

CP 4/11  
Cron 5166

IL TRIBUNALE DI PERUGIA  
SECONDA SEZIONE CIVILE  
UFFICIO FALLIMENTARE

Riunito in camera di consiglio e composto dai Magistrati sigg.

Dott. Umberto Rana	Presidente
Dott.ssa Francesca Altrui	Giudice
Dott.ssa Arianna De Martino	Giudice Rel. Est.

Sciogliendo la riserva camerale assunta all'udienza dell'8.6.2012 nel procedimento n. 4/11 Conc. Prev. osserva quanto segue.

Con ricorso ex art.160 L.F. depositato il 31/03/2011 la società IDP Industria Dolciaria S.r.l. in liquidazione chiedeva di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo; il Tribunale, con provvedimento del 21/4/2011, avvalendosi dei poteri di cui all'art. 162 L. F. disponeva un'integrazione del ricorso e richiedeva alcuni chiarimenti; l'istante a tanto provvedeva e, verificata la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di legge, il Tribunale ammetteva l'istante alla procedura di concordato preventivo con decreto in data 28/4/2011. L'adunanza dei creditori veniva fissata per il 5/7/2011.

La originaria proposta concordataria prevedeva, in estrema sintesi, la figura di un assuntore (individuato nella società B2Bakery s.r.l.) per l'acquisto di tutti gli asset del patrimonio della ricorrente, disposto altresì ad immettere nuova finanza per euro 4.893.513; l'integrazione dell'onere concordatario da parte del terzo Cieffe Immobiliare s.n.c.; la suddivisione del ceto creditorio in 11 classi; la previsione del pagamento integrale delle spese di giustizia, dei professionisti ex artt. 160 e 161 l.f., nonché dei creditori di cui alle classi 1, 2, 3, 5 e 6; pagamento in numerario dei creditori di classe 4 nella misura del 52%, fermi restando gli eventuali recuperi dei fideiussori; pagamento in numerario dei creditori di classe 7 nella misura dello 0,5%; pagamento in numerario dei creditori di classe 8 nella misura del 4%; pagamento in numerario dei creditori di classe 9 nella misura del 12%; pagamento in numerario dei creditori di classe 11 nella misura del 13,5%; nessun pagamento per i creditori di classe 10.

All'adunanza del 5/7/2011 la ricorrente chiedeva un termine per modificare la propria proposta in senso migliorativo, termine che il Giudice Delegato concedeva fino al 16/9/2011.

Il 16/9/2011 dunque la ricorrente depositava “modifiche ed integrazioni alla domanda di concordato”, nei termini che seguono: previsione di un incremento della nuova finanza messa a disposizione da parte dell'assuntore (euro 12.447.247 anziché 4.893.513 come nella proposta originaria); suddivisione dei creditori in 14 classi rispetto alle 11 iniziali: la variazione nella composizione delle classi consiste essenzialmente nell'inserimento dei creditori delle classi 1 e 4, per la parte degradata in chirografo, rispettivamente nelle classi 13 e 14; i creditori di classe 6, per la parte degradata in chirografo, sono stati inseriti nella classe 7; è stata inoltre aggiunta la classe 12 per inserirvi banche chirografe per rischio escussione garanzie fideiussorie prestate. Si prevede quindi il pagamento integrale delle spese di giustizia e dei creditori delle classi da 1 a 6; il pagamento in numerario dei creditori di classe 7 nella misura dello 0,5%; il pagamento in numerario dei creditori di classe 8 nella misura del 4%; il pagamento in numerario dei creditori di classe 9 nella misura del 12%; nessun pagamento per la classe 10; il pagamento in numerario dei creditori di classe 11 nella misura del 20%; il pagamento in numerario dei creditori di classe 12 nella misura del 1%; il pagamento in numerario dei creditori di classe 13 nella misura del 100%; il pagamento in numerario dei creditori di classe 14 nella misura del 87%. È stato altresì previsto l'incremento del fondo rischi stanziato dall'assuntore per debiti imprevisti (euro 600 mila anziché 500 mila) ed una variazione di tempi e modalità di pagamento rispetto al piano originario.

