

I creditori postergati hanno diritto al voto solo quando sia prevista la soddisfazione anche parziale del loro credito

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

Concordato preventivo - Creditori destinatari della proposta - Creditori aventi diritto di voto - Creditori destinatari di una previsione di soddisfazione anche parziale del credito

I creditori presi in considerazione dall'articolo 160 legge fall., così come quelli che in base all'articolo 177 legge fall. hanno diritto di voto sulla proposta di concordato preventivo, sono quei creditori contemplati della proposta stessa come destinatari di una previsione di soddisfazione anche parziale del loro credito.

Concordato preventivo - Creditori aventi diritto di voto - Creditori postergati - Condizioni - Limiti

Ai creditori postergati non può essere riconosciuto il diritto di voto nel concordato preventivo se non nelle limitate ipotesi in cui sia loro riservata una qualche soddisfazione.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

La società SO. S.R.L., in liquidazione dal 27.6.2012, si occupa(va) di vendita, locazione, costruzione, restauro ed amministrazione di beni immobili per conto proprio o di terzi: è integralmente partecipata dalla società Ed. s.r.l. in liquidazione, in concordato preventivo.

Propone un concordato integralmente liquidatorio, con il quale prospetta (ma non promette) ai propri creditori la soddisfazione integrale dei crediti prededucibili e privilegiati (speciali e generali) nonché il pagamento in una percentuale del 47,8% (prima classe: creditori generici) e del 15% (seconda e terza classe: rispettivamente crediti contestati e fidejussioni e debiti intercompany) nel termine massimo di cinque anni. Le percentuali sono state ridotte dall'attestatore a 42,6% per la prima classe e 13,37% per le altre due classi. In caso di raggiungimento della soddisfazione indicata il surplus sarà distribuito in proporzione tra le sole prime due classi.

I valori attivi vengono stimati complessivamente € 24.831.000, di cui € 17.400.000 circa per immobili (rimanenze ed immobilizzazioni materiali), € 3.000.000 circa di partecipazioni sociali, € 2.000.000 circa di credito nei confronti di Fineco Leasing a fronte della restituzione dell'immobile (pari alla differenza tra il valore stimato di riallocazione ed il debito complessivo della società di leasing), € 831.000 circa per canoni in riscossione nel periodo di esecuzione del concordato, € 1.400.000 circa per crediti.

I debiti vengono indicati complessivamente (comprensivi dei fondi rischi) in € 2.000.000 in prededuzione (di cui € 580.000 solo per IMU fino al 2018), € 13.000.000 circa per debito ipotecario con specifica indicazione del singolo bene su cui ciascun debito insiste, € 6.800.000 circa per debito privilegiato mobiliare, € 7.578.000 circa per debito chirografario, comprensivo di iva, non essendo riconoscibile il privilegio di rivalsa: a dette voci deve aggiungersi il debito nei confronti di Ed. s.r.l. in liquidazione pari ad € 17.477.000 circa, cui è stata attribuita natura di postergazione legale, giusta approfondimento come da relazione sub doc. 11.

Alcuni aspetti risultano da approfondire.

Appare corretta la precisazione della “classe” sia per le voci prettamente debitorie che per le voci in fondo rischi: la proponente deve infatti precisare quanto intenda pagare il creditore che eventualmente veda trasformare la propria (mera) pretesa in debito effettivo.

Senonché, la tabella dei votanti di pag. 52 del piano va verificata, da un lato appurando la posizione rispetto al voto dei debitori postergati legali e, dall'altro lato, mantenendo tra i debiti effettivi e quindi votanti solo i debiti da fidejussioni (nei limiti dell'esposizione già maturata in capo alla debitrice principale, verificando altresì se la stessa sia in grado di adempiere all'obbligo di regresso nei confronti della proponente ed eventualmente in che misura) ma non i debiti da contenzioso, che rimangono appostati al fondo rischi e non danno diritto a voto.

