

## Il giudizio di omologazione: ipotesi di "cram down"

Con due pronunce il Tribunale di Milano ha decretato in merito a due richieste di omologazione di concordato preventivo e ha dettato importanti principi circa la limitazione dei poteri di controllo del Tribunale anche in assenza di un orientamento giurisprudenziale all'interno della stessa Procura.

*Due provvedimenti giurisdizionali emessi dai giudici milanesi (decreti 13 luglio 2006, n. 8698, e 18 luglio 2006, n. 8863) evidenziano alcuni tratti molto rilevanti della riforma fallimentare, in relazione ai poteri di controllo da parte del tribunale fallimentare in sede di giudizio di omologazione del concordato preventivo. La problematica giuridica che emerge concerne i soli poteri di controllo di tipo "formali" lasciati dal legislatore riformatore in capo all'organo giudicante e, in particolare, nell'ipotesi in cui nel piano concordatario manchi la suddivisione in classe dei creditori, nonché quando non vi siano state opposizioni da parte di creditori dissenzienti, ovvero eccezioni processuali o di merito sollevate da parte del commissario giudiziale. Identica questione, peraltro, era già stata sollevata dai primi commentatori della riforma fallimentare, i quali si erano posti il problema se, una volta eliminati in toto i requisiti e le condizioni previste dalla previgente disciplina, risulti possibile considerare il tribunale un organo di controllo di pura legittimità e, nel caso in esame, di verifica esclusiva dell'esito della votazione, ossia del raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto.*

**Decreto Tribunale di Milano, Sez. II civ.,  
13 luglio 2006, n. 8698,  
Presidente Quatraro, Relatore Craveia**

**C**on ricorso depositato il 1° agosto 2005 P.E. chiedeva al Tribunale di Milano di ammettere alla procedura di concordato preventivo per cessione di tutti i suoi beni, prevedendo che il valore di questi fosse sufficiente a pagare integralmente le spese di giustizia, i creditori prededucibili e quelli privilegiati ed a corrispondere ai creditori chirografari una percentuale tra il 47 e il 43 per cento dell'ammontare dei loro crediti.

La società depositava, in allegato al ricorso, la documentazione indicata dall'art. 161 e la relazione di un professionista che concludeva essere il piano proposto attendibile, coerente e sostenibile. Il Tribunale, con decreto depositato il 5 agosto 2005, dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo.

Effettuate le comunicazioni e le pubblicazioni di rito, in data 20 gennaio 2006 il commissario giudiziale depositava la relazione prevista dall'art. 172 legge fall., che concludeva esprimendo una valutazione positiva della proposta, ma prevedeva, per i creditori chirografari, una minor percentuale compresa tra il 37,53 e il 24,72 per cento, a seconda dell'esito in tutto o in parte favorevole o addirittura negativo, di un contenzioso in corso.

All'adunanza dei creditori tenuta il 23 gennaio 2006 il commissario illustrava dettagliatamente la sua relazione e le ragioni della previsione di una minor percentuale ai creditori chirografari.

Su questa previsione si pronunciavano i creditori intervenuti e nei venti giorni successivi all'adunanza gli altri creditori, esprimendo voto favorevole alla proposta concordataria e, ovviamente, alla previsione di una minor percentuale come calcolata dal commissario, creditori rappresentati l'86,39 per cento dei loro crediti.

Il Tribunale, verificato il raggiungimento della maggioranza di legge, con decreto 2 marzo 2006 dichiarava approvato il concordato e conseguentemente disponeva l'apertura del procedimento di omologazione; nel corso del quale non veniva proposta alcuna opposizione.

Il commissario depositava tempestivamente il suo parere definitivo nel quale confermava integralmente le conclusioni e le previsioni rassegnate con quello depositato ai sensi dell'art. 172 legge fall.

Il difensore di P.E. concludeva per l'omologazione.

Il Tribunale si riservava la decisione.

Sciogliendo la riserva, il Tribunale omologa il concordato per i seguenti motivi di

#### **Diritto**

Va opportunamente rilevato e premesso che:

1) il concordato proposto è pacificamente per cessione dei beni e che le percentuali ai creditori chirografari (diversamente calcolate e indicate da P.E. e dal commissario) sono solo "previste" e non "garantite"; il rischio della liquidazione è quindi a carico dei creditori;

2) che il piano concordatario non prevede la suddivisione dei creditori in classi;

3) che nessun creditore dissenziente o interessato è intervenuto nel procedimento di omologazione, proponendo opposizione;

4) che il commissario non si è costituito in giudizio, ma ha depositato il suo parere definitivo, confermando *in toto* il precedente parere *ex art.* 172 legge fall., favorevole (che, si ricordi, concludeva prevedendo, all'esito della liquidazione, una minor percentuale per i creditori chirografari, previsione sulla quale questi hanno espresso il loro voto o fatto pervenire il loro assenso, nei 20 giorni successivi alla chiusura dell'adunanza).

Ciò premesso il Tribunale rileva:

a) che, mancando nel piano concordatario in esame la suddivisione dei creditori in classi, al Tribu-

nale è inibita la valutazione di "convenienza" imposta dalla seconda parte del comma 5 dell'art. 177 legge fall.;

b) che, non essendo state proposte opposizioni da creditori dissenzienti o da un qualunque altro interessato e non essendosi il commissario costituito per eventualmente proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, manca il "contraddittorio delle parti", in presenza del quale il Tribunale «assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie...» come dispone il comma 4 del novellato art. 177 legge fall.

Se a ciò si aggiungono, in questo quadro di generale consenso all'omologazione del piano concordatario, i motivati pareri favorevoli del commissario giudiziale che concludono per la fattibilità del detto piano, si hanno elementi e ragioni più che sufficienti per limitare, nel caso in esame, la verifica del Tribunale al raggiungimento (o meno) della maggioranza di cui al comma 1 dell'art. 177, come unica condizione per omologare (o non) il concordato.

