



Tribunale di Monza
Sezione III civile - Fallimentare

riunita in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

Mirko Buratti

Presidente

Caterina Giovanetti

Giudice

Silvia Giani

Giudice relatore

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Premesso che:

- con ricorso depositato in data 30 agosto 2010, il sig. M. D., nella sua qualità di legale rappresentante della B. s.r.l., con sede in Concorezzo (omissis), in esecuzione della delibera assunta il 22 luglio 2010, ha proposto domanda per l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, a cui il PM dava parere negativo;
- la società, con oggetto sociale "lo sviluppo, la progettazione, la produzione, la commercializzazione, l'installazione e la manutenzione di prodotti del settore energia, fu costituita nel giugno 2007 e nell'ottobre 2009 perse interamente il capitale sociale, poi sottoscritto per la totalità da una società con sede in Auckland ;
- nel breve periodo di attività la società riuscì a vendere, nel marzo 2009, il primo e unico impianto, al prezzo di euro 57.000,00; impianto che aveva manifestato rilevanti problemi tecnici;
- con provvedimento dat. 28 settembre 2010, il Tribunale evidenziate numerose criticità, aveva richiesto chiarimenti, con riferimento in particolare: - alla presenza di un'unica classe e all'affermata esistenza d'interessi economicamente omogenei, che non si conciliava con la diversità del trattamento relativo al credito di euro 86.000,00; - la solvibilità della proponente C. s.p.a. e la mancanza d'idonee garanzie; - la mancata argomentazione del giudizio di fattibilità con riferimento a tale profilo; - i rapporti debito-credito tra la proponente C., la ricorrente B. e la R. holding e in particolare la compensazione del credito da parte di R. Holding con finanziamenti effettuati quale socio per euro 75.137,21. Nel medesimo
- provvedimento, il Tribunale, rilevato, quindi, che: - nella proposta concordataria era prevista la creazione di una sola classe di creditori chirografari, comprendente sia



fornitori che banche, sul presupposto che gli interessi fossero omogenei; - l'interesse economico del singolo creditore doveva essere necessariamente valutato in concreto, tenendo adeguatamente conto anche dell'eventuale esistenza di garanzie esterne, le quali possono consentire al creditore una possibilità di soddisfacimento ben maggiore rispetto a quella di cui dispone il creditore privo di tali garanzie; - la mancata valorizzazione di tali garanzie pregiudica sostanzialmente la funzione di questo requisito, in quanto consente 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; - La posizione diversa attribuita al creditore ceduto, perché inserito nella proposta d'acquisto del ramo, appariva mal conciliarsi con l'omogeneità degli interessi dei creditori; tutto ciò rilevato, concedeva alla parte istante termine sino al 30 ottobre 2010 per fornire i chiarimenti e per depositare la documentazione meglio specificati in narrativa;

- nel termine richiesto, la società depositava una memoria, evidenziando che la società C. era interessata all'acquisto del ramo d'azienda finalizzato al subentro nel Progetto Ministeriale per usufruire del contributo di spesa, senza chiarire se alcuni creditori, e specificamente le banche, avessero delle garanzie esterne.
- In data 14 dicembre 2010 la società B., su richiesta del tribunale, depositava l'atto di accettazione della cessione del credito, con efficacia liberatoria da parte del creditore chirografario R. holding: il consenso all'accollo liberatorio proveniva dallo stesso soggetto che era anche amministratore unico di B., società che, a quanto risultava dai documenti di causa, aveva operato in condizioni di conflitto d'interessi con la preponente C. e con R. holding. La società ribadiva inoltre che tutti i creditori si trovavano in una posizione omogenea.
- A fronte della persistente attestazione di veridicità e fattibilità del piano, nonostante le numerose criticità, esplicitate nel provvedimento, la società era ammessa, con decreto dep il 23 dicembre 2010, al procedimento di concordato preventivo.
- Alla data dell'ammissione la società ricorrente aveva basato la propria proposta di concordato su un piano così riassumibile:
 - a) proposta di acquisto di "un ramo d'azienda" formulata dalla società C. s.p.a, composto da attività e passività, rispettivamente pari al valore di euro 166.128,87



