

CORTE DI APPELLO DI BARI

prima sezione civile

riunita in camera di consiglio e composta dai magistrati:

- dr. Maria Mitola Presidente
- dr. Alessandra Piliago Consigliere
- dr. Gaetano Labianca Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento nr. R.G. V.G. 1141/2024, avente ad oggetto reclamo avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale del Tribunale di Bari sez. fallimentare n. 243/2024, comunicata in data 12.8.2024;

TRA * , con sede legale in * ed elettivamente domiciliata presso il loro studio;

Reclamante - contro Curatela della Liquidazione giudiziale della * , in persona dei curatori fallimentari dr.ssa * e *;

nonché Procura Generale presso la Corte di Appello di Bari - intervenuto – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari

OGGETTO: reclamo ex art. 51 c.c.i.i. avverso sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

Conclusioni delle parti: come da note scritte depositate per l'udienza cartolare del 14.1.2025.

Fatto

Con ricorso depositato il 13/10/2022, a seguito di istanza di fallimento depositata dal P.M. presso il Tribunale di Bari, la società * con sede legale in Valenzano, presentava domanda per l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione ai sensi degli artt. 39-40-44 e ss. C.C.I.

Concesso termine di 60 giorni per il deposito della proposta, in data 12/12/2022 la società depositava domanda di concordato preventivo ex artt. 84 e ss. C.C.I., qualificato in continuità aziendale indiretta.

Con decreto del 3/04/2023, veniva dichiarata aperta la procedura, con fissazione della data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori a mezzo p.e.c., poi differita; con relazione depositata il 16/10/2023, i Commissari Giudiziali, all'esito delle operazioni di voto, comunicavano la mancata approvazione del concordato per il mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte dall'art. 110, comma 5 C.C.I.I. e per manifestato dissenso dei creditori inseriti nelle Classi II e III, aventi diritto di prelazione e/o privilegio.

Con i decreti del 23/10/2023 e del 6/12/2023, veniva fissata udienza per l'audizione della debitrice, dei creditori dissenzienti e del P.M. stesso.

Con memoria depositata il 17/11/2023, la società chiedeva l'omologazione forzata del concordato ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2-bis e, in subordine, dell'art. 112 C.C.I.A.A.; all'esito, veniva emessa la sentenza di dichiarazione di fallimento ed il decreto di mancata omologazione del concordato in data 12.8.2024.

Avverso detta sentenza (e decreto di rigetto di omologazione di concordato) veniva proposto tempestivo reclamo.

Con il primo motivo, la reclamante evidenziava l'erronea statuizione del Tribunale in ordine alla sussistenza - o meno - del requisito della conveniente o non deteriore proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria.

Esponeva che il Tribunale - a fronte della mancata adesione dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie (determinanti ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'art. 109, comma 1 C.C.I.A.A.) - non aveva ritenuto sussistente il requisito della convenienza concordataria rispetto a quella liquidatoria rilevando, per un verso, che l'attestazione non era pienamente conforme al disposto dell'art. 87, comma 3, CCII (in ordine alla completezza dei dati aziendali ed alla piena comprensibilità dei criteri utilizzati nella formazione dell'attivo) e, per altro verso, che - in uno scenario fallimentare - la complessiva somma a disposizione dei creditori privilegiati avrebbe potuto essere ben superiore ad € 81.480,00, sicché non poteva dirsi raggiunta la prova della "oggettiva convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria".

Orbene, a detta della reclamante, tale statuizione risultava del tutto errata, atteso l'evidente errore nella valutazione della situazione patrimoniale della società deducente, (in ordine alla relazione ex art. 87 comma 3 CCII e, quindi, alla evidente convenienza della proposta concordataria rispetto all'ipotesi liquidatoria).

Ed invero, il Tribunale aveva riportato un passaggio della relazione al voto negativo da parte dell'Agenzia dell'Entrate, ove si sosteneva che vi era stata nella relazione dell'attestatrice l'attribuzione - alle voci dell'attivo - di valori differenti rispetto a quelli riportati dalla società nella situazione patrimoniale al 13/10/2022; in particolare, con riferimento ai crediti vantati nei confronti della Pr. s.r.l., l'Agenzia delle Entrate aveva evidenziato che i crediti indicati in complessivi €. 273.126,91 erano stati completamente svalutati senza fornire alcuna spiegazione al riguardo, se non che "alcuni molto datati" e altri evidenziavano "riferite difficoltà di incasso".

Esponeva che detto assunto era del tutto destituito di fondamento, in quanto il credito non ammontava affatto ad €.273.126,91, posto che si trattava dei crediti della * verso clienti confluiti nel fitto d'azienda, non riscossi dalla conduttrice Pr. s.r.l. e retrocessi alla locatrice a seguito della risoluzione consensuale anticipata della locazione d'azienda, per effetto dell'accordo consensuale del 7/12/2022; inoltre, trattavasi di crediti originariamente dalla * fallita già alla data della domanda di concordato della deducente, per cui era rispetto a tali crediti che si riferiva la valutazione dell'attestatore, secondo la quale "tali crediti sono risultati molto datati e rinvergono alla odierna società ricorrente a seguito della risoluzione dell'originario contratto d'affitto d'azienda intercorso tra la * (oggi fallita) e la *".

