



Regione Umbria

Consiglio Regionale

Centro Studi Giuridici e Politici



**ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI PERUGIA**

**SCUOLA SUPERIORE
DELLA MAGISTRATURA
DISTRETTO DIDATTICO TERRITORIALE
DI PERUGIA**

INCONTRI DI DIRITTO FALLIMENTARE

15 MAGGIO 2015

Il contenuto della relazione ex art. 160 L.F.

Relatore: Dr. Enrico Galoppini

Le varie riforme della Legge Fallimentare hanno ampliato il numero delle possibili attestazioni

- 1) **Art. 67 terzo comma lettera d):** i così detti piani attestati
- 2) **Art. 160 secondo comma:** pagamento parziale dei creditori privilegiati
- 3) **Art. 161 terzo comma:** il piano concordatario
- 4) **Art. 182 bis primo e sesto comma:** accordi di ristrutturazione
- 5) **Art. 182 quinquies primo comma:** finanziamenti prededucibili
- 6) **Art. 182 quinquies quarto comma:** pagamento creditori antecedenti
- 7) **Art. 186 bis secondo comma lettera b:** concordato in continuità
- 8) **Art. 186 bis terzo e quarto comma:** contratti in esecuzione e partecipazione gare

Il Secondo Comma dell'art. 160 – con la riforma del 2007 – consente al Debitore di costruire una proposta che preveda la falcidia dei creditori privilegiati.

*La proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti **integralmente**, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, **sul ricavato in caso di liquidazione**, avuto riguardo al **valore di mercato** attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di **alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione**.*

- **Soddisfazione Integrale**
- **Liquidazione - valore di mercato**
- **Ordine di prelazione**

Prima di entrare nell'argomento assegnato una breve parentesi sulla portata del 160, il quesito è:

Privilegio speciale, assenza del bene su cui grava (?) il privilegio, trattamento del creditore: rimane in privilegio od opera un «degrado di fatto» in chirografo.

Il caso è molto più frequente di quanto possiamo in prima battuta ipotizzare: p.e. privilegio ex art. 2758 2° comma (così detta Iva di rivalsa)

Su questo argomento merita richiamare due sentenze della Cassazione (17 maggio 2013 e 6 novembre 2013) con le quali la Suprema Corte stabilisce che la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non impedisce, a differenza che nel fallimento, l'esercizio del privilegio stesso, con la conseguenza che il credito va soddisfatto integralmente.

In altri termini l'art. 160 concede una possibilità al Debitore al quale spetta la decisione se inserire o meno nella proposta concordataria la falcidia dei creditori privilegiati

La previsione del secondo comma art. 160 estende l'applicazione sia ai privilegi speciali che a quelli generali non ponendo limitazione tra concordati «liquidatori» e concordati in «continuità».

L'espressione « soddisfatti integralmente» - forse coniugata con le attuali difficoltà riscontrabili in sede di esecuzione del piano concordatario - sta allargando ancor di più il concetto di «degrado» articolandolo su tre livelli:

- **DEGRADO QUANTITATIVO:** soddisfazione più o meno ridotta del creditori privilegiato
- **DEGRADO TEMPORALE:** pagamento non immediato del credito privilegiato
- **DEGRADO QUALITATIVO:** pagamento del credito privilegiato con forme di soddisfazione diverse dal denaro

L'art.160 pone un limiti minimo alla «soddisfazione» *non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.*

Partendo dalla osservazione che il concetto di valore di mercato, inteso come *fair value* trova difficile (impossibile) applicazione – basta pensare ai vincoli di liquidazione ed alle procedure competitive - risulta utile per meglio comprendere quale è il compito del professionista riferirsi ad un'altra «norma di raffronto sulla convenienza» art. 180 4° comma che consente l'omologa del concordato anche nel caso di opposizioni qualificate di alcuni creditori qualora « *il Tribunale..... ritenga che il creditore possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*»

La valutazione del Tecnico deve prendere a riferimento soluzioni alternative concrete in altri termini la liquidazione in sede fallimentare (su questo punto anche ODCEC).

