



TRIBUNALE DI MONZA

Sezione III Civile

Fallimentare

Il Collegio, riunito in camera di consiglio in persona dei sigg. magistrati:

- 1) Dott. Alida Paluchowski Presidente rel.
2) Dott. Caterina Giovanetti Giudice
3) Dott. Federico Rolfi Giudice

oggi 29.06.2010 ha emesso il seguente

DECRETO

Visto il ricorso per l'ammissione del concordato preventivo ex art. 160 e ss. della legge 16 marzo 1942 n. 267, così come modificata dall'art. 2 della legge di conversione del decreto 35 del 2005, n. 80/2005, presentato in data 12.06.2009 da I. D. P. nella sua qualità di legale rappresentante di P. C. E. S.R.L., con sede Monza Via C. n. 2, CF, elettivamente domiciliata in Monza Via S. n. presso lo studio dell'avv. To F. S. che la difende e rappresenta unitamente all'avv. To D. R. del foro di Bergamo;

Esaminato il decreto di ammissione alla procedura emesso in data 15-16 luglio 2009 con il quale il Tribunale nominava giudice delegato la dott. Alida Paluchowski e commissari il dott. E. B. e dott. F. B.;

Esaminato il verbale dell'udienza ex art. 173 tenutasi il 1.12.2009 ore 16, presa visione del verbale dell'adunanza successivamente tenutasi il 18 marzo 2010 ed il successivo provvedimento 15.04.2010 con il quale si dava atto delle maggioranze raggiunte nei 20 giorni successivi;

Preso atto che il concordato ha raggiunto e largamente superato la maggioranza di legge (10.255.929.96) attinente il capitale ammesso al voto

1

(capitale pari ad euro 20.109.666,59) avendo votato creditori ammessi al voto per complessivi euro 1.506.395,75 in sede di adunanza e successivamente ulteriori 12.473.994,14. per un globale di euro 13.980.390,41 di cui favorevoli euro 13.793.942,90.

Visto il medesimo provvedimento con il quale il Tribunale di Monza ai sensi dell'art. 180 ha fissato l'udienza camerale del 18.05.2010, per il giudizio di omologazione.;

Constatato che il menzionato provvedimento è stato pubblicato con le formalità dell'art. 17 l.f. e notificato ai creditori dissenzienti nel termine di legge del 28.04.2010, come disposto dal Tribunale;

Preso atto che i commissari hanno depositato il loro parere definitivo in data 07.05.2010 esprimendosi positivamente, pur richiamando la necessità di deposito delle garanzie sotto forma di cambiali ipotecarie, come emerso in sede di integrazione della domanda nel procedimento ex art. 173 l.f. ed hanno rettificato la prospettiva di fattibilità della proposta fatta ai creditori indicando una ragionevole percentuale del 13,59, invece del 14,85, quale emergeva in sede di integrazione della proposta;

Rilevato che in data 7.maggio 2010 si è costituita la Banca ~~Popolare della Valle Romagnola~~ s.c., cd. ~~la~~ la quale si è opposta alla omologa del concordato in oggetto;

Preso visione dell'esito della udienza camerale di omologa 18.05.2010, svoltasi nel contraddittorio delle parti costituite, che ha assegnato alla opponente ed alla concordataria termine per il deposito di memorie e documenti, in correlazione anche con le osservazioni che i commissari avevano svolte nel loro parere;

Riscontrato il parere positivo del pubblico Ministero presente all'udienza camerale ex art. 180 l.f. il quale non ha preso opposizione in ordine alla opposizione ma in caso di suo rigetto ha concluso per l'omologa del concordato;

Dato atto che la società concordataria ha depositato le garanzie nel termine prefissato, allungatosi solo a causa dei tempi tecnici necessari alla

conservatoria per l'annotazione sulle cambiali dell'ipoteca (cfr dichiarazione dei commissari in atti)

tutto ciò premesso il Collegio

OSSERVA :

Ritenuto che questo Tribunale sia competente in quanto la sede sociale della P. si trova in Monza Via C.;

Considerati sussistenti i presupposti di legge, poiché P. è società sottoponibile a Fallimento avendo un passivo che supera molte volte la soglia dei 500.000 euro ed un attivo che oltrepassa, anch'esso plurime volte la soglia dei 300.000 euro, e si trova in una situazione di crisi e di insolvenza

conclamata (cfr. decreto di ammissione pag. 2, ove si rileva che la società è nell'impossibilità di finanziare una qualunque delle necessarie fasi di lavorazione, inoltre non godeva più della fiducia del ceto bancario che ha intimato il rientro e stava aggredendo il patrimonio destinato ai creditori);

Rilevato che la proposta originaria si basava su di un piano che si articolava nella cessione dei beni ai creditori, beni costituiti perlopiù dal patrimonio immobiliare della società, in parte già terminato ed in parte in fase di costruzione, per un attivo quantificato in € 24.164.644,45. Tale cessione avrebbe dovuto far fronte ad un passivo che nella situazione patrimoniale aggiornata ammontava ad euro 30.730.640,99. Il residuo, una volta pagati i crediti privilegiati integralmente quelli prededucibili, avrebbe dovuto consentire la soddisfazione dei creditori chirografari, tutti, nella percentuale paritetica del 33,25%. I tempi di realizzo iniziale erano stati indicati, nella memoria integrativa depositata in un anno.

