



# Tribunale Civile e Penale di Trento

## SEZIONE FALLIMENTARE

N. 11/2016 C.P.

### IL TRIBUNALE

riunito in Camera di Consiglio composto da :

Dr. M. ATTANASIO  
Dr. A. DE TOMMASO  
Dr. B. SIEFF

PRESIDENTE est.  
GIUDICE  
GIUDICE

\_\_\_\_\_ , dopo aver presentato in data 16 settembre 2016 domanda di concordato con riserva, il 20 dicembre 2016, allo scadere del termine assegnato, ha provveduto ad integrare la domanda.

Questo Tribunale, ravvisando alcuni profili di criticità nella proposta, nel piano e nella documentazione di corredo, ha concesso termine alla debitrice ex art. 162, comma 1°, 1. fall., entro il quale \_\_\_\_\_ ha depositato nota integrativa con allegati documenti.

Questo il contenuto del decreto del 22/30 dicembre 2016 (che si riporta con l'avvertenza che l'affittuario dell'azienda è stato erroneamente indicato con la denominazione \_\_\_\_\_ in luogo che con quella corretta di \_\_\_\_\_

*“Il principale asset dell'attivo è rappresentato da un complesso aziendale, per la cui cessione al prezzo di € 3.105.135,26 la proposta individua un soggetto determinato: \_\_\_\_\_, società che già detiene l'azienda in forza di contratto d'affitto stipulato il 15 maggio 2016, e quindi modificato in data 14 settembre 2016. Correttamente, pertanto, la debitrice ha previsto lo svolgimento della procedura competitiva disciplinata dall'art. 163 bis l. fall., ed ha inoltre pattuito con \_\_\_\_\_ risoluzione del contratto d'affitto per l'eventualità che essa conduca all'aggiudicazione in favore di altro soggetto.*

*Il concordato proposto è poi qualificato come concordato liquidatorio, con pagamento in favore di ciascuna delle tre classi in cui i creditori chirografari vengono suddivisi del 20,52% dei rispettivi crediti, conformemente a quanto stabilito dall'art. 160, comma 4°, l. fall. Proprio tale disposizione, nonché quella dettata dall'art. 163, comma 5° – entrambe, come noto, introdotte in sede di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 – disvelano peraltro un atteggiamento di disfavore nei confronti del concordato con cessione dei beni, e di favore invece nei confronti del concordato con continuità aziendale, in qualche modo anticipando le linee di politica legislativa alla base del disegno di legge governativo di delega al Governo per la riforma delle procedure concorsuali, e ponendo in diversa luce la questione interpretativa relativa alla riconducibilità nell'alveo dell'art. 186 bis l.*

fall. – con conseguente necessità del relativo corredo documentale – delle ipotesi di cd. continuità indiretta.

Per altro verso, in una situazione di insufficienza del patrimonio della società ad assicurare il pagamento integrale dei creditori privilegiati, ed a riservare un qualche trattamento ai creditori chirografari, la debitrice prospetta la rinuncia di un creditore \_\_\_\_\_ all'ipoteca iscritta su immobili siti in Zambana limitatamente all'importo di € 1.400.000,00, ed un degrado ai sensi dell'art. 160, comma 2°, l. fall. sia di crediti ipotecari che di crediti muniti di privilegio generale mobiliare. Senonchè, malgrado la \_\_\_\_\_ abbia già deliberato al riguardo (lo si apprende dalla relazione del professionista attestatore), la relativa delibera non è stata prodotta dalla debitrice, e, oltre tutto, secondo quanto riferito dal medesimo professionista, essa ha un contenuto parzialmente difforme rispetto al contenuto della proposta: tanto preclude ogni valutazione da parte del Tribunale in ordine alla fattibilità del piano, in termini sia di non manifesta inattitudine dello stesso alla realizzazione della proposta, sia, ed in ogni caso, di fattibilità giuridica, in relazione alla questione concernente la qualificazione della provvista destinata al pagamento di creditori chirografari. Sussiste, inoltre, una discrasia fra il contenuto della proposta e quello dell'offerta irrevocabile formulata da \_\_\_\_\_, nella prima si legge che il contratto di cessione dell'azienda sarà stipulato entro quindici giorni dal momento in cui l'omologa del concordato sarà divenuta definitiva, mentre nella seconda il termine di quindici giorni dalla definitività dell'omologa è quello stabilito, non per la stipula, ma, ai sensi dell'art. 1329 c.c., per l'irrevocabilità dell'offerta, e la mancata omologazione del concordato è considerata alla stregua di condizione risolutiva della sua efficacia; nessun termine è inoltre previsto per il pagamento del prezzo.

