

Il Tribunale di Milano, Sez. II Civile,

così composto:

- dott. Bartolomeo Quatraro..... Presidente rel. ed est.;
- dott. ssa Francesca Mammone..... Giudice;
- dott. Roberto Fontana Giudice;

N° ORON.
13 DIC. 2007
N° REP. 108 P/0 F

premessi:

- che con ricorso depositato il 13/12/2005 la s.rl. Giovenzana Foto Cine Ottica (di seguito Giovenzana) ha proposto ai propri creditori un concordato preventivo sul quale ha innestato, per i debiti tributari, una transazione ex art. 182 ter L.F.

La proposta di concordato prevede la suddivisione dei creditori in quattro classi e la previsione del loro pagamento come segue.

PRIMA CLASSE

Pagamento integrale dei creditori privilegiati ex art. 2751 bis. e degli Istituti Previdenziali, per i crediti assistiti dal privilegio ex art. 2751 bis.

SECONDA CLASSE

Pagamento nella percentuale del 15% dei crediti per IRPEG - IRES - IRAP - IVA e R.A. IRPEF; questi crediti sono oggetto della transazione fiscale (facente parte della proposta concordataria) inviata all'Agenzia delle Entrate ed al Concessionario della Riscossione, competenti ex lege.

TERZA CLASSE

Pagamento dei creditori che hanno eseguito pignoramenti sui beni mobili (scorte ed attrezzature), al 100% per le spese di esecuzione ed al 13% per la sorte

capitale.

QUARTA CLASSE

IL CASO.it

Pagamento di tutti i creditori chirografari, compresi quelli residui chirografari dell'Amministrazione Finanziaria, nella percentuale del 13%.

Nel ricorso introduttivo il fabbisogno concordatario stimato in Euro 3.3 milioni, è coperto da un attivo stimato in Euro 2.6 milioni e, per la differenza, dalla somma offerta dalla s.r.l. Largo Augusto Multimedia (di seguito Multimedia), affittuaria del ramo d'azienda, per l'acquisto di questo (v. dichiarazione del 12/12/06).

Con decreto in data 22/1/07..... il Tribunale ha ammesso la Giovenzana alla procedura richiesta ed ha nominato commissario giudiziale l'avv. Giannino Bettazzi.

Questo, in data 12/4/2007, ha depositato il suo (primo) parere e, tenuto conto delle percentuali previste per le singole classi, ha determinato il fabbisogno globale in Euro 3.561.858,46 (comprensivo di accantonamenti di Euro 450.000), e ha stimato l'attivo in Euro 3.168.821,43 e, quindi, ha indicato lo sbilancio in Euro 375.037,03. Ha concluso rilevando che, in caso di cosiddetto "eram down", la soluzione concordataria appare sicuramente più vantaggiosa rispetto all'unica alternativa possibile, individuata, nel caso in ~~essere~~^{essere}, nella dichiarazione di fallimento.

Ha ritenuto quindi "realistica" la previsione che l'affittuaria presti, ad omologazione avvenuta del concordato, la promessa fideiussione bancaria fino alla concorrenza di Euro 1.250.000.

Con lettera 16 aprile 2007 la Multimedia ha dichiarato il suo impegno, alla sola condizione dell'omologa del concordato proposto dalla Giovenzana, ad esercitare immediatamente l'opzione di acquisto del ramo d'azienda, prevista nel contratto d'affitto e di pagarne il prezzo in un'unica soluzione (anziché in 5 anni come originariamente proposto).

L'11 giugno 2007 si è svolta l'adunanza dei creditori; dopo i successivi venti giorni si sono registrati i seguenti risultati:

Maggioranza	Richieste	Conseguite
50%+1	Euro 4.187.514	Euro 4.325.590,40
Classe 2°	Euro 1.206.300	Euro 2.412.528,46
Classe 3°	Euro 273.002	Euro 375.972
Classe 4°	Euro 2.717.078	Euro 3.949.618

Sono risultate quindi raggiunte la maggioranza dei crediti ammessi al voto e la maggioranza delle classi (unica dissenziente la classe 2°).

