

*Disciplina applicabile al concordato misto.
Continuità aziendale, cessazione dell'attività
e revoca del concordato.
Continuità temporanea e attestazione del professionista.*

Tribunale di Ravenna, 19 agosto 2014. Estensore Farolfi.

Concordato con continuità aziendale - Concordato di natura mista - Disciplina applicabile

La natura "mista" del piano di concordato preventivo non esclude che lo stesso debba essere comunque considerato (anche) quale concordato in continuità, nel senso che la prosecuzione diretta od indiretta dell'attività caratteristica può tollerare – in ossequio a quel principio di atipicità della proposta e del piano concordatario fissato dal fondamentale art. 160 co. 1 l.f. – la liquidazione di tutti i cespiti mobiliari o immobiliari che non risultino strettamente necessari, funzionali all'esercizio dell'impresa.

Concordato con continuità aziendale - Cessazione dell'attività di impresa - Revoca del concordato ai sensi dell'articolo 173 L.F.

Nel concordato con continuità aziendale, così come in quello di natura mista che preveda anche la liquidazione di determinati cespiti, l'eventuale cessazione dell'attività di impresa determina un nuovo caso di revoca ex art. 173 l.f., della procedura che, fatta salva l'ipotesi della modifica della proposta o del piano di concordato, non corrisponderebbe più alla sua funzione ed al tipo legale oggetto di

Concordato con continuità aziendale a continuità temporanea - Ammissibilità - Condizioni

È ammissibile la previsione di una continuità aziendale temporanea, a condizione che l'interruzione non sia prevista prima della conclusione della fase di omologazione, posto che nulla impedisce una continuità aziendale volta ad eseguire progetti o contratti specifici che portino favorevoli risultati ai creditori, sotto forma di incasso di somme ma anche di conservazione del valore degli assets aziendali in vista di una successiva liquidazione o cessione a terzi.

Concordato con continuità aziendale - Requisiti - Ratio - Prosecuzione dell'attività foriera di rischi per i creditori

Le particolari cautele a favore dei creditori previste dall'art. 186 bis l.f., rappresentate dalla allegazione di a) "un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura", ossia dalla predisposizione di un vero e proprio business plan e b) l'attestazione speciale che la prosecuzione dell'attività "è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori", si giustificano in quanto successivamente alla ammissione alla procedura vi sia una prosecuzione dell'attività foriera di rischi per i creditori e, in particolare, di quello specifico rischio che è rappresentato dalla maturazione di un ulteriore indebitamento in prededuzione, tale da peggiorare le iniziali prospettive di soddisfacimento liquidatorio dei creditori concordatari. Ove non vi sia prosecuzione diretta da parte del debitore successivamente all'ammissione alla procedura (anche solo per un breve periodo di tempo), tale rischio non sussiste, salva la sola ipotesi in cui talune clausole dell'eventuale contratto di affitto d'azienda già concluso prima dell'ammissione (ed anche nella stessa fase preconcordataria ex art. 161 co. 6 l.f.) o della proposta di acquisto dell'azienda, facciano dipendere la regolazione dei valori economici dall'andamento dell'attività caratteristica. Solo in questa ipotesi si può parlare propriamente di continuità indiretta, pur essendo invalsa tale terminologia anche nei confronti di concordati che restano prettamente liquidatori, laddove l'affitto d'azienda e la successiva cessione della stessa operano unicamente come forma di monetizzazione a favore dei creditori concordatari dell'attivo, sotto forma di ritrazione di canoni e prezzo di alienazione.

Continuità indiretta - Attività affidata terzi - Valutazione della solvibilità - Necessità - Valutazione della capacità imprenditoriale e delle iniziative gestorie - Esclusione

Qualora, nell'ambito del piano di concordato preventivo, sia prevista la cosiddetta continuità indiretta dell'attività già affittata a terzi, i quali, nell'ambito del piano, abbiano rilevanza esclusivamente quali soggetti tenuti al pagamento di somme quali canoni, prezzo della cessione, ecc., detti soggetti dovranno essere valutati sul piano della solvibilità e delle eventuali garanzie fornite, piuttosto che su quello della capacità imprenditoriale e delle iniziative gestorie adottate, come invece dovrebbe essere qualora, successivamente alla ammissione alla procedura, sia prevista una prosecuzione dell'attività che comporti il rischio di un ulteriore indebitamento in prededuzione idoneo a pregiudicare le prospettive di soddisfacimento dei creditori nell'ipotesi alternativa di liquidazione dei cespiti.

Continuità aziendale - Dilazione di pagamento dei creditori privilegiati - Ammissibilità – Ratio

Una interpretazione sistematica dell'art. 186 bis co. 2 lett. c), unitamente all'art. 160 l.f., porta a ritenere che il legislatore non abbia inteso vietare la dilazione temporale oltre l'anno del pagamento dei creditori privilegiati (il che avrebbe condizionato la possibilità di proporre concordati con continuità aziendale e contraddetto la ratio che ne ha ispirato il relativo intervento normativo), ma abbia, piuttosto, introdotto una facoltà ulteriore rispetto a quella prevista in via generale dal citato art. 160, comma 2. Pertanto, da un lato è stata prevista una moratoria annuale che potrebbe giustificare in ambito concorsuale la stessa sospensione legale del pagamento degli interessi, dall'altro si è ribadita la necessità del rispetto di quanto previsto dal citato art. 160, comma 2 l.f., disciplinando poi espressamente il tema del diritto di voto con riferimento, deve ritenersi, ai soli creditori privilegiati generali od a quelli speciali che non vedano liquidato il bene oggetto della garanzia o che subiscano una dilazione ultrannuale e contemporaneamente superiore al tempo di presumibile alienazione del bene stesso.

