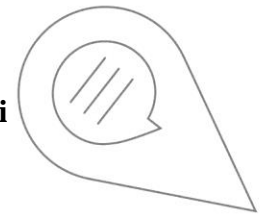


R.G. n° 31-2-3/2023 P.U.
Tribunale di Vicenza Prima Sezione Civile – Procedure Concorsuali



Il Giudice Delegato ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ai sensi dell'art. 55 comma 2 CCII, sull'istanza di concessione di misure cautelari ex art. 54 comma 1 CCII, richiesta da C.A. S.P.A. (C.F. --) – AVV. R.C. e C.M.

nel quale sono comparsi

ricorrente

E

resistente

resistente

E

resistente

E

resistente

La ricorrente, impresa debitrice già ammessa alla procedura preliminare di accesso con riserva ad uno strumento di regolazione della crisi, nell'ambito del quale ha depositato una domanda di concordato preventivo, ha promosso l'odierno procedimento per la concessione di misure cautelari ex art. 54 CCII esponendo di aver ricevuto, nel corso degli esercizi 2020, 2021 e 2022, l'erogazione di finanziamenti garantiti da Banca del Mezzogiorno – Medio Credito Centrale S.p.a. e da Sace S.p.a. sul Fondo di Garanzia per le Piccole Medie Imprese, da parte degli istituti di credito ---.

I predetti finanziamenti sarebbero tuttavia stati erogati in violazione del merito creditizio, integrando la fattispecie della abusiva concessione di credito, con un danno stimato in € 16.946.000,00; l'illegittima condotta delle Banche comporterebbe perciò l'inesistenza delle relative passività concordatarie, ovvero l'insorgenza di un controcredito risarcitorio di pari importo, da far valere in un successivo giudizio di merito. Poiché le garanzie che assistono i crediti bancari, ove escusse, determinerebbero l'insorgenza di crediti "super-privilegiati" ex art. 9 comma 5 D.Lgs. 123/1998, i cui effetti si riverbererebbero irrimediabilmente sugli altri creditori, e, a cascata, sulla proposta e sul piano concordatari, rischiando di pregiudicarne il buon esito, chiedeva di:

“1) inibire a --- di dare ulteriormente seguito all'escussione delle garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. in relazione ai contratti di finanziamento bancario conclusi dai medesimi Istituti con C.A. S.p.a., come descritti in narrativa;

2) inibire a Sace S.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. il pagamento in favore di --- di qualsivoglia importo a titolo di garanzia dei crediti vantato dai medesimi Istituti nei confronti di C.A. S.p.a., come descritti in narrativa;

c) disporre ogni altro provvedimento d'urgenza che appaia, secondo le circostanze, più idoneo ad eliminare il pregiudizio che la ricorrente verrebbe a subire dall'escussione e/o dal pagamento delle garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. in relazione ai contratti di finanziamento bancario conclusi tra C.A. S.p.a. e ---”.

Con decreto *inaudita altera parte* del 13/06/2024, il giudice delegato:

- inibiva provvisoriamente a --- di dare ulteriormente seguito all'escussione delle garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. in relazione ai contratti di finanziamento bancario conclusi dai medesimi Istituti con C.A. s.p.a.;

- inibiva altresì a Sace S.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno S.p.A. il pagamento in favore di --- di qualsivoglia importo a titolo di garanzia dei crediti vantato dai medesimi Istituti nei confronti di C.A. s.p.a.

Instaurato il contraddittorio, Sace e Mediocredito Centrale non si costituivano, mentre le quattro Banche finanziatrici chiedevano il rigetto del ricorso e la revoca del decreto *inaudita altera parte*, per difetto del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

--- eccepiva il difetto di strumentalità della misura richiesta, e ciò sia perché la proposta non prevede la promozione di alcuna azione risarcitoria e/o mirata alla declaratoria di nullità dei finanziamenti ricevuti, sia in quanto, tenuto conto che le misure cautelari perderebbero efficacia con la sentenza di omologazione, e quest'ultima non potrebbe contenere alcun accertamento in ordine al passivo, esse sarebbero prive di alcuna utilità per assicurarne provvisoriamente l'attuazione, con ciò difettando altresì il requisito del *periculum in mora*.

Eccepiva inoltre il difetto di legittimazione della debitrice a proporre eventuale azione risarcitoria nei suoi confronti, trattandosi di domanda espressamente finalizzata a tutelare il ceto creditorio chirografario, e non la stessa debitrice, che non potrebbe perciò far valere in nome proprio un diritto altrui ex art. 81 c.p.c.

Nel merito, contestava la sussistenza della fattispecie di concessione abusiva del credito, atteso che, all'epoca del finanziamento, non emergevano sintomi di sussistenza di una crisi irreversibile.

