

**LA “RAGIONEVOLE CERTEZZA” NEL POTER
“ASSICURARE IL PAGAMENTO”.**

NOTA ALLA SENTENZA

DEL TRIBUNALE DI TRENTO, SEZ. FALL., 12 MAGGIO 2016.

di

Alberto Matteazzi e Paolo Spellanzon

(Comitato di Redazione “F&S” – Gruppo di Studio sul “Concordato Preventivo”)

Con la modifica all’art. 160 L.F. (D.L. 83/2015), il Legislatore ha dato al concordato preventivo liquidatorio una nuova veste, concedendo ai creditori una più ampia “garanzia” di soddisfazione derivante da tale istituto rispetto al passato (concordati omologati con una minima percentuale al ceto chirografario).

Da tale modifica normativa, si desume che il Legislatore è più favorevole ad un concordato in continuità aziendale rispetto ad un concordato meramente liquidatorio (vedasi la mancata previsione di percentuale minima di soddisfazione nell’ipotesi di concordato in continuità).

Fino alla riforma, il punto fermo erano le regole fissate dalla sentenza n. 1521/2013 della Suprema Corte a Sezioni Unite, ossia “*nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti?*”.

Il quarto comma dell’art. 160 L.F. prevede, dopo la modifica, che “*la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari?*”.

La modifica ha interessato anche l’art. 161, il quale alla lettera e) prevede “*in ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore?*”. Pertanto, è chiaro che al creditore deve essere

assicurata da parte del debitore una prestazione che possa essere “economicamente valutabile”.

Si tratta di una prestazione patrimoniale, valutabile dal punto di vista economico.

Nell'ipotesi di concordato preventivo liquidatorio con classi, è già abbastanza pacifico che la percentuale di almeno il 20 per cento da corrispondere ai creditori chirografari deve intendersi con riferimento all'ammontare complessivo del ceto chirografario, con la possibilità, pertanto, di creare delle classi di creditori chirografari ai quali assegnare una percentuale inferiore al 20 per cento.

Sull'interpretazione del verbo “assicurare” si è concentrata, nelle more dell'entrata in vigore della nuova norma, soprattutto la dottrina, che si è pronunciata in modo anche distonico tra i vari interpreti.

Va detto, preventivamente sul punto, che, come già riportato nella Rivista del 2015, nel pregevole elaborato a cura della Commissione per le attività con il Tribunale, Gruppo di Studio sul concordato preventivo dell'Ordine dei Dottori commercialisti di Treviso, i commentatori, e non solo i primi a questo punto, sembrano quantomeno concordi sul fatto che la percentuale minima diventa parametro di riferimento nella valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione del concordato¹.

¹ In prima istanza si era espresso in tal senso G. BUFFETTI, *Il concordato con cessione dei beni dopo le novità introdotte dalla L. 132/2015*, in www.ilfallimentarista.it del 25/11/2015; dello stesso avviso, successivamente, anche S. MANCINELLI, *Soddisfazione dei privilegiati e “pagamento (minimo) assicurato” dei chirografari nel concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, il quale sostiene che “anche dopo l'omologazione, lo scostamento dalla percentuale minima assicurata dal debitore dovrebbe comportare la possibilità, da parte di ciascun creditore chirografario, di chiedere la risoluzione del concordato. Infatti, il secondo comma dell'art. 186 certamente stabilisce che il concordato non si può risolvere ogni qualvolta l'inadempimento abbia scarsa importanza, senza alcuna menzione del carattere cogente della percentuale indicata, sicché deve trattarsi di uno scostamento significativo rispetto alla prospettazione iniziale, ma tale scenario andrebbe rivisitato alla luce del fatto che (oggi) nel concordato liquidatorio sussiste una percentuale minima vincolante “da garantire”. D'accordo sul punto anche il Tribunale di Bergamo Seconda sezione civile che con la propria Circolare operativa n. 2/2016 afferma che “il pagamento del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari costituisce il parametro cui ancorare la valutazione di integrale adempimento della proposta, nonché la valutazione di non scarsa importanza dell'eventuale inadempimento”. Contrario invece ad una tale impostazione F. BATTAGLIA, *Il limite minimo del 20% nei concordati senza continuità ha modificato la natura del sindacato del Tribunale*, in “Euroconference” 30 novembre 2015.

