

ragione di porsi l'ulteriore questione, qui direttamente rilevante, della spettanza del diritto di voto alle società correlate alla società proponente.


La problematica non si è mai posta prima della riforma del diritto fallimentare introdotta con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 perché solo con tale riforma è stata riconosciuta la legittimazione dei creditori a proporre un concordato fallimentare.

Una risposta negativa alla prima, pregiudiziale questione è stata data dalla Prima Sezione di questa Corte in un *obiter dictum* della sentenza 10/02/2011, n. 3274. Sollecitato ad estendere al concordato fallimentare la disciplina del conflitto d'interesse del socio di società per azioni (art. 2373 cod. civ.), in fattispecie di voto concordatario espresso da creditore ritenuto in conflitto essendo esposto ad azioni revocatorie in caso di fallimento del debitore, il Collegio osservò che una situazione di conflitto analoga a quella presupposta dall'art. 2373 cod. civ. non è configurabile nel concordato fallimentare, in quanto «il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli». Caratteristica dei rapporti tra i creditori concorrenti non è la condivisione, bensì il contrasto, e del resto il legislatore, «ben conscio della realtà, non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificatamente i casi di rilevanza del conflitto (art. 37 *bis*, comma 2; art. 40 comma 4; art. 127, commi 5 e 6; art. 177, u.c.), così che la partecipazione al voto è la norma mentre l'esclusione è l'eccezione e deve essere espressamente prevista». Caso emblematico della non configurabilità di un conflitto

d'interessi, secondo il precedente in rassegna, è appunto «quello del creditore proponente il concordato che non viene escluso dal voto sulla sua stessa proposta [...]», benché il suo interesse al minor impegno possibile confligga con quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento possibile; poiché appunto la sua esclusione dal voto non è prevista, benché il caso non possa evidentemente non essere stato presente al legislatore, ne viene confermato l'assunto secondo cui non vi è alcun conflitto che rilevi posto che il creditore, anche se proponente, rappresenta solo sé stesso e non anche la massa di cui pure fa parte».


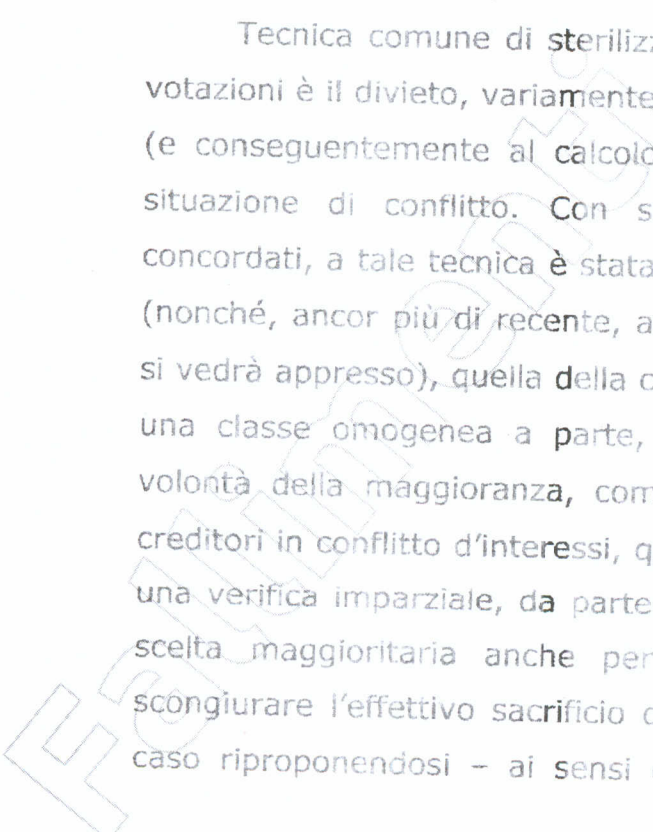
Può osservarsi che è un dato di fatto la mancanza, nella legge fallimentare, di una norma generale, analoga a quella di cui all'art. 2373 (nonché all'art. 2379 *ter*) cod. civ. in materia di assemblea delle società, che disciplini il conflitto d'interesse dei creditori nel voto sul concordato. Ciò non significa, tuttavia, che nel concordato non siano configurabili conflitti d'interesse in relazione al voto dei creditori, come dimostrano le esclusioni dal voto - previste dall'art. 127, commi quinto e sesto, legge fallim., in tema di concordato fallimentare, e dall'analogo art. 177, comma quarto, in tema di concordato preventivo - di taluni congiunti del fallito e degli acquirenti di loro crediti da meno di un anno prima della dichiarazione del fallimento, nonché delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo rispetto ad essi. Tali norme non trovano spiegazione se non con la finalità di neutralizzare, appunto, un conflitto tra l'interesse proprio di singoli creditori di cui si tratta (in quanto collegato all'interesse del fallito) e l'interesse comune a tutti i creditori.