Svoltasi la nuova adunanza dei creditori il 30/11/2011, tenuto conto delle adesioni alla proposta pervenute fino all'adunanza e nei venti giorni successivi, il Gd rilevava che – pur dovendosi tenere presenti alcuni profili controvertibili, ben messi in evidenza dai Commissari nel verbale, in ordine alla legittimazione al voto di alcune classi e di alcuni creditori in particolare – la proposta, in base ad una mera delibazione *ex actis* ed in conformità alla configurazione della proposta così come operata dalla ricorrente – la

quale aveva indicato come votanti le classi 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 - , dovrebbe ritenersi non approvata per mancato raggiungimento delle maggioranze di legge, essendo pervenute adesioni per un importo complessivo percentuale pari al 42,77%. Il Tribunale pertanto ha convocato dinanzi a sé il debitore per la declaratoria di improcedibilità del concordato nonché per l'audizione ex art. 15 l.f., in caso fossero sopravvenute istanze di fallimento.

In sede di udienza ex art.179 L.F. la ricorrente ha depositato note nelle quali sostanzialmente fa proprie alcune considerazioni dei Commissari e deduce che:

- I creditori di classe 10, soci per finanziamenti effettuati, sarebbero legittimati al voto in quanto la postergazione non implica rinuncia definitiva al credito; essi sono senz'altro creditori concorsuali e non sono indifferenti all'esito concorsuale, in quanto, come rilevato da alcuni commentatori, potrebbero, in definitiva, preferire in luogo del trattamento falcidiato, l'aspettativa di un pagamento integrale post concordatario, magari contando sui beni futuri del debitore, ex art. 2740 c.c.;
- Tra i creditori di classe 11 figurano Unigrà spa e Grandi Molini spa i quali per l'ammontare di euro 351.168,00, a seguito degli accertamenti tecnici effettuati dai ctu, risultano invece capienti, pertanto limitatamente a tale importo non può loro essere riconosciuta legittimazione al voto;
- I creditori di classe 12, istituti bancari garantiti da fideiussioni rilasciate dalla ricorrente, non dovrebbero votare in quanto si tratterebbe di crediti non attuali ma solo eventuali;
- La classe 13 non dovrebbe votare per analogia alla posizione dei privilegiati integralmente soddisfatti, in base ad un'orientata lettura dell'art. 177 l.f. da cui si potrebbe ricavare la regola generale per cui ha diritto di voto solo chi viene pregiudicato nel suo diritto di credito;
- Alcuni crediti dovrebbero essere detratti dalla massa per compensazioni ex art. 56 l.f., con la conseguenza che avrebbero diritto al voto creditori per complessivi

- euro 44.055.267,00, per cui la soglia di raggiungimento della maggioranza è di euro 22.027.634,00;
- Alcuni creditori, sulla scorta di documentazione non in possesso della ricorrente al momento della confezione della proposta, hanno fondatamente reclamato una collocazione privilegiata anziché chirografaria, sicchè la massa si attesterebbe in misura di euro 41.977.462,00 e la maggioranza ad euro 20.988.731,00; in tale ultima ipotesi la maggioranza sarebbe senz'altro raggiunta;
  - Infine, potrebbe essere disposto lo scorporo dalla massa chirografaria degli importi dei crediti di due Banche alle quali sono stati ceduti *pro solvendo* crediti verso clienti, in quanto crediti futuri ed eventuali condizionati al momento in cui si verifica l'inadempimento del debitore ceduto, con analogia di situazione giuridica a quanto esposto per la classe 12.

Concesso un rinvio per consentire ai creditori di contraddire a tali note, all'udienza dell'8.6.2012 il tribunale si riservava la decisione.

\*\*\*

Prima di passare alla verifica del vero *punctum dolens*, ovvero il raggiungimento o meno delle maggioranze ex art. 177 l.f., analizzando le varie ipotesi dapprima prospettate dai Commissari e poi recepite dalla società ricorrente, appaiono doverose alcune considerazioni preliminari relative a profili di inammissibilità della proposta concordataria dedotti da alcuni creditori.

In particolare, all'adunanza del 5/7/2011 il creditore Unigrà ha evidenziato in primo luogo che la cosiddetta nuova proposta integrerebbe in realtà una proposta sostanzialmente diversa da quella originaria, che avrebbe dunque dovuto essere sottoposta al previo vaglio di ammissibilità del Tribunale; in secondo luogo che la nuova proposta è inammissibile in quanto prevede l'inserimento in classi diverse (11-13-14) di creditori aventi invece interessi omogenei, trattandosi di creditori ipotecari per la parte degradata in chirografo a causa dell'incapienza del valore degli immobili su cui grava la garanzia, e contemporaneamente la formazione di una classe formata da

creditori aventi interessi disomogenei, essendo stata Unigrà inserita nella classe 11 unitamente ai creditori chirografari *tout court*.