In conseguenza il Tribunale ha fissato per l'omologazione l'udienza collegiale del 4/10/2007, poi rinviata d'ufficio al 25/10/2007.

Radicato il giudizio di omologazione, il commissario giudiziale ha depositato il suo (secondo) parere (definitivo) nel quale:

1. ha ridotto da Euro 450.000 ad Euro 240.000 gli accantonamenti;
2. ha ridotto da Euro 3.561.858,46 ad Euro 2.882.944,65 il fabbisogno globale;
3. ha riferito che Multimedia si è impegnata ad integrare il prezzo

originariamente offerto per l'acquisto dell'azienda (Euro 2.500.000) sino all'ammontare massimo di Euro. 3.300.000;

IL CASO.it

4. stante il mancato raggiungimento della maggioranza nella seconda classe (che comprende i crediti erariali) e, dovendosi quindi procedere al c.d. "cram down", ha reputato conveniente per i creditori la soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare, individuata, nel caso in esame, come l'unica soluzione alternativa;
5. in conclusione, ha espresso parere favorevole all'omologazione del concordato proposto.

Nel giudizio di omologazione si è costituita la Giovenzana deducendo:

- a) l'ammissibilità del pagamento percentuale dei creditori privilegiati, sia a mezzo di concordato preventivo che di transazione fiscale ex. art. 182 ter L.F.
- b) l'ammissibilità della proposta anche con riferimento al debito per IVA, non costituendo questo tributo una "risorsa propria dell'Unione Europea";
- c) il corretto inserimento dei crediti erariali privilegiati nella classe seconda e dei crediti erariali chirografari nella classe IV;
- d) essendoci dissenso dei creditori della classe 2°; e dovendo il Tribunale effettuare il c.d. "cram down", la soluzione concordataria proposta si appalesa piu' favorevole rispetto all'unica alternativa possibile, nel caso in esame, e cioè il fallimento.

Hanno proposto rituali opposizioni all'omologazione l'Agenzia delle

integralmente i crediti erariali assistiti da privilegio.

All'udienza del 25/10/2007 il Tribunale si è riservato la decisione.

Sciogliendo la riserva, il Tribunale ritiene che le proposte opposizioni vadano respinte ed il concordato vada omologato per le seguenti ragioni:

DIRITTO

Va preliminarmente affermato che:

- a) la Giovenzana s.r.l. è imprenditore commerciale (ex art. 1 L.F.) "in stato di crisi", che, come è noto, comprende anche lo stato di insolvenza;
- b) che il Tribunale di Milano è territorialmente competente ad esaminare la proposta domanda di concordato preventivo;
- c) che questa prevede:
 - la suddivisione dei creditori in quattro diverse classi;
 - trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti alle suddette
classi;
- d) che con il piano di cui all'art. 160 L.F., la Giovenzana ha presentato una proposta di transazione fiscale ex art. 182 ter;
- e) che copia della proposta e della relativa documentazione è stata depositata presso il Tribunale e presentata al competente Concessionario del Servizio Nazionale della riscossione ed all'Ufficio competente territorialmente, con i documenti indicati nel secondo comma, primo periodo dell'art. 182 ter;
- f) che il Concessionario della riscossione e l'Agenzia delle Entrate hanno fatto pervenire al Commissario ~~le~~ certificazioni attestante l'entità del debito della Giovenzana, come previsto dal capoverso dell'art. 182 ter;
- g) che con nota del 29/03/2007 il Concessionario ha dichiarato

inammissibile la transazione fiscale relativamente al credito per IVA di € 1.243.044,23=;

h) che il Commissario, prescindendo dalla dichiarazione del Concessionario di inammissibilità della transazione fiscale relativamente al credito per IVA sub g), ha determinato in € 2.838.351,13= i crediti tributari privilegiati ed in € 848.041,49= i crediti tributari chirografari e li ha proposti al voto;

i) che l'adunanza dei creditori si è svolta correttamente;