Conferma dell'esattezza di questa conclusione si ricava dal comma 4 del novellato art. 129 (che entrerà in vigore dal 16 luglio 2006) che, per quanto attiene al novellato concordato fallimentare, stabilisce che «se nel termine fissato (dal giudice delegato: cfr. comma 2) non vengono proposte opposizioni, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato...».

In questo caso (cioè in mancanza di opposizioni) il controllo del Tribunale è di pura legittimità (cioè riguarda solo la regolarità della procedura e l'esito della votazione, cioè il raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto).

La disposizione del comma 4 dell'art. 129 (che opera nel concordato fallimentare) corrisponde esattamente a quella del comma 4 del novellato art. 177 e non si ravvisano ragioni per disciplinare diversamente la stessa fattispecie, in procedure concorsuali aventi la stessa accentuata natura contrattuale e norme uguali o simili che le regolamentano.

Conforta la conclusione surriportata anche il rilievo che il legislatore ha completamente modificato il vecchio art. 181 che, com'è noto, imponeva al Tribunale in sede di omologazione di

verificare la meritevolezza del debitore e di valutare la convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa (c.d. giudizio di convenienza per i creditori del concordato proposto rispetto ai prevedibili risultati di una liquidazione fallimentare) e ha conservato il predetto giudizio di convenienza per il solo caso in cui il concordato preveda la divisione dei creditori in classi, vi sia il dissenso di una o più classi e la maggioranza di queste abbia approvato la proposta concordataria.

In questo particolare caso il Tribunale, riscontrata la maggioranza di cui al comma 1 dell'art. 177, può (non deve) approvare il concordato qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative (non necessariamente fallimentari) concretamente praticabili.

Quindi solo per questo specifico caso il legislatore della riforma ha previsto che il Tribunale effettui una valutazione di convenienza del concordato che, ovviamente, deve preliminarmente passare dal giudizio positivo di fattibilità del piano concordatario.

Questo giudizio non è dunque generalizzato e immancabile, ma è richiesto dal legislatore esclusivamente nel caso surriportato; se il legislatore lo avesse voluto sempre e in ogni altro caso, non avrebbe mancato di disporlo nel comma 4 dell'art. 180.

In ciò concorda autorevole dottrina che esattamente rileva che «questa indagine di merito (fattibilità del piano e convenienza dei creditori) è legata non alla presenza di opposizioni, ma soltanto alla formazione di classi, e non riguarda tutti i creditori dissenzienti che, attraverso la formazione delle classi, possono ottenere un trattamento deteriore rispetto a quello che avrebbero ottenuto se queste non fossero state formate, ma soltanto i creditori appartenenti alle classi dissenzienti, giacché il Tribunale può valutare esclusivamente se quei creditori siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, con l'eventualità del diniego dell'omologazione.

In sostanza la norma evidenzia come, in presenza di classi, l'oggetto dell'indagine del giudice del-

l'omologa comprenda la verifica del raggiungimento delle maggioranze e che, a questa indagine formale, si possa aggiungere quella di merito consistente nel verificare la convenienza (*lato sensu*) della proposta per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti, il che dimostra che, quando il legislatore ha inteso attribuire al giudice un controllo più ampio, qualunque esso sia, di quello limitato alla verifica delle maggioranze, lo ha espressamente detto, individuando l'oggetto e i destinatari dello stesso; e dimostra, al negativo, che quando, come in mancanza di divisione dei creditori in classi, non ha previsto un controllo di merito richiedendo soltanto una verifica delle maggioranze, ha inteso restringere a questo oggetto l'attività giurisdizionale».

Ma il Collegio, ponendosi consapevolmente in un'ottica di *obiter dictum*, reputa che l'indagine del tribunale sarebbe probabilmente più ampia, pregnante e diversificata in presenza di opposizioni all'omologazione e/o di parere negativo del commissario giudiziale sulla fattibilità del piano sottoposto all'esame e al voto dei creditori.

In presenza di opposizioni, il comma 4 dell'art. 177 legittima il tribunale ad assumere, anche d'ufficio, nel contraddittorio delle parti, «tutte le informazioni e le prove necessarie», per verificare la fondatezza o meno dei motivi di opposizione.

Questi motivi potrebbero riguardare (per negarli):

- 1) la competenza territoriale del tribunale adito;
- 2) la qualità di imprenditore commerciale "non piccolo";
- 3) lo stato di crisi;
- 4) il regolare svolgimento della procedura e in particolare delle operazioni di voto;
- 5) il raggiungimento della maggioranza di legge, contestando la legittimità o la validità del voto di alcuni soggetti;
- 6) la "fattibilità" del piano, soprattutto nel caso in cui la relazione finale del commissario avesse espresso un parere negativo o avesse formulato motivate e documentate riserve.

In questi casi il controllo del tribunale non potrebbe certo limitarsi alla sola verifica dell'avvenuto raggiungimento della maggioranza di legge, in quanto deve darsi carico dei singoli motivi di opposizione, senza però andare *ultra petita*.

Quindi il tribunale non potrebbe esaminare la "fattibilità del piano" se i motivi di opposizione

non la investissero o vi fosse sulla stessa il parere motivatamente favorevole del commissario.

I motivi di opposizione segnano dunque il limite del controllo giurisdizionale; se essi riguardassero, per esempio, la regolarità della procedura, la validità delle manifestazioni di voto o di adesione, il raggiungimento della maggioranza, a questi motivi il tribunale deve limitare il suo esame e non prenderli a pretesto per estendere il suo controllo alla fattibilità del piano, non messa in discussione dagli oppositori e dal commissario giudiziale.

Ma queste riflessioni - si ripete - sono un voluto *obiter dictum* e non riguardano il concordato in esame nel quale la verificata regolarità della procedura, la mancanza di opposizione, l'esistenza di un motivato parere positivo sulla fattibilità del piano limitano l'indagine del tribunale alla sola verifica dell'avvenuto raggiungimento della maggioranza di legge.