Del resto, il limite del venti per cento ha rilevante impatto in sede di ammissibilità della procedura di concordato preventivo liquidatorio e il professionista incaricato di attestare il piano deve confermare la fattibilità del piano che preveda tale minima percentuale a favore del ceto chirografario.

Come in precedenza, accennato, quindi, il verbo “assicurare” può essere soggetto a diverse interpretazioni.

Un tentativo ermeneutico molto interessante sotto il profilo squisitamente esemplificativo di quali potrebbero essere i vari possibili significati della locuzione “assicurare” è stata fornita in ambito giurisprudenziale o “para-giurisprudenziale” da parte del Tribunale di Roma, che, nelle proprie “*Linee guida su talune questioni controverse*”², traendo spunto dalla “*imperfetta formulazione letterale della norma (che utilizza una espressione atecnica come quelle di “assicurare” il pagamento) e che quindi legittima, difatti, interpretazioni diverse*”, ha fornito diverse possibili alternative sulla valenza del verbo “assicurare” di cui all’art. 160 quarto comma L.F. (anche il Tribunale di Bergamo ha emesso in data 3 marzo 2016 una circolare operativa su tale argomento).

In particolare, hanno precisato i Giudici fallimentari capitolini, potrebbe ritenersi che “*assicurare*” significhi:

- a) garantire (in senso proprio) un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura una proposta di concordato in tanto sarebbe lecita solo in quanto contenga una previsione di pagamento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% accompagnata necessariamente dalla garanzia di un terzo;
- b) prevedere un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura non sarebbe stato introdotto alcun obbligo di pagamento di una percentuale dei crediti chirografari, ma più limitatamente, sarebbe stato adattato il previgente assetto nel senso che, se sino all’agosto del 2015 era sufficiente che la proposta prevedesse il pagamento di una percentuale non irrisoria dei crediti chirografari sulla base di un

² Pubblicato il 10.05.2016 (doc. 1078) in www.ilcaso.it.

- piano fattibile, oggi è necessario che la proposta preveda il pagamento di una percentuale non inferiore al 20%, sempre sulla base di un piano fattibile;
- c) rendere certo un pagamento non inferiore al 20%. Secondo questa lettura la norma non avrebbe introdotto alcun obbligo di pagamento, ma avrebbe disposto, per i concordati non in continuità, la necessità di una sorta di fattibilità rinforzata: assicurare nel senso di rendere certo il pagamento e non meramente fattibile secondo regole probabilistiche. Un pagamento potrebbe dirsi certo, in sostanza ed esemplificando, nei soli casi in cui la cessione dei beni ai creditori sia accompagnata anche da una proposta irrevocabile di acquisto da parte di un terzo (che assicuri, dunque, il realizzo quanto meno di quella somma) ovvero dall'assunzione di garanzia da parte di un soggetto diverso dal proponente;
- d) obbligarsi a un pagamento in misura non inferiore al 20%. Secondo questa interpretazione la norma avrebbe introdotto la necessità, per il proponente, di obbligarsi a pagare una determinata percentuale (non inferiore al 20%); il proponente non potrebbe dunque più obbligarsi alla sola cessione del patrimonio ai creditori prevedendo (senza farne, tuttavia, oggetto di uno specifico impegno) che dalla liquidazione possa raggiungersi una determinata percentuale di soddisfacimento dei creditori. La fattibilità (intesa quale prognosi favorevole di raggiungimento dell'obiettivo concordatario) dell'obbligo di pagamento verrebbe poi ad essere accertata secondo le ordinarie regole dettate dalla Suprema Corte nella nota sentenza a Sezioni Unite n. 1521/2013.