--- eccepiva come il piano presentato preveda il riconoscimento dei crediti in questione, e non la loro contestazione, appostando anzi un Fondo Rischi proprio in previsione dell'escussione della garanzia e

della possibilità di surroga del garante con privilegio legale, per cui la richiesta cautelare si appaleserebbe contraria alla proposta concordataria, e non funzionale al suo buon esito.

Eccepiva inoltre l'incompetenza del giudice delegato a conoscere della prospettata azione di merito e, conseguentemente, a pronunciarsi sulla domanda cautelare ad essa strumentale, che avrebbe dovuto essere proposta dinanzi al giudice della cognizione ex artt. 669 e seg. c.p.c.

--- contestava la dedotta violazione del merito creditizio, che risultava invece essere stato adeguatamente istruito e valutato sulla base dei dati disponibili, ed osservava come la proposta prevedesse un Fondo Rischi proprio in previsione dell'esercizio del diritto di surroga da parte del creditore pubblico.

--- formulava l'eccezione di dolo generale, evidenziando l'eventuale responsabilità della stessa C.A. nella dedotta fattispecie di ricorso abusivo del credito, della quale la ricorrente intenderebbe oggi profittare, e che contestava comunque nel merito.

Con successive memorie di replica, la ricorrente contestava che l'indicazione delle passività nei confronti delle Banche e la previsione di un Fondo Rischi integrassero un riconoscimento di debito, trattandosi di attività ricognitiva da condurre nel rispetto dei principi di trasparenza e finalizzata ad individuare i creditori interessati dalla proposta, impregiudicata ogni decisione sull'*an*, sul *quantum* e sul rango del credito; osservava che, per pacifica giurisprudenza, anche il credito contestato deve essere rappresentato.

Evidenziava inoltre che la tutela cautelare richiesta risultava strumentale al mantenimento della par condicio creditorum, realizzando una tutela analoga a quella tipizzata dall'art. 46 CCII, rispondente al principio di cristallizzazione della massa passiva alla data della domanda di concordato, onde proteggere il patrimonio della debitrice dalla sopravvenienza di crediti muniti di privilegio legale. La strumentalità rispetto all'attuazione del piano verrebbe garantita dall'accantonamento delle somme dovute nelle more dell'eventuale giudizio di merito (e/o di un accordo transattivo con gli istituti di credito), con una sospensione della fase distributiva relativa al solo credito contestato, per le somme corrispondenti alle percentuali di soddisfo previste nel piano.

Contestava l'eccezione di difetto di legittimazione attiva a proporre le paventate azioni di merito richiamando il principio espresso da Cass. 2475/2021, secondo cui la stessa società danneggiata dalle Banche è legittimata a proporre l'azione risarcitoria ex artt. 1218 e/o 1173 c.

Ripercorreva infine gli elementi (di cui alla documentazione allegata in sede di ricorso) dai quali si evincerebbe la violazione del merito creditizio, e, in particolare la possibilità per la Banche finanziatrici di cogliere lo stato di insolvenza nel quale la società versava sin dal rendiconto finanziario del 2019.

All'udienza del 23/07/2024 veniva inoltre sentito il Commissario Giudiziale, che confermava, allo stato attuale, l'idoneità del piano ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Il ricorso è fondato.

Preliminarmente, la domanda risulta ammissibile e correttamente veicolata dinanzi al giudice delegato ai sensi dell'art. 54 CCII, il quale, innovando rispetto al previgente art. 15 comma 7 l.f., prevede oggi la possibilità per il Tribunale di emettere provvedimenti cautelari atipici, in ambito concorsuale, non soltanto in pendenza di procedura prefallimentare, ma delle procedure per l'apertura della liquidazione giudiziale, di concordato preventivo, di omologazione degli accordi di ristrutturazione o del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. La tutela cautelare atipica è perciò oggi concentrata nell'ambito concorsuale, per come previsto dal successivo art. 55, e non più demandata al giudice della cognizione, come invece riteneva in passato parte della dottrina e della giurisprudenza.

Le misure cautelari vengono definite dall'art. 2 comma 1 lett. q) CCII come *“i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi o e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza”*, secondo l'art. 54 CCII, nel corso del procedimento possono essere emessi i provvedimenti *“che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze...”*

Il Codice della crisi ha dunque mutuato una nozione di cautela atipica sulla falsariga di quella prevista dall'art. 700 c.p.c., purché essa miri a tutelare il patrimonio o l'impresa del debitore, e risulti funzionale al buon esito dello strumento di regolazione della crisi.