Continuità aziendale - Dilazione di pagamento dei creditori privilegiati - Diritto di voto - Distinzione e criteri

Una volta ritenuta in via generale ammissibile la dilazione di pagamento dei creditori privilegiati, si pone il problema del riconoscimento del diritto di voto a detti creditori. A tal proposito, posto che appare preferibile l'interpretazione che esclude tale diritto, lo stesso potrebbe essere riconosciuto ai creditori privilegiati generali o speciali di cui non si preveda la liquidazione del bene in garanzia, purchè dilazionati entro l'anno ed ai creditori privilegiati speciali di cui si preveda il pagamento con dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura e della stessa liquidazione. Conseguentemente, il diritto di voto che dovesse essere riconosciuto non potrà essere relativo al credito per capitale ed interessi, ma unicamente corrispondente, come suggerito dal S.C., al pregiudizio subito a causa della dilazione imposta e, perciò, pari alla eventuale differenza fra gli interessi moratori convenzionali o legali dovuti e gli interessi riconosciuti dalla proposta concordataria, oltre che all'eventuale ulteriore pregiudizio corrispondente alla differenza derivante dalla diversa attualizzazione cronologica dipendente dalla effettiva disponibilità del capitale rispetto a quella teoricamente conseguibile in caso di liquidazione.

Continuità aziendale - Prosecuzione di contratti pubblici - Richiesta di finanziamento prededucibile ai sensi dell'articolo 182 quinquies L.F. - Distinzione tra le varie tipologie di crediti

In tema di concordato con continuità aziendale, ove sia prevista la prosecuzione di determinati contratti in corso di esecuzione stipulati con pubbliche amministrazioni e sia formulata richiesta di finanziamento prededucibile ai sensi dell'articolo 182 quinquies L.F., è possibile distinguere le seguenti ipotesi.

A) Crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso prenotativo e relativi a rapporti contrattuali ad esecuzione istantanea già adempiuti od a rapporti continuativi per i quali è possibile isolare singole coppie di prestazioni corrispettive, quali ad esempio potrebbero essere la somministrazione di energia); in questa ipotesi, occorre una specifica richiesta ex art. 182 quinquies, comma 4, l.f., in ragione del fatto che il vulnus al principio della par condicio creditorum che il legislatore della riforma del 2012 ha inteso consentire è stato controbilanciato dall'esigenza che ciò avvenga solo per le prestazioni "essenziali" per la prosecuzione dell'attività di impresa e solo se "funzionali" ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, richiedendo all'uopo un'attestazione specifica del professionista.

B) Crediti la cui causa genetica è collocabile anteriormente al deposito del ricorso prenotativo, ma la cui esigibilità sia ravvisabile in data posteriore (es. prestazioni di terzi concordate ma non ancora effettuate, prestazioni collegate a SAL non ancora emessi); in questo caso, la disciplina applicabile a tali pagamenti è quella della norma speciale di cui all'art. 118, comma 3 bis, cod. Appalti.

C) Crediti sorti sulla base di atti legittimamente compiuti posteriormente al deposito del ricorso "in bianco". Per questi crediti può parlarsi di una tendenziale libertà di pagamento, secondo il regime che può trarsi dagli artt. 161, comma 7, e 167 l.f., in combinato disposto con quanto previsto dalla più ampia causa di esenzione da revocatoria prevista dal nuovo art. 67, comma 3, lett. e) l.f., dovendosi peraltro tale linea interpretativa (che si ispira allo spossessamento "minore" che assiste il concordato rispetto al fallimento dell'impresa) coniugarsi con il citato art. 118, comma 3 bis, il quale, in quanto norma speciale, deve ritenersi prevalente nel particolare campo di attività oggetto di prosecuzione dell'attività.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

DECRETO

promossa con ricorso depositato da

E. soc. coop. – Coop Ravennate I. T., con sede legale in Lugo ,

Avente ad oggetto: ammissione alla procedura di concordato preventivo.

- Letto il piano relativo all'ammissione alla procedura di concordato preventivo, depositato nella cancelleria dell'intestato Tribunale in data 30/07/2014 dalla ricorrente a seguito dell'originario ricorso ex art. 161 co. 6 l.f. dep. il 21/02/2014, cui sono seguite la concessione di termine di 120 gg. e successive proroghe sino al 31/07/2014, comunque nei termini di legge;
- Preso atto che nelle more del procedimento di cui sopra sono intervenute istanze di fallimento della ricorrente;
- sentito il Pubblico Ministero in sede
- udita la relazione del Giudice incaricato;

OSSERVA

1. Il piano concordatario

Il piano proposto dalla società cooperativa I. – Coop. Ravennate I. T. (d'ora innanzi E. soc. coop.) propone l'ammissione ad un concordato preventivo di natura mista, essenzialmente caratterizzato dalla proposta di prosecuzione diretta in continuità dei contratti di affidamento di lavori di cui al paragrafo 2.2. A) del piano (pagg. 20 – 43) e dalla liquidazione di cespiti immobiliari e rimanenze, oltre alla valorizzazione di crediti commerciali e diversi.

