

CEDAM

stefano verna - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ISSN 0391-5239

Pubblicazione bimestrale
Anno XCII

5/2017

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da

ITALO DE PICCOLI (1924-1940)

RENZO PROVINCIALI (1941-1981)

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)

GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione

Girolamo Bongiorno

Concetto Costa

Massimo Di Lauro

Elena Frascaroli Santi

Bruno Inzitari

Giuseppe Terranova

Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC



Wolters Kluwer

SOMMARIO DEL PRESENTE FASCICOLO (5/2017)

Parte Prima DOTTRINA

ARTICOLI

FRANCESCO DE SANTIS, <i>Prospettive teleologiche e problematiche processuali del giudizio di auto-fallimento</i>	1009
EDGARDO RICCIARDIELLO, <i>Profili di fattibilità giuridica dei piani attestati di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d) legge fallim.</i>	1033
FRANCESCA BURIGO, <i>Il piano attestato di risanamento: uno strumento di risoluzione della crisi finanziaria d'impresa tuttora efficace</i>	1045
MARIA STELLA RESTA, <i>S.r.l. e art. 2361, comma 2, cod. civ.: il problema delle partecipazioni comportanti responsabilità illimitata</i>	1074
NICOLÒ MUCIACCIA, <i>L'art. 147, comma 5, legge fallim. quale norma anti-abusiva di contrasto al fenomeno della super-società di fatto</i>	1093
SIMONE FRANCESCO MARZO, <i>Oggetto del processo e diritto alla difesa nel fallimento in estensione del socio occulto</i>	1134

PROBLEMI DELLA PRATICA

GIUSEPPE VERNA, <i>È possibile nel concordato ridurre i pagamenti dei creditori assistiti da privilegio generale?</i>	1155
---	------

Parte Seconda GIURISPRUDENZA

PRINCIPALI NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, <i>Termine annuale ex art. 10, legge fallim., e procedimento di concordato</i>	1179
DAVIDE TURRONI, <i>Il «concorso tra le impugnazioni» nell'intreccio fra omologazione del concordato preventivo e fallimento</i>	1201
GIACINTO PARISI, <i>Ambito (e limiti) del sindacato giudiziale sull'attestazione del professionista nel concordato preventivo</i>	1218

PROBLEMI NELLA PRATICA

GIUSEPPE VERNA

Dottore commercialista in Milano e Varese

È POSSIBILE NEL CONCORDATO RIDURRE I PAGAMENTI DEI CREDITORI ASSISTITI DA PRIVILEGIO GENERALE?

Abstract: Dottrina e giurisprudenza si domandano se sia possibile ridurre nel concordato preventivo i pagamenti ai creditori prelatizi con specifico riferimento a quelli muniti di privilegio generale. Alla domanda viene data per lo più risposta affermativa, ma a condizione di non oltrepassare determinati limiti e di superare non pochi ostacoli. L'Autore tratta i problemi connessi con il summenzionato trattamento dei creditori privilegiati: il divieto di non alterare l'ordine dei privilegi, l'obbligo di riconoscere il privilegio per un importo non inferiore al valore del bene, il criterio di determinazione di tale valore e il diritto di voto spettante ai creditori che dovrebbero subire la riduzione, anche alla luce di considerazioni di matrice costituzionale.

SOMMARIO: 1. La risposta affermativa e i diversi problemi ad essa collegati. - 2. La valutazione del bene o del complesso dei beni su cui grava la prelazione. - 3. Il divieto di alterare le cause legittime di prelazione. - 4. Il combinato effetto dei due presupposti che legittimano un pagamento in percentuale anche dei creditori privilegiati. - 5. I quattro casi che legittimano la falcidia dei creditori assistiti da privilegio generale sui beni del debitore. - 6. Classificazione dei creditori prelatizi assoggettati a riduzione o dilazione di pagamento. - 7. Effetti dell'art. 160 legge fallim. sull'ammontare del credito prelatizio; una recente sentenza del Tribunale di Milano. - 8. Il diritto di voto dei creditori degradati al chirografo. Problemi di costituzionalità.

1. La risposta affermativa e i diversi problemi ad essa collegati.

Il titolo di questo scritto può sembrare almeno ai più pleonastico, mentre coloro che per avventura avessero letto il mio precedente articolo sul tema⁽¹⁾ potrebbero pensare ad un ripensamento. In verità spesso, quando torno a studiare una norma e ad ampliare il novero dei suoi commentatori, mi accorgo che alcuni aspetti di capillare importanza, soprattutto nella loro concreta applicazione, non erano stati da me sufficien-

⁽¹⁾ VERNA, *La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei crediti privilegiati ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim.*, retro, 2014, I, p. 828 ss.

temente approfonditi cosicché, al riesaminarli, emergono problemi là dove la norma lasciava presagire un'attuazione *de plano* ⁽²⁾.

C'est pas grave! L'impegno dello studioso è premiato dall'acquisizione di nuove conoscenze ed accompagnato dall'auspicio di poter offrire ad altri un contributo di una qualche utilità.

La possibilità nel concordato di ridurre la percentuale di pagamento dei creditori prelatizi dischiude una serie di problemi legati ai due imperativi la cui osservanza è fissata dalla legge per tale riduzione. La somma ridotta, promessa ai creditori prelatizi, non può essere inferiore al valore del bene o del complesso dei beni su cui grava la prelazione e la riduzione dei crediti non deve alterare l'ordine dei privilegi stabilito dalla legge con riferimento ai medesimi crediti. A tali problemi si collegano non solo quello di definire il criterio di calcolo del valore dei beni su accennati, ma anche quello del diritto di voto spettante ai creditori prelatizi che hanno subito la riduzione.

All'esame degli imperativi e dei correlati problemi su menzionati è destinato il presente scritto. Per comodità di consultazione si riporta in nota il testo dell'art. 160, comma 2 ⁽³⁾, e quello dell'art. 177, comma 3, legge fallim. ⁽⁴⁾.

Merita comunque ribadire ciò che dottrina e giurisprudenza hanno quasi unanimemente affermato, e cioè che il pagamento in percentuale dei creditori prelatizi riguarda non solo quelli pignorati o ipotecari, ma anche i creditori ai quali l'ordinamento riconosce un privilegio generale sul complesso dei beni mobili del debitore ⁽⁵⁾. La norma è stata infatti introdotta senza distinguere tra privilegio speciale e generale.

⁽²⁾ Si suol dire ironicamente che tutti gli uomini sono intelligenti: sono infatti dotati o di intelligenza pronta o di intelligenza riflessiva ed io, ahimè, appartengo a quest'ultima categoria.

⁽³⁾ "La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in relazione alla collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avendo riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera *d*). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

⁽⁴⁾ "I creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'art. 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito".