Il provvedimento di ammissione veniva pronunciato il 15 luglio e depositato lo stesso giorno, al fine di evitare il probabile consolidamento di ipoteche che gli istituti di credito avevano iscritto sui beni della concordataria. Per questa ragione in sede di ammissione, il decreto evidenziava che vi erano ancora elementi incerti ed aleatori nella proposta, che sarebbero stati valutati criticamente dai creditori e rispetto ai quali il commissario avrebbe dovuto effettuare una serie di controlli che sarebbero stati sia contabili che.

comparativamente, di merito, come per altro sempre avviene per prassi e per disposizione piuttosto chiara della norma.

Tale attività di controllo ed esame determinava la presentazione come si è già visto più sopra di una istanza ai sensi dell'articolo 173 della legge fallimentare da parte dei commissari in data 17 novembre 2009, a seguito della quale intervenivano molteplici chiarimenti ed iniziava più proficuamente una collaborazione tra i commissari, gli organi sociali e la loro difesa. A seguito di essa interveniva una modifica integrativa e di chiarimento della domanda di ammissione al concordato preventivo, presentata dalla società concordataria in data 22 dicembre 2009, (a verbale dell'udienza ex art. 173 l.f.).

Con essa la società, prendeva atto dei rilievi contenuti nella relazione dei commissari e chiariva ed integrava la domanda per proporre una soluzione alle problematiche connesse alla valutazione degli immobili sociali ed alla presenza di contratti preliminare di compravendita immobiliare non eseguiti nonché alle azioni svolte ai sensi dell'articolo 2932 codice civile da alcuni dei commissari acquirenti degli immobili stessi. La stessa concordataria riferiva di avere avuto la convinzione che, nonostante manchi nella disciplina del concordato preventivo il richiamo formale all'articolo 72 della legge fallimentare, ugualmente la vicenda concordataria non potesse considerarsi neutra rispetto ai contratti preliminare in corso di esecuzione, ritenendo equiparato al concordato preventivo del costruttore il fallimento dello stesso, in relazione agli effetti sui contratti relativi agli immobili da costruire. Ciò nasceva dalla equiparazione fra il vincolo definito "pignoratizio" sul patrimonio di cui all'articolo 45, ora richiamato nel 169 del legge fallimentare ed ulteriormente era stato determinato in considerazione della applicabilità della legge 2 agosto 2004, numero 210 sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire. La società riteneva che le situazioni di crisi cui faceva riferimento l'articolo due, comma primo lettera C) della legge delega e l'articolo uno lettera C) del decreto legislativo, si dovessero identificare nella composizione del bene ad esecuzione immobiliare, al fallimento, all'amministrazione straordinaria, alla liquidazione come amministrativa ed al concordato preventivo. Ciò era confermato dall'articolo tre del decreto legislativo numero

alla traslazione della proprietà a suo favore, circostanza di cui concordato avrebbe dovuto tenere conto.

Per quanto atteneva il terzo gruppo (Immobiliare V. R. C. M. F. e S. L.) riferiva che la immobiliare aveva rifiutato di partecipare al rogito notarile e aveva consegnato un acconto prezzo con assegno risultato scoperto e protestato, per cui l'impegno nei suoi confronti non veniva più ritenuto valido ed efficace, per i tre contratti nei confronti di R. C. e M., rilevava che i promissari avevano deciso di recedere dai contratti preliminari provocando la cessazione dell'efficacia obbligatoria del rapporto, analoga sorte per il rapporto F., avendo il medesimo dichiarato di intendere risolto il contratto e rinunciata ogni pretesa derivante dal preliminare stipulato.

Per l'ultima posizione, S. L., le parti avevano raggiunto un'intesa per la risoluzione consensuale del contratto senza pretese da parte del promissario acquirente.

Per quanto atteneva la situazione della valutazione del patrimonio attivo della società la stessa riteneva di allinearsi alle posizioni dell'ufficio commissariale pur ritenendo che la valutazione fosse eseguita per un valore presumibilmente inferiore a quello reale di mercato.

Per quanto atteneva le immobilizzazioni finanziarie riferiva che in questa voce erano compresi titoli costituiti in pegno a garanzia del finanziamento della società "M.", e gli strumenti finanziari per complessivi euro 210.000 a garanzia delle esposizioni bancarie della società, messe a disposizione dal socio signor I. P., per effetto della sottoscrizione della memoria integrativa del concordato, il quale metteva a disposizione inoltre la partecipazione nella società 2. alla quale era stato convenzionalmente attribuito il valore di € 30.000 in virtù della proposta irrevocabile di acquisto della medesima che lo stesso socio aveva formulato e confermato sottoscrivendo la memoria.

Per quanto atteneva il passivo, pur ritenendo che i fondi rischi accantonati dalla procedura fossero eccessivi per le cause in corso, la società li recepiva comunicando comunque che prima dell'udienza definitiva di omologa avrebbe

proceduto alla transazione del maggior numero possibile di liti, attività nella quale lo stesso signor P... socio, si impegnava personalmente.

La società inoltre, affermava di riconoscere il privilegio a quegli istituti che avevano iscritto ipoteca che si era consolidata prima del deposito del ricorso per concordato preventivo e contestava invece la posizione dell'odierna opponente ..., la cui ipoteca era stata iscritta dopo la presentazione della domanda, cercava di ridurre anche la posizione della Cassa ... la cui posizione non si era consolidata ed era suscettibile di revocatoria, così pure la banca ...

