

Nel concordato preventivo, il diritto del fideiussore deve essere classificato come credito condizionale

Tribunale S.M. Capua Vetere, 18 giugno 2014. Presidente Scoppa. Relatore Pugliese.

Concordato preventivo - Diritto del fideiussore - Credito condizionale - Previsione - Necessità

Nella procedura di concordato preventivo, il diritto del fideiussore del debitore deve essere qualificato in termini di credito condizionale già sorto e perfetto al momento del sorgere della posizione di garanzia, anche se sospensivamente condizionato al momento dell'effettivo pagamento di quanto garantito ed indipendentemente, quindi, dalla avvenuta escussione da parte del garante. (La fattispecie riguarda il diritto di regresso del Fondo di garanzia Medio credito centrale di cui al decreto legislativo n. 123 del 1998)

Concordato preventivo - Credito del fideiussore - Interpretazione dell'articolo 184 L.F. - Falcidia del credito del fideiussore e del coobbligato di regresso

Con riferimento al credito del fideiussore, l'articolo 184 L.F. deve essere interpretato nel senso che il fideiussore ed il coobbligato di regresso subiscono la falcidia del proprio credito nei confronti del debitore garantito ovvero del coobbligato ammesso al concordato omologato, ancorché siano tenuti a pagare l'intero di quanto dovuto a favore del creditore principale (garantito), il quale fa salve le proprie ragioni verso i primi che risultano terzi rispetto al rapporto principale e, perciò, ai sensi appunto dell'art. 184 citato, insensibili al concordato omologato (Cass. 3816/94).

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Motivi

1. Con decreto del 20.04.2014 reso in sede di adunanza dei creditori, il giudice delegato ha rimesso la ricorrente dinanzi al collegio al fine di valutare la sussistenza di cause ostative alla prosecuzioni della procedura in oggetto ai sensi dell'art. 173 l.f. alluce delle risultanze ed alle criticità emerse in quella sede nonché dalla relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.f., così come meglio specificato nella relazione di questi per l'udienza collegiale del 04.06.2014 depositata il 03.06.2014, alla quale si rimanda per un excursus analitico dell'iter successivo al predetto decreto del giudice delegato.
2. Ciascuna criticità emersa e per cui è causa avrebbe trovato adeguato riscontro, così come attestato, con alcune puntualizzazioni per alcuni punti specifici, dalla relazione del commissario giudiziale del

03.06.2014, alla luce delle integrazioni al piano così come da ultimo presentate il 03.06.2014, eccetto una, determinante per indurre, in maniera assorbente rispetto alla verifica dell'effettiva risoluzione delle altre criticità, il Tribunale ad una declaratoria di revoca dell'ammissione alla procedura concordataria.

Dette integrazioni hanno sostanzialmente modificato il piano originariamente ammesso, rappresentandosi così una nuova proposta di concordato preventivo che prevede ora un'unica soluzione di tipo liquidatorio con l'aggiunta di una classe, la quinta, in cui si è fatta confluire (esclusivamente) la posizione della Banca Popolare (già Banca popolare di Novara), prima ricompresa tra i creditori chirografari "Debiti vs. banche". Questa soluzione sarebbe stata giustificata dall'esigenza "dall'asserita natura privilegiata dell'eventuale azione di regresso... dal Fondo di garanzia Medio Credito Centrale" (v. pag. 14 dell'attestatore ex art. 161/3 l.f. del 03.06.2014).

La questione principale, alla luce delle modifiche anzidette, attiene quindi essenzialmente agli effetti sul piano concordatario della verosimile attivazione da parte della Banca popolare della garanzia di cui agli artt. 7 e 9/5 d.lgs. 123/1998 nei confronti di Medio Credito Centrale (da adesso MCC), ente creditizio per legge deputato alla concessione della garanzia, a con diritto di regresso nei confronti del debitore.

Nel quadro degli interventi pubblici, art. 1 d.lgs. 123/98, previsti dalla legislazione nazionale a sostegno della imprenditoria privata vi è la possibilità che gli imprenditori accedano al finanziamento bancario assistiti, come nel caso in oggetto appunto, dalla garanzia statale per l'inadempimento, alla stregua di un rapporto fideiussorio.

La questione, sollevata anche dal commissario giudiziale, nasce dal dato indicato dalla proposta di concordato così come da ultimo modificata, e riscontrato dal commissario giudiziale e che in ogni caso è incontestato, secondo cui la Banca Popolare (già Banca Popolare di Novara) sarebbe pienamente legittimata ad attivare la copertura assicurativa del proprio credito così da determinare in capo al garante MCC il diritto di agire nei confronti della preponente ai sensi dell'art. 9/5 d.lgs. 123/1998.

D'altra parte, è agli atti la richiesta dell'istituto di credito (21.03.2014) di escutere MCC e la missiva di quest'ultima (P.E.C. 6.05.2014) di avvalersi delle prerogative di cui all'art. 9/5 d.lgs. 123/1998 nei confronti della proponente, e quindi con natura privilegiata per l'intero ammontare che sarà tenuta a pagare alla banca garantita, sia pur entro i limiti del massimale previsto da convenzione.

