

Corte d'Appello di Firenze, Sez. I, 29 maggio 2012.

**Concordato preventivo - Opposizione all'omologazione - Legittimazione del creditore che non abbia espresso il voto - Esclusione.**

**Concordato preventivo - Potere del tribunale di valutarne la fattibilità - Distinzione tra proposta e piano - Conseguenze.**

*Nel concordato preventivo, il creditore che non abbia espresso il proprio voto sulla proposta concordataria non è legittimato ad opporsi all'omologazione deducendo la errata inclusione del proprio credito in una piuttosto che in altra classe.*

*Nel procedimento di concordato preventivo, il potere del tribunale di valutare la fattibilità dell'accordo non può avere ad oggetto la fattibilità del piano, il quale deve essere tenuto distinto dalla proposta che costituisce l'oggetto dell'incontro delle volontà del debitore e dei creditori. Al piano non potranno, pertanto, essere riferiti eventuali vizi genetici del negozio concordatario in quanto esso altro non è che lo strumento per l'adempimento del concordato la sua fattibilità potrà avere rilievo esclusivamente nell'ambito dell'eventuale giudizio di risoluzione del concordato.*

Omissis

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con provvedimento 23.1.12 il tribunale di Lucca esponeva quanto segue. Eurosak Imballaggi Industriali spa (infra Eurosak) il 31.3.11 aveva proposto un concordato preventivo. La proposta era stata approvata con le maggioranze di legge. Detta proposta non considerava il Consorzio Nazionale Imballaggi-Conai (infra Conai) tra i creditori privilegiati, per i quali [unitamente alla sola classe dei creditori per canoni di leasing] era previsto l'integrale pagamento. Conai aveva proposto opposizione all'omologazione del concordato, sostenendo la natura privilegiata del proprio credito. Effettivamente Conai era creditore privilegiato (onde la sua legittimazione all'opposizione co-

me "interessato" ex art. 180, comma 2, l.f.). Infatti: Conai era concessionario ex lege del pubblico servizio di raccolta (differenziata) dei rifiuti di imballaggio e quindi (Tar Lazio 22.4.99) "organo indiretto della P.A.". Invero il contributo ambientale Conai [oggetto del credito] serviva al finanziamento delle funzioni pubblicistiche del consorzio e quindi aveva "natura equiparabile a quella" di un tributo indiretto godente del privilegio speciale ex art. 2758 c.c.

Orbene, "mancava la necessaria provvista per il soddisfacimento" del credito privilegiato di Conai. Invero Conai aveva "stimato" (in base alle dichiarazioni annuali presentate da Eurosak sino al marzo 2002 e poi in base al fatturato indicato nei bilanci) il proprio credito in € 6.942.040, oltre interessi per € 1.047.825,90. Si trattava invero di un omesso versamento del contributo Conai per circa dieci anni (durante i quali Eurosak aveva continuato a percepire il contributo detto dai propri clienti).

Invero la contestazione giudiziale circa il credito Conai (vi erano tre controversie pendenti presso il Tribunale di Roma per "accertare se alcuni dei suoi [di Eurosak] prodotti, in particolare gli accessori di imballaggio, siano qualificabili come imballaggi veri e propri") non aveva pregio, come statuito dalle sentenze dello stesso tribunale di Roma 10050-06, 16818-07 e 216237-08, prodotte da Conai.

Del resto (pag. 2 del provvedimento) il credito Conai [ancorchè chirografario: si noti la parola "peraltro" di rigo 18 d pag. 2 del provvedimento] avrebbe dovuto essere comunque "considerato...in via prudenziale, al fine di affrontare eventuali pagamenti non previsti".

In definitiva (pag. 4 del provvedimento) doveva respingersi la proposta concordataria e (art. 180, ult. comma, l.f.) dichiararsi con separata sentenza il fallimento.

Del resto, aggiungeva il tribunale (stessa pag. 4), doveva osservarsi, ancorchè questione non sollevata dall'opponente Conai ma comunque esaminabile ex artt. 180, comma tre, e 173, comma tre, l.f. nonché in base all'insegnamento di cass. 18864-11, la non fattibilità del concordato.