⁽⁵⁾ In dottrina: VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. it. Ragioneria economia aziendale*, 2008, p. 167; AMBROSINI, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 42; JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre*

Si affermato che, “analogamente a quanto previsto per il concordato fallimentare, il debitore ha la possibilità di offrire un pagamento in percentuale non solo ai creditori muniti di un privilegio speciale, nella parte in cui il credito sia incapiente, ma anche a quelli muniti di un privilegio generale, sempreché nella misura in cui tale credito non risulti capiente”, e ciò in quanto si è inteso “incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento del concordato preventivo ed eliminare un’ illogica diversità di disciplina rispetto al concordato fallimentare” (6). D’altronde la tesi che esentasse dalla riduzione i creditori con privilegio generale, oltre ad operare una discriminazione non prevista dalla norma, non sarebbe ragionevole perché imporrebbe “ingiustificatamente un trattamento migliore di quello previsto per i creditori muniti di privilegio speciale”: gli uni esclusi, gli altri soggetti a riduzione. Né può accamparsi un’ omissione del legislatore nel disciplinare le modalità di riduzione, asseritamente incerte, “in quanto si tratta di stimare il valore complessivo del patrimonio, sottrarvi il valore dei beni sui quali gravi un privilegio speciale e l’importo dei crediti prededucibili” (7) e quindi confrontare la differenza con l’importo nominale dei crediti assistiti da privilegio generale.

procedure concorsuali, Assago, 2009, 1607-1609; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Assago, 2010, p. 163; CECCHERINI, *La qualificazione, l’indipendenza, la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d’impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in questa *Rivista*, 2011, I, p. 330; VELLA, *Il trattamento dei creditori prelatizi*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di Ferro, Bastia e Nonno, Assago, 2013, p. 89; FERRO, *La legge fallimentare*, Padova, 2014, p. 2008 ss.; GENOVIVA, *La relazione del professionista ex art. 160 l. fall. e il trattamento dei creditori prelatizi nel difficile percorso del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, p. 157 ss.; TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 168, oltre al mio scritto citato alla nota 1. In giurisprudenza: Trib. Firenze, 20 febbraio 2012, in questa *Rivista*, 2014, II, p. 34, con nota parzialmente adesiva di AZZARO, *La relazione ex art. 160, comma 2, legge fallim.; profili di responsabilità*; Trib. Padova, sez. I, 30 maggio 2013, inedita. *Contra*: BERSANI, *Il concordato preventivo*, Milano, 2012, p. 86 ss.; Trib. Piacenza, 1° luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, 149, mentre perplessità esprime LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2017, p. 187 e 188.

Non si sottraggono al criterio della liquidazione coattiva anche i beni destinati alla continuazione dell’attività: vedasi, per ultimo, con riferimento al concordato con continuità, Trib. Firenze, decr. 2 novembre 2016 (in *Fallimento*, 2017, p. 316), secondo il quale, “posto che il dato letterale dell’art. 186 bis, l.fall. lett. b) si riferisce espressamente alla ‘prosecuzione dell’attività d’impresa’”, lo scenario alternativo non può che essere individuato nella discontinuità, quindi, nella liquidazione dell’impresa”.

(6) Relaz. governativa al D.Lgs 12 settembre 2007, n. 169.

(7) Così anche ZANICHELLI, op. cit. alla nt. 5, 163.

2. *La valutazione del bene o del complesso dei beni su cui grava la prelazione.*

Il valore che garantisce il credito prelatizio è, secondo il legislatore, il *valore di mercato*. Il riferimento è così generico che impone di essere approfondito.

È di tutta evidenza che il creditore si avvale della garanzia nel caso in cui il debitore non adempia all'obbligazione; in questa ipotesi il creditore ha diritto di agire *in executivis* sul bene o sui beni che costituiscono la garanzia del suo credito, assoggettandoli ad una vendita coattiva e soddisfacendosi sul ricavato.

Ne consegue che, sia nel concordato liquidatorio, sia in quello con continuità aziendale, il criterio di valutazione dei singoli beni è quello di una liquidazione coattiva, in specie quella fallimentare⁽⁸⁾, essendo il fallimento lo sbocco naturale dell'inadempimento del debitore che abbia chiesto il concordato. Occorre quindi dedurre, con criterio proporzionale, il compenso che spetterebbe agli organi della procedura e le relative spese anche di pubblicità⁽⁹⁾, trattandosi di costi di liquidazione sostenuti nell'ambito di una procedura concorsuale predisposta per il soddisfacimento della massa dei creditori, tra cui il creditore prelatizio.

“Ciò posto, non può che ritenersi che la disposizione in esame debba essere interpretata nel senso che in tutti i casi debba tenersi conto del valore di liquidazione del patrimonio sul quale potrebbe esercitarsi in concreto il privilegio: quindi per i privilegi speciali, il valore del singolo bene, mentre, per quelli generali, il valore residuo del patrimonio netto, detratta la parte riservata ai privilegi speciali e ai creditori in prededuzione”⁽¹⁰⁾.

Tale interpretazione è largamente diffusa in dottrina, anche perché la norma fa riferimento al “ricavato in caso di liquidazione”. Il “valore di mercato” - si è pertanto osservato - è quello determinato con riferimento all'impresa in liquidazione⁽¹¹⁾. “Il procedimento consente di prefigurare il risultato della liquidazione fallimentare: in tal modo, quella concreta liqui-

(8) MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, p. 679. Infatti il valore di funzionamento ha senso nel caso di permanenza del bene nell'azienda per l'esercizio dell'impresa e non nell'ipotesi di sua estromissione forzata.

(9) NARDECCHIA, *P resupposti per l'ammissione alla procedura*, in *Commentario alla legge fallimentare, Art. 124-215 e Disposizioni transitorie*, dir. da Cavallini, Milano, 210, 409; di diverso avviso C.N.D.C.E.C., *Il diritto fallimentare dopo la riforma*, febbraio 2009.

(10) ZANICHELLI, *op. cit.* alla nt. 5, 163.

(11) La contraddizione espressa dal legislatore che prima parla di “ricavato in caso di

dazione è sostituita nel risultato da una *liquidazione virtuale*... In caso di fallimento il creditore prelatizio sarebbe stato avvantaggiato proprio nei limiti di tale valore, cosicché sempre negli stessi limiti può avvantaggiarsene nei concordati” (12).

Il valore di liquidazione dei singoli beni può essere sostituito da quello dell’azienda nel suo complesso, allorché sia probabile una vendita in blocco del bene ‘azienda o ramo di azienda’; anche in questo caso va determinato un valore di liquidazione.

L’affermazione, secondo cui il valore del bene o dei beni costituisce il limite massimo al riconoscimento del diritto di prelazione, non comporta che tale diritto non possa essere riconosciuto per un importo superiore a quel valore, nei limiti dell’ammontare del credito. Vige infatti la regola generale di cui all’art. 2741 cod. civ., secondo cui privilegio, pegno ed ipoteca sono cause legittime di prelazione, le quali, prima della liquidazione del bene o dei beni, sono riconosciute, come qualità del credito, per l’intero importo nominale. La regola generale è quindi quella del pagamento integrale dei crediti prelatizi, prescindendo del tutto dalla capienza della garanzia che li assiste; il pagamento ridotto di tali crediti è possibile solo previo ricorso all’art. 160, comma 2, e successiva approvazione della proposta concordataria (13).

