

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FIRENZE
(sezione III ^ civile)

N. 76/2010 R.F.
N. A.F.
N. 76/10 C.C.

Riunito in camera di consiglio e composto dai magistrati:

DOTT. EMANUELE RIVIELLO . PRESIDENTE
DOTT. ANTONELLO COSENTINO GIUDICE
DOTT. ANTONIO SETTEMBRE GIUDICE REL.

ha pronunciato la seguente

CAON. 226/10
REP. 132

SENTENZA

IL CASO.it

nel procedimento promosso da:

P. [redacted] srl in liquidazione, con sede in [redacted] via [redacted] n. [redacted]

RICHIEDENTE IL CONCORDATO

e da

- C. [redacted] SRL, con sede in [redacted], loc. [redacted] via [redacted], n. [redacted]
- CO. [redacted] SRL, con sede in [redacted], loc. [redacted], via [redacted], n. [redacted]

CREDITORI ISTANTI PER IL FALLIMENTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 10-6-2009 la P. [redacted] srl in liquidazione chiedeva di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo, ai sensi degli artt. 160 e segg. LF.

Dopo l'audizione del legale rappresentante della ditta istante, il GD rimetteva gli atti alla camera di consiglio. Il Tribunale, con provvedimento emesso in data 28-10-2009, ritenute sussistenti le condizioni della domanda, dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo e fissava l'udienza del 14-1-2010 per l'adunanza dei creditori e la votazione.

Nelle more dell'adunanza la società, con memoria del 17-12-2009, modificava la domanda, che risultava, infine, così formulata:
cessione ai creditori di tutti i beni sociali, costituiti, in grande prevalenza, da appartamenti in costruzione e pressoché ultimati;



suddivisione dei creditori tra privilegiati e chirografari. Ai primi veniva proposto il pagamento integrale subito dopo la vendita degli immobili. I chirografari venivano divisi in tre classi, così composte:

- classe A: promittenti acquirenti degli appartamenti in costruzione, cui veniva proposta la risoluzione del contratto preliminare e la restituzione del 40% della caparra;
- classe B: creditori chirografari indistintamente, cui veniva promesso il 5% del credito;
- classe C: creditori postergati per legge, ex art. 2467 cc. (soci ed ex soci per finanziamenti), con non veniva fatta nessuna offerta.

IL CASO.it

All'udienza del 14-1-2010, e nei venti giorni successivi, venivano raggiunte le maggioranze per crediti e per classi (nella classe A la maggioranza raggiungeva il 100%; nella classe B i voti favorevoli rappresentavano solo il 6,27% del totale; nella classe C i voti favorevoli riguardavano il 76,18% dei crediti).

Pertanto, il Tribunale, con provvedimento del 9-2-2010, fissava la camera di consiglio del 10-3-2010 per l'eventuale omologazione. L'ordinanza veniva pubblicata per affissione e notificata ai sensi dell'art. 180 L.F..

All'udienza suddetta si sono costituiti il debitore proponente ed il commissario giudiziale. Si sono altresì costituiti la C [redacted] srl e la CO [redacted] srls creditrici, che si sono opposte all'omologazione del concordato, facendo valere quattro motivi comuni:

- inammissibilità della proposta concordataria, poiché la stessa "attribuisce il diritto di voto ad una classe di creditori non avente alcun interesse alla procedura" (vale a dire ai postergati ex lege);
- inammissibilità della proposta, che nega una qualsiasi soddisfazione ad un'intera classe di creditori (i postergati, appunto);
- non fattibilità del piano, dal momento che questo non prevede tempi certi di pagamento, non contempla "garanzie esterne" né accantonamenti adeguati per rischi potenziali;
- non convenienza del concordato, per i creditori di tutte le classi.

La C [redacted] srl ha aggiunto un quinto motivo di opposizione: non convenienza della proposta per sé (la C [redacted] appartiene alla classe B, dissenziente).

MOTIVI DELLA DECISIONE



Il concordato non può essere omologato, per due motivi, ognuno dei quali sufficiente, da solo, a legittimare la decisione annunciata:

- perché, escludendo dal computo dei voti i crediti postergati, non sono raggiunte le maggioranze di legge;
- Perché un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza del concordato per sé e non è possibile operare il cram down in suo dan-

no. . . .
Vediamo separatamente.