e di euro 89.187,00 compreso il subentro nel progetto Ministeriale d'Innovazione Industriale "Efficienza Energetica", per un corrispettivo di euro 200.000,00, pagabile in 12 rate mensili di euro 14.000,00 e l'ultima di euro 1000,00, con decorrenza dalla data di omologa;

a seguito di richieste di chiarimenti ed integrazioni, la società aveva poi modificato la proposta d'acquisto, prevedendo, a titolo di garanzia, il deposito di un assegno circolare dell'importo di euro 20.000,00 entro il 15/11/2000, di successive euro 25.000,00 entro 3 giorni dall'ammissione alla procedura; del restante importo in n. 12 rate mensili con decorrenza dal decreto di omologa e, a garanzia del pagamento dilazionato, il futuro rilascio di una fideiussione bancaria una volta raggiunta la

maggioranza dei crediti (cfr all. 2 memoria 29 ottobre 2010);

b) i creditori chirografari non erano stati ripartiti in classi, non essendo stati ravvisati interessi non omogenei, come ribadito anche successivamente alla richiesta di chiarimenti;

c) La proposta di acquisto del ramo d'azienda prevedeva, al passivo, l'accollo da parte della società proponente di un debito verso fornitori per euro 86.288,00;

trattavasi del credito vantato dal creditore chirografario R. Holding s.p.a. per prestazioni correlate al progetto di studio, riguardante la realizzazione di una nuova gamma di elettrodomestici caratterizzata da tecnologie innovative e, a detta della ricorrente, correlate al progetto di innovazione industriale. L'accollo in capo alla proponente del credito vantato dal creditore chirografario R. Holding s.p.a. postulava il venire meno in capo alla medesima del diritto di voto per decidere sull'approvazione del concordato;

d) Il piano prevedeva il pagamento pari al 100% per i creditori assistiti da cause legittime di prelazione e il pagamento di una percentuale pari al 16,69% per i crediti chirografari.

e) Il piano presentava rilevanti profili di criticità, evidenziati nel decreto di ammissione e oggetto di controllo del commissario, che concernevano: 1) le condizioni di solvibilità del cessionario d'azienda, la società C. s.p.a., attesa la perdita di esercizio risultante dal bilancio del 2009. La circostanza assumeva particolare rilevanza tenuto conto del pagamento dilazionato previsto dalla proposta originaria. Al riguardo, l'attestatore, successivamente ai chiarimenti richiesti, aveva persistito nell'affermare la fattibilità del piano, assumendo che



“l’esercizio del 2010 presentava una situazione economica decisamente migliore, tale da ragionevolmente confermare la sostenibilità da parte della società offerente dell’impegno finanziario” assunto. 2) L’accollo liberatorio (giusta la dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante della società R. Holding che, si noti bene, è anche l’amministratore unico della società ricorrente B.) in capo alla proponente del credito vantato dal creditore chirografario R. Holding s.p.a. postulava il venire meno in capo alla medesima del diritto di voto per decidere sull’approvazione del concordato. In data 14 dicembre 2010, su espressa richiesta del Tribunale, la società B. aveva depositato l’atto di accettazione della cessione del credito, con efficacia liberatoria da parte del creditore chirografario R. holding: il consenso all’accollo liberatorio proveniva da colui che era anche amministratore unico di B., società che, a quanto risultava dai documenti di causa, aveva operato e continuava ad operare in condizioni di conflitto d’interessi con la preponente C. e con R. holding. 3) La natura chirografaria dei crediti, di per sé sola, non era sufficiente a dimostrare l’omogeneità degli interessi economici, atteso che l’interesse economico del singolo creditore doveva essere necessariamente valutato in concreto, considerando l’eventuale esistenza di garanzie esterne. La mancata ripartizione dei creditori chirografari in classi, per asserita mancanza d’interessi non omogenei, postulava che il ceto dei creditori, comprese le banche, non avessero garanzie esterne che potessero consentire al creditore una possibilità di soddisfacimento maggiore rispetto a quella di cui dispone il creditore privo di tali garanzie. 4) La società ricorrente non aveva chiarito se alcuni creditori, e specificamente le banche, avessero delle garanzie esterne, prima eludendo il quesito (di cui al decreto dep 6/10/2010), poi – con memoria dep il 14/12/2010 – rispondendo tautologicamente e apoditticamente che “i creditori si trovano in una posizione omogenea”. Il Commissario avrebbe dovuto quindi verificare l’esistenza o meno di garanzie in capo ad alcuni creditori, tali da determinare l’esistenza d’interessi non omogenei e la potenziale alterazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza. 5) Le società coinvolte, e cioè la ricorrente B., la cessionaria C. e la creditrice-debitrice R. holding, avevano operato con il medesimo legale rappresentante (Angelico Giuseppe) e tuttora operavano con lo stesso giovane ucraino di 24 anni, AU sia della ricorrente che della R. Holding (cfr. dichiarazione dep 14/12/2010).



