

FORME DI INTERAZIONE TRA PROCEDURE
CONCURSUALI: L'UTILIZZO DI FINANZA
ESTERNA CONCORDATARIA NELLA PROCEDURA
DI SOVRAINDEBITAMENTO

(Nota di commento a Tribunale di Pistoia 19 novembre 2014)

di TOMMASO STANGHELLINI

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il rapporto di pregiudizialità dipendenza tra procedure concorsuali: il *surplus* concordatario. – 3. I creditori cd. “estranei”. – 4. La posizione dei soggetti interessati: soci e fideiussori. – 5. I beni fuori concorso. – 6. Conclusioni.

1. Premessa. Con il decreto del Tribunale di Pistoia 19 novembre 2014 è stato omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 9 della legge n. 3/2012 introdotto da due persone fisiche in proprio e quali soci di una società semplice.

Tale decreto offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni in ordine ai possibili profili di interazione tra procedure di sovraindebitamento e di concordato preventivo.

La peculiarità della procedura di sovraindebitamento omologata con il decreto in commento sta infatti nella circostanza che essa si trova ad essere legata ad una procedura di concordato preventivo, omologata dallo stesso Tribunale con precedente decreto del 2 luglio 2014, che interessava una società in accomandita semplice avente per soci illimitatamente responsabili gli stessi soggetti interessati dalla procedura di sovraindebitamento¹.

¹ La procedura di concordato preventivo ha avuto per oggetto una Sas i cui soci illimitatamente responsabili sono due soggetti che hanno chiesto l'accesso alla procedura di sovraindebitamento. La particolarità della fattispecie è che la procedura di sovraindebitamento ha interessato una vasta gamma di creditori: a)

Questi i profili di interferenza:

(a) la previsione della messa a disposizione dei creditori della procedura di sovraindebitamento di un *surplus* finanziario creato all'interno della procedura di concordato preventivo della Sas;

(b) la posizione dei debitori istanti che rivestono anche la qualifica di soci illimitatamente responsabili della Sas sottoposta al concordato preventivo nonché di fideiussori della stessa.

E' opportuno inoltre soffermarsi sul tema della ammissibilità della esclusione di alcuni beni dall'attivo destinato ai creditori della procedura di sovraindebitamento.

2. *Il rapporto di pregiudizialità dipendenza tra procedure concorsuali: il surplus concordatario.* La creazione del "surplus finanziario" da destinare alla procedura di sovraindebitamento era stata prevista sin dalla proposta di concordato della Sas. Si trattava di un *surplus* che trovava la sua fonte nella vendita di alcuni particolari beni immobili, peraltro già gravati da una iscrizione ipotecaria, ed era costituito dal ricavato della vendita una volta dedotto l'importo del credito privilegiato. La previsione del *surplus* comportava quindi che alcuni beni venissero considerati come posti "fuori" dal concorso concordatario ed era inoltre subordinato al verificarsi di una serie di condizioni che erano state originariamente indicate nella domanda di concordato della Sas. Si è trattato quindi di un "patto di concordato" che legava *ab origine* la procedura di sovraindebitamento alla procedura di concordato.

Le condizioni per l'utilizzo del *surplus* nella procedura di sovraindebitamento erano le seguenti:

1. che il piano di concordato della Sas fosse omologato con conseguente accettazione da parte del ceto creditorio della creazione del *nuovo* debito verso la procedura di sovraindebitamento;

2. che i creditori della procedura di sovraindebitamento a loro volta accettassero l'accordo di ristrutturazione proposto ai

i creditori sociali della Sas i quali in forza del vincolo sociale vantano crediti anche verso i soci illimitatamente responsabili; b) i creditori personali dei soci per debiti propri e per debiti di garanzia; c) i creditori della Società semplice.

sensi dell'art. 9 della legge n. 3/2012 e che questo venisse omologato.

E' da notare che la previsione del *surplus* è stata resa possibile dal fatto che il piano concordatario della Sas prevedeva il pagamento integrale dei creditori, e che tale previsione di integrale pagamento fosse ritenuta fattibile.

