

Tribunale di Piacenza, 23 giugno 2009 – Pres. Tucci – Rel. Bersani.

Concordato preventivo – Indicazione della percentuale offerta ai creditori – Necessità.

La proposta di concordato preventivo deve contenere l'indicazione specifica della percentuale offerta ai creditori, non potendo l'indicazione di tale dato essere affidata ad un calcolo più complesso od essere addirittura riferita all'importo che si ricaverà dalla liquidazione dell'attivo; depongono a favore di tale conclusione la natura pattizia dell'accordo con i creditori, nell'ambito del quale le rispettive prestazioni devono essere determinate o determinabili al fine di operare, al momento del voto, la valutazione di convenienza rispetto al fallimento, nonché la necessità di consentire al tribunale di esprimere un giudizio di comparazione in caso di cram down. (fb)

IL CASO.it

TRIBUNALE DI PIACENZA
Sezione fallimentare

Il Tribunale di Piacenza, riunito in camera di consiglio, nelle persone dei sigg.ri

Dott. Domenico A. Tucci

Presidente

Dott. Maurizio Boselli

Giudice

Dott. Giuseppe Bersani

Giudice rel.

provvedendo in camera di consiglio sul ricorso ex art. 160 l.f. presentato da *** in liquidazione con sede in ***

letto il ricorso presentato;

letta la documentazione allegata;

dato atto che il giudizio di ammissibilità della procedura si deve svolgere nella verifica della regolarità e della completezza della documentazione nei termini di cui oltre, ed in particolare:

- a) della sussistenza del presupposto soggettivo, vale a dire della qualità di imprenditore commerciale, non piccolo, del ricorrente;
- b) della sussistenza del presupposto oggettivo, cioè dello stato di crisi dell'imprenditore;
- c) della sussistenza di un piano proposto dal debitore alla massa dei creditori;
- d) della completezza e regolarità della domanda;
- e) della regolarità e completezza della documentazione depositata;
- f) della sussistenza della relazione ex art. 161 l.f. del professionista asseveratore;
- g) dell'esame del giudizio del professionista asseveratore il quale deve articolarsi in diverse fasi (ispettivo - ricognitiva, valutativa della regolarità, comminatoria, con pubblica esplicitazione del giudizio espresso) e deve consentire la ricostruzione dei controlli effettuati. In tale prospettiva il Tribunale dovrà verificare che il professionista:
 - a) dia atto della documentazione esaminata;
 - b) indichi i controlli compiuti;
 - c) ricostruisca l'iter logico posto a base delle proprie valutazioni;
 - d) attesti "la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano";
 - e) della veridicità dei dati contabili;
 - f) della fattibilità del piano;
 - g) della sussistenza dei presupposti per un eventuale pagamento non integrale dei creditori privilegiati incipienti.

Rilevato che in tale ambito - anche nella fase di ammissibilità della proposta - deve essere svolto il giudizio di fattibilità del "piano concordatario" da parte del Tribunale.

Rilevato che nell'ambito della domanda proposta da *** risultano carenze documentali riconducibili ai seguenti aspetti:

- a) pur trattandosi di società con socio illimitatamente responsabile non è stata presentata, secondo quanto previsto dall'art. 161 lett. D) l.f., una situazione patrimoniale aggiornata

del socio accomandatario che appare indispensabile al fine di consentire ai creditori una valutazione della convenienza del concordato rispetto al fallimento della società e del socio illimitatamente responsabile;

IL CASO.it

- b) il doc. 6) prodotto dal ricorrente non risulta sottoscritto né dai soci né dal notaio, e non viene indicato nemmeno il numero di repertorio;
- c) nell'affitto di azienda viene specificato che "con apposito atto" la società conduttrice si è impegnata ad accollarsi tutto il TFR (cfr. affitto di azienda all'7 pag. 2 riga 11) in favore dei dipendenti), ma tali debiti vengono indicati nel passivo concordatario per le somme di euro 1.69.928,99; si rende necessario – pertanto – chiarire se il TFR costituisca un debito della procedura o della società affittuaria;
- d) nel contratto di affitto di azienda – pur essendo espressamente menzionati - non vengono indicati gli elenchi specificati come lett. "B" per i beni in proprietà e come lettera "C" per i beni in leasing;
- e) non è stata depositata la contabilità della ricorrente secondo quanto previsto dall'art 170 primo comma l.f.; ciò non consente un controllo del Tribunale né del C.G. circa la rispondenza dei dati gestionali indicati dal professionista ex art. 161 l.f. con quelli emergenti dalla contabilità della società ricorrente;
- f) che non è stata depositata l'indicazione delle garanzie prestate dal socio accomandatario nei confronti dei creditori sociali o personali; tale produzione appare necessaria al fine di garantire il rispetto del principio maggioritario alla luce delle più recenti indicazioni giurisprudenziali.

A tale proposito osserva il Tribunale che il problema della importanza del rispetto del criterio di interesse economico omogeneo che deve caratterizzare i creditori componenti ciascuna classe è stato ben colto dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Monza

Da parte del tribunale milanese, dopo aver dato atto che l'art. 160, primo comma lett. c) l.fall., prevede che la suddivisione dei creditori in classi deve essere improntata ai criteri dell'omogeneità della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici – si è "... rilevato che la natura chirografaria dei crediti integra il requisito dell'omogeneità di posizione giuridica ma non è di per sé sufficiente a dimostrare l'omogeneità degli interessi economici"; si è quindi affermato che "... l'interesse economico del creditore debba essere necessariamente valutato in concreto e che in questa prospettiva si debba valutare la posizione di ciascun creditore non solo nell'ambito del rapporto bilaterale con il debitore ma anche con riferimento all'esistenza di garanzie esterne; ritenuto infatti che sul piano dell'interesse economico, che attiene alle concrete possibilità di soddisfacimento del creditore, rapporto principale e rapporto accessorio di garanzia rappresentino un unicum", evidenziando poi che "... l'espunzione dell'esistenza delle garanzie dalla valutazione dell'interesse economico del creditore pregiudicherebbe sostanzialmente la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto a quello dell'omogeneità di posizione giuridica, in quanto consentirebbe l'inserimento in un'unica classe di creditori con diverse prospettive di soddisfacimento dei propri crediti con conseguente alterazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all'interno della classe, soprattutto laddove i creditori con garanzie esterne risultassero titolari dei crediti di più rilevante entità".

Da parte della stessa giurisprudenza si è poi ritenuto che una volta "... sottratta al tribunale ed attribuita esclusivamente ai creditori la valutazione di convenienza con limitazione del cram down al solo caso di dissenso di una classe, sia essenziale, nell'ipotesi in cui il creditore abbia scelto di suddividere i creditori in classi, che effettivamente ciascuna classe sia formata da creditori che si trovino in una posizione omogenea sotto il profilo del giudizio di convenienza, apparendo di tutta evidenza come creditori con forti garanzie esterne, sia reali sia personali, possano essere sostanzialmente indifferenti rispetto al contenuto della proposta concordataria e possano, con il loro voto favorevole, pregiudicare il diverso interesse dei creditori non garantiti".

Pertanto, secondo il Tribunale milanese, "... affinché possa essere valutata adeguatamente la correttezza della formazione delle classi, il quadro conoscitivo a disposizione del tribunale debba essere integrato con informazioni puntuali sull'eventuale esistenza e natura di garanzie rilasciate a favore di creditori della società".

IL CASO.it

Lo stesso Tribunale milanese ha confermato nella sostanza la linea interpretativa sopra indicata con il decreto del 8 gennaio 2009 (Cfr. Trib. Milano, decr. 8 gennaio 2009, Pres.

Galioto, est. Fontana) : "... i criteri della suddivisione in classi appaiono corretti, considerato in particolare che, pur prevedendosi un identico trattamento, banche e fornitori sono stati inseriti in classi diverse, risultando così rispettato il fondamentale criterio (nella prospettiva della genuinità del processo di formazione della volontà maggioritaria all'interno delle classi) dell'omogeneità degli interessi economici tra i componenti di ciascuna classe (dovendosi osservare, a conferma della necessità della correzione apportata rispetto all'originaria soluzione dell'unica classe per tutti i creditori chirografari, che la diversa natura dell'attività finanziaria rispetto all'attività di fornitura di beni o servizi, la connessa diversa propensione al rischio che l'esercizio delle due attività sottende, la evidente maggiore capacità dei soggetti che esercitano l'attività finanziaria ad ottenere garanzie personali o reali e la circostanza che la remunerazione delle diverse tipologie di operazioni finanziarie è determinata essenzialmente proprio in ragione della diversa incidenza del rischio d'insolvenza, sono elementi che differenziano nettamente sul piano della posizione economica le due categorie di soggetti, anche quando i rispettivi crediti hanno tutti natura chirografaria) ".

