

## 6. CONCORDATO PREVENTIVO - Deliberazione dei creditori - Votazione - Creditori privilegiati

Caso

### ***Quali sono le ipotesi di valutazione del “merito” da parte del Tribunale, in particolare in sede di omologa del concordato preventivo?***

Con il nuovo concordato preventivo, il legislatore ha inteso rideterminare *in toto* i limiti del sindacato giurisdizionale sulla proposta concordataria ed in particolare nella fase preventiva di ammissibilità ed in quella conclusiva di omologazione. Questo spirito innovatore caratterizzato da orientamenti privatistici, prevede un limitato potere di valutazione da parte del tribunale, ai fini dell'ammissibilità alla procedura concordataria, cercando nel contempo di garantire non solo la tutela dell'interesse pubblico, da sempre perseguita nelle procedure concorsuali, ma anche la migliore soddisfazione possibile per i soggetti creditori

Come ricordiamo, la previgente disciplina era caratterizzata da poteri molto incisivi che facevano riferimento all'autorità giudiziaria, non solo nella fase di ammissione, ma anche durante lo svolgimento e nel giudizio finale di omologazione della procedura concordataria. In particolare si prevedeva che il controllo da parte del tribunale non poteva limitarsi al dato formale, ma doveva comprendere un attento esame del merito della proposta concordataria, al fine di verificare la rispondenza con i presupposti e le condizioni elencate nell'art. 160 l.f.; inoltre in sede di giudizio di omologazione era riconosciuto in capo al tribunale, nonostante il voto favorevole di tutti i creditori, il potere di non omologare il concordato e dichiarare d'ufficio il fallimento (Pagni, *Il procedimento di omologa*, in *il fallimento n. 9/2006*, 1076)

E' bene evidenziare che, per quanto il legislatore in sede di riforma, si sia ispirato a procedure sempre di stampo concorsuale, ma che le stesse fossero in grado di restituire alle imprese in crisi un nuova redditività e competitività, evitando però di trasformare tali procedure in eventuali accordi tra soggetti privati, che rappresentavano per l'imprenditore insolvente un ottimo pretesto per liberarsi, in breve tempo e con

**Caso 6**

l'appoggio di un organo giurisdizionale, di una gran fetta dei propri debiti.

Con la riforma si prevede invece che, una volta che il tribunale abbia proceduto alla verifica della completezza e regolarità della documentazione ai sensi dell'art. 161 l.f., dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo, ovvero in caso contrario, vale a dire di incompletezza della documentazione, dichiarata l'inammissibilità della proposta. Il sindacato dell'autorità giudiziaria in tale fase, secondo il disposto del legislatore riformatore, si esaurisce in una verifica di completezza e di regolarità di documentazione, quindi di pieno riscontro formale e non sicuramente un accertamento di tipo cognitorio del merito della documentazione allegata alla domanda. Per comprendere meglio la reale natura della valutazione fatta dall'organo giurisdizionale in merito alla completezza e regolarità della documentazione prevista dall'art. 161 l.f., è necessario distinguere la documentazione di tipo analitico – contabile, che deve essere depositata presso il tribunale dalla relazione del professionista, che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Proprio in merito alla relazione redatta dal professionista, ci si chiede che ruolo gli viene riconosciuto al tribunale di fronte a tale relazione, in particolare se sia previsto un controllo solo di tipo "formale", vale a dire solo di corrispondenza dei dati, ovvero gli vengano riconosciuti poteri più penetranti e quindi possa sindacare in merito alla completezza e attendibilità delle valutazioni fatte dall'esperto in merito alla veridicità del piano nonché alla concreta fattibilità. Tale problematica è stato oggetto di vivo dibattito a cui hanno fatto seguito due diversi orientamenti: un primo filone osserva che, prevedendo il legislatore che a supporto di tale relazione anche il deposito di tutta la documentazione di tipo economico-patrimoniale-finanziario, ciò non può che far pensare che con essa il tribunale abbia tutti gli elementi per valutare la vera fattibilità e serietà del piano alla luce dei contenuti della documentazione prodotta; al contrario c'è chi ritiene che al tribunale venga negato tale potere investigativo, in quanto tale riscontro della relazione con la documentazione, viene effettuato a norma dell'art. 172 l.f. dal commissario giudiziale, in quanto quest'ultimo è obbligato a redigere una relazione dettagliata, avente ad oggetto le proposte di concordato in prospettiva di una maggiore

informativa ai creditori prima delle votazioni e segnalazione al tribunale in mancanza delle condizioni previste.

Quindi all'autorità giudiziaria, c viene di fatto preclusa la possibilità di un'indagine sostanziale sul merito della proposta, ed in particolare sulla concreta realizzabilità del piano, salvo piccole eccezioni ben delimitate ed individuate dal legislatore. Conferma di quanto detto la si ritrova in alcune pronunce giurisdizionali come ad esempio, Tribunale di Taranto (in *Diritto Fallimentare*, 2006, 99) dove si è decretato che al tribunale gli viene concessa solo la verifica di tipo formale del raggiungimento delle maggioranze ex art. 177 l.f. senza altro sindacato di merito; nonché Tribunale di Como (in *il fallimento*, 2006, 287); dove si prevede che il consenso dei creditori rappresenta l'unico oggetto di giurisdizionale in sede di omologa alla luce della prevalenza della natura contrattuale e privatistica che pone al centro di tutto la volontà delle parti. Diverso orientamento lo ritroviamo in altre pronunce, come ad esempio Tribunale di Sulmona che con pronuncia del 06/06/2005 ha statuito la possibilità per il tribunale di pronunciarsi sulla fattibilità del piano e sulle attestazioni di veridicità dei dati aziendali, in quanto l'autorità giudiziaria non può limitarsi ad un mero controllo formale, anzi è prevista la possibilità di nominare un consulente tecnico nella fase istruttoria, tale che possono emergere elementi di tipo tecnico che mettano in dubbio la veridicità dei dati; ed inoltre Tribunale di Salerno (in *Diritto Fallimentare*, 2006, 171); che ha sottolineato il dovere del tribunale di procedere ad una verifica della fallibilità e convenienza del piano proposto ai creditori. (Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *fallimento* n. 9/2006, 1021).

