto questo limite normativo disincentiva in parte i potenziali assuntori, i quali dovranno scontare il rischio della sopravvenienza di creditori imprevisi (si pensi ad imprese che abbiano operato in attività ad elevato rischio di cagionare danni a terzi, ambientali o per vizi dei prodotti), ma non diversamente del resto da ciò che è sempre avvenuto.

Potrebbe altresì dubitarsi dell'esigenza di predisporre almeno due classi nel caso in cui vi siano creditori postergati ai chirografari, al limite *ex art. 2467 (o 2497quinquies) c.c.*: altrimenti è chiaro che i postergati, in ipotesi destinati a non percepire alcunché in una liquidazione, ma maggioritari per valore, potrebbero imporre ad es. un piano "ristrutturativo" ai chirografari, cedendo al proprio "azzardo morale", e così peggiorare prevedibilmente le condizioni del patrimonio, con danno soltanto per gli altri creditori.

Lo stesso però potrebbe dirsi nei casi in cui i chirografari siano ormai privati nella sostanza di qualsiasi prospettiva liquidatoria, ed impongano le condizioni di una ristrutturazione ai privilegiati, la cui situazione invece

---

<sup>(24)</sup> Una soluzione, simile a quella adottata dalla prassi statunitense, ad es. per quei casi ove i creditori presumibilmente si faranno vivi a distanza di tempo, ed in quantità astrattamente prevedibile, come per i danni da prodotti difettosi, potrebbe consistere nel costituire collo stesso piano taluni beni in *trust*, a beneficio dei titolari di ragioni obbligatorie in questione, oppure in patrimonio destinato all'interno della stessa società.

possa deteriorarsi col passare del tempo (a causa ad es. della svalutazione dei cespiti su cui insiste la garanzia).

Più in generale, potrebbe avanzarsi il sospetto che ogni volta che una certa categoria di creditori si trovi in conflitto di interessi con la massa degli altri, si imponga il meccanismo del classamento, ove il Tribunale potrà esercitare i più penetranti poteri di controllo. D'altro canto, ancora nelle direttive UNCITRAL si rinviene l'avvertimento per cui i sistemi concorsuali debbono essere muniti di idonei strumenti volti a prevenire e reprimere la frode di alcuni creditori o del debitore proponente.

Ciò potrebbe dirsi in particolare, nei casi di: 1) presenza di garanzie collaterali su patrimoni alieni; 2) coincidenza della qualità di assuntore e di creditore, od in ipotesi di socio di maggioranza della società-assuntore<sup>(25)</sup>.

In realtà in questi casi parrebbero difettare appigli testuali per sostenere che la soluzione risieda nell'imposizione del meccanismo delle classi<sup>(26)</sup>.

Più plausibilmente, i creditori dissenzienti potrebbero opporsi *ex art.* 180 l. fall., facendo valere il vizio di eccesso (o di abuso) di potere nel voto della maggioranza (così come avviene all'interno di qualsiasi dialettica assembleare societaria), per avere strumentalizzato il voto per fini estranei a quelli della dialettica concordataria.

Persino al socio in conflitto di interessi con la società, del resto, non può essere impedito il voto in assemblea (art. 2373 c.c.), benché poi il deliberato adottato, col suo voto determinante, possa esser impugnato, qualora il socio abbia fatto prevalere il suo interesse, e quindi possa pregiudicare la società.

Alcune legislazioni ammettono espressamente che, in caso di frode, il creditore anche assenziente possa far valere il vizio: salva la possibilità di chiedere l'annullamento del concordato (art. 186), sembra che anche in Italia il creditore che abbia votato a favore, scoperto l'inganno, possa opporsi facendo valere preliminarmente anche l'annullamento del proprio voto.