Perché sia configurabile un conflitto di interessi di un soggetto, in quanto parte di una collettività, è invero sufficiente il contrasto di un suo interesse individuale con l'interesse comune all'intera collettività, mentre non è necessario che quest'ultima costituisca un distinto soggetto o centro d'imputazione di situazioni giuridiche.



Il tema del conflitto di interessi dei creditori nei concordati di massa è stato oggetto di attenzione in dottrina, rinvenendosi in esso, ai pari che nelle assemblee societarie, un terreno privilegiato di verifica della tenuta di un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia negoziale, vista nel suo risvolto negativo di divieto di eteronomia, ossia quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. In tale prospettiva, si è condivisibilmente osservato che l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti; sicché il principio (di autonomia) è messo in crisi tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi componenti, di un conflitto di interessi, il quale va pertanto neutralizzato, o "sterilizzato", come pure suol dirsi.

Tecnica comune di sterilizzazione dei conflitti di interesse nelle votazioni è il divieto, variamente sanzionato, di partecipazione al voto (e conseguentemente al calcolo della maggioranza) dei soggetti in situazione di conflitto. Con specifico riferimento al settore dei concordati, a tale tecnica è stata più di recente affiancata, in dottrina (nonché, ancor più di recente, anche nella legislazione, come meglio si vedrà appresso), quella della collocazione dei soggetti in conflitto in una classe omogenea a parte, con l'effetto che il prevalere della volontà della maggioranza, comprendente la presenza decisiva dei creditori in conflitto d'interessi, quantomeno non può verificarsi senza una verifica imparziale, da parte del giudice, della convenienza della scelta maggioritaria anche per la minoranza dissenziente, onde scongiurare l'effettivo sacrificio dell'interesse di quest'ultima (in tal caso riproponendosi - ai sensi dell'art. 180, quarto comma, legge



fallim., quanto al concordato preventivo, e dell'art. 129, quinto comma, quanto al concordato fallimentare - quel giudizio di convenienza la cui presenza, nel regime anteriore alla riforma, aveva fortemente attenuato le conseguenze della mancanza di una compiuta disciplina del conflitto d'interesse).

I casi di conflitti di interessi ipotizzabili in astratto sono innumerevoli e, naturalmente, spetta alla legge stabilire quali ipotesi siano rilevanti e quali no, indicando il rimedio più opportuno per neutralizzare il conflitto stesso.

Come si è già accennato, mentre in tema di voto nell'assemblea delle società di capitali il legislatore ha ritenuto di dettare norme generali sul conflitto di interessi dei soci (l'art. 2373 cod. civ., quanto alla società per azioni, e l'art. 2379 *ter*, quanto alla società a responsabilità limitata), in tema di voto nel concordato fallimentare, invece, manca una analoga previsione di carattere generale, ma sono indicate, all'art. 127, commi quinto e sesto, soltanto alcune ipotesi di esclusione dal voto giustificabili con l'esigenza di neutralizzare un conflitto d'interesse. Ciò però di per sé non autorizza a concludere che non rilevino anche altre ipotesi, non indicate espressamente dalla legge ma da essa implicate e ricavabili dalla sua corretta interpretazione: può senz'altro affermarsi che le ipotesi di esclusione dal voto debbano essere previste dalla legge, l'ammissione del creditore essendo la regola, ma non v'è alcuna ragione per ritenere che la previsione dell'esclusione debba necessariamente essere "espressa".

Tanto premesso, si può venire al quesito se il creditore che propone il concordato abbia diritto di votare sulla sua approvazione o se tale diritto non gli sia riconosciuto trovandosi egli in una situazione di conflitto d'interesse.

Si è già osservato che l'esigenza della sterilizzazione dei conflitti d'interesse è, in definitiva, imposta dal fondamentale principio

dell'autonomia privata, nella quale anche il concordato fallimentare si iscrive per i suoi pacifici profili contrattualistici, dei quali, anzi, l'approvazione della proposta è l'essenziale manifestazione.

