

Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010 – Pres. Ciampi – Rel. Fontana.

Segnalazione del Prof. Avv. Stefano Ambrosini

Concordato preventivo – Natura contrattuale – Accentuazione.

Concordato preventivo – Natura contrattuale – Determinazione dell’oggetto del contratto – Necessità – Modalità di soddisfazione dei creditori – Pagamento di una percentuale – Attribuzione di altri beni – Distinzione – Modifica dell’originaria prestazione – Descrizione del bene offerto – Necessità.

Concordato preventivo – Natura contrattuale – Valutazione di fattibilità – Parametro dell’inadempimento di scarsa importanza – Attribuzione di beni di liquidare – Accettazione dell’alea da parte dei creditori – Riduzione delle ipotesi di risoluzione.

Concordato preventivo – Cessione dei beni ai creditori – Indicazione della percentuale offerta come elemento descrittivo del bene attribuito ai creditori – Conseguenze.

Il nuovo quadro normativo che disciplina l’istituto del concordato preventivo è caratterizzato da una netta accentuazione del profilo negoziale, come si evince in particolare dalla rimessione ai creditori, in via esclusiva, di ogni valutazione in ordine alla convenienza, per cui il concordato ha assunto ora indiscutibilmente i caratteri del contratto, sia pur caratterizzato, sotto il profilo della formazione della volontà dal lato dei creditori, dal principio maggioritario. (fb) (riproduzione riservata)

La nuova disciplina del concordato preventivo, che ha conferito all’istituto una netta impronta contrattualistica, richiede che la proposta rispetti il requisito della determinatezza dell’oggetto del contratto. Pertanto, nell’ambito dell’ampia fenomenologia della proposta concordataria prospettata in via esemplificativa nell’art. 160 legge fallimentare, si può distinguere tra offerte di soddisfacimento monetario dei crediti e offerte che prevedono invece l’attribuzione di un altro bene in varie forme, quali la conversione dei crediti stessi in capitale, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Nella prima ipotesi, la proposta incide sull’originario rapporto contrattuale tra debitore e creditore unicamente sotto il profilo dei termini o dell’entità del pagamento monetario, mentre, nella seconda, la modifica attiene alla natura stessa della prestazione, con la conseguenza che, nel primo caso, la regola della determinatezza dell’oggetto del contratto impone al proponente la specifica indicazione della percentuale di pagamento offerta, mentre, nel secondo caso, quello in cui la proposta incide sulla natura della prestazione, deve essere chiaramente descritto il bene che si offre ai creditori, affinché questi possano adeguatamente valutare l’alea in ordine all’effettivo valore presente e futuro di quanto sarà ad essi trasferito come modalità alternativa di soddisfazione del credito. (fb) (riproduzione riservata)

La distinzione introdotta dalla nuova disciplina del concordato preventivo tra proposte che offrono la soddisfazione monetaria pura e semplice dei creditori e quelle che invece prevedono l’attribuzione di beni di altra natura, si riflette sul giudizio di fattibilità del concordato e sulla disciplina della sua risoluzione. Per le proposte del primo genere, la soglia da tenere presente per la valutazione di eventuali scostamenti dalle previsioni sarà quella della scarsa importanza dell’inadempimento (identificabile nella misura di un quarto). Diversamente, per le proposte nelle quali ai creditori, in luogo del pagamento monetario, viene offerta l’attribuzione di un determinato bene in funzione della sua liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, lo spazio per una risoluzione del concordato appare più ristretto in considerazione del fatto che ai creditori viene trasferita l’alea relativa al realizzo del valore del bene prospettato nella proposta. (fb) (riproduzione riservata)

Qualora la proposta di concordato preventivo preveda il trasferimento ai creditori di beni materiali o di crediti verso terzi, l'indicazione nella proposta del valore di detti beni non costituisce promessa del pagamento della percentuale offerta ma solo uno degli elementi di descrizione, da considerarsi meramente orientativo, dei beni stessi. In tale ipotesi, infatti, i creditori, accettando la proposta di concordato che prevede una prestazione alternativa, accettano anche l'alea in ordine all'effettivo valore di realizzo di tale prestazione. (fb) (riproduzione riservata)

IL CASO.it

omissis

1. Con ricorso depositato il 20/5/2009 la G. s.p.a. in liquidazione domandava l'ammissione alla procedura di concordato ai sensi degli artt.160 e seg. L.F. proponendo ai creditori la cessione integrale delle proprie attività mediante la cui liquidazione realizzare il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati e il soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura probabile del 35,68% e comunque non inferiore al 25,20%.