Né sarebbe d'ostacolo all'omologazione del concordato la più contenuta percentuale prevista dal commissario a favore dei creditori chirografari, in quanto:

a) il concordato in esame è pacificamente per "cessione dei beni" e, poiché la nuova legge non prevede più la percentuale minima del 40 per cento, le percentuali indicate tanto dal ricorrente quanto dal commissario costituiscono solo una "previsione" della futura liquidazione;

b) se su queste percentuali preventive (e non garantite) i creditori si sono espressi votando favorevolmente e raggiungendo la maggioranza di legge, essi hanno accettato il rischio che la cessione dei beni del debitore dia esiti meno favorevoli rispetto a quelli prospettati nella proposta.

Il proposto concordato va dunque omologato.

Il Tribunale, preso atto della richiesta di P.E. di non nominare uno o più liquidatori (il cui costo graverebbe sui creditori) e di affidare la liquidazione dei beni ceduti al liquidatore sociale, ritiene di accoglierla perché sulla liquidazione vigilerà il commissario giudiziale e la stessa si svolgerà secondo le modalità che si indicano nella parte dispositiva di questo decreto.

#### P.Q.M.

Il Tribunale:

1) omologa il concordato proposto da P.E. s.r.l. in liquidazione;

2) affida la liquidazione dei beni ceduti al liquidatore sociale S.R.;

3) dispone che la liquidazione avvenga secondo le seguenti modalità:

a) il liquidatore giudiziale, entro tre mesi dalla pubblicazione del decreto, procederà al deposito in cancelleria dell'elenco delle passività;

b) per le vendite, le transazioni ed ogni altro diverso atto di straordinaria amministrazione, il liquidatore giudiziale dovrà munirsi del parere favorevole del comitato dei creditori e del commissario giudiziale, dando nel contempo informazione al giudice delegato; nel caso di parere contrario anche di uno solo dei suddetti soggetti, dovrà munirsi dell'autorizzazione del giudice delegato;

c) il liquidatore giudiziale richiederà per la nomina di avvocati, procuratori, tecnici o coadiutori l'autorizzazione del giudice delegato;

d) dispone che le somme destinate al pagamento dei creditori siano immediatamente versate sul conto corrente bancario intestato alla procedura, presso la Banca;

e) i prelievi da parte del conto potranno essere effettuati direttamente dal liquidatore giudiziale, e una copia dell'estratto conto bancario sarà rimessa ogni sei mesi al commissario giudiziale e al giudice delegato;

f) i pagamenti ai singoli creditori saranno effettuati mediante bonifico bancario (ovvero, ove non possibile, con assegni circolari non trasferibili, previa autorizzazione del giudice delegato) che il citato istituto bancario invierà direttamente agli interessati su richiesta del liquidatore giudiziale, rimettendo al commissario e al giudice delegato ogni sei mesi un elenco dei pagamenti effettuati;

g) il liquidatore giudiziale provvederà a distribuire le disponibilità liquide tra i creditori concorrenti, con il rispetto delle cause di prelazione e in proporzione alle rispettive ragioni creditorie e, sentito il parere del commissario giudiziale e del comitato dei creditori, dando informazione nel contempo al giudice delegato;

h) al termine dell'incarico il legale rappresentante presenterà il conto della gestione, omesse le formalità di cui all'art. 116 legge fall., e richiederà al giudice delegato gli opportuni provvedimenti per l'archiviazione degli atti;

4) nomina il comitato dei creditori, chiamando a farne parte i seguenti soggetti: (...)

**Decreto Tribunale di Milano, Sez. II civ.,  
18 luglio 2006, n. 8863,  
Presidente Quatraro, Relatore Mammone**

**C**on ricorso depositato in data 8 agosto 2005 la società Im. s.p.a. in liquidazione chiedeva di essere ammessa al concordato preventivo. La proposta di concordato prevedeva la cessione di tutti i beni esistenti nel patrimonio della società e l'affitto di un ramo d'azienda, il cui complessivo ricavato, secondo la società ricorrente, era tale da assicurare il pagamento integrale delle spese di procedura e delle somme oggetto dei diritti di credito di natura privilegiata e da consentire una "prudenziale previsione di pagamento" del 10,64 per cento dei diritti di credito di rango chirografario, anche in considerazione della postergazione dei crediti per complessivi 1.393.223,00 euro al pagamento del 30 per cento del ceto chirografario.

La relazione dell'esperto, redatta ai sensi dell'art. 161 legge fall., e depositata all'udienza del 27 ottobre 2005, attestava la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano delineato.

All'udienza del 6 novembre 2005, fissata dal giudice relatore per consentire alla ricorrente una migliore illustrazione del piano, l'esperto ribadiva la veridicità dei dati aziendali e il liquidatore chiariva che il concordato proposto era da ascrivere al novero dei concordati "misti", prevedendo oltre che la cessione dei beni sociali, anche la prestazione di garanzie. Ad integrazione del ricorso chiedeva di poter procedere direttamente alla liquidazione del patrimonio sociale, seppure sotto il controllo degli organi della procedura, al fine di contenere i relativi costi.

Sulla scorta di tali elementi e del parere favorevole espresso dal P.M., il 22 settembre 2005 il Tribunale dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo.

La relazione depositata dal commissario giudiziale il 13 dicembre 2005 dava conferma solo parziale della fattibilità del piano, giacché segnalava che l'attivo realizzabile, stimato in 2.495.597,00 euro avrebbe consentito il pagamento integrale delle spese di giustizia e dei creditori privilegiati, ma non il pagamento dei creditori chirografari, e ciò in conseguenza dell'emersione di maggiori debiti rispetto a quelli indicati dalla ricorrente, della ri-

classificazione di alcuni crediti come privilegiati e di una più prudente valutazione dei crediti vantati dalla società ricorrente.