Sul primo punto, per dottrina e giurisprudenza costanti sono ammissibili modifiche prima dell'inizio delle operazioni di voto, siano esse migliorative o peggiorative, anche sostanziali, senza necessità di un nuovo giudizio di ammissione, purchè i creditori siano adeguatamente informati e posti in condizione di esprimere un voto consapevole.

L'art. 175 L.F. si limita a prevedere che "la proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto", ma non disciplina affatto i profili procedurali di tale modifica.

Nel silenzio assoluto della legge sembra ragionevole distinguere tra situazioni in cui le modifiche proposte dal ricorrente non siano totalmente innovative, e possano quindi essere definite dinanzi al GD *de plano*, senza bisogno né di una nuova relazione dell'esperto, né di un nuovo vaglio di ammissibilità da parte del Tribunale (cfr. Trib. Pescara 16/10/2008, Trib. Bologna, 25 ottobre 2007, Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007), rispetto a quelle in cui si prospetti ai creditori un assetto di interessi radicalmente diverso, al punto che la proposta originaria debba intendersi completamente stravolta e, dunque, implicitamente rinunciata: in tali ipotesi è imprescindibile un nuovo giudizio di ammissibilità del concordato rimesso all'organo collegiale.

Una sommaria analisi del panorama giurisprudenziale sul punto rivela che sono state, ad esempio, considerate proposte radicalmente nuove quelle in cui si sia previsto un nuovo assuntore, una diversa conformazione delle classi e della soddisfazione dei creditori (Trib. La Spezia, 8/2/2011); variazione del numero delle classi, delle percentuali di soddisfazione, dei tempi di adempimento del concordato, delle modalità di liquidazione, con transazione fiscale (Trib. Siracusa, 2/5/2012); diversità dei mezzi con cui soddisfare il fabbisogno concordatario, diversa composizione delle classi e pagamento parziale dei crediti erariali (Trib. Milano 20/10/2011), situazioni tutte accomunate dal fatto che a seguito della modifica i creditori non potevano più fare alcun affidamento sull'assetto originario, per essere variate le caratteristiche fondamentali della proposta.

Se invece lo spostamento motivato di qualche creditore da una classe all'altra e le variazioni delle percentuali offerte lasciano immutato l'originario impianto concordatario e, in altri termini, la nuova proposta si pone come "ancillare" rispetto all'originaria domanda, non è necessaria una nuova pronuncia del Tribunale in ordine all'ammissibilità, essendo state già valutate le componenti basilari della proposta stessa, che rimane valida, pur con qualche variazione.

Nel caso di specie con la proposta del 16/9/2011 la ricorrente ha formato tre nuove classi e modificato le percentuali di soddisfazione dei creditori appartenenti a tali classi, ma non ha stravolto l'originaria proposta di ristrutturazione della propria situazione debitoria, limitandosi a compiere alcuni aggiustamenti, determinati soprattutto dalla presa d'atto dei valori di stima attribuiti dai tecnici della procedura agli immobili gravati da ipoteca e dunque dalla necessità di adeguarsi ad essi in ordine alla determinazione della quota di in capienza dei creditori ipotecari.

Si ritiene dunque che non fosse necessario sospendere l'adunanza dei creditori e rimettere la valutazione della proposta modificata al Tribunale in composizione collegiale per un nuovo vaglio di ammissibilità, essendo immutate le componenti di base della proposta.

Affermata la correttezza dell'iter seguito dal punto di vista procedurale, va valutata la legittimità della composizione delle classi come da ultimo prospettata, in relazione alle censure mosse dal creditore Unigrà.

Va premesso che la legge fallimentare consente (art. 160) di suddividere i creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e di assegnare trattamenti differenziati a creditori appartenenti a classi diverse.

L'organizzazione dei creditori in classi è facoltativa (cfr. Cass. 3274/2011), ben potendo il ricorrente decidere di non formare alcuna classe, o meglio accomunare tutti i creditori in un'unica classe indistinta. Laddove però vengano formate classi devono rispettarsi l'ordine delle cause legittime di prelazione ed un criterio di ragionevolezza (l'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici).