Secondo il Tribunale di Pistoia la peculiarità della procedura oggetto del decreto di omologa in commento risiede nella sussistenza di un vero e proprio legame di pregiudizialità dipendenza tra questa e la precedente procedura di concordato preventivo della Sas, legate tra loro da un nesso di natura sostanziale. Il rapporto di pregiudizialità dipendenza deriva dal fatto che in assenza della finanza esterna proveniente dalla Sas il piano sotteso dall'accordo di ristrutturazione ex art. 9 legge n. 3/2012 non sarebbe stato fattibile.

Da segnalare la circostanza che il Tribunale di Pistoia non ha ritenuto sufficiente l'attestazione di fattibilità del piano concordatario della Sas effettuata dal Commissario giudiziale in tale procedura, ma ha preteso una autonoma attestazione sul punto da parte dell'Organismo di Composizione della Crisi nominato nella procedura di sovraindebitamento. Secondo il Tribunale infatti *“in tale situazione risulta particolarmente rilevante l'attestazione di fattibilità dell'O.C.C. proprio sotto l'aspetto della probabilità di realizzazione nell'ambito della procedura concordataria del surplus necessario alla procedura da sovraindebitamento; infatti, mentre nella prima procedura il suddetto evento rappresenta un fatto meramente accidentale, sicché non necessita di alcuna particolare verifica né da parte del professionista attestatore né da parte del Tribunale, per la procedura da sovraindebitamento esso è indispensabile”*.

Il *surplus* previsto nel piano di concordato della Sas può essere visto come un vero e proprio debito assunto all'interno di tale procedura verso i creditori della procedura di sovraindebitamento. La particolarità di tale previsione è che la procedura di sovraindebitamento interessava ogni tipologia di creditori (creditori sociali della Sas, creditori personali dei soci, creditori della società semplice) e non soltanto i creditori sociali i quali avrebbero comunque avuto il diritto di soddisfarsi, una volta escusso il patrimonio sociale, sul patrimonio personale dei debitori.

Inoltre, nella procedura di concordato della Sas è stato previsto, quale “patto di concordato”, che all’omologa corrispondesse il prodursi dell’effetto esdebitatorio a favore di soci illimitatamente responsabili. In questo senso gli effetti modificativi sui debiti sociali, derivanti dall’omologazione del concordato, si sono prodotti anche nei confronti dei soci con conseguente estinzione dei debiti sociali sia con riferimento alla società che ai soci illimitatamente responsabili.

Tale previsione ha spiegato effetto anche sulla procedura di sovraindebitamento dei soci, determinando in tale sede un particolare trattamento dei creditori sociali della Sas, considerati “creditori estranei”, nonché la previsione che il *surplus* non sia destinato ad estinguere i debiti sociali, bensì i debiti personali dei soci ed i debiti della Società semplice di cui anch’essi erano soci.

3. *I creditori cd. “estranei”*. Si è appena accennato al peculiare trattamento dei creditori sociali della Sas previsto nell’ambito della procedura di sovraindebitamento, determinato dalla stretta interrelazione tra le due procedure concorsuali sopra descritta nonché dalle specifiche pattuizioni contenute nella proposta di concordato preventivo (pagamento integrale dei creditori ed esdebitazione dei soci illimitatamente responsabili quale patto di concordato).

Nell’ambito della procedura di sovraindebitamento è stata infatti contemplata una intera classe di creditori c.d. “estranei” alla procedura stessa, in quanto destinati ad essere soddisfatti interamente nella procedura di concordato. Si tratta di creditori della Sas che in base al rapporto sociale erano creditori anche delle persone fisiche interessate dalla procedura di sovraindebitamento. Tali creditori sono stati inseriti nella proposta di accordo, ma sono stati ritenuti privi del diritto di voto, poiché privi di interesse nella procedura di sovraindebitamento dalla quale infatti non è stato previsto che dovessero ricevere alcuna somma.

Tale categoria di creditori è stata ritenuta ammissibile dal Tribunale, il quale ha infatti rilevato che “*non sembra implausibile una soluzione che consenta la creazione di una classe di creditori sociali irrilevante rispetto al calcolo della maggioranza e senza diritto di voto (del resto, il voto di chi*

trova soddisfazione esterna potrebbe valutarsi come deresponsabilizzato), in quanto destinata ad essere soddisfatto non nell'ambito della procedura di sovraindebitamento, ma direttamente in quella concordataria. In definitiva, si tratterebbe di creditori estranei (categoria ormai non ignota anche nel concordato preventivo) rispetto ad una procedura elettivamente diretta alla ristrutturazione dei debiti personali, in quanto i crediti sociali trovano la sede di composizione naturale nel collegato concordato della società”².

