

Tribunale di Busto Arsizio, 8 maggio 2024. Pres. Lualdi. Est. Grimaudo

(omissis).

L'art. 112 comma 2 CCII prevede che in caso di proposta concordataria non approvata all'unanimità, il tribunale omologhi il piano se ricorrono congiuntamente le condizioni elencate alle lettere a-d del medesimo comma.

Trattasi pacificamente di verifica d'ufficio, con conseguente irrilevanza del profilo, eccetto dalla debitrice, circa la ritualità o meno delle difese svolte dal creditore opponente.

Orbene, con particolare riferimento al caso in esame, la lett. b) prescrive che il valore eccedente quello di liquidazione deve essere distribuito "in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore".

La disposizione risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella contenuta nell'art. 84 comma 6 CCII che, in tema di ammissibilità della domanda, prevede che "nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;

per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore".

L'art. 112 cit. sembrerebbe, quindi, riferire il c.d. fair and equitable test ai soli creditori privilegiati, non essendo i creditori chirografari suscettibili di essere ordinati per grado (cfr. Cass. Sez. Un. n. 24214/2011, punto 7.c).

Il creditore dissenziente chirografario, viceversa, risulterebbe tutelato (uti singulus) unicamente dal c.d. best interest test, cioè dal confronto con l'alternativa liquidatoria a norma dell'art. 112 comma 3 CCII.

L'art. 11 comma 1 lett. c) della Direttiva UE 2019/1023, in tema di ristrutturazione trasversale, prevede invece che il piano possa essere omologato "se assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori".

Il riferimento ai creditori dissenzienti (tout court), al rango (invece che al grado) e alle classi inferiori (invece che alle classi di grado inferiore), induce pertanto a ritenere che il diritto ad un trattamento "fair" (nei termini della RPR "europea") spetti a qualunque classe di creditori, purché "interessata" e "dissenziente".

In tal senso appaiono deporre anche la versione inglese ("it ensures that dissenting voting classes of affected creditors are treated at least as favourably as any other class of the same rank and more favourably than any junior class") e la versione francese della Direttiva ("que les classes dissidentes de créanciers affectés autorisées à voter soient traitées d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang et d'une manière plus favorable que toute classe de rang inférieur").

Si veda inoltre il Considerando n. 55: “Nel caso della ristrutturazione trasversale dei debiti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le classi dissenzienti di creditori interessati non siano ingiustamente pregiudicate dal piano proposto e gli Stati membri dovrebbero garantire loro una tutela sufficiente.

Gli Stati membri dovrebbero poter tutelare una classe dissenziente di creditori interessati garantendo che ricevano un trattamento tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori”. Nella versione francese: “Les États membres devraient pouvoir protéger une classe dissidente de créanciers affectés en veillant à ce que celle-ci soit traitée d’une manière au moins aussi favorable qu’une autre classe de même rang et d’une manière plus favorable que toute classe de rang inférieur”.

Nella versione inglese: “In the case of a cross-class cramdown, Member States should ensure that dissenting classes of affected creditors are not unfairly prejudiced under the proposed plan and Member States should provide sufficient protection for such dissenting classes. Member States should be able to protect a dissenting class of affected creditors by ensuring that it is treated at least as favourably as any other class of the same rank and more favourably than any more junior class”.

Dove per “more junior class” deve intendersi -non in senso assoluto, come nella contrapposizione interna tra privilegiati e chirografari, ma relativo- la classe che occupi nella graduatoria di legge una posizione successiva ad un’altra classe (che sarà quindi senior rispetto alla prima).

Così, si è esemplificato in dottrina, “nel classico conflitto tra creditori chirografari e azionisti, ciò potrebbe significare che la maggioranza dissenziente dei creditori chirografari potrebbe ricevere un pagamento del 26% dei propri crediti, mentre gli azionisti potrebbero mantenere il 25% del proprio capitale”.

In definitiva, nessun indice testuale, sistematico e logico sembra autorizzare una lettura della norma europea alla stregua di disciplina di favore per i creditori privilegiati, come tale fondata sulla particolare meritevolezza della causa del credito.