Invero il commissario giudiziale aveva evidenziato che: non vi erano impegni cogenti da parte delle banche circa il quantum, la durata e le

condizioni contrattuali "della nuova finanza post-omologa promessa"; nei primi dieci mesi del 2011 si era avuto un deficit patrimoniale di oltre € 850 mila e pertanto si era verificata la totale perdita "dei capitale in itinere" non sussistevano garanzie circa le previste dismissioni dell'immobile 111italiano 2" e di quello detenuto da Eurosak Sarlu in Francia; mancava la copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 tramite le risorse previste dal piano.

In definitiva il tribunale non omologava il concordato e dichiarava, con separata sentenza ex art. 180, ult. comma, l.f. quale avente numero 6-12 e data di deposito il 25.1.12, il fallimento di Eurosak.

Reclamava, avverso il provvedimento di rigetto dell'omologazione e la sentenza di fallimento, Eurosak, per i seguenti motivi: 1) erroneamente il credito di Conai era stato ritenuto privilegiato ex art. 2758 c.c.; infatti doveva osservarsi, sotto il profilo soggettivo, che Conai era una persona giuridica di diritto privato (art. 224, comma 1, d. lvo 152-06 e prima ancora art. 10, comma 2, l. 93 del 2001); invero doveva osservarsi, sotto il profilo oggettivo, che il contributo Conai era un mero contributo consortile; 2) erroneamente il concordato non era stato omologato per carenza del presupposto di relativa fattibilità.

Il reclamante chiedeva quindi: in via preliminare la sospensione degli atti di liquidazione dell'attivo fallimentare ex art. 19 l.f.; l'omologazione del concordato e la revoca del fallimento.

Si costituivano, con separate comparse, la curatela e Conai, chiedendo il rigetto del reclamo.

Interveniva in causa il P.G.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve premettersi che l'opponente Conai risulta avere dedotto la natura privilegiata del proprio credito ex art. 2758, comma 1, c.c. Tanto si ricava dalla contrapposizione tra la riga 5 di pag. 7 della comparsa di costituzione e risposta per questa corte (laddove si riporta, senza contestazioni, l'assunto di parte reclamante di avere il tribunale riconosciuto ad esso Conai il privilegio ex art. 2758, comma 1, c.c.) con la riga 16 della successiva pag. 15 (laddove si sostiene che comunque ad esso Conai dovrebbe riconoscersi, anche nell'ipotesi della natura chirografaria

del credito in linea capitale e per interessi, il privilegio per la rivalsa lva ex art. 2758, comma 2, c.c.; sul privilegio per rivalsa lva v. infra).

Circa il motivo del reclamo, deve escludersi la natura di tributo indiretto alla contribuzione pecuniaria in questione. Essa è invero destinata [cfr. l'art. 6 del doc. Q di parte reclamante (regolamento Conai, quale adottato dall'assemblea) e l'art. 224, comma 8, d. lvo 152-06]: in parte a confluire nel patrimonio di un soggetto privato (Conai stesso: cfr. art. 224, comma 1, d. lvo cit.); in parte a dotare i consorzi previsti per i vari materiali di imballaggio (cfr. pag. 5 della comparsa di costituzione della curatela).

Orbene, nell'ipotesi della natura di tributo indiretto dello Stato (art. 2758, comma primo, c.c.) dei contributi detti si porrebbe la questione (art. 100 cast.) dell'omesso controllo della Corte dei Conti.

Del resto la natura di tributo indiretto deve escludersi anche alla luce della considerazione secondo cui questo dovrebbe concernere atti giuridici e fatti materiali siccome segni indiretti o mediati della capacità contributiva (si pensi all'imposta di registro, che concerne le contrattazioni relative allo scambio di beni o servizi, all'imposta sul valore aggiunto, relativa a cessioni di beni o servizi, all'imposta di fabbricazione).