Per quanto riguardava infine il passivo rilevava che nei confronti dei fornitori aveva espunto le somme per le quali aveva ottenuto una dichiarazione di postergazione per un totale di 1.477.667,00 di chirografo oltre euro 294.652,80 di privilegio. Riferiva di avere ottenuto una ulteriore dichiarazione di postergazione della società 2... s.r.l., che rendeva maggiormente conveniente il concordato.

Ricalcolando pertanto la situazione concordataria affermava che ai chirografari poteva essere distribuita una percentuale del 10,46%, suscettibile di miglioramento all'esito delle trattative in corso, indicate in narrativa, con i promissari, le banche ed in forza di ulteriori postergazioni che essa intendeva procurare. Ad ulteriore integrazione si doveva annoverare l'impegno di rinuncia alla rivalsa nei confronti della procedura per le somme pagate quale garante nei confronti degli istituti di credito dal socio P..., il suo impegno di acquistare la partecipazione nella 2... per € 30.000, oltre all'impegno dal medesimo profuso nelle trattative per ridurre il passivo.

La modifica alla proposta iniziale, è stata valutata positivamente sia dai commissari che dal Tribunale, il quale ha rigettato il ricorso all'articolo 173, con provvedimento 26.01.2010, fissando la nuova adunanza del 18.03.2010, nella quale si sono svolte le già descritte operazioni di voto.

-Risulta evidente che la proposta contenuta nella memoria citata della concordataria non è una nuova proposta ma è semplicemente una integrazione di quella precedente, per consentire alla stessa di giungere all'adunanza dei creditori con il parere positivo dei commissari giudiziali, superando in parte le

criticità ed in parte gli equivoci che erano sorti con il team commissariale. La medesima infatti è sempre la stessa proposta di pagamento dei creditori tramite la cessione del patrimonio costruito ed in costruzione della società in crisi, cui sono state aggiunte, in via assolutamente secondaria ed integrativa alcune garanzie, ad esempio per il valore di acquisto della partecipata D. per € 30.000, la mancata rivalsa del socio per le garanzie adempite fuori dal concordato, la ricerca di una composizione delle liti pendenti con i promissari acquirenti, ulteriori garanzie che rendessero conveniente rispetto al fallimento il concordato, assecondando così le osservazioni della relazione 172 dei commissari (rese dalla Commissione R.).

. La natura della prestazione principale che "contrattualmente" la P. offre ai suoi creditori è la stessa, inizialmente indicata, con aggiustamenti integrativi minimi che non modificano certamente la sua natura.

Ciò è perpepibile *ictu oculi*, ed è evidente che l'espressione utilizzata da uno dei due commissari nello scrivere la lettera, prodotta quale documento quattro dall'opponente datata 29 gennaio del 2010, è un mero *lapsus calami*, che non si è mai più ripetuto, ma che non è mai stato condiviso dal tribunale come emerge dal suo provvedimento di fissazione della adunanza dei creditori (datato 26.01.2010, a seguito di riserva assunta il 19.01.2010 ove si afferma che è stata esaminata "la modifica della originaria proposta concordataria") infine come è logicamente desumibile dalla modesta modifica ontologica delle modalità di adempimento.

Rileva in ogni caso il collegio che quando la parte non rinuncia alla proposta, ma vi apporta esclusivamente delle modifiche integrative che rientrano nella medesima logica inizialmente adottata per l'uscita dalla crisi dalla società proponente, non può legittimamente parlarsi di "nuova proposta". Anche in dottrina infatti si è più volte rilevato come la nuova proposta possa, eventualmente, individuarsi, quando le modifiche sono tali da incidere sulla natura del contratto-accordo offerto ai creditori, quando cioè dalla cessione di beni si passi alla prosecuzione dell'attività o viceversa, quando dalla cessione dei beni si passi all'assegnazione di quote o azioni, in altre parole quando la logica di superamento e di soluzione della situazione di crisi o di insolvenza

nella quale versa la società muta il suo indirizzo. Appare dubbio che si tratti di una nuova proposta persino quando la originaria proposta viene sottoposta a classamento in precedenza non esistente, se il contenuto della condotta che la debitrice si impegna ad assumere nei confronti dei creditori, ristrutturazione o liquidazione, non muti; l'unico elemento che logicamente può fare propendere per la novità della domanda è la considerazione che suddividendo il ceto creditori in classi dopo l'ammissione, si potrebbe inibire al tribunale il preventivo controllo in ordine alla legittimità della formazione delle stesse, anche se il controllo in tal caso è compiuto dal Tribunale nella disamina della proposta integrativa, unitamente ai commissari ed al medesimo fine che la legge persegue con il 163 c.p.c..

Tale evento, pacificamente, nella situazione all'esame del tribunale non si è verificato, quindi non avrebbe alcuna ragione d'essere la rinuncia alla domanda, la ripresentazione di una nuova proposta, la rinnovazione dell'attestazione, poiché gli aggiustamenti proposti, per lo più da intendersi nell'ambito della integrazione di garanzie e della maggiore collaborazione tra la compagine sociale ed i commissari, non incidono in alcun modo sulla natura sostanziale della proposta e non necessitano di alcuna rinnovazione dell'attività di attestazione, che ben può essere surrogata in questa fase dagli accertamenti dei commissari, idonei anche essi a fornire un'informazione equilibrata e simmetrica ai creditori. Si reputa pertanto che nessun vizio capitale affligga la domanda in questo senso.

