

**Nota alla sentenza di fallimento  
n. 4/2020 del Tribunale di Crotone.**

**Il fallimento “omisso medio” nella procedura di  
concordato preventivo liquidatorio con cessio bonorum.**

**Indice**

1. Il fatto.	2
2. La questione giuridica del Fallimento “omisso medio”.	2
3. Il decorso del termine annuale per la risoluzione del concordato.	7
4. Conclusioni.	8

## **1. Il fatto.**

La vicenda prende spunto da una recentissima dichiarazione di fallimento (4/2020 del 13.2.2020) da parte del Tribunale di Crotona di una società in nome collettivo in pendenza di un concordato preventivo liquidatorio, con *cessio bonorum*, regolarmente omologato.

Il PM proponeva istanza di Fallimento ai sensi dell'art. 7 l.f. in ragione dell'insolvenza emersa durante un procedimento penale, nello specifico il n. 2569/19 mod. 45 pendente presso lo stesso Tribunale di Crotona nonché in ragione di una istanza dei Liquidatori giudiziari, che rappresentavano l'esito negativo di alcuni giudizi. Riteneva fossero emersi elementi atti a dimostrare uno stato di insolvenza nuovo ed ulteriore rispetto quello emerso nella procedura concorsuale tanto da legittimare il ricorso alla fattispecie del Fallimento c.d. "omisso medio" e cioè in assenza della previa declaratoria di risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l.f. e pur non essendo ancora trascorso l'anno dalla omologazione del concordato. Il PM richiamava la sentenza della Cassazione n. 29632/17 (nonché la n. 17703/2017 e la 26002/18) affermando che può agire a condizione che vi sia *"un nuovo un nuovo apprezzamento dell'insolvenza cui si è esposta la società debitrice, senza che – si aggiunge – tale possibilità sia ostacolata dalla mancata attivazione della procedura di risoluzione o inadempimento; si tratta di dar corso ad un principio generale che permette ai soggetti legittimati ex artt.6 e 7 l.f. di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente, escludendosi che la specialità dell'art.186 l.f."* Nello specifico i "nuovi" fatti rilevati dal PM (su cui ricade l'onore probatorio della nuova insolvenza) sarebbero il maggior debito erariale; la perdita di un contenzioso civile, la mancata vendita dell'immobile.

Il debitore si difendeva rappresentando che non sussistevano fatti diversi da quelli già rappresentati con il concordato, la cui valutazione prudenziale era stata fatta sia dall'imprenditore con il ricorso per concordato che dal Commissario Giudiziale con il parere ex art. 180 e la relazione ex art. 172 LF. Inoltre contestava la legittimazione attiva del PM.

Sosteneva altresì la carenza di legittimazione attiva del PM istante.

Il Tribunale, riteneva sussistenti i requisiti per procedere alla dichiarazione di fallimento c.d. "omisso medio".

## **2. La questione giuridica del Fallimento "omisso medio".**

La questione giuridica sottesa a questa vicenda è complessa e posta da più parti all'attenzione dei Tribunali e della Dottrina.

Il Tribunale di Crotona ritiene di conformarsi << all'orientamento dominante della Suprema Corte di Cassazione circa l'ammissibilità della dichiarazione di fallimento, omisso medio, della società in concordato preventivo omologato (Cass. 17703/2017, Cass. 29632/2017, Cass.

26002/2018) per il quale “nell’ipotesi di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può senz’altro avanzarne istanza di fallimento, ai sensi dell’art. 6 l.fall., a prescindere dall’intervenuta risoluzione del detto concordato, essendo ormai venuto meno - dopo la riforma dell’art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 - ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l’istante proporre la domanda di risoluzione, anche contestualmente a quella di fallimento, solo quando faccia valere il suo credito originario e non nella misura già falciata” >>;

Il Fallimento c.d. “omisso medio” consiste nella possibilità di richiedere il fallimento dell’impresa in concordato nella fase esecutiva successiva all’omologa del concordato preventivo.

Emerge dalla lettura della Ordinanza stessa richiamata dal Tribunale di Crotone che per procedere al fallimento *omisso medio* è necessario l’inadempimento del pagamento dei debiti concorsuali e da parte del creditore insoddisfatto.

Vi è però una ulteriore precisazione da fare che risulta ben sviluppata in un recente provvedimento del Tribunale di Campobasso<sup>1</sup>.

Mentre l’istanza di fallimento per una insolvenza insorta successivamente alla omologazione - in ragione evidentemente della circostanza che il concordato omologato è valido ed efficace per i creditori anteriori ma non per quelli successivi (art. 184 LF)- è pacificamente ammissibile, diversa è la condizione laddove si discuta della medesima insolvenza che ha condotto alla ristrutturazione concordataria.

