

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SEZIONE PRIMA CIVILE**

ha pronunciato la seguente:

**sentenza**

sul ricorso n. (18248/2012 R.G.) proposto da:

FALLIMENTO alfa S.P.A., in persona del Curatore Dott.ssa D.P.P.,

**- ricorrente -**

contro

alfa S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO;

beta imballaggi- CONAI;

**- intimati -**

e sul ricorso proposto da:

alfa S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

contro

FALLIMENTO alfa S.P.A

**- controricorrente a ricorso incidentale -**

e contro

beta imballaggi- CONAI;

**- intimato -**

avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze n. 820/2012 depositata il 14 giugno 2012;

**Svolgimento del processo**

Il Tribunale di Lucca negò l'omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale proposto il 31 marzo 2011 dalla alfa s.p.a., osservando:

che il credito per contributi di Euro 6.942.040,00, più interessi di Euro 1.047.825,90, vantato dal beta imballaggi - Conai, considerato chirografario dalla debitrice, godeva invece del privilegio di cui all'art. 2758 c.c., comma 1, invocato dal creditore, opposti all'omologazione; sicchè mancava la provvista necessaria per il suo soddisfacimento;

che comunque andava rilevata d'ufficio, pur non avendo l'opponente sollevato la relativa questione, la non fattibilità del concordato stesso, poichè il commissario giudiziale aveva evidenziato, nel suo parere finale ai sensi della L. Fall., art. 180, comma 2, la mancanza di impegni cogenti da parte delle banche quanto all'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione; un deficit patrimoniale di oltre 850.000 euro registrato nei primi dieci mesi del 2011, con conseguente totale perdita del capitale in itinere; la mancanza di garanzie circa le previste dismissioni di due immobili; la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 mediante le risorse previste nel piano.

Con separata sentenza il Tribunale dichiarò quindi il fallimento della società.

Il reclamo proposto da quest'ultima avverso entrambi i provvedimenti è stato accolto dalla Corte d'appello di Firenze, la quale ha revocato la dichiarazione di fallimento osservando:

che al credito per contributi del Conai, soggetto di diritto privato, non poteva essere riconosciuto il privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 1, non trattandosi di tributi indiretti ed essendo comunque l'invocato privilegio privo di oggetto, dato che un produttore di imballaggi, come la alfa, per definizione si disfa dei beni su cui dovrebbe gravare il privilegio con l'atto di immissione in commercio dei medesimi costituente il presupposto contributivo;

che neppure poteva riconoscersi al Conai il privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 2, quanto al credito di rivalsa IVA sui predetti contributi, sia perchè la relativa richiesta non era stata formulata con l'atto di opposizione, sia per l'incapienza del privilegio per le stesse ragioni indicate a proposito del privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 1;

che la pretesa del Conai di essere inserito nella classe dei creditori chirografari strategici, ossia "essenziali per la realizzazione del piano" (dei quali era prevista la soddisfazione in percentuale maggiore degli altri) era inammissibile non avendo il creditore votato sulla proposta concordataria e non potendo, dunque, essere considerato dissenziente;

che la contestazione della convenienza del concordato, da parte del medesimo creditore opponente, era meramente astratta e teorica;

che il Tribunale aveva errato nel sindacare la fattibilità del concordato, valutazione non consentita al giudice essendo riservata ai soli creditori, nella specie compiutamente informati e dunque consapevoli di ogni possibile criticità dell'attuazione del concordato;

che non sussisteva alcun deficit di consapevolezza da parte del ceto creditorio al momento della votazione, posto che gli elementi evidenziati dal commissario nel suo parere finale altro non erano che una riconsiderazione delle criticità già riferite in precedenza ai creditori, in particolare evidenziando l'aumento dell'entità dello sbilancio fra attività e fabbisogno concordatario.

Il curatore del fallimento ha proposto ricorso per cassazione con tre motivi di censura. Un ulteriore ricorso, con sei motivi, è stato proposto dal Conai, il quale ha anche presentato, sul ricorso del curatore, controricorso contenente ricorso incidentale per cinque motivi (riproducenti

i primi cinque motivi del suo precedente ricorso). La alfa ha resistito al ricorso del curatore con controricorso contenente anche ricorso incidentale condizionato per un motivo, cui il curatore ha a sua volta resistito con controricorso; la medesima società ha altresì resistito al primo ricorso presentato dal Conai con controricorso contenente anche ricorso incidentale condizionato per un motivo, cui il Conai ha resistito con controricorso. Tutte le parti hanno anche presentato memoria.