Con decreto depositato il 26/6/2009 il Tribunale ammetteva la società alla procedura di Concordato Preventivo nominando giudice delegato il dr. R. F. e commissario giudiziale l'avv. S. M..

Nel termine stabilito la ricorrente provvedeva al deposito della somma di €30.000,00 per le spese di procedura.

Nella relazione ex art. 172L.F. il commissario giudiziale quantificava in €1.356.110,23 l'attivo realizzabile a fronte di spese di procedura per un ammontare di €132.400, di crediti privilegiati per un importo di €1.067.835,63 e di crediti chirografari per un importo di €3.156.208,64, indicando il 33,83% quale percentuale più probabile di soddisfacimento dei creditori chirografari.

All'adunanza dei creditori e nei successivi venti giorni venivano espressi voti favorevoli per un importo totale di €2.307.927, risultando quindi ampiamente raggiunta la maggioranza di cui all'art.177 L.F.

Con provvedimento del 20/11/2009 era fissata l'udienza del 21/1/2010 per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale avanti al Collegio, disponendo la sua notificazione al debitore, al commissario ed ai creditori dissenzienti.

Nel termine di dieci giorni prima dell'udienza non veniva proposta alcuna opposizione, mentre il Commissario Giudiziale provvedeva a depositare il parere motivato favorevole ai sensi dell'art.180 comma 2 L.F.

Iscritto il procedimento a ruolo, la debitrice si costituiva domandando l'omologazione del concordato.

2. Ciò premesso, è da osservare in primo luogo, con riferimento ad alcune affermazioni contenute nell'atto di costituzione della debitrice riguardo al valore dell'indicazione delle percentuale di soddisfacimento dei creditori, che nella nuova disciplina del concordato preventivo è venuta meno la contrapposizione tra concordato per garanzia e concordato per cessione dei beni, risultante, nella normativa ante riforma, dalla distinta previsione all'art.160 L.F. delle due diverse ipotesi, con specifica disciplina delle rispettive condizioni di ammissione, e dalla previsione di una differenziata disciplina, all'art.186 L.F., della risoluzione del concordato per cessione dei beni.

Nelle nuove norme sul concordato tutte le ipotesi sono racchiuse nell'unica previsione, di cui all'art.160 comma 1, del concordato volto alla "ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti", con disciplina unitaria delle condizioni di ammissione, incentrata essenzialmente sulla fattibilità della proposta concordataria.

Nel nuovo art.186 L.F. è stato previsto, senza distinzioni tra tipologie di concordato preventivo, che l'inadempimento non dà luogo a risoluzione se è di scarsa importanza e che la disciplina della risoluzione non si applica quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.

Ma il nuovo quadro normativo è soprattutto caratterizzato da una netta accentuazione del profilo negoziale nella disciplina del concordato, come si evince in particolare dalla rimessione ai creditori, in via esclusiva, di ogni valutazione in ordine alla convenienza, per cui il concordato ha assunto ora indiscutibilmente i caratteri del contratto, sia pur caratterizzato, sotto il profilo della formazione della volontà dal lato dei creditori, dal

IL CASO.it

principio maggioritario.

Ora la lettura unitaria della nuova disciplina legislativa, nella prospettiva dell'inquadramento contrattualistico del concordato, porta alla conclusione, dovendo la proposta concordataria conformarsi al criterio di determinatezza dell'oggetto del contratto, che nell'ambito dell'ampia fenomenologia della proposta concordataria, prospettata nell'art.160 L.F. in via esemplificativa, si possa distinguere tra offerte di soddisfacimento monetario dei crediti e offerte prevedenti la sostituzione del pagamento monetario con l'attribuzione di un altro bene in varie forme, tra le quali la conversione dei crediti in capitale, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito: nelle prime s'incide in termini modificativi rispetto all'originario rapporto contrattuale tra debitore e creditore unicamente sotto il profilo dei termini o dell'entità del pagamento monetario, mentre con le seconde la modifica attiene alla natura stessa della prestazione.