Pertanto, l'errata valutazione rinveniva dal fatto che l'Agenzia delle Entrate aveva ritenuto che la * avesse un credito nei confronti della Pr. s.r.l. per complessivi €. 273.126,91,

considerando quindi - erroneamente - anche l'importo di €. 195.288,06 e, pertanto, il credito reale ammontava a soli €.77.838,85.

Quanto, poi alla mancata produzione della scheda contabile relativa ai rapporti con la Pr. Srl, né i Commissari e né il Tribunale, nel corso della procedura, avevano mai richiesto tale produzione; in ordine ai rilievi sugli altri crediti (€.4.000,00 per depositi cauzionali ed €.1.518,00 per anticipi fornitori), si trattava di importi del tutto esigui ed evidentemente ininfluenti per la valutazione della convenienza dell'ipotesi concordataria;

ed invero, l'unico bene immobile dell'amministratore era la casa adibita ad abitazione della famiglia (prezzo di acquisto €.175.000,00), su cui gravava l'ipoteca di primo grado a favore di * per l'importo di €.318.000,00, nonché ipoteca giudiziale di secondo grado a favore di * a garanzia dell'importo di €.200.000,00.

In ogni caso, anche la valutazione del Tribunale per la quale la complessiva somma a disposizione dei creditori privilegiati poteva essere superiore ad €.81.400,00 non comportava ex se il venir meno della convenienza concordataria; difatti, a fronte di un debito erariale di €. 689.189,57, la proposta concordataria assicurava all'Erario un importo di €. 137.837,914, che di certo non si sarebbe ottenuto in caso di fallimento, atteso che l'attivo fallimentare sarebbe stato destinato prima alle spese prededucibili (stimate in complessivi € 57.751,00) e al pagamento dei dipendenti per € 23.729,00, in ogni caso insufficiente anche solo a pareggiare la proposta concordataria.

Con il secondo motivo, parte reclamante lamentava l'erronea statuizione del Tribunale in ordine all'assenza di requisiti relativamente alla domanda subordinata di omologazione ex art. 112 CCII.

Evidenziava che il Tribunale, senza entrare nel merito della sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'omologazione ex art. 112, comma 2 CCII, si era limitato a richiamare le presunte carenze dell'attestazione redatta dalla dott.ssa Per_1 con particolare riguardo all'indicazione del valore di liquidazione del patrimonio alla data della domanda di concordato.

Viceversa, la relazione dell'attestatore era pienamente conforme al dettato normativo, sia sotto il profilo della formazione e valutazione dell'attivo che con riguardo al valore di liquidazione del patrimonio alla data della domanda di concordato.

Ciò detto, sussistevano i presupposti per la domanda di omologazione ex art. 112, comma 2 C.C.I.I.

Difatti, era soddisfatta la condizione sub a) della norma, in quanto il valore di liquidazione era distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; era soddisfatta la condizione sub b) della norma, in quanto non sussisteva nel caso di specie un valore eccedente quello di liquidazione; era soddisfatta la condizione sub c) della norma, in quanto nessun creditore riceveva più dell'importo del proprio credito; era soddisfatta la condizione sub d) della norma in quanto in tutte le classi - fatta eccezione per la classe I e II - era stata raggiunta la maggioranza dei voti favorevoli.

Tanto premesso, chiedeva che, in accoglimento del proposto reclamo, venisse revocata la sentenza di fallimento della * del Tribunale di Bari n.243/2024, (RG prefallimentare 182/2022), depositata in data 12/8/2024, comunicata a mezzo pec in pari data e, con essa,

revocato il decreto del Tribunale di Bari di rigetto della proposta di omologazione del concordato della * CP n. n. 64- 2/2022 P.U.

depositato, comunicato a mezzo pec in data 12/8/2024, con ogni statuizione di Legge; per l'effetto, chiedeva l'omologazione della procedura di concordato preventivo in continuità ex art. 84 e seguenti del Codice della Crisi e dell'insolvenza della * così come in atti formulato ai sensi dell'art. 88, comma 2 bis CCI e, in subordine, ai sensi e per gli effetti dell'art. 112 comma 2 CCI. 3.

In via gradata, venissero rimessi gli atti al Tribunale di Bari per la riattivazione e prosecuzione della procedura concordataria, con ogni conseguente statuizione.

Si costituiva la curatela della liquidazione giudiziale della * che resisteva al reclamo evidenziando che il Tribunale di Bari aveva analizzato scrupolosamente il contenuto del piano concordatario e della documentazione ex art. 87 CCII, per giungere correttamente al sindacato negativo di fattibilità anche in ordine alla convenienza dell'alternativa liquidatoria, per manifesta inattendibilità della relazione ex art. 87, comma III, CCII.