Non pare allora sostenibile, sulla base della Direttiva, che solo la classe di creditori privilegiati dissenziente debba essere trattata meglio delle classi privilegiate di grado successivo o di rango chirografario, e che invece la classe di creditori chirografari dissenziente possa essere trattata peggio di altre classi chirografarie o persino di classi di creditori postergati.

Il sistema delineato dalla Direttiva è, invero, chiaramente ispirato alla ricerca del consenso di tutte le parti interessate dalla ristrutturazione e alla conseguente regola che prescrive l’unanimità ai fini dell’adozione del piano: si vedano, al riguardo, l’art. 6 e i Considerando nn. 10 e 32 della Direttiva per l’enfasi riposta sulle trattative e sul dialogo con i portatori di interesse, nonché l’art. 92 comma 3 CCII, secondo cui il Commissario giudiziale affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano.

In tale ottica, dunque, il cram-down costituisce un meccanismo di superamento del dissenso della classe onde raggiungere la prefigurata unanimità, sia pure per via di un consenso “imposto” o “virtuale”: un congegno, cioè, riproduttivo del consenso prestato da un

operatore razionale di mercato privo di intenti ostruzionistici o di atteggiamenti idiosincratici.

Posto, tuttavia, che il dissenso si registra in prevalenza proprio con riguardo alle classi “out of the money”, limitare la verifica ai soli creditori privilegiati -solitamente favorevoli, in quanto “in the money”, all’adozione del pianofinirebbe per depotenziare la funzione di salvaguardia dell’istituto.

Per tal via, infatti, si consentirebbe alla maggioranza (ottenuta anche grazie a classi di chirografari destinatarie di un trattamento preferenziale rispetto ad altre classi di pari rango) di appropriarsi di tutto il valore del piano a danno della minoranza, lasciando a quest’ultima solo la quota di pertinenza del valore di liquidazione.

Non vale pertanto replicare che, in fondo, il creditore chirografario è comunque tutelato dalla verifica rispetto all’alternativa liquidatoria, atteso che:

- quest’ultima concerne il singolo creditore opponente, e non la classe dissenziente;
- si tratta di verifica diversa da quella imposta dalla RPR: la prima, infatti, compara la posizione dello stesso creditore in due scenari differenti; la seconda, invece, confronta il trattamento riservato alle diverse classi di creditori nell’ambito del medesimo scenario concordatario;
- le due verifiche non sono affatto alternative, ma cumulative:

ai sensi dell’art. 11 della Direttiva, infatti, la ristrutturazione trasversale è subordinata al contemporaneo rispetto, tra l’altro, della lett. a (che richiama l’art. 10, par. 2, lett. d sul miglior soddisfacimento) e della lett. c (che prevede la c.d. relative priority rule).

Il fondamento teorico della norma, in altri termini, è rappresentato da un’applicazione “forte” del c.d. principio maggioritario in materia concorsuale, la cui operatività, secondo autorevole dottrina, “risulta circoscritta alla singola collettività, e cioè alla singola classe, e non si estende ai rapporti tra le classi”.

Come è stato osservato, infatti, “per verificare la legittimità dell’uso della regola maggioritaria non occorre solamente prendere in considerazione la ‘posizione di partenza’, ma anche quella ‘di arrivo’, cioè il trattamento offerto dal piano alle diverse classi di creditori.

Tale trattamento, infatti, ‘conforma’ l’interesse ‘finale’ di quella determinata classe, in modo tale che esso sarà sempre diverso da quello di una classe destinataria di un differente trattamento.

Può affermarsi, dunque, che se, da un lato, una classe che riunisce creditori con una determinata posizione giuridica (ad es., classe di creditori privilegiati generali) non può validamente decidere anche per la classe che riunisce creditori con una diversa posizione giuridica (ad es., classe di creditori chirografari), allo stesso modo, la decisione di un gruppo di soggetti che si trova nella stessa posizione giuridica di un altro gruppo di soggetti, ma al quale viene offerto un trattamento diverso, non può essere vincolante nei confronti di quest’ultimo”.