Tuttavia, tra il deposito della relazione e la data fissata per l'adunanza, venivano incassati alcuni crediti e pervenivano al commissario giudiziale alcune precisazioni di crediti e proposte di accollo di debiti da parte dei soci della Im. s.p.a., ciò che, secondo il commissario giudiziale, consentiva ragionevolmente di prevedere il pagamento anche dei creditori chirografari nella misura del 4,41 per cento (cfr. le relazioni integrative in data 16 dicembre 2005 e 13 gennaio 2006).

Il 20 gennaio 2006 si procedeva, quindi, alle operazioni di voto.

In quella sede esprimevano il proprio voto cinque creditori, di cui solo due portatori di crediti per complessivi 25.000 euro, a favore della proposta. Nei venti giorni successivi pervenivano le adesioni di ulteriori centonove creditori, titolari di crediti per 4.105.860,89 euro, sicché - essendo stata raggiunta la maggioranza prescritta dalla legge - l'importo dei crediti vantati dai creditori ammessi al voto era pari infatti a 7.343.553,49 euro, il Tribunale, in data 10 febbraio 2006, approvava la proposta di concordato.

È utile precisare che, nella verifica della maggioranza, il Tribunale non teneva conto dell'adesione espressa dalla Banca (...) s.c.r.l., riconosciuta titolare, ai fini del voto, di un credito chirografario di 536.445,17 euro, in quanto detto soggetto aveva dichiarato di voler esprimere voto favorevole limitatamente all'importo di 300.000,00 euro (cfr. dichiarazione datata 8 febbraio 2006, ove si legge: «esprimo voto favorevole all'approvazione del concordato limitatamente alla quota di 300.000,00 euro, della posta suddetta (priva di diritti di prelazione di sorta), dovendosi intendere (...) astenuto da qualsiasi manifestazione di volontà per il suo residuo credito chirografario di 236.445,17 euro»).

Giova inoltre evidenziare fino d'ora, per le ragioni che si andranno subito a chiarire, che aderivano alla proposta di concordato anche L.A., L.M., L.R., L.M. e L.M.L. creditori postergati, tutti portatori di un credito - pari complessivamente a 769.250 euro - derivante dal contratto di cessione del 96 per cento delle quote sociali di Im. s.n.c. alla società ricorrente.

Il Tribunale fissava per il 6 aprile 2006 l'udienza prevista dall'art. 180 legge fall.

Con comparsa depositata il 27 marzo 2006, la V.F. s.r.l. - che già in fase di adunanza (cominciata il 6 aprile e in seguito rinviata) aveva manifestato la propria contrarietà alla proposta di concordato, senza poi prendere parte alle operazioni di voto - si opponeva all'omologazione del concordato.

Deduceva che il negozio di cessione delle quote di I. s.n.c., stipulato in evidente situazione di conflitto di interesse tra la Im. s.p.a. e L.M.L., L.M., L.R., L.M. e L.A. - gli ultimi tre erano, infatti, anche componenti del consiglio d'amministrazione - era simulato, perché, pur essendo «vera l'intenzione di trasferire le quote al prezzo indicato», la finalità perseguita «non era il controllo di I. s.n.c., ma la creazione di crediti da utilizzare nell'ambito della procedura concordataria» (cfr. comparsa depositata il 27 marzo 2006) o comunque nullo per illiceità della causa o del motivo o perché in frode alla legge.

Sicché i cedenti non avrebbero dovuto essere ammessi al voto e avrebbero dovuto essere esclusi dal computo delle maggioranze.

Opposizione di identico contenuto depositava in data 15 maggio 2006 il creditore dissenziente I. s.r.l.

La società ricorrente, in ordine a tali opposizioni, ha eccepito, in rito, il difetto di legittimazione attiva della V.F. s.r.l. e, quanto ad I. la nullità della procura alle liti e la tardività e inammissibilità dell'opposizione.

Sotto il primo profilo, è sufficiente evidenziare che l'art. 180 legge fall. consente l'opposizione ai creditori dissenzienti e a «qualsiasi interessato» e non pare, in mancanza di espressi limiti normativi, che si possa seriamente dubitare dell'interesse di quei creditori chirografari che, pur avendovi diritto, non abbiano partecipato alle operazioni di voto, sia non presenziando all'adunanza, sia astenendosi dal voto, posto che l'omologazione del concordato, per l'effetto remissorio che gli è proprio, comprime significativamente i loro diritti, che verranno soddisfatti solo in misura percentuale.

Con riferimento alla posizione di I., invece, l'eccezione è fondata, atteso che la delega conferita il 21 dicembre 2005 dalla I. s.r.l. all'avv. C.M. per «presenziare all'udienza ed esprimere il voto» non contiene alcuna elezione di domicilio, bensì la revoca del voto favorevole in precedenza espresso

tramite il medesimo legale. Con la conseguenza che, ad avviso del collegio, il decreto di fissazione dell'udienza *ex art. 180 legge fall.* è stato correttamente notificato presso la sede sociale e non presso il preteso domicilio eletto e che la costituzione della creditrice I., avvenuta solo il 15 maggio 2006, allorché la predetta udienza si era già tenuta, è tardiva e inammissibile.

La questione, comunque, è priva di rilevanza sul piano pratico, data l'identità delle questioni sollevate dai due opposenti.

Sicché è solo per completezza d'esposizione che si rileva l'infondatezza dell'eccezione di nullità della procura proposta dalla difesa di I., essendo sul punto sufficiente evidenziare che, nelle premesse della comparsa depositata il 15 maggio 2006, il legale rappresentante della società è nominativamente indicato e la sua firma (C.N., scritto per esteso) è chiaramente leggibile a margine dell'atto. Occorre perciò passare all'esame dei motivi di opposizione.

