

Falcidia del credito privilegiato, mancata indicazione dei beni oggetto di privilegio, doveri informativi del commissario giudiziale, atti in frode e modalità di informazione dei creditori

Tribunale di Padova, 12 novembre 2015. Presidente estensore Maria Antonia Maiolino.

Concordato preventivo - Falcidia del credito privilegiato capiente - Presupposti - Accettazione da parte del creditore falcidiato - Mancanza dell'accettazione - Pagamento integrale dei crediti privilegiati - Necessità

La falcidia del credito erariale privilegiato non è paragonabile alla falcidia di qualsiasi credito chirografario: la seconda falcidia è un effetto diretto dell'approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori, cosicché anche la minoranza dissenziente ne subirà le conseguenze; al contrario, la falcidia del credito privilegiato "capiente" (privilegiato generale o speciale) è ammissibile solo in quanto accettato dal creditore falcidiato: in assenza di tale assenso la falcidia del credito privilegiato e la contestuale soddisfazione dei creditori chirografari viola la regola dell'art. 160, comma 2, legge fall. e le regole in tema di cause di prelazione dei crediti, in base alle quali il concordato deve pagare integralmente i crediti privilegiati e non può pagare i creditori chirografari con sostanze della proponente se non abbia prima integralmente soddisfatto il monte crediti privilegiato.

(Nel caso di specie, la proponente aveva prospettato ai creditori il pagamento in via chirografaria del debito erariale privilegiato per l'ipotesi in cui l'erario avesse espresso voto sfavorevole alla transazione fiscale; il Tribunale, constatata la capienza del debito in questione e ritenendo che lo stesso dovesse essere pagato integralmente in quanto privilegiato, ha constatato la mancanza di risorse per la soddisfazione dei creditori chirografari)

Concordato preventivo - Informazione dei creditori - Rilevanza - Modalità e momenti di espressione nell'ambito del procedimento di concordato

L'informazione dei creditori, la quale assume nella costruzione generale dell'istituto concordatario valore essenziale, giacché il voto dei creditori è idoneo a condizionare la minoranza dissenziente, può valere quale pilastro dello strumento a condizione che si tratti di un voto informato, trova plurime sedi di espressione nel procedimento di concordato; essa viene in primo luogo fornita dal proponente ed attuata mediante la trasmissione della proposta ai creditori da parte del commissario giudiziale secondo le indicazioni fornite dal tribunale quando pronuncia il

provvedimento di ammissione; una successiva informazione "terza" viene poi assicurata dal commissario giudiziale nella relazione ex articolo 172 legge fall. ed una ulteriore informazione dei creditori può aver luogo in sede di adunanza ex articolo 175 legge fall., alla quale il proponente deve obbligatoriamente presenziare.

Concordato preventivo - Previsione di pagamento di un debito come privilegiato - Mancata indicazione dei beni oggetto del privilegio speciale - Mancanza della relazione ex art. 160, comma 2, l.f. per giustificare la falcidia del debito - Pagamento integrale - Necessità

Nell'ipotesi in cui il piano di concordato preveda il pagamento di un debito in via privilegiata ma nulla riferisca in ordine ai beni oggetto del privilegio speciale né alleggi una relazione ex art. 160, comma 2, legge fall. al fine di giustificarne il pagamento falcidiato, il debito in questione va necessariamente pagato integralmente (Cass. 24970/2013).

Concordato preventivo - Qualificazione dei crediti - Natura privilegiata pretermessa - Facoltà del creditore di invocarla anche dopo l'omologa del concordato - Necessità dell'iniziativa del creditore per crediti per i quali debbano essere dimostrati i requisiti di fatto per il riconoscimento del privilegio - Distinzione rispetto ai crediti per i quali la natura privilegiata o meno dipende dalla mera applicazione della norma di legge

Nel procedimento di concordato, il debitore espone tutti i propri debiti e spiega come intende pagarli ed il tribunale deve d'ufficio valutare la corretta qualificazione di quei crediti, la legittima modalità di pagamento e la fattibile prospettiva di soddisfazione. In ordine alla corretta qualificazione dei crediti va del resto sottolineato come la natura privilegiata eventualmente pretermessa in sede di ammissione possa essere invocata dal creditore anche dopo l'omologa del concordato, non ricorrendo nella procedura concorsuale in esame la preclusione connessa all'accertamento dei crediti: ecco perché il fatto che in sede di preammissione il creditore abbia invocato una determinata qualificazione del credito non appare dirimente, ben potendo ridiscutersi la questione anche in fase successiva e dovendo comunque il concordato garantire adeguata capienza. Il problema dell'iniziativa del creditore può quindi porsi solo per quei crediti per i quali debbano essere dimostrati i requisiti di fatto per il riconoscimento del privilegio (es. privilegio artigiano), ma non per quei crediti ove la natura privilegiata o meno dipende dalla mera applicazione di una norma di legge.

Cosicché di fronte ad un credito privilegiato mobiliare speciale, ove il debitore proponente non deduca ed attesti l'inesistenza dei beni su cui insiste il privilegio, in fase di ammissione e poi di adunanza è il tribunale che d'ufficio deve verificare che il credito sia trattato come privilegiato e gli sia assicurata integrale soddisfazione.

Concordato preventivo - Doveri del commissario giudiziale di illustrare le utilità traibili dal fallimento - Limiti - Illustrazione di tutte le alternative soddisfazioni dei singoli crediti - Esclusione - Presenza del proponente all'adunanza - Chiarimenti repliche necessarie al contenuto della relazione ex articolo 172 l.f.

L'art. 172 legge fall. stabilisce che il commissario giudiziale debba illustrare ai creditori le "utilità" traibili dal fallimento: non è invece previsto che debbano essere scandagliate tutte le alternative soddisfazioni dei singoli crediti nell'alternativa ipotesi fallimentare. In proposito, va inoltre precisato che è anche onere della società proponente, la cui presenza è obbligatoria all'adunanza, fornire i chiarimenti e le repliche necessarie al contenuto della relazione ex articolo 172, in modo da instaurare un diretto confronto con il creditore interessato alla specifica informazione; in tal modo, la piena informazione è comunque assicurata dal sistema procedimentale, sia attraverso il commissario giudiziale sia attraverso la presenza del proponente all'adunanza dei creditori.

Concordato preventivo - Atti in frode - Nozione - Attività del proponente volta ad alterare la percezione dei creditori - Fatto scoperto dal commissario giudiziale - Significato - Fatto accertato dal commissario nella sua completezza e rilevanza

Gli atti di frode di cui all'articolo 173 legge fall. non sono costituiti da tutti gli interventi sul patrimonio del debitore; ciò che rileva è "solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio" (Appello Milano 29 giugno 2011, Appello Venezia 24 novembre 2011, Appello Torino 21 maggio 2013, in www.ilcaso.it), con la ulteriore precisazione che "nell'interpretazione letterale e sistematica del riferimento agli atti accertati dal commissario, l'art. 173, comma 1, legge fall. non esaurisce il suo contenuto precettivo nel richiamo al fatto "scoperto" perché ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi "accertato" dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei

creditori, solo successivamente” (in motivazione Cass. n. 9050/2014).

(Nel caso di specie, il proponente aveva ommesso di riferire dell'alienazione di un immobile di rilevante valore in data di poco precedente alla presentazione della domanda di concordato, omissione che oltre a privare i creditori di una somma rilevante, avrebbe potuto dar luogo ad azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore.)