Quando si può parlare di nuova insolvenza?

Il Tribunale di Crotone afferma “*non risulta dimostrato dalla resistente il possesso congiunto dei requisiti di cui all’art. 1, 2° comma, l. fall., beninteso con riferimento alla nuova insolvenza emersa successivamente all’omologa del concordato preventivo*”.

A parere di chi scrive i requisiti di cui all’art. 1 della legge fallimentare non sono verificabili tout out rispetto ad una impresa in concordato preventivo omologato, e soprattutto rispetto alla “nuova” insolvenza,

In tale ipotesi il Tribunale avrebbe dovuto riferire in che modo i requisiti sono valutati diversamente da quelli precedenti.

---

<sup>1</sup> TRIBUNALE di CAMPOBASSO, Decreto 14 febbraio 2019, n. 4824: “E’ utile precisare che la questione si pone solo quando si tratti della medesima insolvenza che ha condotto alla ristrutturazione concordataria, mentre allorchè si tratti di nuova insolvenza la possibilità che venga dichiarato il fallimento (anche tramite richiesta di auto fallimento) è fuori discussione: si tratta, infatti, di una piana applicazione, a contrariis, del principio di cui all’ art. 184 Legge Fall., nel senso che se il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato, ciò significa con tutta evidenza che esso è indifferente per i creditori posteriori. D’altra parte, non riconoscere al creditore pretermesso la possibilità di richiedere il fallimento omissio medio rappresenterebbe un evidente vulnus al diritto di difesa del creditore che, proprio in quanto pretermesso, non potrebbe ricorrere al Tribunale per far dichiarare la risoluzione del concordato e, quindi, si troverebbe privo di una reale tutela. Ciò, peraltro, in una procedura che, a differenza del fallimento, non prevede un effettivo giudizio di accertamento del passivo”.

Nella sentenza in esame il Tribunale nulla ha precisato a riguardo.

Questo apre un evidente *vulnus* nel provvedimento che risulta evidentemente viziato da irragionevolezza e carenza di effettiva motivazione.

La “nuova” insolvenza dovrebbe esser giudicata ed analizzata con precisione ed attenzione dal Tribunale che dopo la il riferimento all’art. 1 della l.f. dichiara altresì che i debiti scaduti e non pagati sono superiori all’importo dell’art. 15 della LF e che risulta esistente una grave esposizione debitoria.

In che misura sono fatti nuovi idonei a giustificare il fallimento diretto?

I requisiti di accesso alla procedura fallimentare sono stati già valutati al momento dell’avvio della procedura concordataria e nulla rileva tale verifica in ordine alla “nuova insolvenza”.

In realtà i fatti e le circostanze poste alla base della “nuova” insolvenza (ndr come definita dal Tribunale) erano stati ampiamente analizzati nel concordato e su queste valutazioni i creditori avevano espresso il proprio voto consapevole (debito tributario, valutazione dei giudizi, valore dei cespiti aziendali).

La “nuova insolvenza” idonea a giustificare il fallimento omissio medio quindi non può sussistere nel caso di specie poiché non è previsto da alcuna norma.

L’interpretazione e l’analisi delle fattispecie che hanno condotto al Fallimento senza revoca del concordato avevano una specifica e diversa natura.

Si trattava di grave inadempimento delle obbligazioni assunte intervenute oltre l’anno (quindi quando non era più possibile accedere alla revoca del concordato) ovvero di nuova insolvenza (il tipico esempio è l’incremento della massa dei creditori preeducibili nel concordato in continuità)-

Il Tribunale, con superficialità, nulla dice a riguardo dimenticando che, nel caso di specie, si trattava di concordato liquidatorio con *cessio bonorum*, e pertanto tutta la massa attiva veniva destinata a soddisfare il ceto creditorio.

La valutazione del Tribunale sull’inadempimento è insufficiente, non viene qualificata in alcun modo la gravità né si dice nulla riguardo al termine effettivo indicato dalla difesa della debitrice.

Ma altresì si può parlare di inadempimento nel concordato con *cessio bonorum*?<sup>2</sup>

Evidentemente con tale tipo di accordo concordatario i creditori accettano di prendere quello che loro perverrà dalla liquidazione del patrimonio del debitore.

Nel concordato con cessione dei beni l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata, oggetto dell'obbligazione nel concordato con cessione è unicamente

---

<sup>2</sup> A. Bonsignori, Concordato preventivo, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna, – Roma, 1979, p.531. In giurisprudenza Trib. Milano n. 10644/2016; Trib. Modena 11.6.2014; Trib. Ravenna 7.6.2012; Cass. 4398/2015; Cass. 13446/2011 e soprattutto Cass. SS.U. 1521/2013.

l'impegno a mettere i beni a disposizione dei creditori liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne diminuiscano sensibilmente il valore (Corte d'Appello di Firenze, Sezione 2, Decreto del 4 aprile 2019).

