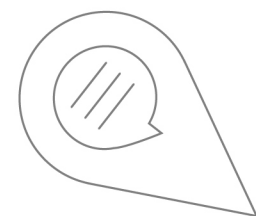


TRIBUNALE DI PADOVA

I SEZIONE CIVILE E FALLIMENTARE



riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

DOTT. C. SANTINELLO	PRESIDENTE
DOTT. N. LOLLI	GIUDICE
DOTT. C. ZAMBOTTO	GIUDICE REL.

nel procedimento per omologa di concordato preventivo, R.G.3310/10

promosso da:

Srl in liquidazione in persona del liquidatore, sig. _____
, con l'avv.to _____ ;

nei confronti di:

Massa dei Creditori del concordato preventivo Srl in liquidazione,
in persona del commissario giudiziale _____, con l'avv. _____
con l'intervento in opposizione di

Srl in liquidazione e Srl in liquidazione,
entrambe in persona del legale rappresentante dott. _____, con l'avv. _____
ha pronunciato il seguente

DECRETO

Con ricorso depositato il 9.7.2010, la società _____ Srl in liquidazione presentava domanda di ammissione al concordato preventivo, mediante la cessione integrale dei beni sociali per complessivi € 643,00 (immobilizzazioni materiali, crediti verso erario e cassa) e la messa a disposizione da parte dei soci - subordinatamente all'omologa del concordato - di nuova finanza per complessivi € 45.000,00 e proponendo ai creditori il soddisfo integrale delle spese di procedura, dei crediti prededucibili e dei creditori privilegiati e di una percentuale dei creditori chirografari, variabile da un minimo del 5% all'integrale pagamento, in caso di esito positivo dei contenziosi in essere nei confronti di _____ nonché di _____ Srl in liquidazione e Srl in liquidazione, contenziosi i cui costi erano espressamente accollati dai soci, sempre condizionatamente all'omologa del concordato. Veniva inoltre proposto per l'incarico di liquidatore l'attuale liquidatore sig. _____, che si dichiarava disponibile a rinunciare al relativo compenso.

All'udienza del 17.9.2010 su espressa richiesta del G.D. la ricorrente affermava che non intercorreva alcuna rapporto di direzione e/o controllo con la società

Srl, che risultava creditrice per aver effettuato un finanziamento a favore della ricorrente di € 349.700,00.

Il Tribunale ammetteva quindi la società ricorrente alla procedura richiesta con decreto del 8.10.2010 e dava le ulteriori disposizioni conseguenti.

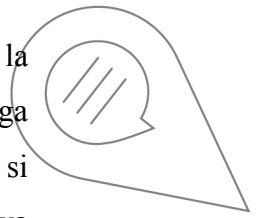
Su richiesta del Commissario Giudiziale, dott.ssa _____, con decreto del G.D. del 18.11.2011 veniva nominato consulente della procedura l'avv. _____, al fine di qualificare la natura del finanziamento effettuato da _____ Srl, oggi _____ Srl, debito che rappresentava oltre il 60% del totale dei crediti ammessi al voto (percentuale in realtà da aumentare al 70% tenendo conto del fatto che il medesimo soggetto vantava anche un credito di natura commerciale di € 45.433,20).

Il Commissario provvedeva quindi a depositare, in data 5.1.2011, relazione ex art. 172 L.F., in cui confermava sostanzialmente i valori esposti nel piano, salvo dare conto di taluni pagamenti intervenuti nelle more; alla relazione era poi allegato il parere dell'avv. _____ che concludeva per la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della disciplina della postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497 quinquies c.c. in riferimento al finanziamento effettuato da _____ Srl.

Impregiudicata pertanto ogni valutazione sulla natura del credito e conseguentemente sull'ammissibilità del ricorso, il Commissario esprimeva parere favorevole sulla proposta, ritenendola più favorevole in tesi all'ipotesi fallimentare e indicava nel 4,12 % la presumibile percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari.

All'udienza per l'adunanza dei creditori dell'11.01.2011 (fissata a seguito del rinvio dell'originaria data del 23.11.2010 su richiesta del Commissario Giudiziale, motivata dalla necessità di acquisire ulteriore documentazione dalla società in concordato) il procuratore della ricorrente depositava memoria di osservazioni alla relazione del commissario giudiziale, nella quale contestava la sussistenza dei presupposti soggettivi per l'applicazione della disciplina della postergazione, escludendo sia l'ipotesi del finanziamento per interposta persona, sia quello da parte degli esercenti attività di direzione e controllo; esprimevano voto sfavorevole i creditori _____ Srl in liquidazione e _____ in Liquidazione; il G.D., dato atto che non erano state raggiunte le maggioranze, disponeva per il prosieguo delle votazioni.