- Successivamente all'ammissione, e nell'imminenza dell'adunanza dei creditori, la società, premesso di essere venuta a conoscere dell'esistenza di garanzie esterne da parte delle banche creditrici Credito Artigiano Spa e banca popolare dell'Emilia Romagna (di cui l'AU, a sua detta, aveva ignorato l'esistenza), e della rinuncia parziale da parte di un creditore privilegiato al privilegio, in misura pari al 60% del credito, modificava il piano per la dichiarata presenza d'interessi economici non omogenei dei creditori, essendo in possesso le banche creditrici, Credito Artigiano s.p.a e Banca popolare dell'Emilia Romagna, di garanzie esterne della società Holding S.p.a., prevedendo la formazione di tre classi, a cui era garantito il soddisfacimento nella misura del 16,04 %, così composte:

- 1) classe di professionisti che avevano rinunciato al privilegio;
- 2) classe dei creditori chirografari non assistite da garanzie di terzi;
- 3) classe dei creditori chirografari assistiti da garanzie.

La società evidenziava, inoltre, e del tutto genericamente, che un creditore privilegiato a norma dell'art. 2751 bis co 1 era stato inserito erroneamente nell'elenco dei creditori chirografari (cfr memoria 18 marzo 2011).

- Il Commissario concludeva la relazione ex art. 172 LF con parere negativo in considerazione di:
 - 1) una situazione di conflitto d'interessi in cui avevano operato fino al 4 gennaio 2010 le tre società B. s.r.l., C. Spa e R. holding s.p.a, tutte amministrate dal sig Giuseppe Angelico;
 - 2) non corrispondenza dell'attivo e del passivo concordatario con quello dichiarato dalla ricorrente in quanto il primo inferiore e il secondo maggiore e conseguente riduzione della percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari a circa il 13%.
- Nella relazione ex art. 180 il commissario ribadiva il suo parere negativo rilevando che, considerando nel passivo concordatario anche il credito privilegiato del creditore Galluzzo (fondato pacificamente sulla scrittura 28 novembre 2008), nel piano originario omesso dalla ricorrente, e poi inserito nell'elenco dei privilegiati solo per euro 12.000,00 circa, a fronte di un credito vantato per euro 75.000,00, la percentuale di soddisfacimento si sarebbe ridotta al 6%.
- La società ha depositato la memoria, dichiarando di contestare il quantum del credito vantato dal sig Galluzzi, poiché, a sua detta, sarebbero stati pattuiti verbalmente e successivamente alla data della stipula, degli interventi modificati dell'accordo scritto.



- Il PM ha chiesto il fallimento della società.

Tutto ciò premesso, si osserva quanto segue.

1) l'esito della votazione è stato raggiunto mediante una non corretta formazione delle classi.

1.A) La classe 1 è composta da un solo creditore e precisamente dallo studio S. & associati, che assiste la società nel presente procedimento, per le prestazioni professionali effettuate da alcuni associati il cui pagamento è stato richiesto alla società successivamente all'ammissione al ricorso.