Nel caso di proposta concordataria prevedente il soddisfacimento in termini monetari la regola della determinatezza dell'oggetto del contratto impone al proponente la specifica indicazione della percentuale di pagamento offerta. Nell'altra ipotesi invece nella proposta deve essere chiaramente descritto il bene che si offre, affinché i creditori possano adeguatamente valutare l'alea in ordine all'effettivo valore presente e futuro di quanto sarà ad essi trasferito come modalità alternativa di soddisfazione del credito.

Questa distinzione si riflette sul contenuto del giudizio di fattibilità: nel primo caso la verifica di fattibilità attiene all'effettiva realizzabilità dei pagamenti nei termini percentuali indicati, con una valutazione prospettica dei possibili futuri scostamenti con riferimento al parametro della scarsa importanza dell'inadempimento, ossia con riferimento alla disciplina della risoluzione del concordato, dovendosi considerare irrilevante la previsione di scostamenti che non superino tale soglia (che orientativamente questo tribunale, valorizzando in chiave analogica vari indici normativi, identifica nella misura di $\frac{1}{4}$); nel secondo il giudizio ha per oggetto la possibilità dell'operazione prospettata, per cui, posto che di norma l'attribuzione del bene si produce automaticamente come effetto dell'omologa e che comunque l'operazione proposta si presenta come intrinsecamente aleatoria per quanto il futuro valore del bene attribuito, risulta notevolmente ristretto se non quasi meramente teorico lo spazio per una risoluzione del concordato omologato.

In questo contesto la proposta concordataria prevedente genericamente la cessione di tutte le attività ai creditori deve essere sempre accompagnata dall'indicazione della percentuale di pagamento che s'intende offrire ai creditori, in quanto la cessione dei beni rileva come modalità strumentale per il realizzo del soddisfacimento monetario dei crediti.

In altri termini quando i beni sono ceduti in funzione della loro liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, l'oggetto dell'offerta è comunque la prestazione monetaria, sia pur modificata rispetto a quella originariamente dedotta nell'ambito del rapporto contrattuale, ed essa, ai fini del rispetto del regole generali in materia di contratto ed in particolare di quelle attinenti all'oggetto del contratto ed alla formazione del consenso delle parti, deve essere esattamente determinata.

Ovviamente non è escluso che ai creditori possa essere offerto, oltre alla conversione dei crediti in capitale o comunque la titolarità di azioni, quote, obbligazioni ecc., il trasferimento di beni materiali o di crediti vero terzi come modalità di soddisfacimento dei crediti alternativa a quella monetaria: in questo caso l'indicazione del loro valore da parte del proponente attiene alla descrizione degli stessi e quindi, non presentando il significato di quantificazione del controvalore monetario che viene offerto in pagamento, è meramente orientativa, assumendo inevitabilmente i creditori che accettano la prestazione alternativa l'alea in ordine al suo effettivo valore.

Le due diverse ipotesi di cessione dei beni vanno quindi tenute distinte ai fini della valutazione di fattibilità e della disciplina della risoluzione per inadempimento e si tratta di stabilire, di volta in volta, quale sia il contenuto effettivo della proposta.

In concreto l'ipotesi della cessione dei beni come modalità di soddisfacimento dei crediti alternativa a quella monetaria può ad esempio ravvisarsi quando i singoli beni sono offerti a distinti creditori.

IL CASO.it

Nel caso in esame, in cui si offrono ai creditori nel loro insieme tutte le attività della società prevedendosi la loro liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale, nessun dubbio può invece sorgere in ordine al fatto che la cessione è proposta in funzione del soddisfacimento monetario dei creditori.

In questa prospettiva, benché in qualche passaggio degli atti di parte proponente si faccia riferimento alla tesi della non vincolatività della percentuale indicata, si ritiene che la proposta, risultando in essa quantificata come percentuale minima certa, peraltro secondo un criterio di estrema prudenza, quella del 25% (pur prospettandosi come probabile il soddisfacimento dei crediti chirografari in misura superiore), abbia il valore di offerta di pagamento ai creditori chirografari nella misura del 25%.