Il debitore, sulla base della relazione giurata *ex art. 160, comma 2*, può proporre ai creditori prelatizi un pagamento inferiore al valore nominale, ma eccedente il valore del bene o dei beni su cui essi possono esercitare la prelazione. Nel caso di privilegio generale, quindi, egli può offrire una percentuale superiore, anche se con tale offerta pretermette i diritti della classe inferiore, immediatamente successiva. La soddisfazione parziale, con una percentuale non inferiore a quella realizzabile attraverso la liquidazione del bene, rappresenta una possibilità (14) lasciata alla decisione del debitore che la soppeserà in vista del raggiungimento dell’approvazione della maggioranza dei creditori ai sensi dell’art. 177, tenendo conto dell’ammontare delle risorse disponibili.

Valga un esempio. Poniamo che i crediti delle prime tre classi trovino capienza nel valore di liquidazione del complesso dei beni aziendali, de-

liquidazione” e poi di “valore di mercato” può forse comporsi facendo ricorso al concetto di un mercato a valori di liquidazione.

(12) DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, dir. da GHIA-PICCININI-SEVERINI, Assago, 2011, vol. IV, p. 231.

(13) Cass., 17 maggio 2013, n. 12064, § 2.3, e 6 novembre 2013, n. 24970, § 6.1, *retro*, 2014, II, 235-236; sul punto richiamo quanto scritto nell’articolo citato alla nota 1, p. 835.

(14) Recita infatti l’art. 160, comma 2: “*la proposta può prevedere ...*”.

dotto quanto di competenza dei creditori prededucibili, ipotecari, pignoratizi e con privilegi speciali. La quarta classe trova capienza solo al 40%; l'imprenditore può legittimamente offrire il 45% ai creditori della quarta classe, utilizzando, per esempio, l'apporto di un terzo; con ciò, data l'incapienza dei beni aziendali, non menomerebbe i diritti degli altri creditori, che comunque nulla avrebbero ricevuto, siano essi privilegiati degradati o chirografari *ab origine*; ad essi, comunque, spetta di valutare, col voto, la proposta nel suo complesso.

Il significato della norma è duplice: il valore di liquidazione non solo costituisce il valore massimo su cui il creditore esercita il diritto di prelazione, ma anche il valore al di sotto del quale non è consentito scendere, pena un ingiustificato sacrificio del diritto prelatizio spettante a quel creditore. Il valore del bene o dei beni, che misura il diritto di prelazione, unito all'altro imperativo fissato dal legislatore - quello di non alterare l'ordine dei privilegi - porta a considerazioni di stringente rilevanza che saranno trattate nel successivo paragrafo 3.

In sostanza se 100 è il valore del credito prelatizio e 40 il valore del bene o dei beni sui cui esercitare la garanzia, attivata la procedura di riduzione di cui all'art. 160, comma 2, l'importo di 40 costituisce il limite massimo e minimo di riconoscimento della prelazione, ancorché il debitore possa offrire, utilizzando beni provenienti *aliunde* (di cui si dirà appresso) un pagamento superiore a detto limite.

Si discute inoltre quale debba essere, nell'attribuzione dei valori, la data di riferimento: quella della situazione contabile o quella di presentazione del piano o quella di presumibile realizzo dei beni, affermandosi che quest'ultima è astrattamente la più indicata⁽¹⁵⁾ ancorché, per motivi pratici e per non sconfinare in previsioni difficili e quindi arbitrarie, dovrebbe essere assunta una data prossima a quella di deposito del piano di concordato⁽¹⁶⁾. Si rileva che, in tema di falso in attestazioni e relazioni, l'art. 236 *bis*, legge fallim., non richiama l'art. 160, comma 2, probabilmente in quanto il legislatore, in sede penale, si è reso conto dell'opinabilità dei valori di liquidazione.

È stata infine prospettata la necessità⁽¹⁷⁾ o comunque l'opportunità che il professionista incaricato della relazione *ex art.* 160, comma 2, sia

(15) NARDECCHIA, *op. cit.* alla nt. 9, 409; CECCHERINI, *op. cit.* alla nt. 5, p. 330.

(16) FERRO, *op. cit.* alla nt. 5, p. 1797; VERNA, *cit.* alla nt. 1, p. 832.

(17) Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, mass. in *Fallimento*, 2009, p. 120, che, tra l'altro, erroneamente esclude dall'applicazione dell'art. 160, comma 2, la riduzione nel pagamento dei privilegi generali. La nomina ad unico professionista è sostenuta da TRENTINI, *op. cit.*

diverso da quello che deve giurare l'attestazione di cui agli artt. 161, comma 3, e quella ulteriore richiesta dall'art. 186 *bis*, comma 2, lett. b), nel caso di piano con continuità aziendale.

L'art. 160, comma 2, richiede, attraverso il rinvio all'art. 67, comma 3, lett. d), che a sua volta richiama l'art. 28, comma 1, lett. a) e b), legge fallim., che il suddetto professionista sia un revisore contabile, per lo più iscritto all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (o una società professionale di commercialisti); nel caso di prevista liquidazione di beni gravati da ipoteca, pegno o privilegio speciale il compito di tale professionista sarà quello di determinare, quale termine di comparazione, l'importo del credito (capitale, interessi ed accessori), la sua natura privilegiata, l'iscrizione nei libri contabili e il valore contabile al lordo e al netto degli ammortamenti. Per la stima del valore di liquidazione per lo più si avvarrà dell'opera di ingegneri, architetti, geometri e in generale di periti tecnici, il cui elaborato potrà far proprio previa analisi critica.

Nel caso di liquidazione di un complesso di beni, tipicamente un'azienda o un ramo di azienda, su cui debba essere esercitato il privilegio mobiliare generale, l'approccio sarà diametralmente diverso. L'art. 160, comma 2, pur non contemplando "l'attestazione di veridicità dei dati aziendali", *ontologicamente la presume allorché gravino privilegi generali incipienti*⁽¹⁸⁾. Nel caso di determinazione della riduzione dei pagamenti ai creditori muniti di privilegio generale, il professionista menzionato nell'art. 160 esplicherà nella sua relazione, per dovuta trasparenza, la situazione contabile ricevuta dall'imprenditore, la situazione che probabilmente ha rettificato in applicazione di corretti principi contabili e la situazione ulteriormente rettificata sostituendo ai valori contabili quelli di liquidazione (in questo caso, se opportuno, avvalendosi di perizie affidate a professionisti del settore tecnico-estimativo); comparerà infine l'ammontare dei singoli crediti muniti di privilegio generale con la situazione di liquidazione, determinando giocoforza il passivo chirografario e quello privilegiato.

La determinazione della situazione patrimoniale di liquidazione e le valutazioni intermedie costituiscono passaggi obbligati anche per l'attestazione *ex artt.* 161 e 186 *bis*; affidarle a due soggetti diversi, ma della stessa

alla nt. 5, 177, e, a mio avviso condivisibilmente, vige nella prassi: *Verbale riassuntivo del Plenum del Trib. di Milano, seconda sezione civile-fallimenti*, 20 settembre 2012.

(18) Si ipotizzi che si debba costruire una palazzina di due piani, chiamati il primo "160 - privilegi generali" e il secondo "piano 161". Per costruirli occorre innanzi tutto predisporre le fondamenta (che chiameremo "veridicità dei dati aziendali"), indispensabili per poggiarvi sopra il primo e quindi il secondo piano. Appare evidente l'opportunità di affidare la costruzione dei tre elementi - fondamenta, primo e secondo piano - ad una sola impresa.

estrazione professionale⁽¹⁹⁾, porterebbe ad un'inutile duplicazione di compiti, a spese eccessive ed inauspicabili diversità di attestazioni che ostacolerebbero la speditezza della procedura, atteso che uno stesso commercialista ben può stimare sia il valore di un'azienda da liquidare, sia di quella destinata alla continuazione⁽²⁰⁾.