Evidenziava l'inammissibilità del reclamo nella parte in cui la società aveva richiesto l'omologazione della procedura di concordato preventivo (con la richiesta c.d. di "cross class cram down"), posto che la società aveva irritualmente avanzato istanza di "ristrutturazione trasversale" in una fase processuale tesa già all'adozione del provvedimento ex art. 49, comma I, CCII, scivolando nella sanzione di inammissibilità.

Né risultava acquisito agli atti del fascicolo il necessario parere ex art. 48, comma II, CCII, proprio perché il Tribunale non aveva mai aperto il giudizio di omologazione, rigettando l'istanza di omologa poiché proposta "in maniera del tutto generica e senza alcuna effettiva argomentazione a sostegno".

In via del tutto subordinata, evidenziava che il giudizio negativo altro non era che la diretta conseguenza delle già evidenziate carenze ed incongruenze della relazione attestata, della fattibilità giuridica della proposta e dell'impossibilità giuridica di individuazione del valore di liquidazione.

Tanto premesso, chiedeva di rigettare integralmente il reclamo proposto poiché inammissibile ed infondato in diritto; per l'effetto, di condannare la reclamante alla rifusione delle spese e dei compensi di giudizio.

Dopo un rinvio disposto per consentire la notifica al P.M. che aveva richiesto la liquidazione giudiziale, all'udienza del 14.1.2025, la Corte si è riservata per la decisione.

Diritto

Appare utile, ai fini espositivi, riportare preliminarmente il piano e la proposta di concordato della * * che prevede che tutti i "creditori chirografari ab origine" e "degradati a chirografario" vengano soddisfatti esclusivamente mediante l'apporto di finanza esterna da parte della società D. Distribuzioni s.r.l.

Il piano concordatario prevede la suddivisione nelle seguenti classi:

- pagamento integrale (100%) dei debiti vs lavoratori dipendenti;
- CLASSE I- crediti privilegiati ex artt. 2753 e 2754 cc verso Istituti previdenziali ed assistenziali degradati a chirografo (crediti assistiti da privilegio ex artt. 2753 e 2754 c.c.,

integralmente degradati a chirografo ai sensi dell'art.84 comma 5° e dell'art 88 comma 1° del CCII).

- CLASSE II - crediti privilegiati ex art. 2752 cc verso Erario e verso Comuni degradati a chirografo ai sensi dell'art.84 comma 5° e dell'art 88 comma 1° del CCI.

- CLASSE III crediti chirografari ab origine –verso istituti di credito.

- CLASSE IV– crediti chirografari ab origine –verso fornitori - CLASSE V- crediti vs altri - CLASSE VI – crediti verso D. Distribuzione srl.

La proposta prevede:

la cessione dell'azienda alla D. Distribuzione S.r.l. con sede in Noicattaro (BA) alla via Pesole n.31 per €. 68.000,00, come da stima in atti, giusta proposta irrevocabile d'acquisto, previo esperimento di procedura competitiva, ex art.91 CCI;

realizzo di €.13.480,00 derivante dalla prudenziale liquidazione di beni offerti in cessione (credito di €12.181,00 vs * e cassa contate di €1.299,56); apporto esterno di €.290.000,00 da parte di D. Distribuzione Srl, incrementato il 12/06/2023 ad €.330.000,00 così come rinviene dalla relazione ex art. 105 CCI, condizionato alla omologazione del piano, da eseguire nell'arco di cinque anni.

Il piano di concordato si fonda sul trasferimento del ramo d'azienda meglio descritto nella relazione di stima redatta dalla dott.ssa Persona_2 in favore della D. Distribuzioni s.r.l. oltre che sull'apporto di finanza esterna da parte della stessa D. Distribuzioni S.r.l.

Trattasi dunque di un concordato in c.d. “continuità aziendale indiretta”, in quanto l'azienda in esercizio rappresenta un mezzo per il pagamento dei creditori, indipendentemente dalla circostanza che questa sia amministrata dal debitore o da soggetti diversi.

Il valore dell'attivo stimato è per complessivi € 81.480,00 (cfr. ricorso in atti) e il passivo concordatario pari ad € 1.529.584,05.

La società ha provveduto a dotarsi di una relazione di un professionista munito dei requisiti di legge, dalla quale risulta che, in un contesto di liquidazione fallimentare, i creditori, potrebbero contare, per il soddisfacimento delle proprie legittime pretese creditorie, sulla complessiva somma di €. 81.480,00.

Nel rispetto dei principi dettati in tema di ordine delle cause di legittima prelazione, l'attivo complessivamente rinvenibile, in sede di liquidazione giudiziale di € 81.480,00 consentirebbe, in base alla proposta:

- a) il pagamento integrale (100%) delle spese prededucibili, stimate in complessivi € 57.751,00;
- b) pagamento integrale dei creditori privilegiati verso i dipendenti per € 23.729,00;
- c) nessun pagamento per gli altri creditori privilegiati (0%);
- d) nessun pagamento per i creditori chirografari.