Con verbale del 4.2.2011, su relazione del Commissario Giudiziale, il G.D. accertava che il concordato era stato approvato dalla maggioranza dei creditori nella misura del 72,33 % (voti favorevoli per € 395.133,20 su un totale di crediti ammessi al voto di € 546.316,42).



Fissata l'udienza ex art. 180 L.F. al 31.3.2011 con decreto collegiale del 10.2.11, la medesima veniva successivamente rinviata al 14.4.2011; il procedimento di omologa veniva quindi discusso all'udienza del 14.4.2011, nel corso della quale il Commissario si richiamava sia al proprio parere ex art. 180, comma 2°, L.F., sia alla memoria difensiva depositata dall'avv. _____, nella quale si concludeva per l'inammissibilità della proposta; il procuratore della ricorrente insisteva per l'omologa, richiamava la memoria di osservazioni depositata l'11.1.2011 e rilevava come, anche a voler ritenere che nel caso di specie fosse applicabile la disciplina di cui all'art. 2467 c.c., la domanda sarebbe stata comunque ammissibile, stante da un lato la libera utilizzabilità della nuova finanza e, dall'altro, la possibilità altresì di un pagamento integrale dei creditori; in via meramente subordinata evidenziava l'insussistenza dei presupposti per il fallimento, posto che le istanze dei creditori odierni oppositori erano da ritenersi improntate alla malafede; il procuratore dei creditori oppositori e istanti per il fallimento, Srl in liquidazione e _____ in Liquidazione, infine, insisteva per la revoca dell'ammissione e la declaratoria di inammissibilità del ricorso, richiamando quanto già esposto dal Commissario circa la natura del finanziamento e le sue conseguenze ed evidenziando altresì come di fatto il debitore avesse votato a favore del proprio concordato, atteso che il voto per conto di _____ Srl era stato sottoscritto dal _____; il Collegio si riservava la decisione.

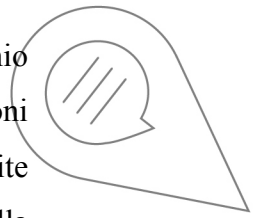
Il concordato va dichiarato inammissibile.

Il Collegio ritiene infatti che il finanziamento effettuato da _____ Srl sia da considerarsi alla stregua di un finanziamento dei soci _____ e che pertanto la proposta concordataria, strutturata con la previsione di un pagamento indifferenziato della medesima percentuale a tutti i creditori, compresa _____ srl, sia da ritenersi inammissibile.

La prima questione riguarda la qualificazione del finanziamento.

Questi in sintesi i fatti.

_____ Srl è detenuta al 100% da _____ Srl, a sua volta detenuta al 50% ciascuno da due dei soci di _____; il socio _____ è altresì amministratore unico di _____ Srl e presidente del consiglio di amministrazione di _____ Srl e _____ Srl, mentre il socio _____ è amministratore delegato di _____ Srl e vice presidente del consiglio di amministrazione di _____ Srl.



Il finanziamento di complessivi € 349.700,00 viene erogato in più tranches nel biennio 2009-2010; la gran parte di detti pagamenti venne utilizzata a copertura delle esposizioni bancarie, in particolare di quelle nei confronti di _____, entrambe assistite da garanzie personali dei soci _____ (si vedano i doc. da 9 a 17 allegati alla memoria avv. _____).

Il finanziamento è infruttifero, senza garanzie né termini di rientro; risulta poi che la società erogante fosse a sua volta in difficoltà finanziarie già nel corso del 2009 e ancor più nel 2010, tanto che nel dicembre 2010 deposita presso l'intestato Tribunale ricorso per concordato preventivo.

Da un punto di vista oggettivo non è contestato dalle parti né che si tratti di finanziamento ovvero di apporto assistito da obbligo di rimborso (come tale risulta peraltro espressamente qualificato già nel ricorso), né che sia stato effettuato in presenza di una situazione finanziaria di tensione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2467, 2° comma, c.c.

Si tratta quindi di stabilire se anche da un punto di vista soggettivo l'ipotesi rientri nel dettato dell'art. 2467 c.c..

L'interpretazione logica, funzionale e sistematica della norma impone, ad avviso del Collegio, detta conclusione.

Partendo dalla *ratio* della disposizione, si rileva che il legislatore con la previsione in oggetto ha inteso contrastare il fenomeno della c.d. *sottocapitalizzazione* ovvero la prassi, diffusa nelle società a ristretta compagine sociale, di finanziare l'impresa apportando capitale di rischio senza tuttavia una formale imputazione a capitale sociale, così che i soci si garantiscono il concorso con i terzi creditori per il rimborso del finanziamento, traslando di fatto sui quest'ultimi il rischio d'impresa e in ultima analisi il rischio di insolvenza.

