



IL TRIBUNALE DI COSENZA

Sezione Fallimentare

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei signori Magistrati:

Dott. Massimo Lento *Presidente*

Dott. Giuseppe Greco *Giudice*

Dott.ssa Francesca Goggiamani *Giudice rel.*

ha pronunciato il seguente

DECRETO

sulla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo proposta da C. s.r.l.;

Letto il ricorso;

Visti gli artt. 160 ss. l.fall.;

Udita la relazione del Giudice delegato;

Rilevato:

- Che la ricorrente ha depositando domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con previsione della soddisfazione integrale dei creditori privilegiati ex art. 2751 bis co.1 n. 1 c.c. e di taluni altri creditori privilegiati (v. in seguito) e nella misura dell'11,4% degli ulteriori creditori privilegiati nonché di tutti i creditori chirografari tramite un piano che prevede la continuità aziendale dapprima da parte del debitore e poi di un assuntore e l'apporto di nuova finanza;
- Che in particolare la debitrice propone il recupero delle risorse per la soddisfazione dei crediti in un arco temporale di cinque anni (2013-2018) derivanti da -) i flussi di cassa prodotti dalla debitrice sino all'omologa (orientativamente individuata nel settembre 2013), -) i flussi di cassa ottenuti sino al 2018 dal terzo cessionario M. s.r.l. (già beneficiaria di un aumento di capitale di 1,5 milioni di euro), -) l'apporto di nuova finanza da C.C., socia al 90% dell'assuntore, pari ad Euro 2,3 milioni con rinuncia di ogni diritto di rivalsa e regresso e -) l'eventuale risultato utile delle azioni di responsabilità nei confronti dei cessati organi amministrativo e di controllo, e dalle azioni di recupero crediti verso l'ASP di Cosenza;
- Che date le oscillazioni giurisprudenziali in merito all'applicazione dell'art. 182 *ter* l.f. il creditore ha formulato in alternativa due proposte, l'una in via principale, rispettosa dell'ordine legale dei privilegi, con previsione del pagamento al 100% dei crediti dei dipendenti, del Tfr, del fondo rischi potenziali, degli artigiani ed al 71% dei crediti degli

istituti di previdenza oltre all'11,4% gli ulteriori crediti privilegiati e chirografari, l'altra, ossequiosa del disposto dell'art. 182 *ter* l.f. per come interpretato dalla Corte di Cassazione nelle sentenze nn. 22931 e 22932/2011, con previsione del pagamento al 100% dei crediti dei dipendenti, dell'Iva, delle ritenute operate e non versate, al 39% del TFR oltre all'11,4% gli ulteriori privilegiati e chirografari;

- Che a seguito di richiesta del Tribunale ex art. 162 l.f. ha precisato che la proposta da indirizzare ai creditori è in via esclusiva quella formulata in via principale;

Considerato in ordine alle condizioni richieste per l'apertura della procedura:

- Che sussiste la competenza del tribunale di Cosenza;
- Che il richiedente è imprenditore fallibile;
- Che ricorre lo stato di crisi;
- Che vi è il rispetto delle prescrizioni di cui agli artt. 161 co. 2, 4 l.f., 186 *bis* l.f.;
- Che plausibile risulta la relazione del professionista attestatore;
- Che il Tribunale debba soffermarsi sul profilo di legittimità della proposta, alla luce delle pronunce della Corte di Cassazione nn. 22931 e 22932/2011;

Considerato in ordine alla proposta sotto il profilo di ammissibilità giuridica:

- Che nel formulare la proposta la debitrice, consapevole delle oscillazioni giurisprudenziali sussistenti a seguito delle pronunce nn. 22931 e 22932/2011 della Suprema Corte, ha ritenuto di prevedere una soddisfazione concordataria che si discosta dai relativi *dicta*, a fronte della mancata richiesta di transazione fiscale e della necessità di rispetto delle norme sui privilegi;
- Che il Tribunale deve in proposito farsi carico di ripercorrere la cennata problematica ed esplicitare la propria posizione interpretativa;
- Che, come noto, l'art. 182 *ter* l.f. prevede la possibilità per il debitore che richiede l'ammissione al concordato di proporre, in deroga al principio della indisponibilità dei crediti tributari, apposita transazione anche cd. remissoria per i crediti di natura fiscale con l'effetto di accertare in via definitiva la pretesa tributaria e di determinare la cessazione della materia del contendere nelle liti pendenti;
- Che il legislatore con intervento del 2008 ha, tuttavia, escluso la falcidiabilità in sede di transazione dell'iva e, con successivo decreto del 2011, delle ritenute operate e non versate;
- Che la Cassazione con due "sentenze gemelle", di seguito richiamate nella pronuncia n. 7667/2012, ha affermato che la previsione della intangibilità dell'Iva non è una norma