Ed invero, il chiaro testo dell'art. 180, comma 4, legge fall. («il tribunale, se la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177 è raggiunta, approva il concordato») attribuisce espressamente al Collegio, in sede di omologazione del concordato preventivo, oltre che l'accertamento della regolarità della procedura, anche il controllo sul raggiungimento delle maggioranze, sicché si deve ritenere che, entro questi limiti solo a questi fini - dunque senza alcun effetto al di fuori della procedura -, spetti al Tribunale, investito di specifiche contestazioni, verificare anche la validità del negozio dal quale gli asseriti creditori traggono la loro legittimazione, non potendo la verifica delle maggioranze esaurirsi, come pare suggerire la società corrente, in un riesame solo formale e quasi «notarile» della correttezza dei calcoli effettuati dal giudice delegato.

Ciò premesso, ritiene il Collegio che fondatamente la società V.F. abbia eccepito la nullità del contratto di cessione delle quote sociali di I. s.n.c., che, in quanto realizza un risultato equivalente a quello proibito da una norma imperativa, è certamente da qualificare come in frode alla legge.

Al riguardo, va detto che il legislatore, al fine di assicurare il regolare svolgimento della procedura concordataria ed evitare che vengano falsate le operazioni di voto, ha escluso, innanzitutto, che partecipino alla votazione alcune categorie di sog-

getti legati all'imprenditore in crisi da vincoli particolari. Così, ai sensi dell'art. 177 legge fall., sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze «il coniuge dell'imprenditore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato».

Inoltre, l'art. 233 della medesima legge punisce il mercato di voto e l'art. 236, comma 1, sanziona con la reclusione l'imprenditore che «per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti».

Orbene, nel caso in esame vi sono una serie di elementi che inducono a ritenere che il contestato contratto di cessione delle quote sociali di I. s.n.c., in sé dalle parti effettivamente voluto, costituisca però lo strumento per eludere la norma imperativa da ultimo citata, che, in estrema sintesi, vieta qualsiasi atto e comportamento fraudolento, anche diverso dall'accordo simulatorio in senso civilistico, diretto a preconstituire dei crediti nei confronti dell'impresa in crisi, al fine di assicurare l'approvazione del concordato.

Infatti, con tale contratto, stipulato il 1° aprile 2005 - e perciò solo quattro mesi prima del deposito della domanda di concordato -, L.A., M., R., M. e M.L., soci della I. s.n.c., hanno ceduto a Im. s.p.a., di cui sono parimenti soci, una quota pari al 96 per cento del capitale sociale, al prezzo di 770.000,00 euro. In occasione della stipulazione, la Im. s.p.a. era rappresentata dallo stesso L.R., presidente del consiglio d'amministrazione, nel quale sedevano anche L.A. e L.M.

Il successivo 28 luglio 2005 l'acquirente veniva posta in liquidazione e l'8 agosto 2005 presentava domanda di ammissione al concordato preventivo.

Nella domanda, la decisione di acquisire la partecipazione in I. s.n.c. veniva spiegata come strumentale ad «incrementare il patrimonio sociale», sebbene detta posta, valutata solo quattro mesi prima 760.000 euro, venisse stimata nel ricorso in 100.000,00 euro (con un asserito abbattimento del 15 per cento).

Peraltro, l'esperto incaricato della stima da parte del giudice delegato, all'esito di un'indagine approfondita, i cui risultati non sono stati contestati in alcun modo dalla ricorrente, ha attribuito alla partecipazione in I. s.n.c. il valore di 80.900,00 euro e tale risultato non varia in modo significati-

vo anche ove si consideri che per l'immobile di proprietà di I. s.n.c., il cui valore è stato indicato dal perito in 796.000,00 euro, è pervenuta un'offerta di 850.000,00 euro, giacché, pur ipotizzando un corrispondente incremento del valore complessivo delle attività sociali, residuerebbe pur sempre uno scarto rilevantissimo tra il corrispettivo della cessione e il valore effettivo della partecipazione.

Orbene, la notevolissima sproporzione tra il prezzo pattuito e il valore delle quote sociali, l'identità della compagine sociale e delle persone chiamate ad amministrare le due società - ciò che consente di ritenere senz'altro nota agli amministratori di Im. s.p.a. l'effettiva consistenza patrimoniale ed economica delle quote oggetto della cessione - e il breve tempo intercorso tra la stipulazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo, sono elementi univocamente sintomatici del carattere fraudolento della cessione.

E ciò a maggior ragione ove si consideri che la crisi di Im. s.p.a. non è "esplosa" nel mese di luglio 2005, ma era in atto da tempo, posto che, come evidenziato dal commissario giudiziale, già i dati relativi agli esercizi dal 2001 al 2004, tutti chiusi con perdite via via crescenti, sono «influenzati dallo stato di crisi reversibile che ha determinato la messa in liquidazione della società prima e la richiesta di concordato preventivo poi».

Invero, in siffatta situazione di crisi, il consapevole acquisto di una partecipazione sociale ad un prezzo certamente superiore al suo valore, non pare di certo conforme agli interessi economici della società ricorrente, che, con tale operazione, come persuasivamente osservato dal commissario giudiziale, non ha fatto altro «che apportare un beneficio di poche migliaia di euro con invece un rischio molto elevato, cioè quello della responsabilità illimitata di Im. s.p.a. nei confronti della sua partecipata».

Sicché l'unica possibile chiave di lettura dell'operazione, anche considerato che la ricorrente non ne ha fornito altra e plausibile spiegazione, appare quella ipotizzata da V.P.

In sostanza, la cessione di quote a un prezzo notevolmente incongruo in rapporto al valore del bene, è servita a far apparire esistenti in capo ai soci della Im. s.p.a. crediti di importo tale da consentire loro di condizionare l'esito della votazione e perciò di conseguire proprio il risultato vietato dalla norma penale.

Consegue a quanto esposto la nullità del negozio di cessione perché in frode alla legge, con la precisazione, non di poco momento, che tale nullità viene qui in considerazione solo *incidenter tantum*, essendo il menzionato contratto di cessione la "fonte" della manifestazione di voto sulla cui legittimità il tribunale è chiamato a pronunciare.