### **Motivi della decisione**

1. - I ricorsi iscritti ai nn. 18248/2012 R.G. e 18272/2012 R.G., con i rispettivi ricorsi incidentali, tutti rivolti avverso la medesima sentenza, vanno previamente riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

2. - Va inoltre dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale del Conai, proposto dopo la proposizione di ricorso autonomo da parte del medesimo ricorrente e dunque inammissibile per l'intervenuta consumazione del diritto d'impugnazione (tra le più recenti, Cass. 2568/2012, 27898/2011, 1825/2007, 5207/2005, la prima e l'ultima rese a sezioni unite).

Va altresì accolta l'eccezione, formulata dalla alfa nella memoria, d'inammissibilità del controricorso del Conai al ricorso incidentale proposto dalla alfa medesima nel controricorso sul ricorso autonomo del consorzio. L'atto, invero, risulta notificato soltanto il 25 ottobre 2012, dunque oltre il doppio termine di venti giorni (art. 370 c.p.c., comma 1) dalla notifica del ricorso incidentale, avvenuta il 3 agosto 2012, considerato che ai procedimenti di impugnazione di sentenza dichiarativa di fallimento, come quello di cui trattasi, non si applica la sospensione feriale dei termini (L. 7 ottobre 1969, n. 742, art. 3 e R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 92).

3. - Il ricorso (principale) della curatela si articola, come detto, in tre motivi. I primi due, tra loro connessi, possono essere trattati congiuntamente.

Con il primo motivo, denunciando violazione della L. Fall., art. 180, commi 1, 2 e 4 e L. Fal., 173, u.c., si censura la sentenza impugnata nella parte in cui nega la sussistenza del potere del tribunale di rilevare d'ufficio, in sede di omologazione, il difetto di fattibilità del piano concordatario.

Con il secondo, denunciando violazione della L. Fall., art. 173, u.c. e L. Fall., art. 182, comma 2, si critica, a dichiarato completamente della censura precedente, l'omessa considerazione, da parte della Corte d'appello, dei rilievi negativi in punto di fattibilità formulati dal commissario giudiziale nelle relazioni depositate nel corso del procedimento.

La medesima questione del potere di valutazione della fattibilità del concordato spettante d'ufficio al tribunale in sede di omologazione viene proposta anche con il sesto motivo del ricorso autonomo del Conai, che dunque va esaminato assieme alle censure della curatela appena richiamate.

3.1. - I motivi di cui si tratta sono infondati.

Sulla questione della rilevabilità d'ufficio del difetto di fattibilità del piano concordatario si sono pronunciate, in epoca posteriore al deposito dei ricorsi ora in esame, le Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 1521 del 2013, sicchè la successiva discussione tra le parti - che non contestano le enunciazioni delle Sezioni Unite si è spostata sull'applicazione di tali enunciazioni al caso di specie.

Le Sezioni Unite premettono che anche la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "di secondo grado", non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161, comma 3, ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso; distinguono, quindi, tra fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo.

Il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato; di conseguenza le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto). Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del piano, invero, non c'è da affettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta.

Ed è appunto sul carattere manifesto della non fattibilità economica del piano proposto dalla alfa, secondo i rilievi del commissario giudiziale, che fanno leva i ricorrenti per censurare la decisione della Corte d'appello che ha negato al Tribunale il relativo potere di sindacato officioso.

