

*Attribuzione ai creditori di partecipazioni societarie ed effetti della risoluzione del concordato preventivo*

Tribunale di Reggio Emilia – Sez. Fallimentare – decreto 16/4/2014, Presidente Savastano, Giudice Est. Fanticini.

**Concordato preventivo - Risoluzione - Efficacia retroattiva - Attribuzione ai creditori di partecipazione societaria - Prestazione in luogo dell'adempimento - Estinzione dell'originaria obbligazione - Ammissione al passivo del creditore chirografario per la parte del credito non convertita in capitale**

*Qualora il concordato preventivo – omologato ma successivamente risolto – preveda la conversione di una parte del credito chirografario in “capitale di rischio” della debitrice, la risoluzione ex art. 186 L.F. spiega i soli effetti retroattivi che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione concordataria. Pertanto, l'attribuzione (conforme al piano) ai propri creditori, da parte della società in concordato, di partecipazioni societarie costituisce “prestazione in luogo dell'adempimento” (datio in solutum ai sensi dell'art. 1197 c.c.) che estingue, con efficacia satisfattiva, l'originaria obbligazione concorsuale così come ristrutturata; conseguentemente, il creditore chirografario non può essere ammesso al passivo del sopravvenuto fallimento per l'intero ammontare del suo credito originario, ma solo per la parte non convertita in capitale di rischio.*

*(Massime a cura di Giovanni Fanticini - Riproduzione riservata)*

IL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

SEZIONE FALLIMENTARE

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- Dr.ssa Rosaria Savastano	PRESIDENTE
- Dr. Giovanni Fanticini	GIUDICE REL.
- Dr. Luca Ramponi	GIUDICE

nella causa di opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.F. iscritta al n. 5028/2013 R.G. promossa da CASSA DI RISPARMIO IN BOLOGNA S.P.A. nei confronti di FALLIMENTO EURO CASTINGS S.P.A.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

~ rilevato che l'opponente si duole dell'esclusione dal passivo fallimentare del credito chirografario di Euro 544.237,00, motivata dall'attribuzione all'odierna opponente – nell'ambito della proposta concordataria avanzata dalla società oggi fallita, approvata dai creditori, omologata e poi risolta ex art. 186 L.F. – di azioni di Euro Casting S.p.A. (in particolare, il piano concordatario prevedeva il pagamento del 30% del credito maturato al 6/3/2009 in tre rate annuali di pari importo senza interessi e la conversione a

Riproduzione riservata

capitale di rischio del 70% dei residui crediti chirografari, da impiegare per coprire le perdite e ricapitalizzare la società);

~ rilevato che – contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del Fallimento opposto – non può ravvisarsi nell'accettazione della proposta concordataria una remissione del debito da parte del creditore per la quota del 70%, sia perché la proposta concordataria non è formulata in questi termini, sia perché la causa del negozio di concordato (Cass. Sez. Un. 1521/2013) poggia sul “*superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato*” e sull’ “*assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro*”, di talché non è interpretabile come remissione del debito la falcidia concordataria (né può logicamente ipotizzarsi una remissione come effetto del voto di maggioranza);

~ rilevato, che sotto un profilo squisitamente civilistico, la risoluzione negoziale per inadempimento (fattispecie a cui può essere ricondotta anche la risoluzione ex art. 186 L.F.) ha effetti retroattivi (*ex tunc*) tra le parti (art. 1458 c.c.) e ciò comporta il ripristino della situazione anteriore: in base a tali disposizioni, una volta risolto il concordato preventivo, i creditori (come l'odierna) potrebbero pretendere l'insinuazione al passivo fallimentare dell'originaria obbligazione (nella misura del 100% del credito chirografario);