---

<sup>(25)</sup> Un po' sbrigativamente Trib. Bologna, 17 ottobre 2006, ha reputato tale condizione non rilevante, in quanto la legge stessa prevede che i creditori si rendano assuntori del concordato (art. 160. Lett. b); ciò non esclude, ovviamente, l'esigenza di appurare se non si impongano in tal caso regole procedurali speciali.

<sup>(26)</sup> E' chiaro che l'enfasi posta sul giudizio di fattibilità in capo al Tribunale potrebbe attenuare i casi patologici, dato che i tentativi di far passare a maggioranza piani "espropriativi" dei creditori minoritari potrebbero essere così auspicabilmente repressi.

4. *Al voto !* - Sembrerebbe che le classi di creditori privilegiati, in mancanza di rinuncia alla prelazione, siano comunque e sempre escluse dal voto: tuttavia, se il trattamento loro concesso sia del 100% (e senza dilazioni, non richieste da motivi strettamente tecnici di implementazione del piano), in realtà la formazione di una classe apposita parrebbe aver natura meramente didascalica e descrittiva, costituendo la classe uno strumento destinato ad operare all'interno della dialettica maggioranza – minoranza.

Così come nel caso Parmalat, ove furono descritte due classi di “prededucibili” e di “privilegiati”, in realtà non votanti, e pagati al 100%, ed eppure fu considerata la raggiunta la maggioranza con il voto dei soli chirografari.

In subordine, sembrerebbe poter operare analogicamente il principio espresso dall'art. 129, ult. cpv., per cui la classe non ammessa al voto si considera assenziente, al solo fine del raggiungimento della maggioranza delle classi. L'opzione non è influente: nel solo primo caso infatti il proponente, per ottenere l'accesso al *cram down*, dovrà strutturare un numero di classi prevedibilmente assenzienti superiore.

Quanto invece ai privilegiati falcidiati, essi comporranno una classe naturalmente ed essenzialmente dissenziente (*rectius*, non approvante), a differenza di quanto accade nel concordato fallimentare, per cui si renderà sempre necessario il *cram down*. Tale omesso voto (che potrebbe sollecitare in futuro anche qualche dubbio di legittimità costituzionale, e contrasta con le direttive UNCITRAL), del resto, non influirà sul calcolo della maggioranza per valore, che tiene conto soltanto degli ammessi al voto.

Non sembrerebbero meccanicamente applicabili le norme in materia di concordato fallimentare (art. 127<sup>4</sup> l. fall.) per cui, in caso di falcidia dei crediti privilegiati, per la parte non coperta da garanzia, il creditore si considera chirografario (<sup>27</sup>): si tratta infatti di una scelta discrezionale di sistema (registrata ad es., ma nemmeno suggerita, da UNCITRAL), non espressamente riprodotta a proposito del concordato preventivo.

Se il redattore del piano ha previsto, ad es., che il privilegiato sia soddisfatto a tale titolo per il 30% del credito, e per la restante parte sia

---

<sup>(27)</sup> Il disposto potrebbe in realtà interpretarsi in due modi differenti: da un lato, il fatto che l'art. 127 preveda i casi di legittimazione al voto, elencando i casi eccezionali di divieto, potrebbe far pensare che i privilegiati falcidiati voteranno in proporzione alla quota di credito riconosciuta nella proposta come privilegiata nella classe corrispondente, e soltanto per il residuo come chirografari (anche qui, dovendosi individuare a quale classe di chirografari “assegnare” i creditori in questione, con preferenza per la classe più favorita); in alternativa, si potrebbe ritenere che tali creditori votino soltanto come chirografari. La prima soluzione sembra maggiormente armonizzarsi con il sistema del concordato endofallimentare.

trattato come il chirografario di classe più “favorita”, ciò non trasforma lo stesso in Giano bifronte: il creditore resterà interamente appartenente alla classe “privilegiata” corrispondente, ed a tale titolo soltanto voterà, per l’intera entità del proprio credito.