Poiché il patrimonio include l'insieme delle situazioni giuridiche attive e passive facenti capo all'impresa, la sua tutela ben può mirare ad evitare non soltanto la dispersione dell'attivo o l'aggravamento (in senso quantitativo) del passivo, ma anche una modificazione qualitativa, in tutti quei casi in cui tale modifica rischierebbe di pregiudicare il buon esito dello strumento di regolazione della crisi.

La fattispecie che ci occupa rientra per l'appunto in questo novero.

Da un lato, la surroga di un credito privilegiato rispetto ad uno chirografario costituisce una modifica qualitativa peggiorativa del patrimonio del debitore, a danno del ceto chirografario; dall'altro, poiché la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari è elemento determinante per l'approvazione della proposta concordataria, tale peggioramento si ripercuote direttamente ed immediatamente sulle chance di risanamento dell'impresa.

Emerge quindi da quanto esposto la capziosità dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva della debitrice a far valere in nome proprio un interesse del ceto creditorio chirografario, non essendo

revocabile in dubbio che la tutela del miglior soddisfacimento dei creditori chirografari rappresenti un interesse facente capo direttamente all'impresa, in quanto presupposto indispensabile per incrementare le prospettive di buon esito dello strumento prescelto. D'altro canto, è evidente che il debitore, che sia stato danneggiato dall'aggravamento del dissesto conseguente ad una condotta di concessione abusiva del credito da parte della Banca, sia egli stesso legittimato a far valere in proprio (e non soltanto allorchè si sia determinato ad accedere ad uno strumento di regolazione della crisi) l'illiceità di tale condotta (cfr. Cass. 2475/2021).

Altrettanto infondata è l'argomentazione per cui l'indicazione nella proposta e nel piano dei debiti verso le Banche costituirebbe riconoscimento di debito, con l'ulteriore corollario che la tutela richiesta in questa sede risulterebbe contraria alla finalità che le è propria, e non funzionale al buon esito della procedura.

Sul punto, correttamente la ricorrente osserva come l'attività ricognitiva debba necessariamente indicare tutte le ragioni creditorie non macroscopicamente inverosimili, senza che ciò implichi alcun riconoscimento dei debiti, ma nell'ottica esclusiva di una corretta e completa informazione. Ciò costituisce un onere sia per l'impresa, sia per l'attestatore, la cui diligente prestazione (necessariamente prodromica alla presentazione della proposta e del piano) *“postula anche la rappresentazione puntuale, completa e veritiera della situazione patrimoniale, tale da renderla idonea a propiziare l'ammissione alla procedura concordataria”* (Cass. 36319/2022).

La strumentalità della cautela richiesta viene messa in dubbio anche sotto l'ulteriore profilo della sua sostanziale inutilità, posto che l'effetto della misura cesserebbe con la sentenza di omologazione, sicché, immediatamente dopo, le Banche potrebbero escutere la garanzia, con conseguente sopravvenienza del credito privilegiato.

L'argomentazione non è condivisibile per la ragioni che seguono.

La procedura di concordato preventivo non prevede una fase di ammissione al passivo dei crediti analoga a quella della liquidazione giudiziale; tuttavia, l'art. 108 CCII prevede che il giudice delegato possa *“ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza e sulla collocazione dei crediti stessi”*.

La possibilità che alcuni crediti possano essere contestati, nell'an, nel quantum o nella collocazione è pertanto espressamente prevista e deve essere considerata fisiologica, non potendosi oltretutto imporre all'imprenditore in crisi di rinunciare a qualsivoglia contestazione o azione giudiziale per accedere ad uno strumento di regolazione della crisi.

L'ammissione provvisoria dei crediti rappresenta uno dei passaggi procedimentali della procedura di concordato preventivo, che ben può essere cautelato mediante apposita misura. Se il giudice delegato

rinvenisse un credito privilegiato già sorto ed esigibile, non potrebbe fare altro che prenderne atto; laddove invece tale credito non sia ancora sorto, e se ne prospetti il rischio di una genesi patologica, nulla vieta l'adozione di una misura cautelare finalizzata alla cristallizzazione del passivo esistente allo stato.

In particolare, ciò che la ricorrente richiede in questa sede non è di negare alle Banche l'esercizio di un loro diritto, bensì – dopo aver prospettato l'inesistenza di quel credito, e quindi l'insussistenza di quel diritto, o comunque l'esistenza di un controcredito risarcitorio – di impedire che ne sorga un altro, di natura pubblicistica e privilegiata, che possa essere surrogato al primo in danno degli altri creditori e della stessa impresa.