Chiarito, dunque, che il diritto UE impone al tribunale di accertare che anche la classe dissenziente di creditori chirografari sia trattata in conformità alla RPR, deve verificarsi se la dizione letterale dell'art. 112 lett. b CCII - nel riferirsi al grado - intenda limitare il controllo giudiziale al solo trattamento riservato alla classe dissenziente di creditori privilegiati (così escludendone i creditori chirografari, in violazione della Direttiva), o se, invece, il contrasto tra norma interna e norma UE sia solo apparente e possa essere composto in via interpretativa.

Tra le diverse opzioni possibili, infatti, l'interprete deve privilegiare quella capace di armonizzare il significato di enunciati plurivoci.

Tale esito, come noto, risulta precluso solo allorché l'interprete, pur avendo applicato tutti gli strumenti della c.d. interpretazione conforme, constati la radicale inconciliabilità tra le diverse disposizioni in esame ed evinca, in conclusione, la sussistenza di un effettivo contrasto normativo (procedendo, a seconda dei casi, alla "disapplicazione" della norma interna ovvero alla proposizione di questione di legittimità costituzionale).

Nel caso di specie, la sussistenza di un insanabile conflitto tra l'art. 112 lett. b CCII e l'art. 11 lett. c della Direttiva, deve essere esclusa.

Plurimi indici, invero, inducono a ritenere che il legislatore nazionale -nonostante l'impropria espressione testuale adoperata nella lett. b in esame - abbia inteso pienamente conformarsi al chiaro tenore della norma di diritto UE.

Nella relazione illustrativa al c.d. Decreto Correttivo (d.lgs. n. 83/2022), anzitutto, si chiarisce in termini generali che "Lo schema di decreto legislativo è compatibile con l'ordinamento europeo e, in particolare, attua la direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), il cui termine di recepimento scade il 17 luglio 2022" e che "Il provvedimento legislativo in esame non presenta profili di incompatibilità con gli obblighi internazionali e, al contrario, discende dalla necessità di adempiere all'obbligo di dare piena attuazione al diritto europeo" (cfr. Analisi tecnico-normativa Parte II-Contesto normativo comunitario e internazionale Analisi della compatibilità dell'intervento con l'ordinamento comunitario, punti 10 e 12).

In particolare, poi, si precisa che "L'articolo 24 modifica la Parte Prima, Titolo IV, Capo III, Sezione VI del Codice.

Il comma 1, che sostituisce l'articolo 112, detta la disciplina del giudizio di omologazione precisando il contenuto delle verifiche compiute dal tribunale - a seconda che il concordato sia in continuità aziendale o meno - (comma 1) e le regole della omologazione tramite ristrutturazione trasversale prevista dall'articolo 11, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva (comma 2) e del giudizio di convenienza previsto dalla lettera c) del paragrafo 1 dell'articolo 11 appena citato (comma 3)" (cfr. pag. 30).

Ma soprattutto, una fedele trasposizione della Direttiva si rinviene in un'altra disposizione del Codice della crisi relativa proprio, si badi, alla ristrutturazione trasversale.

L'art. 120-quater CCII, nel caso di "concordato con attribuzioni ai soci", declina infatti il cram-down con riferimento al "rango" della classe dissenziente: "Fermo quanto previsto dall'articolo 112, se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda, il concordato, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, può essere omologato se il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci.

Se non vi sono classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, il concordato può essere omologato solo quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci".

La stessa relazione al Decreto Correttivo, al riguardo, chiarisce che "L'articolo 120-quater detta i principi in caso di omologazione del concordato se il piano prevede attribuzioni ai soci. Le previsioni generali in materia di ristrutturazione trasversale vanno infatti integrate per disciplinare il modo in cui le regole sulla distribuzione del plusvalore da ristrutturazione debbano applicarsi rispetto ai soci, per i quali non è agevole individuare cosa costituisca trattamento più o meno favorevole rispetto a classi di creditori, non essendo i soci titolari di un diritto di credito.