Concordato preventivo - Informazione dei creditori - Modalità - Chiarezza dell'esposizione - Semplice consegna della contabilità e di documentazione - Insufficienza

In tema di atti in frode ai creditori rilevanti per la revoca del concordato preventivo ai sensi dell'articolo 173 legge fall., va precisato che l'obbligo di disclosure grava sul proponente il concordato e non sull'attestatore e che tale obbligo non può ritenersi assolto semplicemente perché la circostanza emerge dalla documentazione contabile della società, in quanto l'informazione dovuta ai creditori si basa su una chiara esposizione in ordine a circostanze rilevanti e non può di certo essere affidata alla semplice consegna delle scritture contabili e di documentazione.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Il concordato proposto dalla società Alfa s.r.l. in liquidazione è stato ammesso con un provvedimento che, con riferimento al passivo recitava: *“Il passivo concordatario è indicato in circa € 52.000.000: è previsto un pagamento integrale delle spese prededucibili e dei crediti privilegiati c.d. di grado alto, un pagamento della percentuale del 36% quanto al debito erariale (tranne il debito IVA) oggetto di transazione fiscale, della percentuale del 19,30% quanto ai debiti chirografari ab origine, della percentuale del 16% quanto ai debiti chirografari nei confronti di soggetti ed enti collegati alla società proponente (crediti soci finanziatori non postergati, crediti delle società collegate, credito per trattamento di fine rapporto del liquidatore, ecc.)”.*

Con specifico riferimento poi alla transazione fiscale, per la quale non era stato ancora raccolto il voto favorevole dell'Erario, lo stesso decreto faceva presente che:

“Il Tribunale ritiene invece che, con riferimento alla falcidia del debito erariale che troverebbe capienza nella liquidazione del patrimonio immobiliare, l'esito della transazione fiscale non condizioni l'ammissibilità del concordato: il creditore Stato può dare il suo assenso alla transazione fino all'adunanza dei creditori, ma – appunto – non oltre tale data, dovendo gli altri creditori nel momento in cui esprimono il proprio voto (e quindi nei 20 giorni successivi all'adunanza) essere

nella condizione di sapere se il credito erariale verrà pagato in misura falcidiata – e quindi residua per loro la soddisfazione prospettata – oppure in misura integrale – e quindi va rivista al ribasso anche la loro soddisfazione oppure addirittura nulla residua per i chirografari -: il Tribunale ha infatti già chiarito che il voto favorevole dei creditori chirografari non potrebbe superare il voto negativo dell'erario ai fini del perfezionamento della transazione fiscale”.

La relazione depositata ex art. 172 dal CG ha ricostruito che, in caso di mancata approvazione della transazione fiscale, dovendo la proponente pagare al 100% tutto il debito privilegiato erariale, non residuerebbe alcunché da distribuire ai creditori chirografari; in caso di voto negativo alla transazione si sarebbe posto pertanto un concreto problema di ammissibilità del concordato: attesa l'interdipendenza con la transazione, la questione di ammissibilità non poteva peraltro porsi fintantoché non fosse scaduto il termine per il voto dell'Erario sulla transazione proposta. All'adunanza del 9.10.2015 l'Erario ha reso voto negativo sulla transazione fiscale proposta dalla debitrice: il GD ha quindi rimesso il procedimento al Collegio, che a sua volta ha convocato la società proponente per la verifica dei presupposti della revoca dell'ammissione del concordato sulla base di due questioni:

- permanenza delle condizioni di ammissibilità del concordato, una volta bocciata l'ipotesi di transazione fiscale su cui poggiava il piano, anche al fine di verificare la tesi della proponente per cui “ugualmente” vi sarebbe capienza per i creditori chirografari;
- configurabilità di una autonoma fattispecie di revoca del concordato alla luce della vendita dell'immobile sito in New York nell'imminenza della domanda di concordato, circostanza riferita dal CG nella propria relazione.

Nel termine assegnato la società ha depositato una memoria il 4.11.2015, sostenendo plurime difese, di cui si darà conto nel corso della motivazione.

Gli effetti sul concordato del voto negativo alla transazione fiscale reso dall'amministrazione finanziaria

Questa la prima questione da esaminare: la società contesta l'assunto seguito dal Tribunale per cui “*il voto contrario delle Agenzie fiscali alla proposta di transazione non potrebbe essere coartato in caso di espressione del voto positivo da parte della maggioranza dei creditori*” (pag. 3); quindi ad avviso di Alfa il voto favorevole al concordato della maggioranza dei creditori renderebbe vincolante anche la transazione fiscale per l'Erario: da qui la richiesta di assegnare ai creditori chirografari il termine di venti giorni per l'espressione del voto.

Preme in dettaglio una precisazione: la proponente nella propria memoria 19.5.2014 ha ben spiegato cosa intenda per effetto vincolante del voto favorevole al concordato anche in caso di voto negativo alla proposta di transazione fiscale: “*il voto contrario eventualmente espresso dall'A.F. non impedisce pertanto che il concordato spieghi pienamente i suoi effetti: sì che, in caso di omologa, il pagamento in percentuale dei crediti fiscali sarà comunque obbligatorio per il Fisco come per tutti i creditori*” (pag. 5). Quindi la proponente non si limita ad affermare che il concordato, votato dalla maggioranza dei creditori, può spiegare i suoi effetti anche in presenza del voto negativo dell'A.F., ma afferma che il concordato, votato dalla maggioranza dei creditori chirografari, potrà efficacemente falcidiare il credito fiscale (descritto in

piano come privilegiato e che troverebbe capienza nell'attivo concordatario) nonostante il voto negativo dell'Amministrazione. Questo pertanto il nocciolo della questione: se il concordato possa falcidiare un credito privilegiato che trovi capienza nell'attivo, in presenza del voto favorevole della maggioranza dei creditori chirografari e del voto contrario del creditore Erario privilegiato falcidiato.

Ritiene il Collegio che la proponente nella propria memoria 4.11.2015 non spenda una difesa che giustifichi la rivisitazione della valutazione già condotta dal Collegio sul punto (provvedimento 24.6.2014), che testualmente si riporta:

“ritenuto che le difese ivi svolte evidenzino una problematica che appare cruciale per il futuro atteggiarsi della procedura: infatti la società, nel riferire di avere proposto la transazione fiscale ex art. 182 ter l.f. avente ad oggetto anche la falcidia del credito erariale, nonostante sulla base della stessa stima depositata risultasse la capienza del patrimonio immobiliare, afferma che il voto eventualmente contrario dell'Erario non impedisce che “il concordato spieghi pienamente i suoi effetti”; il principio, di per sé corretto, non pare però potersi portare alle ulteriori conseguenze per cui, in caso di approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza dei creditori, risulterebbe vincolante per l'Erario anche la falcidia non votata favorevolmente: cioè, il voto favorevole approva il concordato, ma non certo il “subconcordato” che coinvolge esclusivamente l'Erario e che dallo stesso dovrebbe ottenere il voto favorevole”.

Ovvero, con altre parole, i precedenti giurisprudenziali riportati dalla proponente si limitano a confermare che il voto negativo alla transazione fiscale non impedisce di per sé l'ammissione del concordato: conclusione perfettamente condivisa anche dal Tribunale. Ciò che va chiarito però è che in assenza di voto favorevole la transazione fiscale non produrrà i propri effetti: quindi non opererà il consolidamento del debito erariale e, se la transazione prevedeva anche la decurtazione del debito erariale, non opererà detta decurtazione. Ne discende, in detta ultima ipotesi, che il concordato manterrà i presupposti di ammissibilità anche in caso di bocciatura della transazione fiscale solo a condizione che riesca a soddisfare una percentuale del credito chirografario (evidentemente inferiore) nonostante la necessità di pagare integralmente il debito privilegiato erariale. Ciò che al Tribunale pare inammissibile è l'affermazione per cui il voto favorevole al concordato con voto sfavorevole alla transazione fiscale imporrebbe ugualmente al credito erariale una soddisfazione falcidiata: neppure la maggioranza dei creditori può infatti consentire la violazione delle cause di prelazione.

D'altro canto, gli stessi precedenti giurisprudenziali citati da Alfa s.r.l. ricordano come *“la mancata adesione al concordato comporta il non verificarsi dei particolari effetti della transazione fiscale”* (pagina 3 memoria: e dalla lettura dei brani riportati è plausibile che detti precedenti regolassero casi in cui la transazione fiscale prevedeva il solo consolidamento del credito erariale e non la sua decurtazione): quindi se la transazione fiscale proposta ha come contenuto non solo il consolidamento del debito tributario, ma anche la falcidia del debito erariale, è evidente che non solo non si produrrà il consolidamento del debito erariale, ma neppure sarà consentita la sua falcidia.