Non è questa la sede per affrontare *funditus* la problematica di quale debba essere la *ratio* della suddivisione in classi – se cioè essa debba rispondere unicamente all’esigenza di favorire la ristrutturazione del debito del proponente, consentendogli di indebolire e superare il contrasto con altri creditori o debba anche fungere allo scopo di offrire una maggior tutela ai creditori, per far sì che la maggioranza per l’approvazione del concordato si formi all’interno di gruppi portatori di interessi assimilabili, non inquinata da interessi particolari e contingenti –; si osserva però che mentre nel concordato fallimentare devono essere precisate le ragioni dei trattamenti differenziati tra creditori, analoga previsione manca nel concordato preventivo. Si ritiene pertanto, nel silenzio del legislatore su come debba essere effettuata in concreto la distribuzione dei creditori all’interno delle classi, il debitore sia libero di assumere le iniziative che crede, con il solo limite dell’applicazione di criteri logici, ragionevoli. A meno che infatti il debitore non assuma decisioni bizzarre, sganciate da qualsiasi riferimento ad un criterio economico, ogni altro parametro deve ritenersi legittimo; d’altra parte, il sindacato del tribunale non può spingersi a valutazioni di merito circa l’opportunità della collocazione di un creditore in una classe piuttosto che nell’altra, ma deve limitarsi alla valutazione della correttezza dei criteri utilizzati alla luce del dettato legislativo, che, come si è visto, detta come unico parametro l’omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici.

La sentenza di legittimità sopra richiamata (Cass. 3274/2011) ha condivisibilmente affermato che l’obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali, che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta, dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quanti sono i creditori e il loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi; inoltre la stessa valutazione del giudice rischierebbe di sconfinare pericolosamente nella discrezionalità.

La suddivisione in classi non richiede dunque l’identità di posizioni giuridiche ed interessi economici, ma solo l’omogeneità.

Nel caso che ci occupa si lamenta che Unigrà non sia stata inserita nella classe degli ipotecari incipienti, come quelli della classe 13 o nella 14, o comunque in una classe apposita, ma accomunata a tutti gli altri creditori chirografari. Si ritiene però che detta scelta non sia sindacabile in termini negativi: sicuramente il privilegiato falciato ha una posizione giuridica omogenea rispetto a tutti gli altri chirografari, perché è proprio la legge (art. 177 terzo comma L.F.) a stabilire tale assimilazione ai fini dell'espressione di voto nel concordato; d'altra parte, come si è visto, il debitore è libero di attribuire trattamenti diversi a creditori inseriti in classi diverse. Il privilegiato falciato quindi ben può essere inserito nella medesima classe con creditori chirografari, se vi sia tra i medesimi omogeneità di interessi economici; nel caso di specie l'omogeneità deriva dall'appartenenza alla medesima categoria di fornitori, al contrario dei creditori di classe 13 e 14, Istituti bancari. Né può ritenersi, proprio per le ragioni innanzi evidenziate, che la creazione delle nuove classi rappresenti nella fattispecie un *"ripensamento ad usum delphini del debitore volto a determinare artificialmente il risultato della maggioranza delle classi, che altrimenti non si sarebbe verificato"* (cfr. Trib Milano decr. N. 9805/2011), circostanza che avrebbe potuto essere censurata sotto il profilo dell'abuso del diritto.

Si osserva oltretutto che il trattamento differenziato riservato ai creditori delle classi 11, 13 e 14 da un lato è coerente con la previsione dell'art. 160 l.f., dall'altro non può trovare ostacolo nelle norme in tema di *par condicio creditorum*, dal momento che l'attivo loro destinato è tratto dalla cosiddetta nuova finanza.

Oltretutto va evidenziato che se dalla vendita dei cosiddetti "immobili – merce" con procedura competitiva si ricavassero importi maggiori di quelli offerti per l'acquisto da parte dell'assuntore, i maggiori introiti dovrebbero essere destinati – trattandosi di risorse endogene e non di nuova finanza liberamente disponibile – nel rispetto della graduazione legale tra ipotecari e privilegiati. Si tratta di una conseguenza di legge, e comunque la destinazione di tali risorse aggiuntive non costituisce una condizione della proposta tacciabile di inammissibilità.



L'Agenzia delle Entrate ha poi sollevato la questione dell'inammissibilità della proposta per violazione dell'art. 182 ter l.f., in quanto essa prevederebbe la falcidia dell'IVA e delle ritenute operate e non versate su retribuzioni di lavoratori dipendenti.