La ricorrente si propone di pagare integralmente le spese di procedura ed i crediti ipotecari (nei limiti di capienza di cui all'allegata relazione ex art. 160 co. 2 l.f.), nonché integralmente gli altri creditori privilegiati e di soddisfare nella misura del 5% i creditori chirografari (worst case), con ulteriore possibilità di riparto a favore dei medesimi sino al 9,83% (best case). In sintesi, il piano prevede di realizzare un attivo concordatario di 46.470.889 Euro con cui soddisfare spese di procedura e prededucibili per Euro 13.070.846 Euro, creditori privilegiati per Euro 26.836.393, destinando un residuo attivo di Euro 6.563.650 a favore dei creditori chirografari, pari appunto al 5% di quanto spettante. La possibilità di attribuire a questi ultimi sino alla maggiore somma di Euro 12.892.650, pure ipotizzata quale best case, non è oggetto di alcun impegno vincolante né di attestazione ex art. 161 co. 3 l.f., pur prevedendosi la devoluzione al ceto creditorio di ogni attività comunque derivante dall'esecuzione del piano concordatario proposto.

L'orizzonte temporale per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie è fissato in 2 anni dalla definitività del decreto di omologa per i creditori privilegiati (esclusi gli ipotecari per i quali si rimanda alla tempistica relativa all'alienazione dei beni su cui si esercita il privilegio speciale) ed in 5 anni per i chirografari (ed indirettamente quale termine ultimo per gli stessi ipotecari), ritenuto corrispondente a quello di una ipotetica alternativa fallimentare.

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

Deve in via del tutto pregiudiziale richiamarsi adesivamente quanto espresso dalla nota Cass. S.U. 23 gennaio 2013, secondo cui "Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca

ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori". In motivazione la Suprema Corte evidenzia come la causa concreta individui anche le modalità con cui il debitore imprenditore propone di soddisfare il ceto creditorio, acquisendo altresì rilevanza il dato temporale ed assumendo quale orizzonte massimo oltre il quale qualunque piano è destinato a cadere nell'aleatorietà e nell'assenza di concretezza proprio quello di cinque anni.

Tale decisum, evidentemente, mentre lascia all'esclusiva valutazione dei creditori (purchè correttamente e con chiarezza informati) ogni decisione sulla convenienza e fattibilità "economica" del piano e della coeva proposta concordataria, "ritaglia" a favore dell'organo giudiziale uno spazio di valutazione giuridica non irrilevante, che spazia dalla legittimità delle operazioni contenute nel piano, alla valutazione dei presupposti di ammissibilità del ricorso alla procedura concorsuale minore, sino a censire la stessa sussistenza della c.d. causa concreta concordataria, individuata dalla Cassazione nella duplice prospettiva (variamente combinata e da valutarsi caso per caso) del superamento della situazione di crisi, da un lato, e nel soddisfacimento pur parziale, ma non "epidermico" o del tutto irrisorio dei creditori.

E'peraltro sin da ora evidente, corrispondendo ad un dato di comune esperienza cui la stessa S.C. mostra di attingere in motivazione, che diverso è il materiale conoscitivo cui il Tribunale può ricorrere nelle diverse fasi dell'ammissione alla procedura di concordato od in sede di eventuale omologazione, considerato che, a tacer d'altro, solo in quest'ultima fase potrà utilizzare gli elementi di conoscenza tratti dall'attività di verifica ed accertamento compiuta dal Commissario giudiziale e refluita nella relazione ex art. 172 l.f.

Pertanto, giova ancora aggiungere su questo punto preliminare, se è vero che il controllo attinge nelle diverse fasi al medesimo tipo di valutazione, la diversità del materiale probatorio, documentale e fattuale su cui si esercita spiega come l'ammissione alla procedura non abbia alcun rilievo preclusivo rispetto ad un eventuale esito negativo della fase di omologazione o rispetto all'eventuale scoperta od insorgenza dei presupposti per far luogo alla revoca di cui all'art. 173 l.f., su cui, da ultimo, la perspicua Cass. 26 giugno 2014, n. 14552 ha avuto modo di affermare: "La rilevanza, ai fini e per gli effetti di cui all'articolo 173 LF, della natura fraudolenta degli atti posti in essere dal debitore e potenzialmente decettivi nei riguardi dei creditori, è ravvisabile anche nell'ipotesi in cui l'inganno effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto. Se, infatti, così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori che, informati della frode, siano ugualmente disposti ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega, invece, immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato e ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto da parte dei

creditori. Questo significa che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato articolo 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e, quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile alla prosecuzione della procedura. Il fatto che l'accertamento da parte del commissario di atti di frode possa determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a norma dell'articolo 173 L.F., indipendentemente dalla circostanza che i creditori, debitamente informati di tali atti di frode, abbiano espresso voto favorevole, non vale ad reintrodurre il giudizio di meritevolezza che la riforma della legge fallimentare ha espunto dal novero dei presupposti per l'ammissione al concordato preventivo. La meritevolezza era, infatti, un requisito positivo di carattere generale, che implicava la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore (sfortunato, ma onesto), nell'ottica di una procedura prevalentemente concepita come beneficio premiale. Era, quindi, nozione ben più ampia dell'assenza di atti di frode, non solo genericamente pregiudizievoli, ma che devono essere direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria".

Nella specie, peraltro, la valutazione cui il Tribunale è chiamato non può prescindere dalla natura mista, anche con continuità aziendale, del piano proposto, con conseguente applicazione dell'art. 186 bis l.f. e - con riferimento alla decisione del S.C. appena riportata - piena operatività dell'ulteriore ipotesi eventuale di revoca rappresentata da una gestione manifestamente dannosa per i creditori o dall'eventuale cessazione dell'attività di impresa, così come introdotta dall'ultimo comma del citato articolo di legge. Conseguendone anche per questa via l'assenza di preclusioni derivanti dal presente provvedimento di ammissione rispetto alle conseguenze determinate dai successivi eventuali accertamenti negativi condotti dal Commissario giudiziale o derivanti da accadimenti ostativi verificatisi nel corso della procedura di concordato.