Va detto subito, eliminando ogni *suspence* sul finale, che il Tribunale di Roma, di fronte a tali opzioni interpretative, ritiene che si lasci preferire la tesi sub d) e ciò perché, secondo i Giudici romani, *“se è vero che il legislatore non ha utilizzato, nell'articolo 160, u.c., l.f. una espressione specifica come obbligarsi o impegnarsi a, la norma non può non essere letta in correlazione con la modifica apportata anche al successivo articolo 161 l.f., laddove, al comma 2, lett. d), si è previsto espressamente che “la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il*

proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”. In tale ultima disposizione si fa espresso riferimento ad un obbligo che il proponente deve assumere verso ciascun creditore a corrispondergli una utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Sembra esservi, dunque, un elemento letterale che possa maggiormente accreditare la tesi della introduzione di un vero e proprio obbligo di pagamento della percentuale minima di legge. A ciò può aggiungersi, come ulteriore argomento, quanto contenuto nella relazione di accompagnamento alla legge di conversione, nella quale si osserva come la modifica dell’articolo 161 ha la “finalità di evitare che possano essere presentate proposte che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di una utilità specifica per i creditori”. L’obiettivo della determinatezza del conseguimento di una utilità specifica può raggiungersi solo ritenendo vincolante per il proponente la percentuale offerta (diversamente rimessa esclusivamente, e senza responsabilità per il promittente, all’alea della vendita successiva) e, dunque, la soluzione interpretativa prescelta sembra anche quella maggiormente in linea con la ratio legis”.

Tale impostazione appare particolarmente rigorosa e potrebbe forse trovare attenuazione per i motivi infra specificati, mentre non pare potersi “sposare” l’ancor più rigorosa tesi esegetica prospettata dal dott. Saverio Mancinelli³ nel proprio saggio pubblicato nell’Osservatorio OCI, secondo il quale la proposta di concordato, nella locuzione “*deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell’ammontare dei crediti chirografari?*”, lascerebbe intendere che “*la stessa non può limitarsi a una pianificazione (attestata) di un verosimile adempimento minimo del 20%, dovendo invece contenere l’assunzione di una vera e propria certezza (assicurazione) o di un impegno con carattere vincolante. Quindi – seguendo tale impostazione dottrinale – le sorti evolutive di un concordato liquidatorio, per la percentuale minima indicata dalla legge, non possono più essere collegate al concetto di “verosimiglianza”, che statisticamente attiene ad una probabilità molto elevata, ma ad una “assicurazione”, ergo ad una probabilità del 100% che coincide con un evento certo. Ne consegue il venir meno di qualunque proponibilità, ammissione, approvazione ed omologazione di una procedura priva di continuità imprenditoriale, con pagamento “al di sotto del 20%” per i chirografari?*”.

³ S. MANCINELLI, *op. cit.*

Secondo l'autore, conseguentemente, *“l'utilizzo del verbo “assicurare” porrebbe, inoltre, dubbi sul ruolo del professionista che deve attestare la fattibilità di un piano finalizzato all'esecuzione di una proposta che assicuri un'indispensabile soglia minima di soddisfazione ; infatti la stessa denominazione di “piano”, quale strumento adottato al fine di ridurre il rischio di eventi futuri ed imprevedibili, non attiene il concetto di certezza, ma di elevata probabilità/verosimiglianza. Ne dovrebbe scaturire un'attestazione particolarmente “blindata” per il concordato liquidatorio, con la conseguenza che il professionista, pur effettuando una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati riportati nel piano, dovrà accentuarne il grado di “assicurazione”, non essendo sufficiente un'attestazione di elevata probabilità di un adempimento (minimo) del 20% dell'ammontare dei crediti chirografari”*.