IL CASO.it

A) La proposta prevede una classe di creditori postergati ex lege (i soci finanziatori), alla quale non è offerto nulla, se non il pagamento del credito nell'ipotesi, del tutto inverosimile, che siano pagati interamente tutti gli altri crediti.

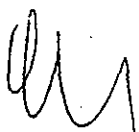
La proposta è formulata correttamente, giacché le classi sono omogenee. Infatti, la classe A ha una sua coerenza, comprendendo tutti i creditori che hanno stipulato, prima della domanda, un contratto preliminare di compravendita; la classe B comprende tutti i chirografi; la classe C comprende tutti (e soli) i postergati ex lege. Non è quindi questione di ammissibilità della domanda.

E', invece, questione di "approvazione" della domanda, ovvero di formazione di un valido accordo tra debitore e creditori, dal momento che le maggioranze sono raggiunte solo se si prendono in considerazione, attribuendo loro validità, le manifestazioni di voto dei creditori che vantano un credito postergato ex lege.

Ciò non è possibile fare, giacché ritiene questo Tribunale (anche se l'argomento è controverso) che i postergati ex lege non possano essere presi in considerazione nel computo delle maggioranze. Ritiene cioè il Tribunale che la loro posizione debba essere evidenziata ed enucleata nel corpo di una domanda di concordato, essendo creditori concorsuali (com'è stato correttamente fatto), ma che gli stessi non abbiano diritto di voto, non essendo creditori concorrenti. Questo perché la loro posizione, seppur genericamente qualificabile come "creditoria", ha, nella sostanza, il significato di partecipazione al capitale di rischio.

L'art. 2467 cc, infatti, come riformato dal D.Lvo n. 6 del 2003, specificando ed estendendo l'ambito della postergazione, vi ha compreso anche i finanziamenti dei soci che, in qualunque forma effettuati, siano stati concessi ad una società in stato di eccessivo squilibrio nell'indebitamento o in una situazione finanziaria che avrebbe richiesto un "conferimento", com'è avvenuto, pacificamente, nel caso di specie (la circostanza, infatti, non è contestata nemmeno dalle dirette interessate).

Ciò comporta che "i finanziamenti" dei soci, fatti nelle condizioni sopradette, in qualunque maniera qualificati, debbono essere trattati, ai fini che interessano, come i conferimenti effettuati dai soci in occasione della costituzione o della ricapitalizzazione di una società, in quanto necessari alla sua costituzione o alla sua sopravvivenza (nelle forme prescelte). Questo non significa che detti finanziamenti siano da equiparare, in



tutto e per tutto, ai conferimenti, in quanto conservano la loro natura di capitale di credito e sono certamente inadonei a superare tutte le questioni poste dalla sottocapitalizzazione della società¹, ma comporta, ad avviso di questo Tribunale, che ai postergati non possono essere riconosciuti tutti i diritti e le prerogative degli altri creditori, tra cui il diritto di voto nel concordato preventivo. Essi, infatti, seppur creditori della società, sono tuttavia creditori sui generis, che possono, per legge, vantare pretese verso la società solo all'esito della liquidazione, allorché, risolte tutte le pendenze e soddisfatti interamente tutti gli altri creditori (salvo rinuncia da parte di costoro), resti qualcosa da distribuire loro. Sono quindi equiparati, sotto questo profilo, ai soci per i conferimenti, e come i soci conferenti (oltre a restare estranei al concorso finché dura la liquidazione) non possono incidere, con la loro volontà, sull'esito della proposta concordataria.

Bisogna considerare, infatti, che l'art. 2467 cc è dettato appositamente per le procedure di insolvenza, come provato dal fatto che la norma prevede l'espressa revocabilità dei pagamenti avvenuti nell'anno antecedente alla dichiarazione di fallimento e come si deduce dal fatto che la postergazione presuppone il concorso dei creditori sui beni del debitore, giacché, al di fuori del concorso, non v'è motivo di trattare il credito del socio in maniera diversa dall'ordinario (vale a dire, con pagamento dell'intero importo e alla naturale scadenza).

IL CASO.it

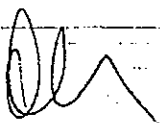
Ora, se è indubbio che, nel fallimento, il pagamento fatto al socio creditore è revocabile (quando ricorrono le condizioni dell'art. 2467), lo stesso deve affermarsi per i pagamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo sfociato in fallimento, in deroga a quanto previsto dall'art. 67, comma 2, lett. e), come ha rimarcato, da ultimo, la Suprema Corte². Dal che si deduce che i soci finanziatori non possono ricevere alcunché nel concordato, posto che diritto al concorso e obbligo di restituzione sono tra loro incompatibili.