La formazione di una classe per il solo creditore chirografario Studio S. & Associati, a seguito di rinuncia parziale al privilegio, non è giustificata da posizioni e interessi economici non omogenei a quelle di altre classi e segnatamente di quella dei creditori chirografari non assistiti da garanzie:

a prescindere dalla dubbia ravvisabilità della natura privilegiata del credito riguardante l'associazione professionale e non il singolo professionista ex art. 2751 bis c.c., circostanza che corrobora di per sé la sua omogeneità con gli altri creditori chirografari non assistiti da garanzie, deve rilevarsi che non è corretta la formazione di una sola classe per tale credito chirografario (a seguito di rinuncia all'asserito privilegio), poiché va piuttosto inserito, per l'omogeneità degli interessi economici, nella classe dei creditori chirografari non muniti di garanzia. La formazione di tale autonoma classe, per il solo credito vantato dallo studio associato del professionista della ricorrente, è strumentale al raggiungimento della maggioranza delle classi, mediante la creazione ad hoc di una classe composta da un solo soggetto del cui voto favorevole si ha la certezza, poiché vantato dal professionista che assiste la società ricorrente. Il periodo temporale di richiesta del pagamento (successivamente all'ammissione), la qualità del soggetto che ha vantato il credito, studio associato che assiste la ricorrente nel presente procedimento, le modalità di formazione delle classi, denotano un abuso del procedimento da parte della ricorrente, volto al raggiungimento della maggioranza mediante l'artificio di costituire una classe con un soggetto favorevole al concordato preventivo, che avrebbe senz'altro neutralizzato e schiacciato la volontà dissenziente degli altri creditori chirografari.

Va poi ribadito che, nel caso di specie, è anche discutibile e comunque non documentata la natura privilegiata del credito, in quanto vantato da persone componenti di uno studio associato professionale, a cui non si applica, quantomeno automaticamente, il disposto dell'art. 2751 bis n 2 c.c. (T. Mi 1/6/07; 4/11/07).



1) B. Il raggiungimento della maggioranza nella classe 1), costituita dal solo credito chirografario dello studio associato professionale, per l'importo di euro 11.100,00, è stato determinante al fine del raggiungimento delle maggioranze delle classi. Ed invero, la maggioranza non è stata raggiunta nella classe dei creditori chirografari non assistiti da garanzie, ove numerosi sono stati i creditori che hanno dato voto contrario. Se il credito, per il quale è stata creata un'autonoma classe (la classe 1), fosse stato inserito tra quelli chirografari non assistiti da garanzie, non sarebbe dunque stata raggiunta la maggioranza delle classi.

L'illegittima formazione della classe, determinante al fine del raggiungimento delle maggioranze delle classi, costituita al fine di neutralizzare il dissenso dei creditori, è senz'altro sindacabile dal Tribunale il quale è tenuto a verificare la regolarità del procedimento, l'esito della votazione e quindi la corretta formazione delle classi.

2) Il concordato non è attuabile secondo il piano proposto dalla ricorrente.

Come ha evidenziato il commissario nelle memorie ex art. 172 e 180 LF, sussiste una netta divergenza tra i valori espressi dalla ricorrente, sia con riferimento all'attivo che al passivo concordatario, e quanto risultato alla verifica del commissario, essendo rispettivamente il primo inferiore e il secondo maggiore rispetto a quanto dichiarato dalla ricorrente, con conseguente rilevante divergenza nella percentuale di soddisfacimento promessa ai creditori.

Ciò determina l'inattuabilità del piano secondo le linee proposte dalla ricorrente.

La previsione di un fondo rischi di soli euro 15.000,00 risulta del tutto inidonea, attesa anche l'elevata incidenza dell'ammontare del credito privilegiato contestato del creditore G., pari ad euro 75.000,00.

In sede di omologazione, il Tribunale può e deve verificare la persistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato preventivo e quindi dell'attuabilità del piano.