IL CASO.it

Questa è la percentuale minima accettata dai creditori e rispetto alla quale risulta certamente confermato in sede di parere ex art.180 L.F. il giudizio di fattibilità già espresso dal commissario nella relazione ex art.172 L.F., risultando in effetti ragionevolmente probabile, alla luce dell'analisi compiuta dal commissario nel parere finale, una percentuale significativamente più alta.

Pertanto, tenuto conto che devono in questa sede devono confermarsi le valutazioni già espresse, ai fini dell'ammissione della società alla procedura, riguardo alla sussistenza della qualifica soggettiva di imprenditore commerciale, al superamento delle soglie di cui all'art.1 L.F. ed alla presenza di uno stato di crisi aziendale, integrante, nel caso in esame, una conclamata situazione d'insolvenza ai sensi dell'art.5 L.F., e che risulta ampiamente superata la maggioranza di voti richiesta per l'approvazione, il concordato va omologato.

In ordine alla nomina del liquidatore giudiziale, considerato che le attività sono state già in gran parte liquidate e, non sono emersi elementi ostativi alla valorizzazione della disponibilità del liquidatore sociale R. C. a svolgere la funzione senza compenso, rispondendo tale soluzione all'interesse della massa dei creditori ad evitare spese incidenti sul ricavato del realizzo delle attività.

Quanto alle modalità della liquidazione, pur avendo il legislatore richiamato le norme in materia di liquidazione fallimentare limitatamente agli articoli 105-108 ter L.F. senza alcun riferimento al programma di liquidazione di cui all'art.104 ter L.F., si ritiene che la circostanza non sia ostativa a che il Tribunale, in sede di omologa del concordato, imponga al liquidatore la predisposizione, entro un determinato termine, di un piano delle attività di liquidazione con indicazione delle specifiche modalità e dei tempi previsti per ciascuna di esse. Il mancato richiamo dell'art.104 ter L.F. appare infatti espressione della scelta di non estendere alla procedura di concordato la specifica disciplina procedimentale stabilita dalla norma per l'approvazione del programma di liquidazione e per l'autorizzazione dei singoli atti esecutivi, non potendosi certamente ipotizzare una scelta del legislatore, in palese contrasto con il principio di buona amministrazione, contraria allo strumento in sé della pianificazione delle attività liquidatorie. Va d'altro canto considerato che dalla previsione dell'art.2487 lett.c) cod. civ., relativa ai criteri di svolgimento della liquidazione delle società, è evincibile la regola generale della pianificazione quale strumento che già al livello di disciplina codicistica, oltre che sul piano della buona tecnica gestionale, connota fisiologicamente la liquidazione delle attività dell'impresa. Pertanto, pur in assenza di un richiamo della specifica disposizione della legge fallimentare sul programma di liquidazione, è indubbio che il tribunale, nell'esercizio dei poteri di cui all'art.182, comma 1, L.F., possa prevedere la redazione da parte del liquidatore di un piano, puntuale ed articolato sia sotto il profilo delle specifiche modalità delle singole operazioni liquidatorie sia sotto quello delle relative scadenze temporali, da trasmettere al commissario ed al comitato dei creditori affinché ne valutino la coerenza rispetto alle previsioni concordatarie e successivamente dispongano di uno strumento per un efficace controllo sull'esecuzione del concordato.

Ciò posto, si ritiene congruo il termine di giorni trenta per la comunicazione del piano delle attività di liquidazione al commissario giudiziale ed al comitato dei creditori.

Nello svolgimento di tali attività il liquidatore dovrà necessariamente rispettare le forme previste dagli artt.105 – 108 ter L.F. salvo che diverse modalità di liquidazione non risultino previste, con riferimento ad uno o più beni oggetto della cessione, nella proposta di concordato approvata.

