

**TRIBUNALE ORDINARIO DI AVELLINO****Sezione Prima Civile***Ufficio procedure concorsuali e crisi d'impresa*

In persona del giudice designato, dott. Pasquale Russolillo,

nel procedimento per conferma di misure protettive portante il numero **1391** del Registro della Volontaria Giurisdizione dell'anno **2023**, promosso da

(C.F. _____), *in persona del legale rappresentante pro-tempore,*

, giusta procura in atti

ricorrente

nei confronti di:

in persona

del legale rappresentante pro-tempore, con il patrocinio dell'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI NAPOLI

e

AGENZIA DELLE ENTRATE – D.P. DI AVELLINO (C.F. _____), *in persona del legale rappresentante pro-tempore,* con il patrocinio dell'AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI NAPOLI

resistenti

visti gli artt. 18 e ss. C.C.I.,

ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con ricorso depositato in cancelleria in data 28/08/2023, la società

ha chiesto: la conferma per la durata di centoventi giorni delle misure protettive già provvisoriamente efficaci consistenti; a) nell'inibitoria *erga omnes* all'avvio o prosecuzione di qualsivoglia azione esecutiva e cautelare sul patrimonio dell'impresa e sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività; b) nel



divieto generalizzato per i creditori anteriori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore; c) nel divieto per i creditori di levare protesti cambiari.

Le suddette misure hanno prodotto effetti provvisori con la pubblicazione della relativa istanza nel registro delle imprese in data 28/08/2023, a seguito dell'avvio della procedura di composizione negoziata giusta accettazione della nomina da parte dell'esperto, dott.

L'esponente, dopo aver dichiarato di non aver avuto accesso ad alcuna delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dall'art. 25 *quinquies* CCII, ha rappresentato che l'odierno ricorso ha la finalità di rendere possibile la prosecuzione delle trattative con i creditori ai fini della soluzione della situazione di squilibrio patrimoniale ed economico finanziario in cui versa la società; in particolare, ha rappresentato di avere un'esposizione debitoria significativa nei confronti del fisco per 16,2 milioni di euro, ma di poter contare, ai fini del risanamento, sul possibile esito favorevole dei giudizi tributari in corso, idonei a determinare uno stralcio pressoché totale delle passività erariali; di voler sanare i debiti scaduti ed insoluti proseguendo l'attività aziendale e destinando le risorse finanziarie disponibili, derivanti dalla gestione corrente (*cash flow*) e dall'alienazione di un immobile (stimato per un valore di € 230.000,00 come da perizia in atti), al pagamento parziale dei creditori anteriori entro il termine di cinque anni (progetto di piano di risanamento allegato alla domanda).

Oltre alle produzioni obbligatorie previste dall'art. 19 co. 2 CCII è stata acquisita la relazione dell'esperto recante informativa sull'esito del *test* pratico, sulla regolarità e congruenza della documentazione contabile, sull'esistenza di concrete prospettive di risanamento, sulla funzionalità delle misure richieste ai fini dello svolgimento e del buon esito delle trattative, sull'individuazione delle parti nei cui confronti le misure produrranno i loro effetti e la valutazione dell'eventuale opportunità di ridurne i destinatari.

Il ricorso ed il decreto di fissazione udienza sono stati notificati all'esperto e a tutti i creditori inseriti in elenco, stante l'efficacia generalizzata delle misure richieste.

Si è costituita tramite Avvocatura dello Stato la Direzione Provinciale di Avellino dell'Agenzia delle Entrate, opponendosi alla conferma delle misure protettive; la resistente ha assunto che non vi è possibilità alcuna di una definizione a saldo e stralcio



del debito fiscale e che la composizione negoziata non consente il *cram down*, peraltro nella specie neppure ipotizzabile tenuto conto della genericità del piano, inidoneo a fornire elementi per la valutazione di convenienza, e dell'assenza di ogni prospettiva di continuità aziendale.

Si è inoltre costituito, sempre per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, il _____, titolare di un credito fiscale derivante da omesso pagamento di contributo unificato, assumendo che non è consentito, per il principio di indisponibilità e irrinunciabilità del credito tributario da parte dell'amministrazione finanziaria addivenire ad alcun accordo neppure parzialmente esdebitatorio in seno alla composizione negoziata, stante la necessità invece di ricorrere ad altri istituti concorsuali, quali l'accordo di ristrutturazione.