L'art. 9, comma 5, in riferimento all'ipotesi di restituzione degli interventi ricevuti, dispone che quanto dovuto dall'imprenditore al fondo erogante è preferito a qualsiasi titolo di prelazione, e ciò da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi.

Da ciò si evidenzia, in modo inequivoco, che là dove si discorra di somme erogate a garanzia di prestiti bancari effettuati da enti creditizi ad imprese, da parte di MCC, quale è come visto il caso in esame, il legislatore attribuisca il privilegio di cui all'art. 9, comma 5 a tali crediti e tanto lo fa per meglio tutelare il recupero di somme ingenti di natura pubblica.

3. La difesa della AZ S. S.p.A. IN LIQUIDAZIONE ha ritenuto di non dovere prendere in considerazione detta posizione della MCC nella

formulazione del piano in quanto ad oggi e, soprattutto, già al momento dell'apertura della presente procedura, detto istituto non risulta effettivamente escusso e quindi che abbia pagato quanto richiesto dalla banca garantita, con la conseguenza che:

- a) la causa legittima di prelazione che assiste detto credito non sarebbe ancora sorta, ed ex art. 168/3 l.f. quindi non più acquisibile (perché riferita ad un momento successivo alla presentazione della domanda di concordato – 16.12.2013);
- b) in ogni caso, la relativa posizione creditoria di regresso del MCC sarebbe sottoposta alla falcidia di cui all'art. 184 l.f. Gli assunti non risultano condivisibili.

3.1 La posizione di MMC rispetto alla proponente, ai fini della presente procedura concordataria, è di garante rispetto al residuo debito della AZ S. S.p.A. IN LIQUIDAZIONE nei confronti della Banca Popolare di euro 1.596.992,00; analoga, come osservato dalla stessa ricorrente (pag. 3 della nota di chiarimenti del 20.05.2014), a quella del fideiussore / coobbligato ai sensi dell'art. 184 l.f.

Nell'ambito della procedura di concordato preventivo, il diritto del fideiussore del debitore ovvero il coobbligato in via di regresso deve essere qualificato in termini di credito condizionale, cioè già sorto e perfetto al momento del sorgere della posizione di garanzia, anche se sospensivamente condizionato al momento dell'effettivo pagamento di quanto garantito. Pertanto, privo di pregio è quanto dedotto dalla ricorrente secondo cui in mancanza di una escussione il diritto del garante di regresso e/o di surroga non sarebbe ancora sorto (d'altra parte, anche da un punto di vista sistematico, non si concilierebbe neppure con l'istituto del rilievo di cui all'art. 1953 c.c., che al n. 2 prevede espressamente l'ipotesi dell'insolvenza quale presupposto del suo esercizio anche prima di essere stato escusso, quale appunto prerogativa prodromica e funzionale di una posizione già in essere, sia pur sospensivamente condizionata).

Inoltre, e di conseguenza, non appare condivisibile l'assunto secondo cui il privilegio che assiste detto credito sarebbe un diritto di prelazione acquistato soltanto in un momento successivo alla data di deposito della domanda di concordato, in violazione del divieto di cui all'art. 168/3 l.f. e, perciò, inefficace rispetto ai creditori concorrenti.

Infatti, il privilegio è una causa di prelazione non pattizia o convenzionale, il cui sorgere non dipende dalla volontà delle parti in quanto deriva direttamente dalla legge che la prevede (nel caso di specie, dall'art. 9/5 d.lgs. 123/1998) in ragione della causa del credito, quale sua caratteristica intrinseca e, perciò, a questa congenita. Pertanto, il privilegio, non si "acquista" per volontà delle parti bensì "sorge" con la causa di credito, con la conseguenza che non può che ritenersi originato nel momento stesso in cui sorge il relativo diritto di credito e non in un momento successivo, come ha invece sostenuto la proponente. Ciò, oltre che per ragioni di ordine logico, anche per motivi di carattere positivo, vista l'assenza di un dato normativo che consentirebbe di ritenere altrimenti (d'altra parte quando la legge ha voluto limitare il privilegio lo ha fatto espressamente, anche se solo con riferimento al suo momento attuativo, come nel caso dei privilegi cd. possessuali, cioè che dipendono dal possesso da parte del relativo creditore del bene su cui andrà fatto valere).

Di conseguenza, siccome il credito della MCC, per i motivi anzidetti, risulta sorto prima del deposito della domanda di concordato preventivo, ancorché lo si consideri condizionato sospensivamente, deve ritenersi che anche la sua natura privilegiata e, perciò, la relativa causa legittima di prelazione, non sia stata “acquistata” dopo detto deposito in quanto originatasi prima, al sorgere, appunto, della causa di credito cui assiste.

3.2 Privato di pregio, poi, risulta l’assunto secondo cui il credito privilegiato della MCC sconterebbe comunque la falcidia tout court imposta dall’omologazione del concordato ai sensi dell’art. 184 l.f.