Né in senso contrario depongono le pronunce che ricordano la necessità di accantonare le somme oggetto di contestata pretesa fiscale (Trib.

Ravenna 19.1.2011): l'accantonamento, ovvero l'appostazione di un credito in fondo rischi, deve essere effettuato nel rispetto della qualifica del credito, cosicché se il credito contestato è di rango privilegiato, anche il fondo rischi dovrà avere natura privilegiata, come accade con qualsiasi credito contestato (ad es. se è contestato un credito di natura professionale o artigiana, non v'è dubbio che il fondo rischi vada appostato in privilegio e non in chirografo); né ancora in senso contrario depongono le pronunce che in assenza di voto favorevole alla transazione fiscale stabiliscono che *“i crediti tributari subiscono la sorte per essi prevista nel piano di concordato”* (App. L'Aquila 16.3.2011): la *“sorte”* prevista nel piano di concordato non può che essere la sorte rispettosa del rango del credito, quindi se il credito erariale è privilegiato anche il piano di concordato dovrà trattare in tali termini il credito, a pena di inammissibilità della proposta di concordato.

Va quindi sul punto assunta la seguente conclusione: la falcidia del credito erariale privilegiato non è paragonabile alla falcidia di qualsiasi creditore chirografario: la seconda falcidia è un effetto diretto dell'approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori, cosicché anche la minoranza dissenziente ne subirà le conseguenze; al contrario la falcidia del credito privilegiato *“capiente”* (privilegiato generale o speciale) è ammissibile solo in quanto accettato dal creditore falcidiato: in assenza di tale assenso la falcidia del credito privilegiato e la contestuale soddisfazione dei creditori chirografari viola la regola dell'art. 160/II e le regole in tema di cause di prelazione dei crediti, in base alle quali il concordato deve pagare integralmente i crediti privilegiati e non può pagare i creditori chirografari con sostanze della proponente se non abbia prima integralmente soddisfatto il monte crediti privilegiato.

L'A.F. ha reso voto sfavorevole alla transazione fiscale proposta da Alfa, cosicché la falcidia del suo credito privilegiato diviene inammissibile.

La *“tenuta”* del piano pur in assenza di transazione fiscale

Alfa nella propria memoria del 4.11.2015 richiama la precedente memoria 2.7.2014, sostenendo che già in quella sede era stato esplicitato che il piano *“tiene”* ugualmente anche con il voto sfavorevole alla transazione fiscale perché il credito erariale per cui era proposta la falcidia in parte andrebbe degradato a chirografo ed in parte non godrebbe di privilegio sussidiario immobiliare, cosicché non potrebbe pretendere una soddisfazione sul ricavato del compendio immobiliare con preferenza rispetto ai creditori chirografari. In particolare le somme di circa € 7 milioni per Ires ed Irap, accessori su IVA e ritenute, tutti relativi ad anni di imposta anteriori al 2011, nonché di circa € 2 milioni di tributi doganali, anteriori al 2012, non potendo vantare alcuna soddisfazione privilegiata andrebbero soddisfatte nella sola percentuale riservata ai creditori chirografari pari al 19,3%; anche considerando il debito erariale cui spetta soddisfazione privilegiata in quanto garantito da iscrizione ipotecaria sul bene immobile di Legnaro, Via Marconi, il credito erariale sarebbe stato soddisfatto al 100% per l'importo di € 2.831.000 e nella percentuale attribuita ai chirografi del 19,3% per il residuo importo di € 7.911.000 (pari nella percentuale indicata ad € 1.526.000).

In caso di non approvazione della transazione fiscale, pertanto, - prosegue la società - all'A.F. sarebbe andata la somma complessiva di € 4.358.000, inferiore rispetto a quanto prospettato in caso di transazione fiscale, pari ad € 5.573.561 (pagine 9-11 memoria 5.11.2015).

La proponente afferma al riguardo che non si tratterebbe di un nuovo piano introdotto solo in sede di adunanza dei creditori, all'esito del voto contrario dell'A.F. alla proposta di transazione fiscale, bensì dell'alternativa operatività del piano, che *“garantisce la fattibilità anche in ipotesi di non adesione alla transazione fiscale”* (pag. 5 memoria 8.10.2015), descritta dalla proponente sin dal 2.7.2014. In sostanza la proponente sostiene che detta ipotesi alternativa (rispetto alla transazione fiscale) di soddisfazione dei creditori era già enucleata nella proposta concordataria oggetto di ammissione, in quanto esplicitata nella memoria 2.7.2014 (paragrafo b), pag. 3 e seguenti): *“i numeri di seguito ricostruiti non costituiscono un nuovo piano di concordato, ma vogliono rappresentare ai creditori le conseguenze sul piano originariamente proposto del diniego alla transazione fiscale da parte delle agenzie fiscali”* (pag. 13 memoria 4.11.2015). In sostanza – si ribadisce – Alfa sostiene che il piano di concordato prevede che in caso di diniego alla transazione fiscale il debito erariale venga soddisfatto in qualità di chirografario (salvo la parte comunque soddisfatta al 100% di cui si è detto).

Il CG nella propria nota finale sostiene invece che la memoria 4.11.2015 della proponente integra a tutti gli effetti un nuovo piano, con nuove percentuali di soddisfazione e nuova formazione di classi, che diventerebbero due e non tre ed in particolare riserverebbero identica soddisfazione alle prime ex classe I e II.

Il problema che al riguardo deve porsi il Tribunale è se detta ipotesi (non di soddisfazione dei creditori chirografari ma) di declinazione del piano, con qualificazione chirografaria della maggior parte del debito erariale, fosse effettivamente enucleata come parte del piano di concordato proposto dalla società ed oggetto di ammissione. Ovvero deve essere chiarito se davvero possa affermarsi che la proposta di concordato sottoposta da Alfa ai suoi creditori recitasse: se la proposta di transazione fiscale, che prevede la falcidia al 36% del credito erariale, ottiene il voto favorevole dell'A.F., i creditori chirografari otterranno la soddisfazione del 19,3% del loro credito; se invece il voto alla transazione fiscale sia negativo, la soddisfazione spettante ai chirografi sarà ugualmente del 19,3%, perché la gran parte del debito erariale non riveste natura privilegiata quindi sarà soddisfatto quale credito chirografario nella medesima percentuale.

Con riferimento a questo aspetto il CG nella propria ultima nota afferma che non sarebbe stato formulato dalla proponente un vero e proprio piano dei pagamenti basato sulla natura chirografaria della maggior parte del debito erariale, non essendo stata formulata ai creditori una proposta che degradasse tutto il debito erariale ma essendo stata prospettata l'alternativa esposta solo al fine di dimostrare la convenienza della transazione fiscale. Tanto è vero che la stessa descrizione del passivo, prima della proposizione della proposta ai creditori, indicava il monte debiti erariale come privilegiato.

Il Tribunale deve chiarire sin d'ora di non condividere l'impostazione della proponente: la proposta formulata da Alfa ai creditori ed oggetto del provvedimento di ammissione prevedeva una sola ipotesi, ovvero la valorizzazione del debito erariale quale debito privilegiato e la sua falcidia quale conseguenza (solo) della transazione fiscale.

Giova al riguardo partire dall'(articolato) iter procedimentale che ha condotto al provvedimento di ammissione del concordato.

Il piano depositato da Alfa allo scadere del termine concesso ex art. 161/VI (quindi il piano iniziale) prevedeva la falcidia del debito erariale ai sensi dell'art. 160/II (quindi per incapacienza del patrimonio immobiliare): detto debito era qualificato (per lo più) come privilegiato mobiliare con sussidiarietà sugli immobili.

La falcidia veniva però giustificata con un ragionamento particolare: ovvero la soddisfazione del credito privilegiato veniva paragonata con l'ipotetica soddisfazione in sede fallimentare, ove la società ipotizzava la liquidazione del patrimonio immobiliare con un ricavo attivo inferiore del 30% circa rispetto a quanto veniva prospettato in sede di concordato (si vedano piano ed attestazione depositati il 22.3.2014). Quindi il credito privilegiato con sussidiarietà sugli immobili veniva falcidiato non perché in sede di concordato non sarebbe stato incassato attivo immobiliare sufficiente alla soddisfazione, bensì in quanto nell'alternativa sede fallimentare – sosteneva la proponente – l'attivo ricavabile dalla liquidazione del compendio immobiliare sarebbe stato inferiore di circa il 30%.