Questa conclusione è valida sia nel concordato senza classi che nel concordato con classi. Infatti, nel primo caso non sussistono dubbi sul fatto che i creditori siano sullo stesso piano, a parte le cause legittime di prelazione, e debbano essere trattati paritariamente, con la conseguenza che la previsione di pagamenti a favore dei postergati entrerebbe subito in conflitto con l'art. 2467 cc. Se ne deduce, quindi, che in un concordato senza classi non sono possibili pagamenti a favore dei postergati, se non dopo l'estinzione degli altri crediti.

Nel secondo caso (concordato con classi) è possibile la deroga al principio della par condicio creditorum, nel rispetto della posizione giuridica e dell'omogeneità degli in-

¹ I crediti per finanziamenti, infatti, possono sempre essere esatti, alle scadenze pattuite, dai soci della società in bonis; legittimano all'esercizio delle azioni riconosciute ai creditori; possono essere negoziati come qualsiasi altro credito; ecc. E' solo in fase liquidatoria che i crediti in questione sottostanno al particolare regime descritto nel testo.

² Cass. Civ., sez. I, 4/2/2009, n. 2706



teressi economici, per cui parrebbe ammissibile una proposta che includa un pagamento a favore dei postergati ex lege (col consenso degli altri creditori), ma la revocabilità dei pagamenti effettuati in esecuzione del concordato rende evidente che così non è, giacché è sempre possibile che il concordato sfoci in fallimento e che i postergati siano costretti a restituire ciò che hanno percepito (stante il perdurante principio della consecuzione delle procedure). Il vulnus ai principi sulla conservazione degli atti giuridici e sull'economia dell'attività giuridica (oltre che giudiziaria) sarebbe evidente, giacché non può consentirsi che una volontà validamente espressa resti inficiata dalla circostanza, puramente estrinseca, che il concordato sia sfociato in fallimento, in un contesto che esclude la revocabilità dei pagamenti effettuati a favore di tutti gli altri creditori e sebbene l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche sia la stessa per i creditori di tutte le classi.

D'altra parte, se si ammettesse la partecipazione del socio finanziatore (e postergato) al concordato (nel senso che possa essergli riservata una parte dell'attivo), bisognerebbe anche riconoscere che il debitore (la società concordataria) possa scegliere la misura della partecipazione (il quantum da riservare ai postergati), con la conseguenza, inaccettabile dal punto di vista normativo, che alla classe dei postergati può andare anche una parte consistente dell'attivo, secondo l'arbitrio del debitore (anche più di quanto sia riservato agli altri creditori chirografari), con buona pace dell'art. 2467 cc e dei principi sulla postergazione.

IL CASO.it

Né le singolarità finirebbero qui, perché al creditore che partecipa alla ripartizione dell'attivo bisogna riconoscere, necessariamente, il diritto di voto, giacché la partecipazione al concordato non può prescindere dal diritto di concorrere alla formazione delle maggioranze, talché potrebbe anche accadere (e accadrebbe sicuramente) che i soci finanziatori e postergati (quelli che, si ripete, hanno diritto di concorrere solo sul residuo della liquidazione) decidano le sorti di un concordato che li vede destinatari della parte più sostanziosa dell'attivo.

Deve affermarsi, perciò, che il socio finanziatore non partecipa al concorso (sempre, beninteso, che ricorrano le condizioni dell'art. 2467 cc). E se non partecipa al concorso non partecipa alle votazioni, giacché non può permettersi che partecipi alla formazione delle maggioranze chi non è destinatario della proposta concordataria.

Infatti, quale valore si dovrebbe attribuire al voto del postergato legale? Non certo il valore di un atto di adesione alla proposta concordataria nella parte che lo riguarda, giacché, da questa parte, nulla v'è da decidere, dal momento che sua posizione è regolata dalla legge.

Avrebbe, invece, senz'altro il valore di un atto di adesione alla proposta, nella parte che riguarda gli altri creditori. Ma, a parte l'incongruenza di consentire un voto sulla posizione di terzi, ammettere che il postergato legale voti significa, spesso (non solo quando il postergato è titolare di più del 50% dei crediti, ma anche quando, seppur

marginale, è determinante nella formazione delle maggioranze) mettere nelle sue mani non solo l'approvazione della proposta, ma anche la ripartizione tra i creditori dell'attivo disponibile (vale a dire, il quantum della soddisfazione dei singoli creditori). Il che appare fuori del sistema.