Il piano concordatario si basa:

- sul trasferimento dell'azienda meglio descritta nella relazione di stima redatta dalla dott.ssa Persona_2 in favore della D. Distribuzione S.r.l. per il corrispettivo di € 68.000,00,

in virtù di proposta irrevocabile d'acquisto e previo esperimento procedura competitiva ex art 91 comma I CCI;

- sul realizzo della somma di €13.480,00 rinveniente dalla prudente liquidazione dei beni ceduti alla procedura;

- sull'apporto esterno che sarà reso disponibile dalla D. distribuzione s.r.l. (€ 331.000,00) condizionatamente all'omologa del presente piano nell'arco di un quinquennio.

Venendo adesso alle operazioni di voto, nelle Classi I e II, creditori aventi diritto di prelazione o privilegio, non vi sono state espressioni di voto favorevole e, pertanto, non risultano raggiunte le percentuali di voto favorevole, mentre le altre classi hanno espresso voto favorevole.

Con l'istanza del 17.11.2023, la società ha chiesto di provvedere all'omologazione del concordato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 88, comma 2-bis CCII e, in subordine, ai sensi e per gli effetti dell'art. 112 CCII., ovvero: "trasferimento, previo esperimento della gara ex art 91 CCI., in favore della DEPA DISTRIBUZIONE SRL, dell'azienda meglio descritta nella perizia di stima redatta dalla dott.ssa Persona_2 apporto della necessaria finanza esterna pari a € 330.000,00 da parte della società DEPA DISTRIBUZIONE SRL, condizionato al passaggio in giudicato dell'omologa del presente piano concordatario, e utilizzo della somma complessiva di € 13.480,00 quale valore di realizzo delle attività della società ricorrente, che consentiranno il pagamento di tutti i creditori anteriori al deposito del ricorso ex art 39 e seguenti del CCI nei modi e nei tempi previsti nel piano con definitiva liberazione del debitore e dei suoi coobbligati e/o garanti con piena soddisfazione dei creditori prededucibili, e dei dipendenti, pagamento parziale al 20% dei creditori di classe I (debiti contributivi), pagamento parziale al 20% dei creditori di classe II (debiti tributari) pagamento parziale al 20% dei creditori di CLASSE III, CLASSE IV, E CLASSE V (chirografari-ab origine), nessun pagamento per la classe VI (DEPA DISTRIBUZIONE SRL) e nessun pagamento per il creditore * ed accantonamento delle somme già specificate nel fondo imprevisi".

Ciò premesso, va detto che, nel valutare l'ammissibilità del cram down nel concordato in continuità aziendale indiretta, il Tribunale ha condiviso l'interpretazione estensiva in considerazione della ratio dell'istituto, finalizzata al superamento del diniego in presenza di proposte non deteriori rispetto all'alternativa liquidatoria, sussistente in entrambi gli strumenti di composizione della crisi (in continuità e liquidatorio) e scrutinato la sussistenza del requisito della conveniente (o non peggiore) proposta concordataria, rispetto all'alternativa liquidatoria, risolvendola in senso negativo.

Per poter riscontrare la maggiore convenienza dell'alternativa liquidatoria rispetto a quella concordataria, ha evidenziato le carenze della relazione dell'attestatrice ex art. 87 CCII, sottolineando:

a) che quanto attestato dalla società, ex art. 87 C.C.I.I., (ovvero che, in un contesto di liquidazione fallimentare, i creditori potevano contare sulla complessiva somma di €. 81.480,00), non corrispondeva a quanto allegato in modo condivisibili dall'Agenzia delle entrate, che (nel suo voto contrario) aveva stigmatizzato l'attribuzione, da parte dell'attestatore, di valori differenti alle voci dell'attivo rispetto a quelli riportati dalla società nella situazione patrimoniale alla data del 13.10.2022, con particolare riferimento ai crediti vantati nei confronti della Pr. S.r.l., pari a complessivi € 273.126,91;

b) che analoghe considerazioni valevano con riferimento agli altri crediti, tra cui quello di € 4.000,00 per depositi cauzionali vari e quello di € 1.518,00 per anticipi a fornitori, cui non era stato attribuito inspiegabilmente alcun valore concordatario per una presunta difficile tramutabilità in liquidità;

c) che l'attestazione non era pienamente conforme al disposto dell'art. 87, comma 3, CCII, proprio in ordine alla "completezza dei dati aziendali" e alla "piena comprensibilità dei criteri utilizzati nella formazione dell'attivo".