IL CASO.it

j) che è stata raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto e delle classi (tre su quattro);

k) che il commissario ha tempestivamente depositato i suoi pareri, entrambi favorevoli all'omologazione del proposto concordato;

l) che il giudizio di omologazione si è svolto ritualmente ed ha registrato l'opposizione tempestiva dell'Agenzia delle Entrate e di Equitalia - Esatri.

Tanto premesso, passa il Collegio ad esaminare i motivi di opposizione.

1) Con il primo motivo di opposizione gli opposenti deducono la mancata conclusione della transazione, a causa della mancata loro accettazione, concretatasi nel voto contrario espresso in adunanza; di qui due conclusioni:

a) non omologazione del concordato del quale la transazione è parte integrante e necessaria;

b) in caso di omologazione, pagamento integrale dei crediti tributari privilegiati.

Il motivo di opposizione richiede una preliminare puntualizzazione giuridica.

Come è noto la transazione fiscale di cui all'art. 182 ter L.F. ha come antecedente giuridico la transazione prevista dall'art. 3, 3° co. del D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito nella legge 8 agosto 2002 n.178.

Questa transazione poteva essere utilizzata dal contribuente insolvente, all'interno o anche all'esterno di una procedura concorsuale; essa aveva ad oggetto i soli tributi iscritti a ruolo di pertinenza dello Stato ed a condizione che, per questo, la proposta presentasse aspetti di maggiore economicità e proficuità rispetto al presumibile esito della già iniziata riscossione coattiva.

Il legislatore, in sede di riforma della vecchia legge fallimentare, oltre a disciplinare in modo nuovo il concordato preventivo, ha inserito nella nuova legge due altri istituti: gli accordi di ristrutturazione, disciplinati dall'art. 182 bis, e la transazione fiscale, disciplinata dall'art. 182 ter.

Per tassativa disposizione dell'art. 182 ter L.F. la transazione, se proposta, deve essere inserita nel piano di cui all'art. 160 L.F., quindi, di questo, diventa parte integrante e determinante.

In altre parole, l'imprenditore in stato di crisi, se vuol sistemare il suo dissesto, può utilizzare l'istituto del concordato preventivo o autonomamente o congiuntamente all'istituto della transazione di cui all'art. 182 ter che, se utilizzato, diventa parte integrante della proposta concordataria e ne segue le sorti (con il D.L. n. 169/2007, che entrerà in vigore l'1/1/2008, la transazione fiscale potrà essere inserita anche negli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F.).

Il collegio condivide, quindi, l'opinione dottrinale per la quale:

- a) la transazione fiscale non è un autonomo accordo, ma costituisce una fase endoconcorsuale, che si chiude con l'adesione o il diniego alla proposta di concordato mediante voto espresso nell'adunanza dei creditori;
- b) l'inserimento della transazione fiscale nel piano concordatario e l'espressione del voto, da parte dell'Agenzia delle Entrate e del concessionario in sede di adunanza dei creditori, "procedimentalizzano" "...la formazione della volontà amministrativa.....ma non devono far perdere di vista il fatto che l'accordo si identifica con il concordato stesso e non può che

condividerne gli effetti e le sorti nelle sue varie fasi fisiologiche (esecuzione) e patologiche (risoluzione ed annullamento).

Confluendo nel concordato preventivo, la transazione fiscale finisce per partecipare a pieno titolo della natura di esso, posto che l'accordo si realizza (e non può che realizzarsi) nel concordato preventivo, con conseguente identificazione degli effetti e dei rimedi per esso stabiliti dalla legge.”