Ne deriva che i crediti dei cedenti vanno esclusi sia dal computo dei crediti ammessi al voto - che divengono perciò di importo pari a 6.574.303,89 euro - sia dei voti favorevoli alla proposta, che divengono pari a 3.036.610,89 euro.

È perciò di tutta evidenza che la maggioranza non è stata raggiunta.

Né può pervenirsi a diverse conclusioni, così come vorrebbe la difesa di Im. s.p.a., "recuperando" l'adesione della Banca (...) s.c.r.l.

L'adesione parziale del creditore ammesso al voto come chirografario, che non contesti tale qualificazione, non consente di identificare, con sufficiente chiarezza, la volontà del creditore (cfr. Cass. n. 13282/2000) e crea pericolose situazioni di incertezza dei rapporti giuridici, giacché lo stesso creditore potrebbe, per la residua parte del proprio credito, essere addirittura legittimato ad opporsi alla proposta di concordato, aprendosi così un pericoloso varco a comportamenti non lineari, dettati da interessi di non facile identificazione di dubbia meritevolezza.

Non giova, in senso contrario, il richiamo a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il creditore che, ammesso come chirografario, si ritenga in tutto o in parte privilegiato, può limitare la sua adesione alla sola parte del credito stimato come chirografario, giacché in tal caso - come nel caso di rinuncia alla prelazione - la volontà del creditore «è univocamente ed incondizionatamente espressa in ordine a tutta la sua legittimazione», mentre, nella fattispecie in esame, non essendovi «alcuna diversa valutazione sulla legittimazione al voto», vi è solo una manifestazione di volontà non chiara (cfr. Cass. n. 13282/2000, cit.).

Oppure può venire in considerazione il principio di disponibilità del credito, che consente al creditore di rinunciarvi in tutto o in parte, ma non certamente di esercitarlo in modo equivoco o contraddittorio, tanto più nell'ambito di un procedimento la cui trasparenza e regolarità rispondono

ad esigenze a tal punto pregnanti da essere tutelate con il ricorso alla sanzione penale.

Appare valere in questa materia quel principio di autonomia, espresso in materia societaria dall'art. 2351 cod. civ., a mente del quale ogni azione attribuisce il diritto di voto, sì che sarebbe ammissibile anche votare con alcune azioni a favore e con altre contro una stessa delibera.

Infatti, la tesi di quanti ritengono valido il c.d. "voto divergente" poggia su un'espressa previsione normativa, che manca nella disciplina del procedimento di formazione della maggioranza in sede concordataria, che anzi, con plurimi richiami alla figura del "creditore", pare tuttora collegare la manifestazione di voto alla titolarità nominativa del credito.

Senza tacere che, nel caso in esame, non è neppure possibile distinguere tra una pluralità di crediti vantati dal medesimo soggetto, in quanto il credito della Banca (...) s.c.r.l. è unico e trae per intero origine da un medesimo rapporto di conto corrente. Il mancato raggiungimento della maggioranza prevista dalla legge non consente di omologare il concordato preventivo proposto da Im. s.p.a. e rende superflua ogni considerazione in punto fattibilità del piano. Le novità normative, sia con riferimento alle condizioni per l'ammissione alla procedura - si parla infatti di stato di crisi e non più esclusivamente di stato di insolvenza - sia con riferimento agli esiti possibili del giudizio di omologazione - non è più prevista, in alternativa alla sentenza di omologazione, la dichiarazione di fallimento - impongono la convocazione della società ricorrente in camera di consiglio al fine di accertare la ricorrenza delle condizioni per la dichiarazione di fallimento, ed a ciò si provvede con separato decreto di pari data.

Per ciò che concerne le spese, in ordine alle quali le parti non hanno formulato esplicite richieste, la novità delle questioni trattate e l'assenza di precedenti significativi ne giustifica l'integrale compensazione.

Quanto esposto in rapporto al carattere illecito del contratto di cessione impone altresì la trasmissione degli atti del presente procedimento alla Procura della Repubblica in sede.

**P.Q.M.**

Respinge la domanda di omologazione del concordato preventivo di Im. s.p.a.

## IL COMMENTO

**Pierpaolo Galimi**

dottore commercialista

**L**a legge 14 maggio 2005, n. 80, ha radicalmente innovato la disciplina del concordato preventivo infondendo all'istituto quello stesso respiro privatistico che del resto ha animato l'intera riforma del diritto concorsuale: l'intento del legislatore è stato infatti quello di concedere più spazio possibile alla volontà delle parti e all'autonomia privata; ciò ha prodotto come conseguenza diretta un ridimensionamento dei poteri del tribunale e una ridefinizione dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla proposta concordataria, in particolare nella fase di omologazione.

### Principali effetti della riforma sul giudizio di omologazione

In effetti, il giudizio di omologazione è stato radicalmente modificato dalla nuova disciplina, che ha concentrato l'intera normazione di questa fase in un unico articolo (art. 180 legge fall.), interamente riformulato, mentre è scomparsa la puntuale descrizione dei requisiti e delle condizioni oggetto del vaglio del tribunale nel giudizio di omologazione contenuta nell'art. 181 legge fall., oggi interamente dedicato alla chiusura della procedura.

Bisogna sottolineare come l'intervento del legislatore abbia suscitato già con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 numerose critiche<sup>(1)</sup>, e ciò a causa delle discrasie e delle incertezze interpretative determinate dalla tecnica legislativa utilizzata. La vecchia disciplina è stata novellata, norme e principi del tutto nuovi sono stati innestati sul precedente impianto legislativo spesso confliggente con gli stessi.

In particolare, l'eliminazione dei requisiti e delle condizioni dettagliatamente previsti dall'art. 181 legge fall. per il giudizio di omologazione ha aperto un acceso dibattito su quali siano i nuovi limiti del sindacato del tribunale rispetto alla proposta di omologazione. La posizione della dottrina prevalente è che esso, da strumento di valutazione del merito e della convenienza del concordato, sia diventato un momento di verifica formale delle maggioranze richieste e del deposito della documentazione necessaria<sup>(2)</sup>.