La funzione della postergazione è quindi quella di tutelare i creditori terzi.

La formulazione della norma - "*s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli in qualsiasi forma effettuati*" - è volutamente generica e ampia per evitare altrimenti facili pratiche elusive.

Non conta quindi l'entità della partecipazione finanziaria detenuta, né l'effettiva partecipazione alla gestione societaria; non contano altresì le modalità dell'apporto o il titolo oneroso o gratuito; l'elemento decisivo deve essere quello funzionale e causale dell'operazione, così che vi rientrano sia le operazioni di credito tipiche, sia le prestazioni di garanzie, reali o personali, dei soci.

Ancora, devono ritenersi compresi, secondo l'opinione dottrinale assolutamente prevalente, i finanziamenti erogati sia in forma diretta sia in forma indiretta, cioè erogati da soggetti terzi.

Appare infatti evidente che diversamente opinando sarebbe ben facile aggirare la norma, semplicemente utilizzando degli intermediari.

La coerente applicazione della medesima *ratio legis* impone però di superare il requisito della necessaria identità formale del socio e del finanziatore, non solo nei casi in cui si ravvisi un fenomeno di interposizione fittizia o reale, ma in tutti i casi di finanziamenti erogati da parti correlate o comunque riconducibili al socio.

Al riguardo soccorrono altresì argomenti sistematici.

Non si può infatti non richiamare il concetto di parti correlate di cui all'art. 2427, n. 22 bis, del c.c., che a sua volta richiama i principi contabili internazionali adottati dall'Unione Europea (cfr. IAS 24 par. 9).

Tale concetto era già stato utilizzato dal legislatore al fine di definire l'ambito applicativo delle pratiche di sottocapitalizzazione con riferimento ai risvolti fiscali di dette operazioni (cfr. art. 98 tuir), sancendo l'indetraibilità della *“remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui al comma 4, direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato o da una sua parte correlata”*. In tal norma era affermato che *“si considerano parti correlate al socio qualificato le società da questi controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile e, se persona fisica, anche i familiari di cui all'articolo 5, comma 5”*.

Tra le definizioni di parti correlate contenute nel principio contabile internazionale sopra richiamato si va oltre, precisando, tra le altre, che una parte è correlata a una entità se *“direttamente o indirettamente, attraverso uno o più intermediari, la parte detiene una partecipazione nell'entità tale da poter esercitare un'influenza notevole su quest'ultima...(per tale intendendosi il potere di partecipare alla determinazione delle politiche finanziarie e gestionali di un'entità senza averne il controllo);.... la parte è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche (compresi gli amministratori) dell'entità o la sua controllante”*.

Quando vi è correlazione tra due parti, pur nella autonomia giuridica dei soggetti, si ravvisa un'identità di interessi economici perseguiti e conseguentemente anche un'identità o coordinamento dei processi decisionali ad essi relativi, che consente di imputare determinate operazioni a un soggetto pur se formalmente effettuate da un altro.

Esigenze di coerenza di sistema impongono di dare a norme che riguardano le medesime situazioni la medesima interpretazione, quando ciò non sia impedito da espresse indicazioni di segno contrario e sia anzi pienamente in linea con la *ratio legis* perseguita.

Ne discende che la situazione oggi in esame rientra appieno nel concetto di finanziamento eseguito da parti correlate ai soci o comunque loro riconducibili, secondo le definizioni sopra richiamate.

La società che ha eseguito il contestato finanziamento a _____ Srl è una Srl amministrata, in via esclusiva, dai soci _____ e controllata, attraverso la detenzione dell'intero pacchetto sociale, da altra srl i cui soci sono ancora una volta (ciascuno al 50%), che ne rivestono altresì, sempre in via esclusiva, le cariche sociali.

A riprova di tale circostanza, i fatti evidenziano che l'operazione non risulta avere altra plausibile logica che quella di finanziare la società _____ in difficoltà, nell'interesse dei due soci _____, esposti personalmente per effetto di garanzie personali prestate nell'interesse della società.

A tal fine si consideri a) il carattere infruttifero del finanziamento, ipotesi si prevista dal legislatore, ma costituente eccezione sia al principio della naturale onerosità del mutuo sia alla logica del profitto, perseguita naturalmente dalle imprese; b) la sua sproporzione rispetto ai normali volumi d'affari intercorrenti tra i due soggetti e non giustificata neppure da logiche commerciali di conservazione del partner economico, visto che era ormai già inattiva e senza prospettive di recupero; c) la mancanza di garanzie e di termini di rientro, circostanza quantomeno sospetta considerata la situazione finanziaria in cui già versava _____.