IL CASO.it

- c) conseguentemente, l'Agenzia delle Entrate ed il concessionario resteranno soggetti all'esito della votazione concordataria (ancorché contrastante con il proprio voto, poiché altrimenti, non avrebbe senso prevedere comunque la (loro) partecipazione alla delibera dei creditori ed all'eventuale decreto di omologazione del concordato (nello stesso senso, Tribunale di Bologna, decreto del 26/10/2006);
- d) l'omologazione della procedura di concordato preventivo determina la cessazione della materia del contendere nelle liti relative ai tributi definiti (art. 182 ter, 5 comma LF).

Da tutto ciò consegue che la transazione fiscale, in quanto costituente parte integrante del piano concordatario della Giovenzana, produrrà o non i suoi effetti se la proposta di concordato sarà o non omologata e, quindi, nel caso come quello in esame, di un concordato avente diverse classi di creditori, con maggioranza dei crediti e di classi, e con dissenso di una o più classi, il concordato stesso subirà il vaglio di convenienza dei creditori facenti parte della o delle classi dissenzienti (c.d. crown down).

2) Con il secondo motivo di opposizione l'Agenzia delle Entrate deduce che la transazione ex art. 182 ter e, quindi, la possibilità di proporre un pagamento percentuale non riguarda i crediti privilegiati ma, solo quelli chirografari.

Il collegio reputa che l'assunto sia infondato in quanto è lo stesso art. 182 ter a stabilire che: "...se il credito tributario è assistito da

privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento...non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali...”.

Quindi la transazione ex art. 182 ter può prevedere il pagamento percentuale di crediti tributari privilegiati. Questa conclusione è condivisa dall'unanime dottrina che da essa ha fatto discendere anche la possibilità di prevedere, nel concordato preventivo, ante ultima riforma, il pagamento parziale dei crediti privilegiati, in analogia a quanto testualmente previsto dall'art. 124 L.F. per il concordato fallimentare (questa possibilità è ora espressamente prevista, per il concordato preventivo, dal 2 comma dell'art. 160 come novellato dal D. Lgs n. 169/2007).

Da ciò consegue la corretta formazione della classe 2 (sotto il profilo della sua ragionevolezza, in funzione della realizzabilità del piano concordatario) e l'inserimento nella stessa dei crediti tributari per i quali è prevista la percentuale del 15%.

3) Con il terzo motivo, le opposenti deducono l'inammissibilità della transazione fiscale ex art. 182 ter per il credito IVA, costituendo questa imposta “risorsa propria dell'Unione Europea”.

Il Collegio dissente dall'assunto e ritiene invece fondata la deduzione della Giovenzana, alla luce dell'opinione della prevalente dottrina che ha esattamente rilevato che la quota di IVA dovuta dallo Stato Membro alla Unione Europea nulla ha a che vedere con il tributo IVA dovuto dal contribuente italiano ed amministrato dalle Agenzie fiscali. “L'imponibile IVA di uno Stato Membro della Comunità Europea è solo il parametro cui applicare una aliquota concordata da tutti i paesi membri...(parametro) che prescinde dalla riscossione dell'imposta dovuta dal singolo contribuente italiano e, quindi, qualunque sia la percentuale di pagamento del credito IVA proposta dal ricorrente nella transazione fiscale ex. art. 182 ter L.F.,

essa non modificherà mai l'imponibile nazionale su cui calcolare la risorsa spettante alla CEE. Conseguentemente l'IVA, quale imposta nazionale amministrata dalle Agenzie Fiscali, non rientra tra le risorse proprie dell'Unione Europea; da ciò discende che l'IVA può essere oggetto di transazione fiscale ex art. 182 ter e, quindi, di pattizia previsione di pagamento percentuale (nello stesso senso Tribunale di Bologna Decreto 26 ottobre 2006). E, più in generale, il collegio concorda con autorevole dottrina nel ritenere che la transazione ex art. 182 ter può comprendere tutti i tributi erariali (ad ex. IRPEF, IRES, IVA, REGISTRO etc.) e non erariali (ad es. IRAP), dovendo ^{Al}intendersi per "amministrazione...il fascio dei poteri funzionali al controllo, all'accertamento ed alla riscossione del tributo".