3. La valutazione del tribunale: la continuità aziendale temporanea

Tanto premesso, deve rilevarsi che il piano concordatario in esame rientra a pieno titolo (anche) nell'ambito applicativo di cui all'art. 186 bis l.f. Con tale disposizione il Legislatore della novella di cui al d.l. 83/2012, convertito con modd. con legge 134/2012, ha inteso introdurre una disciplina minima ma essenziale volta a regolamentare un fenomeno non sconosciuto anche in precedenza, costituito dal concordato con continuità aziendale. Afferma detta norma che "quando il piano di concordato di cui all'art. 161 secondo comma lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo".

Al fine di escludere possibili dubbi dell'interprete, utilmente la norma ci ricorda che "il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa". La natura "mista" del piano, pertanto, come nel caso di specie, non esclude che lo stesso debba essere comunque considerato (anche) quale concordato in continuità, nel senso che la prosecuzione (diretta od indiretta) dell'attività caratteristica può tollerare - in ossequio a quel principio di atipicità della proposta e del

piano concordatario fissato dal fondamentale art. 160 co. 1 l.f. – la liquidazione di tutti i cespiti mobiliari o immobiliari che non risultino strettamente necessari, funzionali all'esercizio dell'impresa.

La ratio della norma è evidentemente quella di favorire, per quanto possibile, soluzioni concordatarie non esclusivamente liquidatorie e che non abbiano quale risultato unico quello della progressiva “desertificazione” del tessuto produttivo, imprenditoriale ed occupazionale del paese. Si spiega, pertanto, come l'eventuale cessazione dell'attività di impresa determini un nuovo caso di revoca, ex art. 173 l.f., della procedura che (salvo modifica della proposta o del piano di concordato) non corrisponderebbe più alla sua funzione ed al tipo legale oggetto di disciplina specifica.

E' possibile prevedere una continuità aziendale temporanea? La risposta affermativa si ricava a contrario proprio dalla disposizione testè citata, nel senso che – con il limite espresso che l'interruzione non sia prevista prima della conclusione della fase di omologazione – nulla impedisce una continuità aziendale volta ad eseguire progetti o contratti specifici che portino favorevoli risultati ai creditori, sotto forma di incasso di somme, ma anche di conservazione del valore degli assets aziendali, in vista di una successiva liquidazione o cessione a terzi, con quanto ne consegue in termini di miglior soddisfacimento dei creditori ed evitata dispersione di utilità, beni e rapporti giuridici (di lavoro in primis).

Sussistono talune incertezze interpretative sulla latitudine della norma in esame, che indubbiamente abbraccia fattispecie diverse tutte caratterizzate dal mantenimento in esercizio dell'attività di impresa, ma secondo il preferibile orientamento di merito (espresso ad es. da Trib. Terni, 28 gennaio 2013) “nell'ambito del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis L.F., la esplicita previsione del requisito della “cessione di azienda in esercizio” consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la distinta ipotesi dell'affitto di azienda”. Come attenta dottrina ha precisato, le particolari cautele a favore dei creditori previste dall'art. 186 bis l.f., rappresentate dalla allegazione di a) “un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”, ossia dalla predisposizione di un vero e proprio business plan e b) l'attestazione speciale che la prosecuzione dell'attività “è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori” si giustificano in quanto post ammissione alla procedura vi sia una prosecuzione dell'attività foriera di rischi per i creditori e, in particolare, di quello specifico rischio che è rappresentato dalla maturazione di un ulteriore indebitamento in prededuzione, tale da peggiorare se non addirittura annullare le stesse iniziali prospettive di soddisfacimento liquidatorio dei creditori concordatari. Ove non vi sia prosecuzione diretta da parte del debitore successivamente all'ammissione alla procedura (anche solo per un breve periodo di tempo) tale rischio non sussiste, salva la sola ipotesi in cui talune clausole dell'eventuale contratto di affitto d'azienda già concluso ante ammissione (ed anche nella stessa fase preconcordataria ex art. 161 co. 6 l.f.) o della proposta di acquisto dell'azienda facciano dipendere la regolazione dei valori economici dall'andamento dell'attività caratteristica. Solo in questa ipotesi si può parlare propriamente di continuità indiretta, pur essendo invalsa tale terminologia anche nei confronti di concordati che restano prettamente liquidatori, laddove

l'affitto d'azienda e la successiva cessione della stessa operano unicamente come forma di monetizzazione a favore dei creditori concordatari dell'attivo, sotto forma di ritrazione di canoni e prezzo di alienazione. Del resto, ci si chiede, quale dovrebbe essere il senso della redazione di un *business plan* rispetto ad un'attività già affittata a terzi, i quali rilevano nel piano, conseguentemente, quali meri soggetti tenuti al pagamento di somme (canoni, prezzo, ecc.) e dovranno perciò essere valutati sul piano della solvibilità e delle eventuali garanzie fornite, più che in ordine alla capacità imprenditoriale ed alle iniziative gestorie adottate.