L'unico evento positivo (ex latere opponentis) che la rinuncia e riproposizione successiva di alcuni mesi della proposta di concordato determinerebbe, sarebbe quello di far considerare privilegiato il credito della opponente che, per mere ritardo nel reagire alla crisi del proprio cliente, rispetto ad altre banche, si trova sprovvista di qualunque posizione di prelazione, avendo trascritto ipoteca dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato, come si è già detto.

Chiarito, pertanto, che non si viene in ipotesi di nuova proposta, va esaminata anche la nutrita difesa dell'opponente in ordine alla inammissibilità della proposta di concordato originaria e quindi alla supposta illegittimità del provvedimento di ammissione del 15 luglio 2019.

Il lodevole sforzo difensivo che la banca ha profuso per giungere, in un senso o nell'altro, a rimuovere il decreto di ammissione che, attraverso il ricongiungimento previsto dall'articolo 168 tra l' ammissione e la presentazione della domanda, fa sì che, dalla data della presentazione del ricorso e fino a che decreto di omologazione diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione, non possono sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore e non possono acquistare diritti di prelazione che abbiano efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia, ovviamente, l'autorizzazione del giudice delegato nei casi previsti dall'articolo 167 della legge fallimentare, è comprensibile ma non condivisibile, per molteplici ragioni.

La banca, in funzione del risultato difensivo che persegue ha sollevato una serie di critiche al provvedimento di ammissione che si incentrano sulla asserita carenza nello stesso dei requisiti di ammissibilità:

- per il recepimento acritico del piano da parte dell'attestatore e la sua accettazione da parte del tribunale;
- Per la violazione della par condicio che si verificherebbe quando i debiti postergati votano insieme a quelli ordinari, seppure vi era la declaratoria di non voler esercitare il regresso da parte del socio garante;
- per la presenza di garanzie collaterali in favore di altre banche rispetto alla opponente ;

In generale , poi, la banca lamenta che il Tribunale ha proceduto ad un vaglio insufficiente della proposta al momento dell'ammissione, sposando per l'occasione una tesi difensiva che propugna l'obbligatorietà di un intervento di profonda analisi e ingerenza del Tribunale in sede di ammissione della proposta.

In proposito va detto che questo Tribunale si è tendenzialmente pronunciato, come la difesa della banca ben sa, avendo riportato i provvedimenti dallo stesso emessi , per una tutela del ceto creditorio intensa , pur essendo consapevole che la riforma è caratterizzata da una volontà di favorire i creditori grandi e "forti", nel pur comprensibile intento di trasferire su di essi l'onere di risolvere la problematica della crisi d'impresa, perseguendo

l'altrettanto consequenziale scopo di sollevare dal relativo onere economico la compagine pubblica in genere e l'esecutivo in particolare.

Per quanto attiene il controllo del piano si tratta di un punto nodale della riforma sul quale sono corsi fiumi d'inchiostro e si sono formati almeno tre orientamenti nella giurisprudenza di merito. Questo tribunale da tempo ha assunto una posizione intermedia, non reputando, in sede di ammissione, di poter entrare in profondità nel merito dello stesso elaborato e della sua fattibilità in termini generali, sia perché il giudice di regola è parzialmente privo delle cognizioni tecniche necessarie, sia perché la fase di ammissione, estremamente celere prevista dalla riforma, non pare possa consentire l'inserimento di fasi incidentali come le perizie di indagine o ricostruttive. Ciò però non significa che il tribunale debba, senza alcun controllo, ammettere qualunque impresa purché abbia presentato materialmente un piano ed una relazione (o meglio abbia depositato due documenti aventi tale denominazione). Esso, dovendo eseguire un controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti per la domanda di concordato, di cui all'art. 160, 1 e 2° co., e di cui al 161, (che il decreto correttivo ha promosso tutti a presupposti) deve ovviamente accertare la completezza (e la conseguente esaustività della documentazione,) ma non certo in termini di "conteggio" notarile dei documenti, pertanto può e deve riscontrare negativamente l'esistenza di un piano che sia immotivato ed apodittico, chiedendone, se lo reputa possibile, l'integrazione, ed in caso di omissione può pronunciare l'inammissibilità. Può altresì rifiutare un piano incomprensibile in termini generali, od incoerente tra le premesse e le conclusioni, in quanto non idoneo a consentire la legittima formazione del consenso dei creditori (cfr. Trib. Prato 6 dic. 2005, Fall., 2006, 942). Tutte ipotesi che nel caso in esame non sussistevano. Il piano era semplice ma logico, trattandosi di un piano di cessione di cantieri in parte terminati in parte in costruzione, la cui astratta alienabilità era certa, anche tenendo conto che all'atto dell'ammissione la situazione di contrazione del mercato immobiliare era decisamente meno accentuata di quanto non possa sembrare ora ed era supportata generalmente da previsioni di ripresa abbastanza buone.