Viceversa appare ragionevole interpretare la normativa circa lo smaltimento degli imballaggi nel senso che il presupposto della relativa contribuzione [parametrata alla quantità, al peso e alla tipologia del materiale degli imballaggi (art. 224, comma 3, lett. h, d. lvo 152, ricordato a pag. 9 della comparsa di costituzione della curatela)] non è il segno indiretto di una capacità reddituale bensì il segno diretto della effettiva immissione nell'ambiente di rifiuti di un certo tipo, a prescindere da ogni possibile profilo, ancorchè mediato, reddituale.

Invero non è necessario approfondire la questione se ai contributi in oggetto debba attribuirsi la qualifica di "paratributari" (così cass. sez. un. 6074-07, in materia di contributi imposti in ragione di un "rischio ambientale"). Infatti non si vede come dalla eventuale qualifica "paratributaria" sia possibile fare derivare il riconoscimento dello specifico privilegio invocato da Conai (art. 2758, primo comma, c.c.),

neppure in base ad una interpretazione estensiva (cass. sez. un. 11930-10) della detta norma codicistica.

Ancora, contro la tesi della natura di tributo indiretto dello Stato milita la circostanza della pretesa dello stesso consorzio di assoggettare i ridetti contributi all'Iva (sul punto v. infra).

Del resto ex art. 2758, primo comma, detto dovrebbe riconoscersi solo un privilegio speciale sui "mobili ai quali [il] tribut[o] si riferisc[e]". Infatti non potrebbero rinvenirsi altri privilegi speciali in assenza di "leggi relative" prevedenti ciò.

Orbene, ogni produttore di imballaggi, tale Eurosak, è fisiologicamente destinato a spogliarsi (commercializzandoli) degli imballaggi che produce e solo detta cessione ("immissione al consumo" secondo la pag. 4 nella costituzione per l'opposizione all'omologazione del concordato; 11 passaggio ["dell'imballaggio finito"] dall'ultimo produttore al primo utilizzatore" è l'analogo concetto espresso a pag. 9 della comparsa della curatela) è il presupposto dell'obbligo contributivo a favore di Conai. In definitiva risulta comunque l'antologica impossibilità di ritenere la sussistenza di un privilegio speciale ex art. 2758, primo comma, c.c. del credito Conai verso Eurosak.

Deve infine notarsi che una questione ex art. 2758, comma 2, c.c. non è stata sollevata da Conai nell'atto di costituzione [presente nel fascicolo della curatela sub 3; si noti in particolare la riga 7 di pag. 7 di detto atto, laddove l'oggetto dell'asserito (unitario) privilegio è specificato nel capitale e negli interessi; invero dall'antecedente pag. 6 risulta che capitale ed interessi sono stati considerati al netto dell'Iva] per l'opposizione all'omologazione del concordato. Invero non risulta ammissibile ampliare, in particolare in questa sede di reclamo, i motivi dell'opposizione detta (cfr. invece pag. 15, righe 15 e ss. della comparsa di costituzione Conai per il reclamo).

Invero ammettere l'ingresso in sede di reclamo di nuovi motivi di opposizione mal si concilia sia con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) sia con il diritto delle parti ad una stabilità del thema decidendi quale portato all'esame del giudice del reclamo detto.

Del resto l'art. 2758, comma 2, cit. non potrebbe comunque rilevare. Infatti l'asserito

credito di rivalsa Iva non può che trovare collocazione chirografaria, per le considerazioni sopra svolte sull'impossibilità antologica di un privilegio speciale ex art. 2758, comma 1, sui beni mobili del produttore di imballaggi.

Circa la pretesa dell'opponente Conai (punto 4 della costituzione per l'opposizione all'omologazione, richiamato a pag. 15 della comparsa di costituzione per il reclamo presente) di essere comunque inserita nella classe dei "fornitori chirografari strategici" [id est "essenziali per la realizzazione del piano": pag. 23 della domanda di ammissione prodotta sub D dal reclamante] invece che nella classe "altri creditori chirografari" risulta inammissibile (ancorché dotata di un evidente fumus in punto di merito: cfr. le ultime tre righe del detto punto 4 e gli artt. 9 e 41 cast.).

Infatti è pacifico (pag. 1 del provvedimento di rigetto dell'omologazione del concordato) che Conai non ha votato sulla proposta concordataria. Esso non può quindi essere considerato creditore dissenziente e come tale legittimato ad una opposizione motivata sulla base di una errata inclusione in una classe chirografaria invece che in un'altra classe chirografaria.