Nella fattispecie in valutazione, peraltro, il piano prevede una continuità presumibilmente protratta – ai fini del completamento delle commesse e dei contratti meglio indicati alle pagg. 20 - 43 del piano – sino al mese di gennaio 2017, così da rientrare pienamente nell'ambito di applicazione dell'art. 186 bis l.f.

E' inoltre presente l'attestazione richiesta dal co. 2 lett. b) della citata disposizione che, sia pure genericamente e salva ogni successiva diversa verifica od accertamento, conferma come la predetta prosecuzione sia funzionale "al miglior soddisfacimento dei creditori" (vds. relazione ex art. 161 co. 3 l.f.). Al riguardo, si deve sin da ora chiaramente evidenziare che la "utilità" rappresentata dalla ricorrente è unicamente costituita non da una presumibile gestione positiva foriera di utili da destinare ai creditori (che anzi la stessa ricorrente ipotizza negativa con un deficit economico di 2,6 milioni di Euro che si aggiunge alla perdita di periodo maturata nella fase preconcordataria per Euro 3,7 milioni) quanto dalla possibilità così assicurata di poter incassare crediti per circa 9.1 milioni di Euro da destinare ai creditori, altrimenti difficilmente esigibili, e di non gravare la procedura di ulteriori passività derivanti da richieste risarcitorie, applicazioni di penali, escussioni di fidejussioni da parte di committenti o enti assegnatari.

4. *segue*: la dilazione temporale dei creditori privilegiati

Il piano prevede il pagamento dei creditori privilegiati entro 2 anni dalla definitività del decreto di omologa, prevedendo in favore degli stessi il riconoscimento degli interessi legali. (Si precisa che tale termine biennale non si applica ai creditori ipotecari, le cui sorti sono legate dal piano all'effettiva alienazione del bene su cui si esercita il privilegio speciale, dovendosi comunque ritenere che il loro soddisfacimento soggiaccia al termine massimo implicito del quinquennio previsto per il completo adempimento della proposta con il soddisfacimento dei chirografari, che ovviamente non sarebbe possibile senza che si sia proceduto, nel frattempo, alla liquidazione del patrimonio immobiliare).

Non è ignoto a questo Collegio l'esistenza di un orientamento che ritiene che "dall'interpretazione degli articoli 160, comma 2, 177 e 186 bis L.F. si ricava la regola che i creditori privilegiati debbono essere pagati immediatamente dopo l'omologa o in tempi corrispondenti a quelli di una liquidazione fallimentare e che non sono consentite dilazioni ulteriori, se non quella della moratoria annuale introdotta dal citato art. 186 bis per il solo concordato in continuità" (es. Trib. Padova, 4 dicembre 2013).

Tuttavia, da un lato, si ritiene che tale argomentazione sia apodittica posto che il sancire contemporaneamente, con la medesima asserzione, che il pagamento deve avvenire immediatamente o nei tempi

corrispondenti ad una liquidazione fallimentare, non comporta affatto la conclusione dell'inammissibilità di qualunque proposta di concordato (in continuità o liquidatorio) che preveda il pagamento temporalmente dilazionato dei privilegiati. Se è vero, infatti, che la dilazione temporale – come acutamente osservato in dottrina – può rappresentare una forma di soddisfazione non integrale del creditore privilegiato, ebbene tale conseguenza è resa perfettamente legittima dall'art. 160 l.f., con il solo limite rappresentato dal fatto che la soddisfazione non può comunque essere deteriore rispetto a quella ricavabile da una ipotetica alternativa liquidatoria. Ed allora, fermo il rispetto formale di quanto previsto dall'art. 160 co. 2 l.f., nessuna inammissibilità aprioristica può essere affermata rispetto al pagamento temporalmente dilazionato dei privilegiati, dovendosi fra l'altro distinguere fra privilegio speciale e privilegio generale e, quanto a quest'ultima categoria, dovendosi far riferimento alla tipologia di attivo che, a sua volta, condiziona pesantemente, specie in una situazione di stallo del mercato immobiliare, la stessa tempistica presumibile di una liquidazione efficiente dell'attivo patrimoniale.

Una interpretazione sistematica dell'art. 186 bis co. 2 lett. c) unitamente all'art. 160 l.f., deve perciò portare a ritenere che il Legislatore non abbia inteso vietare la dilazione temporale dei creditori privilegiati oltre l'anno, con ciò condizionando la stessa possibilità di concepire concordati con continuità aziendale e contraddicendo la ratio che ne ha ispirato l'intervento normativo, ma abbia piuttosto introdotto una facoltà ulteriore rispetto a quella più generale prevista dal citato art. 160 (il cui secondo comma viene appunto mantenuto "fermo"). Da un lato si è prevista una moratoria annuale che, a parere dello scrivente, potrebbe giustificare in ambito concorsuale la stessa sospensione legale del pagamento degli interessi, dall'altro si è ribadita la necessità del rispetto di quanto previsto dal citato art. 160 co. 2 l.f., disciplinando invece espressamente il tema del diritto di voto con riferimento, deve ritenersi, ai soli creditori privilegiati generali od a quelli speciali che non vedano liquidato il bene su cui hanno sequela o che subiscano una dilazione ultrannuale e contemporaneamente superiore al tempo di presumibile alienazione del bene stesso.