Nello stesso senso del Tribunale di Milano si è pronunciato recentemente anche il Tribunale di Piacenza affermando "... che la proposta di concordato prevede la cessione di tutti i beni costituenti il patrimonio sociale, in modo da consentire il pagamento delle spese di procedura e di quelle in prededuzione, nonché il pagamento integrale dei creditori privilegiati (con privilegio speciale o generale) ed il pagamento dei creditori chirografari nei limiti del residuo disponibile".

IL CASO.it

Poiché nel caso concreto la proposta conteneva unicamente una previsione circa la possibilità di soddisfare i creditori chirografari mediante la liquidazione dei beni sociali indicando una percentuale di pagamento significativamente diversa da quella stimata nella relazione del professionista sulla fattibilità del piano ex art. 161 co.3 L.F.- con esclusione di qualsiasi obbligo in ordine all'effettivo pagamento dei creditori chirografari, essendosi espressamente precisato che detta previsione non costituiva una promessa concordataria alla quale il proponente intenda obbligarsi, da parte del Tribunale si è ritenuto necessario – dopo aver evidenziato che la proposta di concordato non prevedeva la suddivisione in classi dei creditori né un trattamento differenziato tra i creditori chirografari, siano essi gli istituti di credito (per i crediti non garantiti da mutui ipotecari) ovvero i fornitori della società proponente, i quali tuttavia, pur avendo identica posizione giuridica, conseguente alla natura chirografaria dei crediti, potrebbero avere una diversa posizione economica, in relazione all'effettiva possibilità di soddisfacimento dei rispettivi crediti, in grado di condizionare la stessa valutazione di convenienza del concordato, ormai rimessa in via esclusiva al ceto creditorio - "... assicurare a tutti i creditori chirografari la pertinente valutazione di competenza circa la convenienza della proposta concordataria, soprattutto in relazione all'indeterminatezza della prospettiva di soddisfacimento del loro credito".

In tale prospettiva, al fine di garantire una compiuta e trasparente informazione in ordine all'eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di alcuni creditori chirografari", da parte del Tribunale di Piacenza si è disposta l'acquisizione di "... informazioni circa l'eventuale esistenza di garanzie rilasciate da terzi in favore dei creditori chirografari della società debitrice, in modo da permettere l'esercizio dei poteri di controllo spettanti al Tribunale in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo".

IL CASO.it

Pertanto, utilizzando lo strumento della richiesta di integrazioni al piano concordatario si è invitato il debitore a presentare "... una relazione informativa circa l'eventuale sussistenza di garanzie esterne, di natura reale o personale, da chiunque rilasciate in favore di creditori chirografari della stessa società". (Cfr. Trib. Piacenza, dec. Pres. Picciau, est. Boselli).

Un provvedimento che si colloca nella stessa linea interpretativa - ed anzi costituisce l'evoluzione delle soluzioni adottate dai tribunali sopra citati - è stato adottato dal Tribunale di Monza (cfr. Trib. Monza, 7 aprile 2009, Pres. Est. Palukowski) il quale, dopo aver premesso che "... la riforma del concordato preventivo ha accentuato gli aspetti negoziali e contrattualistici dell'istituto, chiarendo nel contempo che lo stesso inteso come forma concordata di soluzione della crisi d'impresa può essere destinato a perseguire fini conservativi, attraverso la ristrutturazione del debito e la soddisfazione dei creditori con modalità alternative rispetto al pagamento (ed in tal senso la fantasia degli operatori potrebbe giungere ad elaborare soluzioni quali la creazione di newco, l'attribuzione di titoli di credito convertibili in partecipazioni ed altro) , o fini liquidatori, nel qual caso le finalità

satisfattorie si realizzano tramite pagamento in termini monetari”, ha evidenziato come di regola questi ultimi nella prassi sono configurati come concordati per cessione di beni ai creditori (in toto, cioè liquidatori puri o in parte, cioè misti) e, almeno per ora essi rappresentano la stragrande maggioranza delle proposte presentate”.

Esaurita tale premessa il Tribunale di Monza rileva come “... nel primo caso la suddivisione in classi, che il debitore può operare, presenta, maggiore analogia con l’ipotesi del chapter eleven che ha fornito il modello al legislatore, ed appare nel modello statunitense principalmente il mezzo per favorire il debitore consentendogli di superare il dissenso di alcuni creditori , nella soluzione liquidatoria le classi sono dalla dottrina più attenta avvertite come uno strumento anche di tutela dei creditori, che acquisiscono informazione piena e corretta e possono correlare la loro situazione a quella di creditori che si trovano in una posizione omogenea per interessi e per collocazione giuridica, orientando il proprio consenso in modo libero e informato. Altrimenti non si comprenderebbe la ratio del potere che anche il decreto correttivo, che pur ha avuto l’accortezza di spazzare le ultime ingerenze non volute del potere giurisdizionale nella gestione della crisi (ritenuta tendenzialmente una questione privata tra creditori e debitore) ha mantenuto in capo al Tribunale di esaminare e censurare le suddivisioni in classi che siano finalizzate a inertizzare comunque il volere dei creditori, “ annegando il dissenso” in modo artato (in proposito si veda in giurisprudenza il recente Trib. Milano. ord. 4.12.2008). In questa ottica che è tendenzialmente espansiva, perché è posta in una insopprimibile prospettiva di costituzionalizzazione, al fine di meglio giustificare la possibilità che la maggioranza vincoli la minoranza ad una scelta esdebitatoria o, peggio, nemmeno direttamente soddisfattiva in termini monetari, ma per “equivalente”, il Tribunale ritiene ci si debba interrogare sulla portata e valenza della libertà, che apparentemente il legislatore ha riconosciuto al debitore di dividere i creditori in classi a seconda delle proprie personali esigenze, per giungere a dare una interpretazione che assicuri innanzitutto una uguaglianza di trattamento del creditore e del suo dissenso dinanzi al Tribunale e soprattutto una uguaglianza di chances di libera formazione del proprio convincimento, al di là della legittima diversità di trattamento economico che il modello adottato consente fisiologicamente”

IL CASO.it

Si sottolinea, inoltre, da parte del Tribunale di Monza, che argomentare di uguaglianza di trattamento del dissenso dei creditori può essere foriero di equivoci, in quanto il “... legislatore ha voluto che il dissenso pesasse in proporzione alle dimensioni economiche dell’insoddisfazione di ciascuno, ha consapevolmente cercato di abbandonare una visione di uguaglianza che prescindesse dalla importanza del creditore, cercando inconsciamente delle giustificazioni nell’analisi economica del diritto. In realtà, però il fenomeno insolvenza continua a muoversi in un panorama costituzionale che è permeato dall’art. 3 e la funzione tutoria di controllo di legittimità che l’ordinamento non ha potuto togliere al Tribunale, nel momento in cui ha preteso di svolgere sotto la sua autorevole supervisione la procedura, non può essere soppressa quale funzione irrinunciabile di un organo di giustizia .