Si deve evidenziare che tali “creditori estranei” privi di soddisfacimento e privi del diritto di voto, possono comunque “reagire” al trattamento loro riservato nella procedura di sovraindebitamento in quanto essi sono legittimati ad impugnare l'accordo ai sensi dell'art. 12, secondo comma, legge n. 3/2012 in qualità di “altro interessato”.

4. La posizione dei soggetti interessati: soci e fideiussori. Altra particolarità della procedura di sovraindebitamento è rappresentata dal fatto che i debitori istanti rivestono non solo la qualità di soci illimitatamente responsabili della Sas oggetto del concordato preventivo, ma anche di fideiussori della stessa Sas. Per tali creditori il piano di sovraindebitamento non prevede alcun appostamento sulla base del principio affermato dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Unite, 24.08.1989, n. 3749 secondo la quale: “*l'art. 184, comma I, L.F., il quale, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obbligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori, si riferisce a terzi diversi dai soci, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi, nel concordato come nel fallimento, proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali*”. In base a questo orientamento, la qualità di socio è dunque ritenuta prevalente rispetto a quella di garante, prevalenza che avrebbe permesso ai

² Sulla possibilità di formare classi con creditori di cui non si prevede la soddisfazione nelle procedure concorsuali, in particolare nel concordato preventivo si veda M. Fabiani, “*Fallimento e concordato preventivo Art. 2221 - Il concordato preventivo*”, Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 216 e ss.; L. De Simone, *Formazione delle classi dei creditori e controllo giudiziale*, documento n. 267/2011, in www.ilcaso.it; A. Guiotto, “*Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati insoddisfatti*”, in *Il Fall.*, 2010, p. 1275.

soggetti che hanno chiesto l'accesso alle due procedure di beneficiare dell'esdebitazione con riferimento a tutti i debiti sociali, e ciò anche se garantiti da fideiussione personale.

Sotto questo aspetto il Tribunale di Pistoia si segnala per aver ritenuto di disattendere tale principio sull'assunto che una tale interpretazione avrebbe reso del tutto *“marginale l'interesse dei finanziatori di una società a munirsi di una fideiussione personale da parte dei legali rappresentanti della società stessa, garanzia su cui si dovrebbe appunto contare nei momenti di crisi della stesse dunque anche in presenza di procedure concorsuali alternative”*. Il Giudice dell'omologa ha ritenuto dunque prevalente la qualità di fideiussore rispetto a quella di socio illimitatamente responsabile, richiamandosi alla pronuncia della Suprema Corte 12.12.2007, n. 26012.

Il Tribunale ha però ugualmente risolto la questione ritenendo ammissibile la domanda di sovraindebitamento, valorizzando la circostanza che nessun creditore della Sas munito di fideiussione personale (rientrante nella categoria dei c.d. “creditori estranei”) aveva proposto opposizione all'omologa della procedura di sovraindebitamento, con ciò manifestando una espressa volontà incompatibile con il mantenimento della fideiussione stessa.

Si deve in proposito rilevare che il principio affermato dalle Sezioni Unite del 1989 è stato in più occasioni confermato dalla Suprema Corte³.

³ Recentemente Cassazione 29.12.2011, n. 29863 ha affermato testualmente: *“alla fattispecie in esame va applicato il principio affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte secondo cui la legge fallim., art. 184, comma II, ai sensi del quale il concordato della società, salvo patto contrario (da stipularsi con tutti i creditori e coevamente al concordato stesso), ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, relativamente ai debiti sociali, opera anche quando, per tali debiti, i soci abbiano prestato fideiussione, considerando che il comma 1 di detto articolo, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obbligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori (nonché i coobbligati e gli obbligati in via di regresso), si riferisce ai terzi diversi dai soci, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi nel concordato come nel fallimento, proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali (Cass. 3749/89 sez. un.; Cass. 1688/99; Cass. 26012/2007). La giurisprudenza di questa Corte ha ulteriormente chiarito che il principio in questione non può che riguardare tutti indistintamente coloro che rimangono soggetti agli effetti di un concordato preventivo omologato, nella duplice concorrente veste di socio illimitatamente responsabile e di fideiussore, senza che a nulla rilevi il momento (anteriore o posteriore all'assunzione della*