Né deve meravigliare il fatto che possa esservi classe senza (diritto di) voto, giacché non è l'unico caso conosciuto dalla legge fallimentare, seppur per motivi diversi: anche i privilegiati costituiscono classe, ma sono pacificamente esclusi dalle votazioni. In questi casi l'inserimento in una "classe" serve ad enucleare, dal coacervo del ceto creditorio, la posizione di particolari creditori, ma non è detto che tutti debbano avere le stesse facoltà, come non è detto che tutti abbiano le stesse aspettative (infatti, sono aspettative di pagamento integrale per i privilegiati; di pagamento eventuale per i postergati). L'esclusione dalle votazioni ha però la stessa spiegazione: il fatto, cioè, che in un caso e nell'altro la posizione creditoria è regolata dalla legge.

Né può affermarsi che i postergati ex lege debbano votare perché risentono comunque degli effetti del concordato (sotto specie di estinzione, con l'omologa, del loro credito), giacché è proprio la premessa che non può essere condivisa, quantomeno in un concordato di carattere liquidatorio: i soci finanziatori, postergati ex lege, non sono destinatari della proposta concordataria, e quindi non risentono in nessuna maniera degli effetti del concordato (se non come soci). Per loro, infatti, vale (deve valere) il principio recentemente espresso della Suprema Corte, secondo cui gli effetti esdebitativi non si estendono "a quei creditori che non abbiano preso parte alla procedura"³, o perché tenuti fuori dal debitore, che ometta di comprenderli nel proprio piano (è il caso esaminato dalla Corte), o perché esclusi per legge dal piano (è il caso che ci occupa).

IL CASO.it

Sotto il profilo dei principi si rileva, infine, che la limitazione della capacità di voto dei postergati non contrasta con i principi che presiedono alla tutela del credito, né con quelli che disciplinano il diritto di proprietà, giacché si tratta di una limitazione giustificata dalla particolare connotazione del diritto di cui costoro sono titolari. Essa si spiega col fatto, già evidenziato, che nel concordato i postergati legali sono sostanzialmente estranei alla procedura, che si pone, rispetto ad essi, come *res inter alios acta* e destinata ad avere effetti sulla loro posizione solo dopo la chiusura della stessa, esattamente come avviene per i soci in quanto tali.

Anzi, a ben vedere, la disciplina così ricostruita della postergazione appare perfettamente in linea con la posizione dei soci nella società, che sono creditori anche per altra via: vale a dire, per il capitale sociale versato. E come il credito di restituzione del capitale sociale non dà il diritto di partecipare alla procedura (e di incidere, col voto,

³ Cass. Civ., n. 2706/2009



sulle maggioranze), lo stesso accade per il credito di restituzione del finanziamento, fatto quando le condizioni della società richiedevano invece un conferimento (cioè, l'apporto di capitale di rischio).

In sostanza, è la particolare natura del credito che prevale, invece che l'astratta qualifica di creditore.

Da queste considerazioni discende che il concordato proposto dalla P [redacted] srl non può essere omologato, giacché è pacifico che, espungendo dal novero dei crediti quelli che fanno capo ai soci finanziatori, non è raggiunta la maggioranza né per crediti né per classi.

B) Il concordato non può essere omologato anche perché il creditore C [redacted] srl, appartenente alla classe B (dissenziente), si è opposto all'omologazione, ritenendo può conveniente, per sé, il fallimento.

E' principio generalmente condiviso che, nel regime dell'attuale art.180 L.F., i creditori appartenenti a classi dissenzienti possono impedire l'omologazione del concordato, quand'anche abbia ottenuto le maggioranze di legge. Ed è quello che richiede la C [redacted] srl.

Tuttavia, per evitare opposizioni pretestuose e defatigatorie, il Tribunale può "ingozzare" il creditore dissenziente quando ritenga che questi non sarebbe meglio soddisfatto negli scenari alternativi.