All'udienza del 17 ottobre 2023 la ricorrente ha insistito in domanda.

Sussiste la competenza del giudice adito ai sensi dell'art. 27 CCII, avendo la ricorrente in Avellino il proprio centro di interessi principali, luogo che, fino a prova contraria, si presume coincidente con la sede legale (co. 3).

Passando all'esame del merito, la natura cautelare del presente procedimento impone la verifica del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, secondo la speciale declinazione che tali presupposti assumono nella materia in esame.

Il *fumus boni iuris* consiste anzitutto nell'accertamento della condizione oggettiva che consente all'imprenditore di avvalersi della composizione negoziata, vale a dire l'esistenza di uno stato di crisi ovvero, secondo la tesi qui condivisa, anche di insolvenza, sia essa prospettica o già concretizzatasi, purché sempre reversibile, tale cioè da rendere tuttora perseguibile, secondo un criterio di ragionevolezza (ovvero di concreta probabilità), il risanamento (cfr. Trib. Bologna, 8 novembre 2022; Trib. Mantova 20 dicembre 2022).

La valutazione delle prospettive di risanamento è rimessa *in primis* alla valutazione dell'esperto, il quale avvia le trattative solo quando ritiene che esse siano concrete e possano essere dunque discusse con le parti interessate a darvi corso (art. 17 co. 5 CCII).

In caso di accesso alle misure protettive le verifiche compiute dall'esperto sono quindi rimesse anche al vaglio del Tribunale, che non basa il proprio giudizio esclusivamente



sulla dichiarazione dell'imprenditore in merito alla perseguibilità del risanamento sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, ma è chiamato ad acquisire un motivato parere dell'esperto (art. 19 co. 4 CCII), nonché a valutarne la congruità e coerenza logica sulla base di precisi riscontri estrinseci, potendo anche provvedere in casi di insuperabile incertezza alla nomina di un ausiliario (cfr. Trib. Lecco 20/01/2023 e Trib. Palermo 2/03/2023 sul *web*).

Al riguardo va evidenziato che il Codice della Crisi ha recepito la disciplina della composizione negoziata introdotta dal D.L. 118/2021 senza apportarvi significative modifiche, salvo prevedere fra gli atti da allegare al ricorso "*un progetto di piano di risanamento*", nel quale devono essere elaborate, sia pure in termini non necessariamente completi (potendo il piano subire variazioni alla luce dell'andamento delle trattative e della partecipazione dei creditori al processo di recupero degli equilibri aziendali), le linee guida del percorso che l'imprenditore intende seguire in condizioni di coerenza e congruità con gli esiti del *test* pratico.

Il sindacato giudiziale, da compiersi in via sommaria tenuto conto delle caratteristiche dell'accertamento cautelare, deve dunque basarsi: a) sugli esiti del *test* pratico, finalizzato a valutare in via preliminare la complessità del risanamento sulla base di un indice di riferimento dato dal rapporto "*fra il debito che deve essere ristrutturato e l'ammontare annuo dei flussi a servizio del debito*", nonché a stabilire, di conseguenza, la tipologia degli interventi da compiere per raggiungere nuovamente l'equilibrio finanziario, economico e patrimoniale; b) sul piano di risanamento predisposto dall'imprenditore in base alla lista di controllo messa a sua disposizione, la cui produzione in giudizio, sia pure sotto forma di mero progetto, è oggi prevista sin dall'avvio della procedura; c) sull'analisi di coerenza effettuata dall'esperto, consistente nella vaglio critico delle premesse e degli obiettivi del progetto di risanamento, attraverso adeguati riscontri ed eventuali proposte di modifica, ovvero in ultima analisi in un'attestazione di veridicità dei dati contabili forniti dall'imprenditore e di fattibilità del piano.

Si impone in sintesi che le strategie indicate dall'imprenditore siano non solo coerenti con i risultati del *test* pratico, salvo discostarsene motivatamente alla luce di soluzioni alternative che sia ben chiarite nel piano di risanamento, ma altresì verificabili, sulla



scorta di elementi concreti, quali possono essere, ad esempio, i risultati della gestione o gli impegni e le garanzie eventualmente assunti da terze parti interessate.