Di conseguenza, ha dedotto che "... non poteva ragionevolmente escludersi che, a fronte di un debito erariale complessivo certificato pari ad € 689.189,57 (riveniente in larga parte dall'omesso versamento dell'IVA e dell'IRAP sin dal 2017, primo anno di operatività della società), in uno scenario fallimentare, tenuto conto anche del potenziale esperimento in sede di liquidazione giudiziale dell'azione di responsabilità ex art. 255.C.C.I.I. (dai bilanci si evince che sin dal 2018 la società ha operato costantemente in una situazione di squilibrio finanziario con patrimonio netto sempre più negativo e non risultano adottati da parte dell'amministratore le iniziative di cui agli artt. 2484 e 2485 c.c.) nei confronti del legale rappresentante *, proprietario di immobile sebbene gravato da ipoteca, la complessiva somma a disposizione dei creditori privilegiati potrebbe essere ben superiore ad € 81.480,00, ed in conclusione non può dirsi raggiunta la prova della oggettiva convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria" (cfr. impugnata decisione).

Avverso detta statuizione, si sono incentrate le critiche di parte reclamante, che ha evidenziato come la valutazione dell'attestatore non fosse affatto omissiva e/o incompleta, posto che l'Agenzia delle entrate aveva erroneamente ritenuto che si trattasse di crediti vantati dalla * verso la Pr. s.r.l. per complessivi € 195.288,06, laddove invece si trattava di crediti originari della * concessi in locazione d'azienda alla Pr. e poi retrocessi in forza della risoluzione consensuale della locazione d'azienda; pertanto, il credito ammontava a soli € 77.838,85.

Rispetto ai crediti retrocessi dalla Pr. alla *, l'attestatore aveva evidenziato trattarsi di crediti "molto datati" e completamente svalutati per riferite "difficoltà di incasso"), non riscossi dalla Pr. (e poi retrocessi per effetto dell'accordo consensuale del 7.12.2022, con cui le due società convenivano di risolvere anticipatamente il contratto di fitto d'azienda condizionatamente alla aggiudicazione dell'azienda all'esito della procedura competitiva ex art. 91 CCII).

In subordine, evidenziava che non poteva affatto condividersi il rigetto del Tribunale in ordine al rigetto della richiesta di omologazione ex art. 112, comma secondo, CCII, ricorrendo tutti i presupposti di cui alla norma invocata (ovvero lett. a, b, c, e d).

Così riepilogate le rispettive posizioni e i motivi di reclamo, a parere della Corte, esso non può essere accolto, risultando la decisione conforme a diritto, per quanto sia da integrare la motivazione.

Va anzitutto precisato, con riguardo all'art. 88 del Codice della crisi (che disciplina la transazione fiscale nell'ambito del concordato), che l'incipit di tale norma ("Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2"), è stato da una parte della dottrina e giurisprudenza inteso nel senso che le norme disciplinanti la transazione fiscale (art. 88, co. 1) trovano applicazione solo per il concordato liquidatorio,

ma non con riguardo al concordato con continuità aziendale, al quale – per effetto del suddetto incipit - si applicherebbero esclusivamente le norme recate dall’art. 112, comma 2.

Per l’effetto, la medesima restrizione dovrebbe valere quindi anche per le disposizioni dettate relativamente al cram down fiscale dal comma 2-bis dell’art. 88, che permette al tribunale (ricorrendo i presupposti ivi previsti) di considerare positivo il voto negativo (espresso o non espresso) dell’Agenzia delle Entrate e addivenire così all’ omologazione della proposta concordataria anche in mancanza di adesione del creditore pubblico.

Peraltro, il comma 2-bis citato attribuisce tale potere al Tribunale quando la mancanza di adesione da parte dell’Amministrazione finanziaria è determinante – come nel concreto - ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui al comma 1 dell’art. 109 (in base al quale il concordato è approvato con il voto favorevole che rappresenta la maggioranza dei crediti ammessi al voto), ma senza fare alcun riferimento al successivo comma 5 del medesimo art. 109, che, con riguardo al concordato con continuità aziendale, ne prevede l’approvazione se tutte le classi votano a favore (cfr. Trib. di Lucca 18 luglio 2023 e Corte di Appello di Firenze 31 ottobre 2023).

Secondo altra lettura, invece, in forza della norma di cui all’art. 112, secondo comma CCII, il tribunale può omologare il concordato in continuità aziendale anche ove una o più classi abbiano espresso il loro dissenso rispetto alla proposta di concordato in continuità aziendale, se ricorrono talune condizioni, tra le quali rientra anche quella per cui la proposta di concordato deve essere stata approvata dalla maggioranza delle classi. A detta di questa opzione, l’interpretazione restrittiva si rivelerebbe contraria alle finalità che hanno indotto il legislatore a introdurre il cram down fiscale; inoltre, se il legislatore avesse voluto escludere l’applicazione della transazione fiscale al concordato con continuità aziendale, sarebbe stato semplice delimitare l’ambito applicativo di tale istituto al concordato liquidatorio, senza necessità di richiamare le disposizioni dettate dal comma 2 dell’art. 112 relativamente al giudizio di omologazione.

A parere della Corte, tra le due opposte tesi, va ricercata una interpretazione dell’incipit aggiunto al comma 1 dell’art. 88, che privilegi la coerenza e la sistematicità di tale disposizione rispetto alle altre norme del Codice della crisi.