3. *Il divieto di alterare le cause legittime di prelazione.*

Come si è accennato nel primo paragrafo, l'art. 160, comma 2, indica due presupposti di legittimità per la riduzione dei crediti prelatizi: pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione (fallimentare) del bene o dei beni oggetto di privilegio e rispetto dell'ordine dei privilegi. Tali presupposti non sono derogabili per volontà delle parti (debitore da un lato e massa dei creditori dall'altro), sono verificati d'ufficio dal tribunale, che in mancanza di essi dichiara la proposta inammissibile (art. 162 legge fallim.) senza sottoporla all'approvazione della maggioranza dei creditori⁽²¹⁾.

A mio avviso, l'alterazione dell'ordine dei privilegi *ex art.* 160, comma 2, costituisce una violazione di legge ed impone al tribunale di dichiarare inammissibile la proposta di concordato, salvo concedere al debitore il termine non superiore a quindici giorni per apportare al piano integrazioni e modifiche che eliminino la suddetta violazione (art. 162, commi 1 e 2). La scoperta dell'alterazione dell'ordine dei privilegi può avvenire anche ad opera del commissario giudiziale, indubbiamente deputato ad un esame non sommario ma approfondito della domanda di concordato; in tal caso il commissario ha l'obbligo di riferire al tribunale ai sensi dell'art. 173, ult.

⁽¹⁹⁾ Rileva il DE MARCHI, *Il concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, p. 495, che, "posto che identiche sono le caratteristiche e le qualifiche professionali che devono possedere i professionisti di cui agli artt. 160 e 161", la relazione *ex art.* 160 potrebbe essere "inglobata" in quella di fattibilità del piano. Osservo che, se le due relazioni fossero affidate solo ad un revisore contabile, non occorrendo una perizia tecnica su immobilizzazioni materiali, appare quanto meno opportuno che le due relazioni, pur contenute nello stesso supporto e precedute da una parte comune ad entrambe, si sviluppino separatamente, soprattutto là dove l'oggetto della seconda è la fattibilità del piano di ristrutturazione.

⁽²⁰⁾ Così come un dottore commercialista può controllare e quindi relazionare su un bilancio di liquidazione quando poco prima ha svolto la stessa funzione con riferimento ad un bilancio d'esercizio di un'impresa in continuità aziendale: fattispecie che si verifica, per esempio, allorché una società incorra prima nell'ipotesi prevista dall'art. 2447 cod. civ. e dopo si ponga in liquidazione.

⁽²¹⁾ Cass., 8 giugno 2012, n. 9373, punto 8).

comma, risultando “in un qualunque momento” che sono venute a mancare le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato.

Con riferimento al secondo presupposto di legittimità, il debitore deve garantire al creditore privilegiato di rango poziore un trattamento (sia pur falcidiato) non deteriore rispetto a quello riservato ai creditori prelatizi di rango successivo⁽²²⁾. Infatti “il debitore che propone il concordato preventivo non può alterare l’ordine delle cause di prelazione neanche attraverso la formazione delle classi, e il pagamento parziale dei creditori prelatizi, sia speciali che generali, è consentito, senza il consenso dell’interessato, soltanto ove la percentuale offerta non sia inferiore a quella realizzabile, in ragione di quella preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, da stabilire attraverso una apposita stima”⁽²³⁾.

Dalla norma discendono almeno due corollari.

Riservare ai creditori privilegiati aventi gradi diversi di prelazione lo stesso trattamento non significa alterare l’ordine dei privilegi; alterazione si ha, per esempio, se si offre una percentuale di soddisfo agli agenti di commercio e agli artigiani maggiore di quella riservata ai professionisti, non se si offre alle tre categorie la stessa percentuale⁽²⁴⁾.

Il fatto che un credito assistito da privilegio generale non trovi integrale capienza sul valore complessivo dei beni esistenti all’apertura del concordato, dedotti i valori su cui insistono privilegi speciali e privilegi di grado poziore, comporta che non esistono nell’azienda valori su cui il titolare di tale credito di rango inferiore può esercitare la prelazione, almeno per l’intero; se tuttavia pervengono successivamente altri beni, le cui fonti saranno esaminate nel paragrafo seguente, tali beni possono costituire la garanzia dei crediti privilegiati di grado inferiore ed essere quindi destinati al loro pagamento come a quello dei creditori chirografari.

4. Il combinato effetto dei due presupposti che legittimano un pagamento in percentuale anche dei creditori privilegiati.

I due presupposti fissati dalla legge per estendere la falcidia concordataria ai creditori prelatizi sono costituiti, come si è detto, dalla promessa di un pagamento non inferiore a quello che sarebbe presumibilmente

⁽²²⁾ TRENTINI, *op. cit.* alla nt. 5, p. 169.

⁽²³⁾ BOZZA, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 383; TRENTINI, *op. cit.* alla nt. 5, p. 169.

⁽²⁴⁾ JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, dir. da FAUCEGLIA-PANZANI, Torino, 2009, vol. III, p. 1609; TRENTINI, *op. cit.* alla nt. 5, p. 168 e 169.

spettato in caso di liquidazione coattiva e dal rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione⁽²⁵⁾.

Particolarmente illuminante è stata la sentenza che ha coniugato i due menzionati presupposti là dove si legge che “non altera l'ordine delle cause legittime di prelazione una proposta di concordato preventivo con cui si preveda una differente e graduata soddisfazione in percentuale dei creditori prelatizi, decrescente a misura della progressiva graduazione dei diritti di prelazione, con assicurazione a quelli di grado più elevato di una maggiore percentuale, non richiedendosi necessariamente ai sensi dell'art. 160, comma 2, legge fallim., l'integrale soddisfazione in via progressiva delle varie classi di collocazione” - qui sembra che nella sentenza si sostenga una tesi divaricante rispetto a quanto finora sostenuto, ma le successive parole smentiscono un'eventuale apparenza - “Tuttavia il piano deve prevedere la ‘soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato della liquidazione’”⁽²⁶⁾.

Al contrario di quanto consentito nell'applicare il decreto Marzano sulle grandi imprese in stato d'insolvenza⁽²⁷⁾, il valore di realizzo coattivo costituisce, quindi, limite invalicabile al di sotto del quale non può essere ridotto il credito privilegiato. Atteso che ciascuna classe di creditori con privilegio generale vanta una prelazione su tutto il compendio, al netto dei crediti prededucibili e di quelli assistiti da privilegi speciali, è evidente che il soddisfacimento delle classi di creditori, seguendo man mano l'ordine delle cause legittime di prelazione, conduce inizialmente al riconoscimento integrale della prelazione ad una o più classi e, dopo, alla constatazione che il residuo patrimonio aziendale è incapiente a soddisfare le classi rimaste e i creditori chirografari. Insomma la classe dei creditori che hanno un privilegio generale inferiore a quello di tutti gli altri creditori, nella migliore delle ipotesi, vedrà la prelazione ridotta ad importo inferiore al valore dei propri crediti e nulla rimarrà per il soddisfacimento in una qualche misura dei creditori chirografari.