Evidenziate dal Tribunale alcune criticità in ordine al concreto operare della falcidia ex art. 160/II invocata dalla proponente (la valutazione di capienza o meno degli immobili andava condotta tenendo conto del presumibile risultato in sede di concordato e non di fallimento, intendendosi vendere gli immobili in sede di concordato), la società modificava parzialmente la proposta nella propria successiva memoria 19.5.2014: Alfa annunciava di volersi valere della transazione fiscale, cosicché la previsione di pagamento del debito erariale rimaneva numericamente invariata, prevedendosi una decurtazione della soddisfazione erariale grazie all'operare del meccanismo transattivo.

Solo a seguito della successiva notazione del Tribunale, che chiariva (a scanso di equivoci) che il voto contrario alla transazione avrebbe impedito la falcidia del debito erariale privilegiato, anche in presenza di voto favorevole al concordato della maggioranza dei creditori chirografari, la società ha introdotto la questione della natura non privilegiata del debito erariale (memoria 2.7.2014).

Il lungo excursus che precede vale a chiarire che il debito erariale descritto in piano è stato ab origine indicato dalla società come privilegiato: tanto è vero che se ne proponeva la falcidia invocando l'incapienza dei beni oggetto di garanzia ex art. 160/II, istituto necessariamente connesso alla natura privilegiata del credito; nella successiva memoria di maggio 2014 il debito veniva proposto come falcidiato a seguito di transazione e non in quanto equiparato al debito chirografario; solo nella seconda parte dell'ultima memoria di luglio 2014 viene trattata la questione della natura chirografaria di gran parte del debito erariale, peraltro dopo avere affermato la società di non volere *“prefigurare un piano alternativo”* (pag. 2: quando invece la previsione di trattamento di un credito come chirografario invece che privilegiato, pur invariata la percentuale destinata ai chirografari, configura un piano diverso).

Ora, il piano di concordato deve essere completo e perfettamente comprensibile ai creditori, ed al Tribunale innanzitutto, che ne deve vagliare l'ammissibilità. *“In tema di concordato preventivo, il controllo del tribunale va effettuato sia verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire*

elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta” (Cass. n. 13083/2013): *“il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti”* (Cass. 11497/2014). Il Tribunale quindi nel piano deve verificare quale presupposto di ammissibilità del concordato la corretta formazione di attivo e passivo e la corretta indicazione delle modalità di pagamento dei creditori; in particolare, quanto al passivo deve verificare la corretta qualificazione della natura privilegiata o chirografaria dei crediti ed il rispetto delle cause di prelazione nella prospettazione della soddisfazione dei creditori; in secondo luogo il Tribunale deve verificare la completezza di informazione a supporto del piano proposto.

Nel caso di specie la previsione di trattamento chirografario del debito erariale interviene – si è detto - solo nella seconda parte della terza memoria del 2.7.2014, in risposta ad un richiamo del Tribunale in ordine all'effetto preclusivo sulla falcidia al debito erariale rappresentato dal voto negativo alla transazione fiscale. Alfa da pag. 3 a pag. 6 di detta memoria spiega perché a suo avviso il debito erariale non vanta natura privilegiata, concludendo: *“per quel che riguarda gli accessori a omessi versamenti di ritenute, si precisa altresì che, in via prudenziale, le omissioni relative all'anno di imposta 2011 sono state considerate tutte con collocazione sussidiaria sugli immobili: la scrivente si riserva peraltro di meglio precisare detto importo, in particolare distinguendo quanto sorto nei mesi precedenti l'entrata in vigore del D.L. 98/2011 (che degradano a chirografo) da quelli sorti dopo l'entrata in vigore di detto provvedimento”* (pag. 6).

Ebbene, una (seconda) memoria di chiarimenti sul piano, prodromica quindi all'ammissione del concordato (la cui domanda risaliva a quasi un anno prima), che si conclude con una riserva in ordine ai numeri, davvero non può essere intesa come un'integrazione al piano e quindi un'integrazione della proposta ai creditori. Il piano deve essere completo nei numeri, altrimenti diviene impossibile il vaglio di ammissibilità demandato al Tribunale. Ecco perché la memoria in esame è stata intesa come una memoria difensiva illustrativa, cui non poteva essere attribuito valore integrativo del piano di concordato.

D'altra parte l'attestazione allegata al piano, sia nella versione originaria (pag. 43 attestazione 24.3.2014) che nelle integrazioni successivamente depositate, non tratta mai il debito erariale come chirografario (salvo che per il ridotto importo di € 179.000), ma lo qualifica come privilegiato, circostanza che conferma che il piano di concordato prevedeva la qualificazione del debito erariale (esclusivamente) come privilegiato. Né un'attestazione integrativa fu depositata con la memoria 2.7.2014: e certo sarebbe stata necessaria in caso la proponente avesse inteso così modificare la qualificazione del debito erariale (e del resto ci si deve domandare come potesse lo stesso attestatore qualificare chirografario il debito che aveva attestato come privilegiato solo tre mesi prima). Cosciché anche sotto questo profilo l'intenzione di Alfa di formulare una integrazione alla proposta di concordato non era per nulla chiara, visto che mancava di un elemento essenziale.

Infine, la stessa proposta di transazione fiscale del 23.5.2014 (all. 8 alle ultime note del CG) non menziona tra i vantaggi della transazione il fatto di evitare l'alternativo trattamento del credito come chirografario in sede concordataria ed anzi precisa che la percentuale ed i tempi di pagamento

prospettati “non sono inferiori a quelli che sono offerti (...) ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore” (pag. 4), presupponendo quindi il trattamento privilegiato del debito su cui veniva formulata la proposta di transazione.

Quindi la conclusione sul punto è che Alfa non ha proposto un piano che prevedesse il pagamento chirografario del debito erariale in caso di voto negativo alla transazione fiscale proposta (e ciò a prescindere da ogni valutazione di ammissibilità di tale ipotetico piano alternativo, su cui si veda al paragrafo successivo). Pertanto, dovendosi pagare il debito erariale in maniera integrale in quanto privilegiato, il piano in assenza di transazione fiscale non “tiene”, non residuando alcunché per la soddisfazione dei creditori chirografari.

Poiché la “*sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari*” (Cass. n. 11497/2014) è un requisito di ammissibilità del concordato, una volta che venga meno la possibilità di soddisfazione risulta integrata una causa di inammissibilità della procedura, che il Tribunale ha il dovere di rilevare in qualsiasi momento e che impone la revoca del provvedimento di ammissione ai sensi dell’art. 173/III (“*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato*”).

Il vulnus all’informazione dei creditori e la “dubbia regolarità” dell’adunanza dei creditori

Alfa ha poi sostenuto che l’omissione del riferimento alla memoria 2.7.2015 nella relazione del CG ed il fatto che la stessa non sia stata inserita tra gli allegati alla relazione avrebbe pregiudicato un “*voto realmente informato*” dei creditori ed in particolare del creditore Erario (verbale udienza 12.11.2015): ha quindi chiesto l’integrazione della relazione ex art. 172 e la nuova convocazione dell’adunanza per l’espressione di un voto informato. Nella memoria 5.11.2015 la società ha infatti precisato che la nota 2.7.2015 avrebbe fornito all’A.F. più elementi sulla cui base condurre le proprie valutazioni in ordine al voto favorevole o contrario da rendere alla proposta di transazione fiscale, spiegando che l’utilità della transazione consisteva anche nel “*superamento della questione della collocazione privilegiata o chirografaria dei crediti; e che il voto contrario alla transazione fiscale avrebbe aperto l’assai concreta possibilità di una collocazione in chirografo nel concordato o nell’eventuale fallimento*”.

La questione dell’informazione ai creditori assume nella costruzione generale dell’istituto concordatario valore essenziale, giacché il voto dei creditori idoneo a condizionare la minoranza dissenziente può valere quale pilastro dello strumento a condizione che si tratti di un voto informato.