Analogamente delicata è la questione relativa alla possibilità, da parte del tribunale, in sede di ammissione alla procedura, di esaminare nel merito la relazione del professionista. In verità, non sembra che la contrattualizzazione delle procedure inibisca completamente l'analisi del merito da parte del giudice che è coinvolto solo quale garante di legalità e risolutore di ben definiti conflitti all'interno della legge fallimentare. La relazione deve contenere le attestazioni di veridicità e fattibilità del piano, quindi un mero atto di fede del professionista, per quanto qualificato possa essere, non è sufficiente a supportare e corredare informativamente il piano. Ciò spiega perché le relazioni basate solo su considerazioni apodittiche, prive di giustificazioni sostanziali legate alla disamina e alla valutazione degli elementi oggettivi della fattispecie, non possono essere considerate in concreto quale documentazione idonea, regolare e completa. La mancata integrazione o la integrazione insufficiente della relazione impedisce, poi, l'apertura della procedura per mancanza di un requisito del 160 lf., in quanto la domanda di concordato deve essere corredata da un piano comprensibile e il piano è comprensibile nella misura in cui lo è la relazione di attestazione che ne costituisce la chiave di lettura ed interpretazione.

Se è vero che l'attestazione non può fermarsi a riscontri superficiali e formali, se è vero che deve confermare la veridicità dei fatti e dati posti a base del piano stesso, il tribunale non può accettare in sede di ammissione attestazioni incomprensibili, aleatorie o prive di contenuto sufficiente. L'attestazione di fattibilità esplica una influenza fondamentale sulla formazione del consenso dei creditori, per questo deve consentire di ricostruire il proprio *iter* logico ed argomentativo nonché l'entità e serietà dei controlli che sono stati eseguiti (cfr. C. App. Torino 19.06.2007, in Fall., 2007, 1315). Se tali elementi mancano, la domanda non è corredata da una relazione e da un piano idonei e quindi è legittimo dichiararne l'inammissibilità. Tutto ciò come si è visto non comporta la necessità di effettivi controlli di merito, ma solo l'accertamento della comprensibilità logica del piano, della enunciazione del procedimento utilizzato dall'esperto per esprimere il suo giudizio prognostico favorevole e dell'adeguatezza, secondo standards riconosciuti, dei controlli tecnici eseguiti

(cfr. Trib. Milano 9.02.2007. Fall. 2007. 1218) . Non vi è alcun dubbio però che il controllo tecnico contabile, previsionale, di mercato e quant'altro, spetta esclusivamente al commissario giudiziale dopo l'ammissione, poiché egli ne ha le capacità tecniche e perché questo è il suo compito istituzionale.

Ora nel caso in esame vi era logicità della proposta tra le premesse e le conclusioni, poiché il piano di cessione dei cespiti era elementare ed astrattamente esso era fattibile, come lo è pressoché qualunque alienazione di beni appetibili sul mercato quali erano quelli della ~~P...~~ complessi residenziali posti in luoghi interessanti e remunerativi. Solo una analisi approfondita sul campo poteva evidenziare le eventuali lacune o imprecisioni o la necessità di garanzie aggiuntive ed essa è stata demandata al commissario.

Non si ravvisano perciò le lacune di indagine che la difesa della banca invoca al momento dell'ammissione, che è stata invece caratterizzata (pur nella celerità imposta dall'imminenza del consolidarsi di alcune ipoteche,) dalla individuazione di alcuni temi di indagine da affidare sotto il profilo del necessario approfondimento al commissario, come è naturale che sia (l'influenza sul complesso dell'operazione della cessione di parte del patrimonio prima del concordato, al fine di ottenere un soggetto che accollasse i debiti verso ~~...~~ e ~~...~~, la valutazione comparativa tra le soluzioni alternative e quella concordataria e la convenienza della proposta , nonché la disamina degli aspetti di fattibilità che presentavano delle criticità tecniche che il giudice non era in grado in poco tempo e senza ausili di chiarire). Risulta perciò ad un esame ispirato alla filosofia tenuta sempre da questo tribunale, che l'ammissione e la fattibilità sono state indagate nella misura concessa dalla legge che non è identica a quella presente prima della riforma del 2005 e del 2007, che la banca sembra rimpiangere.

Le ulteriori due ragioni di doglianza meritano una disamina breve ma chiaramente impostata, alla luce dei principi che questo decidente ha sempre adottato e che in questa sede intende primare sino alle logiche ed estreme conclusioni.

-Il tema del voto dei postergati all'interno dell'unica classe predisposta, sollevato dalla banca, tende ad affermare che gli stessi non potevano votare

unitamente agli altri creditori ed appare suggestivo alla luce della decisione della Suprema Corte n. 2706 del 4 feb. 2009 la quale ha affermato che ove i postergati siano soci finanziatori che hanno effettuato il finanziamento nell'ultimo anno ed in epoca in cui la società era già insolvente, non possono essere inseriti in un piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari, violando tale collocazione la necessaria omogeneità degli interessi economici alla cui stregua ex art. 160 primo comma lettera c vanno formate le classi. Osserva il collegio che effettivamente nel concordato in esame, dopo la integrazione della proposta ai sensi dell'art. 173 l.f. esperito dai commissari si è evidenziata una situazione nella quale un socio, ha acquistato numerosi crediti per favorire la conclusione del concordato, per un totale, alla fine dell'operazione di euro 2.949.703,27. Egli ha votato, determinando il raggiungimento di una maggioranza di 13.793.942,90 euro. Correttamente, però, la sua posizione di interesse avrebbe legittimato la suddivisione in una classe a parte, non essendo ciò avvenuto, perché non è stato offerto dalla società, né è stato raccolto il suggerimento in tal senso in varie occasioni formulato dal Tribunale, occorre inertizzare tale voto nel computo della maggioranza, accertando se la stessa si sarebbe ugualmente raggiunta anche se tali voti, "interessati particolarmente" e non omogenei a quelli degli altri creditori, non fossero stati manifestati. Va ricordato infatti che la decisione maggioritaria produce lo stesso effetto per tutti i votanti, quando rispetto ad essa tra essi esiste un interesse comune, che giustifica la soggezione della minoranza dissenziente alla volontà maggioritaria. Se tale interesse comune non sussiste, perché il voto è inquinato da un interesse atipico e potente di alcuni dei votanti, si legittima la sterilizzazione del loro voto, come avviene nelle assemblee di società per azioni. Nel caso in esame, pur sterilizzando il voto dei postergati, la maggioranza sarebbe stata raggiunta ugualmente, in quanto a fronte della maggioranza ottenuta, comprensiva di essi, di euro 13.793.942,90 si sarebbe ottenuta una maggioranza di euro 10.844.237,63 a fronte di un minimo di legge necessario di euro 10.255.929,96, pari allo 0,51 % del capitale, al netto dei postergati, ammontante ad euro 20.109.665,59.