L'effetto combinato dei due presupposti di legittimità posti dalla norma non mi sembra che sia stato colto nel suo effetto concreto. Non ha senso, infatti, enfatizzare che il debitore deve garantire, al creditore privilegiato di rango poziore, salvo quanto si dirà al paragrafo successivo, un trattamento non deteriore rispetto a quello riservato ai creditori prelatizi di

⁽²⁵⁾ Così anche la Relazione governativa, cit. alla nt. 6, e Cass. n. 9373/2012, cit. alla nt. 21.

⁽²⁶⁾ App. Torino, 14 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 350.

⁽²⁷⁾ D. L. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in L. 18 febbraio 2004, n. 39.

rango inferiore: e ciò in quanto, se un creditore o una classe di creditori ha diritto di prelazione sul valore di realizzo di determinati beni e se tale valore è pari o inferiore all'importo del loro credito, *nulla potrà essere riconosciuto in prelazione al creditore o alla classe di creditori di grado inferiore.*

Sembra quasi di trovarsi di fronte ad una norma *inutiliter data*! Gli interpreti si sono così sforzati di individuare casi di concreta applicazione della norma; ne sono stati individuati due, cui aggiungerei altri due.

5. *I quattro casi che legittimano la falcidia dei creditori assistiti da privilegio generale sui beni del debitore.*

L'inferenza congiunta dei due postulati, che il legislatore ha posto onde consentire la riduzione nel pagamento dei creditori con privilegio generale, ha spinto alcuni a ritenere che un'interpretazione letterale dell'art. 160, comma 2, renderebbe di fatto inapplicabile tale disposizione⁽²⁸⁾. Pur sensibile all'osservazione secondo cui l'imperativo di soddisfare integralmente i creditori privilegiati di grado superiore, prima di prevedere riparti in favore di quelli di grado inferiore, può approssimarsi ad una sorta di pietra tombale sulle incerte sorti del concordato preventivo, la necessità di assicurare un trattamento non deleterio rispetto a quello ipotizzabile in sede fallimentare è comunque presupposto indefettibile⁽²⁹⁾.

In verità, essendo preclusa la possibilità di falciare il privilegio generale mobiliare allorché il presumibile valore di liquidazione dei beni è inferiore all'importo dei crediti, al contrario di quanto avviene per le imprese soggette alla Marzano, i casi in cui il pagamento ai titolari di detti crediti può essere in percentuale sono ridotti, ma esistono.

Poiché è escluso dai principi generali di ermeneutica che la norma sia *inutiliter data*, l'interprete deve ricercare i casi di sua possibile applicazione.

Si è però, a mio avviso inutilmente, ipotizzata la sussistenza di un *surplus* di risorse endogene alla procedura di concordato, osservando che le liquidazioni concordatarie danno risultati migliori di quelle fallimentari; non si è tenuto conto, infatti, che, come dianzi dimostrato, la valutazione peritale deve essere fatta a valori di liquidazione fallimentare -

⁽²⁸⁾ ARATO, *C risi d'impresa e procedure concorsuali*, dir. da CAGNASSO-PANZANI, Assago, 2016, tomo III, p. 3526 e 3527.

⁽²⁹⁾ GENOVIVA, cit. alla nt. 5, p. 358.

unico sbocco all'insuccesso del concordato - quindi che la liquidazione virtuale, compiuta dallo stimatore, non lascia spazio per tale ipotizzato *surplus*.

In dottrina si è autorevolmente affermato che “la falciatura di una classe di creditori con privilegio generale, in ragione dell'incapienza del complesso dei beni su cui insiste il privilegio, con previsione di un qualche pagamento ai creditori privilegiati appartenenti ad una classe con privilegio inferiore e ai creditori chirografari può avvenire solo mediante impiego di risorse estranee al patrimonio del debitore, in quanto tale patrimonio non può avere altra destinazione che quella del pagamento integrale dei creditori privilegiati nella misura in cui ciò sia possibile” (30).

“Solo la *finanza esterna* è liberamente attribuibile con la proposta, mentre tutto ciò che deriva direttamente o indirettamente dal patrimonio del debitore deve essere attribuito secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione, con soddisfazione integrale del prelazio di grado superiore prima che quello di grado inferiore possa essere soddisfatto anche in parte” (31).

Il tema è stato ripreso nelle aule giudiziarie. Si è così affermato che il principio, secondo cui la falciatura dei creditori privilegiati generali è possibile solo quando sia garantita la soddisfazione integrale dei crediti assistiti da privilegio di rango superiore, “non è tuttavia assoluto, perché la giurisprudenza restituisce discrezionalità al debitore nell'articolare [la] proposta ai creditori, nel caso in cui l'offerta ai creditori di rango inferiore rispetto a quelli falciati ed ai creditori chirografari sia alimentata da ‘nuova finanza’, ossia da risorse esterne al patrimonio del debitore; solo il patrimonio del debitore è infatti vincolato dalla legge alla soddisfazione, innanzitutto, dei creditori privilegiati speciali e generali, secondo l'ordine dei privilegi stabiliti dalla legge, e quindi a quella di tutti i creditori in base al principio generale dell'art. 2740 c.c.”. “Va considerata ‘nuova finanza’ tutto l'apporto finanziario che deriva dal concordato, quale che ne sia la fonte, diverso da quello ricavabile dalla liquidazione del patrimonio a valore di mercato. Tale nuova finanza deve garantire ai creditori una soddisfazione maggiore di quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione. In tale ottica, va considerata nuova finanza, anche l'utile che derivi

(30) BOZZA, *L'utilizzo della nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fallimento*, 2009, p. 1442.

(31) Così nell'opera collettanea *Diritto fallimentare*, a cura di CALVOSA-GIANNELLI-GUERRERA-PACIELLO-ROSAPEPE, Milano, 2017, 129.

dalla continuità aziendale” (32). Quindi solo la finanza esterna, apportata col vincolo di essere destinata all’esecuzione del piano di concordato, può essere distribuita senza il rispetto delle cause legittime di prelazione (33).

La liquidità derivante dall’apporto di un terzo finanziatore e, nel caso di concordato con continuità aziendale, gli *utili prodotti dalla prosecuzione dell’attività d’impresa* costituirebbero pertanto le uniche risorse di cui l’imprenditore potrebbe disporre e destinare al pagamento di una qualche percentuale ai creditori privilegiati incapienti, e per questo degradati al chirografo, e degli altri creditori chirografari.

Occorre tuttavia darsi carico di due osservazioni.

Per prima cosa l’apporto del terzo non deve essere entrato nel patrimonio del debitore prima della formulazione della proposta ai creditori, giacché in tal caso la nuova finanza accrescerebbe il patrimonio e, venendo a farne parte, sarebbe destinata insieme a questo al soddisfacimento delle obbligazioni contratte ai sensi dell’art. 2740, comma 1, cod. civ. In secondo luogo può sostenersi che, stabilendo il citato art. 2740 una responsabilità del debitore estesa anche ai *suoi beni futuri*, anch’essi devono essere destinati al soddisfacimento delle cause di prelazione secondo l’ordine stabilito dalla legge.