Il prezzo deve essere considerato al netto degli oneri necessari per la custodia e vendita del bene e deve riferirsi ad una data coerente con i tempi di realizzazione.

Nel caso di valutazione dell'intero patrimonio del debitore (privilegi generali) si pone la scelta se inserire o meno le azioni revocatorie e/o di responsabilità attivabili ne caso di fallimento.(in senso favorevole Tribunale Trento 27 febbraio 2014, ODCEC.

Le difficoltà di definizione del «valore minimo» - valore e non intervallo di valori – se esaminiamo due casi che tendono ad essere maggiormente frequenti in questo periodo:

- **DEGRADO DI PRIVILEGI GENERALI:** in questo caso la relazione ex art 160 deve necessariamente valutare tutti i beni ricompresi nel patrimonio del debitore al fine di stabilire quali privilegi non troveranno capienza e di quanto potranno essere degradati in chirografo. *Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.*
- **CONCORDATI IN CONTINUITA':** nel caso di concordati in continuità possiamo avere due casi a) cessione dell'azienda in funzionamento; b) risanamento dell'azienda in capo al debitore – continuità diretta. In queste due ipotesi il piano concordatario si hanno delle risorse «aggiuntive» rispetto alla liquidazione fallimentare (la vendita di beni in funzionamento è più conveniente rispetto alla liquidazione unitaria, la continuità genera dei flussi di cassa aggiuntivi rispetto alla cessazione di ogni attività).

**Schema di degrado dei privilegi speciali e generali con apporto di nuova finanza
- Elaborazione su sentenza Tribunale di Pescara 2008 – IlCaso -**

	Immobili	Mobili	Totale
Attivo Concordatario	1.000	260	1.260
Oneri Prededucibili	- 79	- 21	- 100
Ipotecari	- 800		- 800
Attivo residuo	121	239	360
	Capiente	Degradato	Totale
lavoro subordinato	- 20	-	- 20
Prestazioni Professionali	- 16	-	- 16
Istituti Previdenziali	- 112	-	- 112
Ritenute alla fonte	- 150	-	- 150
Iva	- 62	- 138	- 200
Totale Privilegi	- 360	- 138	- 498
Iva in chirografo	- 138		
Altri Chirorafi	- 1.500		
Totale Chirografi	- 1.638		
Nuova Finanza	300		
Percentuale chirografi	18,32%		

alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione inteso come pagamento integrale dei privilegi superiori sino a capienza del patrimonio. (si ricorda 182 ter *Se il credito tributario o contributivo e' assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore*)

Gli oneri prededucitivi vengono «attribuiti» proporzionalmente alle varie parti dell'attivo

Nei fatti in questo schema il concordato è ammissibile solo in presenza di finanza di terzi che permette il pagamento parziale dei chirografi (oltre che dei privilegi degradati)

Schema di degrado dei privilegi speciali

	Immobile A	Immobile B	Mobili	Totale
Attivo Concordatario	1.000	800	1.500	3.300
Oneri Prededucibili	- 75,76	- 60,61	- 113,64	-250
Netto O. Pred.	924	739	1.386	3.050

In presenza di valore dei beni su cui grava il privilegio speciale il cui valore è inferiore al debito residuo occorre procedere alla individuazione puntuale dei beni (e del valore) ed attribuire quota parte degli oneri prededuttivi

	Valore bene	% Preded.	Netto	Debito Residuo	Capiente	Chirografo
Ipotecario A	1.000,00	- 75,76	924,24	1.200,00	924,24	275,76
Ipotecario B	800,00	- 60,61	739,39	500,00	500,00	

Non è necessaria la formazioni di classi e la nuova finanza non rappresenta, nei fatti, condizione di ammissibilità della proposta.

IL DEGRADO TEMPORALE

Su questo aspetto merita richiamare due recenti sentenze della Suprema Corte (maggio e settembre 2014) con le quali si ammette il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati oltre quanto previsto dal 186 bis per i concordati in continuità, inoltre l'art. 182 ter prevede per la transazione fiscale il pagamento dilazionato non deteriore.