- processuale, legata allo specifico procedimento di transazione fiscale, ma una norma sostanziale relativa al trattamento dei crediti come tale valevole anche nel concordato preventivo senza transazione fiscale alla luce della natura dell'Iva di imposta armonizzata a livello comunitario rispetto alla cui gestione lo Stato non è esente da vincoli;
- Che ha aggiunto il Giudice di legittimità che dalla necessità di pagamento dell'Iva in via integrale non deriva l'obbligo dell'integrale pagamento di tutti i crediti privilegiati con grado anteriore, essendo il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione derogabile dal legislatore;
 - Che, a seguito, della pronuncia della Cassazione la giurisprudenza di merito si è divisa da un lato facendo propria l'esegesi della Corte di Cassazione (v. Trib. Milano, Trib. Monza, Trib. Rovereto, Trib. Rossano) dall'altro lato discostandosene (v. Trib. Como 29.1.2013, Trib. Perugia 16.7.2012, Trib. Varese 30.6.2012);
 - Che la dottrina non ha risparmiato accese critiche all'orientamento della Suprema Corte a fronte delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo dello sconvolgimento dell'ordine delle cause legittime di prelazione;
 - che il Collegio deve, anzitutto, sottolineare che nel caso alla sua attenzione il credito per Iva è irrisorio (circa € 12.000) e dunque ampiamente soddisfattibile con la finanza esterna, mentre è consistente il credito per ritenute operate e non versate, il cui importo solo in via parziale è estinguibile con l'apporto del terzo;
 - che la precisazione è rilevante in quanto della questione delle ritenute la Corte di Cassazione non si è occupata e, pertanto, non vi è stata una affermazione da parte di questa della trasversalità della non remissorietà del credito per ritenute alla luce della natura peculiare del credito *de quo*;
 - che tra i precedenti editi solo due sentenze hanno in via esplicita riconosciuto la infalciabilità delle ritenute anche al di fuori della transazione fiscale (v. Trib. Rossano 31.1.2012 e Trib. Milano, 22.11.2012) sul presupposto ora dell'impossibilità di trattare diversamente concordato con transazione fiscale da quello senza transazione fiscale, ora dalla simiglianza della riscossione dei due crediti erariali in cui è previsto il trattenimento dell'imposta da parte di un soggetto che non è il soggetto passivo, ma solo il sostituto d'imposta, o è il soggetto passivo solo in via formale, ed il suo obbligo di riversamento in favore del Fisco;
 - che, posto che le ricordate oscillazioni giurisprudenziali escludono la sussistenza di diritto vivente (inteso dalla consulta come interpretazione del diritto scritto consolidatasi nella prassi applicativa, come indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente

condiviso, v. tra le altre, C. Cost. 230 e 78/2012) che imponga una unica lettura della norma, in specie per le ritenute, il Tribunale di Cosenza ritiene di discostarsi dal *dictum* della Corte di Cassazione a fronte della necessità di dare agli artt. 160 e 182 *ter* l.f. una lettura costituzionalmente orientata (v. per l'onere di sperimentare la possibilità di pervenire ad una doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della norma in luogo della sollevazione di una inammissibile questione di costituzionalità, tra le tante C. Cost., n. 322/2010; n. 192/2010; n. 110/2010 e n. 310/2009) oltre che coerente dal punto di vista sistematico;

- che, infatti, come ha avuto modo di evidenziare l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale critico verso le sentenze nn. 22931 e 22932/2011, l'affermazione del generale obbligo di infalciabilità di Iva e ritenute in tutti i concordati preventivi (con e senza transazione fiscale, antecedenti o successivi alla modifica all'istituto da parte dell'art. 32 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185) crea una deroga all'ordine di soddisfazione dei privilegi di cui agli artt. 2741 e 2777 -8 c.c., che la disciplina del concordato preventivo (v. art. 160 co. 2 l.f.) e quella del concordato fallimentare (v. art. 124 l.f.) pongono come principio cardine, consentendo l'anterograzione dei crediti collocati al 18° e 19° posto della scala dei privilegi a danno di crediti per la prelazione di grado anteriore è riconosciuta in ragione della loro natura spesse volte corrispondente ad interessi costituzionalmente orientati, come per i crediti retributivi dei lavoratori dipendenti (artt. 4 e 36 Cost.), i crediti dei professionisti (art. 4 e 35 Cost), i crediti degli enti previdenziali ed assistenziali (art. 38 Cost.);
- che ragioni letterali, sistematiche e costituzionali, allora, inducono a ritenere che l'obbligo dell'integrale pagamento e ritenute sia norma eccezionale – come pur chiaramente affermato dalla Corte di Cassazione – da confinare, conseguentemente, nell'ambito della sua espressa previsione e, dunque, in caso di concordato preventivo ove sia promossa la transazione fiscale e in caso di esecuzioni individuali ove il debitore dei procedimenti di sovraindebitamento (v. art. 18 d.l. n. 179/2012);
- che sotto il profilo letterale deve notarsi come l'obbligo di pagamento integrale di Iva e ritenute sia stato introdotto dal legislatore non già nelle regole generali sul concordato (art. 160 l.f.), con introduzione di nuova condizione di ammissibilità, e con modifica sulle norme dei privilegi, tra l'altro modificate nel 2011 (v. d.l. n. 98/2011), bensì nel seno di un istituto ritenuto ormai facoltativo dalla giurisprudenza;
- che né la relazione al d.l. 29.11.2008, n. 185 il quale ha introdotto nella transazione fiscale l'obbligo di pagamento per intero dell'Iva, né quella al d.l. 31.5.2010, n. 78 esplicitano una

voluntas legis di applicazione generalizzata della condizione *de qua* né esplicitano una *ratio* che faccia propendere per tale esegesi;