Mentre il legislatore ha "privatizzato" il requisito della convenienza - la cui valutazione è rimessa al solo ceto creditorio - giacché ha previsto espressamente che possa essere valutata dal tribunale solo a seguito di ricorso di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ha rimesso al Tribunale, come ribadito dall'art. 173 Lf, la valutazione dei requisiti di ammissibilità e quindi anche della fattibilità del concordato. Tale norma è rimasta immutata, passando indenne le varie modifiche (decreto competitività 2005; riforma organica 2006 e correttivo, dove solo ha subito una modifica di carattere letterale, conseguenza del fatto che è stata abrogata la iniziativa d'ufficio per il procedimento di fallimento e dunque si prevede che, in caso di atti di frode, il tribunale apra d'ufficio, non il procedimento per la dichiarazione di fallimento, ma per la revoca dell'ammissione al concordato).



La persistenza di tale norma è espressione della volontà del legislatore di lasciare in capo al tribunale la valutazione dell'ammissibilità dei requisiti del concordato e quindi di bilanciare la pur accentuata autonomia delle parti nella composizione della crisi d'impresa con la tutela della buona fede e della ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate, come peraltro avviene nei modelli americano e tedesco, ispiratori delle recente riforma, evitando così che l'esercizio delle libertà e delle espressioni di autonomia e di libertà possano travalicare in abusi dello strumento concordatario.

Nella prima fase questo controllo può essere effettuato su dati riferiti dalla parte e su valutazioni dell' attestatore, mediante un controllo essenzialmente logico che, negli effetti, si riduce a un esame di completezza e coerenza informativa delle attestazioni degli esperti sulla fattibilità del piano e sulla capienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione ex art. 160, 2° co., affinché sia garantito il consenso informato dei creditori chiamati ad esprimersi sulla proposta concordataria. Successivamente, in sede di omologazione il tribunale dispone invece della relazione del commissario e del suo parere, ancorché egli non si sia costituito. Il controllo del tribunale sulla procedura dispone, a questo punto, di maggiori elementi, poiché alle relazioni iniziali degli esperti si aggiungono le verifiche intrinseche del commissario giudiziale, che ha inventariato il patrimonio, ha controllato la correttezza dei dati aziendali e della documentazione contabile, indagando sulle cause della crisi e sulla fattibilità e sulla convenienza delle soluzioni proposte ai creditori (cfr. artt. 172 e 173 LF).

La motivazione della Suprema Corte, che ha negato la sindacabilità da parte del Tribunale della fattibilità in fase di ammissione, postulando che non vi sia neppure in fase di omologazione, non è condivisibile, poiché ha sovrapposto il giudizio di convenienza con quello di fattibilità: *“se il tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al tribunale in sede di omologazione”* (Cass 25/10/2010).

Ed invero, la privatizzazione del requisito di convenienza, precluso in sede di omologazione al Tribunale in assenza di opposizione da parte di un creditore dissenziente, non implica di per sé anche la privatizzazione del requisito della fattibilità, la cui persistenza nel procedimento è viceversa sindacabile d'ufficio dal Tribunale, giusto il disposto dell'art. 173 LF.



Il sindacato di convenienza, rimesso esclusivamente ai creditori, è infatti cosa diversa dal sindacato sulla realizzabilità di quanto promesso, a tutela dei creditori deboli.

Nel caso di specie il piano concordatario, così come originariamente previsto e come successivamente modificato, non è ispirato ai canoni della buona fede e della ragionevolezza equitativa in quanto, come detto: 1) è stata costituita ad hoc una classe all'unico fine di neutralizzare la volontà dei creditori dissenzienti; 2) è stato proposto un piano che non è attuabile, a causa di notevoli divergenze nell'attivo e nel passivo concordatario dichiarato dalla ricorrente società rispetto a quelli riscontrati dal Commissario e a causa di una sottovalutazione del fondo rischi, data l'entità dell'importo creditorio richiesto dal sig. Galluzzo .

Alla stregua di tali valutazioni, e visto il parere negativo del RM, l'omologazione va dunque rigettata.

Visti gli artt. 180 e 173 LF

Rigetta l'omologazione.

Provvede come da separata sentenza sul fallimento.

CASO.it
PQM

Monza, così deliberato nella Camera di Consiglio del 5 luglio 2011

Il Giudice estensore

Dott. Silvia Giani

Il Presidente

Dott. Mirko Buratti