Ciò consente di affermare che, nel caso concreto, il voto espresso dai postergati è stato ininfluenza per il raggiungimento delle maggioranze (la decisione in esame, assunta dal Collegio, è coerente proprio con il testo di Cass. 2706 del 2009 citata dianzi, la quale afferma che occorre il consenso della maggioranza assoluta totale dei crediti ammessi al voto per "sanare" la possibilità di voto in unico contenitore di tutti i chirografari, postergati e no, quando non sussistono, come nel caso in esame altre classi). In altre parole la maggioranza, depurata dei postergati, sopravvive alla prova di resistenza e questi ultimi, quindi, risultano indifferenti rispetto al suo raggiungimento.

-Da ultimo va esaminata la ulteriore e definitiva doglianza relativa alla mancata creazione di classi pur se tra gli erogatori del credito, di cui l'opponente fa parte, alcune banche erano dotate di garanzie collaterali che rendevano asseritamente il loro voto parzialmente indifferente alla percentuale offerta, poiché vi era per esse la possibilità *aliunde* di ottenerne una integrazione.

In via generale va detto che ad un esame delle risultanze dei voti non emerge che la banca abbia votato come chirografario, evidentemente non volendo neppure ammettere che tale collocazione le fosse confacente, infatti il credito dichiarato e non contestato di euro 680.882,38 oltre interessi per 31.352,68 non compare tra i dissenzienti; da ciò si desume che la sua opposizione è svolta come potenziale privilegiata, il che rende francamente poco comprensibili tutte le doglianze formulate, che si riferiscono invece, pacificamente in via elettiva alla posizione di chirografari.

Ma tant'è, essa viene considerata legittimata come chirografaria che si duole di tale collocazione e sostiene la obbligatorietà di classare i creditori. Il tema è caro a questo tribunale, ma si è dimostrato, in definitiva, un falso problema. Si deve considerare infatti che il legislatore non ha voluto imporre le classi, se si esclude forse l'ipotesi dianzi illustrata dalla Cassazione del postergati intendendo il relativo strumento solo come un mezzo di suddivisione del patrimonio creditorio che rende più agevole e meno onerosa la proposta di concordato. Non ha cioè inteso la classazione come un autonomo strumento di tutela dei creditori deboli, da porre in essere all'ammissione della procedura da parte del

debitore, quindi dubita questo collegio che il proprio potere in sede di ammissione della procedura possa andare oltre la *moral suasion* e cioè possa travalicare l'alveo del suggerimento o della "calda raccomandazione" e finire per procedere alla declaratoria di inammissibilità della domanda perché il ceto creditorio non è stato sottoposto a quel "classamento" che la necessità di tutelare i creditori meno forti o dissenzienti, in alcuni casi imporrebbe. (Si pensi al fisco declassato dal privilegio, alla banca o ai chirografari generali che non hanno collaterals che altri creditori o erogatori del credito comunemente hanno, al privilegiato declassato per in capienza del bene, ecc.). Ciò però non priva di tutela questi soggetti, "deboli" ad avviso del decidente, proprio perché la materia giuridica della riforma sul punto è ancora fluida, manca un diritto vivente e vi è, in ogni caso, l'obbligo di dare una interpretazione delle norme dell'ammissione e dell'omologa che sia costituzionale, come ha chiaramente indicato la recente ordinanza n.98 del 12.03.2010, est. Tesaurò del Giudice delle Leggi.

Poiché "le norme non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne delle interpretazioni incostituzionali, bensì perché è impossibile darne una lettura conforme alla Costituzione", questo decidente reputa che vi siano almeno due interpretazioni che consentono di superare le obiezioni di costituzionalità assai pregnanti sollevate dal Tribunale di Biella nella ordinanza di rimessione 27.04.2009 in relazione all'art. 3 della Carta dei diritti, per l'ipotesi che non si siano operate suddivisioni in classi e sussistano, invece, molteplici diversificazioni delle posizioni soggettive chirografarie e non. Esse determinano una evidente disomogeneità di interessi fra i votanti, discrepanza che impedisce, tra l'altro, di sottoporre validamente la minoranza al volere della maggioranza, non sussistendo una identità di interessi all'interno della compagine votante che assicuri al dissenziente che la maggioranza opera anche nel suo interesse.