Questa diversa interpretazione è possibile se si attribuisce a tale incipit (“fermo restando quanto previsto per il concordato in continuità aziendale dall’art. 112 comma 2”), lo scopo di affermare l’applicazione delle norme recate dal comma 2 dell’art. 112 del Codice in aggiunta - anziché in sostituzione – di quelle dell’art. 88, che regolamentano, come detto, la transazione fiscale.

Sulla base di questa interpretazione, pertanto, nel concordato in continuità gli effetti del comma 2 bis dell’art. 88 si generano “soltanto se” si verificano anche gli ulteriori presupposti previsti dal comma 2 dell’art. 112 CCII.

Ne deriva che, nel concordato in continuità, occorre il rispetto delle ulteriori condizioni poste dal comma 2 dell’art. 112, tra le quali quella che richiede la necessaria approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza delle classi, con la conseguenza che:

-in caso di mancato voto favorevole di tutte le classi a causa del dissenso (non “determinante”) del Fisco ed eventualmente di altri creditori, il tribunale può omologare comunque la proposta concordataria se questa viene approvata dalla maggioranza delle classi e ricorrono gli altri presupposti richiesti dal comma 2 dell’art. 112 (senza necessità di

dar corso al cram down fiscale, che risulta quindi in tal caso inutile, non essendo l'adesione del Fisco "determinante");

-in caso di mancato raggiungimento del voto favorevole da parte della maggioranza delle classi a causa del dissenso "determinante" del Fisco, il tribunale omologa la proposta concordataria mediante il cram down fiscale previsto dal comma 2-bis dell'art. 88 e ai sensi del comma 2 dell'art. 112, ma solo se ricorrono i rispettivi presupposti di quest'ultima disposizione.

Tale è l'interpretazione che la Corte intende privilegiare, oltretutto avallata dal correttivo ter (art. 21, comma 4 del D.Lgs. 13 settembre 2024, n. 136), che prevede all'art. 88, nel concordato in continuità aziendale, che "ferme restando le altre condizioni previste dall'articolo 112, comma 2, il tribunale omologa il concordato anche in mancanza di adesione, che comprende il voto contrario, da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazioni obbligatorie, se la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazioni obbligatorie risulta non deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. Nell'ipotesi di cui al primo periodo il tribunale omologa se tale adesione è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi prevista dall'articolo 112, comma 2, lettera d), oppure se la stessa maggioranza è raggiunta escludendo dal computo le classi dei creditori di cui al comma 1. In ogni caso, ai fini della condizione prevista dall'articolo 112, comma 2, lettera d), numeri 1) e 2), l'adesione dei creditori pubblici deve essere espressa"¹, in cui viene recepita la tesi per cui, in assenza di voto positivo della maggioranza delle classi, il concordato può essere omologato con l'approvazione anche di una sola classe parzialmente soddisfatta (che avrebbe ricevuto un trattamento migliore se il valore eccedente quello di liquidazione fosse stato distribuito secondo l'ordine dei privilegi), ma con adesione dei creditori pubblici che deve essere espressa.

Possono allora trarsi le conseguenze del ragionamento sin qui seguito.

¹Come detto, trattandosi di concordato in continuità aziendale indiretta, di cui è stata richiesta l'omologazione anteriormente all'entrata in vigore del correttivo ter, deve ritenersi che la richiesta di applicabilità del comma 2 bis dell'art. 88 (c.d. cram down fiscale) al

¹ 11 Nella relazione illustrativa, si chiarisce che "se il trattamento non è deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, l'omologazione può avvenire se il dissenso dei creditori pubblici è ostativo al raggiungimento della maggioranza che consente la ristrutturazione trasversale ma non se il creditore pubblico diventa, a seguito dello stesso cram-down, l'unica classe interessata consenziente. In altre parole, si può superare il dissenso del fisco o degli enti previdenziali per la maggioranza necessaria per giungere alla ristrutturazione trasversale, ma non per l'unanimità che consente l'omologazione, né per considerare soddisfatto il requisito dell'unica classe di creditori disciplinata dalla lettera d) numeri 1 e 2 dell'articolo 112 (né, tantomeno, per avere l'unanimità necessaria per l'omologazione). Si chiarisce che la norma contempla due meccanismi utili per ottenere la maggioranza: uno escludendo le classi di creditori pubblici dal computo delle maggioranze (quindi dal numero di classi necessario perché la maggioranza sia raggiunta) e tenendo conto solo delle altre classi, e l'altro non considerandole tra le dissenzienti fermo restando il numero complessivo di classi esistenti. Il comma 6 si occupa dell'individuazione degli uffici competenti ad esprimere il voto. In particolare si prevede che per i tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate il voto sulla proposta è espresso dalla competente Direzione, su parere conforme della relativa Direzione regionale ove competente sia una Direzione provinciale, per i tributi amministrati dall' * monopoli il voto sulla proposta è espresso dalle competenti Direzioni territoriali, dalla competente Direzione territoriale interprovinciale ovvero da ciascuna Direzione centrale per gli atti impositivi direttamente emessi, per i contributi previdenziali amministrati dall' * e per i premi amministrati dall' * il voto sulla proposta è espresso dalla competente Direzione territoriale su decisione del Direttore regionale. Si prevede al comma 7 che il voto è espresso dall'agente della riscossione limitatamente agli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112" (cfr. relaz. illustr.).

concordato in continuità indiretta (caratterizzata dal mancato raggiungimento del voto favorevole da parte della maggioranza delle classi a causa del dissenso “determinante” del Fisco e degli enti contributivi e previdenziali), fosse condizionata al ricorrere dei presupposti di cui al comma 2 dell’art. 112.