Sul punto si osserva che di recente la Cassazione (sent. 22931/2011) ha ritenuto da una parte che sia facoltativo il ricorso allo strumento della transazione fiscale e dall'altra che nell'ambito di una procedura di concordato preventivo non si possa prevedere la falcidia dell'IVA, ciò perché l'art. 32 del D.L. 185 del 2008 è una norma di natura sostanziale e non meramente processuale ma, al tempo stesso, inderogabile; tuttavia, ha affermato la Corte, tale specialità non produce un effetto di trascinamento verso l'alto delle tutele normativamente previste per i creditori di rango inferiore, perché trattasi di norma eccezionale.

Sul punto si evidenzia che proprio la qualificazione in termini di norma eccezionale dovrebbe indurre a ritenere che il suo ambito di applicazione non possa estendersi oltre il perimetro dell'istituto per il quale è stata dettata, e cioè per la transazione fiscale.

Sostenere l'intangibilità del credito IVA in qualsiasi procedura di concordato preventivo significa introdurre un ulteriore requisito di ammissibilità, non previsto dalla legge. Se davvero il legislatore avesse voluto affermare tale principio, lo avrebbe dovuto espressamente sancire, in quanto trattasi di disposizione che deroga all'ordine dei privilegi e quindi è a sua volta eccezionale rispetto all'art. 160 l.f. L'adesione a detta interpretazione equivale a precludere l'accesso alla procedura concordataria tutte le volte che il debitore non abbia nel suo patrimonio risorse sufficienti a pagare integralmente l'IVA, risultato questo che contrasta con le intenzioni del legislatore, che ha inteso invece sempre più potenziare le forme alternative di risoluzione della crisi di impresa.

Nel caso che ci occupa IDP srl in liquidazione non avrebbe mai potuto soddisfare integralmente il credito IVA con le risorse a disposizione nel proprio patrimonio, giungendo a pagare con esse, peraltro solo in parte, i privilegiati generali ex art. 2753 c.c.; d'altra parte, la proposta così come articolata non viola alcuna disposizione

normativa, poiché il divieto di alterare le legittime cause di prelazione riguarda solo il debitore e l'attuazione della sua responsabilità patrimoniale mentre le nuove risorse apportate dell'assuntore, che debitore non è, possono avere libera destinazione o utilizzazione a discrezione di quest'ultimo, come pacificamente ammesso.

Superate dunque le obiezioni preliminari va scrutinato il risultato del voto espresso dai creditori.

Preliminarmente va rilevato che non vi sono ostacoli all'applicazione della compensazione ex art. 56 l.f. anche al concordato, in virtù del richiamo operato dall'art. 169, ricorrendone nella fattispecie tutti i presupposti di legge, come riconosciuto anche dai Commissari.

Sempre in via preliminare va esaminata la posizione di quei creditori che, come evidenziato nel verbale dei CC.GG., hanno rivendicato la loro collocazione privilegiata

anziché chirografaria: in proposito si ritiene che la doglianza sia fondata con riferimento al credito dell'arch. Giovagnoni, in quanto relativo a prestazione professionale dell'ultimo biennio ex art. 2751 bis n. 2 c.c.

Va esclusa invece la natura privilegiata ex art. 2751 bis n. 3 c.c., alla luce della prevalente giurisprudenza, ai crediti degli agenti organizzati in forma societaria; la società Molino Bigazzi non ha poi dato adeguata prova della ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio artigiano – non essendo sufficiente, come è noto, la mera iscrizione all'albo delle imprese artigiane, dovendosi invece valutare i parametri dimensionali dell'attività svolta - ; uguale discorso per la Cooperativa Translevante, poiché dai documenti dalla stessa prodotti si evince che essa non rientra tra quelle a mutualità prevalente alle quali compete il privilegio ex art. 2751 bis n. 5 c.c..

Ciò premesso, passando ad esaminare i risultati del voto nelle singole classi, è indiscutibile la legittimazione al voto delle classi 7, 9 e 14, così come l'esclusione dal voto delle classi da 1 a 6, costituite da creditori privilegiati.

Più problematiche appaiono le posizioni delle altre classi.