E' stato posto poi in evidenza che, in caso di imprese in stato di insolvenza, la reversibilità di tale condizione impone una verifica particolarmente rigorosa, dovendo il professionista tener conto, (Sezione III punto 2.4 del decreto direttoriale 28 settembre 2021) - oltre che della disponibilità dei creditori all'avvio delle trattative e della possibilità di ricavare dalla prosecuzione, anche indiretta, dell'attività d'impresa una qualche utilità destinata alla ristrutturazione del debito – anche delle seguenti situazioni che dovrebbero condurre all'immediata archiviazione dell'istanza: a) una continuità aziendale che distrugge risorse; b) l'indisponibilità dell'imprenditore ad immettere nuove risorse; c) l'assenza di valore del compendio aziendale (così Trib. Ravenna 17/03/2023 e Trib. Savona 27/03/2023 sul *web*).

Nella fattispecie in esame non vi sono dubbi sulla condizione di insolvenza in cui versa la società _____, essendo i flussi di cassa strutturalmente insufficienti ad assicurare il regolare pagamento dell'ingente massa passiva ed avendo già portato l'inadempimento delle obbligazioni all'avvio di iniziative esecutive da parte dei creditori.

Il progetto di piano proposto prevede che il superamento dello stato di insolvenza passi attraverso la ristrutturazione dei debiti, destinando al loro pagamento parziale (3,7 % l'Erario e 20% gli altri creditori) risorse in parte derivanti dalla continuità aziendale (circa 300.000 euro) ed in parte dalla realizzazione dei crediti anteriori e di un immobile (ulteriori 300.000 euro).

Il risultato del *test* pratico restituisce tuttavia valori incompatibili con l'ipotesi della continuità diretta, atteso che il rapporto fra il debito che deve essere ristrutturato e i flussi di continuità a regime a servizio del debito si colloca al di sopra del valore 6, che renderebbe necessaria la cessione dell'azienda.

Nella relazione dell'esperto non sfugge tale incongruenza, in quanto si evidenzia che *“a fronte dei risultati economico patrimoniali del test pratico l'esperto ha valutato negativamente le ragionevoli prospettive di risanamento”*, con l'aggiunta, però, che *“ciò non impedisce di proseguire con la composizione negoziata, perché la governance e gli advisor della società, come da relazione allegata, potrebbero addivenire ad un*



Piano di Risanamento che si fonda sulla conclusione dei giudizi positivi e/o di un accordo con il maggior creditore della società”.

Non vi sono tuttavia elementi che possano sufficientemente riscontrare l’affermazione conclusiva dell’esperto, posto che: a) i giudizi in essere con il creditore erariale (v. relazione del dott.) risultano essere ancora in una fase iniziale e quelli più rilevanti (CTP 5966/2019 e CTP 380/2020) non forniscono evidenza di uno stralcio del debito erariale idoneo a consentire una riduzione della massa passiva sufficiente a riportare il rapporto fra indebitamento e flussi al di sotto della soglia incompatibile con la continuità diretta; b) Agenzia delle Entrate costituendosi nel presente procedimento ha negato ogni possibilità di addivenire ad un accordo al di fuori di uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza stante l’indisponibilità e irretrattabilità del credito nell’ambito della procedura di composizione negoziata.

Su tale ultimo punto occorre fare chiarezza.

La composizione negoziata è un percorso stragiudiziale che ben può essere prodromico ad una ristrutturazione mediante accesso agli strumenti di regolazione dell’insolvenza, come è dato desumere dall’art. 23 co. 2 CCII, sicché non è escluso che l’imprenditore possa prospettare sin da subito come possibile mezzo di risanamento il ricorso alle procedure concorsuali, e dunque è irrilevante che nell’ambito delle trattative assistite dall’esperto non sia possibile ricorrere al *cram down* fiscale.

Va del resto stato rimarcato che il vaglio giudiziale per il riconoscimento della tutela protettiva prescinde da ogni valutazione prognostica sull’omologabilità degli strumenti di regolazione a cui il debitore intende accedere e sul buon esito delle trattative in corso, ben potendo esse risultare in una fase del tutto embrionale al momento dell’accesso alle misure.

Cionondimeno il requisito del *fumus boni iuris* della tutela protettiva ex art. 19 CCII non può prescindere - proprio in considerazione della natura dell’istituto della composizione negoziata finalizzata all’individuazione di soluzioni condivise con i creditori e le altre parti interessate - dal verificare, sulla scorta di quanto specificamente dedotto dall’imprenditore, la funzionalità, almeno potenziale, delle trattative al raggiungimento degli obiettivi di risanamento. Lo si evince chiaramente dalla lettera normativa dove è chiarito che le misure devono essere “funzionali” al



buon esito delle trattative dalla cui strumentalità rispetto alle soluzioni di risanamento possibili non può dunque prescindersi.