Ancora, la subordinazione dell'efficacia dell'offerta alla definitività dell'omologa appare incompatibile con i tempi di esecuzione della proposta concordataria: ferma la necessità di una maggiore speditezza di questi ultimi, non si vede infatti come la possibilità di un'opposizione all'omologa del concordato, ed i tempi necessari alla sua definizione, possano conciliarsi con la previsione di pagamento mediante il ricavato dalla cessione entro il 31 dicembre 2017.

Per altro verso, poiché la concreta attuazione del piano dipende in larga misura dal pagamento del corrispettivo della cessione dell'azienda, nessuna valutazione viene compiuta dal professionista attestatore circa la capacità economica di

Infine, non pare che le spese in prededuzione siano state correttamente ripartite fra la massa immobiliare e quella mobiliare, ove si consideri che, pur essendo la prima di valore assai superiore alla seconda, le spese prededucibili imputate alla massa mobiliare superano quelle imputate alla massa immobiliare".

Molte delle criticità evidenziate dal Tribunale possono ritenersi superate in virtù dell'integrazione depositata.

Così, \_\_\_\_\_ ha modificato e precisato la propria offerta di acquisto dell'azienda, subordinandone l'efficacia non più all'omologazione del concordato, ma all'approvazione della proposta concordataria ex art. 177 l. fall., e prevedendo inoltre che, salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 163 bis l. fall., il contratto definitivo di compravendita dovrà essere concluso entro il 31 dicembre 2017, con contestuale versamento del prezzo; \_\_\_\_\_ società che detiene l'intero capitale d. \_\_\_\_\_ ha rilasciato fideiussione a prima richiesta a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni di pagamento della partecipata, e la

capacità economica e finanziaria della controllante è stata positivamente vagliata dal professionista attestatore; alla presenza di tale garanzia – accompagnata dalla riferita disponibilità d'\_\_\_\_\_ prestare altresì fideiussione bancaria – la debitrice collega la non necessità della predisposizione del piano previsto dall'art. 186 bis, comma 2°, lett. a), 1. fall., in ciò richiamando il decreto del Tribunale di Bolzano del 10 marzo 2015.

Vi è, infatti, che la circostanza che la provvista destinata a soddisfare i creditori concorsuali sia destinata a rinvenire non dai flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività, ma dal corrispettivo dell'affitto e/o della cessione dell'azienda, circostanza valorizzata da parte della giurisprudenza – cui si ascriveva quella di questo Tribunale – al fine di escludere che ipotesi come quelle che ne occupano rientrassero nel perimetro applicativo dell'art. 186 bis, non era invece per altro orientamento ostativa alla qualificazione del concordato come concordato con continuità. Nella divergenza delle affermazioni di principio, i due indirizzi finivano però con l'essere largamente collimanti nelle implicazioni pratiche: dall'uno si evidenziava come, in ipotesi di tal fatta, la prognosi dell'adempimento della proposta concordataria fosse legata a valutazioni afferenti la solvibilità dell'affittuario/acquirente piuttosto che a previsioni concernenti l' idoneità dei proventi generati dalla prosecuzione dell'attività a garantire il soddisfacimento dei creditori concorsuali (si che, in ipotesi in cui il piano prospettava la cessione di un ramo d'azienda ad una new.co, non accompagnata dalla prestazione di garanzia alcuna, si è ritenuta comunque necessaria una *“valutazione, attestata dal professionista ex art. 161, comma 3°, 1. fall., in ordine alla capacità della nuova società di sviluppare i flussi di cassa necessari al pagamento del corrispettivo (tanto a prescindere dall'applicazione dell'art. 186 bis 1. fall., ed in particolare del suo comma 2°, lett. a), ma in funzione della prognosi circa l'adempimento delle obbligazioni assunte dalla new.co, e quindi della possibilità di effettivo realizzo della somma che verrebbe così appostata nell'attivo”* – cfr. Trib. Trento, decreto del 17/23 ottobre 2013); dall'altro, la riconduzione della fattispecie al disposto dell'art. 186 bis si accompagnava alla constatazione che *“se l'impresa continua con un soggetto terzo, il riscontro in capo a questo dovrà farsi al limitato fine di valutazione delle risorse che ci si aspetta dalla continuità siano idonee a prevedere il corretto e puntuale adempimento dell'affitto o della cessione, indagine che non dovrà neppure essere fatta se il prezzo dell'affitto o della cessione sia garantito da modalità che consentano di ritenere assolutamente certa la soddisfazione dei creditori concorsuali (ad es. mediante concessione di garanzia a prima richiesta o fideiussione da parte di soggetto imprenditoriale che fornisca adeguate garanzie di solidità economica)”* – così il citato decreto del Tribunale di Bolzano.