Alla prima osservazione si risponde che, se il terzo s’impegna ad un apporto di capitale a fondo perduto o con obbligo di restituzione postergata all’estinzione delle altre obbligazioni, siamo di fronte ad un bene che, anche sulla base dei principi contabili che sovrintendono alla formazione del bilancio, entrerà nel patrimonio del debitore solo con l’omologa del concordato che funge da condizione sospensiva. L’afflusso di liquidità susseguente all’omologa è quindi disponibile da parte del debitore col vincolo di destinarla a determinate categorie di creditori.

In parte lo stesso ragionamento vale per gli utili attesi dalla continuazione dell’attività d’impresa, ancorché la conclusione non è così scontata come per la finanza esterna. Gli utili predetti non fanno parte del patrimonio dell’imprenditore alla data della proposta di concordato, ma derivano da una successiva attività da questi posta in essere. Il debitore ne acquista la disponibilità per l’esecuzione della proposta concordataria, e si

(32) Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*. Conformi anche Trib. Udine, 15 giugno 2011, in *unjuris.it*; Trib. Saluzzo, 13 maggio 2013; Trib. Treviso, 23 marzo 2015 e 16 novembre 2015, in *ilcaso.it*; in dottrina SANDULLI, *sub* art. 160, legge fallim., in *Il concordato preventivo*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2014, p. 160.

(33) JACHIA, *op. cit.* alla nt. 24, p. 1609.

ritiene “che la garanzia patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*, intangibile e da attribuire nel rispetto delle cause legittime di prelazione, abbia ad oggetto il solo patrimonio esistente alla data della presentazione della domanda, nel quale a tutta evidenza non rientrano i *futuri utili*”. Più esattamente l’art. 186 *bis*, legge fallim., limita la generale responsabilità del debitore - che è estesa “salvo i casi previsti dalla legge” dall’art. 2740, comma 2, cod. civ., ai suoi beni futuri - per effetto dell’approvazione a maggioranza del ceto creditorio, con superamento del diritto di veto del singolo creditore sulla proposta sistemazione debitoria⁽³⁴⁾. In altre parole, con l’approvazione di un concordato con continuità che contempra la proposta di destinare gli utili futuri al soddisfo dei creditori concorsuali, utili che non sorgerebbero in caso contrario, si avrebbe una loro logica sottrazione al pagamento dei debiti pregressi, come vorrebbe la rigida applicazione dell’art. 2740, comma 1.

Infatti, quando le risorse destinate alla copertura del fabbisogno concordatario “provengono da un terzo assuntore o dalla ricapitalizzazione della società o dai profitti attesi dal rilancio dell’impresa ristrutturata, i titolari dei crediti privilegiati rimasti parzialmente insoddisfatti, non avrebbero di che dolersi, giacché la loro prelazione, in mancanza di concordato, non potrebbe comunque estendersi a queste nuove utilità”⁽³⁵⁾.

Ritengo che esistano altri due casi nei quali è consentito proporre al ceto creditorio il pagamento in percentuale dei creditori che godono di un privilegio mobiliare generale. Mi riferisco sia all’ipotesi in cui il *surplus* da concordato nasca dalla differenza fra il valore realizzabile nell’alternativa fallimentare e il corrispettivo offerto o garantito da un terzo, condizionato all’omologa del concordato, ma anche all’ipotesi in cui un creditore si dichiari disponibile, sempre a condizione che il concordato sia omologato, a rinunciare alla parte che gli spetta, vincolando la insorgente disponibilità al pagamento dei creditori secondo quanto previsto nel piano di concordato. In ambedue le circostanze e solo con l’omologa del concordato il debitore acquista la libertà di disporre di somme, di cui altrimenti alcuni creditori non avrebbero potuto beneficiare, sempre nel rispetto delle cause legittime di prelazione⁽³⁶⁾. L’alterazione di tali cause, a mio avviso, è consentita solo con l’utilizzo di finanza esterna, ovvero di risorse che non fanno parte del patrimonio del debitore e che non ne faranno parte,

⁽³⁴⁾ Trib. Firenze, cit. alla nt. 5, e soprattutto nella nota adesiva di D’ATTORRE, in *Fallimento*, 2017, p. 321-323.

⁽³⁵⁾ In *Diritto fallimentare*, cit., alla nt. 31, p. 129.

⁽³⁶⁾ L’argomento verrà ripreso nel successivo § 7.

essendo destinate a confluire in altri patrimoni in esecuzione della proposta concordataria.

6. *Classificazione dei creditori prelatizi assoggettati a riduzione o dilazione di pagamento.*

Stabilisce l'art. 177, comma 3, legge fallim., che “i creditori muniti di diritto di prelazione cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'art. 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del loro credito”.

La disposizione è contenuta in un articolo destinato a disciplinare il diritto di voto ai fini dell'approvazione della domanda di concordato. Indubbiamente, quindi, l'equiparazione dei prelatizi declassati al chirografo vale ai fini del voto. Poiché le classi sono formate “secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei” (art. 160, comma 1, lett. c)⁽³⁷⁾, ma la suddivisione non è obbligatoria⁽³⁸⁾, si ritiene che i chirografi *ab origine* e i chirografi divenuti tali per declassamento, se ad essi non è destinato nel concordato un diverso trattamento, possono essere inclusi nella stessa classe, a meno che il classamento riguardi il fisco o gli enti previdenziali (atteso il preciso disposto dell'art. 182 *ter*, comma 1, ult. periodo).

Fermo restando la non obbligatorietà della distinzione in classi a parità di percentuale promessa⁽³⁹⁾, pare evidente che sia la posizione giuridica del creditore privilegiato declassato a chirografo, sulla base della liquidazione virtuale fatta dall'attestatore, sia l'interesse economico di tale creditore - che è duplice, estrinsecandosi nell'interesse al soddisfacimento integrale, là dove il suo privilegio è almeno in parte capiente, e nell'interesse al soddisfacimento nella percentuale prevista nel piano per la parte chirogra-

⁽³⁷⁾ Sulla portata dei termini *interesse economico* e *posizione giuridica* vedansi per ultimo GRASSELLI, *La formazione delle classi dei creditori*, in *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa*, a cura di studio verna società professionale, Assago, 2016, p. 190 ss. e LO CASCIO, op. cit. alla nt. 5, p. 194 ss.

⁽³⁸⁾ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *ilcaso.it*; Trib. Roma, decr. 20 aprile 2010, e Trib. Firenze, decr. 26 aprile 2010, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, decr. 29 settembre 2011, in *ilfallimentarista.it*; Trib. Bergamo, decr. 29 novembre 2012, in *ilcaso.it*; MINUTOLI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 104; AZZARO, *Abuso della facoltà di “classamento” nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1382; FERRO, *Commento sub art. 160*, cit. alla nt. 5, p. 1711; PENTA, *Obbligatorietà o facoltatività nel classamento dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fallimento*, 2010, p. 232.

⁽³⁹⁾ Con eccezione per la parte dei crediti tributari e previdenziali degradata a chirografo sopra menzionata.

faria - non siano omogenei con quelli dei creditori chirografi *ab origine*. Di conseguenza una classificazione distinta con diverso trattamento economico, forse migliore per i degradati, dovrebbe sottrarsi ad un sindacato negativo da parte degli organi della procedura.