Il comma 4 del nuovo art. 180 legge fall. stabilisce infatti che «il tribunale, se la maggioranza di cui al comma 1 dell'art. 177 legge fall. è stata raggiunta, approva il concordato con decreto motivato». Questa in effetti è l'unica disposizione che tratteggia il tipo di controllo che il tribunale deve svolgere, per lo meno nell'ipotesi in cui i creditori non siano stati divisi in classi e non siano state presentate opposizioni. Dalla lettera della legge sembrerebbe dunque che in questo caso l'autorità giudicante debba limitare la sua verifica all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di concordato.

### Il mutamento delle regole processuali

La limitazione del controllo giudiziale di merito e la contemporanea crescita del ruolo dell'autonomia privata, nell'ottica di dare maggiore attuazione possibile alle scelte dei creditori, spiegherebbero anche il mutamento delle regole processuali contenute nell'art. 180 legge fall.: il giudizio di omologazione da giudizio di cognizione a contraddittorio eventuale è diventato giudizio camerale, formalizzato con decre-

(1) Cfr. P. Genoviva, «I limiti del sindacato di merito del tribunale nel nuovo concordato preventivo», in *Il Fall.* n. 3/2006, pag. 361.

(2) Cfr. S. Ambrosini, P.G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005.

to del tribunale che deve essere reso nel termine breve indicato dalla legge.

Tuttavia, sul punto sia in dottrina che giurisprudenza non si registra un orientamento uniforme<sup>(3)</sup>. Mentre infatti alcuni tribunali hanno accolto in sede di prima applicazione della riforma la lettura della maggioranza dei commentatori, altri hanno mostrato un atteggiamento conservatore giustificando di volta in volta la permanenza in capo all'autorità giudiziaria del controllo di merito attraverso argomentazioni diverse, facendo per lo più leva sul disposto di articoli non modificati dalla riforma, quali gli artt. 162, 173, e 177 legge fall.

### Il confronto tra due pronunce del Tribunale milanese

In questa disputa giurisprudenziale si inseriscono due importanti pronunce del Tribunale di Milano, che, decretando in merito a due richieste di omologazione, ha dettato alcuni principi centrali circa la limitazione dei poteri di controllo del tribunale, e ciò pur in assenza di un orientamento giurisprudenziale unitario all'interno della stessa Procura<sup>(4)</sup>.

Con il decreto 13 luglio 2006, n. 8698, il Tribunale milanese ha proceduto all'omologazione del concordato in oggetto limitando esplicitamente la sua indagine alla sola verifica dell'avvenuto raggiungimento delle maggioranze previste dalla legge; e ciò in assenza di opposizioni da parte di creditori dissenzienti o interessati, e in assenza di suddivisione di creditori in classi.

I giudici milanesi con questo decreto si sono pronunciati in modo particolarmente chiaro per quanto concerne i poteri di controllo spettanti al Tribunale in sede di omologazione, sostenendo che, qualora si sia in presenza di un quadro di generale consenso all'omolo-

gazione del piano concordatario, con parere favorevole del commissario giudiziale sulla fattibilità del piano stesso, e nel contempo, difettando la suddivisione in classi dei creditori e opposizioni, la verifica del tribunale deve essere limitata al raggiungimento della maggioranza prevista di cui all'art. 177, comma 1, legge fall.

In queste condizioni il giudizio di omologazione del concordato preventivo viene a corrispondere a quello previsto dall'art. 129, comma 4, legge fall. per il concordato fallimentare, e si atteggia a controllo di pura legittimità, riguardante cioè solo la regolarità della procedura e l'esito della votazione, non ravvisandosi tra l'altro «ragioni per disciplinare diversamente la stessa fattispecie, in procedure concorsuali aventi la stessa accentuata natura contrattuale e norme eguali o similari che le reggono».

Tuttavia, si prevede che costituisca causa ostativa all'omologazione la previsione del commissario giudiziale di una percentuale inferiore di soddisfacimento dei creditori chirografari, in quanto la riforma ha eliminato la soglia minima del 40 per cento e sulle percentuali, solo preventivamente indicate ma non garantite dal ricorrente e dal commissario giudiziale, è stato espresso voto favorevole dalla maggioranza dei creditori che ha così «accettato il rischio che la cessione dei beni del debitore dia esiti meno favorevoli rispetto a quelli prospettati nella proposta».

### Applicabilità del "cram down" e convenienza economica

Il Tribunale milanese individua poi un'unica ipotesi cui residua in capo all'organo giudicante il potere di compiere una valutazione di convenienza economica sul piano concordato proposto: si tratta dell'ipotesi prevista dalla seconda parte dell'art. 177, comma 2, legge

(3) Cfr. N. Nisovocchia, «Omologazione del concordato: i limiti dell'autorità giudiziaria», in *Diritto e Pratica del Fallimento* n. 1/2006, pag. 62, e (decreto) Trib. Prato 5 dicembre 2005, in *Il Fall.* n. 8/2006, pag. 942.

(4) Cfr. N. Nisovocchia, «Prevale la verifica del merito», e G. Negri, «Concordato preventivo in panne», in *Il Sole 24 Ore* del 29 settembre 2006.

fall., in cui è stabilito che per il solo caso in cui il concordato preveda la divisione dei creditori in classi e vi sia il dissenso di una o più classi, ma la maggioranza di queste abbia approvato la proposta di concordato, solo «in questo particolare caso, il tribunale, riscontrata la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177 legge fall., può (non deve) approvare il concordato qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative (non necessariamente fallimentari) concretamente praticabili».

Si tratta dell'istituto del *cram down* di origine statunitense<sup>(5)</sup>, unica ipotesi in cui residua in capo al tribunale un potere di intervento nel merito del concordato, da esercitare tra l'altro non nell'interesse di tutti i creditori dissenzienti, che comunque restano vincolati all'approvazione da parte della maggioranza, ma solo nell'interesse dei creditori appartenenti alle classi dissenzienti.