Occorre dunque 'misurare' il trattamento riservato ai soci, tenendo conto che l'obiettivo della normativa è quello di permettere che il tribunale possa omologare il quadro, nonostante il dissenso di una o più classi, se il valore di liquidazione del patrimonio è distribuito tra i creditori secondo la regola di priorità assoluta e il plusvalore da continuità è assegnato, ai creditori ed eventualmente ai soci, in una misura tale che il trattamento riservato a ciascuna delle classi dissenzienti sia almeno pari a quello delle classi di pari rango e più favorevole di quello riservato alle classi inferiori.

Tale criterio risulta tuttavia inapplicabile in caso di dissenso dell'unica classe di creditori collocata al rango immediatamente superiore a quello dei soci [ossia, proprio i creditori chirografari]; per tale ragione, nell'ultimo periodo del primo comma si prevede che, in questo solo caso, ai fine di verificare il rispetto delle suddette regole, il valore assoluto destinato a tale classe debba essere superiore a quello riservato ai soci" (cfr. pag. 31).

Orbene, non è evidentemente plausibile (né comunque conforme alla Direttiva) un'interpretazione dell'art. 120- quater che limiti la verifica del rispetto della RPR ai soli creditori privilegiati, consentendo invece che i creditori chirografari vengano trattati in misura deteriore rispetto agli stessi soci.

È dunque chiaro che, in caso di concordato con attribuzioni ai soci, la classe dissenziente di creditori chirografari debba essere trattata in misura non deteriore rispetto alle altre classi chirografarie e migliore rispetto ai soci.

A questo punto, tuttavia, sarebbe irrazionale affermare che, nel diverso caso in cui il concordato non riservi alcun valore ai soci (e trovi quindi applicazione il solo art. 112 lett. b, e non l'art. 120-quater), la classe dissenziente di chirografari possa essere trattata in misura

deteriore rispetto alle altre classi chirografarie e, per giunta, delle classi di creditori postergati.

Detto in altri termini, l'operatività della RPR nei rapporti tra classi chirografarie non può ragionevolmente dipendere dalla circostanza che il piano preveda, o meno, attribuzioni a terze parti (i soci).

In definitiva, risulta con evidenza che il legislatore avesse ben presente la lettera e la ratio della norma di diritto UE (i.e., applicabilità della RPR a favore di qualunque classe dopo tutto, nella Relazione al Correttivo cit. si descrive il funzionamento della RPR attraverso un impiego fungibile dei termini grado e rango).

Si veda, in particolare, a pag. 26: “la regola di distribuzione contenuta nel comma 6 dell'articolo 84 detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite. Essa prevede, in particolare, che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore) mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore)”.

Analogo uso promiscuo dei due termini si rinviene, poi, nell'Analisi di impatto della regolamentazione (c.d. A.I.R.) allegata alla Relazione citata: “d. 7) Ristrutturazione trasversale (articolo 11).

Nel prevedere la possibilità per il tribunale di omologare comunque la proposta ed il piano anche in caso di dissenso di una o più classi, è stata studiata ed esaminata la problematica della regola di distribuzione. La direttiva infatti chiede agli Stati membri di adottare la RPR (relative priority rule) o, in alternativa, di adottare una APR (absolute priority rule) temperata, come emerge dall'articolo 11, paragrafi 1, lettera c) e 2. Tra le due opzioni è stata scelta quella intermedia.

In particolare, la regola di distribuzione inserita nel comma 6 dell'articolo 84 del Codice detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario, che dipendono dalla natura delle risorse distribuite stabilendo che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore) mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore)”.