IL CASO.it

4) Con il quarto motivo gli opposenti lamentano di essere stati illegittimamente privati del diritto di esprimere il loro voto per il totale dei loro crediti privilegiati, in quanto "creditori pregiudicati" dalla proposta concordataria di pagamento parziale e, conseguentemente, sembra, che deducano il mancato raggiungimento della maggioranza ex art. 177 LF.

Il motivo di opposizione (che sembra ispirarsi al diritto statunitense e, che, quindi potrebbe anche essere condiviso in linea astratta e comunque "de iure condendo"), si appalesa però infondato alla luce del diritto vigente, che, al contrario, limita il voto alla sola parte chirografaria dei crediti concorsuali, prescindendo completamente dallo status di creditore "pregiudicato".

Conseguentemente si appalesa corretta l'ammissione degli opposenti al voto per i loro crediti chirografari e per la quota dei crediti privilegiati oggetto della falcidia concordataria.

Alla luce di questa statuizione risulta raggiunta la maggioranza di cui all'art. 177 LF, essendosi registrato il voto favorevole dei creditori titolari della maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Ma la classe nella quale sono inseriti i crediti tributari (la seconda), dopo aver registrato il voto contrario degli oppositori, è risultata “dissenziente”; ne consegue che, per disposizione dell’art. 180 4 co, 2 periodo, LF, il Tribunale deve procedere al c.d. “cram down”, potendo omologare il concordato solo qualora ritenga che i creditori appartenenti alla/le classe/i dissenziente/i possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. (Va opportunamente rilevato il diverso tenore letterale de 4 co., 2 periodo dell’art. 180 novellato dal DL 169/2007, per il quale: “nell’ipotesi di cui al 2 periodo del 1 co dell’art. 177, se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il Tribunale può omologare il concordato, qualora risulti che il credito (del creditore contestante ndr) possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili”; con la conseguenza che la verifica di “convenienza” che dovrà effettuare il Tribunale, non riguarda più la classe dissenziente, ma il/i singolo/i creditore/i dissenziente/i appartenente/i a quella classe (e non ad una classe consenziente), che ha/hanno proposto opposizione all’omologazione).

Nel caso di specie, non è seriamente contestabile (né è contestato dagli oppositori) che l’unica alternativa praticabile è la dichiarazione di fallimento della Giovenzana.

Ma come ha convincentemente argomentato il commissario giudiziale, con il fallimento:

- 1) se il contratto di affitto continuasse, il pagamento del corrispettivo avverrebbe in cinque anni e decadrebbe l’impegno dell’affittuario ad integrare il prezzo fino alla concorrenza del fabbisogno;
- 2) se il detto contratto cessasse per recesso, le prospettive di pagamento degli oppositori sarebbero legate:

- a) all'entità dell'indennizzo (corrispondente al mancato guadagno da parte della fallita) affidato alla determinazione del Giudice Delegato;
- b) all'inevitabile crollo del valore dell'azienda affittata ed ai costi ed ai tempi necessari a reperire altro soggetto interessato prima all'affitto e poi all'acquisto.