Analoga opinione è espressa nello stesso decreto di approvazione del concordato n. 19827/2006, oggetto del presente commento, dove si legge testualmente che «in presenza di classi, l'oggetto dell'indagine del giudice dell'omologa comprenda la verifica del raggiungimento delle maggioranze e che, a questa indagine formale, si possa aggiungere quella di merito consistente nel verificare la convenienza (*lato sensu*) della proposta per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti, il che dimostra che quando il legislatore ha inteso attribuire al giudice un controllo più ampio, qualunque esso sia, di quello limitato alla verifica delle maggioranze, lo ha espressamente detto, individuando l'oggetto e i destinatari dello stesso; e dimostra, al negativo, che quando, come in mancanza di divisione dei creditori in classi, non ha previsto un controllo di merito, richie-

dendo soltanto una verifica delle maggioranze, ha inteso restringere a questo oggetto l'attività giurisdizionale».

### L'opposizione all'omologazione

Caso differente è poi quello in cui intervengano nel procedimento di omologazione creditori dissenzienti o altri interessati che propongano opposizione all'omologazione.

L'art. 180, comma 2, legge fall. stabilisce che «il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti».

In questo caso si instaura il contraddittorio delle parti, in presenza del quale è stabilito che il tribunale «assuma anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie», al fine di verificare la fondatezza dei motivi dell'opposizione, così come disposto dal novellato art. 177, comma 4, legge fall.

Peraltro, nonostante i profili problematici sollevati dalla presenza di alcune incongruenze nelle norme novellate, si deve ritenere - ed è questa l'opinione espressa dallo stesso Tribunale milanese nel decreto in esame - che in presenza di opposizioni il *thema decidendum* venga definito attraverso la possibilità data agli interessati ed al giudice di svolgere attività istruttoria: cosicché il *petitum* richiesto da questi ultimi soggetti circoscriva il limite del controllo giurisdizionale<sup>(6)</sup>.

In merito a tale problematica, pronunciandosi *obiter dictum*, il Tribunale milanese li esemplifica, chiarendo che i motivi di opposizione da parte degli interessati potrebbero avere unicamente ad oggetto: la competenza

(5) Cfr. F. Santangeli, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, pag. 749.

(6) Cfr. G. Bozza, «L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)», in *Il Fall.* n. 9/2006, pag. 1070.

territoriale del Tribunale adito; la qualità di imprenditore commerciale "non piccolo"; il regolare svolgimento della procedura, in particolare le operazioni di voto; il raggiungimento della maggioranza di legge, contestando la legittimità o la validità del voto di alcuni soggetti; la fattibilità del piano, soprattutto nel caso in cui la relazione finale del commissario avesse espresso un parere negativo o avesse formulato motivate o documentate riserve.

In tutti questi casi è chiaro che il controllo del tribunale non potrebbe essere limitato ad una verifica "notarile" dell'avvenuto raggiungimento della maggioranza prescritta dalla legge «in quanto deve darsi carico dei singoli motivi di opposizione, senza però andare *ultra petita*». È quanto lo stesso Tribunale milanese compie nel decreto 18 luglio 2006, n. 8863, con cui viene rigettata la domanda di omologazione di concordato preventivo proprio sulla base dell'accoglimento dei motivi di opposizione sollevati dai creditori dissenzienti, i quali, nel caso di specie, hanno eccepito la nullità del negozio dal quale alcuni asseriti creditori avevano tratto la loro legittimazione al voto sul concordato preventivo.

### L'accertamento della validità del negozio

Proprio in tale sede il Tribunale ribadisce che, se normalmente l'art. 180 legge fall. attribuisce espressamente al collegio in sede di omologazione del concordato preventivo oltre che «l'accertamento sulla regolarità della procedura anche il controllo sul raggiungimento delle maggioranze», quando il tribunale sia investito di specifiche contestazioni «la verifica della maggioranza non può esaurirsi in un riesame solo formale e quasi notarile della correttezza dei calcoli effettuati dal giudice delegato», ma deve essere più penetrante e «spingersi ad accertare la validità del negozio dal quale gli asseriti creditori traggono la loro legittimazione».

Nel caso in esame, la cessione di quote sociali ad un prezzo notevolmente incongruo in rapporto al valore reale del bene, strumentale a far apparire esistenti crediti al solo scopo di condizionare l'esito della votazione, nonché l'identità della compagine sociale nella società debitrice ed in quella creditrice, sono stati giudicati dal Tribunale elementi tali da rivelare in modo univoco il carattere fraudolento della cessione che è stata dichiarata nulla *incidenter tantum* dal Tribunale, essendo il menzionato contratto di cessione la fonte della manifestazione del voto sulla cui legittimità l'organo giurisdizionale è stato chiamato a pronunciarsi.

### Considerazioni conclusive

In conclusione, da un'analisi attenta dei due decreti pronunciati dal Tribunale di Milano emerge un'interpretazione chiarificatrice delle discrasie presenti nella nuova normazione sul concordato preventivo in tema di limiti del sindacato del tribunale nel giudizio di omologazione che è di legittimità nei casi in cui non siano state formate classi di creditori e non sia stata proposta opposizione; di convenienza nel caso che il tribunale decida di applicare il c.d. *cram down*, giudizio esteso ai motivi eccepiti in caso di opposizione.

In complesso, dunque, la riforma ha operato una limitazione dei poteri complessivi del tribunale, che d'altra parte appare in sintonia con lo spirito privatistico che ha animato l'intera riforma della legge fallimentare.

Tuttavia, le diverse pronunce giurisprudenziali sul tema, comprese quelle non sempre uniformi della stessa Procura milanese, evidenziano il permanere di significative incertezze nell'applicazione della riforma del concordato preventivo e di difficoltà nell'individuazione dei nuovi limiti del sindacato di merito del tribunale in sede di omologazione.