Pertanto secondo il Tribunale lombardo, e tale soluzione è condivisa dal Collegio – “... anche quando apparentemente non vi siano classi nella proposta, ma una unica massa di fornitori chirografari, la logica ormai invalsa nella procedura debba concludere che in realtà vi è una sola classe, colma di creditori di vario tipo e che vi siano ipotesi in cui per la necessaria trasparenza dell’operazione concordataria sia necessario procedere a suddividere i creditori chirografari (diretti o residui) in più classi, ad esempio al fine di evitare la commistione di interessi disomogenei ,come quelli degli erogatori del credito con quelli di altri fornitori di beni o servizi con i quali non è ricostruibile una posizione giuridica e soprattutto degli interessi economici omogenei (sia che essi posseggano garanzie collaterali, come spesso accade escludendo così l’uguaglianza della posizione economica all’interno della stessa classe sia che ciò sia per tutti o solo per alcuni, in quanto le asimmetrie informative, la posizione di potere nell’ordinamento, l’organizzazione stessa di tali soggetti esclude la comunità economico giuridica delle posizioni con altri tipi di creditori chirografari). Ma vi sono altre ipotesi, come quelle dei creditori privilegiati che siano stati declassati in tutto o in parte, il cui dissenso non può semplicemente “annegare” nel mare magnum di una sola mega- classe onnicomprensiva di chirografari. Si pensi al privilegiato il cui bene non sia capiente, asseritamente, oppure all’Erario cui si offre una percentuale assumendo che è maggiore di quella che avrebbe nell’esecuzione (in assenza di transazione fiscale che, ad avviso di questo collegio non è necessariamente obbligatoria nel concordato preventivo per ridurre la

percentuale di soddisfazione del Fisco, se non si vuole ottenere la cessazione dei contenziosi e la cristallizzazione delle posizioni fiscali che sono effetti tipici dell'istituto) ed è innegabile che la posizione del Fisco non sia ontologicamente affine a nessun'altra, né giuridicamente né economicamente".

IL CASO.it

Il ceto creditorio, in altre parole, è un complesso insieme di interessi diversi, spesso in conflitto tra loro, la cui gestione "in monte" finisce spesso per favorire il debitore personalmente rendendo più difficile il raggiungimento dello scopo della procedura che è ristrutturare il debito e soddisfare i creditori. Seppure il termine soddisfazione possa essere inteso in molte accezioni, non necessariamente monetarie, è indubbio che debba rispondere alla logica di appagamento di un interesse e perché ciò possa avvenire è necessario che ai creditori sia consentito di formare liberamente il consenso esprimendo, se del caso nel modo più completo e tutelato il proprio dissenso (anche attraverso l'opposizione che consenta però un riesame di convenienza della proposta tramite il cram down)".

Sulla scorta di tali premesse da parte del Tribunale di Monza si è invitato il ricorrente a "...formare una classe omogenea di erogatori del credito (tutti, anche quelli dotati di garanzie, poiché la disclosure delle stesse, già effettuata correttamente dal debitore, consente di formare liberamente il convincimento anche agli altri soggetti appartenenti alla categoria ma non beneficiati), una classe dei privilegiati declassati e per i crediti fiscali incapienti, una classe residua di chirografari dotati di interessi omogenei".

Tali principi interpretativi, finalizzati a salvaguardare il principio di maggioranza, in forza del quale il debitore dissenziente subisce una decurtazione del proprio credito senza il proprio consenso, trovano applicazione – ad avviso del Tribunale – anche in caso di concordato senza classi in cui è configurabile, tuttavia, una sola classe di creditori chirografari.

E' evidente, in tal modo l'opera interpretativa del Tribunale finalizzata ad una tutela effettiva e sostanziale del ceto creditorio contro eventuali abusi del debitore e di altri creditori in nome del principio di maggioranza.

Con riferimento al giudizio di fattibilità ed al controllo sul contenuto della relazione del professionista ex art. 161 l.f. si osserva – pur escludendosi comunque qualsiasi controllo sulla convenienza e fattibilità del piano proposto ai creditori – che la valutazione del contenuto della relazione del professionista, nel suo duplice contenuto, appunto di attestazione di veridicità (dei dati aziendali, con espressione sintetica ma atecnica) e di prognosi favorevole (sulla fattibilità del piano) dovrà essere particolarmente rigoroso: tale relazione – infatti – "...costituisce per il professionista qualificato un compito, se non proprio costitutivo di una totale privatizzazione del controllo di corrispondenza dei dati informativi rilevanti, certamente di estrema delicatezza e di cruciale importanza".

Anche con riferimento alla verifica del contenuto della relazione del professionista devono essere individuati dei limiti oltre i quali il giudizio del Tribunale non potrà andare, ribadendosi che "...i limiti del sindacato giudiziario debbano essere individuati in un accertamento (sia pure dall'esterno, senza alcun controllo di merito) di indicazioni effettive, basate su un'attestazione oggettivamente motivata, necessaria per la formulazione di un giudizio serio ed approfondito sulla fattibilità del piano proposto dal debitore, con una sua valutazione critica e ragionata ed esplicitazione dei criteri e delle metodologie osservati nei controlli compiuti.

La necessità di una dichiarazione di fattibilità che si fondi su una seria valutazione, critica e ragionata delle condizioni patrimoniali e finanziarie della società che propone il concordato, si rende necessaria al fine di evitare che l'indicazione di fattibilità sia soltanto apoditticamente affermata, senza alcuna illustrazione argomentata delle ragioni, ricavate dal combinato e coordinato esame dei vari elementi della proposta, sia pure in un'ottica prognostica (e quindi non di certezza scontata, ma comunque di verosimile e ragionevole probabilità di successo)".

IL CASO.it

Il Tribunale ritiene condivisibile la soluzione proposta in giurisprudenza (Cfr. Trib. Roma, decr. 22 ottobre 2007, Pres. Deodato, est. Tronci, in www.ilfallimentoonline.it) in cui prendendo le mosse da un concetto di "completezza sostanziale" della documentazione posta a corredo dell'istanza di concordato preventivo, si afferma che "...nella fase di ammissione della proposta di concordato preventivo è demandato al Tribunale il compito di effettuare un controllo di regolarità e completezza della documentazione, da intendersi come controllo sostanziale della adeguatezza informativa del piano e dei documenti allegati, ivi compresa la

relazione ex art. 161 l.f. del professionista. A quest'ultima il legislatore ha voluto attribuire una funzione innanzitutto accertativa, non ritenendo sufficiente che la veridicità dei dati aziendali sia meramente allegata dalla impresa proponente, ma esigendo che detta attendibilità, e cioè la veridicità dei valori esposti nella proposta e la loro rispondenza ai dati emergenti dalle scritture contabili e dal bilancio, sia attestata da un professionista già in sede di presentazione del ricorso. Di qui la certezza che la attendibilità dei dati aziendali costituisca una condizione di ammissibilità della procedura. La verifica affidata al professionista, in vista di una corretta informazione da rendere ai creditori, ha ad oggetto non solo la rispondenza dei dati posti a base della proposta ed emergenti dalla situazione patrimoniale con le risultanze contabili, ma anche la esistenza e completezza di quei dati, dovendo il professionista procedere ad una valutazione della correttezza dei criteri di stima delle singole poste contenute nel piano di liquidazione. Ma nella conduzione di questo accertamento, per giungere ad una attestazione di veridicità dei dati aziendali, l'esperto non può esimersi dall'effettuare controlli tesi a verificare la esistenza o meno di un sistema di contabilità affidabile, restando altrimenti la funzione accertativa attribuita alla relazione, priva di un vero contenuto di garanzia della informazione dei creditori. Di qui la necessità che il controllo del Tribunale si dispieghi in maniera pregnante sulla relazione, verificando le procedure seguite al fine della affermazione di veridicità dei dati aziendali".

Precisa poi il Tribunale romano, introducendo il concetto di "completezza sostanziale" che "... neppure si sottrae, inoltre, al suddetto controllo di completezza sostanziale demandato al Tribunale in fase di ammissione del concordato il contenuto valutativo della relazione, vale a dire il giudizio di fattibilità del piano. Occorre cioè effettuare un controllo che, pur non entrando nel merito della proposta, garantisca una informazione corretta e completa ai creditori sia in ordine ai dati aziendali posti a base della proposta, sia in ordine al piano medesimo, illustrandone i punti critici e non trascurando circostanze rilevanti, venendo altrimenti ad essere viziato il giudizio sulla convenienza della proposta riservato ai creditori. In tale direzione, quindi, quanto alla valutazione di fattibilità del piano espressa dal professionista, va verificato che la stessa non sia contraddetta dalle stesse risultanze della documentazione allegata al ricorso o compromessa dalla mancata valutazione di dati rilevanti o addirittura dalle stesse riserve formulate dal professionista. In definitiva il percorso logico che porta l'esperto ad affermare la fattibilità del piano, non può che essere criticamente vagliato dal Tribunale nell'esercizio del controllo di completezza sostanziale della documentazione al fine di smascherare apodittiche affermazioni di fattibilità o attestazioni di fattibilità fondate su circostanze contraddittorie che non possono dirsi integrare la condizione di ammissibilità in parola".