È, invece, con le modifiche apportate in sede di conversione del d.l. n. 83/2015 che la qualificazione della proposta concordataria quale concordato con cessione dei beni ovvero come concordato con continuità aziendale conduce a conseguenze di estremo rilievo: da essa dipende, in particolare, l'applicazione o meno della *“soglia di sbarramento”* prevista dall'art. 160, comma 4°, 1. fall.

E, tuttavia, come già osservato nel decreto del 23/30 dicembre 2016, proprio il trattamento di particolare favore riservato al concordato con continuità aziendale nel sistema esitato all'intervento legislativo dell'estate 2015 sollecita una rivisitazione della questione concernente la definizione del perimetro applicativo dell'art. 186 bis.

Questo favor (reso palese non solo dall'esonero dall'obbligo di rispettare tale soglia, ma anche dalla previsione di una misura di soddisfacimento dei creditori

chirografari inferiore nel concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio al fine di precludere la presentazione di proposte concorrenti, nonché dal fatto che nel concordato in continuità non è revocabile in dubbio la possibilità di soddisfare i creditori in forme diverse dal pagamento) non si presta, infatti, ad esser spiegato in forza di caratteristiche intrinseche di questo tipo di concordato, ed anzi, al contrario, esso presenta notoriamente un grado di aleatorietà ed un rischio maggiore del concordato con cessione dei beni, per il carattere tipicamente prognostico delle valutazioni poste a fondamento dell'elaborazione di un *business plan*, ed il pericolo che le risorse a disposizione dei creditori concorsuali siano erose dalle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa.

La ragione di questo favore può dunque rinvenirsi soltanto nell'intento di preservare la continuità aziendale, di conservare il valore azienda in quanto tale, *ratio* che ricorre tanto nel concordato con continuità diretta quanto in quella con continuità indiretta. Non a caso, infatti, il disegno di legge delega A.C. 3671, nell'intento, esplicitato nella relazione illustrativa, di favorire l'istituto concordatario "*principalmente quando esso valga a garantire la continuità aziendale e, attraverso di essa, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori*", fra i principi stabiliti per l'esercizio della delega contempla, all'art. 2, lett. g), quello di "*dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa*".

Può dunque convenirsi circa il fatto che nel concordato con continuità indiretta il piano di cui all'art. 186 *bis*, comma 2°, lett. a), può anche consistere, nelle ipotesi sopra individuate, nella semplice indicazione dei tempi previsti per la liquidazione o realizzazione delle varie poste dell'attivo.

Tale tempistica è stata precisata dalla debitrice, che ha così interpretato l'invito rivolto dal Tribunale, in realtà riguardante, non il piano, bensì la proposta, e più precisamente i tempi del suo adempimento, come previsto dall'art. 161, comma 2°, lett. e) – invito così rimasto inadempito.

Soprattutto, però, la produzione della missiva della \_\_\_\_\_ (di seguito \_\_\_\_\_ di data 12 gennaio 2017, ha fatto emergere un nuovo, pregnante, motivo di inammissibilità della proposta concordataria.