La questione infatti attiene alla stessa ammissibilità del concordato: in questa sede il Tribunale, una volta che la proponente scelga di distinguere i propri creditori in classi, deve verificare la correttezza della formazione (o non formazione) delle classi. Cosicché, se non fosse condivisibile l'esclusione del diritto di voto per il creditore postergato, andrebbe segnalata una questione di (in)ammissibilità del concordato, che non preveda la facoltà di voto del creditore postergato pur in autonoma classe.

Ebbene, ferma la necessità di verificare la stessa sussistenza dei presupposti della postergazione legale nel contraddittorio con il creditore Ed. s.r.l., ritiene il Tribunale di rivedere la posizione seguita fino ad oggi in ordine alla sussistenza del diritto di voto in capo al creditore postergato.

Partendo dai precedenti giurisprudenziali in materia, ad avviso del Tribunale deve in primo luogo escludersi che sussista al riguardo un precedente di legittimità che abbia affermato il diritto del creditore postergato ad esprimere il proprio voto in seno al concordato. Cass. n. 2706/2009, pur decidendo una fattispecie in cui ai creditori postergati era stato attribuito dal proponente il diritto di voto, tratta infatti una diversa problematica: ovvero l'omogeneità degli interessi tra creditori ai fini della formazione delle classi, affermando che “non è consentito ritenere quindi che siano portatori di “interessi economici omogenei” i soci finanziatori ed i terzi creditori e non può considerarsi quindi rispondente alla previsione di legge il loro inserimento nel piano”; prosegue la Corte affermando quale sia l'unica ipotesi in cui ai creditori postergati possa essere riservata la parziale soddisfazione del credito, in deroga allo stesso principio della postergazione: “ciò può avvenire solo con il consenso della maggioranza di ciascuna classe e non già, come sembra sostenere la Corte d'Appello, con il solo consenso della

maggioranza assoluta del totale dei crediti chirografari” (in motivazione). Quindi, poiché l’appellante si doleva del fatto che ai creditori postergati fosse stato riservata la parziale soddisfazione del credito (nella misura del 3%), la Suprema Corte ha specificamente affrontato solo questo aspetto della problematica, cioè – si ripete – la possibilità di attribuire anche ai creditori postergati una somma a soddisfazione del credito.

Venendo quindi ai precedenti di merito che si sono occupati della questione, in estrema sintesi, da un lato è stato sostenuto che il diritto di voto spetti anche ai creditori postergati (purché riuniti in classe autonoma) in quanto (pur sempre) creditori del soggetto che propone il concordato; dall’altro tale diritto è stato negato, o richiamando il rischio di condizionamento dell’esito del concordato da parte di chi ha un concreto interesse alla sua approvazione (ovvero i soci finanziatori) oppure invocando una sorta di “sanzione” a carico di chi ha scelto la via del finanziamento nel momento in cui sarebbe stato necessario immettere nell’impresa capitale.

Ebbene, ritiene il Tribunale che la prima affermazione (ovvero i creditori postergati votano in quanto creditori del concordato) necessiti di una precisazione. Se è vero che l’art. 177 l.f. prevede un generale diritto di voto in capo ai creditori, escludendo espressamente le categorie di creditori cui non spetta il diritto di voto (ovvero i creditori privilegiati che non rinunciano al privilegio ovvero i creditori di cui al comma quarto), pare però debba verificarsi con particolare attenzione quali siano i creditori cui si rivolge l’art. 177 l.f..

Ad avviso del Collegio, infatti, la norma ed in generale tutta la disciplina della legge fallimentare in tema di concordato preventivo quando tratta dei creditori si riferisce ai creditori che siano destinatari di una previsione di soddisfazione in sede di proposta concordataria.