L’informazione ai creditori trova plurime sedi di espressione nel procedimento di concordato: si è già detto che l’adeguata informazione ai creditori è presupposto di ammissibilità del concordato, quindi deve essere in primo luogo fornita dal proponente il concordato. Una prima informazione del proponente ai creditori viene garantita con la trasmissione della proposta da parte del CG, secondo le indicazioni fornite dal Tribunale quando pronuncia il provvedimento di ammissione; l’informazione “terza” viene poi assicurata dal CG nella sua relazione ex art. 172; infine, sull’informazione ai creditori può ancora intervenire il proponente in sede di adunanza ex art. 175, ove la sua partecipazione è obbligatoria.

In particolare l'art. 172 stabilisce che il CG redige *“una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori”*, illustrando altresì *“le utilità che, in caso di fallimento”* siano recuperabili. Ebbene, è già stato escluso che la previsione di pagamento in qualità di chirografario (della maggior parte) del debito erariale integrasse il piano di concordato quale modalità di soddisfazione dei creditori (ed in particolare del creditore Erario) per l'ipotesi di voto sfavorevole alla transazione fiscale: resta da verificare se la tesi difensiva di Alfa avesse comunque valore rilevante o per configurare l'alternativa soddisfazione in caso di fallimento o comunque per meglio descrivere la qualificazione del credito e quindi il rischio per l'A.F. di contestazioni in ordine al pagamento del debito erariale.

Ritiene infatti il Collegio che l'omissione della precisazione di Alfa sia davvero idonea ad inficiare la corretta informazione ai creditori esclusivamente se abbia ad oggetto questioni rilevanti ai fini del voto: quindi, nel caso in esame, se riguardi valutazioni giuridicamente corrette in ordine al trattamento dei crediti della società in concordato. Nel senso che ciò che potrebbe rilevare ai fini della completa informazione ai creditori non è la notizia in ordine al fatto che Alfa ritenga che in caso di mancata approvazione della transazione quel credito erariale andrebbe trattato per lo più quale chirografario, bensì la notizia in ordine alla effettiva natura chirografaria della maggior parte del debito oggetto di transazione fiscale: ovvero, ciò che rileva non è la tesi difensiva di Alfa in ordine alla natura del debito erariale, quanto la sua effettiva natura chirografaria o privilegiata. Anzi, riferire ai creditori la tesi di Alfa, qualora questa non risultasse giuridicamente convincente, sarebbe solo apparentemente tutelante l'esigenza di informazione, ma in realtà fornirebbe ai creditori un'informazione parzialmente erronea e pertanto inidonea a tutelare l'effettivo esercizio del diritto di voto.

Va detto sin d'ora che gli argomenti sviluppati dalla proponente a sostegno della natura chirografaria del credito erariale non paiono al Tribunale convincenti.

Sotto un primo profilo Alfa sostiene che *“per i crediti sorti anteriormente al D.L. n. 98/2011 resta ferma la previgente disciplina”* (pag. 4 memoria 2.7.2015), giacché la natura privilegiata sarebbe stata introdotta dall'art. 23, commi 37-40, di detta normativa: poiché il comma 37 ed il comma 40 sono stati dichiarati incostituzionali con sentenza n. 170/2013, analoga sorte – prosegue la società - dovrebbe toccare al comma 39, *“identico per ratio e tenore all'ultimo periodo del comma 37, dichiarato costituzionalmente illegittimo, e del pari interconnesso con il comma 40”*.

Ebbene, la Corte Costituzionale con la citata sentenza ha affermato che *“la disciplina censurata (...) consente di applicare il nuovo regime dei privilegi erariali anche nelle procedure fallimentari in cui lo stato passivo esecutivo sia già divenuto definitivo, superando il cosiddetto giudicato “endofallimentare”. Di conseguenza essa non solo ha portata retroattiva, ma altera altresì i rapporti tra i creditori, già accertati con provvedimento del giudice ormai consolidato dall'intervenuta preclusione processuale, favorendo le pretese economiche dello stato a detrimento delle concorrenti aspettative delle parti private”*.

Quindi la Corte Costituzionale ha individuato uno specifico motivo di illegittimità costituzionale della norma non tanto nella sua natura

retroattiva, non essendo la retroattività delle norme tributarie vietata dalla Carta Costituzionale, bensì nel fatto che la retroattività “*contrastata con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti*”, in ragione dei quali la stessa Corte “*ha individuato una serie di limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi*”, tra cui: “*il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette sul divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*”. Richiamando poi i principi esposti in materia dalla CEDU, la Corte Costituzionale ha ricordato che per la Corte di Strasburgo “*il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo*” di regola “*ostano (...) all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia*”; “*viceversa lo stato del giudizio ed il grado di consolidamento dell’accertamento, l’imprevedibilità dell’intervento legislativo e la circostanza che lo Stato sia parte in senso stretto della controversia sono tutti elementi considerati dalla Corte europea per verificare se una legge retroattiva determini una violazione dell’art. 6 della CEDU*”.

In sintesi, la previsione di natura retroattiva di una norma è incostituzionale in quanto – in assenza di interessi di rango costituzionale da tutelare – idonea ad incidere sull’esito di un procedimento giudiziale, in ordine al quale le parti abbiano maturato una aspettativa giustificata dal panorama normativo preesistente.

Ebbene, così ricostruito l’insegnamento della Corte Costituzionale, non ritiene il Tribunale che i principi esposti possano condurre a negare in assoluto la natura retroattiva della norma menzionata, neppure in via di interpretazione costituzionalmente orientata.

Nel caso di specie, infatti, nel 2011 non vi era alcun procedimento giudiziale pendente, con riferimento al quale Alfa avesse fatto affidamento sulla natura chirografaria di parte del debito erariale: la società non solo non era alle prese con l’esecuzione di un concordato omologato che avesse qualificato come chirografario detto debito, ma non aveva neppure formulato una domanda di concordato. La proponente ha depositato la propria domanda di concordato nell’autunno 2013 e successivamente articolato la propria proposta quando il panorama normativo in ordine alla natura privilegiata del debito per accessori maturato anteriormente al 2011 era ben consolidato, quindi non può dolersi di alcun tradimento del proprio affidamento.

Ne consegue che ad avviso del Tribunale quei crediti anteriori al d.l. 98/2011, cui la proponente vorrebbe attribuire natura chirografaria, hanno ex lege natura privilegiata: si tratta dell’importo di € 7.074.000 circa. Cosicché l’informazione in ordine alla contraria tesi difensiva sostenuta dalla società non assumeva funzione rilevante ai fini informativi, giacché aveva ad oggetto la prospettazione di un trattamento dei creditori che non sarebbe stato condiviso dal Tribunale né in sede di concordato né in sede di fallimento della proponente. Nella prima ipotesi il Tribunale infatti non avrebbe ammesso il concordato se Alfa avesse proposto sulla base delle argomentazioni esposte la soddisfazione di quel credito in via meramente chirografaria e quindi falcidiato; nel secondo caso il Tribunale, di fronte ad una richiesta dell’Erario di ammissione del

credito in via privilegiata, non avrebbe ammesso al passivo del fallimento il credito erariale per accessori in via chirografaria affermando l'illegittimità della previsione normativa retroattiva.

Sotto altro profilo Alfa invoca la natura chirografaria del debito doganale, atteso che il privilegio generale (equiparabile all'iva) preteso dall'Agenzia delle dogane sarebbe stato attribuito al credito in esame solo dall'art. 2783ter c.c., introdotto nel 2012 e quindi inapplicabile ai dazi maturati prima di detta data, dovendosi escludere l'efficacia retroattiva della norma. La tesi della irretroattività della norma in esame, che non è definita tale dalla legge, è condivisa dal Tribunale: per brevità di esposizione vale richiamare il precedente Trib. Padova 3.4.2014, www.ilcaso.it.