5. *Il cram down.* - L’art. 180 l. fall. sancisce la necessità che il Tribunale, all’interno del giudizio di *cram down*, conservi in capo al Collegio un potere di valutazione del merito del piano assai simile alla vecchia “convenienza”, là dove, in caso di mancata approvazione della proposta da parte di una classe, impone di accertare se il concordato possa soddisfare i creditori della classe dissenziente in misura non inferiore alle “*alternative concretamente prevedibili*”.

L’interpretazione del disposto tuttavia si presenta a dir poco problematica, soprattutto nella prospettiva, da taluno adombrata<sup>(28)</sup>, per cui le alternative in discorso non si potrebbero esaurire nella liquidazione dell’impresa, così come invece è testualmente previsto nel *Chapter 11*.

Sicuramente tuttavia il confronto con l’alternativa liquidatoria costituirà un test privilegiato<sup>(29)</sup>.

In sostanza il Collegio dovrebbe verificare se il proponente avrebbe potuto offrire alla classe dissenziente un trattamento migliore, senza compromettere l’obiettivo di evitare il fallimento.

Nell’ambito del giudizio di merito influirà anche in teoria la possibilità di attivare nel fallimento lo strumento revocatorio, anche se la generale disattivazione dello stesso perseguita con il Decreto Competitività renderà tale elemento sempre meno significativo; quanto invece alle azioni di responsabilità, si potrebbe anche nel concordato preventivo immaginare (almeno in teoria) formule tecniche convenzionali per assicurare che le stesse siano esercitate, ed il risultato rivolto a favore dei creditori concordatari.

In giurisprudenza non si è mancato, pragmaticamente, ed in linea di continuità col sistema ante-riforma, di riscontrare come un trattamento inferiore per percentuale, in sede di concordato, possa essere maggiormente conveniente al creditore rispetto alla prospettiva di una maggior quota di

---

<sup>(28)</sup> V. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 598.

<sup>(29)</sup> L’alternativa liquidatoria è adesso messa a fuoco, per i soli privilegiati, nel nuovo concordato fallimentare (art. 124, comma 3°, l. fall.), ma evidentemente nel contesto di una procedura fallimentare già aperta.

riparto nel fallimento, quando i tempi di realizzo del primo siano molto più accelerati <sup>(30)</sup>.

In concreto la norma si potrebbe prestare a notevoli incertezze interpretative, soprattutto nel caso in cui le classi dissenzienti fossero più di una: infatti astrattamente sarebbe possibile immaginare una serie infinita di graduazioni nel trattamento, tutte egualmente “fattibili”, in modo da privilegiare di più ora l’una ora l’altra delle classi “recalcitranti”.

Inoltre, in caso di soluzione alternativa liquidativa che consenta di migliorare il trattamento della classe dissenziente, laddove la proposta votata presuppone la continuazione dell’impresa, mancherebbero i termini funzionali per dire quale delle due ipotesi debba essere preferita; difetta, in sostanza, una previsione normativa per cui la prospettiva della protrazione dell’attività possa legittimamente condurre ad affievolire la tutela dei creditori, in particolare di una classe.

Un dubbio ancora più radicale comunque interessa la circostanza per cui il dissenso relativo alla maggioranza all’interno di una classe abilita il Tribunale ad effettuare il controllo di merito, laddove i creditori minoritari nel concordato senza classi invece (ed anche i dissenzienti in minoranza all’interno delle singole classi) vengono lasciati in balia dei votanti. Ci si potrebbe domandare se tale assetto sia compatibile con l’art. 3 Cost.

La norma sulle classi sola infatti consente di far emergere l’altro interesse dei creditori alla concessione della massima quota di soddisfazione possibile, nei limiti in cui la proposta sia comunque “fattibile”.

Prof. Avv. Danilo Galletti  
Straordinario nell’Università degli Studi di Trento  
Avvocato in Bologna

---

<sup>(30)</sup> Cfr. la cit. Trib. Bologna, 17 ottobre 2006: il divario era del 10%.