Nella classe 8 sono compresi alcuni crediti di cessionari *pro solvendo*. Si tratta di cessioni effettuate in favore di banche (Unicredit e MPS) a fronte di un'erogazione di credito. Contabilmente il debitore ha riportato il credito ceduto nell'attivo e l'erogazione di credito nel passivo, sino al momento dell'effettivo incasso da parte dell'istituto bancario del credito ceduto. Detti crediti non possono però essere scorporati dalla massa degli aventi diritto al voto. La fattispecie può essere infatti assimilata a quella dei crediti condizionali, in quanto il credito è condizionato all'inadempimento del ceduto; tuttavia, argomentando sulla base dell'art. 169 l.f., deve ritenersi che essi abbiano diritto di voto per effetto dell'espresso richiamo all'art. 55 comma 3 l.f., nonché all'art. 61 l.f.: a tutti gli effetti infatti i crediti che non possono farsi valere contro il debitore, se non previa escussione di un obbligato principale, sono crediti che partecipano al concorso e che sono ammessi a votare (cfr. Cass. 9736/1990), così come il creditore di più coobbligati in solido, in base alla regola dettata dall'art. 1292 c.c., concorre per l'intero credito nel concordato di quello che vi è stato ammesso. Poiché, allo stato, non vi è prova che quell'obbligo sia stato interamente adempiuto e quindi che il debito della ricorrente si sia estinto, viste anche le precisazioni dei crediti effettuate dai creditori, i quali hanno conteggiato per intero l'esposizione, di essi non si può non tenere conto ai fini del voto. La classe 10 è formata dai soci finanziatori, postergati *ex lege* in base all'art. 2467 c.c. L'applicabilità di tale norma non è oggetto di contestazione, essendo stata la stessa ricorrente a qualificare nei suddetti termini tali crediti.

La riforma del diritto societario del 2003 ha previsto per le srl che *“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.*

*Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo*

*squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.*

Il trattamento dei crediti postergati in seno alle procedure concordatarie è tematica da sempre oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza. Unico punto sul quale sembra esservi, allo stato, una certa unanimità di vedute è quella della necessità dell'autonomo classamento dei postergati: ci si richiama, sul punto, ai principi espressi da Cass. 4/2/2009 n. 2706, pronuncia che ha ritenuto obbligatoria la costituzione di tali creditori in classe distinta dagli altri creditori chirografari per disomogeneità degli interessi economici ex art. 160 l.f.

Minori certezze si registrano allorchè ci si interroga sulla sorte dei postergati in seno alla procedura concordataria, in particolare sulla possibilità per tali creditori di ricevere una qualche forma di soddisfazione all'interno della procedura di concordato, in caso di risposta affermativa in che misura e a quali condizioni e se, di riflesso, essi debbano essere ammessi o meno al voto e computati nel calcolo delle maggioranze.

La giurisprudenza successiva alla riforma del 2006 - limitando il discorso ai precedenti editi - ha prevalentemente sostenuto la tesi della non legittimazione al voto dei postergati *ex lege*: Trib. Firenze 26/4/2010 ne ha affermato la radicale esclusione del diritto di voto, ritenendo che i postergati *ex lege*, pur essendo creditori concorsuali, non siano concorrenti, poiché la loro posizione ha, nella sostanza, il significato di partecipazione al capitale di rischio; essi sono infatti creditori *sui generis* che potranno vantare pretese sul patrimonio societario solo all'esito della liquidazione allorchè, risolte tutte le pendenze e soddisfatti tutti gli altri creditori, residui qualcosa da distribuire loro. La regola della postergazione non sarebbe derogabile e sarebbe quindi incongruo, ad avviso del Tribunale, far votare chi non è destinatario della proposta (neppure per gli effetti esdebitativi) e con la sua adesione potrebbe disporre della posizione di terzi. Negli stessi termini si esprime Trib. Sulmona, 2/11/2010.

Corte d'Appello Catania, 22/7/2011, da un lato riprende l'orientamento della Cassazione in punto necessità di classamento dei soci finanziatori e derogabilità della

postergazione legale con il consenso della maggioranza assoluta dei chirografari e della maggioranza di ciascuna classe, dall'altro nega loro il diritto di voto in quanto creditori non concorsuali.

Corte d'Appello Venezia 23/2/2012 ritiene che i postergati siano creditori estranei al concorso e come tali esclusi dal voto, anche nel caso in cui vi sia l'apporto di finanza esterna, in quanto la loro posizione è assimilabile a quella dei soci per i conferimenti di capitale di rischio.

Non mancano poi argomentazioni di segno opposto: Trib. Messina 4/3/2009 ha affermato che "i soci finanziatori rimangono pur sempre dei creditori, con la conseguenza che gli stessi non possono essere estromessi dalla partecipazione alle votazioni per l'approvazione del concordato", sostenendo al tempo stesso che tali creditori non possono essere soddisfatti in sede di concordato se non con l'apporto di

nuova finanza, e che comunque la regola della postergazione non è derogabile a maggioranza – come aveva ritenuto invece la pressoché coeva pronuncia di legittimità sopra richiamata – ma solo con l'unanimità di consenso espresso da parte di tutti gli altri creditori.