Ed ancora, anche nell'abrogato art. 144 l.fall. il termine “grado” risultava utilizzato in maniera atecnica, come affermato dalla Corte di Cassazione: “In ordine poi all'art. 144, che estende gli effetti dell'esdebitazione ai creditori concorsuali non concorrenti nella ‘percentuale attribuita ai creditori di pari grado va evidenziata [...] l'atecnicità (e dunque la

scarsa chiarezza) della disposizione, in ragione del fatto che la nozione di grado è riferibile esclusivamente alla collocazione prelatizia”, sicché “In assenza di dati letterali sufficientemente chiari ed univoci, ritiene dunque il Collegio di dover fare ricorso al criterio interpretativo logico sistematico (C. 10/24630, C. 04/9700, C. 01/5128, C. 96/3495, C. 93/11359), finalizzato all’individuazione dalla ratio della disposizione” (cfr. Cass. Sez. Un. n. 4214/2011, punto 7.c, cit.).

Deve allora ritenersi che il lemma “grado” impiegato nell’art. 120 lett. b) sia frutto di un difetto di coordinamento tra le norme che disciplinano le condizioni di ammissibilità della domanda (ai presenti fini: artt. 84 comma 6 e 85 CCII) e quelle che disciplinano le condizioni di omologazione in caso di dissenso di una o più classi (artt. 112 e 120-quater CCII).

Come noto, invero, il legislatore nazionale ha previsto delle regole di distribuzione del valore del piano ai fini della stessa ammissibilità della domanda: a prescindere, dunque, dall’unanimità che il debitore ritenga di poter conseguire in sede di votazione della proposta.

Diversamente, dette regole distributive sono dalla Direttiva previste quali condizioni (di omologazione) per la ristrutturazione trasversale.

Difatti, proprio gli artt. 10 e 11 della Direttiva sono stati richiamati a fondamento dell’introduzione del Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (artt. 64-bis ss. CCII), nel quale la prefigurata unanimità del voto delle classi (che il debitore può articolare sulla base di quanto emerso nelle trattative del piano di ristrutturazione) consente la formulazione di una proposta in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c.

Quanto al concordato preventivo, la persistenza di regole distributive rilevanti ai fini dell’ammissibilità è stata spiegata in base a ragioni di continuità con la tradizione dell’istituto e, sotto altro profilo, con la scelta di dare attuazione alle disposizioni della Direttiva attraverso una pluralità di strumenti di risoluzione della crisi e dell’insolvenza, e non con uno soltanto che le prevedesse tutte (cfr. Relazione illustrativa del c.d. Decreto Correttivo).

In questi termini, quindi, può ben ammettersi che l’art. 84 comma 6 -mercé il riferimento al “grado” - circoscriva la regola distributiva ai soli creditori privilegiati e consenta invece (salvo cram-down in caso di dissenso) che le varie classi di creditori chirografarie siano destinatarie di trattamenti tra loro differenziati.

Un’interpretazione che tenga conto del dato sistematico e delle previsioni del diritto UE, in definitiva, induce a ritenere che:

- fermo il rispetto della RPR con riguardo ai creditori privilegiati (art. 84 comma 6), è ammissibile la domanda che destini alle classi di creditori chirografari trattamenti tra loro differenziati (cfr. art. 85 CCII: “il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse”);
- in caso di voto favorevole di tutte le classi, un simile piano sarà senz’altro omologato;
- nel caso di dissenso ad opera di una classe di creditori chirografari, l’omologazione sarà subordinata alla verifica che tale classe sia trattata in misura pari alle altre classi chirografarie (rectius: alla classe chirografaria destinataria del trattamento migliore) e in

misura superiore alle classi di creditori postergati e dei soci (artt. 112 lett. b e 120-quater).senziente) e abbia inteso darvi piena attuazione. Nel caso di specie, come visto, la classe dissenziente n. 7 (banche degradate al chirografo) risulta destinataria di un trattamento inferiore a quello previsto per le classi di pari rango nn. 8 e 9 (fornitori chirografari e altri crediti chirografari).

In applicazione delle coordinate interpretative di cui sopra, quindi, l'omologazione del piano di concordato risulta preclusa dal mancato soddisfacimento della condizione prevista dall'art. 112, comma 2, lett. b) CCII.

(omissis).