In essa la \_\_\_\_\_, creditrice sia di \_\_\_\_\_ che di \_\_\_\_\_, dichiara di aver deliberato favorevolmente in ordine ad una ipotesi che preveda:

- 1) il soddisfacimento di un credito vantato dalla \_\_\_\_\_ nei confronti di \_\_\_\_\_ garantito da ipoteca iscritta su immobile in \_\_\_\_\_ di proprietà di \_\_\_\_\_ mediante cessione, nell'ambito di un piano di risanamento attestato ex art. 67, comma 2°, 1. fall., di un credito di 2 milioni di euro vantato da tale società nei confronti dell'odierna debitrice;
- 2) il soddisfacimento dei crediti ipotecari vantati dal medesimo istituto nei confronti di \_\_\_\_\_, ivi incluso il credito ceduto, con i proventi derivanti dalla dismissione degli immobili ipotecati, limitatamente, peraltro, quanto al credito assistito da ipoteca iscritta sul capannone sito in Lavis, all'importo di € 1.372.803,70, con degrado in chirografo dei residui crediti ipotecari;
- 3) il soddisfacimento dei crediti chirografari della \_\_\_\_\_ tali *ab origine* o per effetto del degrado di cui al punto precedente, mediante creazione di

un'apposita classe, con garanzia di incasso del 21,06% e pagamento antergato rispetto a quello delle altre classi di chirografari, "con l'effetto che eventuali perdite che andassero a gravare sui creditori chirografi della società (rispetto alle prospettive di realizzo concordatario), andranno ad incidere, solo sui creditori collocati nelle altre classi";

- 4) la destinazione alla \_\_\_\_\_ delle "sopravvenienze attive eventualmente derivanti a \_\_\_\_\_ ad esempio dalla introducenda azione risarcitoria nei confronti della \_\_\_\_\_ al netto delle sopravvenienze passive che dovessero emergere in corso di procedura".

A proposito di tale delibera la debitrice parla di patto paraconcordatario, e la qualificazione è in effetti corretta, dal momento che si tratta di un accordo, parallelo alla domanda di concordato e subordinato al suo esito positivo, concluso direttamente con un creditore della società e finalizzato a conseguire risultati che non potrebbero essere raggiunti, in assenza di apposito patto, in forza dell'applicazione delle regole concordatarie.

L'ammissibilità di questo tipo di patti costituisce un precipitato del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., e di esso incontra i limiti. In tema di concordato fallimentare la Corte di Cassazione ha infatti avuto modo di affermare la liceità di convenzioni collaterali al concordato, purché non comportino sottrazione di beni al fallimento, o non si risolvano in un mercato di voto, ovvero, ancora, in qualsiasi violazione della *par condicio creditorum* (cfr. Cass., 24 giugno 1975, n. 2511).

Nella più recente prassi operativa, accordi di questo tipo vengono spesso conclusi con operatori finanziari, al fine di neutralizzare gli effetti del combinato disposto degli artt. 55, comma 2°, e 169 l. fall., e consentire quindi all'imprenditore di mantenere, eventualmente rinegoziandone le condizioni, il piano di rientro di finanziamenti già concessi, ovvero al fine di permettere una dilazione nel pagamento di crediti privilegiati di durata superiore all'anno previsto dall'art. 186 *bis*. Trattati comuni a patti di questo genere sono rappresentati dalla natura dispositiva dei diritti che ne formano oggetto - dismissibili, pertanto, in una libera negoziazione fra privati -, e dal fatto inoltre di non comportare pregiudizi per i creditori estranei all'accordo.

Tratti di norma presenti anche in altra ipotesi di frequente applicazione, rappresentata dalla rinuncia totale o parziale, da parte di soggetti che hanno un qualche interesse al buon esito della procedura, alla causa di prelazione che assiste il loro credito, subordinatamente all'omologazione del concordato: una rinuncia di tal fatta è infatti neutra per gli altri creditori, ed anzi vantaggiosa per quelli che vantano crediti postergati rispetto a quelli del rinunciante.

Nel caso di specie, tuttavia, il patto paraconcordatario si innesta su una proposta concordataria che, per l'incapienza del patrimonio sociale, prevede una falcidia ai sensi dell'art. 160, comma 2°, l. fall., falcidia riguardante non solo crediti ipotecari, ma anche crediti muniti di privilegio generale mobiliare.