~ rilevato che il principio civilistico sopra esposto deve però essere calato in un contesto peculiare come quello fallimentare: da un lato, si è in passato ritenuto che la dichiarazione di fallimento successiva alla risoluzione del concordato “*retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e ... determina, ovviamente, l'ammissione al passivo dei crediti anteriori per l'intero loro ammontare e non già nella misura "falcidiata" dal concordato*” (Corte Cost. 106/2004); dall'altro, si osserva (come fa la convenuta) che la disciplina fallimentare eccezionalmente consente ai creditori di mantenere le garanzie offerte in sede concordataria per le somme ancora dovute e di trattenerne quanto già riscosso a norma dell'art. 140 L.F. (norma che, seppur non richiamata dall'art. 186 L.F., è stata ritenuta applicabile al caso della risoluzione del concordato preventivo da Cass. Sez. Un. 1482/1997 la quale, tuttavia, ragionava in termini di maggior tutela del ceto creditorio: “*Se così non fosse, del resto, il concordato preventivo, da istituto concepito per prevenire il fallimento dell'impresa in crisi con un parziale, ma garantito, soddisfacimento delle ragioni creditorie, finirebbe per trasformarsi in un espediente per prorogare artificialmente il dissesto in danno degli incolpevoli creditori: sui quali, infatti, se privati della garanzia prestata per l'attuazione del concordato, verrebbe spostato il rischio relativo all'inadempimento del debitore e alla conseguente risoluzione del concordato medesimo*”);

~ rilevato che, esaminando più specificamente il concordato preventivo di Euro Castings S.p.A., per addivenire alla corretta soluzione della questione occorre valutare la disciplina del “nuovo concordato”, come ridisegnato dalla riforma della Legge Fallimentare;

~ rilevato che le innovazioni normative riguardanti le soluzioni concordatarie comprendono (tra l'altro) la possibilità di operazioni

finanziarie, sul capitale e “straordinarie”, astrattamente utilizzabili come strumento di soluzione della crisi e/o dell’insolvenza; in particolare, sono oggi ammissibili interventi di ristrutturazione patrimoniale, finanziaria e societaria dell’impresa in crisi, che si estendono dalla rinegoziazione dei debiti – anche mediante emissione di obbligazioni (ordinarie o convertibili) e di altri strumenti finanziari – alla ricapitalizzazione della società ad opera dei soci e/o di terzi, alla conversione dei debiti in capitale mediante sottoscrizione riservata ai creditori (o a società da questi partecipate), alla fusione con altra società dotata di adeguati mezzi patrimoniali e finanziari, allo scorporo di azienda e alla scissione finalizzati alla costituzione di nuove società o al trasferimento delle attività e del patrimonio per gli scopi del concordato; deve pure reputarsi consentita la proposta di assegnazione ai creditori dei titoli rivenienti da siffatte operazioni “in luogo” del pagamento dei crediti (o di una parte dei loro crediti) e produrre con ciò un radicale mutamento degli “assetti imprenditoriali”;

~ rilevato che, dunque, la riorganizzazione concordataria prefigura – almeno in potenza – l’integrale commutazione del patrimonio sociale, cioè delle attività e passività, e delle partecipazioni esistenti, in (nuove) partecipazioni e strumenti finanziari emessi dalla società risultante dal relativo processo, alle condizioni fissate dalla proposta di concordato (art. 160, comma 1°, lett. a, L.F.);

~ rilevato che nella proposta concordataria *de qua* (approvata e omologata, poi risolta) i creditori concorsuali sono configurati come “assegnatari” delle azioni rivenienti da aumento del capitale, in conversione – forzata – dei crediti vantati verso la società in crisi o insolvente: la copertura del nuovo capitale e il riassetto della “proprietà” derivano dalla omologazione stessa del concordato, a prescindere da qualsiasi dichiarazione di volontà negoziale e/o dall’esecuzione di nuovi apporti finanziari, da parte dei singoli destinatari: specificamente, la conversione forzata di una parte dei debiti commerciali e/o finanziari della società in partecipazioni al capitale deve essere considerata alla stregua di una sottoscrizione *ex lege*, in virtù dell’efficacia vincolante del concordato *ex art. 184 L.F.*;

~ ritenuto che in tale contesto la mancata “attuazione” dell’operazione societaria deliberata nei termini fissati in funzione del contenuto della proposta di concordato possa integrare una causa “oggettiva” di risoluzione ai sensi dell’art. 186 L.F. anche con effetti *ex tunc* e indipendentemente dal voto favorevole espresso dai creditori (il quale non può essere considerato come anticipata acquiescenza a un totale inadempimento);

~ ritenuto che, però, qualora l’attribuzione del capitale di rischio (assegnato in soddisfazione del credito pecuniario originario) abbia trovato esecuzione, l’art. 186 L.F. non possa determinare la caducazione automatica e retroattiva delle modifiche organizzative che sono destinate a dare vita ad una situazione nuova e spesso irreversibile (si pensi a operazioni di fusione/scissione), in considerazione dell’autonomia e della specialità della disciplina societaria (che regola la materia dell’invalidità delle deliberazioni favorendone la

stabilità) e del principio generale di irrevocabilità delle deliberazioni già eseguite nei rapporti con terzi;