La recente Cass. 9 maggio 2014, n. 10112, non fa che riconfermare quanto appena enunciato, stabilendo che "Nel concordato preventivo, se è vero che la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei crediti privilegiati, il pagamento dei crediti medesimi con dilazione superiore a quella imposta dei tempi tecnici della procedura (e dalla stessa liquidazione, in caso di concordato cosiddetto "liquidativo") equivale a soddisfazione non integrale di essi a causa della perdita economica conseguente al ritardo con il quale i creditori conseguono disponibilità delle somme loro spettanti. La determinazione in concreto della perdita subita dai creditori privilegiati a causa della dilazione del pagamento del loro credito rispetto ai tempi richiesti dalla procedura o dalla liquidazione dei beni sui quali grava il privilegio costituisce un accertamento che il giudice del merito dovrà compiere sulla scorta anche della relazione giurata di cui all'articolo 160, comma 2, L.F., tenendo conto di eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati dal privilegio nell'ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché nella disciplina degli interessi di cui agli articoli 54 e 55 L.F. È ammissibile una proposta di

concordato preventivo che preveda il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati, i quali, in tal caso, hanno diritto di voto è sono per tale aspetto equiparati ai creditori chirografari nella misura corrispondente alla perdita economica conseguente al ritardo con il quale i creditori medesimi conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti”.

Il problema pertanto, una volta rispettato quanto previsto dall'art. 160 co. 2 l.f., non è tanto di ammissibilità della proposta concordataria, quanto di (eventuale) riconoscimento del diritto di voto ai privilegiati, da risolversi in concreto, fermo restando, secondo l'interpretazione che appare preferibile, che nessun diritto di voto appare comunque riconoscibile: a) ai creditori privilegiati generali o speciali di cui non si preveda la liquidazione del bene in garanzia, purchè dilazionati entro l'anno; b) ai creditori privilegiati speciali di cui si preveda il pagamento con dilazione non superiore a quella imposta dei tempi tecnici della procedura e della stessa liquidazione; c) il diritto di voto in ipotesi riconosciuto, conseguentemente, non può mai essere relativo al credito per capitale ed interessi, ma unicamente corrispondente, come suggerito dal S.C., al pregiudizio subito a causa della dilazione imposta e, perciò, pari alla eventuale differenza fra gli interessi moratori convenzionali o legali dovuti e gli interessi riconosciuti dalla proposta concordataria, oltre che all'eventuale ulteriore pregiudizio corrispondente alla differenza derivante dalla diversa attualizzazione cronologica dipendente dalla effettiva disponibilità del capitale rispetto a quella teoricamente conseguibile in caso di liquidazione.

Anche in questo caso, pertanto, seppure formulata in termini descrittivi e non matematici, l'attestazione ex art. 160 co. 2 l.f. risulta compiuta dal professionista nominato dalla ricorrente, posto che l'assenza di denaro, titoli o beni immediatamente liquidabili a prezzi di mercato nell'attivo concordatario appare tale da impedire ragionevolmente – oltre al comunque prioritario pagamento delle spese di procedura e delle prededuzioni previste - l'immediato soddisfacimento dei creditori privilegiati, mentre la stessa complessità della definizione dell'attivo concordatario (in ipotesi liquidatoria largamente condizionato da iniziative legali o transazioni di non immediata e semplice esperibilità verso committenti e società od enti consortili affidanti) e la vastità del passivo rendono pressochè impossibile ipotizzare dei riparti parziali più ravvicinati del biennio previsto dal piano concordatario.

5. Prosecuzione nei contratti in corso e richiesta di finanziamento prededucibile ex art. 182 quinquies l.f.

La prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo soggetto che aspira all'ingresso nella procedura concorsuale minore pone indubbi problemi di coordinamento fra diverse disposizioni della legge concorsuale e non. Certamente uno dei tratti qualificanti la procedura concorsuale in esame è rappresentata dalla tendenziale continuità dei rapporti contrattuali in corso; si ritiene, anzi, che detta regola (che a differenza del fallimento già si considerava immanente nel sistema) sia stata oggi rafforzata dall'introduzione dell'art. 169 bis l.f. e dalla prescrizione di cui all'art. 186 bis co. 3 l.f., di cui è riduttivo leggere il solo riferimento ai contratti con la pubblica amministrazione: “..i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura”. L'utilizzo della congiunzione copulativa “anche” (nel

significato che il dizionario Treccani indica come di etimo incerto, antico o toscano “anco”: per riferire a una persona o cosa o nozione quanto già si è affermato a proposito d'altro = pure) infatti altro non può significare che estendere al o rafforzare per il settore dei contratti pubblici qualcosa che già si è inteso regolare i contratti in corso di esecuzione, in genere.

Tuttavia, appare sin da ora evidente che la tabella di sintesi della continuità (vds. p. 122 del ricorso) unitamente alla sommaria descrizione dei singoli contratti che si ritengono pendenti ed in corso di esecuzione di cui alle pagg. 20 – 43 (nonché alle schede riepilogative di sintesi prodotte) contiene una implicita richiesta di pagamento in prededuzione di fornitori e subappaltatori per ben 4.741.918 Euro (vds. colonna “compensazione”).

Sotto questa ampia voce, che rappresenta quasi una classe autonoma di soggetti creditori che in forza di detto trattamento integralmente soddisfacente neppure potrebbero essere considerati come ammessi al voto, possono in realtà celarsi situazioni ben differenziate e che sinteticamente possono ricondursi – salvo situazioni particolari oggetto di successivo accertamento - a tre categorie: a) crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso prenotativo del 21/02/2014 e relativi a rapporti contrattuali ad esecuzione istantanea già adempiuti o, per i rapporti continuativi, per i quali è possibile isolare singole coppie di prestazioni corrispettive (tipico esempio la somministrazione di energia); b) crediti la cui causa genetica è collocabile anteriormente al deposito del ricorso prenotativo che precede, ma la cui esigibilità è avvenuta in data posteriore o avverrà successivamente (es. prestazioni di terzi concordate ma non ancora effettuate, prestazioni collegate a SAL non ancora emessi); c) crediti sorti sulla base di atti legittimamente compiuti posteriormente al deposito del ricorso “in bianco”.