Senonchè la tesi dei ricorrenti non è confermata dall'esame di quei rilievi. Essi si sostanziano, infatti, come si è riferito in narrativa, a) nella mancanza di impegni cogenti da parte delle banche per l'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione; b) nel deficit patrimoniale di oltre 850.000 euro registrato nei primi dieci mesi del 2011, con conseguente totale perdita del capitale in itinere; c) nella mancanza di garanzie circa le previste dismissioni di due immobili; d) nella mancanza di copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 mediante le risorse previste nel piano. Il carattere valutativo dei rilievi sub a) e c) è evidente, non comportando la mancanza di impegni cogenti, di cui al primo, o la mancanza di garanzie, di cui al secondo, necessariamente l'esclusione in futuro, rispettivamente, dell'apporto della nuova finanza o della vendita degli immobili al prezzo sperato; ma è ugualmente chiaro anche quanto ai rilievi sub b) e d), che si sostanziano in definitiva nella prognosi, benchè argomentata, di un andamento negativo della futura attività della alfa.

4. - Con il terzo motivo del ricorso del curatore si sostiene, denunciando violazione della L. Fall., art. 180, commi 1 e 2 e vizio di motivazione, che in ogni caso, contrariamente a quanto affermato dalla Corte d'appello, vi sarebbe stato un rilevante difetto d'informazione dei creditori prima del voto, in quanto nel motivato parere espresso dal commissario nel giudizio di omologazione erano contenute indicazioni nuove e più gravi rispetto a quelle già le espresse nella precedente relazione.

4.1. - Il motivo è inammissibile.

La Corte d'appello ha esaminato tale rilievo e l'ha disatteso escludendo la sussistenza del difetto d'informazione al momento della votazione, in quanto gli elementi evidenziati dal commissario nel suo parere finale (corrispondenti a quelli, sopra indicati, in base ai quali il Tribunale aveva negato la fattibilità del concordato) erano soltanto una riconsiderazione, aggravata, delle criticità già riferite ai creditori.

A fronte di questa statuizione - in fatto - di sostanziale trascurabilità del novum riferito dal commissario nel suo parere finale, sarebbe stato necessario articolare (ove ne fossero esisititi i presupposti) una più compiuta censura di vizio di motivazione.

5. - Con il primo motivo del ricorso (autonomo) del Conai si censura, per violazione dell'art. 2758 c.c., comma 1, la negazione del privilegio ivi previsto al credito del ricorrente per contributi non versati dalla debitrice.

5.1. - Il motivo è infondato.

L'art. 2758, comma 1, cit., prevede un privilegio speciale mobiliare per il credito dello Stato per tributi indiretti. La Corte d'appello ha quindi motivato la propria decisione osservando che il contributo ambientale Conai, invece, non è dovuto allo Stato, nè configura un tributo indiretto. La differenza, infatti, fra tributi diretti e indiretti consiste in ciò, che i primi colpiscono direttamente il reddito o il patrimonio del contribuente, i secondi colpiscono atti giuridici o materiali quali manifestazioni indirette o mediate di capacità contributiva. Invece il contributo Conai, legato alla produzione di imballaggi e parametrato alla quantità, al peso e alla tipologia del materiale di cui essi sono costituiti (D.Lgs. 30 aprile 2006, n. 152, art. 224, comma 3, lett. h), non è il segno indiretto di una capacità reddituale, bensì il segno diretto della immissione nell'ambiente di rifiuti di un certo tipo.

Il ricorrente non contesta la definizione dei tributi indiretti data dalla Corte d'appello, ma osserva che anche l'immissione di imballaggi sul mercato nazionale è indice mediato di capacità contributiva, nonostante la parametrizzazione del contributo alla quantità, peso e tipologia dei materiali impiegati: analoga parametrizzazione "alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie..." è infatti presente nella "tariffa integrata ambientale" (o "TIA 2", introdotta dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 238, che ha sostituito la "tariffa d'igiene ambientale", o "TIA 1", di cui al previgente D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 49), costituente "il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani" (D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 238, comma 1), alla quale pure è riconosciuta (sia nella prima che nella seconda versione) natura tributaria. Insiste, quindi, sulla natura "paratributaria" del contributo Conai e sul carattere pubblico della funzione esercitata dal consorzio quale organo indiretto della pubblica amministrazione nello svolgimento del pubblico servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, invocando perciò l'applicazione estensiva o anche analogica della norma che prevede il privilegio.