~ ritenuto che, in altri termini, dinanzi a operazioni sul capitale o straordinarie ad effetti “irreversibili” deliberate e attuate in sede concordataria, non possa ammettersi la disapplicazione della disciplina societaria, ma, piuttosto, la produzione di quei soli effetti retroattivi della risoluzione *ex art. 186 L.F.* che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione concordataria;

~ ritenuto che, dunque, possa ricostruirsi la vicenda *de qua* in termini differenti rispetto alla “secca alternativa” (prospettata dagli odierni contendenti) tra una risoluzione con effetti *ex tunc* (che non coglie le caratteristiche di questo peculiare negozio concordatario) e una interpretazione *in malam partem* (per i creditori) dell’art. 140 L.F. (del quale si offre una forzata lettura *a contrario* per arrivare a riconnettere un qualche effetto novativo alle obbligazioni sorte col concordato): per effetto del decreto di omologa *ex art. 184 L.F.* al debitore è concessa la possibilità di liberarsi dall’obbligazione originaria (ristrutturata) mediante l’esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente convenuta (art. 1197 c.c.); l’estinzione dell’obbligazione è configurabile mediante l’attribuzione – nel rispetto delle previsioni contenute nel piano – di diritti differenti da ordinari mezzi monetari con le forme della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.); trattandosi di “prestazione in luogo dell’adempimento”, l’attribuzione dei titoli è volta alla consegna di un determinato bene, ma non garantisce anche un risultato monetario finale; ciò sta a dire che la consegna da parte della società in concordato ai propri creditori delle azioni di nuova emissione costituisce pieno adempimento ed integrale soddisfazione dei creditori inclusi nella classe per la quale si prevede tale metodo solutorio; il relativo effetto è quello di estinguere, con efficacia satisfattiva, l’originaria obbligazione concorsuale così come ristrutturata (del resto, l’art. 160 L.F. utilizzando l’espressione “soddisfazione mediante attribuzione”, anche sotto il profilo letterale, sembra richiamare la “prestazione in luogo dell’adempimento” e, soprattutto, l’effetto estintivo riconducibile a quest’ultima);

~ ritenuto, quindi, che nelle riorganizzazioni societarie, anche in caso di risoluzione del concordato preventivo, una volta che il credito sia stato fatto oggetto di un mutamento qualitativo-quantitativo e di una nuova regolazione (a seguito di conversione in azioni, quote, obbligazioni ecc.), esso non potrebbe risorgere nella sua originaria consistenza, essendo irreversibile l’effetto pienamente “estintivo” della *datio in solutum*;

~ rilevato che l’effetto solutorio tipico della *datio in solutum* discende non dalla mera consegna del titolo (modalità che, peraltro, sarebbe attuabile solo per i tipi sociali le cui partecipazioni sono incorporate in un titolo: dunque, non per le società a responsabilità limitata): l’effetto estintivo dell’obbligazione deriva, invece, dallo spiegamento dell’attività volta alla costituzione e assegnazione di una nuova partecipazione sociale in luogo del precedente rapporto obbligatorio (con l’iscrizione dell’aumento di capitale nel Registro delle Imprese e l’indicazione nominativa dei nuovi *stakeholders* – i

creditori assegnatari – la *datio* deve ritenersi perfezionata, fermo restando il diritto degli azionisti di richiedere ed ottenere dall'organo amministrativo la consegna delle azioni "cartacee");

~ ritenuto che, dunque, essendo state assegnate all'odierna opponente le azioni di Euro Casting derivanti dalla conversione di una parte del suo credito chirografario (esecuzione della prestazione concordataria), la risoluzione del concordato preventivo non possa travolgere anche l'aumento di capitale e l'attribuzione delle partecipazioni, atto al quale, anzi, deve collegarsi l'estinzione dell'obbligazione (quantomeno con riguardo al 70% del credito chirografario);

~ ritenuto che, perciò, l'esclusione dal passivo fallimentare sia stata correttamente disposta;

~ ritenuto che possano compensarsi le spese di lite, in considerazione della difficoltà delle questioni e per l'oggettiva controvertibilità della soluzione qui adottata;

P.Q.M.

- respinge l'opposizione;
- compensa le spese di lite.

Si comunichi.

Così deciso in data 16/4/2014 nella camera di consiglio del Tribunale di Reggio Emilia.