Non diversamente quando il risanamento debba necessariamente passare, in base al progetto di piano proposto, per uno degli strumenti di regolazione della crisi.

In questi casi la composizione negoziata potrebbe, a titolo di esempio, rendersi necessaria per garantire all'imprenditore una tutela anticipata volta alla conclusione degli accordi di ristrutturazione, almeno nei casi in cui egli non abbia ancora coinvolto, come richiesto dall'art. 54 co. 3 CCII, creditori che rappresentino il sessanta per cento della massa, o quando, in vista di un concordato preventivo, si intenda anteriormente verificare l'interesse di terze parti o creditori all'erogazione di nuova finanza ad entrare nel capitale sociale.

Per contro, in assenza di questo rapporto di causa effetto fra le trattative (ed i loro potenziali ed ancora non scrutinabili esiti) ed il progetto risanamento, la previsione di un percorso stragiudiziale protetto anticipato rispetto all'accesso alle soluzioni alternative della crisi e dell'insolvenza previste dall'art. 23 co. 2 CCII non avrebbe ragion d'essere e finirebbe per costituire una mera duplicazione delle analoghe tutele anticipate che assistono l'imprenditore sin dalla fase di deposito del ricorso ex art. 40, 44 e 54 co. 3 CCII.

In questo senso pare potersi intendere, dunque, l'esigenza divisata in alcune pronunce di verificare in sede di conferma delle misure ex art. 19 CCII la "serietà" delle trattative prospettate dall'imprenditore (Trib. Prato 22 aprile 2022 e Trib. Milano 21 luglio 2022 sul web).

Nella fattispecie in esame, per contro, è lo stesso debitore ad affidare il buon esito del percorso di ristrutturazione non a negoziati o possibili accordi con il principale creditore (l'esposizione verso il quale rappresenta quasi la totalità del debito, circa il 98%) o con terze parti, bensì all'esito, come detto ancora del tutto incerto, del contenzioso tributario in essere.

Tanto risulta evidente non solo dall'esito dell'istruttoria che, pur dopo il rinvio a tale scopo accordato, non ha consentito di evidenziare l'esistenza di trattative con l'Erario per la definizione agevolata dell'esposizione fiscale, ma altresì dalle ragioni di opposizione formulate da Agenzia delle Entrate nel presente procedimento.



La ricorrente non ha dunque individuato nel percorso di composizione negoziata lo strumento necessario a reperire risorse che possano essere destinate, come previsto, alla conclusione di un accordo di ristrutturazione, il quale, come noto, con l'entrata in vigore del D.L. 13 giugno 2023 n. 69, conv. in l. 10 agosto 2023, n. 103, impone che siano assicurate soglie minime di soddisfazione dell'Erario ai fini del *cram down* fiscale (ben superiori alla percentuale del 3,7 % prevista nel progetto di piano proposto) o di un concordato preventivo, limitandosi, come detto, a prospettare un generico affidamento sugli esiti del contenzioso tributario in essere, evento evidentemente slegato dallo svolgimento e dall'andamento delle trattative.

In tale stato di cose la tutela protettiva richiesta non può dunque essere accordata e la domanda di conferma va respinta con conseguente revoca delle misure già provvisoriamente efficaci.

Le spese di lite vanno compensate in quanto i motivi di rigetto della domanda non sono connessi alle ragioni di contestazione spiegate dai creditori costituiti, ma a profili più generali di ammissione dell'imprenditore al percorso di composizione negoziata.

Il ravvisato stato di insolvenza rende doverosa la segnalazione al Pubblico Ministero come previsto dall'art. 12 co. 3 CCII

P.Q.M.

Respinge il ricorso per la conferma delle misure protettive depositato da
, in persona del legale rappresentante pro-tempore e, per l'effetto, revoca le misure protettive richieste dalla ricorrente.

Compensa integralmente le spese di lite.

Manda alla cancelleria per la comunicazione urgente della presente ordinanza alle parti costituite e al Registro delle Imprese.

Dispone la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 12 co. 3 CCII.

Così deciso in Avellino, il 30 ottobre 2023.

IL GIUDICE

Dott. Pasquale Russolillo