Ora, tra chi formula la proposta di concordato (così come, del resto, una qualsiasi proposta contrattuale) e i creditori che tale proposta sono chiamati ad accettare (così come, in genere, i destinatari di una qualsiasi proposta contrattuale) vi è un contrasto di interessi di carattere immanente, coesistente alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri: interessato, il primo, a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti. Alla luce di questa considerazione va interpretato il silenzio del legislatore sul diritto di voto del creditore proponente il concordato fallimentare, diritto non espressamente negato, ma neppure espressamente riconosciuto dalla legge (diversamente è a dirsi quanto al concordato preventivo, come meglio si vedrà appresso). Se a ciò si aggiunge la già richiamata centralità del principio dell'autonomia privata e delle implicazioni di questa in tema di conflitto di interessi negli atti collettivi, diventa arduo sostenere che il silenzio della legge sia da interpretare come implicita ammissione del voto del creditore proponente, piuttosto che, al contrario, come implicita esclusione dello stesso. L'irrelevanza dell'immanente contrasto tra l'interesse del proponente e l'interesse comune dei creditori, ai quali la proposta è rivolta, si collocherebbe, invero, fuori del sistema: costituirebbe un'evidente lesione dell'autonomia privata dei creditori, contrastante con la stessa nozione di contratto (nella misura in cui essa pacificamente rileva nell'istituto del concordato), assoggettare i creditori alla volontà, in ipotesi decisiva, della loro stessa controparte, senza neppure la garanzia di un giudizio imparziale di compatibilità in concreto di tale volontà con l'interesse comune, in nome del quale soltanto si

giustifica, come si è visto, l'applicazione della regola maggioritaria. Quella compatibilità – per essere più espliciti – la cui concreta verifica è affidata al giudice attraverso la valutazione del pericolo di danno per la società ai sensi dell'art. 2373 e 2379 *ter* cod. civ., nel diritto societario, o attraverso il meccanismo del classamento, come suggerito dalla dottrina, nei concordati.

Una indiretta conferma di quanto sin qui osservato può trarsi dall'art. 163, comma sesto, legge fallim., aggiunto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modif., in legge 6 agosto 2015, n. 132. Esso prevede, in tema di proposte concorrenti nel concordato preventivo, che «i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe». Viene dunque confermato che i creditori proponenti di regola non hanno diritto di voto sulla loro stessa proposta; dando rilievo, tuttavia, anche al loro ruolo di creditori, come tali interessati alla soddisfazione dei propri crediti, si ammette la loro partecipazione al voto, ma solo a condizione che sia neutralizzato il conflitto d'interesse, in cui versano, mediante la tecnica del classamento.

Nella disciplina del concordato fallimentare non esiste una disposizione analoga all'art. 163, comma sesto, cit., peraltro entrata in vigore in epoca successiva a i fatti per cui è causa, ai quali dunque non resta che applicare la regola del divieto di voto per il creditore proponente.

Va infine aggiunto, per concludere sulla questione, che non persuade l'obiezione, sollevata dalle controricorrenti nella memoria, secondo cui, negando il diritto di voto al creditore proponente, si finirebbe con il legittimare conclusioni arbitrarie perché, ad esempio, «in caso di fallimento con un solo creditore, non potrà farsi luogo a concordato fallimentare, ancorché la soluzione concordataria risulti economicamente favorevole, poiché l'unico creditore proponente si

troverebbe in una situazione di conflitto, e sarebbe perciò sprovvisto del diritto di votare». Nel caso di concordato proposto dall'unico creditore, invero, viene meno la stessa necessità della votazione sulla proposta, identificandosi chi formula la proposta stessa con chi dovrebbe approvarla; sicché la fase dell'approvazione, evidentemente inutile, viene saltata, passandosi direttamente alla fase successiva dell'omologazione.

7.5.2. Può a questo punto prendersi in considerazione la questione, direttamente rilevante in causa, della legittimazione al voto concordatario delle società correlate alla società proponente.

Decisiva in proposito è la disposizione di cui al sesto comma dell'art. 127 legge fallim.

Tale articolo, nel disciplinare il voto nel concordato, prevede, in particolare, al quinto comma, come si è già visto, che i creditori che siano coniuge o parenti o affini entro il quarto grado del debitore, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze. Al comma successivo – il sesto, appunto – aggiunge: «La stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo».

Deve ritenersi preferibile una interpretazione estensiva della regola di cui al sesto comma, che ne consenta l'applicazione non soltanto alle ipotesi di conflitto di interessi menzionate al comma precedente, ma anche a tutte le ipotesi di esclusione dal voto per conflitto di interessi.