Senonché non considera al riguardo la proponente come, prima dell'entrata in vigore dell'art. 2783ter c.c. il credito in esame godesse comunque di natura privilegiata: si trattava di un credito munito di privilegio speciale mobiliare sui beni oggetto di transazione commerciale ai sensi dell'art. 2758 c.c.

Una volta che Alfa proponga in piano il pagamento del debito in via privilegiata (sul contenuto del piano al riguardo si è già detto), nulla riferisca in ordine ai beni oggetto del privilegio speciale né alleggi una relazione ex art. 160/II al fine di giustificarne il pagamento falcidiato (ma si è già detto che detta falcidia non era prevista in piano), il debito va necessariamente pagato integralmente, secondo gli insegnamenti della Suprema Corte (Cass. n. 24970/2013), oltre che in coerenza con la stessa proposta della società.

Non convince neppure la replica di Alfa sul punto, per cui il trattamento chirografario del credito privilegiato speciale in esame, una volta escluso il privilegio generale, risulterebbe giustificato in ragione del fatto che la stessa Agenzia delle dogane ha invocato il solo privilegio generale e non il privilegio speciale sui singoli beni.

A parte il fatto che – si ribadisce – è la società proponente che ha formulato un piano ove prevedeva la qualificazione privilegiata del credito, Alfa non considera che il procedimento di concordato non si sviluppa secondo le regole proprie del contenzioso, ed in particolare in applicazione del principio della domanda; i creditori infatti non sono “controparte” dell'imprenditore che propone il concordato, ma coloro cui l'imprenditore propone un accordo contrattuale per la falcidia e dai quali deve ottenere il consenso per detta falcidia, sulla base di una informazione piena, chiara e trasparente.

Nel procedimento di concordato quindi il debitore espone tutti i propri debiti e spiega come intende pagarli ed il Tribunale deve d'ufficio valutare la corretta qualificazione di quei crediti, la legittima modalità di pagamento e la fattibile prospettiva di soddisfazione. In ordine alla corretta qualificazione va del resto sottolineato come la natura privilegiata eventualmente pretermessa in sede di ammissione possa essere invocata dal creditore anche dopo l'omologa del concordato, non ricorrendo nella procedura concorsuale in esame la preclusione connessa all'accertamento dei crediti: ecco perché il fatto che in sede preammissione il creditore abbia invocato una determinata qualificazione del credito non appare dirimente, ben potendo ridiscutersi la questione anche in fase successiva e dovendo comunque il concordato garantire adeguata capienza.

Il problema dell'iniziativa del creditore può quindi porsi solo per quei crediti per i quali debbano essere dimostrati i requisiti di fatto per il riconoscimento del privilegio (es. privilegio artigiano), ma non per quei crediti ove la natura privilegiata o meno dipende dalla mera applicazione di una norma di legge. Cosicché di fronte ad un credito privilegiato mobiliare speciale, ove il debitore proponente non deduca ed attesti l'inesistenza dei beni su cui insiste il privilegio, in fase di ammissione e poi di adunanza è il Tribunale che d'ufficio deve verificare che il credito sia trattato come privilegiato e gli sia assicurata integrale soddisfazione. In assenza di modifica al piano, che poteva essere introdotta fino al momento di apertura delle operazioni di voto, l'adunanza è infatti il momento finale in cui il Tribunale deve distinguere i creditori privilegiati dai creditori chirografari al fine della corretta compilazione degli elenchi dei creditori aventi diritto al voto.

In conclusione sul punto, al credito in esame in seno al concordato va riconosciuta la natura di credito con privilegio speciale mobiliare ed in assenza di relazione ex art. 160/II non ne è ammissibile la falcidia, ma ne deve essere previsto il pagamento integrale: cosicché anche l'informazione sulla difesa resa sul punto da Alfa non era utile ai fini del voto.

Per completezza va segnalato come, differentemente da quanto osservato in ordine alla natura retroattiva della novella del 2011, nel caso di specie il credito doganale avrebbe presumibilmente subito un trattamento diverso in sede fallimentare, giacché in assenza dei beni su cui insiste il privilegio gli art.li 54 e 93 giustificerebbero l'ammissione del credito al passivo in via chirografaria e non privilegiata: si pone a questo punto il problema di verificare se l'omissione dell'informazione in esame nella relazione ex art. 172 fosse idonea a pregiudicare irrimediabilmente una corretta informazione al creditore Erario.

Ritiene il Tribunale di dover dare risposta negativa al quesito. In primo luogo perché l'art. 172 stabilisce che il CG debba illustrare ai creditori le "utilità" traibili dal fallimento: non è invece previsto che debbano essere scandagliate tutte le alternative soddisfazioni dei singoli crediti nell'alternativa ipotesi fallimentare. In secondo luogo perché è anche onere della società proponente, la cui presenza – si è già detto – è obbligatoria all'adunanza, fornire i chiarimenti e le repliche necessari al contenuto della relazione 172, in modo da instaurare un diretto confronto con il creditore interessato alla specifica informazione: cosicché la piena informazione è comunque assicurata dal sistema procedimentale, sia attraverso il CG sia attraverso la presenza della proponente.

Nel caso di specie Alfa ha depositato una propria memoria in replica alla relazione ex art. 172 del CG, ha dedotto sul punto in adunanza e nulla ha obiettato all'apertura delle operazioni di voto.

La causa di revoca del concordato

Da tutto quanto esposto fino ad ora deve desumersi che non vi sono ragioni per disporre l'integrazione della relazione del CG e riconvocare i creditori per l'adunanza. Deve quindi prendersi atto del fatto che la mancata approvazione della transazione fiscale non consente al concordato di soddisfare neppure in minima parte i creditori chirografari, cosicché si è verificata una causa di inammissibilità del concordato, che da sola impone la revoca del provvedimento di ammissione ai sensi dell'art. 173 u.c.

Deve peraltro il Tribunale verificare se dagli elementi acquisiti emerga un'ulteriore causa di revoca del medesimo provvedimento.

La questione dell'alienazione immobiliare nell'imminenza della domanda di concordato

Il CG a pag. 96 della propria relazione ex art. 172 riferisce che Alfa è stata proprietaria fino all'1.10.2013 di un immobile acquistato nel 2006 per \$ 1.818.772, sito a Manhattan, New York: ovvero 45 giorni prima del deposito della domanda di concordato in bianco. Detto bene è stato trasferito in data 1.10.2013 alla signora D Verde, già socia e consigliere del cda di Alfa nonché compagna del liquidatore P Rossi, senza diretto incasso del prezzo.

Premesso infatti un costo storico al 2007 di € 1.610.000 ed un valore residuo da ammortizzare all'1.10.2013 di € 1.186.549, il prezzo risulta così pagato: l'acquirente Verde si è accollata il mutuo ipotecario gravante sull'immobile per residui € 355.000 ed ha compensato i propri controcrediti nei confronti di Alfa per complessivi € 795.000; detto importo trae origine per € 74.000 circa da "nota spese" amministratore Verde e per € 721.568 da "finanziamento socio Verde"; quanto a detto ultimo importo, il finanziamento ammontava fino alla data del trasferimento immobiliare ad € 420.000 circa e sale per effetto dell'accollo da parte della Verde del debito di Alfa verso Sifin s.r.l, che vede quale amministratore unico P Rossi e soci al 5% lo stesso Rossi ed al 95% tale SG Holding gmbh con sede in Austria (gli importi riferiti risultano dalle scritture di Alfa, allegata alla relazione 172).

Il CG ipotizza che l'operazione, in prossimità dell'accesso alla procedura di concordato, abbia determinato un depauperamento della società per circa € 1.000.000 andando a compensare crediti di natura chirografaria della socia ed ex amministratrice D Verde in maniera preferenziale rispetto agli altri creditori; da tale condotta sarebbe altresì discesa una responsabilità dell'amministratore nei confronti dei creditori della società. Dette circostanze, non adeguatamente evidenziate dalla proponente né dall'attestatore, configurerebbero fatto rilevante ai sensi dell'art. 173 per la revoca dell'ammissione del concordato.