Ma la circostanza decisiva che porta a escludere una logica di investimento è la situazione di crisi finanziaria in cui a sua volta versava la stessa finanziatrice Srl, che ha a sua volta depositato nel dicembre del 2010 domanda di concordato preventivo, riconoscendo espressamente che le proprie difficoltà sono iniziate già nel 2009.

Qualora non si volesse accedere all'interpretazione sopra proposta, ritiene il Collegio che si potrebbe giungere parimenti alla conclusione della postergazione del finanziamento *de quo*, attribuendo a _____ Srl il ruolo di mera interposta.

L'argomento contrario invocato dalla difesa della ricorrente è che non vi è prova di un passaggio di provvista di denaro dai soci alla società _____ Srl e da questa a _____ Srl.

La tesi non convince.

Il patrimonio di un soggetto è composto da tutte le componenti economicamente valutabili, tra le quali indubitabilmente rientrano le partecipazioni sociali; altrettanto indubbio è che nella valutazione del valore di una partecipazione rientrino le esposizioni debitorie tutte della società medesima.

Così ragionando, la riduzione del valore delle proprie quote nella detenute di fatto attraverso la partecipazione totalitaria della rappresenta la contropartita economica del finanziamento subita dai soci.

Una volta pertanto accertata la natura di credito postergato del credito di , deve nuovamente valutarsi l'ammissibilità della proposta di concordato formulata dalla società ricorrente, in relazione alla mancata predisposizione di classi e alla unicità di trattamento assegnata ai creditori tutti.

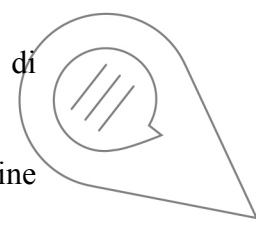
Il presente concordato prevede per tutti i creditori un pagamento che va da una percentuale minima del 5% fino a un massimo che potrebbe raggiungere il 100%, a seconda dell'esito, anche transattivo, delle controversie pendenti con Srl, nonché Srl in liquidazione e Srl in liquidazione.

La difesa sul punto della ricorrente è duplice; da un lato l'attribuzione della nuova finanza in virtù di tale sua peculiare natura non è soggetta al rispetto delle legittime cause di prelazione, dall'altra l'eventuale maggior gettito derivante dalla vittoria nei contenziosi pendenti consentirebbe l'integrale pagamento dei creditori sociali, così da legittimare il pagamento altresì dei creditori postergati.

Il primo ragionamento è corretto e condivisibile; nel caso di specie, infatti, l'attivo da distribuire ai creditori è costituito per € 653,00 da beni sociali e per i restanti € 45.000 si tratta di nuova finanza.

Al riguardo è opinione unanime che la nuova finanza non soggiace alla necessità del rispetto delle cause legittime di prelazione e ciò evidentemente perché intanto le cause legittime di prelazione possono operare in quanto si faccia riferimento al rapporto debitore-creditore.

Ciò premesso, va rilevato come l'attivo derivante dalla liquidazione dei beni sociali sia di importo talmente ridotto da non essere neppure sufficiente al pagamento delle spese in prededuzione della procedura, così che in concreto non può sostenersi che l'attivo sociale attualmente disponibile venga destinato in pari misura a creditori sociali e postergati *ex lege*.



Il problema, però, è che la proposta prevede anche la distribuzione in ugual misura di quanto eventualmente ricavato dai contenziosi in essere.

Trattasi di una voce di incerta determinazione sia in ordine all'*an*, sia in ordine soprattutto al *quantum*.

Il ricorrente parte infatti dal presupposto che l'accoglimento favorevole di queste cause comporterebbe la possibilità per la società di pagare integralmente i propri crediti.

In realtà nulla è dato ipotizzare sull'ulteriore attivo concordatario recuperabile e quindi sulla reale misura del conseguente pagamento ai creditori.

Ne deriva, che per tutte le ipotesi di pagamento con percentuale compresa tra il 6 e il 99% la proposta va ritenuta inammissibile, nella misura in cui destina le risorse in ugual misura anche ai postergati *ex lege*, in violazione dell'art. 2467 c.c., né trova spazio nel presente giudizio la questione, sollevata dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 2706 del 2009, della ammissibilità del pagamento previo consenso dei creditori dal momento che lo stesso non risulta acquisito, vista l'opposizione svolta da Srl in liquidazione e Srl in liquidazione.

Il concordato va quindi dichiarato inammissibile.

Considerata la presenza di opposizioni le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

PER QUESTI MOTIVI

Il Tribunale:

dichiara inammissibile la proposta di concordato.

Si comunichi.

Padova, li 14.4.2011

IL PRESIDENTE ESTENSORE

Fallimentari e Societari.it