Quanto infine ai tempi di esecuzione del concordato, al fine dell'individuazione di un termine di riferimento nella prospettiva dell'eventuale risoluzione per inadempimento, si ritiene ragionevole, in considerazione della natura delle attività da liquidare ed in assenza di altre specifiche indicazioni, il termine del 31/12/2010 per il completamento della liquidazione delle attività.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando nel procedimento di omologa di

concordato preventivo proposto da G. s.p.a. in liquidazione, con sede in *, Piazza * n. *, così provvede:

- 1) omologa il concordato preventivo proposto da G. s.p.a. in liquidazione;
 - 2) nomina Liquidatore Giudiziale, senza oneri per la massa, il Liquidatore sociale R. C. il quale si atterrà alle seguenti disposizioni:
 - a) il Liquidatore, entro 30 giorni dalla pubblicazione del decreto, trasmetterà al Commissario Giudiziale ed al Comitato dei Creditori un piano delle attività di liquidazione con indicazione delle relative modalità e dei tempi previsti per ciascuna di esse;
 - b) il Liquidatore individuerà le modalità della liquidazione conformemente a quanto specificamente previsto nella proposta concordataria e, in difetto di previsione o in caso di superamento della stessa, nel rispetto dei principi di cui agli artt.105-108 ter L.F. tra i quali la regola della vendita mediante procedura competitiva, previa acquisizione in ogni caso del parere del Commissario Giudiziale e dell'autorizzazione del Comitato dei Creditori ed invio di informativa, almeno di dieci giorni prima del compimento dell'atto, al Giudice Delegato;
 - c) per le transazioni ed ogni altro diverso atto di straordinaria amministrazione, il Liquidatore dovrà munirsi dell'autorizzazione del comitato dei creditori e del parere favorevole del commissario giudiziale, dando al contempo informazione al giudice delegato;
 - d) il Liquidatore richiederà il parere del commissario e del comitato dei creditori e l'autorizzazione del giudice delegato per promuovere azioni giudiziali o costituirsi in giudizio, salvo i casi d'urgenza, e il parere del commissario giudiziale e l'autorizzazione del comitato dei creditori per la nomina di tecnici o coadiutori;
 - e) il Liquidatore, entro 90 giorni dalla pubblicazione del decreto, procederà al deposito in cancelleria dell'elenco dei creditori con indicazione delle eventuali cause di prelazione;
 - f) il Liquidatore terrà informato il Commissario Giudiziale, il Comitato dei Creditori e il Giudice Delegato in ordine all'andamento della liquidazione mediante il deposito di relazioni al 30 giugno ed al 30 dicembre di ciascun anno (che saranno pubblicate nell'area riservata ai creditori del sito www.tribunale.milano.it) e fornendo in ogni caso, tempestivamente, le informazioni e i chiarimenti eventualmente richiesti, in qualunque momento, dal Commissario Giudiziale o dal Comitato dei Creditori o dal Giudice Delegato;
 - g) il Commissario Giudiziale sorveglierà lo svolgimento della liquidazione e terrà informato il Comitato dei Creditori e il Giudice Delegato di eventuali fatti dai quali possa derivare pregiudizio ai creditori, ivi compresi ingiustificati ritardi nelle operazioni di liquidazione;
 - h) il Commissario Giudiziale, in caso di rilevanti inadempimenti, informerà i creditori ai fini dell'eventuale iniziativa loro riservata ai sensi dell'art.186 L.F.;
 - i) le somme ricavate dalla liquidazione saranno depositate sul conto corrente bancario già intestato alla procedura, con prelievo vincolato all'autorizzazione del giudice delegato;
 - j) il Liquidatore dovrà registrare ogni operazione contabile in un apposito registro contabile previamente vidimato dal Giudice delegato;
 - k) il Liquidatore provvederà a ripartire tra i creditori le somme via via realizzate non appena possibile sulla base di piani di riparto predisposti in ragione della collocazione e del grado dei crediti e vistati, previo parere del Comitato dei Creditori, dal Commissario Giudiziale e dal giudice Delegato;
 - l) ultimate le operazioni di liquidazione, entro il termine del 31/12/2010, il Liquidatore depositerà il rendiconto con modalità analoghe a quelle di cui all'art.116 L.F.;
 - m) riserva al giudice delegato ogni ulteriore ed eventuale provvedimento che si rivelasse necessario.
- 3) Nomina componenti del Comitato dei Creditori:
Si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 40, 41 e 182, terzo comma, l.f.;
- Milano il 21/1/2010.

IL CASO.it