Che il piano non possa limitarsi *“alla pianificazione di un verosimile adempimento minimo del 20%”* può essere anche un'opinione non contestabile, nel senso che la *“verosimiglianza”* tout court definita e non meglio qualificata pare essere un concetto giuridicamente debole, che, però, allora, si debba automaticamente passare, nel qualificare l' *“assicurazione”* dalla verosimiglianza alla certezza, pare essere un salto logico altrettanto *“senza rete”* e, francamente, eccessivo.

Come dev'essere quindi, seguendo tale logica, valorizzato il verbo *“assicurare”* di cui al quarto comma del novellato art. 160 L.F., nella sua più corretta interpretazione?

In questo senso, una volta sgombrato il campo dal retropensiero *“che il verbo assicurare significhi che il debitore debba rispondere anche per l'imponderabile”*, poiché *“in un concordato liquidatorio il proponente si obbliga ad assicurare la messa a disposizione dei beni, si obbliga ad assicurare una ragionevole valutazione degli stessi, ma non potrebbe mai eliminare l'alea connessa alle dinamiche del mercato”*⁴, cosicché, secondo taluni⁵, questa soglia del 20% sarebbe non vincolante, nel senso che il debitore non deve garantire il pagamento di detta percentuale, ma avrebbe appunto rilevanza solo quale parametro cui rapportare la gravità o meno che giustificerebbe la risoluzione del concordato a norma dell'art. 186 L.F., ci si può

⁴ Così, testualmente, F. BATTAGLIA, *op. cit.*

⁵ Discussione FALLCO, *Requisito del 20% ai chirografi nei concordati post riforma (19.04.2016)*, cit..

concentrare su quello che può essere inteso come vero significato del termine “assicurare”, muovendo dall’interpretazione ermeneutica del testo originario dell’art. 160 L.F. , quale più volte poi, in tempi anche non recenti, commentato dalla Corte Suprema⁶ e riproposto, nella sua piena accezione e conforme motivazione recentissimamente recata dal Tribunale di Trento, sez. fallimentare, Rel. dott.ssa M. Attanasio, nel decreto di inammissibilità del 12.5.2016, relativamente al concordato preventivo n. 4/2016.

Il Tribunale tridentino, riferendosi appunto al testo originariamente in vigore dell’art. 160 L.F. , nel quale si affermava che *“il giudizio concernente la sufficienza dei beni offerti dal debitore ad assicurare il soddisfacimento dei crediti nella misura prevista dalla legge, non deve muovere da mere congetture o da ipotesi arbitrarie e più o meno ottimistiche, ma deve poggiare su elementi seri e concreti, capaci di far sorgere la “fondata opinione”, intesa come “quasi certezza”, che in base all’id quod plerumque accidit la liquidazione dei beni stessi fornirà i mezzi necessari al predetto soddisfacimento”*, nella motivazione del decreto *de quo*, compie un’interessante disamina del significato della parola “assicurare” nella lingua italiana che significa appunto “rendere sicuro”, “rendere certa una persona riguardo ad un determinato fatto”, “affermare con sicurezza”, per cui – conclude il Collegio – *“non vi è dubbio che l’aggiunta del comma 4° al testo dell’art. 160 abbia una valenza non limitata alla fissazione di una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, ma legata, appunto, all’uso della locuzione “deve assicurare”, valenza che, avuto riguardo al significato proprio del termine adoperato (come sopra specificato n.d.r.) deve individuarsi nella necessità che l’attuazione del piano concordatario sia prospettata dal debitore, ed attestata dal professionista, **in termini di ragionevole certezza**”*.

Le parole “magiche”, che sembrano quindi poter costituire il faro di riferimento per gli interpreti, paiono essere quindi quelle della *“ragionevole certezza”* che debbono presidiare sia l’attività degli advisor nella redazione del piano concordatario, sia quella dell’attestatore nella sua attività di asseverazione dello stesso.

E non potrebbe essere altrimenti!