Da un lato l'opzione potrebbe essere quella di attribuire al Tribunale in sede di ammissione il potere di imporre la formazione di classi con una interferenza di carattere sostitutivo, considerando l'assenza di classi per i chirografari come se in realtà fosse stata proposta una classe unica, ed ammettere che, nell'ambito

del suo sindacato, il Tribunale censuri questa unica classe . imponendo un suo sdoppiamento. Si è già detto che tale interpretazione inizialmente condivisa da questo Tribunale è stata da qualche tempo abbandonata nello sforzo di adottare una lettura che sia più aderente al tenore letterale della norma ed allo spirito della legge, che concepisce la suddivisione o meno in classi come espressione dell'autonomia privata, perciò non direttamente coercibile giurisdizionalmente. Non resta quindi che una unica altra opzione, successiva alla indispensabile informazione piena e completa dei creditori, precedente alla espressione del voto, sulla situazione di disomogeneità all'interno della compagine dei votanti, operata chiaramente dai commissari con la relazione ex art. 172. cui sul punto si rimanda, cioè quella di prendere atto, in sede di omologa, che vi sarebbe dovuta essere una suddivisione in classi, in quanto la situazione monoclasse adottata "annega" il dissenso di coloro che hanno interessi diversi da quelli della massa e non omogenei rispetto a questi. Ciò consente, perciò, di riconoscere al Tribunale, di fronte ad una opposizione presentata, ovviamente ed in questo solo caso, un potere di esame nel merito che di regola è escluso dall'assenza di classi. In altre parole, la riconosciuta ed ingiusta assenza di classi, di fronte ad un dissenziente o ad un terzo privilegiato non votante che si opponga, gli consente di invocare quel diritto che solo la presenza della classe gli avrebbe fornito, ovvero l'esame nel merito della sua posizione e la valutazione comparativa di convenienza della procedura innanzitutto per la massa dei creditori. In questo caso non vi sarebbero dubbi che per tutti i creditori il concordato, rafforzato dalle garanzie fornite, sia più conveniente del fallimento, per cui l'omologa non potrebbe comunque essere negata. In proposito si richiama la lettura della relazione ex art. 180 depositata dai commissari ove a fronte dell'attivo aggiornato dalle garanzie concordatarie di euro 17.836.601 + 1.160.000,00 il fabbisogno aggiornato di euro 682.238 per pegni, di euro 1.275.000 per spese di procedura, di euro 14.683.566 di crediti privilegiati ed il 13,50 dei crediti chirografari pari ad euro 17.335.765,00 trova capienza sicura.

Ma vi è di più. L'attuale opponente sembra invocare una qualche tutela superiore per la propria particolare posizione, che dimostri sopra ogni dubbio

come nel fallimento avrebbe un trattamento migliore. Il Tribunale, allora, ritenendo che al più il creditore il cui dissenso sia stato annegato, negando le classi, in presenza di esse avrebbe potuto invocare il Cram Down, ove avesse fatto parte di un manipolo di creditori dissenzienti, sotto il profilo logico ritiene di valutare, per assurdo, la posizione di [REDACTED] proprio sotto questo particolare aspetto che rappresenta il massimo della tutela cui il creditore può aspirare.

Occorre però a questo punto chiarire cosa si debba intendere per esame di merito da parte del Tribunale ai fini del *cram down* (concetto che va viepiù chiarito in quello che diviene così un caso limite di tutela postuma del creditore). Il concetto italiano di **Cram Down** prescinde da quello statunitense che consente al giudice di far "ingoiare" *oborto collo* la soluzione concordata del *chapter eleven* al dissenziente, se reputa l'intera procedura di interesse generale; la soluzione italiana permette di ignorare l'opposizione, introdotta esclusivamente da un dissenziente appartenente ad una classe dissenziente (ipotesi qui non ricorrente) ove sussista la dimostrazione ed il raggiungimento della convinzione che la soluzione soddisfattiva spettantegli non è deteriore rispetto a quanto il fallimento (inteso di regola come l'altra procedura sempre concretamente praticabile) gli assicurerebbe. La comparazione, che è la base necessaria della decisione ed è l'operazione che valuta la maggiore o minore convenienza per il soggetto della procedura concordataria, consiste nel diritto di confrontare, alla data della presentazione della domanda di concordato, la fattibilità ed i risultati economici ottenibili col concordato con quelli desumibili da un fallimento ipotetico, dichiarato alla stessa data.

L'interesse che il creditore deve perseguire e può tutelare con il *cram down*, è un interesse giuridico concreto, è l'aspirazione economicamente valutabile ad una percentuale più alta, ma non può essere semplicemente rappresentato dalla volontà di rimuovere la situazione contingente creata dal concordato ed in particolare dall'applicabilità, dopo la presentazione della domanda, delle norme di legge conseguenti, come il 51 o il 167 l.f.

La comparazione deve essere astratta, poiché la stessa non impone che il fallimento venga richiesto effettivamente, ma solo che sia una possibilità concretamente perseguibile.

Nel caso in esame il creditore ha quale reale interesse solo la rimozione della domanda di concordato, per poter considerare la propria iscrizione di ipoteca antecedente alla stessa e quindi idonea a far ritenere privilegiato il credito nel concorso. Non risulta, quindi che, in sede di cram down, la sua posizione avrebbe potuto essere valutata positivamente. D'Altra parte se la comparazione si svolge tra un fallimento dichiarato in ipotesi al momento del deposito della domanda di concordato, anche in quel momento la iscrizione della ipoteca giudiziale non vi sarebbe stata, quindi non vi sarebbe stata la possibilità concreta di un trattamento migliore.