Alfa replica sul punto che l'alienazione effettuata dalla società alla signora D Verde non può dirsi occultata dalla proponente il concordato "*in quanto desumibile dalla documentazione allegata alla proposta*": nel caso di specie la vendita risultava dal libro giornale e la circostanza era stata evidenziata nell'attestazione, cosicché non si configurerebbe una "scoperta" da parte del CG. Quanto poi alla responsabilità dell'amministratore, oltre a negarne i presupposti la proponente evidenzia come P Rossi non abbia più alcun cespite idoneo a garantire il credito milionario ipotizzato dal CG.

Ebbene, partendo dalla norma astrattamente applicabile alla fattispecie, l'art. 173 per la parte che interessa stabilisce che:

"(primo comma) Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. (...)

(terzo comma) *Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti (...) diretti a frodare le ragioni dei creditori (...)*".

Preme a questo punto richiamare i principi fondamentali affermati dalla Suprema Corte in ordine ai presupposti di revoca del concordato.

La giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare che gli atti rilevanti ai sensi dell'articolo 173 primo comma hanno sicuramente natura fraudolenta, ma che non possono essere condotti alla norma tutti gli atti fraudolenti. La norma va infatti armonizzata con il sistema, che ha soppresso dai presupposti di accesso alla procedura di concordato preventivo il requisito della meritevolezza nonché tutti i requisiti di natura etica (in tal senso Tribunale di Milano 28/4/2011, in www.ilcaso.it).

In primo luogo va evidenziato come non assuma automatico rilievo nella qualificazione di atto fraudolento ai sensi dell'articolo 173 l'idoneità o meno dell'atto a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori: ovvero l'atto distrattivo non è automaticamente atto fraudolento ai sensi dell'articolo 173 e d'altro canto l'atto non pregiudizievole sotto un profilo economico non è necessariamente neutro ai fini della revoca del provvedimento di ammissione. Basti al riguardo considerare che l'art. 173 menziona tra le condotte sanzionabili con la revoca del provvedimento di ammissione anche l'esposizione di passività insussistenti, che evidentemente non è una condotta idonea a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori, atteso per l'appunto che si tratta di esporre debiti inesistenti, che quindi non saranno pagati in sede di esecuzione del concordato.

Questa stessa considerazione aiuta però a comprendere quale sia la ratio della norma.

L'esposizione di passività insussistenti infatti, se non è idonea a distrarre attivo, è assolutamente idonea ad alterare la formazione della volontà in capo ai creditori. L'aumento fittizio del passivo, infatti, induce i creditori a ritenere del tutto svantaggiosa qualsiasi alternativa alla proposta di concordato e quindi ad alterare il percorso logico che conduce alla determinazione del voto.

Cosicché la Corte di Cassazione è giunta a chiarire che *"l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere accertato dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso scoperto essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori"*: e ciò alla luce della stessa espressione testuale dell'articolo 173, primo comma, da interpretarsi secondo il primo criterio ermeneutico dell'interpretazione letterale della norma (articolo 12 preleggi).

Inoltre l'atto di frode è quello dotato di una *"attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione"*: *"in altri termini, si tratta di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possono compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa"* (in motivazione Cass. n. 13817/2011).

In conclusione atti di frode ai sensi dell'articolo 173 non sono gli interventi sul patrimonio del debitore, *"ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio"* (ibidem; in termini si legano anche Appello

Milano 29/6/2011, Appello Venezia 24/11/2011, Appello Torino 21/5/2013: tutte pubblicate in www.ilcaso.it).

Principio che va ulteriormente precisato nel senso che *“nell’interpretazione letterale e sistematica del riferimento agli atti accertati dal commissario, l’art. 173, 1° comma 1.f. non esaurisce il suo contenuto precettivo nel richiamo al fatto “scoperto” perché ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi “accertato” dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente”* (in motivazione Cass. n. 9050/2014).

Nel caso in esame si pone quindi il problema in primo luogo di verificare se le due circostanze (alienazione immobiliare e responsabilità amministratore) siano astrattamente idonee a configurare fatti rilevanti ai sensi dell’art. 173, primo comma: ovvero ipotesi di occultamento di attivo; in secondo luogo, in caso di risposta affermativa, di verificare se dette circostanze fossero già oggetto di informazione da parte della proponente o siano state “scoperte” dal CG.

Ritiene il Collegio che la risposta debba essere affermativa ad entrambi i quesiti.

Sotto un primo profilo l’alienazione immobiliare un mese e mezzo prima rispetto alla domanda di concordato senza alcun introito da parte dell’alienante ha indubbiamente rappresentato un depauperamento per la società: si discute di un immobile acquistato per € 1.600.000 circa e valorizzato al momento della transazione nel 2013 € 1.186.549 circa; anche detraendo il mutuo residuo per € 355.225, residua un valore di € 831.324, che di fatto è andato a compensare un credito chirografario (quando non almeno in parte postergato per la parte “finanz.to socio Verde” 2010-2013, come recitano le scritture della società) di un solo creditore.

La tesi di Alfa per cui parte di questo debito assumerebbe natura privilegiata non appare rilevante ai fini della decisione: a parte che la questione è dubbia in diritto, trattandosi di un rimborso spese dell’amministratore, cosicché il riconoscimento del “privilegio lavoro subordinato” non appare così evidente, va sottolineato come si discuta di un importo di € 74.000 (la c.d. nota spese) rispetto al finanziamento rimborsato per € 721.000.

La società si difende al riguardo affermando che *“Alfa non avrebbe mai potuto conservare l’asset patrimoniale in oggetto”*, non potendo sostenere i pagamenti delle rate di mutuo, trovandosi *“in drammatica carenza di liquidità”*: cosicché sarebbe *“poco più che teorica l’affermazione per cui esso (il bene) sarebbe stato estromesso dal patrimonio aziendale senza nessun corrispettivo”* (memoria 8.10.2015, pag. 8).

La difesa non appare però pertinente: se anche sia vero che Alfa non era in grado di sostenere gli esborsi periodici per il pagamento delle rate di mutuo, l’alternativa era di mettere l’immobile sul mercato e trarne il giusto prezzo da immettere nelle casse della società e destinare poi ai creditori. Quindi non è vero che l’operazione risulta neutra per i creditori di Alfa: la società avrebbe potuto incassare una somma attorno ad € 800.000, mentre invece non ha incassato nulla, preferendo pagare un singolo creditore, che, anche prescindendo dall’ipotesi di postergazione, sulla base delle percentuali prospettate ai chirografi avrebbe invece

incassato dal concordato una somma di circa € 150.000 (e ciò a tacer del fatto che non è in effetti chiaro se l'accollo da parte della signora Verde del mutuo e del debito di Alfa verso Sifin, sulla cui origine nulla si sa, sia stato almeno liberatorio, quindi con sgravio della corrispondente posta passiva in capo a Alfa).

Ancora, non può seriamente affermarsi che il fatto “*che poi l'immobile sia stato ceduto a D Agnese Verde o a Pinco Pallino, è del pari poco più che una questione di gossip*” (pag. 9 memoria 8.10.2015): il Tribunale, vincendo una certa ritrosia ad entrare nelle vicende personali delle parti che nulla hanno a che vedere con le questioni di diritto, non può esimersi dal sottolineare nel caso in esame che la vendita dell'immobile della società alla compagna del liquidatore significa di fatto mantenerne la disponibilità in capo alle persone fisiche di riferimento nella società medesima. Tanto più che si parla di un appartamento (e non di un immobile commerciale o direzionale), che la stessa proponente riferisce essere oggetto di affitto solo per poche settimane l'anno, cosicché presumibilmente veniva utilizzato per soggiorni a New York di persone che gravitano attorno a Alfa: quindi, se il bene fosse stato venduto a Pinco Pallino sarebbe definitivamente uscito dalla disponibilità della società e dei soggetti che vi operano; nel momento in cui è stato venduto alla compagna del liquidatore, detta “uscita” non è avvenuta, ma le “persone fisiche” di riferimento nella società hanno mantenuto la disponibilità dell'appartamento, pur essendosene spogliata la società ed avendone perso i creditori i relativi vantaggi economici.