Nonostante parte ricorrente sembri in un passo del piano ricondurre tutte queste ipotesi alla modifica recentemente intervenuta dei commi 3 e 3 bis dell'art. 118 Cod. Appalti, a parere di questo collegio il regime autorizzativo o di libertà non può essere il medesimo, dovendosi infatti temperare le regole della concorsualità con quelle, appunto, della continuità aziendale, con particolare riferimento al settore degli appalti di opere.

Ed allora, dando seguito ad un orientamento che questo Tribunale ha già adottato in occasione delle singole richieste di pagamento a terzi (o di autorizzazione al pagamento diretto da parte della stazione appaltante) svolte dalla stessa I. e con provvedimenti dalla medesima pure allegati (cfr. per esigenze di sinteticità Trib. Ravenna, 26 marzo 2014, la cui motivazione deve intendersi in questa sede richiamata), deve ritenersi che:

- la fattispecie dianzi sinteticamente richiamata sub a) debba essere oggetto di specifiche richieste ex art. 182 quinquies co. 4 l.f., considerato che il vulnus al principio della par condicio creditorum che il legislatore della riforma del 2012 ha inteso consentire è stato controbilanciato dall'esigenza che ciò avvenga solo per le prestazioni “essenziali” per la prosecuzione dell'attività di impresa e solo se “funzionali” ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, richiedendo all'uopo un'attestazione specifica, allo stato mancante;
- la disciplina applicabile ai pagamenti di crediti di cui alla categoria sussunta nella lettera b) sia appunto rappresentata dalla norma speciale di cui all'art. 118 co. 3 bis cod. Appalti, rispetto al quale nella relazione di

accompagnamento alla conversione in legge del c.d. decreto Destinazione Italia n. 145/2013 si afferma: "...occorre, inoltre, considerare il concordato preventivo (ex art. 160 e segg. del R.D. 16 Marzo 1942, n. 267, Legge Fallimentare) non come una procedura tesa ad estromettere l'affidatario dai lavori, bensì come strumento idoneo a consentire la prosecuzione dei contratti pubblici. Infatti, nel caso in cui l'appaltatore sia soggetto ad una procedura di concordato preventivo, tale soggetto si troverebbe in una situazione - per certi versi analoga a quella prevista nell'art. 170, comma 7, del Regolamento di esecuzione del Codice per il caso in cui l'esecutore motivi il mancato pagamento con la contestazione della regolarità dei lavori effettuati dal subappaltatore - di oggettiva impossibilità a far fronte ai pagamenti dovuti nei confronti dei subappaltatori. Né sarebbe in linea con lo spirito della disciplina sul concordato preventivo applicare per tale ipotesi la sospensione del pagamento dei SAL successivi, considerato che essa inciderebbe inevitabilmente sulla prosecuzione delle attività e, quindi, su quella continuità aziendale o sull'accrescimento e conservazione del valore degli asset, che la disciplina sul concordato preventivo mira a preservare. In considerazione di quanto sopra, l'emendamento prevede il versamento dei corrispettivi dovuti per l'appalto, distintamente all'appaltatore principale ed ai subappaltatori, secondo le istruzioni impartite dal Tribunale competente, al fine di assicurare sia il rispetto della par condicio tra i creditori dell'appaltatore in crisi aziendale, sia la continuità del contratto di appalto"; significativamente alcun accenno al concordato è contenuto nella relazione riguardante le modifiche del precedente co. 3 che fa riferimento alla semplice sussistenza di "difficoltà finanziarie" e che risulta perciò derogato per specialità proprio dal comma 3bis successivamente introdotto; le "determinazioni" che il tribunale è chiamato ad operare (e che si rinviano a successivo provvedimento, una volta eseguite le opportune verifiche da parte del nominando Commissario giudiziale) rappresentano infatti nella contemperazione dei diversi interessi operata dal Legislatore quell'elemento di garanzia fra esigenze della continuità e della prosecuzione dei contratti, da un lato, ed esigenze dei creditori dall'altro, tale da superare i principi espressi dalla peraltro isolata Corte di Cassazione, 5 marzo 2012, n. 3402 (vds. comunque la convincente critica compiuta in ambito fallimentare dal recente Trib. Bolzano, 25 febbraio 2014);

- solo per la categoria di crediti ricondotti per esigenze descrittive alla categoria sub c) può parlarsi di una tendenziale libertà di pagamento, secondo il regime che può trarsi dagli artt. 161 co. 7 l.f. e 167 l.f., in combinato disposto con quanto previsto dalla più ampia causa di esenzione da revocatoria prevista dal nuovo art. 67 co. 3 lett. e) l.f., dovendosi peraltro tale linea interpretativa (che si ispira allo spossessamento "minore" che assiste il concordato rispetto al fallimento dell'impresa) coniugarsi con il citato art. 118 co. 3 bis che, per specialità, deve ritenersi prevalente nel particolare campo di attività oggetto di prosecuzione dell'attività caratteristica da parte di E. soc. coop.