Seguendo la legge, vediamo che una volta avvenuta la votazione, il tutto viene rimesso all'approvazione del tribunale per il giudizio di omologazione, ossia quel procedimento di tipo camerale tramutatosi con la riforma da uno strumento di piena valutazione del merito e della convenienza del concordato ad una verifica di tipo formale del raggiungimento delle maggioranze richieste e deposito della documentazione necessaria. Si sottolinea peraltro che con la riforma del diritto concorsuale il legislatore ha previsto un ampio utilizzo dei procedimenti cd. camerale, ossia quei giudizi di tipo non contenziosi, caratterizzati dall'emissione di provvedimenti privi di attitudine al

## Caso 6

giudicato. Vediamo però che con il passare degli anni questi giudizi sono stati identificati come dei “contenitori neutri” e quindi utilizzabili anche in determinati procedimenti contenziosi, i quali presentino la necessità di essere sottratti alle lungaggini solite del processo ordinario per ragioni di interesse pubblico, nonché caratterizzati da celerità e speditezza. (Bozza, *Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio, in il fallimento*, 2006, 1328)

Tuttavia, sotto un profilo strettamente processuale, è interessante notare il cambiamento di rotta da parte del legislatore per quanto riguarda il provvedimento finale di omologa del concordato, infatti a differenza della previgente disciplina dove si prevedeva che il procedimento di omologazione si concludeva con sentenza, oggi si prevede il decreto motivato. E' difficile immaginare come un provvedimento giurisdizionale come il decreto, ossia modificabile e revocabile e non idoneo a formare giudicato, possa essere utilizzato per l'approvazione di tale procedura concordataria. A mio avviso il problema va risolto tenendo presente non solo l'esigenza dei requisiti caratterizzanti i procedimenti camerati, ossia la celerità e speditezza della procedura e dell'istruttoria, nonché il carattere privatistico a cui è orientato il concordato, che può giustificare anche l'ipotesi in cui in decreto motivato come provvedimento di omologazione possa avere valore di sentenza incidente sui diritti soggettivi coinvolti.

Come abbiamo già accennato, risulta abbastanza pacifico il fatto che un controllo di tipo sostanziale da parte del tribunale viene effettuato nell'ipotesi in cui il piano di risanamento preveda la suddivisione in classe dei creditori. In tale ipotesi, infatti, il sindacato di ammissibilità dell'organo giurisdizionale deve verificare con rigore la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, secondo quanto disposto dall'art. 163 l.f., in quanto ciò può pesantemente influenzare le sorti della votazione e di conseguenza può pregiudicare la stessa approvazione del concordato.

Ci accorgiamo che il legislatore, se da un lato ha inteso delineare una nuova figura processuale della fase di omologazione, dall'altro è intervenuto anche sotto un profilo squisitamente sostanziale, limitando l'autorità giudiziaria ad un controllo di tipo solo formale, ed in particolare

solo nel caso in cui non siano state raggiunte le maggioranze dell'art. 177 l.f..

Tuttavia, l'ipotesi di valutazione del merito da parte del tribunale possono riguardare solo la formazione di classi, ma allo stesso tempo ci accorgiamo che il legislatore introducendo questa rilevante novità nel concordato preventivo, non ha inteso disciplinare le modalità ed i criteri della formazione in classi dei creditori, ciò significa che il debitore ricorrente, in caso di proposta con divisione in classi dei creditori, dovrà indicare i criteri adottati e i motivi di eventuali trattamenti differenziati.

Il problema è vedere in cosa realmente consiste questa valutazione di convenienza da parte del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo. Innanzitutto la prima ipotesi in cui il tribunale esercita tale potere è il caso in cui il piano concordatario prevede la suddivisione di diverse classi per i creditori, e nel caso in cui sia stata raggiunta la maggioranza semplice, vale a dire quella del valore complessivo del credito, il tribunale può approvare la proposta di concordato, nonostante il dissenso di una o più classi qualora ritenga che i creditori appartenenti alla classe dissenziente possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili ossia il c.d. cram down (Santangeli, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006). Tale potere così penetrante del tribunale viene visto come una valutazione molto complessa, in quanto l'organo giurisdizionale in tale ipotesi esercitando il massimo dei poteri di accertamento che la legge gli attribuisce, deve realizzare un soddisfacimento per i creditori delle classi dissenzienti in misura non inferiore rispetto ad alternative concretamente praticabili, quali ad esempio una procedura d'esecuzione individuale o fallimentare, tenendo conto in ogni caso di alcuni elementi ben distinti tra loro, quali ad esempio l'eventuale attivo realizzabile, la massa passiva, nonché tutta la documentazione acquisita in sede di istruttoria. (Alessi, *Il nuovo concordato preventivo, in il diritto fallimentare delle società commerciali*, 2006, 1150). Infine si osserva che, se da un lato si esalta questo nuovo carattere privatistico della procedura concorsuale in commento, dall'altro il legislatore attribuendo in capo al tribunale questo penetrante potere discrezionale ha inteso rimarcare lo stampo pubblicistico, classico della disciplina concorsuale, dove il diritto del singolo creditore può essere sacrificato in vista di interessi cd. pubblici,

**Caso 6**

quale può essere il salvataggio in extremis di un impresa di in crisi che potrebbe intaccare il buon andamento del mercato.