IL CASO.it

Non sembrano poi utilmente proponibili azioni revocatorie, dato che la Giovenzana è di fatto inattiva dal giugno 2005, e quindi sono ampiamente decorsi i termini fissati dall'art. 67L.F. Inoltre, con la dichiarazione di fallimento maturerebbero i costi della procedura, che, invece, mancano nel caso di omologazione del concordato, avendo il legale rappresentante della Giovenzana dichiarato di offrirsi per la liquidazione concordataria, senza alcun onere per la massa dei creditori. Infine va opportunamente rilevato che gli oppositori non hanno in alcun modo contestato i fatti esposti dal commissario (nei due pareri da lui depositati) ed in base ai quali egli ha formulato il giudizio di convenienza della soluzione concordataria. In conclusione, le opposizioni vengono respinte ed il concordato va omologato. La novità e delicatezza delle problematiche relative all'innesto della transazione ex art. 182 ter nel piano relativo alla proposta di concordato della Giovenzana, giustificano la totale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano Sez. II Civile:

- 1) omologa il concordato preventivo, comprensivo della transazione fiscale ex art. 182 ter L.F., proposta da Giovenzana Foto Cine Ottica srl;
- 2) respinge le opposizioni proposte dall'Agenzia delle Entrate e da Equitalia - Esatri spa;
- 3) dichiara l'integrale compensazione delle spese di giudizio, stante le novità delle problematiche relative alla transazione

fiscale ex art. 182 ter L.F.;

4) affida l'esecuzione del concordato, senza alcun onere per la massa dei creditori, al legale rappresentante pro tempore della srl Giovenzana Foto Cine Ottica;

5) dispone le seguenti modalità di liquidazione:

- Il Liquidatore, entro tre mesi dalla pubblicazione del Decreto, procederà al deposito in cancelleria dell'elenco delle passività;
- Per le vendite, le transazioni ed ogni altro diverso atto di straordinaria amministrazione, il Liquidatore dovrà munirsi del parere favorevole del Comitato dei Creditori e del Commissario Giudiziale, dando nel contempo informazione al Giudice Delegato; nel caso di parere contrario anche di uno solo dei suddetti soggetti, dovrà munirsi dell'autorizzazione del Giudice Delegato;
- Il Liquidatore richiederà per la nomina di avvocati, procuratori, tecnici o coadiutori, l'autorizzazione del Giudice Delegato;
- Dispone che le somme destinate al pagamento dei creditori siano immediatamente versate sul conto corrente bancario intestato alla procedura, presso la banca
- I prelievi da parte del conto potranno essere effettuati direttamente dal Liquidatore, e una copia dell'estratto conto bancario sarà rimessa ogni sei mesi al commissario giudiziale ed al Giudice Delegato;
- I pagamenti ai singoli creditori saranno effettuati mediante bonifico bancario (ovvero, ove non possibile, con assegni circolari non trasferibili, previa autorizzazione del Giudice Delegato) che il citato istituto bancario invierà direttamente agli interessati su richiesta

del Liquidatore, rimettendo al commissario ed al Giudice Delegato ogni sei mesi un elenco dei pagamenti effettuati;

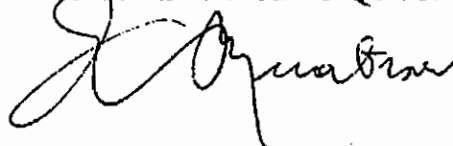
- Il Liquidatore provvederà a distribuire le disponibilità liquide tra i creditori concorrenti, con il rispetto delle cause di prelazione ed in proporzione alle rispettive ragioni creditorie, sentito il parere del commissario giudiziale e del comitato dei creditori, dando informazione nel contempo al Giudice Delegato;
- Al termine dell'incarico il Liquidatore presenterà il conto della gestione, omesse le formalità di cui all'art. 116 L.F., e richiederà al Giudice Delegato gli opportuni provvedimenti per l'archiviazione degli atti.

Così deciso in Milano il 25/10/04

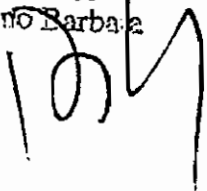
IL CASO.it

Il Presidente

Dott. Bartolomeo Quatraro



IL DIRIGENTE LA SEZIONE
CANCELLIERE CI
Dott. Agostino Barbato



IL DIRIGENTE LA SEZIONE
CANCELLIERE CI
Dott. Agostino Barbato

