

6. CONCORDATO PREVENTIVO - Deliberazione dei creditori -
Votazione - Creditori privilegiati
Caso

Il creditore privilegiato può votare contro la proposta di concordato?

Osservazioni

La legge fallimentare prevede due istituti c.d. concordatari: il concordato fallimentare, che è ordinato alla chiusura di una procedura di fallimento in atto ed il concordato preventivo, che è strutturato, invece, come tentativo volto ad evitare l'instaurarsi, appunto, di una procedura di fallimento.

Le norme che regolano i due procedimenti di concordato suscitano non pochi dubbi interpretativi, intorno ai quali si è esercitato l'impegno esegetico della dottrina e della giurisprudenza. Peraltro, in merito ad una problematica particolare la dottrina non ha compiuto un'analisi approfondita né la riforma ha risolto tale problematica; e su di essa, sui suoi termini e sulle possibili soluzioni, neppure la giurisprudenza ha avuto molte occasioni di pronunciare. E' il problema che concerne la partecipazione al voto, in sede di approvazione del concordato, dei creditori muniti di privilegio, di pegno, o di ipoteca.

In merito a tale tipologia di creditori, e considerando nel suo complesso l'idea ispiratrice del nuovo concordato preventivo, vale a dire una piena autonomia privata, non si escludeva in sede di prime interpretazioni della riforma, la possibilità di una proposta concordataria contenente la previsione di un pagamento parziale anche nei confronti dei creditori privilegiati. Già prima della riforma il fatto che la previgente normativa all'art. 160 l.f. faceva espresso riferimento ad ipotesi di pagamenti parziali non inferiori al 40%, ma solo nei confronti di creditori chirografari e che l'art. 177 l.f. vietava la partecipazione alla votazione ai creditori privilegiati, nel caso i cui quest'ultimi non avessero rinunciato alla prelazione, dava la certezza che tali soggetti mantenevano il diritto ad essere soddisfatti integralmente, pena l'inammissibilità della domanda di concordato. Non dimentichiamo che il novellato art. 160 l.f. concede oggi al debitore ricorrente ampia scelta circa le modalità di divisione dei propri creditori, nonché un'eventuale divisione degli stessi in classi

Caso 6

omogenee, ma con trattamenti economici differenziati. Si potrebbe desumere che con la riforma vi sia la possibilità di suddividere in classi anche i creditori privilegiati, e nel contempo, prevedere per essi una determinata percentuale di pagamento. Tale soluzione, però, viene di fatto troncata dallo stesso legislatore in sede di riforma, in quanto ha lasciato quasi intatto l'art. 177 l.f. , in particolare nella parte in cui dispone che “*i creditori che hanno diritto di prelazione sui beni del debitore non partecipano al voto a meno che rinuncino al diritto di prelazione*”; con evidente nesso funzionale tra rinuncia al privilegio ed esercizio al voto. Invero la previsione della mancanza del potere di voto corrisponde alla valutazione di un difetto d'interesse che può conseguire alla sola garanzia della soddisfazione integrale, altrimenti si dovrebbe immaginare una vera e propria espropriazione del diritto del creditore privilegiato. La rinuncia al privilegio, al pegno o all'ipoteca, anche se operata in tempo prossimo all'esercizio del voto, non sarà riconducibile alle previsioni normative dell'art. 177 l.f. se il collegamento funzionale non sia formalmente rilevante. In tal caso, di non riconducibilità della rinuncia all'area normativa della norma suddetta, il creditore già preferenziale opererà a livello di chirografario; e quale che sia il suo voto, di adesione o di dissenso, e quale che sia il destino della proposta di concordato, o del concordato, si avrà la rinascita del diritto di prelazione.

Altro intervento notevole del legislatore in sede di riforma riguarda l'ipotesi in cui sia il voto di adesione, che quello di dissenso, da parte del creditore preferenziale, dovrebbe coprire tanto l'una che l'altra ipotesi. Nella legge previgente, il creditore che rinunciava al privilegio per partecipare alla votazione, veniva considerata solo l'ipotesi dell'adesione, e non in eventuale dissenso. Ed è l'alternativa di fronte alla quale si trovò il Tribunale di Catania (Trib. Catania 9 febbraio 1963, in Dir. fall. 1963, II, 421), l'unica, a quanto ci risulta, che abbia deciso sul punto.

In tale ipotesi, ad un creditore preferenziale che, senza preventiva dichiarazione di rinuncia alla prelazione, aveva votato contro la proposta di concordato fallimentare, fu contestata, in sede di esecuzione del concordato stesso, la perdita ope legis della prelazione. Ma il creditore, ovviamente, eccepì che la presunzione di rinuncia al diritto di prelazione è prevista per la sola ipotesi di voto di adesione. Il tribunale, compiendo, a parer nostro, acrobazie interpretative, statuì che la norma dell'art. 127