Circa la deduzione di Conai di cui al punto 5 dell'atto di costituzione per l'opposizione all'omologazione (richiamato a pag. 19 della comparsa di costituzione per il presente reclamo) osservasi che essa si caratterizza per l'astrattezza e teoricità con cui è stato sollevato il problema di una soluzione fallimentare più conveniente rispetto alla soluzione concordataria. Invero, relativamente all'unico fatto concreto e specifico dedotto (l'asserita riscossione da parte di Eurosak del contributo Conai, senza il successivo versamento a Conai stesso), non si vede, pur nella prospettiva ex art. 146, comma 2, l.f., quale danno abbia cagionato alla società fallita o quale nocimento ne sia conseguito per l'integrità del patrimonio sociale.

Circa il motivo 2) del reclamo, ritiene la corte di aderire all'insegnamento giurisprudenziale di cui è segno cass. 18987-11: "In tema di giudizio di omologazione del concordato preventivo, nel perimetro di controllo (di legittimità anche sostanziale) demandato al tribunale non rientra il potere-dovere di accertare la fattibilità dell'accordo intervenuto tra il debitore proponente ed i creditori, in quanto essi, se informati, sin dall'inizio e durante le fasi succes-

sive, in modo veritiero e trasparente sulla situazione aziendale e sulle ragioni di sostegno del piano concordatario, ben possono accordare a quest'ultimo preferenza, rispetto alla liquidazione concorsuale; ne consegue che di tale scelta consapevole il tribunale, verificando la persistenza delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura e l'assenza di fatti di revoca ex art. 173 legge fall., deve limitarsi a prendere atto. (Nella specie il commissario giudiziale, costituendosi senza perd svolgere rituale opposizione, aveva evidenziato, nel suo parere motivato, il "deficit" del fabbisogno concordatario ed il tribunale, su tale rilievo, aveva respinto la proposta)".

Invero ritiene la corte di dissentire da cass. 18864-11, cui ha invece prestato adesione il tribunale: "In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione di controllo della regolarità formale della procedura, dovendo, invece, egli intervenire, anche d'ufficio ed in difetto di opposizione ex art. 180 legge fa li., sollevando le eccezioni di merito, quale quella di nullità, ex art. 1421 cod. civ.; in particolare, se è vero che l'apprezzamento della realizzabilità della proposta, come mera prognosi di adempimento, compete ai soli creditori, ove sussista, invece, un vero e proprio vizio genetico della causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, non rilevata nella relazione del professionista attestatore, il giudice deve procedere ad un controllo di legittimità sostanziale, trattandosi di vizio non sanabile dal consenso dei creditori e così svolgendo il predetto giudice una funzione di tutela dell'interesse pubblico, evitando forme di abuso del diritto nella utilizzazione impropria della procedura. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla s.e., aveva ritenuto che l'omessa considerazione, nella proposta di concordato, di un ingente credito privilegiato, di radice causale anteriore alla detta proposta, operasse come causa di impossibilità dell'oggetto, così alterando l'ipotesi prospettata di soddisfacimento delle obbligazioni sociali, su cui confidava il consenso del ceto creditorio, dovendosi perciò rigettare la do-

manda di omologazione)".

Queste, mutate da autorevole dottrina (di commento alla divergenza tra le due sentenze citate), le ragioni del dissenso.

Oggetto dell'accordo concordatario sono: la promessa del debitore di regolare la crisi con certe modalità (c.d. moneta concordataria); l'accettazione dei creditori che, a fronte di quella offerta regolazione, rinunciano alla soddisfazione dei loro crediti nella misura concordata. Il contratto si forma quindi sull'incrocio tra queste due volontà. In definitiva l'oggetto del contratto concordatario è la proposta e non il "piano".

Tanto ritenuto, deve aversi cura di non confondere i profili genetici con quelli funzionali del negozio. In particolare anche la radicale e manifesta inadeguatezza del piano non costituisce vizio genetico. Infatti "l'impossibilità dell'oggetto cui consegue la nullità del contratto ricorre solo quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta, e non anche quando insorgano ostacoli più o meno gravi nella esecuzione della stessa" (cass. 6927-01).