IL CASO.it

Si osserva - a margine di quanto sopra - come il debitore sia gravato di un onere probatorio particolarmente stringente quanto alla prova della fattibilità del piano e alla veridicità dei dati aziendali, prova che dev'essere data, oltre che con la produzione della documentazione di cui all'art. 161, secondo comma, anche e soprattutto attraverso la relazione di un professionista indipendente ed imparziale; il tribunale, però, non è vincolato a tale prova proprio perché, come tutte le prove dev'essere valutata e ogni valutazione non può che entrare nel merito della proposta e, quindi, anche della relazione del professionista ove il Tribunale dovesse ritenere che la medesima, non fornisca sufficienti e tranquillizzanti elementi per ritenere che il piano sia fattibile e/o i dati aziendali non siano veridici (ciò risulta coerente con la possibilità di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni (termine che viene concesso nel caso concreto) per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, e cioè porre in essere un'attività che non può che essere conseguente, com'è del tutto evidente, a contestazioni sollevate proprio in ordine alla fattibilità e/o veridicità dei dati aziendali).

Peraltro in presenza - come nel caso concreto - di una documentazione incompleta, nell'accezione sopra fornita, si afferma che la conseguenza sarà non quella quella dell'inammissibilità, a norma dell'art. 162, primo comma o dell'improcedibilità della domanda "... quanto piuttosto della concessione di un termine per l'integrazione dei documenti mancanti, così come previsto nei progetti di riforma per la procedura di composizione concordata della crisi".

Tale soluzione - come si vedrà nella parte dispositiva - è condivisa da parte del Tribunale con riferimento alla possibilità di effettuare una integrazione della documentazione ritenuta mancante o carente, anche alla luce di quanto esplicitamente previsto dall'art. 162 primo

comma l.f. come modificato dal decreto correttivo.

IL CASO.it

Il giudizio di fattibilità del concordato da parte del Tribunale alla luce della relazione del professionista ex art. 161 l.f.

Pertanto, anche seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. 169/2007 rispetto alla L. 80/2005, il controllo del Tribunale non è più limitato entro i limiti della verifica della "completezza e regolarità della documentazione", ma è stato "ricalibrato", confermando un potere tradizionalmente riconosciutogli e cioè quello della verifica nel merito della fondatezza (cioè della fattibilità) della proposta.

In altre parole - così come osservato in dottrina - se proprio si vuole parlare di privatizzazione della procedura, si può solo affermare che è stato "privatizzato" il requisito della convenienza nel senso che, ora, la suddetta valutazione rientra nella discrezionalità del ceto creditorio che la esprime attraverso la votazione.

Al contrario non è stato, invece, "privatizzato" il requisito del controllo della fattibilità del piano: sotto tale profilo, la funzione pubblicistica deve essere individuata nel fatto che i creditori devono essere messi nelle condizioni di votare in modo informato sulla proposta e tale obiettivo non può raggiungersi che consentendo al tribunale un vaglio della fattibilità.

Al Tribunale viene, pertanto, riservato oltre che un controllo di legittimità - con riferimento alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato [su cui cfr. infra par. 1), 2) e 3)], anche un giudizio di fattibilità del medesimo che costituisce la concreta idoneità della proposta concordataria a realizzare le complesse ipotesi dell'art 160 l.f. attraverso strumenti astrattamente idonei e giuridicamente leciti: si tratta di un vaglio che deve essere fatto una prima volta con l'ammissione, integrando essa uno dei presupposti o fatti costitutivi della procedura concordataria, ma che può essere effettuato nuovamente fino all'omologa (Cfr. in tal senso cfr. Tribunale di Palermo, Sez. IV, decr., 18 maggio 2007 Pres. Marino - Rel. Nonno - Legno Market F.lli Scalia S.r.l., in *Il fallimento*, 2008 pag. 75 ss., secondo cui "in sede di omologazione, il collegio deve compiere una nuova verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge e già sommariamente esaminati nel decreto emesso in epoca immediatamente successiva al deposito del ricorso, nel contraddittorio con le parti dissenzienti").

Pertanto il Tribunale, poiché rientra nella propria competenza, può esprimere anche un giudizio in ordine alla fattibilità del piano concordatario (Cfr. in tal senso cfr. Trib. Sulmona 6 giugno 2005, decr., in *Fall.*, 2005, 793; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, *ivi*, 2006, 56; Trib. Milano 2 ottobre 2006, decr., *ivi*, 2007, 331; App. Bologna 30 giugno 2006, *ivi*, 2007, 470, s.m.).

IL CASO.it

A favore di tale soluzione in dottrina si è peraltro osservato come "... già a livello di interpretazione letterale, il cambiamento di rotta impresso dal D.Lgs. 169/2007 rispetto a quello della L. 80/2005, è notevole perché, ora, il controllo del Tribunale non è più limitato entro gli angusti limiti della verifica della «completezza e regolarità della documentazione», ma si riappropria di quello che era sempre stato un potere tradizionalmente riconosciutogli e cioè quello della verifica nel merito della fondatezza (rectius: la fattibilità) della proposta), appare preliminare verificare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato nel caso concreto, consistente nella "completezza" della documentazione.

La stessa Corte di Appello di Torino (Cfr. Corte di Appello di Torino, 19 giugno 2007, Pres. Troiano, est. Patti, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1315 ss.) ha ritenuto "... di non poter prescindere dal criterio, che sempre deve orientare l'interprete nell'applicazione della legge, di una lettura del nuovo testo di legge, in base al senso fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la loro connessione e l'intenzione del legislatore".

Secondo la Corte torinese "... l'assenza di ogni compito valutativo in merito al contenuto della proposta di concordato preventivo, da parte del tribunale, non esclude che lo stesso organo giudiziario sia chiamato ad un attento riscontro, sotto i suindicati profili di completezza e di regolarità della documentazione allegata al ricorso, in essa compresa la relazione di accompagnamento del professionista qualificato, attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ai sensi dell'art. 161 terzo comma l.f.".

Con riferimento a questo ultimo aspetto la Corte piemontese fornisce preziose indicazioni agli interpreti prescrivendo che il controllo giudiziario dovrà prevedere "a) sotto il profilo della regolarità, sull'accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell'art. 161 terzo comma l.f., alla documentazione di

supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il profilo della completezza, sull'accertamento dell'offerta di un'informazione esauriente ed argomentata, dell'effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, in modo che esso sia davvero (e non soltanto apparentemente o apoditticamente) spiegato, sulla base di un'indicazione,, critica, ragionata (con illustrazione dei criteri e delle metodologie seguite), dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti". (in tal senso cfr. Corte di Appello di Torino cit.; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 570".

Precisa ulteriormente la Corte che la finalità di questa informazione "... garantita nella chiarezza (perchè comprensibile nelle sue fonti e nella sua rappresentazione), nella genuinità e nell'eshaustività dall'attento e critico sindacato del tribunale, risiede nella formazione di un reale "consenso informato" dei creditori, posti così in condizione di esprimere il loro libero convincimento con una volontà non viziata ... sulla fattibilità del piano proposto, la cui valutazione ad essi soli spetta".

Pertanto, secondo i giudici torinesi deve essere riconosciuto al Tribunale "... un ruolo non meramente formale di legalità: da intendersi come tutela della corretta informazione dei creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell'accordo tra il debitore ed i suoi creditori, non più sindacato nella sua effettiva realizzabilità, ma salvaguardato, per così dire, esternamente, attraverso l'assicurazione delle condizioni perchè possa concludersi" (Cfr. Corte di Appello di Torino, cit. , nello stesso senso Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Il Fallimento*, 2005, pag. 1402).