della legge fallimentare prevede la rinuncia ope legis al diritto di prelazione come conseguenza del voto di adesione, “ma non prevede analogo effetto rinunciatario per il voto di opposizione alla proposta di concordato”. Il voto contrario, per essere valido, deve essere preceduto da espressa rinuncia al diritto di prelazione, essendo il diritto al voto subordinato a tale rinuncia, come detta chiaramente la norma in esame. Il solo fatto della manifestazione di voto contrario al concordato da parte dei creditori privilegiati non implica, dunque, rinuncia al diritto di prelazione, essendo tale effetto collegato ope legis esclusivamente al voto di adesione esplicito. Problema in ogni caso risolto in sede di riforma dove il legislatore ha inteso eliminare l'ipotesi esclusiva di “voto di adesione”. In ogni caso la stessa giurisprudenza (Trib. Catania 9 febbraio 1963, cit.) ha statuito che in caso di voto contrario dei creditori privilegiati, se non è preceduto da una espressa rinuncia, deve ritenersi nullo; e che la rinuncia, non potendosi, in tale ipotesi, presumere ope legis, deve essere espressa.

Se si accoglie la prima alternativa, bisogna spiegare il significato della previsione di reviviscenza del diritto di prelazione nell'ipotesi in cui il concordato non sia approvato, non sia omologato, venga annullato o risolto. Non si comprende, infatti, perché mai chi abbia rinunciato al diritto di prelazione nell'esercizio di una sua facoltà dispositiva, magari in un momento in cui il debitore non era stato ancora dichiarato fallito, debba vedersi riconosciuta la posizione di creditore preferenziale in ipotesi di non approvazione, di non omologazione, di annullamento o di risoluzione del concordato. Posizione che, si badi, non si sarebbe certo vista riconosciuta se la procedura fallimentare fosse proseguita senza la parentesi concordataria; o, con riferimento al concordato preventivo, se la procedura concorsuale si fosse aperta con la dichiarazione di fallimento, non preceduta dalla proposta concordataria. Se si accoglie, invece, la seconda alternativa, bisogna dar ragione del diverso governo che la norma riserverebbe ai voti dei creditori preferenziali, secondo che essi siano favorevoli o contrari alla proposta di concordato. Il creditore preferenziale che, dopo aver ricevuto la comunicazione della cancelleria del tribunale, e magari in calce alla comunicazione stessa, dichiara di rinunciare al diritto di prelazione per l'intero credito, e di votare favorevolmente alla proposta di concordato, trasmette un messaggio che, per quanto concerne la dichiarazione di rinuncia, è pleonastica e ridondante. Il creditore

Caso 6

preferenziale, invece, che, dopo aver ricevuto la comunicazione della cancelleria del tribunale, e magari in calce alla comunicazione stessa, dichiara di rinunciare al diritto di prelazione per l'intero credito, e di votare contro la proposta di concordato, trasmette un messaggio che, per quanto concerne la dichiarazione di rinuncia, è essenziale ai fini della validità del voto.

Ma a queste conclusioni, a noi sembra, si può pervenire solo a patto di forzare il significato della norma oltre ogni limite consentito da una corretta interpretazione.

Per non dire, poi, della reviviscenza del diritto di prelazione. Essa si pone come naturale clausola di chiusura di una normativa che prevede la possibilità, per i creditori preferenziali, di votare favorevolmente alla proposta di concordato, rinunciando, in tutto o in parte, al diritto di prelazione che assiste i loro crediti.

E' in questo paradigma, infatti, che la riviviscenza del diritto di prelazione esprime appieno il suo significato di equità.

Il creditore, il quale abbia rinunciato, in tutto o in parte, al diritto di prelazione in funzione del voto nel concordato, e per favorire l'approvazione della proposta di concordato, è pur giusto che veda cessare gli effetti della rinuncia una volta che prosegua la liquidazione fallimentare o che si dichiari successivamente il fallimento.

Non si dimentichi che la rinuncia alla prelazione è condizionata all'approvazione del concordato, alla sua omologazione ed alla sua esecuzione. O, se si vuole, e vista la norma specularmente, il creditore preferenziale partecipa al voto, a condizione che gli effetti della rinuncia cessino se il concordato non è approvato, non è omologato o è posteriormente annullato o risolto.

Si pensi al creditore preferenziale che, avendo rinunciato al diritto di prelazione alla condizione, legislativamente stabilita, che questo riviva nel caso di mancato approvazione del concordato, determini con il suo voto la reiezione della proposta. E' evidente che in questo caso si è di fronte a qualcosa di più di un paradosso giuridico, potendosi configurare la condizione legale, in senso lato, come meramente potestativa.

Non può esservi dubbio, pertanto, che la rinuncia al privilegio, al pegno o all'ipoteca, rilevante ai sensi dell'art. 127 e dell'art. 177, sia quella operata in questi limiti temporali e quindi funzionalmente collegata alla

manifestazione del voto in sede concordataria. Se una rinuncia al diritto di prelazione vi fu, prima dell'indicato dies a quo, il creditore è considerato, ad ogni effetto e pur nell'ambito concordatario, come creditore chirografario. Egli pertanto contribuirà alla formazione delle nuove maggioranze prevista dalla riforma e potrà votare, pur qui ovviamente, sia in senso favorevole che in senso contrario al concordato. Non così se la rinuncia fu operata dopo la domanda di concordato ed al fine di partecipare alla votazione della proposta di concordato.

Fonti

normative

Legge fallimentare, artt. 127, 177