La disposizione di cui al citato art. 177, per la sua assolutezza che non prevede condizioni o limitazioni, fa ritenere che la degradazione a chirografo non avvenga ai soli fini del voto, ma anche ai fini della determinazione sia della parte del credito che il perito ha stimato essere garantita dal valore di liquidazione del bene gravato, sia, per differenza, della parte privata della garanzia. Ne consegue che la degradazione a chirografo è definitiva⁽⁴⁰⁾, né potrebbe logicamente essere diversamente.

Sarebbe infatti illogico che, stimato il ricavato della liquidazione del bene su cui il creditore gode di prelazione, tale stima fosse provvisoria, nel senso che al creditore spetterebbe di più o di meno a seconda che si consegua, nell'esecuzione del concordato, un corrispettivo maggiore o minore del valore stimato⁽⁴¹⁾. Se così fosse, infatti, l'attestazione del perito avrebbe solo un valore prognostico e non un effetto riduttivo; in caso di scostamento, porterebbe ad una modifica della percentuale spettante agli altri creditori e, in taluni casi, alla risoluzione del concordato. Fa eccezione il caso in cui la proposta, soprattutto sussistendo crediti assistiti da ipoteca, pegno o privilegio speciale, approvata in sede di adunanza dei creditori, contenga una clausola secondo cui l'eventuale supero del corrispettivo realizzato rispetto al valore stimato debba essere devoluto al creditore prelatizio.

7. Effetti dell'art. 160 legge fallim. sull'ammontare del credito prelatizio; una recente sentenza del Tribunale di Milano.

L'affermazione di definitività del degrado al chirografo del credito prelatizio per la parte che eccede il valore di liquidazione stimato dal professionista nella relazione *ex art.* 160, comma 2, appare non condivisa in alcuni passaggi motivazionali della sentenza Trib. Milano 15 dicembre 2016⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ RANALLI, *La soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 1356; LAMANNA, *La "definitività" della degradazione al chirografo dei crediti privilegiati incapienti nel concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 15 dicembre 2004; DE CICCO, *Maggioranza per l'approvazione del concordato*, in *Commentario alla legge fallimentare, Art. 125-215 e Disposizioni transitorie*, dir. da CAVALLINI, Milano, 2010, p. 693.

⁽⁴¹⁾ ARATO, *op. cit.* alla nt. 27, 3526-3527; LAMANNA, *La "definitività" ecc.*, ult. cit.

⁽⁴²⁾ Sez. II, pres. Simonetti, rel. D'Aquino, in *Il caso.it*.

Il Tribunale meneghino regola una domanda di concordato con cessione di beni, ma estende le proprie osservazioni al diverso caso dei concordati con continuità aziendale. Nel caso in concreto regolato, la sentenza fa leva su due presupposti che legittimerebbero la riduzione del pagamento dei creditori prelatizi in forza dell'art. 160: I) quello del diritto del creditore ipotecario (ma il concetto potrebbero estendersi anche ai creditori muniti di privilegio speciale o generale) di ricevere il *surplus* riscosso in sede di esecuzione del concordato rispetto al valore stimato nella relazione del professionista; II) il divieto di non alterare le cause legittime di prelazione attraverso la pretesa del debitore di disporre liberamente del menzionato *surplus* nella proposta concordataria. Nella parte motiva i due presupposti sono valorizzati ora distintamente ora congiuntamente, mentre nella conclusione la proposta di concordato è dichiarata "inammissibile [solo] perché altera l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Per quanto esposto nella parte finale e quindi nel dispositivo, la sentenza merita incondizionata adesione; suscita invece perplessità là dove si afferma che il *surplus* eventualmente realizzato in sede di liquidazione deve essere attribuito al creditore prelatizio.

Militano più considerazioni per dubitare della fondatezza di tale tesi.

Innanzitutto l'art. 160, comma 2, contempla una proposta che *prevede per i creditori prelatizi un soddisfacimento parziale e lo subordina all'esistenza di un valore di liquidazione stimato da un professionista indipendente*. Il legislatore lo subordina quindi alla previsione qualificata di un evento futuro, della cui realizzazione si disinteressa, né al creditore prelatizio fornisce alcuna assicurazione di un possibile migliore trattamento.

Inoltre la noma, se consentisse al creditore prelatizio di beneficiare del realizzo di un corrispettivo maggiore del valore stimato, lasciando inalterato il suo diritto al soddisfacimento ove il corrispettivo fosse invece inferiore, sarebbe fautrice di un trattamento contrastante con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza. Né potrebbe consentirsi un diritto commisurato al prezzo di realizzo, plusvalente o minusvalente, perché, rispettivamente, verrebbe a variare il fabbisogno del concordato per riduzione o aumento del passivo chirografario, influenzando necessariamente il prezzo di realizzo sulla differenza da ammettere al chirografo.

Né pare risolutivo il richiamo alla liquidazione fallimentare che certamente attribuisce al creditore prelatizio il netto ricavo del realizzo del bene su cui insiste la prelazione. Nel fallimento il creditore sopporta in positivo e in negativo i risultati dell'azione coattiva promossa dal curatore, mentre nel concordato egli partecipa, quale soggetto consenziente o minoritario dissenziente, all'accordo che si forma sulla proposta del debitore.

Non si può trascurare, infatti, la natura prevalentemente negoziale del concordato preventivo - che contempla un accordo sulla proposta formulata dal debitore ed accettata dalla maggioranza dei creditori⁽⁴³⁾ - ove il diritto del singolo creditore viene sacrificato in forza di un articolato principio maggioritario (la cui applicazione è soggetta allo scrutinio dell'autorità giudiziaria), introdotto dal legislatore per rimuovere uno stato insolvenza e ripristinare le regole di mercato.

8. *Il diritto di voto dei creditori degradati al chirografo. Problemi di costituzionalità.*

Il concordato preventivo può prevedere il pagamento dei creditori prelatizi con una dilazione fino ad un anno nel caso di concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis*, comma 2, lett. c) e comunque, secondo l'opinione prevalente, con la dilazione richiesta dalla liquidazione dei beni tenuto conto della loro natura e consistenza.

Dottrina e giurisprudenza hanno in prevalenza affermato che il credito privilegiato, destinato ad un soddisfacimento integrale, ma dopo un anno dall'omologa o con una dilazione superiore rispetto ai tempi tecnici richiesti per la liquidazione dei beni su cui insiste il privilegio, subisce un *degrado (o falcidia) temporale*, misurato dalla perdita economica patita dal suo titolare per il ritardo subito rispetto ai tempi normali⁽⁴⁴⁾. Non c'è dubbio che un pagamento oltre l'anno o il tempo necessario per la liquidazione del bene, non accompagnato dal diritto ad esprimere un voto di assenso o dissenso, non potrebbe sottrarsi a dubbi di costituzionalità, comportando almeno in parte un'espropriazione senza diritto alla tutela.