Pertanto, in definitiva, il presente provvedimento di ammissione non può essere inteso come aprioristica autorizzazione all'effettuazione dei pagamenti implicitamente od esplicitamente preannunciati (anche ove descritti in termini di "compensazioni"), né come autorizzazione all'esecuzione di pagamenti diretti a terzi da parte delle stazioni appaltanti od affidatarie, che viene anche in una doverosa ottica

prudenziale espressamente riservata a successivo provvedimento, anche cumulativo, da adottarsi se del caso applicando le forme previste dall'art. 167 co. 3 l.f., che appare potersi estendere analogicamente sussistendo l'eadem ratio del mantenimento di una vigilanza giudiziale seppure con una semplificazione delle forme tale da consentire una sorta di provvedimento "quadro" che eviti di ingessare eccessivamente le procedure, con effetti controproducenti rispetto alle esigenze della prosecuzione dell'attività e, in ultima istanza, degli stessi creditori concordatari. Il tutto, previa verifica della eventuale riconduzione dei singoli casi alla categoria sub a), rispetto alla quale andrà fornita un'attestazione suppletiva, ex art. 182 quinquies co. 4 l.f. circa l'essenzialità e la funzionalità delle prestazione di cui occorre eseguire il pagamento.

Il piano depositato il 30 luglio u.s. contiene altresì la richiesta di autorizzazione da parte del Tribunale di un finanziamento prededucibile ex art. 182 quinquies l.f., dell'importo sino ad Euro 6.300.000 indicato come necessario al fine di svolgere compiutamente l'attività aziendale sino alla conclusione dei contratti in corso più volte citati, il cui termine indicativo viene a sua volta preannunciato dalla società debitrice nel gennaio 2017. E' tuttavia un dato normativo di rilievo il fatto che la norma invocata riguardi i c.d. finanziamenti ponte o interinali, rivolti cioè a garantire l'indispensabile sostegno finanziario fra la fase di ammissione (o del deposito del ricorso prenotativo) e l'omologa del concordato. Non a caso, infatti, l'attestatore è chiamato a verificare "il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione" dovendosi perciò distinguere la fattispecie prevista dal citato articolo da quella di cui è eco al precedente art. 182 quater co. 1 l.f. (finanziamenti previsti nel piano e compiuti in esecuzione di un concordato preventivo omologato, quindi eseguiti post omologa e secondo la dottrina maggioritaria non necessitanti di alcuna ulteriore autorizzazione giudiziale).

Orbene, le esigenze finanziarie esposte dalla ricorrente (vds. pag. 110 del piano nonché pagg. 9 e ss. del doc. 213) evidenziano un fabbisogno finanziario di Euro 5.208.000 a dicembre 2014 per scendere ad Euro 5.084.000 a gennaio 2015. L'attestatore, nell'affermare che la contrazione di detto finanziamento è funzionale al "migliore soddisfacimento dei creditori" (vds. p. 62 e ss. della relazione ex art. 161 co. 3 l.f.) compie un espresso riferimento all'impegno finanziario previsto nel business plan. Conseguentemente, avuto riguardo al fatto che, in dipendenza della prefissanda udienza ex art. 174 l.f. in dispositivo, può plausibilmente ritenersi che – in ipotesi fisiologica e salve successive evenienze negative o accertamenti ostativi – entro gennaio 2015 possa conseguirsi la definitività dell'eventuale decreto di omologazione, in questa sede l'autorizzazione richiesta può concedersi sino alla concorrenza dell'importo massimo di Euro 5.200.000.

Del resto lo stesso soggetto finanziatore (vds. doc. 4 allegato alla relazione di attestazione) mostra di aver compreso la distinzione che sopra si è individuata, impegnandosi all'erogazione del finanziamento alla alternativa condizione o della omologazione del piano contenente la previsione del finanziamento con richiesta di riconoscimento della prededucazione, oppure della autorizzazione ai sensi dell'art. 182 quinquies l.f., sì che da questo punto di vista la limitazione autorizzativa che precede non appare di ostacolo alla concessione degli ulteriori importi necessari post omologa e promessi.

Alla luce delle premesse che precedono e con valutazione allo stato degli atti, nulla osta in definitiva all'ammissione alla procedura minore concordataria della società E. soc. coop., impregiudicata ogni valutazione di convenienza riservata ai creditori e salvo ogni successivo accertamento e verifica condotta dal Commissario giudiziale od emersione di circostanze rilevanti ex art. 173 e 186 bis ult.co. l.f..

Appare opportuna la nomina quale Commissario giudiziale, per ragioni di efficienza e speditezza della procedura, di cui ha già preso contezza, del medesimo professionista già officiato nella fase di pre concordato, ex art. 161 co. 6 l.f.

Il deposito ai fini del parziale pagamento delle spese di giustizia è fissato come in dispositivo.

PQM

- dichiara aperta la procedura di concordato preventivo di E. soc. coop.; - delega alla procedura il dott. Alessandro Farolfi;
- ordina la convocazione dei creditori per il giorno ad ore ;
- stabilisce che il presente provvedimento venga comunicato ai creditori entro il giorno ; detta comunicazione dovrà contenere l'avviso che il silenzio eventualmente manifestato dai creditori, in occasione delle operazioni di voto, sarà considerato tacito voto favorevole;
- nomina commissario giudiziale il dott. Mattia Berti di Lugo;
- dispone che la ricorrente – entro quindici giorni dalla comunicazione di questo decreto – depositi presso banca indicata dal Commissario giudiziale mediante accensione di deposito vincolato alla presente procedura - la somma di € 210.000 per il parziale pagamento delle spese presumibili della procedura;
- ordina che il presente decreto sia pubblicato a cura della Cancelleria ex art. 17 LF.