- che l'estensione della prescrizione al concordato senza transazione implicherebbe la delicata questione esegetica, a fronte del principio di tassatività delle norme incriminatrici, della estensibilità del reato previsto dall'art. 11 d.l. 78/2010 per falsità documentale nella transazione fiscale anche ai concordati senza transazione;
- che sotto il profilo sistematico non si comprende perché una deroga così importante rispetto al principio cardine del rispetto dell'ordine dei privilegi debba valere per il concordato preventivo, cui l'art. 182 ter l.f. fa esclusivo riferimento, ma non anche per il fallimento, per il concordato fallimentare e per le procedure esecutive individuali (eccezion fatta per quelle per le quali si sia ricorsi all'istituto del sovra-indebitamento), con contrasto ai principi di uguaglianza e ragionevolezza;
- che dal punto di vista costituzionale, al di là di quanto già osservato, deve aggiungersi che risulta irragionevole una previsione normativa che consente di considerare ammissibili i soli concordati che prevedono il pagamento integrale dell'Iva e delle ritenute e non anche di quelle proposte che prevedono la falcidia dei privilegiati, comprese Iva e ritenute, non soddisfacibili per intero con il ricavato della liquidazione dei beni, in ossequio al comma 2 dell'art. 160 l.f., a fronte di una "*evidente volontà del legislatore di valorizzare e favorire la soluzione concordataria*" (in termini anche Cass. 22931/2011) quale strumento di risoluzione della crisi alternativo al fallimento;
- che è appena il caso di osservare, data la non rilevanza della questione, per come detto nella specie in relazione all'Iva, che i vincoli comunitari relativi all'imposta armonizzata, tra cui l'obbligo per ogni Stato membro di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione tramite l'adozione di tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio (v. articoli 2 e 22 della sesta direttiva in tema di Imposta sul valore aggiunto 77/388/CEE e dall'articolo 4, paragrafo 3 TUE), non impediscono la falcidia del credito in alternativa a soluzioni meno fruttuose e che tengano altresì conto di interessi elevati a scopi dell'Unione, come impresa e lavoro (cfr. Corte di Giust. 29/03/2012, in C-500/10, ove l'obbligo della efficace riscossione è considerato cedevole rispetto al necessario rispetto del principio della ragionevole durata del processo);
- che, pertanto, debba ritenersi ammissibile la proposta di concordato indicata in via principale ove si prevede il pagamento al 100% dei crediti dei dipendenti, del Tfr, del fondo rischi potenziali, degli artigiani ed al 71% dei crediti degli istituti di previdenza oltre all'11,4% gli ulteriori crediti privilegiati e chirografari;

Ritenuto, pertanto di ammettere la ricorrente alla procedura di concordato preventivo (in relazione alla proposta formulata in via principale);

P.Q.M.

- 1) **DICHIARA** aperta la procedura di concordato preventivo di C. s.r.l.;
- 2) **NOMINA** Giudice Delegato la dott.ssa Francesca Goggiamani e Commissario Giudiziale il dott. F.
- 3) **ORDINA** la convocazione dei creditori all'udienza del **16 settembre 2013 ore 9**;
- 4) **ASSEGNA** al Commissario Giudiziale termine entro 30 giorni dalla ricezione del presente decreto per la sua comunicazione ai creditori ai sensi dell'art. 171 l.f., per come novellato dall'art. 17 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 nonché termine di almeno 10 giorni prima della stabilita adunanza per il deposito e la trasmissione della relazione ex art 172 l.f.;
- 5) **ASSEGNA** al liquidatore della società termine di 15 giorni dalla comunicazione del presente decreto per depositare in Cancelleria la somma di € 74.000 pari al 20% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura;
- 6) **ORDINA** alla cancelleria la trasmissione del presente decreto all'Ufficio del Registro delle imprese per la sua annotazione;
- 7) **DISPONE** che un estratto del presente decreto sia pubblicato, a cura del liquidatore della società della società ricorrente, entro 20 giorni dalla comunicazione del presente decreto, sui quotidiani "La Gazzetta del Sud" e "Il Quotidiano della Calabria"

Si comunicati con urgenza alla ricorrente, ai creditori che hanno presentato istanza di fallimento, al Commissario nominato ed al P.M.

Cosenza, 29.5.2013