Una tale interpretazione, invero, non solo non trova ostacoli nel testo normativo, che colloca la regola in un comma a sé stante e dunque non la collega espressamente alle sole fattispecie di cui al comma precedente, ma è raccomandata da persuasive ragioni di carattere logico-sistematico. L'estensione dell'esclusione dal voto alle società correlate, infatti, si giustifica per la considerazione che la loro

volontà (voto) è efficacemente condizionata o condizionabile dai soggetti che direttamente versano in situazione di conflitto, e non vi è alcuna ragione per ritenere che tale logica valga esclusivamente quanto al conflitto d'interesse dei creditori congiunti del fallito, e non anche quanto a quello del creditore proponente.

A ben guardare, inoltre, quella regola vale non soltanto per le società correlate a società creditrici, ma anche per tutte le società creditrici correlate a società che versano in conflitto d'interesse senza essere creditrici. È il caso, evidente ancorché non espressamente considerato dall'art. 127, della società fallita: le società ad essa correlate non possono non essere – anzi devono, a maggior ragione, essere – soggette alla stessa regola di esclusione dal voto valevole, in base all'espresso disposto dei commi quinto e sesto, per le società correlate ai congiunti del fallito (non a caso l'art. 177, comma quarto, prevede espressamente, per il concordato preventivo, l'esclusione dal voto delle società correlate alla società fallita). Ed è anche il caso, del pari non espressamente previsto, ma ugualmente evidente (se è esatto quanto sopra osservato sull'immanente conflitto d'interesse tra proponente e accettante anche nel concordato fallimentare) della società che propone il concordato e delle società ad esse correlate.

Propendere, diversamente, per un'interpretazione non estensiva del sesto comma dell'art. 127 legge fallim. comporterebbe dunque ingiustificabili lacune e contraddizioni nella disciplina del conflitto d'interesse nel voto concordatario.

7.5.3. L'accoglimento delle censure articolate dai ricorrenti, nei sensi sopra indicati, comporta l'assorbimento dell'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dai medesimi in via subordinata.

8. Il settimo motivo del ricorso (con il numero V) e il sesto motivo del ricorso (con i quali si invoca, subordinatamente al rigetto dei precedenti motivi, l'applicazione della clausola generale di buona fede, sono assorbiti.

9. In conclusione, il ricorso proposto da
dalla va respinto, mentre i ricorsi proposti dal sig.
e dal sig. sono accolti nei sensi di cui sopra.

Avendo il giudice *a quo* negato in radice, in punto di diritto, l'esclusione dal voto delle società creditrici
....., con conseguente assorbimento delle questioni se esse siano o meno controllate o controllanti o sottoposte a comune controllo, rispetto alle società proponenti, e se il loro voto sia stato o meno determinante nell'approvazione del concordato, s'impone il rinvio della causa al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al seguente principio di diritto: «sono escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sono sottoposte a comune controllo».

Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità nei rapporti tra i ricorrenti sig.
controricorrenti.

Quanto ai rapporti tra queste ultime e le ricorrenti
....., il criterio della soccombenza impone la condanna delle ricorrenti in favore delle controricorrenti, secondo la liquidazione effettuata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso proposto da
..... e dalla sig.ra Condanna le predette ricorrenti al pagamento, in favore delle società controricorrenti, delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in € 5.000,00 per compensi ed € 200,00 per esborsi, oltre alle spese forfetarie liquidate nella misura del 15 % e agli accessori di legge.

Accoglie nei sensi di cui in motivazione i ricorsi proposti dal sig.
dal sig. cassa il decreto impugnato in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le

spese nei rapporti tra i ricorrenti predetti e le società controricorrenti,
alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 19 dicembre
2017

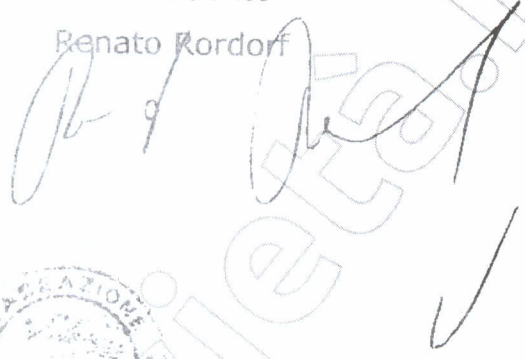
Il Consigliere estensore

Carlo De Chiara



Il Presidente

Renato Rordorf



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 28 GIU. 2018



Il Funzionario Giudiziaro
Dott.ssa Sabrina Pacitti



Il Funzionario Giudiziaro
Dott.ssa Sabrina PACITTI