IL CASO.it

Il Tribunale non ha, però, nel caso di specie, elementi per operare il cram-down in danno della C [redacted] srl, ammessa al voto per € 978.014,00, in una classe per cui è previsto il pagamento al 5%. E' certo che, in caso di fallimento, il curatore potrebbe sciogliersi dai contratti preliminari, per cui il 40% previsto a favore della classe A) si redistribuirebbe a vantaggio di tutti i chirografari, con conseguente maggiore soddisfazione dei creditori della classe B). Non solo, quindi, non può dirsi che C [redacted] srl non otterrebbe maggiore soddisfazione nello scenario fallimentare, ma deve dirsi che, molto probabilmente, otterrebbe di più, posto che l'attivo a disposizione non scemerebbe col fallimento.

E' vero che, come rimarcato dal debitore proponente, il credito della C [redacted] srl è contestato, ma è altresì vero che il Tribunale non dispone di strumenti per vagliare la fondatezza della pretesa di detto creditore (ammesso che lo possa fare in questa sede), per cui è da escludere che la valutazione della convenienza possa essere effettuata sulla base di un diverso ammontare del credito.

Allo stato, pertanto, deve concludersi per l'impraticabilità del cram-down. Vuol dire che la C [redacted] srl si assume il rischio di un esito sfavorevole del giudizio che la riguarda.

Il concordato, comunque, non può essere omologato.

C) Deve, infine, essere dichiarato il fallimento della P. [redacted] srl, ricorrendo le ipotesi di cui all'art. 179 e all'art. 180/4 L.F..

Dall'esame del verbale di adunanza e dalla relazione del commissario del 25-2-2010 (pag. 10) risulta che, esclusi i postergati ex lege ed inclusi i postergati volontari, il totale degli aventi diritto al voto ammonta ad € 2.413.970,06 (861.467,00+ 1.414.533,15+137.970,00) e che i voti favorevoli ammontano ad € 1.088.069,00 (861.476,00+ 88.632,00+137.970,00); quindi, certamente sotto il 50%.

Non è stata raggiunta, pertanto, la maggioranza per crediti.

A ciò va aggiunto che all'udienza del 10-3-2010 i creditori C. [redacted] srl e CO. [redacted] srl hanno insistito per la dichiarazione di fallimento della P. [redacted] srl. Questa domanda va senz'altro accolta, in quanto lo stato di insolvenza della società è conclamato. La società, infatti, è in liquidazione e non è, pertanto, in grado di produrre reddito. Purtroppo, dall'esame della situazione patrimoniale, accertata dal commissario, emerge un'esposizione debitoria di oltre 8.715.000 euro, a fronte di attivo per € sei milioni circa, peraltro tutto da liquidare. Ciò significa che la società non è in grado di assolvere alle sue obbligazioni con i normali mezzi di pagamento e nei tempi prescritti.

Sussistono tutte le altre condizioni, oggettive e soggettive, per la dichiarazione di fallimento.

P.Q.M.

IL CASO.it

Visti gli artt. 162 - 179 - 180/4 del R.D. 16/03/1942 n. 267

Non omologa

il concordato preventivo richiesto dalla P. [redacted] srl in liquidazione, con sede in [redacted] via [redacted] n. [redacted]

dichiara

il fallimento della stessa P. [redacted] srl in liquidazione, con sede in [redacted], via [redacted] n. [redacted].

nomina

giudice delegato il dott. ANTONIO SETTEMBRE e curatore il dr. A. [redacted] T. [redacted]

ordina

alla fallita di depositare in cancelleria entro 3 giorni i bilanci e le scritture contabili obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori, ove non ancora eseguito.

assegna

ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso della fallita termine fino a 30 giorni prima dell'adunanza per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione;

stabilisce

che l'esame dello stato passivo abbia luogo dinanzi al giudice delegato nella adunanza

del 22-7-2010, ore 10,30;

Autorizza

la prenotazione a debito delle spese e diritti della presente sentenza e degli adempimenti consequenziali.

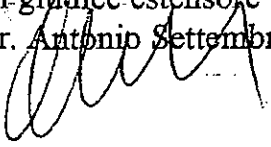
dispone

IL CASO.it

la pubblicazione e annotazione della sentenza ai sensi dell'art. 17 L.F. a cura della Cancelleria, che procederà altresì alla formazione del fascicolo ai sensi dell'art. 90 L.F..

Così deciso in Firenze il giorno 19-4-2010, dal Tribunale come sopra composto, su relazione del dott. Settembre.

Il giudice estensore
(Dr. Antonio Settembre)



Il Presidente
(Dr. Emanuele Riviello)