Anche la Cassazione con una recente ordinanza, Cassazione civile, sez. I, 31.7.2019, n. 20652 – Est. A. Pazzi – Pres. F. A. Genovese, ha stabilito che: *"In tema di procedure concorsuali, il concordato preventivo deve essere risolto, a norma della L. Fall., art. 186, qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione di soddisfare i creditori nella misura promessa, a meno che l'inadempimento non abbia scarsa importanza. Infatti, per tale verifica, la percentuale di soddisfacimento, che sia stata eventualmente indicata dal debitore, non è vincolante, salva l'assunzione di una specifica obbligazione intesa a garantirla; e tuttavia essa funge da criterio di riferimento utile ad apprezzare l'importanza dell'inadempimento: ne consegue che il concordato preventivo deve essere risolto, L. Fall., ex art. 186, solo qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione necessaria di soddisfare in una qualche misura i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati ove non falcidiati".*

In conclusione, la Corte di Cassazione, ha precisato che il concordato preventivo con cessione dei beni, deve essere risolto solo ove emerga che esso sia venuto meno alla sua naturale funzione cioè quella di risoluzione della crisi e liquidazione dei beni della società.

Nel caso di specie quindi il concordato, prevedendo la cessione intera dei beni ed il conseguente pagamento dei creditori, non potrebbe trovare nel fallimento altra e diversa destinazione o funzione.

La percentuale indicata di soddisfazione dei creditori è meramente indicativa ed il suo mancato rispetto non può essere motivo di doglianza del PM.

L'insolvenza dovrebbe essere esaminata/o alla luce del piano di concordato in corso e delle previsioni di questo.

Previsioni confermate dalle due relazioni dei commissari giudiziari (180 e 172 l.f.)

Potremmo immaginare un piano concordatario senza scostamenti rispetto alle previsioni?

Sono questi motivi sufficienti per dichiarare il fallimento in corso di concordato?

In tale ipotesi si può parlare di inadempimento?

Il piano ipotizzato dalla società prevedeva, nella prospettiva della cessione di tutti i beni e le attività a beneficio dei creditori, l'adempimento in un arco temporale complessivo di 48 mesi dalla omologazione del concordato (intervenuta il 8.3.2019).

In data 21.11.2018 si era tenuta l'adunanza dei creditori ed è stata raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto, avendo votato favorevolmente creditori chirografari in percentuale pari al 79,25%.

I commissari giudiziali depositavano, ai sensi dell'art. 180 LF, parere motivato all'omologazione del concordato ove concludevano che il piano concordatario proposto dalla società era da ritenere favorevole per il ceto creditorio.

Il piano concordatario stabiliva le seguenti modalità di pagamento dei creditori:

A) Per i Creditori prededuttivi:

il pagamento integrale nella misura del 100% delle spese di giustizia, dei crediti prededuttivi o sorti in funzione dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, secondo le modalità del concorso stabilite con l'autorizzazione degli organi concorsuali; nel termine massimo di 270 giorni dal provvedimento, definitivo, di omologazione ex art. 180 L. Fall.;

B) Per i Creditori privilegiati:

il pagamento integrale nella misura del 100% dei creditori privilegiati, addizionati di interessi legali dalla data della domanda di concordato fino all'effettivo soddisfo, secondo le legittime cause di prelazione e nei limiti di capienza dell'attivo ovvero dei beni su cui insiste la prelazione, entro il termine massimo di 36 mesi dal provvedimento, definitivo, di omologazione ex art. 180 L. Fall. ed in ogni caso dopo i creditori prededuttivi;

B) Per i creditori chirografari:

il pagamento in classe unica, nella misura che risulterà dalla liquidazione dell'attivo, da effettuarsi nel termine massimo di 48 mesi dal provvedimento, definitivo, di omologazione ex art. 180 L. Fall., e comunque non prima di aver completato il pagamento dei creditori privilegiati e prededuttivi.

Nessuno dei predetti termini era spirato.

Nessun inadempimento si è quindi concretato alla data del fallimento.

Ne il Tribunale potrebbe legittimare la sua dichiarazione con un probabile inadempimento successivo.

Si tenga conto che il pregiudizio subito dai creditori con la sentenza di fallimento è enorme.

I creditori concordatari con il fallimento, subiscono una doppia falcidia.

Infatti il fallimento post omologazione, in mancanza di preventiva risoluzione del concordato, non fa "rivivere" il credito originario.