Ciò posto, occorre allora verificare se, nel concreto, ricorressero i presupposti di cui al secondo comma dell’art. 112 CCII.

Sul punto, il secondo comma dell’art. 112 CCII dispone che, nel concordato preventivo in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti (come nella specie), il tribunale, su richiesta del debitore, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) “il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
- b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall’articolo 84, comma 7;
- c) nessun creditore riceve più dell’importo del proprio credito;
- d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione”.

La norma disciplina, com’è noto, la c.d. “ristrutturazione trasversale” dei debiti dell’impresa, che consente di imporre alle classi di creditori dissenzienti la ristrutturazione che esse hanno respinto con il loro voto contrario, in forza di un piano omologato dall’autorità giudiziaria, nonostante appunto il dissenso di una o più classi di creditori.

Detta disciplina trae origine dalla Direttiva Insolvency sul c.d. cross-class cram-down.

La prima condizione (lett. a) prevede che, secondo il piano predisposto dal debitore, il valore di liquidazione venga distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; in tal caso, deve rispettarsi il criterio di cui all’art. 84, comma sesto, CCII (regola della c.d. priorità assoluta; APR absolute priority rule).

La seconda condizione (lett. b) concerne i criteri di distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione, da distribuirsi in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando la previsione di cui al settimo comma dell’art. 84 CCII.

La terza condizione (lett. c) esige che nessun creditore riceva più dell’importo del proprio credito.

La quarta condizione (lett. d) prevista dall’art. 112, secondo comma, CCII ai fini dell’applicazione del meccanismo del cram down, che rappresenta il vero punctum dolens dell’istituto, formula due ipotesi tra loro alternative.

La prima parte della norma prevede che, ai fini dell'omologazione del concordato in continuità, non sia necessaria l'unanimità delle classi, bensì occorre che sia raggiunta la maggioranza delle stesse, ma almeno una delle classi favorevoli deve essere formata da creditori titolari di diritti di prelazione.

La seconda parte (con l'inciso "oppure in mancanza"), prevede che abbia votato favorevolmente, approvando la proposta, almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

E' noto, poi, che l'utilizzo dell'espressione "in mancanza" ha suscitato dubbi interpretativi poiché non chiarisce se ciò significhi che debbano essere non presenti classi di creditori privilegiati ovvero se l'omologa possa avvenire comunque, anche se nessuna classe di privilegiati, in ipotesi esistente, abbia votato a favore.

Come è stato autorevolmente osservato in dottrina, l'espressione "in mancanza" sembra da intendere "sia nel senso che una classe favorevole di creditori prelazionari potrebbe non essere stata contemplata nella proposta del debitore, sia nel senso che, pur essendo state contemplate classi di tal genere, nemmeno una di esse abbia votato favorevolmente".

Per poter effettuare correttamente la verifica circa la soddisfazione conseguita in applicazione della regola della APR (priorità assoluta) anche sul valore eccedente quello di liquidazione, occorre sommare tutto l'attivo del debitore (valore di liquidazione e surplus derivante dall'esercizio dell'impresa in continuità), senza considerare gli apporti di finanza esterna, in quanto non assoggettabili alle regole del concorso, e controllare che, in caso di distribuzione di tale attivo secondo le regole della graduazione, la classe in questione riceverebbe almeno un pagamento parziale (classe di creditori "c.d. in the money").

Ora, il proponente ha avanzato la proposta di concordato utilizzando, per la distribuzione della c.d. "eccedenza rispetto al valore di liquidazione" (in sostanza gli utili generatisi dalla domanda di concordato sino alla conclusione della esecuzione del concordato) il criterio della Relative Priority Rule (RPR), ossia la regola secondo la quale tale eccedenza non va distribuita nel rigoroso rispetto dell'ordine delle cause di prelazione (ovvero che solo allorquando la classe superiore sia interamente soddisfatta possa procedersi a ripartire risorse alla classe inferiore), ma quella per cui i creditori inseriti in una classe ricevono un trattamento almeno pari a quello delle classi di pari grado, seppur non integralmente soddisfattivo (qui sta la differenza con la APR) rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

Nella tabella riepilogativa tra l'ipotesi liquidatoria e quella concordataria (v.dsi relazione dell'attestatore alla pag. 21), viene previsto che le classi I e II (enti previdenziali e agenzie fiscali) ricevano con il piano una percentuale del 20% (come pure le classi III, IV e V, composte da creditori ab origine chirografari), mentre nulla per la classe VI2.