Esaminando la fattibilità del concordato, rafforzata dalla consegna effettuata in sede di omologa di garanzie del valore pari alle revocatorie che astrattamente nel fallimento il curatore avrebbe potuto esperire, (cfr. in tal senso le cambiali ipotecarie predisposte dalla società con la memoria 31. maggio 2010 e successivamente consegnate materialmente a mani del commissario dopo i tempi tecnici dell'annotazione da parte dei registri immobiliari) si evince che alla banca opponente, intesa quale chirografario, spetta lo stesso identico trattamento offerto e garantito agli altri creditori chirografari . Non è stato posto in essere alcun trattamento discriminatorio e il creditore avrà diritto legittimamente al riparto di una percentuale del 13,59 % che le rafforzate garanzie ottenute dai commissari rendono pressoché certa (per percepire la convenienza per tutto il ceto creditorio oltre che per l'opponente, basti pensare alle postergazioni per oltre 2.949.705,27, subordinate alla omologa, oltre alle già citate 48 cambiali ipotecarie accese sui beni della ~~Cassa di Roma~~ per complessivi 1.160.000 euro, come si è già detto sostitutive dei beni alienati che, nel fallimento, avrebbero potuto essere ipoteticamente oggetto di revocatoria, con un alea di giudizio che le attuali cambiali escludono totalmente. Questi elementi rendono certa e conveniente la esecuzione del concordato , quindi la fattibilità del piano inizialmente incerta è risultata

confermata e rafforzata, come lo è anche la disponibilità dei mezzi per far fronte alla proposta avanzata in sede definitiva di ricorso ex art. 173 c.p.c.:
L'opposizione deve quindi essere respinta ed il concordato omologato per la sussistenza dei presupposti di fattibilità della stessa proposta e del relativo piano.

Visti gli artt. 180 e ss.l.f.

P.Q.M.

OMOLOGA

Il concordato presentato dalla

PA [redacted] C [redacted] E [redacted] S.R.L., con sede in Monza, Via [redacted]
n. [redacted], CF [redacted], elettivamente domiciliata in Monza Via [redacted]
n. [redacted] presso lo studio dell'avv. To [redacted] S [redacted] che la difende e
rappresenta unitamente all'avv. To [redacted] P [redacted] del foro di Bergamo;

NOMINA

Liquidatore ai sensi dell'art. 180 l.f. il sig. I [redacted] P [redacted], sotto il controllo dei commissari e senza aggravio di spese per la società, domiciliato presso la concordataria.

NOMINA

Il comitato dei creditori come segue:

- 1). G [redacted] edile C [redacted] s.p.a.
- 2). E [redacted] s.r.l.
- 3). E [redacted] L [redacted] A [redacted] s.r.l.

STABILISCE

Che la liquidazione venga condotta dal liquidatore sociale, I [redacted] P [redacted] con la massima celerità consentita dalla adozione di misure di vendita (per i beni non già promessi in vendita prima dell'ammissione alla procedura di concordato) caratterizzate da firme di pubblicità e di numero del miglior contraente che rispettino lo schema legale predisposto dal legislatore nell'art. 187 l.f. e non sia già prevista nella proposta una modalità di vendita "incalzante". In particolare l'approvazione del prezzo base con parere del comitato dei creditori

e del commissario; pubblicità su sito Internet con inserimento anche della perizia, pubblicazione su quotidiano nel contesto delle pubblicazioni periodiche disposte dal Tribunale sezione fallimenti ed esecuzioni, nonché su edizioni regionali di altri quotidiani, visita ai beni con i liquidatori mantenendo gli interessati distinti fra loro, anonimato delle buste raccolte dalla cancelleria il giorno prima della gara da svolgersi dinanzi al giudice in aula di udienza pubblica, al fine di individuare l'offerta più alta).

Che nel caso debba essere conclusa una transazione la stessa non possa avvenire senza il parere favorevole della maggioranza del comitato dei creditori e che la documentazione contenente la proposta, il parere del comitato dei creditori e l'orientamento assunto dal liquidatore e dal commissario siano depositati previamente (almeno 10 gg prima) alla conclusione nella cancelleria del giudice delegato che dovrà fornire l'autorizzazione; che al termine delle operazioni di liquidazione e riparto il liquidatore renda il conto in analogia con l'art. 116 l.f.;

DISPONE

Al fine di consentire il miglior controllo sulla gestione della liquidazione che il liquidatore relazioni ogni tre mesi il Commissario, il comitato dei creditori ed il giudice delegato in ordine ai progressi della procedura ed alle attività liquidatorie poste in essere, mediante deposito di apposito documento da inserire nel fascicolo del concordato ai fini della necessaria trasparenza dell'attività.

Si comunichi alla società concordataria ed ai Commissari giudiziali

DISPONE

Si comunichi al registro delle imprese per la iscrizione a cura della cancelleria ex art. 17 l.f. nonché alla ricorrente.

Così deciso nella camera di consiglio della terza sezione civile del Tribunale di Monza il 29.06.2010.

Il Presidente estensore.

Dott. Alida Paluchowski

Paluchowski

5

Pal

|| CASO.it