IL CASO.it

Tale soluzione appare condivisa in giurisprudenza: da parte del Tribunale di Udine (Cfr. Trib. Udine, 2 marzo 2009, Pres. Bottan, est. Pellizzoni, in www.unijuris.it), dopo aver dato atto che "... la completezza e ragionevolezza del piano proposto dal debitore per la ristrutturazione dei debiti, la cui fattibilità deve essere attestata dall'esperto all'uopo nominato, dovendo in assenza di tali requisiti, dichiarare la stessa inammissibile" ed aver evidenziato come "... dopo l'introduzione della novellata disciplina sul concordato preventivo e le successive modifiche apportate dal decreto correttivo di cui al d. lgs. n. 169/07 è sorto un vivace dibattito fra chi ritiene che i poteri del tribunale in sede di ammissione alla procedura siano di mera legittimità formale e di stampo quasi " notarile ", nel senso che il Tribunale deve limitarsi a controllare la regolarità formale della domanda e la completezza della documentazione, restando escluso qualsiasi sindacato sui requisiti di meritevolezza, sia sui vincoli di contenuto della proposta e sulle condizioni di convenienza economica del concordato per i creditori (cfr. Trib. Pescara 13.10.2005, G. M., 2006, 654, Trib. Palermo, 17.06.2006, in Fall., 2006, 570, Trib. Milano, 16.02.2007, in Fall., 2007, 548) e chi ritiene invece che il Tribunale mantenga anche un potere di vaglio di natura sostanziale nel merito, circa la fondatezza della domanda e la fattibilità del piano proposto, oltre che dell'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali (cfr. Trib. Salerno, 3.06.2005, in GI, 2006, I, 559, Trib. Roma, 8.03.2006, Dir. Fall., 2007, II, 103, e Trib. Ancona, 9.05.2007, in GM, 2007, 3227), mentre un terzo e più condivisibile indirizzo ritiene che il Tribunale - esclusa la sindacabilità della convenienza della proposta - mantenga un potere di controllo della legittimità sostanziale del piano proposto, volto alla tutela della corretta informazione dei creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell'accordo tra il debitore e i suoi creditori, sulla base di una effettiva conoscenza della situazione prospettata dal ricorrente, in modo che la loro volontà non ne risulti viziata (cfr. App. Torino, 19.06.2007, in Fall., 2007, 1315, Trib. Monza 16.10.2005, in G. Comm., 2006, II, 891, id 17.10.2005, in Dir. Prat. Soc., 205, 2267, Trib. Udine, 13.01.2006, in www.unijuris.it e Trib. Milano, 9.02.2007, in Fall., 2007, 1218)", si è rilevato in modo condivisibile che se non sussiste la possibilità di vagliare la convenienza della proposta di concordato, all'organo giudiziario è comunque "... affidato un controllo di legalità, che si estende non solo alla completezza e regolarità della documentazione fornita, ma anche alla ragionevolezza e completezza della relazione dell'esperto (a cui la legge ha affidato il giudizio sulla attendibilità dei dati esposti e sulla fattibilità del piano), la cui validità e affidabilità sono presupposti dalla legge nel delineare i requisiti del giudizio su cui i creditori devono basarsi per esprimere il loro voto, in base ai principi generali dell'ordinamento che nel vaglio di legalità del giudice includono sempre il sindacato sulla omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio".

Pertanto, secondo il Tribunale friulano, ai fini di una disamina della completezza del piano e

del connesso parere dell'esperto, "... appare quindi necessario che lo stesso sia compiutamente sviluppato in tutti i suoi elementi particolari, onde consentire al Tribunale e ai creditori una valutazione complessiva della sua attendibilità e realizzabilità in concreto e della sua rispondenza ai requisiti richiesti dall'art.160 l. fall., non potendo essere rimesse a scelte successive del debitore e del liquidatore giudiziale la decisione su come sviluppare gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il conseguente piano" "tenuto anche conto che tale relazione assume una rilevanza fondamentale nell'economia della procedura, a fronte dei ridotti poteri di vaglio della fattibilità del piano, sotto il profilo del merito, riservati al Tribunale dalla novellata disciplina, a meno che non vengano proposte delle classi di creditori, atteso che il controllo del professionista previsto dall'art. 163 terzo comma, come elemento indispensabile della domanda è teso a favorire e sostituire il controllo del Tribunale, evitando che vengano proposti concordati palesemente illegittimi o inverosimili e mettendo i creditori in grado di esprimere un corretto giudizio sulla fattibilità e convenienza del piano (cfr. ancora Trib. Udine, 16.01.06 cit., nonché da ultimo Trib. Roma, 24.04.2008, in Dir. all, II, 573 e ss, secondo cui la veridicità e fattibilità del piano devono essere intesi quali condizioni dell'azione, con la conseguenza che il controllo di garanzia del Tribunale deve necessariamente estendersi alla validità – non solo formale – dell'attestazione dell'esperto); ritenuto pertanto che la proposta deve essere considerata inammissibile".

IL CASO.it

Sulla scorta di tali premesse, a margine dell'esame della documentazione prodotta, della relazione del professionista ex art. 161 l.f. e del conseguente giudizio di fattibilità del piano, da parte del Tribunale si osserva che:

- a) non si è proceduto da parte del professionista incaricato ad alcuna svalutazione dei crediti indicati in bilancio, riportando tale valore senza alcuna rettifica nell'attivo del concordato, e quindi senza prevedere il possibile (e verosimile) mancato pagamento di alcuni creditori; tale svalutazione – pur alla luce del fondo svalutazione crediti specificatamente indicato nelle scritture contabili - appare indispensabile al fine di effettuare una adeguata valutazione in ordine alla fattibilità del piano;
- b) in modo analogo ci si è comportati con riferimento ai valori degli immobili costituiti dalle attrezzature; è stato riportato il valore di stima senza alcuna rettifica prudenziale qualora i beni non vengano venduti alla prima asta;
- c) analoghe considerazioni valgono con riferimento al leasing immobiliare (l'immobile in cui viene svolta l'attività produttiva viene infatti valutato dal CT oltre 6.000.000,00 di euro), per cui non viene fornito alcun dato relativo ai canoni di leasing già pagati ed a quelli da pagare da parte della soc. ricorrente (cfr. in particolare la relazione del professionista pag. 3 e 4 ove in poche righe viene liquidata la questione del leasing immobiliare) e quindi alla convenienza rispetto ad un eventuale riscatto del bene, anche con riferimento agli aspetti derivanti dall'applicazione dell'art. 72 quater l.f. in caso di fallimento della società;
- d) inoltre nella relazione di fattibilità redatta dal professionista ex art. 161 l.f. viene indicato un valore pari a zero per la partecipazione pari al 70% nella società %%% srl (creditrice della AL.SA. di somme per oltre 1.600.000 euro) solo sulla scorta del fatto che la predetta società vanta crediti nei confronti della ricorrente e che presenta una perdita di bilancio. Non viene pertanto, indicato il valore patrimoniale della società, mentre le quote di tale società, pur non avendo ricevuto alcuna valutazione patrimoniale, sono state cedute in usufrutto in favore della soc. affittuaria dell'azienda per euro 800,00 annui (cfr. parte seconda doc. affitto di azienda).

IL CASO.it

Osserva il Tribunale da un lato che l'oggetto di tale cessione non appare – allo stato - coerente con il mantenimento della continuità aziendale e dei livelli occupazionali che hanno giustificato l'affitto di azienda ad un valore di circa 49.000,00 annui (peraltro non pagati e che dovranno essere defalcati in casi di acquisto della società da parte dell'affittuaria, dal prezzo finale; anche tale clausola appare gravemente pregiudizievole per il ceto creditorio ed estremamente favorevole per la società affittuaria, essendo evidente che essendo previsto un periodo di affitto di anni nove, il prezzo residuo che la procedura ricaverà dalla vendita dell'azienda all'affittuaria sarà solo di 1.550.000,00 euro circa; si osserva come peraltro non è stato previsto alcun criterio di rivalutazione del prezzo di affitto di azienda, né del prezzo finale in caso di mancata vendita e di cessione all'affittuario al termine del contratto), dall'altro che non si può valutare la congruità di tale cessione del diritto di usufrutto (anche

ai fini di un eventuale giudizio ex art. 173 l.f.) in assenza di una valutazione della società.

a) appare pertanto indispensabile – al fine del giudizio di fattibilità e per consentire una adeguata e consapevole informazione dei creditori in ordine alla convenienza della procedura rispetto al fallimento - acquisire lo stato patrimoniale della soc. %%% srl il cui 70% è di proprietà della ricorrente;

IL CASO.it

b) Ritiene il Tribunale che – ai fini anche della valutazione di fattibilità - deve essere indicata nella proposta di concordato preventivo l' esatta percentuale offerta ai creditori che, nel caso di specie, è – tuttavia - assente in quanto a pag. 11 della proposta citata si legge che si propone il "...pagamento integrale dei debiti assistiti da privilegio e la devoluzione del residuo a favore dei creditori chirografari, proporzionalmente all'importo dei crediti vantati".