Si discute se i creditori assoggettati a tale degrado debbano votare per l'intero importo del loro credito o per un importo pari al danno econo-

(43) Osserva il CENSONI, *La nuova disciplina del concordato preventivo, requisiti e procedimento di ammissione (artt. 160-176 l. f.)*, in *Quad. di giur. commerc.* n. 282, Milano, 2005, 192, che il nuovo concordato preventivo, nel risalente contrasto tra procedimento e contratto, punta decisamente la prua verso quest'ultimo, conformandosi - quanto ai contenuti - al principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.: tesi cui aderisce JACHIA, op. cit. alla nt. 24, 1577-1578. Per un'ampia disamina della natura del concordato preventivo, in cui si sovrappongono interventi giurisdizionali su un fenomeno complesso caratterizzato da un accordo negoziale soggetto, sotto alcuni aspetti, a controllo di legittimità, si rinvia a LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, ecc, cit. alla nt. 5, p. 88-105.

(44) Vedansi per esempio AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, p. 114; BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *ilcaso.it* ., p. 28; Cass., 9 maggio 2014, n. 10112, *retro*, 2015, II, p. 553; 26 settembre 2014, n. 20388; 2 settembre 2015, n. 17461; 23 febbraio 2016, n. 3482.

mico conseguente alla dilazione subita oltre quella prevista dalla legge. La giurisprudenza di legittimità ha affermato che il pagamento integrale dilazionato nel tempo non equivale al pagamento integrale immediato o infrannuale, ancorché il primo sia aumentato dei relativi interessi; “in quest’ultima ipotesi, i creditori privilegiati devono essere ammessi al voto sulla proposta nella misura percentuale pari all’entità della perdita subita” (45). Essa dovrebbe essere commisurata non solo agli interessi da ritardato pagamento, ma anche al mancato guadagno in analogia con quanto disposto in tema di risarcimento del danno dall’art. 1223 cod. civ.

È stato di recente acutamente osservato (46) che l’art. 177, comma 2, secondo periodo, e comma 3, equipara ai creditori chirografari i creditori prelatizi degradati al chirografo e che tale equiparazione comporta che questi votino come i chirografari *ab origine* per l’intero importo del loro credito. Si è aggiunto che, con lo stabilire che non spetta il diritto di voto ai creditori prelatizi nei confronti dei quali il piano preveda un pagamento entro l’anno, il legislatore ha implicitamente ammesso una dilazione maggiore, riconoscendo però il diritto di voto ai prelatizi il cui pagamento sia previsto oltre l’anno (47) (ma la tesi non incontra l’unanimità di consensi (48)) e pertanto il voto, nel silenzio della legge, non può essere che per l’intero importo.

L’assunto poggia su basi ermeneutiche tratte dalla misura riconosciuta dal legislatore al voto dei creditori chirografari, ma fa sorgere considerazioni di più vasto raggio.

Se non è prevista la suddivisione dei creditori chirografari in classi, il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti che il giudice delegato ammette al voto (49). Il voto dei creditori ha quindi un peso proporzionale all’ammontare nominale del loro credito e ciò rispecchia ragionevolmente l’interesse di ciascuno all’esito della procedura. La commisurazione del voto all’ammontare nominale del credito

(45) Cass., 31 ottobre 2016, n. 22045. Cfr. autori e sentenze citate nella nota precedente.

(46) Trib. Busto Arsizio, decr. 8 marzo 2017 (pres. e rel. Lualdi), in *ilcaso.it*.

(47) a condizione di ammettere per il pagamento dei prelatizi una dilazione ultrannuale, come affermato, tra gli altri, dal Trib. Marsala, 5 febbraio 2014, in *ilcaso.it*.

(48) Vedasi, per esempio, l’articolato ed esauriente decreto Trib. Padova, sez. I, 30 maggio 2013, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, che fa leva soprattutto sul principio generale del pagamento integrale ed immediato dei creditori privilegiati, con l’eccezione prevista dall’art.186 *bis*, lett. c), espressione del *favor* legislativo per i concordati con continuità; in dottrina è contrario alla dilazione CAMPIONE, *Il concordato “misto” e la dilazione di pagamento nei confronti dei creditori privilegiati*, in *fallimentarista*, 19 gennaio 2015.

(49) Così l’*incipit* dell’art. 177 legge fallim.

non poneva alcun problema fino al 2005, allorché era configurata una sola classe di creditori chirografari e quindi un trattamento economico uguale per tutti: almeno il quaranta per cento.

Con l'introduzione delle classi, seppur non obbligatorie, il peso del voto non è variato in relazione alla percentuale di soddisfo. Nella medesima procedura il creditore di 100, a cui si è offerto 60, vota per 100, come per lo stesso importo vota il creditore di 100 a cui si è offerto 20. La disparità è solo mitigata dal fatto che l'uno e l'altro sono collocati in classi diverse chiamate ad influire sull'approvazione della proposta con votazioni separate. La suddivisione in classi, regolate dal principio di maggioranza, riduce ma non annulla, anzi attesta la disparità di trattamento, la quale solleva dubbi di costituzionalità. In sostanza può fondatamente dubitarsi che l'interesse economico ed il diritto meritevole di tutela all'approvazione di una proposta concordataria siano uguali in due creditori, ambedue per il medesimo importo, quando ad uno si offra il 60% e all'altro il 20%. Ad entrambi, sebbene collocati in classi diverse, il legislatore accorda un voto dello stesso peso.

Dall'attribuzione di uno stesso peso al voto dei due menzionati creditori consegue che ad essi sia riconosciuto un medesimo diritto, quello del voto (essenziale nella disciplina concordataria), pur trovandosi costoro in situazioni rilevantemente differenziate, dove - ripetesì - la suddivisione in classi mitiga la disparità, ma anche l'evidenza. L'equiparazione del voto esclusivamente all'importo nominale del credito, prescindendo dalla percentuale prevista di soddisfo, non solo equipara due diritti destinati ad essere soddisfatti in percentuali differenti, ma consente di far dipendere le sorti del concordato, positive o negative, dal raggiungimento di una maggioranza formata da votanti aventi interessi rilevantemente diversificati.

Non si giustificerebbe, inoltre, il riconoscimento del voto per l'intero sia al creditore chirografario per 100, cui è stato promesso, per esempio, il 20% fra quattro anni, sia al creditore prelatizio per pari importo che, con la stessa dilazione, dovrebbe prendere il 100%. Naturalmente l'ammissione del creditore prelatizio ad un voto commisurato al degrado temporale subito dal suo credito trascina il problema irrisolto, su accennato, del voto ai chirografari che dovrebbe commisurarsi alla perdita che essi subiranno all'adempimento del concordato.

Credo che il dubbio di costituzionalità non sia manifestamente infondato e che quindi possa essere utilmente sollevato.

ABSTRACT: Authors and Courts wonder whether it is possible, in a preventive composition, to reduce payments to preferred creditors, specifically

those having a general privilege over debtor's whole movable assets. The question deserves an affirmative answer provided that the plan of payments complies with well-defined legal limitations and clear not little obstacles. The A. deals with the problems connected with the reduced payments of the preferred creditors: no distorting the legal scale of privileges; recognition of an amount of privilege not lower than asset or assets net realizable value; criteria in assessing net realizable value; rights to vote due to the preferred creditors, whose claims were unpaired under the plan, having regard to Constitution principles.