In questi termini si configura pertanto una ipotesi di occultamento dell'attivo: la situazione di diritto è radicalmente mutata a danno dei creditori, rimanendo invece invariata quella di fatto. Si tratta pertanto di una condotta della società su cui era doveroso informare i creditori, che hanno perso una fonte di soddisfazione dei crediti 45 giorni prima della proposizione della domanda di concordato e che hanno visto quella fonte di garanzia patrimoniale trasferita alla compagna del liquidatore.

Ne consegue che anche la prospettata azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore è circostanza che integra voci attive e che andava indicata in piano ed attestazione. Ancora una volta si tratta di una circostanza idonea ad influire sul giudizio dei creditori e quindi ad influenzare il loro voto (Cass. n. 13817/2011 e Cass. n. 3543/2014): e ciò basta ad integrare l'obbligo di disclosure.

È invero intuitivo che i creditori siano condizionati nell'espressione del voto sia dalle prospettive di diverso realizzo nell'alternativa fallimentare (in termini di azione di responsabilità o di revocatoria fallimentare) sia dalla stessa conoscenza dell'iter non pienamente rispettoso delle loro ragioni di credito che la società ha seguito appena prima di approdare alla soluzione concordataria (la “condotta del debitore” di cui alla relazione ex art. 172/I).

Il fatto che si tratti di mere prospettive di azione e non di diritti di credito già accertati non elide del resto detto obbligo: la valutazione concreta in ordine alle prospettive di recupero dell'eventuale pronuncia di revoca dell'alienazione e dell'eventuale pronuncia condannatoria in sede di azione di responsabilità è questione che non può certo essere sviscerata in questa fase. Ciò che rileva è prima di tutto il silenzio su circostanze rilevanti ai fini della formazione del consenso. Del resto, che il liquidatore non abbia beni utilmente aggredibili è una considerazione che la società poteva aggiungere nell'ambito di una piena disclosure: si è infatti

ampiamente detto in ordine alla ratio della fattispecie di revoca per c.d. atti in frode, che intende sanzionare non necessariamente il pregiudizio economico alle ragioni dei creditori, bensì il loro diritto ad una piena e trasparente informazione in ordine alle circostanze rilevanti ai fini della formazione del consenso per l'espressione del voto, informazione che deve prima di tutto essere assicurata dal proponente il concordato ed alla cui violazione l'art. 173 ricollega la "sanzione" della revoca dell'ammissione del concordato.

Indubbiamente l'informazione sulle questioni esposte nel caso di specie è mancata (e ciò a prescindere dalla valutazione delle ulteriori questioni evidenziate dal CG in ordine alla responsabilità per prosecuzione dell'attività dopo la perdita del capitale). Non può invero ritenersi informazione adeguata tale da assolvere agli obblighi di legge imposti all'imprenditore dall'art. 173 la scarna informazione fornita da Alfa, che purtroppo deve ritenersi addirittura fuorviante.

La difesa della proponente per cui vi sarebbe stata piena disclosure sui fatti evidenziati non tiene in adeguata considerazione l'insegnamento giurisprudenziale già citato, per cui i fatti rilevanti ai sensi dell'art. 173 non devono essere semplicemente menzionati, ma devono essere *"adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati"* (citata Cass. n. 9050/2014).

Sotto un primo profilo, il fatto che la circostanza dell'alienazione risultasse dal *"libro giornale"* (pag. 18 memoria 5.11.2015) non vale ad integrare adeguata informazione: la circostanza rilevante deve essere menzionata e spiegata in modo chiaro e completo dalla proponente nella propria proposta di concordato, indirizzata ai creditori. Non può pensarsi che l'obbligo di disclosure venga assolto semplicemente perché la circostanza emerge dalla documentazione contabile della società. A parte il fatto che dalle scritture contabili emerge la nuda circostanza dell'alienazione e non tutte le ulteriori circostanze ricostruite dal CG, la doverosa informativa ai creditori non può essere affidata all'esibizione di *"scatoloni"* di scritture contabili: i creditori, cui viene trasmessa la proposta di concordato e non certo la documentazione contabile della società, hanno diritto ad una chiara esposizione in ordine alle circostanze rilevanti e non alla messa a disposizione di copiosa documentazione su cui approntare una caccia al tesoro.

Sotto un secondo profilo, il piano depositato il 22.3.2014 riferiva al riguardo: *"nel corso del 2013 ... la società ha proceduto alla cessione di un immobile gravato da mutuo per alleviare il fabbisogno corrente, a fronte della crisi di liquidità, ed al contempo per realizzare un alleggerimento dell'esposizione debitoria complessiva"* (pag. 22).

Ebbene, la natura decettiva delle affermazioni è purtroppo lampante: se la generica informativa in ordine all'alienazione immobiliare si riferisce all'immobile di New York (nulla dice al riguardo Alfa e che l'immobile si trovi a New York o a Vigonza – a differenza di quanto sostiene la proponente - incide significativamente sulle prospettive di vendita), non vi è stato alcun alleggerimento dell'esposizione debitoria complessiva per far fronte alla crisi di liquidità: è vero che è stato estinto il debito per il mutuo, ma il sacrificio economico della società è stato ben superiore al valore residuo del mutuo, essendosi per il residuo valore immobiliare tacitato il cospicuo debito per finanziamento soci della signora Verde (oltre € 700.000). Tanto meno quindi è stata tutelata l'esigenza di *"alleviare il fabbisogno corrente"*: anzi, per tutto il procedimento ante

ammissione si è evidenziato nel confronto proponente-Tribunale come una delle più evidenti criticità fosse l'incapacità della società di far fronte alle obbligazioni correnti.

La proponente infine invoca per escludere la fattispecie di cui all'art. 173 l'informazione venuta al riguardo dall'attestatore.

Ora, a parte il fatto che l'obbligo di disclosure grava sul proponente il concordato e non sull'attestatore, in realtà neanche l'attestatore ha fornito adeguate notizie sulla vicenda riportata. L'attestatore riferisce: *“lo scrivente ha rinvenuto nel periodo esaminato operazioni che potrebbero avere in astratto le caratteristiche di cui sopra (ovvero atti revocabili o suscettibili di fondare responsabilità dell'amministratore) e il cui ipotetico beneficio per la massa creditoria, in caso di altrettanta ipotetica revocatoria fallimentare, potrebbero attestarsi non oltre euro 500.000”* (attestazione depositata il 22.3.2014, pag. 59). Ancora una volta la totale genericità della dichiarazione, incentrata non sul fatto in sé ma sulle eventuali conseguenze economiche, non integra la doverosa informazione ai creditori; di quali operazioni si discute, come viene ricostruita la somma di € 500.000: nulla dice al riguardo l'attestatore, che anzi, nella successiva integrazione depositata il 19.5.2014 afferma espressamente che *“non sono stati riscontrati comportamenti distrattivi né comportamenti che abbiano cagionato aggravamento del passivo”*.

Anche l'attestatore quindi omette di riferire le circostanze rilevanti ed anzi rende in ordine all'insussistenza di condotte distrattive affermazioni quanto meno discutibili.

Deve a questo punto trarsi la seguente conclusione: l'alienazione dell'immobile di New York un mese e mezzo prima della proposizione della domanda di concordato e con le specifiche modalità con cui si è perfezionata, unitamente al silenzio della proponente in ordine alla circostanza ed alla conseguente responsabilità dell'amministratore configurano condotte di occultamento dell'attivo rilevanti ai sensi dell'art. 173/I: risulta così integrata una seconda autonoma causa di revoca dell'ammissione del concordato.

Va pertanto revocato il provvedimento con cui è stato ammesso il concordato di Alfa.

Il PM comparso in udienza ha chiesto la declaratoria di fallimento della società nell'ipotesi in cui fosse revocato il provvedimento di ammissione: si provvede in tal senso con separata sentenza.

Tutto ciò premesso il Collegio

PQM

Revoca l'ammissione del concordato Alfa s.r.l. in liquidazione; manda al Commissario per la comunicazione ai creditori della circostanza della revoca e per le operazioni di chiusura della procedura.

Si comunichi alla società proponente al CG ed al PM.

Padova, 12.11.2015

Il Presidente

Maria Antonia Maiolino