⁶ Cfr. Cass. 13.12.1969 n. 3936, Cass. 19.6.1971 n. 1921, Cass. 9.4.1988 n. 2809, Cass. 23.7.2007 n. 16215.

Lo stesso Ambrosini, tra l'altro componente della Commissione Rordorf sulla riforma delle procedure concorsuali, in uno dei primi commenti apparsi in dottrina subito dopo l'entrata in vigore della L. 132/2015⁷, seppur forse in termini leggermente meno sfumati e più perentori, commentava la norma novellata in questione, nel senso che, considerato che il sostantivo "obbligazione" ed il verbo "obbligarsi" sono tra i più usati nel linguaggio giuridico, sicuramente assicurare non significa semplicemente obbligarsi ma richiede un *quid pluris*, cioè che *"la proposta ma più propriamente il piano devono dare al creditore chirografario la certezza che dalla liquidazione dei beni si otterrà almeno la richiamata percentuale e cioè devono essere portati elementi concreti che rendano certo, in difetto di eventi assolutamente imprevedibili, che il risultato sarà raggiunto. Ciò equivale a dire che il piano e la conseguente proposta non potranno più essere affidati ad una generica previsione di ripresa del mercato o a valutazioni fatte sulla base di parametri svincolati dal mercato reale: se si prospetta che un immobile sarà venduto entro un certo tempo e ad un determinato prezzo non varranno più affermazioni sostanzialmente generiche o richiamo a valori statistici, ma si dovranno portare elementi concreti, quali rogiti recenti di immobili con le stesse caratteristiche ceduti al prezzo ipotizzato, promesse irrevocabili di acquisto, garanzie di interventi di terzi per integrare l'insufficiente realizzo et similia"*.

Nell'inciso dell'autorevolissima dottrina manca, a parere di chi scrive, solo l'aggettivo "ragionevole" quando si parla di "certezza". Diversamente non si comprenderebbe la necessità di fare riserva circa il verificarsi di eventi assolutamente imprevedibili che possano inficiare il risultato da raggiungere.

Si richiama sempre a tal proposito, un decreto del Tribunale di Padova sez. Fallimentare del 28.04.2016, rel. dott.ssa M.A. Maiolino, nel quale *"Ritiene il Collegio che il verbo "assicurare" vada inteso come sinonimo di impegno obbligatorio e non semplicemente descrittivo a formulare un proposta di concordato che preveda la cessione di beni tali da consentire un soddisfacimento del 20% per i chirografari, con ciò pertanto escludendosi l'ammissibilità di concordati fondati su mere stime (cfr. Trib. Pistoia 29.10.2015; Trib. Firenze 8.1.2016). In concreto, pur non richiedendosi*

⁷ S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella L. 132/2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it del 30.11.2015.

impegni irrevocabili all'acquisto o altre forme di garanzia della vendita, appaiono imprescindibili rigorose e concrete valutazioni sulla plausibilità della realizzazione dei valori indicati, attraverso per esempio comparazioni con vendite similari, soggette poi a verifiche di tenuta in presenza di fattori di rischio o di scostamenti fisiologici dei valori, o rigorosi stress test, che non possono però consistere nella mera ipotesi di vendita ad un prezzo inferiore del 15% rispetto alla stima, quando già la vendita in sede giudiziale può comportare il meccanismo della c.d. offerta minima al 75% rispetto al prezzo base d'asta. Non può infatti non considerarsi come, a fronte di mere stime, appaia al contrario più probabile che il prezzo indicato al contrario non sarà realizzato, anche tenuto conto dei citati nuovi meccanismi di vendita introdotti dal legislatore nel settore delle esecuzioni immobiliari”.

Non si tratta più quindi, di voler equiparare il termine “assicurare” né alla verisimiglianza, né alla certezza assoluta del verificarsi del pagamento nella misura del 20% minimo, ma della “ragionevole certezza” del verificarsi del pagamento stesso.