Detta norma, in effetti, così come interpretata dalla giurisprudenza anche di legittimità, deve essere intesa nel senso che il fideiussore ed il coobbligato di regresso subiscono in sostanza la falcidia del proprio credito nei confronti del debitore garantito ovvero del coobbligato ammesso al concordato omologato, ancorché siano tenuti a pagare l’intero di quanto dovuto a favore del creditore principale (garantito), il quale fa salve le proprie ragioni verso i primi che risultano terzi rispetto al rapporto principale e, perciò, ai sensi appunto dell’art. 184 l.f. insensibili al concordato omologato (Cass. 3816/94, ripresa da Cass. 11200/03 secondo cui “costituisce effetto naturale dell’esistenza di una garanzia personale il fatto che il fideiussore sia tenuto al pagamento dell’intero debito garantito, anche quando dal debitore principale, sottoposto a concordato preventivo (o a concordato fallimentare), il creditore possa pretendere soltanto una percentuale inferiore. Né ciò determina dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 42 Cost., dell’art. 184 (o dell’art. 135) legge fall., giacché il fideiussore da un lato paga quanto si era assunto l’obbligo di pagare, e dall’altro subisce, in sede di rivalsa, gli effetti del concordato come qualunque altro creditore”).

Ciò posto, però, nel caso di specie ci si trova al cospetto di un credito assistito da privilegio, con la conseguenza che la sua eventuale falcidia deve emergere dal piano concordatario secondo quanto disposto dall’art. 160/2 l.f. e cioè che:

- a) la relativa posizione venga debitamente appostata nel piano;
- b) in questo sia previsto che la soddisfazione parziale sia in misura non inferiore a quella che ne risulterebbe dal ricavato della vendita dei beni o diritti sui quali insiste la causa legittima di prelazione, così come risultante da una relazione giurata da parte di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67 l.f.

In maniera assorbente, però, si rileva che nella proposta concordataria così come risultante dalle modifiche e dalle integrazioni depositate il 3.06.2014, non risulta rispettata la prescrizione di cui all’art. 160/2 l.f. in quanto la proponente si è limitata ad appostare, in una specifica classe (la quinta) la creditoria della Banca Popolare, falcidiata al 10%, manifestando semplicemente poi l’intento di convocare la MCC alle operazioni di voto, senza però fornire alcuna attestazione circa l’effetto della falcidia al credito privilegiato di quest’ultima; ancorché lo stesso attestatore abbia rappresentato che “... l’effetto remissorio del concordato produce i suoi effetti anche nei confronti del garante non escusso alla data di apertura della procedura, il quale subisce gli effetti del concordato come qualunque altro creditore”, richiamando l’anzidetta sentenza di Cass. 11200/03.

Come visto, invece, detta previsione di falcidiare il credito di MMC, in quanto credito di natura privilegiata, poteva correttamente avvenire

soltanto attraverso il rispetto di quanto richiesto dall'art. 160/2 l.f.; cosa che purtroppo non è avvenuta.

La circostanza poi che il credito privilegiato della MCC risulti allo stato soltanto in termini indiretti rispetto alla posizione della Banca Popolare, stante l'alta probabilità di concretizzarsi (alla luce anche delle missive ed intimazioni in atti), a nulla rileva ai fini della sua doverosa prospettazione all'interno del piano, quanto meno con riguardo alla prescritta attestazione di cui all'art. 160/2 l.f. in ragione della falcidia, sia pur indiretta, della pretesa creditoria.

4. Poste queste considerazioni, il piano, così come proposto presenta pertanto un insuperabile vizio di completezza e veridicità, là dove non considera la possibilità giuridica, più che probabile, peraltro già in sostanza preannunciata anche dalla stessa ricorrente e dall'attestatore, che nel fabbisogno concordatario debba essere ricompreso il credito privilegiato di MCC in surroga di quello chirografario di Banca Popolare (già Banca popolare di Novara); circostanza che, da un lato conduce ad una oggettiva impossibilità di attuare l'accordo come proposto, dall'altro a rendere il piano stesso incompleto di un dato necessario (quello l'attestazione di cui all'art. 160/2 l.f.), oltre che non veridico.

Incompleta è da considerarsi anche l'attestazione del professionista, il quale pur ravvedendo la possibilità della natura privilegiata del credito di MCC, e ritenendo quasi certa la surroga, non ha ritenuto di evidenziare la lacuna, quantomeno sotto il profilo attestativo.

5. Agli atti di causa non risulta pendente alcun ricorso di fallimento.

P.Q.M.

Il tribunale, pronunciando sul ricorso per concordato preventivo iscritto al 28/2013 proposto da AZ S. S.p.A. IN LIQUIDAZIONE con sede in Marcianise (CE), Agglomerato industriale S. Marco
- revoca l'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 l.f.; -
manda la cancelleria per le comunicazioni.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere il 18/06/2014.