In tal modo – alla luce della proposta sopra indicata, non viene garantito il pagamento di una precisa e determinata percentuale in favore dei creditori chirografari, in quanto tale percentuale sarà variabile in considerazione di quanto ricavato dalla liquidazione dell'attivo, una volta pagati i creditori privilegiati. Ci si deve domandare se un tale tipo di proposta, sia ammissibile, anche con riferimento alle implicazioni relative al giudizio di fattibilità, pur nell'ambito dell'aspetto negoziale che caratterizza il nuovo concordato preventivo.

La fattibilità, infatti, secondo la giurisprudenza, consiste "... nel necessario riconoscimento della piena coerenza del piano concordatario – almeno quale prognosi seria e documentata – sia rispetto alle condizioni inderogabili previste dalla legge, sia con riferimento alle clausole della specifica "proposta" formulata dall'imprenditore "in crisi": tali presupposti "minimi" implicano che le risorse "in campo" – secondo le svariate tipologie indicate dall'art.160, direttamente od attraverso un "assuntore", una volta scomparso il limite minimo del 40% spettante al ceto "non privilegiato" – debbano consentire l'offerta di una certa percentuale di soddisfacimento per i creditori chirografari, mentre la validità del concordato esige tuttora il pagamento integrale delle spese di procedura e dei crediti muniti di prelazione; in definitiva, questi – che sono tutti aspetti rientranti nella nozione di "fattibilità" – costituiscono i presupposti sostanziali per una procedura riconoscibile come "rispettosa" dei requisiti imposti dall'ordinamento.

Secondo la giurisprudenza – come si vedrà più avanti - "... l'indagine circa la qualifica del piano come "fattibile" interferisce poi strettamente col tema della "risoluzione per inadempimento" del C.P. – regolato dall'art. 186, anche con richiamo agli artt.137 e 138 R.D. 267/1942, tutte norme non toccate dalla novella – in quanto possiamo ben dire che tale procedura è "fattibile", allorché non corre il rischio di essere "risolta" per tale motivo; sembra significativo che quest'aspetto già rientrava sostanzialmente fra le valutazioni da affrontare durante le "vecchie" cause di omologazione – olim ai sensi del previgente art.181 n.3) R.D. 267/1942 – donde la riscontrata carenza di "garanzie e risorse", nella misura idonea a renderne "sicuro" il promesso adempimento, impediva sempre l'ulteriore iter del C.P. non ancora omologato: ciò poiché – in qualsiasi fase fosse emersa (cfr. Cass.3527/79, Cass.2250/85, Trib. Roma 22/9/2000 su "Dir. Prat.Soc."2001,fasc.10,p.88, Trib. Alessandria 5/4/1985 su "Fallim."1985,p.972, ecc.), ed anche se i creditori avessero ormai approvato il concordato – tale situazione dimostrerebbe ad ogni modo "che mancano le condizioni prescritte per la ammissibilità del C.P." ex art.173 co.ult. R.D.267/1942 (rimasto immutato), altresì nel caso che la procedura "minore" si fosse rivelata comunque preferibile al Fallimento (v. Trib. Chiavari 13/3/1992 su "Fallim."1993,p.300, Trib. Roma 18/10/1983 su "Dir.Fall."1984, II, p.1086, Trib. Genova 23/3/1981 su "Giur. Comm."1982, II, p.854, ecc.)". Ad avviso del Tribunale la conclusione sopra illustrata non implica alcuna ingerenza nelle scelte "primarie" (di "merito" e di "convenienza") che restano riservate ai creditori, in quanto gli stessi sono pienamente liberi di stabilire se "aderire" oppure no alla proposta concordataria; l'attività del Tribunale – infatti - opera su un livello "secondario", conseguente all'accertamento (positivo o negativo) circa il possibile "realizzo" degli obiettivi del concordato preventivo.

Il problema consiste nel determinare "quando" il concordato preventivo possa superare il vaglio di "fattibilità", e la soluzione deriva dall'esito di una virtuale "prova di resistenza", fornita dalla risposta ai criteri di "risoluzione per inadempimento" dello stesso, sanciti dagli artt.186 co.1° e 137 R.D.267/1942."

IL CASO.it

Tale problema va risolto alla luce dell' elemento di novità nel concordato preventivo costituito dal fatto che sono stati notevolmente innovati i contenuti della proposta, i quali non sono più

rigidamente prefissati dalla l.f., ma rimessi alla scelte del debitore proponente, ed espresse attraverso la predisposizione di un piano che può prevedere "... a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma...; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore...; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse." (art. 160 co. 1° l. fall).

IL CASO.it

Ci si domanda quindi – alla luce delle considerazioni sopra esposte in tema di risoluzione del concordato preventivo - quale debba essere il contenuto della proposta di concordato in termini economici, ed in particolare se il ricorrente debba o meno indicare una percentuale minima da attribuire ai creditori o possa, come nel caso di specie, limitarsi a proporre il pagamento di quanto residua dal pagamento dei creditori privilegiati.

Come sopra osservato il legislatore ha scelto di consentire una totale libertà del contenuto della proposta concordataria utilizzabile per a "dare ciascun creditore ciò che è più adeguato per la sua posizione", ed in questa prospettiva di totale e assoluta libertà per il debitore di formulare la proposta concordataria, il legislatore, a titolo esemplificativo, ha indicato la possibilità di provvedere diverse soluzioni finanziarie o patrimoniali, prevedendo in particolare operazioni straordinarie e la trasformazione diretta o indiretta dei crediti in capitale di rischio mediante attribuzione ai creditori o società da questi partecipate di azioni o quote.

E' altrettanto vero che da parte della giurisprudenza di merito si è evidenziato come anche nella "nuova" formulazione del concordato sia configurabile una ipotesi di cessio bonorum, e che in tale situazione non sia possibile prevedere una precisa indicazione percentuale ai creditori chirografari, essendo la quantificazione di percentuale di soddisfazione del credito collegata al ricavato dei beni che saranno ceduti nella fase di liquidazione.

In ordine all'ammissibilità di una proposta conforme a quella proposta dalla società ricorrente, si è affermato che "nella proposta di concordato con cessione di beni non vi è un'indicazione specifica della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, essendo, invece, questa, subordinata all'attivo realizzabile dalla liquidazione dei beni ceduti alla procedura; il Commissario Giudiziale nella sua relazione ex art. 172 L.F. ha subordinato la possibilità di soddisfazione dei creditori chirografari nella misura indicata al verificarsi di determinate condizioni".

Da ciò deriva, secondo la giurisprudenza che "... nell'ottica della natura negoziale del concordato preventivo, il debitore non risulta essersi vincolato al pagamento di una precisa e ben individuata percentuale di pagamento dei creditori chirografari, di talché la minore percentuale ritenuta realizzabile dal Commissario Giudiziale in sede di parere ex art. 180 L.F. non può affermarsi come determinante l'impossibilità di attuazione dell'oggetto dell'accordo; - il consenso tra le parti si è correttamente formato, dal momento che la maggioranza dei creditori con diritto al voto è stata posta nella condizione di vagliare il piano in modo idoneo, tramite sia le allegazioni del debitore, sia la relazione del Commissario Giudiziale. Pertanto essi hanno aderito al piano proposto prestando il proprio consenso in modo adeguatamente informato. Quindi, in considerazione dell'espressione di voto basato su un consenso informato idoneo ad orientare le scelte dei creditori, ben può affermarsi che lo scostamento di percentuale (come pronosticata) rispetto al piano – la cui concreta attuabilità in base alle risorse patrimoniali disponibili e a quelle ragionevolmente prevedibili e ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti è stata comunque verificata tramite la relazione ed il parere del Commissario Giudiziale - non può dirsi tale da condizionare l'oggetto dell'accordo medesimo e, quindi, da rendere non omologabile il concordato preventivo".

Osserva ancora la giurisprudenza come "... diversamente opinando, la valutazione che – in questa situazione - dovrebbe effettuare il Tribunale non atterrebbe più e solo alla fattibilità del piano, ma alla convenienza dello stesso, giudizio, quest'ultimo che, invece, spetta solo ai creditori votanti e che, nella votazione espressa previa adeguata informazione, hanno sostanzialmente valutato (appunto, ai fini della convenienza della proposta) i rischi espressi e le condizioni individuate dal proponente e dal Commissario Giudiziale".