Peraltro anche la recente ordinanza Cass. 12.02.2014, n. 3163 ha ribadito per una fattispecie analoga che: *“Il principio applicabile nella concreta fattispecie, invece, è quello ricavabile dalla pronuncia delle Sezioni unite n. 3749/1989, resa proprio in tema di interpretazione dell’art. 184 l. fall. Principio – recentemente ribadito dalla Corte, sebbene in fattispecie nella quale si è ritenuto che non operasse per l’avvenuto recesso del socio (Sez. I, n. 29863/2011) – al quale il Collegio intende dare continuità, secondo il quale l’art. 184 secondo comma della legge fallimentare, ai sensi del quale, il concordato della società, salvo patto contrario (da stipularsi con tutti i creditori e coevamente al concordato stesso), ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, relativamente ai debiti sociali, opera anche quando, per tali debiti, i soci abbiano prestato fideiussione, considerando che il comma 1 di detto articolo, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obbligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori (nonché i coobbligati e gli obbligati in via di regresso), si riferisce ai terzi diversi dai soci, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi nel concordato come nel fallimento, proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali”*⁴.

Si precisa che tale ordinanza ha rimesso al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione oggetto di contrasto, ovvero se l’effetto esdebitatorio del concordato preventivo si estenda o meno alla garanzia ipotecaria, prestata su propri beni dal socio illimitatamente responsabile di società personale per i debiti di quest’ultima e se, in caso risposta negativa, il creditore ipotecario conservi la garanzia per la parte di credito non coperta dalla percentuale concordataria.

Ad avviso di chi scrive la soluzione sopra riportata espressa dalle Sezioni Unite del 1989 è del tutto condivisibile in quanto la distinzione tra la posizione del socio come tale e quella dello stesso quale fideiussore della società, si riferisce necessariamente soltanto al momento “fisiologico” del rapporto fra le parti e non a quello connesso alle procedure concorsuali,

posizione di socio) in cui sia stata contratta la garanzia fideiussoria (Cass. 1688/99)”.

⁴ L’ordinanza della Suprema Corte è consultabile per esteso su www.ilcaso.it.

ispirate a superiori esigenze pubblicistiche e, per quanto qui rileva, al principio fissato dall'art. 184, primo comma, L.F.

5. *I beni fuori concorso.* Il Tribunale di Pistoia ha infine omologato la procedura di sovraindebitamento ritenendo ammissibile “*per mancanza di disposizione contraria*” che alcuni beni siano posti fuori concorso.

Ad avviso di chi scrive tale conclusione è da ritenersi corretta tenuto conto del fatto che l'art. 7 legge n. 3/2012 relativo alla procedura di sovraindebitamento nella forma dell'accordo di ristrutturazione dei debiti a differenza del procedimento di liquidazione di cui all'art. 14 ter legge n. 3/2012, non riguarda necessariamente tutto il patrimonio del debitore. Infatti, solo l'art. 14 ter prevede espressamente al primo comma la liquidazione di tutti i beni del debitore, con esclusione di quelli indicati al sesto comma. Tale connessione ha quindi consentito che l'effetto esdebitatorio si coniugasse alla possibilità che alcuni beni potessero essere considerati “fuori concorso” nella procedura concorsuale minore.

6. *Conclusioni.* Con il decreto in commento il Tribunale di Pistoia:

a) ha ritenuto ammissibile la creazione in ambito concordatario di un *surplus* da destinare ad altra procedura;

b) ha ritenuto ammissibile la creazione della figura di creditori c.d. “estranei” in quanto soggetti destinati ad essere soddisfatti integralmente da altra procedura;

c) ha ammesso che i creditori “estranei” siano esclusi dal voto, riconoscendo loro la legittimazione ad opporsi all'omologazione;

d) ha ritenuto che la posizione dei soci illimitatamente responsabili non sussuma in sé anche quella di garanti;

e) ha ritenuto possibile la creazione di beni “fuori concorso” nell'ambito di una procedura di sovraindebitamento fondata sull'accordo di ristrutturazione.