Dello stesso avviso alcuni commentatori, i quali sostengono che l'esclusione dal diritto di voto, in quanto eccezionale, dovrebbe essere testualmente prevista e che comunque il concetto di "soddisfazione" non deve necessariamente essere inteso in termini monetari, nel senso che all'interno del concordato si realizza pur sempre una forma di soddisfazione falcidiata e che non può in astratto escludersi che si liberino - anche a prescindere dalla nuova finanza – risorse liberamente distribuibili ai postergati; essi potrebbero poi giovare dell'effetto esdebitativo qualora, in ipotesi, abbiano anche concesso garanzie in favore della società; i postergati non sarebbero poi del tutto indifferenti all'assetto concordatario, poiché in ipotesi potrebbero, in luogo del trattamento falcidiato, coltivare l'aspettativa di un integrale pagamento post concordatario, confidando magari sulla garanzia patrimoniale offerta dai beni futuri del debitore ex art. 2740 c.c.

Nel caso che ci occupa la classe dei soci finanziatori non è destinataria di alcun pagamento, neppure derivato dalla finanza esterna, dunque non è necessario interrogarsi sulla legittimità del trattamento loro riservato e sulla derogabilità della regola della postergazione; è però fondamentale stabilire se tale classe abbia o meno diritto di voto.

Si osserva che la postergazione non implica una rinuncia al credito, ed in tal senso i soci finanziatori risultano creditori della società proponente il concordato (tanto è vero che vanno inseriti in autonoma classe); tuttavia non può certo negarsi che si tratti di creditori dallo *status* peculiare, dal momento che essi non formano parte – quanto meno non lo formano nel caso qui in esame – del piano concordatario, ma sono ad essi estranei, ed è la legge, non la volontà delle parti, a sancire quando e come potranno essere soddisfatti. Qualunque sia infatti l'esito del presente concordato, esso non toccherà la posizione dei soci postergati; seppure infatti in fase di attuazione del piano si

realizzasse l'integrale soddisfazione di tutti i creditori poziori (i chirografari) il piano sarebbe pienamente attuato, e la soddisfazione dei soci finanziatori con ulteriori, ipotetiche risorse rese disponibili sarebbe un elemento extra concordato.

Ad avviso del Tribunale l'esclusione dal voto dei postergati è coerente con il principio generale, evincibile dall'art. 177 l.f., in base al quale il diritto di voto non compete a coloro le cui sorti non sono incise dai concreti assetti concordatari, e che quindi non sono legittimati ad esprimersi sull'approvazione di una proposta che vede come destinatari esclusivamente terzi soggetti; dall'altro, non si può trascurare che alla base della previsione della postergazione ex art. 2467 c.c. vi è l'esigenza di "sanzionare", in un certo qual modo, i soci di quelle società a ristretta base sociale quali storicamente sono le s.r.l. – normalmente dotati degli strumenti per cogliere prima di tutti gli altri creditori i sintomi del rischio di insolvenza – per aver concesso credito alla società allorché essa versava in condizioni economico-finanziarie tali da richiedere invece un apporto di capitale. Per tale ragione sarebbe irragionevole attribuire in sede di concordato preventivo a chi ha in un certo senso "violato le regole del gioco" - scegliendo la più comoda strada del finanziamento anziché del conferimento, ed

evitando così di farsi carico della funzione partecipativa del rischio di impresa - un trattamento “premierale”, nel senso di potersi pronunciare ed incidere, magari in maniera determinante, sulla posizione dei creditori terzi.

Del resto i soci, pur essendo in astratto potenzialmente destinatari del rimborso del capitale sociale all’esito della liquidazione del patrimonio societario, non sono certo creditori concorrenti ammessi in tale veste al voto nel concordato preventivo: non si vede pertanto per quale ragione si dovrebbero trattare in maniera dissimile i soci che, in situazioni di squilibrio finanziario dell’impresa, hanno correttamente effettuato un aumento di capitale rispetto a coloro che si sono posti sullo stesso piano dei creditori terzi utilizzando una scorciatoia, quale appunto il finanziamento in condizioni anomale.

In sintesi la classe dei postergati *ex lege* va sì obbligatoriamente formata, in ossequio a Cass 2706/2009, ma è una classe solamente descrittiva, al pari di quella dei privilegiati.