Risulta infatti evidente che, ove il credito risultasse inesistente, ciò travolgerebbe anche il diritto delle Banche di escutere la garanzia, sicché la nascita di quel credito privilegiato, nel corso della procedura concorsuale o subito dopo di essa, non è un evento ineluttabile dipendente da un diritto potestativo delle banche medesime. E poiché, in ragione della peculiare strutturazione della garanzia in questione, il pagamento da parte del garante determina *“la nascita di un diritto di natura privilegiata, non più volto al recupero del credito di diritto comune originato dal primigenio finanziamento, bensì mirato a riacquisire risorse pubbliche alla disponibilità del fondo per le piccole e medie imprese, con conseguente legittimità della riscossione esattoriale ex art. 17 d.lgs. n. 46 del 1999 (Cass., sez. 3, 16/01/2023, n. 1005; Cass., sez. 1, 09/03/2020, n. 6508)”* (Cass. 9657/2024), caratterizzato da astrattezza rispetto al credito garantito, l'unica forma di tutela alla quale il debitore può accedere è quella di impedire la genesi di tale credito privilegiato, accedendo alla tutela cautelare in sede concorsuale, ed eventualmente attivando gli appositi strumenti in sede di cognizione ordinaria.

Le superiori considerazioni integrano pienamente il requisito del *periculum in mora*.

Quanto al *fumus boni iuris*, che in questa sede non può che essere sommariamente delibato, la ricorrente ha supportato la sua prospettazione con sufficienti elementi probatori.

E' stato infatti evidenziato che *“La situazione di crisi economico – finanziaria dell'impresa, d'altronde, era già palese dall'esame del rendiconto finanziario del 2019 che evidenziava l'incapacità dei flussi di cassa di sostenere il debito corrente derivante dalla gestione caratteristica dell'impresa; il fatto che la situazione debitoria della società non fosse sostenibile è confermato dall'analisi dell'EBITDA del periodo, assolutamente modesto e insufficiente se non addirittura negativo, come dettagliatamente esposto all'interno de parere dell'Avv. D.B. che richiama i dati certificati dell'attestatore, nonché dalla stessa relazione depositata da Mediolanum con la propria memoria integrativa”*. La ricorrente prosegue osservando che *“L'indice rappresentato da rapporto PFN/EBITDA esprime infatti in quanti anni l'azienda sarebbe in grado di ripagare i debiti finanziari se utilizzasse la totalità dei sui flussi operativi “potenziali” (espressi dall'EBITDA) per tale finalità.*

La BCE ha utilizzato tale parametro in sede di AQR (Asset Quality Review) delle banche europee individuando il valore di 6 – che esprime gli anni entro i quali l'azienda rimborserà il proprio debito – quale discrimine tra imprese solvibili e imprese che potenzialmente avranno difficoltà a ripagare il finanziamento concesso. Tanto in fase di valutazione del merito di credito, quanto in fase di rinnovo, le Banche avrebbero costantemente monitorare il valore assunto da tale rapporto e allertarsi allorché l'indice in commento sia prossimo o superiore a 6. Orbene, sulla base dei dati di bilancio di C.A., il rapporto PFN/EBITDA all'epoca dell'erogazione dei finanziamenti per cui è causa era pari quantomeno a 14 (e addirittura a 20 nel 2020): la Società avrebbe, dunque, avuto la possibilità di ripagare i propri debiti in 14 anni e più, ben oltre la durata di ogni esposizione debitoria esistente nel 2020”.

Tali argomenti, di natura tecnica e di sicura pregnanza, non risultano allo stato adeguatamente scalfiti dalle contrarie allegazioni delle parti resistenti. Essi non possono che indurre a ritenere verosimile l'avvenuta violazione del merito creditizio per i finanziamenti concessi negli anni successivi al 2019, e consigliano perciò di confermare le misure cautelari già disposte con il decreto *inaudita altera parte*.

In ragione dell'assoluta novità della questione, le spese di giudizio devono essere interamente compensate.

P. Q. M.

1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, a conferma il decreto *inaudita altera parte* del 13/06/2024:

a. inibisce a --- di dare ulteriormente seguito all'escussione delle garanzie rilasciate da Sace S.p.a. e da Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno s.p.a. in relazione ai contratti di finanziamento bancario conclusi dai medesimi Istituti con C.A. s.p.a.;

b. inibisce a Sace s.p.a. e a Mediocredito Centrale - Banca del Mezzogiorno s.p.a. il pagamento in favore di ---, di qualsivoglia importo a titolo di garanzia dei crediti vantato dai medesimi Istituti nei confronti di C.A. s.p.a.;

2) fissa la durata delle presenti misure in mesi quattro;

3) compensa interamente le spese di giudizio.

Vicenza, 25/07/2024

Il Giudice Delegato
Dott. Giovanni Genovese