L’art. 160 l.f., nell’introdurre la disciplina del concordato preventivo, prevede che l’imprenditore in crisi possa proporre ai propri creditori un concordato sulla base di un piano che preveda “la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma”: quindi la norma di apertura contempla i creditori del proponente in quanto destinatari di una previsione di soddisfazione. Ancora, la stessa norma alla lettera d) prevede che possano attribuirsi trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse: il che significa che ai creditori appartenenti alle singole classi possono attribuirsi trattamenti analoghi o differenziati, ma in ogni caso vanno attribuiti trattamenti: ovvero, i creditori del concordato contemplati dagli articoli 160 l.f. e seguenti sono i creditori destinatari di una parziale soddisfazione del credito.

Conseguentemente i creditori contemplati dall’art. 177 l.f. sono i creditori per i quali la proposta di concordato preveda una qualche soddisfazione: quindi i creditori aventi diritto al voto sono quelli per i quali la proposta di concordato preveda una qualche soddisfazione.

La ricostruzione proposta risulta del resto coerente con il “principio negoziale a maggioranza” che ispira l’istituto concordatario: un sistema per cui il voto della maggioranza dei crediti condiziona il trattamento della minoranza dei crediti, ad avviso del Tribunale, presuppone che i creditori ammessi al voto siano creditori concorrenti, ovvero tutti i creditori per i quali la proposta concordataria preveda la soddisfazione almeno parziale. Ciò è a dire che pare dissonante con quella che può sinteticamente definirsi come la natura negoziale del concordato il fatto che alla formazione della volontà negoziale concordataria partecipino col

voto quei creditori che non siano poi destinatari degli “effetti” di quel “negozio”, non essendo contemplati dal piano che vanno a votare.

Ebbene, tornando alla posizione dei creditori postergati, ritiene il Tribunale che il loro diritto di voto non possa essere né in assoluto riconosciuto né in assoluto escluso: il diritto di voto va riconosciuto al creditore postergato (come a qualsiasi altro creditore) se ed in quanto il piano contempra la soddisfazione almeno parziale del suo credito.

L'art. 2467 c.c. stabilisce che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della s.r.l. è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori: in sostanza detti creditori non saranno soddisfatti se non dopo che siano integralmente soddisfatti i creditori chirografari, giacché “si è inteso vietare, attraverso il meccanismo della postergazione, il pagamento in pregiudizio degli altri creditori, assimilandosi in tal modo ai fini in esame i finanziamenti ai conferimenti nel capitale di rischio” (ancora Cass. 2706/2009). Ciò significa che nella netta maggioranza dei concordati preventivi, ove ai creditori chirografari è riservata una soddisfazione solo parziale del credito, il piano non prevede né può prevedere per espresso disposto di legge la soddisfazione neppure parziale dei creditori postergati: da qui la negazione del loro diritto di voto.

L'affermazione diffusa per cui anche i creditori postergati hanno un interesse all'approvazione della proposta concordataria non vale ad avviso del Collegio a giustificare una diversa conclusione: si tratta infatti di un generico e personale interesse all'approvazione del concordato proposto dalla “propria” società, che nulla ha a che vedere con l'interesse economico dei creditori chirografari alla parziale soddisfazione dei propri crediti (al contrario il creditore postergato sa già che non sarà pagato). Detto personale interesse non è assimilabile all'interesse tipico del creditore che lo strumento concordatario è destinato a soddisfare.

Invero, la Suprema Corte, nell'affermare la “duplice finalità perseguita con l'instaurazione della detta procedura”, ha individuato da un lato il fine del “superamento della situazione di crisi dell'imprenditore”, dall'altro lato il fine del “riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti” (SSUU n. 1521/2013): proprio a tutela dell'interesse alla sia pur minimale soddisfazione è attribuito ai creditori il diritto di voto. Ebbene, l'interesse del creditore postergato pare assimilabile alla prima e non alla seconda finalità, nel senso che egli, escluso di fatto dal concorso sull'attivo della procedura, non è interessato alla soddisfazione del proprio credito, bensì al superamento della situazione di crisi: è quindi portatore di un interesse personale ed eccentrico rispetto alla finalità dello strumento concordatario cui la norma ricollega l'esercizio del diritto di voto: cosicché, ogniqualvolta il piano non preveda la sua soddisfazione, assente un effettivo interesse economico alla soddisfazione tutelato dallo strumento concordatario, non appare giustificata l'attribuzione del diritto di voto rispetto alla proposta di concordato, finendo per incidere sulla approvazione di una proposta che ha ad oggetto la soddisfazione di altri soggetti.