Ora, va detto che, pur essendosi formata la maggioranza delle classi, nessuna di queste classi (III, IV, V e VI) è formata da creditori titolari di diritti di prelazione (prima parte della lett. d del secondo comma art. 112); deve allora verificarsi se ricorressero i presupposti di cui alla seconda parte della norma, ovvero se la proposta sia stata approvata almeno " ... da una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di distribuzione" (seconda parte lett. d) art. 112).

Detta disposizione è stata interpretata nel senso di controllare che, in caso di distribuzione dell'attivo concordatario (con esclusione dell'apporto esterno) secondo le regole della graduazione, la classe in questione riceverebbe almeno un pagamento parziale (classe di creditori c.d. in the money); in altri termini, se il piano è favorevolmente accolto da una classe di creditori in esso "maltrattati", in quanto titolari² di una aspettativa virtuale di miglior soddisfazione alla stregua del proprio rango creditorio.

A parere della Corte, tale presupposto non si è verificato nella fattispecie.

Anzitutto, laddove la società avesse inteso avvalersi – come nella specie - della regola di omologazione di cui all'art. 112, lettera d), avrebbe dovuto sottoporre al Tribunale una ipotesi distributiva alternativa dell'attivo concordatario, che prevedesse la distribuzione anche della eccedenza (e quindi dell'intero attivo concordatario, con esclusione della finanza esterna) secondo la regola della APR (Absolute Priority Rule, ossia secondo il rigoroso rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e non secondo il criterio temperato della Relative Priority rule RPR, utilizzato nella proposta): al che, parte istante non ha minimamente adempiuto, non formulando alcuna ipotesi alternativa distributiva dell'attivo concordatario secondo le regole dell'APR.

E difatti, il tribunale ha stigmatizzato la proposta, definendola generica e priva di sostegno probatorio.

Ma, anche a prescindere dalla concreta formulazione di tale ipotesi alternativa, è evidente l'impossibilità di prendere in considerazione il voto favorevole al concordato da parte dei creditori chirografari delle altre classi (III, IV e V), posto che essi (creditori chirografari) nulla riceverebbero in ipotesi di distribuzione di tutto l'attivo secondo la regola della APR, e ciò per il chiaro disposto della norma, che richiede che vi sia una almeno parziale soddisfazione dei creditori appartenenti a tale classe sull'eccedenza "anche" utilizzando la regola distributiva della APR.

In altri termini, non può provvedersi all'omologazione poiché le classi di creditori che hanno votato favorevolmente non sono quelle che subirebbero un pregiudizio in ambito concordatario³, ma, al contrario, sono delle classi che sarebbero trattate più favorevolmente nell'ipotesi concordataria rispetto a quella liquidatoria (T. Bergamo 11 aprile 2023; T. Mantova, 14 marzo 2024).

Pur volendo ritenere che la lettera dell'art. 112 lett. d) non menzioni affatto tale condizione di "svantaggio", limitandosi a disporre che si tratti di "...una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause ³legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione" e null'altro, va comunque rimarcato nel concreto che, applicando la regola della APR, le classi di creditori che hanno votato favorevolmente non percepirebbero nulla, per cui non potrebbero rivestire i caratteri

² Già questo non consente di ritenere rispettato il disposto della lett. b), posto che le categorie di enti pubblici (fisco e enti previdenziali e assistenziali) hanno ricevuto sul piano concordatario lo stesso trattamento riservato ai creditori ab origine chirografari (20%)

³ In dottrina, per definire tale classe di creditori, rilevante ai fini dell'omologazione nel dissenso di tutte le altre classi, è stata utilizzata l'espressione di "classe degli svantaggiati": si tratta di una classe di creditori che, se fosse applicata la APR (ossia, per usare le parole del 112, lett. d), fosse rispettata "la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione") riceverebbero un trattamento migliore rispetto alla proposta di concordato formulata nel rispetto della RPR.

di una classe rilevante ai sensi del secondo comma art. 112, lett. d) CCII (v. in questi termini, Trib. Roma 10.7.2024).

In definitiva, l'assenza obiettiva dei presupposti per dar luogo all'omologazione ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 88, comma due bis, e 112, comma secondo, CCII, assorbe gli altri motivi di reclamo legati alla erronea valutazione, da parte del Tribunale, della convenienza dell'alternativa liquidatoria rispetto a quella concordataria e l'eccezione di inammissibilità della richiesta di omologazione forzata (perché proposta in prossimità dell'udienza fissata per la liquidazione giudiziale della società), come formulata dalla curatela nella sede difensiva del reclamo.

In ordine alle spese di lite, tenuto conto della complessità, novità e rilevanza d'ufficio delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

rigetta il reclamo;

compensa le spese di lite.

pone a carico del reclamante l'obbligo d'integrazione del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

Così deciso, nella camera di consiglio della prima sezione civile, del 14.1.2025.

Depositato in cancelleria il 27 gennaio 2025