Può risponderci che non giova al ricorrente l'analogia con la richiamata "tariffa", dato che essa infatti non è un tributo indiretto, bensì una "tassa di scopo" e il privilegio che le compete è quello riconosciuto dall'art. 2752 c.c., u.c., ai tributi degli enti locali (da ult. Cass. 2320/2012). E poiché esclusivamente la qualifica di tributo indiretto rileva agli effetti dell'invocato art. 2758 c.c., comma 1, l'esclusione di essa, correttamente argomentata dalla Corte d'appello, rende superfluo interrogarsi sulla natura "paratributaria" o meno del contributo Conai; tanto più che l'art. 2758, comma 1, cit., assicura il privilegio esclusivamente allo Stato e non certo a soggetti privati, qual è pacificamente il Conai. Nè infine, può esservi spazio per una interpretazione estensiva o

analogica della norma codicistica, considerati i chiari limiti lessicali della stessa e la mancanza di identità di ratio tra le due fattispecie che si vorrebbe disciplinare uniformemente.

Il rigetto del motivo sotto il profilo esaminato assorbe la questione, pure sollevata dal ricorrente, della rilevanza della capienza o meno del privilegio in relazione al suo oggetto (gli imballaggi, dei quali in ipotesi il produttore si disfa, alienandoli, col porre in essere il presupposto per l'applicazione del contributo), sulla quale la Corte d'appello ha basato una seconda, autonoma ratio di rigetto della richiesta del privilegio stesso.

6. - Tale questione resta tuttavia rilevante con riferimento alla analoga ratio a base del rigetto della domanda subordinata di riconoscimento del privilegio sul credito di rivalsa IVA, ai sensi dell'art. 2758 c.c., comma 2, ratio contestata dal Conai con il secondo motivo di ricorso. Con il quale il ricorrente, denunciando violazione della predetta norma, sostiene che l'eventuale incapacità non rileva agli effetti del riconoscimento del privilegio in favore del creditore concordatario.

6.1. - Il motivo è fondato.

Questa Corte, con la recente sentenza n. 12064 del 2013, ha già accolto tale tesi con riferimento alla disciplina del concordato preventivo anteriore alla modifica della L. Fall., art. 160, introdotta dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, affermando che in quel contesto normativo, caratterizzato dalla inapplicabilità al concordato preventivo della L. Fall., art. 54 (non richiamato dall'art. 169) e dalla condizione essenziale e indefettibile dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non impedisce, a differenza che nel fallimento, l'esercizio del privilegio stesso, con la conseguenza che il credito va soddisfatto integralmente (e, correlativamente, il creditore non è ammesso al voto sulla proposta di concordato). Ciò in considerazione della particolarità del privilegio di essere una qualità del credito riconosciuta dall'ordinamento in ragione della sua causa.

E' ben vero, peraltro, che la coeva Cass. 8683/2013 sembra accogliere la tesi opposta; in realtà, però, essa non affronta ex professo la questione, poichè detta tesi era data per scontata già nella sentenza impugnata e fra le parti, le quali discutevano soltanto della sussistenza o meno della prova della presenza dei beni oggetto del privilegio speciale nel patrimonio del debitore concordatario.

Ad avviso del Collegio l'orientamento espresso nella sentenza 12064/2013 (e seguito anche nella sentenza resa nella camera di consiglio del 25 settembre 2013 sui ricorsi nn. 4648 e 8688 del 2007) resta valido anche per il concordato preventivo come riformato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha introdotto la facoltà per il proponente di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato (L. Fall., art. 160, comma 3 riformato). Tale limitazione, invero, è configurata dalla legge come l'effetto di un patto concordatario; dunque in mancanza di una proposta che dia luogo a un tale patto - come nel caso che ci occupa - non può che farsi applicazione della regola generale.

7. - Con il terzo motivo si censura poi, denunciando violazione della L. Fall., artt. 183 e 18, l'ulteriore, autonoma ratio della esclusione, da parte della Corte d'appello, del privilegio del credito di rivalsa IVA, ossia l'asserita tardività della relativa questione, posta dal creditore, in violazione dell'art. 345 c.p.c., soltanto in sede di reclamo e non già in precedenza con l'atto di opposizione all'omologazione.