Per quanto riguarda i creditori ipotecari degradati in chirografo per la parte di incapienza, appare corretto l’iter seguito dai Commissari di calcolare il loro voto per la parte di credito per la quale, sulla base della stima dei tecnici incaricati dalla procedura, essi non trovano integrale soddisfazione.

Per i creditori di classe 12 , istituti bancari garantiti da fideiussioni, va ribadito quanto affermato a proposito dei cessionari *pro solvendo*, ovvero che, in forza del richiamo espresso operato dall’art. 169 all’art. 55 l.f., i crediti condizionali devono essere assoggettati alla procedura e dunque computati nel calcolo delle maggioranze ed ammessi al voto. È pur vero che allo stato le fideiussioni non sono state ancora escusse, che non consta alcun inadempimento di Integra srl e di Cieffe Immobiliare snc in relazione agli obblighi assunti nei confronti degli istituti di credito garantiti, né questi ultimi hanno formulato nei loro confronti atti di messa in mora o comunicato la decadenza dal beneficio del termine, né hanno in alcun modo precisato il loro credito ai fini del concordato, tuttavia i titolari del credito non possono essere esclusi dal voto e dal calcolo delle maggioranze, tanto più ove si consideri che essi sono stati costituiti in classe apposita ed individuati come destinatari del pagamento di un 1%, cosa che non

sarebbe avvenuta ove fossero stati valutati come crediti meramente futuri e eventuali, da appostare in appositi fondi rischi ma da non considerare ai fini del voto. Alla previsione di falcidia del credito deve infatti far da corollario il diritto del creditore ad esprimersi sulla proposta.

Per quanto riguarda poi la classe 13, formata da creditori chirografari per i quali è stata prevista la soddisfazione al 100%, anche in questo caso è possibile richiamare il principio generale desumibile dalla lettera dell'art. 177 l.f., cioè che all'integrale pagamento corrisponda una sostanziale indifferenza per le sorti del concordato, per predicare l'esclusione dal voto per tali creditori. Obiezione non peregrina potrebbe essere quella che la percentuale del 100% è soltanto sperata e non certa: considerato però che lo stesso pagamento dei privilegiati nel concordato omologato non è una certezza assoluta ma dipende dagli sviluppi della liquidazione, e tuttavia è pacifico che i

creditori privilegiati non votino in adunanza, è legittimo sostenere che ai fini della valutazione circa la legittimazione al voto rilevi esclusivamente lo scenario concordatario. Nella fattispecie concreta poi un ulteriore elemento a sostegno della tesi dell'esclusione dal voto deriva dal fatto che il pagamento integrale della classe 13 non è semplicemente vagheggiato o sperato, ma rappresenta una certezza, dal momento che l'assuntore si è impegnato ad accollarsi il pagamento dell'onere concordatario al fine di vedersi trasferire tutte le attività che sono in capo alla società ricorrente.

Riepilogando, la massa chirografaria va rideterminata in euro 48.934.452 e la maggioranza si attesta ad euro 24.467.232; i voti favorevoli espressi sono pari ad euro 21.025.581 , pari al 42,967% . La maggioranza risulta, in ogni caso, raggiunta in sole 3 classi sulle 6 ammesse al voto.

Stante dunque il mancato raggiungimento delle maggioranze, la presente procedura concordataria va dichiarata improcedibile.

Rilevato che nella memoria depositata in vista dell'udienza camerale dell'8.6.2012 il creditore Molini Fagioli s.r.l. (che già aveva presentato istanza di fallimento in data 10/2/2012, dichiarata improcedibile a causa della pendenza del concordato), ha chiesto



pronunciarsi il fallimento della debitrice, nella ricorrenza dei presupposti oggettivi e  
soggettivi ex art. 1 L.F. si provvede sull'istanza con separata sentenza.

**P.Q.M.**

visto l'art.179 L.F.,

dichiara improcedibile la procedura di concordato.

Provvede sull'istanza di fallimento con separata sentenza.

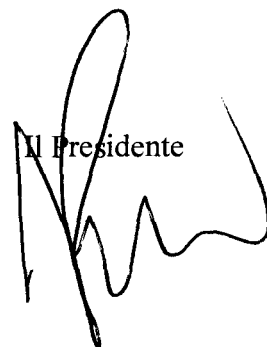
Si comunichi.

Perugia, 22/6/2012

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO  
Dott. Lanfranco Lanari



Il Presidente



DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
IL 16/07/2012  
IL CANCELLIERE



Ai CC.GG.  
all' Ag. Eubrote  
alla Cur. Cur. PG  
el PH sede  
PG 16.7.12  
mf