*Ora, anche alla luce delle finalità perseguite dal Legislatore con il decreto c.d. correttivo, così come esplicitate nella Relazione, non vi è chi non veda che, se **la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei crediti privilegiati**, (vedi riferimento art. 182 ter nostra nota) allora il pagamento dei crediti medesimi con dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della stessa liquidazione, in caso di concordato c.d. <<liquidativo>>) equivale a soddisfazione non integrale di essi. Ciò a causa della perdita economica conseguente al ritardo (rispetto ai tempi "normali") con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti. La determinazione in concreto di tale perdita (rilevante ai fini del computo del voto dei privilegiati) costituisce, ovviamente, accertamento in fatto che il giudice del merito dovrà compiere, alla luce anche della relazione giurata ex art. 160, comma 2, 1. fall. e tenendo conto di eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati nell'ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui agli artt. 54 e 55 1. fall. (Cassazione 26 settembre 2014).*

IL DEGRADO TEMPORALE

In questo quadro appare necessaria la relazione ex art.160 nel caso di pagamenti dilazionati dei creditori privilegiati (*al contrario si ricorda Siena «il riconoscimento degli interessi ai creditori privilegiati costituisce soddisfazione integrale i quali sono ammessi al voto per l'intero credito mentre non è necessaria la relazione ex art.160.»*).

Il Tribunale, sulla base della Relazione ex art.160 determina la perdita che appare identificabile sulla base di tre variabili:

- 1) **Interessi offerti nella proposta concordataria**
- 2) **Tempi di vendita nelle ipotesi alternative (Fallimento):** questo limite appare il limite massimo oltre il quale non dovrebbe collocarsi l'esecuzione del piano concordatario
- 3) **Tasso di remunerazione del capitale dilazionato:** la scelta del tasso dovrebbe essere guidata da una valutazione del rischio e quindi più vicino ad un «tasso di mercato» piuttosto che ad un saggio legale.

IL DEGRADO QUALITATIVO

Alla base del così detto degrado qualitativo vi è la nozione che pagamento integrale si ha solamente in denaro con la conseguenza che modalità alternative (p.e. strumenti finanziari quali equity swap) configura pagamenti parziali configurando forme di «degrado» da assoggettare a quanto previsto dall'art. 160 2° comma.

Il così detto degrado qualitativo potrebbe assumere rilevanza nei concordati in continuità nei casi in cui venga riconosciuta ai privilegiati una soddisfazione del proprio credito attraverso equity / assegnazione di beni.

Questo scenario lascia aperti alcuni interrogativi quali:

- 1) Spetta il diritto di voto al creditore privilegiato nel caso di pagamento non in denaro, Su quale importo (sull'intero credito),
- 2) Il degrado Qualitativo deve essere assoggettato all'art. 160 2° comma, in caso positivo l'attestatore dovrebbe verificare la convenienza della scelta prospettata (negoziabilità degli strumenti finanziari / redditività prospettica etc)

CONCLUSIONI

Il protrarsi dell'attuale crisi economica ha posto con sempre maggior frequenza la necessità per il debitore di ricorrere alla soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati sia «speciali»(p.e. i finanziamenti ipotecari erogati dopo il 2008 evidenziano con sempre maggiore frequenza valori dei beni inferiori al debito residuo) che «generali (p.e. la dibattuta questione sulla falcidia dell'IVA).

In questo quadro la relazione ex art 160 2° comma sta assumendo un ruolo sempre più centrale con non poche conseguenze per il professionista che la deve redigere. Infatti mentre per l'attestazione 161 vige un principio di «prudenza intesa come cautela nelle valutazioni» nel caso in esame si deve percorrere un «sentiero molto stretto»

Un eccesso di prudenza (nella valutazione dei beni) può portare un danno al creditore privilegiato, al contrario sempre un «eccesso di prudenza (nel degrado dei privilegi) può portare un danno ai creditori chirografi che vedrebbero ridursi il loro grado di soddisfazione.