7.1. - Anche tale motivo è fondato, alla stregua della giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale il reclamo, ai sensi della L. Fall., art. 18, avverso la sentenza dichiarativa del fallimento ha carattere devolutivo pieno, onde non trovano ad esso applicazione i limiti previsti dagli artt. 342 e 345 c.p.c., per l'appello (Cass. 9174/2012, 8227/2012, 5257/2012, 22546/2010).

8. - Con il quarto motivo si censura, denunciando violazione della L. Fall., art. 180 e vizio di motivazione, la statuizione d'inammissibilità della pretesa del ricorrente di essere inserito, al pari di altri, nella classe dei creditori chirografari strategici, giustificata dalla Corte d'appello con l'incomprensibile rilievo che, non avendo il Conai votato sulla proposta di concordato, non poteva "essere considerato creditore dissenziente e come tale legittimato ad una opposizione motivata sulla base di una errata inclusione in una classe chirografaria invece che in un'altra classe chirografaria".

8.1. - Il motivo è fondato. Condivisa, invero, la valutazione d'incomprensibilità della motivazione della statuizione censurata, va ribadito che legittimato all'opposizione è anche "qualunque interessato" (L. Fall., art. 180, comma 2), locuzione riferibile non soltanto a soggetti diversi dai creditori, ma anche a creditori non dissenzienti come coloro che non abbiano votato favorevolmente alla proposta per non aver preso parte all'adunanza fissata per il voto, o perchè non convocati o perchè non ammessi al voto o, infine, perchè astenuti: tali soggetti, infatti, prospettano l'interesse diretto e attuale al giudizio per contrastare l'omologazione, in riferimento al trattamento loro riservato, al di là e in aggiunta a chiunque altro, a qualunque titolo, abbia interesse ad opporsi all'omologazione (Cass. nn. 13284 e 13285 del 2012).

9. - Con il quinto motivo del ricorso Conai si censura, infine, per violazione della L. Fall., art. 146, comma 2, la statuizione con cui è stata disattesa la ragione di opposizione costituita dal difetto di convenienza del concordato, osservando che in caso di fallimento si sarebbe potuto esercitare azione di responsabilità nei confronti degli organi della società debitrice che avevano prelevato dai clienti e indebitamente omissi di versare al Conai il contributo ambientale previsto dalla legge.

9.1. - Il motivo è inammissibile.

La Corte d'appello ha motivato la propria statuizione sul rilievo del carattere meramente astratto e teorico della prospettazione, da parte del Conai, della maggior convenienza del fallimento rispetto al concordato, atteso che, nella dichiarata prospettiva di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori proponibile nel caso di fallimento, l'unico fatto concreto indicato a fondamento della stessa - ossia l'asserita riscossione del contributo Conai senza il successivo versamento al consorzio - non configurava un danno risarcibile nei confronti della società.

Il ricorrente replica che il danno era costituito dal maturare di interessi sulle somme indebitamente non versate al consorzio, nonchè i possibili pregiudizi non patrimoniali in termini di perdita di reputazione. Senonchè una siffatta replica si risolve, piuttosto che nella dichiarata censura di violazione di legge, in una vera e propria critica di merito che rimanda all'accertamento di fatti (quali, ad esempio, l'eventuale eccedenza degli interessi passivi rispetto ai vantaggi dell'autofinanziamento, o la effettività del danno reputazionale) non consentito in sede di legittimità.

10. - I due ricorsi incidentali della alfa, condizionati all'accoglimento, rispettivamente, del ricorso del curatore fallimentare e del sesto motivo del ricorso autonomo del Conai, sono assorbiti a causa del rigetto delle censure di cui ai corrispondenti ricorsi principali.

11. - In conclusione la sentenza impugnata va cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al principio di diritto sopra enunciato al par.

6.1 e provvederà sulla ragione di opposizione di cui al par. 8, nonché sulle spese del giudizio di legittimità.

### **PQM**

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta il ricorso principale della curatela fallimentare e dichiara inammissibile il corrispondente ricorso incidentale del Conai; accoglie il secondo, il terzo e il quarto motivo del ricorso autonomo di quest'ultimo, ne rigetta il primo e il sesto motivo e ne dichiara inammissibile il quinto;

dichiara assorbiti i ricorsi incidentali della alfa s.p.a.; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 17 luglio 2013.

Depositato in Cancelleria il 6 novembre 2013