Sono quindi solo i creditori che debbono valutare se credere o meno al piano, che costituisce lo strumento per l'adempimento del contratto concordatario. Invero è solo rispetto a detto strumento che si pone un problema di fattibilità.

In definitiva i problemi della detta fattibilità sono problemi da riservare alla fase esecutiva del concordato, in particolare alle iniziative dei creditori circa il rimedio della risoluzione per inadempimento.

Orbene, concentrando l'attenzione sul requisito (si ricordi la massima di cass. 18987) della consapevolezza della scelta operata dai creditori nella presente fattispecie, deve osservarsi quanto segue.

In base alla pag. 17 della relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.f. (doc. E del reclamante, laddove si espone il fabbisogno concordatario sul presupposto di un importo complessivo degli "altri creditori chirografari" di € 12.286.381,00), alla pag. 2 del verbale di adunanza dei creditori ex art. 174 l.f. (doc. O del reclamante, laddove si ricorda che Conai era stata ammessa al voto per € 7.989.866,84, on-

de il totale monetario degli ammessi al voto per la classe "altri creditori chirografari" ammontava a € 12.286.381,00) e alle pagg. 9 e ss. del parere del commissario giudiziale ex art. 180, comma 2, l.f. (doc. G del reclamante, laddove si ricordava la contestazione circa il credito complessivo Conai di € 7.989.866,84, pure considerato ai fini della ricostruzione del fabbisogno concordatario), risulta che il ceto creditorio ha votato potendo presupporre un credito chirografario di Conai pari a quanto dallo stesso Conai "stimato" in linea capitale e per interessi.

Invero in caso di insussistenza, totale o parziale, del detto credito Conai, la presupposizione concordataria della somma di € 7.989.866,84 potrà essere comunque utile per regolare l'eventuale credito restitutorio dei soggetti che avessero indebitamente pagato i ridetti contributi Conai.

Sempre nella prospettiva della consapevolezza della scelta operata dai creditori, deve inoltre ricordarsi che la carenza di impegni cogenti da parte dei finanziatori circa la "nuova finanza post-omologa", il cattivo (e non in linea con il piano concordatario nonché tale da mettere in discussione l'integrità del capitale sociale) andamento aziendale nei primi otto mesi del 2011, la carenza di garanzie circa la vendita dell'immobile "Italiano 2" e di quello posto in Francia ed infine la "apparenza" della mancanza della copertura "del fabbisogno concordatario" erano stati evidenziati dal commissario giudiziale sin dalla relazione ex art. 172 l.f. Invero nel parere ex art. 180, comma 2, l.f. il commissario aveva solo riconsiderato le criticità precedentemente esposte, in particolare evidenziando l'aumento del quantum della mancata copertura del fabbisogno concordatario.

Ne consegue in definitiva la emergenza della consapevolezza del ceto creditorio di ogni possibile criticità dell'attuazione del concordato.

E' quindi superfluo approfondire la validità dell'indicazione dottrinale secondo cui sussiste la possibilità (onde l'insussistenza di ogni giustificazione all'affermazione dei poteri ufficiosi del tribunale) del creditore di revocare il voto favorevole mediante proposizione di opposizione all'omologazione" in caso di "Sopravvenuta non fattibilità come reazione rispetto alla modifica delle condizioni sulla cui base il consenso si è formato".

In definitiva deve accogliersi il reclamo.

Le difficoltà interpretative circa la natura del contributo Conai e circa i poteri ufficiosi in materia di concordato preventivo, inducono a compensare le spese processuali.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Firenze, definitivamente pronunciando sul reclamo proposto da Eurosak Imballaggi Industriali spa, così provvede: omologa il concordato preventivo e revoca il fallimento, compensa le spese.

Così deciso il 29.5.12 dalla Corte di Appello di Firenze.

Il consigliere relatore ed estensore Dott. Adone Orsucci

Il Presidente

Dr. Luigi Grimaldi

\*

ILCASO.it