Che il 2° comma dell'art. 160 consenta il degrado dei privilegi sia speciali che generali è ormai pacifico. Se ne era invero dubitato, per i privilegi generali, allorché la possibilità di degradare i crediti privilegiati era stata prevista limitatamente al concordato fallimentare, in quanto il testo dell'art. 124, comma 3°, nella versione introdotta dal D.lgs. n. 5/2006, parlando di "creditori muniti di diritto di prelazione", "del cespite o del credito oggetto della garanzia", ed usando in particolare il termine "cespite" al singolare, poteva, in effetti, indurre ad escluderlo; la diversa dizione dell'art. 160, comma 2° (nonché dell'attuale comma

3° dell'art. 124, modificato col D.lgs. n. 169/2007), facendo riferimento al “*valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*”, ha fugato quei dubbi.

E, tuttavia, il degrado di crediti muniti di privilegio generale è di non facile praticabilità.

Esso richiede, in primo luogo, un raffronto, operato da professionista in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 67, comma 3°, lett. d) 1. fall., della proposta concordataria con gli esiti della liquidazione del patrimonio della debitrice in ambito fallimentare, e quindi in concreto la simulazione di un piano di riparto fallimentare; raffronto che, stante il disposto dell'art. 2740 c.c., il quale estende la responsabilità patrimoniale del debitore ai beni futuri, cui fa riscontro l'art. 42, comma 2°, 1. fall., che include nella massa attiva anche i beni che sopravvengono nel corso del fallimento, deve essere esteso ai valori che potranno ragionevolmente realizzarsi in ambito fallimentare in virtù del positivo esperimento di azioni revocatorie, recuperatorie, di responsabilità, nonché, in caso di società di persone, dell'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili (cfr. Cass., 13 marzo 2015, n. 5107).

In secondo luogo, salva l'ipotesi (pressochè di scuola) della presenza di una componente immobiliare dell'attivo non gravata da ipoteche o eccedentaria rispetto all'ammontare dei crediti ipotecari, il degrado postula la presenza della cd. finanza esterna: soltanto per quest'ultima, estranea al patrimonio del debitore, può predicarsi la non applicabilità della regola dettata dall'art. 2741 c.c., e quindi l'utilizzo per il pagamento di creditori chirografi pur in difetto di un integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati.

Al riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato che “*l'apporto esterno si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati soltanto allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportando né un incremento dell'attivo, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato o no postergato*” (così Cass., 8 giugno 2012, n. 9373).

Nella specie, la parziale rinuncia da parte della prelazione ipotecaria – che in ciò si sostanzia la sua disponibilità ad essere soddisfatta con preferenza sul ricavato della vendita del capannone di Lavis per un importo inferiore a quello attestato nella relazione giurata di cui all'art. 160, comma 2°, 1. fall. –, ha sì l'effetto di liberare risorse in favore degli altri creditori, ma, trattandosi di risorse che provengono dalla dismissione di un bene facente parte del patrimonio della società, esse non possono considerarsi “esterne”, e debbono quindi essere destinate al pagamento dei crediti nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Oltre a ciò, il patto paraconcordatario viola il principio della *par condicio creditorum* laddove devolve alla Cassa le eventuali “sopravvenienze attive”, e lascia gravare esclusivamente sugli altri creditori chirografari le “eventuali perdite”.

Infine, la relazione ex art. 160, comma 12°, 1. fall. non contiene valutazione alcuna in ordine alle azioni revocatorie, recuperatorie, e di responsabilità eventualmente esercitabili nel fallimento.

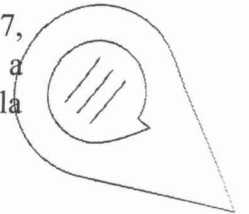
Deve dunque fissarsi udienza ai sensi dell'art. 162, commi 2° e 3°, 1. fall.

P.Q.M.

Visto l'art. 162, commi 2° e 3°, 1. fall., fissa l'udienza del giorno 16 febbraio 2017, h. 11.30 per l'audizione della debitrice, innanzi alla dott.ssa Monica Attanasio, a ciò delegata, anche al fine della verifica dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 della legge fallimentare.

Si comunichi alla debitrice ed al Pubblico Ministero  
Così deciso in Trento, li 26 gennaio 2017

Il Presidente  
Dr. Monica Attanasio



Fallimenti e Società.it