Il credito che potrà esser ammesso al passivo del fallimento è quello risultante dalla proposta concordataria.

Il credito ammissibile è pertanto il credito falcidiato (cfr. Cassazione Civile sez. VI del 17/7/2017 n. 17703).

L'utilizzo del fallimento omisso medio presenta delle conseguenze *monstre* per i creditori che senza aver potuto fare alcuna valutazione autonoma sono stati assoggettati al fallimento.

Ed anche per i debitori che in tal modo perdono l'effetto esdebitativo in loro favore del concordato preventivo (avendo messo a disposizione della massa l'intero proprio patrimonio (Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza n. 26005/18; depositata il 17 ottobre).

Nessun creditore ha ritenuto di far valere le proprie ragioni, di fare istanza di fallimento o di risoluzione del concordato.

### **3. Il decorso del termine annuale per la risoluzione del concordato.**

Altresì ulteriore limite alla ammissibilità del fallimento omissis medio è il decorso del termine annuale per la revoca del concordato.

Non si può procedere alla declaratoria di fallimento “omisso medio” prima dell'anno.

Infatti se si ammettesse che durante il decorso di tale termine sia ammissibile il fallimento “omisso medio” si determinerebbe evidentemente una violazione implicita dell'art. 186 LF. in quanto sulla base di presupposti diversi e più ampi si otterrebbe il medesimo effetto della risoluzione superando i limiti sotto il profilo della legittimazione attiva e sotto quello più stringente dei presupposti.

Il Trib. Rovigo 7 dicembre 2017 ha riconosciuto ai soggetti di cui agli art. 6 e 7 LF. la facoltà di presentare istanza di fallimento solo qualora il debitore sia incapace a far fronte alle obbligazioni assunte con la proposta concordataria precisando tuttavia che solo *“allorché sia decorso l'anno di cui all'art. 186 l.fall. [è predicabile che] si riespanda un potere di istanza fallimentare sia da parte dell'imprenditore, sia da parte del pubblico ministero, rivelandosi l'insolvenza nella incapacità di far fronte con regolarità - ovvero secondo le modalità e i tempi del piano - alle obbligazioni assunte con la proposta concordataria e maturate durante la procedura”*.

Inoltre, l'effetto preclusivo all'iniziativa per la declaratoria fallimentare derivante, per i crediti precedenti, dall'omologa del concordato (art. 184 l.fall.) è altresì avvalorato dalle pronunce gemelle delle Sezioni Unite 15 maggio 2015, nn. 9935 e 9936, le quali hanno affermato il principio del c.d. “del coordinamento asimmetrico” tra la procedura concordataria e quella fallimentare ammettendo la possibilità di dichiarare il fallimento pendente una procedura concordataria solo allorché il concordato sia stato definito con esito negativo, in seguito al verificarsi di uno degli eventi di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180, l.fall. (in senso analogo cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9146).

Sulla questione il Tribunale di Ancona, 20 giugno 2019, ha affermato l'inammissibilità della dichiarazione di fallimento di una società in concordato preventivo omologato *“senza previa risoluzione dello stesso ai sensi dell'art. 186 l.f., poiché, innanzitutto, l'art. 186 L.F. si pone in rapporto di specialità rispetto alla norma generale dell'art. 6, che trova applicazione nella misura in cui non vi sia una lex*

*specialis, ed anche perché lo stato di crisi/insolvenza che ha dato luogo alla procedura concordataria viene rimosso dall'effetto esdebitatorio dell'omologazione, da cui discende che l'impresa non può essere dichiarata fallita se non sulla scorta di una nuova insolvenza generatasi per effetto di obbligazioni contratte successivamente all'omologazione e rimaste inadempite”.*

#### **4. Conclusioni.**

In conclusione, a parere di chi scrive, il fallimento omissivo medio, pur in presenza di alcune limitate pronunce della Suprema Corte, deve essere fortemente limitato come strumento processuale, in particolare nelle mani del PM.

Infatti, stravolge la natura privatistica dell'accordo concordatario e causa delle gravi conseguenze ai creditori concorsuali che subiranno la doppia falce concordataria e fallimentare.

La fattispecie va limitata all'insorgere effettivamente di una insolvenza successiva al deposito del piano, come ad esempio in un concordato in continuità, tale da impedire la prosecuzione anche temporanea dello stesso, con una valutazione nuova dei requisiti di fallibilità.

Oppure laddove vi sia un grave inadempimento degli oneri concordatari, sempre che non sia più possibile accedere all'istituto della revoca previsto espressamente dall'art. 186 LF, eludendone diversamente il contenuto e sempre che non trattasi di “cessio bonorum” non essendo possibile in tal caso identificare un effettivo inadempimento.

Avv. Paolo Borrelli