Da tale pronuncia sembra ricavarsi l'ammissibilità di una proposta concordataria non vincolata ad una precisa e ben individuata percentuale di pagamento da attribuire ai creditori chirografari.

IL CASO.it

Tale soluzione, seppure supportata da una complessa motivazione, non appare – da parte di

questo Tribunale condivisibile.

IL CASO.it

Ad una soluzione diversa si giunge, in primo luogo perché tale soluzione porta con sé la coincidenza fra la proposta di C.P. ed il riscontro sulla "fattibilità" del relativo piano, e non consente distinzioni fra i casi di inadempimento "non lieve" e quelli ove esso invece presenti solo "scarsa importanza" (per richiamare i termini dell'art.1455 c.civ.).

Nella vigenza dell'abrogato art. 186 l.f. la giurisprudenza era nel senso che la risoluzione del "C.P. per cessione dei beni" fosse subordinata all'eventualità che "la percentuale in concreto attribuita ai creditori chirografari sia di così lieve entità da apparire priva di reale significato economico", secondo vari parametri quantitativi (si trattava del 3,99% per Trib. Padova 29/6/1995 su "Giust.Civ."1996,I,p.1342; di "percentuale anche minima" parlano Cass.5790/81, Cass.709/93, Trib. Napoli 6/3/1997 su "Fallim."1997, p.1223, Trib. Napoli 7/11/1992 su "Dir. Fall." 1993,II,p.719, Trib. Milano 26/9/1985 su "Fallim."1986, p.778; di "nessuna percentuale" Trib. Genova 23/11/1987 su "Fallim." 1988,p.697, e Trib. Piacenza 27/7/1987 su "Fallim."1988, p.466; ecc.)"

A favore della soluzione che appare preferibile si è espressa anche la dottrina secondo cui la domanda di concordato deve contenere una proposta determinata o determinabile al momento dell'omologa del concordato, da cui si possa ricavare una percentuale attribuibile ai creditori; tale percentuale – in una prospettiva pattizia – deve essere anche controllabile e valutabile sia dal Tribunale al momento dell'ammissione sia dai creditori al momento del voto. In tal senso è orientata anche la giurisprudenza di legittimità, (Cfr. Cass. Sez. I, 9 maggio 2007, n. 10634 - Pres. Losavio - Rel. Del Core), la quale, seppure con riferimento alla procedura di concordato fallimentare proposto prima della riforma, ha affermato che "... a differenza della proposta riguardante il concordato preventivo, nella quale deve essere indicata una percentuale minima pena l'inammissibilità della proposta medesima (artt. 160 e 162 l.fall.), la proposta di concordato fallimentare deve necessariamente indicare, oltre il tempo di pagamento e le garanzie offerte per assicurarne l'esecuzione, «la percentuale offerta ai creditori chirografari» (art. 124 l.fall.). Ciò vuol dire che la proposta deve contenere in modo certo - o comunque agevolmente determinabile - la percentuale offerta ai creditori chirografari. Ne consegue che la percentuale deve essere fissata in modo definitivo al momento stesso in cui la proposta è formulata".

Osservava la Corte di Cassazione come "... l'introduzione di una percentuale mobile, in funzione del realizzo dell'attivo fallimentare, finirebbe per porre in essere una condizione potestativa della proposta concordataria, nonché un onere della stessa imprecisato nel suo ammontare minimo, l'una e l'altro assolutamente incompatibili con il sistema accolto dalla legge", concludendo nel senso che "... non assolve al disposto dell'art. 124 l. fall. la proposta di concordato nella quale la percentuale complessivamente offerta ai creditori chirografari non sia determinata o determinabile in base a una semplice operazione aritmetica al momento della omologazione della proposta; la sentenza deve, invero, contenere l'esatta e non modificabile indicazione della percentuale spettante a tutti i creditori chirografari manifestatisi e a quelli che potrebbero successivamente richiedere il pagamento di quanto loro dovuto".

La dottrina ha osservato come la necessaria indicazione di una percentuale attribuita ai creditori chirografari nel rispetto del principio di parità costituiva un elemento basilare del concordato fallimentare ex art. 124 R.D. 267/42, che tuttavia, deve essere ricordato in questa sede, costituiva lo schema sulla base del quale il legislatore ha "costruito" il nuovo concordato preventivo.

IL CASO.it

La proposta di concordato secondo l'art. 124 R.D. 267/42 deve contenere la specifica indicazione della percentuale riconosciuta ai creditori chirografari, e "... con tale espressione si intende indicare la misura, nella quale ciascun creditore potrà essere soddisfatto, in ragione dell'ammontare del proprio credito. La indicazione della percentuale implica la esistenza di una base di riferimento costituita dall'importo del credito e deve essere costituita da una cifra assunta a coefficiente da applicare al valore, di volta in volta, del singolo credito. Dalla indicazione della percentuale resta estraneo il parametro dell'ammontare dell'attivo fallimentare, mentre il dato percentuale si identifica necessariamente in un «numero» espresso o comunque facilmente determinabile attraverso una operazione di tipo aritmetico. Non può pertanto condividersi la soluzione secondo cui nell'ambito della proposta concordataria, la proposta percentuale anziché esprimersi in un valore percentuale preciso destinato a misurare l'entità del credito da soddisfare attuando il concordato, debba essere

affidata ad un calcolo più complesso, o non predeterminabile essendo collegata – come nel caso concreto - all'importo che si ricaverà dalla liquidazione dell'attivo fallimentare.

In tale ipotesi, infatti, la percentuale viene indicata non in termini diretti, ma assumendo a riferimento ciò che si ricaverà dalla liquidazione, e quindi, per stabilire la percentuale di credito di cui i singoli creditori riceveranno non potrà prescindere da quanto si ricaverà dalla liquidazione e quindi, ad un evento futuro ed incerto non valutabile preventivamente.

Peraltro non va sottovalutata proprio la citata natura pattizia o "transattiva" del nuovo concordato preventivo, in forza del quale i creditori ben possono esprimere il loro voto favorevole o contrario alla proposta in presenza di una percentuale indeterminata.

Pertanto, anche seguendo tale argomentazione, si rinvengono elementi a favore di quanto sopra detto, ed anzi, propria dalla natura "pattizia" o "contrattuale" che caratterizza il "nuovo" concordato preventivo, si ricavano ulteriori elementi a sostegno della necessità di una indicazione specifica della percentuale applicata.

IL CASO.it

Infatti se fra le parti (debitore da un lato e creditori dall'altro) si forma un accordo o un "contratto", è chiaro che le rispettive prestazioni devono essere determinate o determinabili, ex art. 1346 c.c. ed il concetto di determinabilità deve essere letto – come già evidenziato - alla luce dell'istituto della risoluzione di cui all'art. 186 l.f., ove si prevede la risoluzione del concordato preventivo solo quando l'inadempimento sia di non lieve entità.

Il problema si sposta, pertanto sulla determinabilità dei contenuti della proposta di concordato: la percentuale offerta ai creditori dovrà essere un valore determinato o determinabile al momento del voto (e quindi un valore immediatamente percepibile dai creditori), con la conseguenza che non potrebbe ritenersi ammissibile una proposta di concordato nella quale la percentuale offerta ai creditori sia indicata in un valore non predeterminato (o predeterminabile) in un momento diverso (cioè quello della fine della liquidazione una volta pagati i creditori privilegiati e le spese della procedura) da quello della presentazione della proposta.

Del resto, trattandosi di proposta contrattuale, è inevitabile il riferimento all'art. 1346 c.c., il quale nell'esigere che l'oggetto del contratto o in genere dell'atto sia, se non determinato almeno determinabile, prescrive che vengano enunciati nella dichiarazione di volontà i criteri attraverso i quali pervenire alla individuazione di esso.

La giurisprudenza è costante nell'affermare che i criteri per la determinazione dell'oggetto del contratto siano desumibili dalla dichiarazione di volontà, mentre essi non possono ricavarsi dal comportamento delle parti o alla successiva fase di esecuzione dell'accordo che, nel caso che ci interessa, viene individuata nella fase di liquidazione (Cass. 19 marzo 2007, n. 6519, in Mass. Giur. It. 2007).