Ne consegue che ai creditori postergati non può essere riconosciuto diritto di voto se non nelle limitate ipotesi in cui sia loro riservata una qualche soddisfazione (per iniezione di finanza esterna o perché il concordato prevede di pagare il 100% dei creditori chirografari o infine perché agli stessi il piano riservi una qualche soddisfazione diversa dal

denaro, secondo la nuova formulazione dell'art. 161 l.f.) oppure quando ricorra l'adesione di tutti i creditori (secondo la menzionata fattispecie esaminata dalla Suprema Corte).

Nel caso di specie, Ed. s.r.l. è indicato dalla società proponente come creditore postergato legale, non è prevista per detto creditore alcuna soddisfazione, cosicché appare al Tribunale corretto escluderlo dal novero dei creditori votanti.

Altre due questioni possono essere demandate al CG, ma è opportuna la segnalazione sin d'ora alla proponente, perché possa eventualmente fornire chiarimenti.

Innanzitutto la configurabilità di un debito ovvero di un mero rischio da appostare in fondo rischi in presenza di quelle voci passive per cui la società prospetta l'ipotesi di prescrizione del diritto di credito ovvero – quanto al debito bancario – di riduzione della somma dovuta per effetto di addebito non dovuto di interessi anatocistici o superiori alla soglia usuraria: l'appostazione della voce tra i debiti o tra i fondi rischi incide infatti sull'attribuzione del voto e quindi sulle maggioranze richieste per l'approvazione del concordato.

Ancora, la verifica di effettiva riscuotibilità delle somme indicate a credito, quale la richiesta a Fineco Leasing o la corretta stima del credito incassabile da Armistizio 2000 scarl (a fronte di un'ammissione ipotecaria per € 300.000, si stima l'incasso di € 200.000: andrebbe verificato il valore del bene su cui grava l'ipoteca).

Va precisato che la determinazione delle spese di procedura su cui conteggiare la quota del 20% deve tenere conto anche delle spese professionali che assumono connotazione prededucibile.

In conclusione, visto l'art. 163 L. F.,

il Tribunale
dichiara

aperta la procedura di concordato preventivo di cui in premessa;

delega

alla procedura la dott.ssa Maria Antonia Maiolino;

CONFERMA LA nomina
quale commissario giudiziale della dott. C. M.;

Ordina

la convocazione dei creditori per l'udienza del giorno 4.3.2016, ore 12,20;

DISPONE

che il Commissario Giudiziale provveda a comunicare a tutti i creditori entro il 20.12.2015 la data dell'adunanza, nonché copia integrale della proposta di concordato e del decreto di ammissione; il suo indirizzo di posta elettronica certificata (che ella dovrà entro dieci giorni dalla nomina comunicare al Registro delle imprese) e l'invito a ciascun destinatario a comunicare entro il termine di quindici giorni l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale intende ricevere le comunicazioni; l'avvertimento che, in caso di mancata indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, tutte le future comunicazioni si perfezioneranno con il deposito in Cancelleria senza ulteriori avvisi;

che il Commissario depositi in Cancelleria la sua relazione ex art. 172 l.f. entro il termine di dieci giorni prima dell'adunanza, comunicandola

contestualmente agli indirizzi di posta elettronica certificata indicata dai creditori;

ORDINA

Il deposito presso la Cancelleria di questo Tribunale della somma di € 205.000 per le spese ritenute necessarie per la procedura, entro quindici giorni.

Si comunichi.

Padova, li 12.11.2015

il Presidente

Maria Antonia Maiolino