Ciò che si ricava dal combinato disposto degli artt. 1346 c.c. e 186 l.f. è che si rende necessaria la presenza di un criterio idoneo a far raggiungere un risultato sufficiente per l'identificazione di un oggetto determinato o determinabile: tale criterio non appare compatibile con il rinvio a eventi aleatori quali la vendita di tutti i beni costituenti l'attivo ad un prezzo solo ipotizzato o l'incasso dei crediti.

A tale soluzione si perviene anche analizzando il dato normativo costituito dall'art. 180 quarto comma l.f.

E' ben vero che nel nuovo concordato preventivo - a differenza di quanto previsto dalla previgente fattispecie - non sono richieste percentuali minime; si richiede però che la percentuale sia indicata in un valore tale da attribuire ai creditori chirografari un risultato migliore di quello che il fallimento potrebbe loro assicurare (cfr. l'ipotesi del cram down di cui all'art. 180 quarto comma l.f.); la previsione di una percentuale specifica costituisce, pertanto, un presupposto necessario ed indefettibile per consentire al Tribunale di effettuare il giudizio di comparazione in termini ragionevoli al momento del cram down. In assenza di una specifica indicazione come potrà effettuarsi una comparazione rispetto ai risultati dell'eventuale fallimento.

Pertanto, non appare ammissibile – ad avviso del Collegio - la previsione di un concordato con la previsione di una percentuale non determinata e variabile di pagamento ai chirografari, , perché essa vanificherebbe lo scopo del concordato, né – ai sensi dell'art. 1346 c.c. - l'indicazione della percentuale può essere rimessa ad criteri di determinabilità aleatori.

IL CASO.it

La percentuale deve – pertanto - essere costituita da valore "determinato e certo" al momento in cui la proposta deve essere sottoposta al giudizio dei creditori e di quello di

omologazione.

Peraltro – come osservato in dottrina – vi è un ulteriore elemento a favore della tesi che ad avviso del Tribunale appare preferibile e che impone la specificazione della esatta e precisa percentuale offerta ai creditori fin dalla fase della proposta.

IL CASO.it

Si è evidenziato in dottrina che al di là della qualificazione del concordato preventivo quale fattispecie di natura negoziale, è indubbio che gli effetti del concordato si realizzano non per volontà del proponente, bensì per il provvedimento di omologa. La flessibilità propria del negozio giuridico e dell'autonomia privata non appartengono alla proposta di concordato preventivo, la quale si cristallizza in un provvedimento giurisdizionale che non tollera né progressività di formazione né aleatorietà di risultati. Le certezze richieste alla proposta di concordato ex art. 124 R.D. 267/42 (cui il "nuovo" concordato si ispira), vanno oltre i requisiti di validità dell'atto giuridico, dove il rispetto della volontà è preminente, almeno laddove questa determina gli effetti giuridici. La divaricazione fra effetti segnati dalla legge e dalla determinazione volitiva indica il momento in cui la sovranità dell'autore della dichiarazione arretra per lasciare spazio alle esigenze della certezza del contenuto dell'atto del quale la legge stabilisce le conseguenze.

Osserva ancora la citata dottrina, come "... la determinatezza diviene così presupposto imprescindibile perché si attuino le conseguenze che la legge fa scaturire. L'oggetto o il contenuto di una clausola, determinabili mediante criteri indicati dalle parti, ma non individuati fin dall'origine, sono incompatibili con certezze che la legge richiede per dare luogo a situazioni che pur presupponendo una libera decisione sono intese dalla legge come produzioni di conseguenze che non tengono in considerazione l'intendimento effettivo dell'autore".

Pertanto "... come la corretta formazione del processo volitivo assume intensità più o meno rilevanti così il contenuto dell'atto può avere margini di determinatezza più o meno allargati", così la proposta di concordato "... appartiene ragionevolmente alle figure dove l'autonomia si riduce alla fase propulsiva il cui avvio può compiersi soltanto attraverso univocità che respingono non solo l'interpretazione, ma pure l'incompletezza", la quale non permetterebbe di esprimere una valutazione, un giudizio, che nel concordato fallimentare, così come in quello preventivo si manifesta nell'omologazione.

Ritiene, pertanto, il collegio, , pertanto che sia imprescindibile fin dal momento dell'ammissione, (e ciò a maggior ragione al momento dell'omologazione) la verifica da parte dell'organo giudiziario, circa la sussistenza di una proposta di concordato "determinata", che dovrà esprimersi in termini percentuali precisi e determinati rispetto ai crediti chirografari e privilegiati.

In caso contrario – come già sopra osservato - si priverebbe di efficacia l'istituto della risoluzione che al contrario, il Legislatore della riforma ha inteso mantenere, riformulandolo ex novo.

Appare pertanto evidente come per poter stabilire se un inadempimento alla proposta concordataria sia o meno "di scarsa importanza", sarà necessaria una preventiva ed esatta determinazione dell'obbligo a cui dovrà attenersi il debitore a seguito dell'omologa del concordato preventivo.

IL CASO.it

A tale conclusione si giunge - infine - anche in considerazione del fatto che sia il professionista ex art. 161, che il Tribunale (in sede di ammissibilità che di omologa), devono esprimersi in ordine alla sussistenza della "fattibilità" del piano proposto dal debitore.

Appare di tutta evidenza che in un caso come quello concreto, in cui non viene proposta una percentuale espressamente determinata ai creditori chirografari, ma solo l'indicazione teorica di una somma e la precisazione che solo il residuo al pagamento dei creditori privilegiati sarà devoluto ai chirografari, il giudizio di fattibilità sarà sussistente in re ipsa, e si avrà in tutti i casi in cui sia ipotizzabile il pagamento almeno dei creditori privilegiati, in quanto anche in caso del pagamento della percentuale dello 0,001% ai creditori chirografari, il concordato sarà fattibile perché rispondente agli obiettivi indicati nella proposta del debitore.

In tal modo però il giudizio di fattibilità viene ad essere (di fatto) eliminato in quanto praticamente implicito nella stessa proposta di concordato riducendosi, il giudizio del Tribunale, ad riscontro di fattibilità del pagamento dei soli creditori privilegiati.

In tale prospettiva viene eluso anche il "diritto - dovere" del Tribunale di verificare la fattibilità del piano certificata dal professionista ex art. 161 l.f., in quanto - a fronte di una proposta come quella formulata nel caso concreto - non potrà che concludersi per la

fattibilità del piano in quanto lo stesso raggiungerà gli obiettivi proposti (pagamento del residuo ai chirografari) sia che si paghi lo 0,001 % ai chirografari sia che ai medesimi creditori si paghi il 99%.

In linea teorica, consentendo la soluzione che non appare corretta, il concordato diventa fattibile e non risolubile anche in caso di pagamento ai chirografari di un solo euro, purchè vengano pagati integralmente i creditori privilegiati.

P.Q.M.

IL CASO.it

Dispone l'integrazione della documentazione già prodotta in conformità alla parte motiva entro il termine di giorni 15 dall'avvenuta comunicazione del presente decreto ex art. 162 l.f. ed in particolare dispone che si proceda:

- a) a cura del ricorrente alla integrazione della relazione del professionista ex art. 161 in conformità alle indicazioni della parte motiva;
- b) a cura del ricorrente alla specificazione della esatta percentuale che viene promessa in pagamento ai creditori chirografari;

nonchè alla produzione dei seguenti documenti:

- a) indicazione del valore dei beni e dei creditori dei soci illimitatamente responsabili ex art. 161 lett. D) l.f.;
- b) il doc. n. 6) in originale o in copia conforme all'originale
- c) la specificazione se il TFR debba considerarsi debito della procedura o sia posto a carico della società affittuaria
- d) gli elenchi specificati come lett. "B" per i beni in proprietà e come lettera "C" per i beni in leasing allegati al contratto di affitto di azienda;
- e) l'indicazione delle eventuali garanzie personali o reali prestate dal socio accomandatario nei confronti dei creditori sociali o personali;
- f) la contabilità della ricorrente ex art. 170 primo comma l.f., anche al fine di consentire gli opportuni controlli da parte del C.G. in caso di ammissione alla procedura, ed il bilancio degli ultimi tre anni di esercizio.

Si comunichi al cura della cancelleria al ricorrente.

Piacenza, lì 23 giugno 2009

Il Presidente

Dott. Domenico A. Tucci

Il Giudice delegato

Dott. Giuseppe Bersani