

Affitto di azienda con imputazione dei canoni al prezzo di acquisto e violazione del principio della competitività delle vendite.

Piano concordatario che subordini l'esecuzione di determinati atti all'autorizzazione del GD e fattibilità giuridica.

Abuso dello strumento concordatario

Tribunale di Milano, 12 giugno 2014. Presidente Lamanna. Estensore Francesca Mammone.

Concordato preventivo - Esecuzione - Affitto di azienda con facoltà di acquisto imputando i canoni al corrispettivo - Violazione del principio della competitività delle vendite attuate ai sensi dell'articolo 182 L.F.

Il piano concordatario basato su un contratto di affitto di azienda che preveda la facoltà per la società affittuaria, nel caso in cui la stessa eserciti il diritto di prelazione e si renda acquirente dell'azienda, di imputare i canoni di affitto a pagamento del prezzo è incompatibile con la regola della necessaria competitività delle vendite attuate ai sensi dell'articolo 182 L.F.

Concordato preventivo - Esecuzione - Autorizzazione del giudice delegato - Indisponibilità degli organi della procedura - Pregiudizio della fattibilità giuridica della proposta

La circostanza che determinate previsioni del piano concordatario siano subordinate ad una valutazione discrezionale del giudice delegato, chiamato ad autorizzarne il compimento, pregiudica la fattibilità giuridica della proposta, la quale impegna, senza averne la disponibilità, gli organi della procedura nelle loro determinazioni ha carattere discrezionale ed assume come elemento necessario un accadimento il cui verificarsi è rimesso alla decisione dell'autorità giudiziaria.

Concordato preventivo - Abuso dello strumento concordatario - Rinuncia alla domanda di concordato con riserva - Pendenza di procedimento per dichiarazione di fallimento - Presentazione di nuova domanda di concordato con profili di inammissibilità

Costituisce abuso dello strumento concordatario il comportamento del debitore che, in pendenza di ricorso per la dichiarazione di fallimento, rinunci alla domanda di concordato con riserva dopo aver ricevuto la convocazione in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 173 L.F., e presenti una nuova domanda di concordato connotata da profili di inammissibilità, incompleta e corredata da una relazione attestatrice

illogica e inidonea allo scopo di rappresentare i creditori la situazione effettiva della società e di giustificare il giudizio espresso sulla fattibilità della proposta concordataria.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

Omissis

B. S. s.r.l. in liquidazione è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo con decreto depositato l'8 luglio 2013. Convocata in camera di consiglio ai sensi dell'art.173 L.F. in ragione della ritenuta non fattibilità della proposta concordataria, la stessa ha depositato il 7 maggio 2014 dichiarazione di rinuncia al beneficio del concordato preventivo ed il 29 maggio 2014 una nuova domanda di ammissione alla medesima procedura, contenente anche una replica al ricorso per la dichiarazione di fallimento proposto da alcuni dipendenti il 4 aprile 2013.

Il tribunale, chiamato a pronunciarsi sul procedimento ex art.173 L.F., ha provveduto, previa riunione, anche ad esaminare la seconda domanda di concordato, contestando alla società proponente la sua inammissibilità e dunque convocandola ai sensi dell'art.162 L.F. all'udienza del 12 giugno 2014. All'esito di tale udienza, è possibile provvedere nei termini che seguono.

Procedimento n.214/2012 CP

La società proponente ha preso atto dell'inattuabilità dell'originario piano concordatario per la difficoltà di pervenire in tempi ragionevoli ad una definizione transattiva della controversia insorta con Fineco Leasing in relazione all'immobile ubicato in Settimo Milanese e, tra la data del provvedimento di fissazione dell'udienza ex art.173 L.F. e detta udienza, ha depositato una dichiarazione di rinuncia "al beneficio della procedura di concordato preventivo ... con riserva di successivamente presentare domanda di concordato pieno".

Gli incontestati rilievi del commissario giudiziale, che nella relazione depositata ai sensi dell'art.172 L.F. aveva evidenziato come l'attivo concordatario –come rettificato dal commissario medesimo- non consentisse neppure il pagamento integrale dei creditori privilegiati (cfr. relazione depositata il 28/4/14, pagg. 38 e 39) e la rinuncia da parte della società debitrice impongono dunque la revoca dell'ammissione al concordato preventivo.

Procedimento n.103/2014 CP

Con il ricorso depositato il 29 maggio 2014 B. Air System s.r.l. in liquidazione ha formulato ai suoi creditori una "nuova" proposta di concordato preventivo. Detta proposta, per cessio bonorum, prevede la cessione ai creditori del patrimonio della proponente e, con il ricavato, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e quello dei creditori chirografari in una percentuale pari, all'incirca, al 36,76% dei loro crediti entro quattro anni dall'omologazione. Accessoria alla proposta di concordato è una proposta di transazione fiscale che prevede la degradazione al chirografo di debiti erariali (per IRES, IRAP, interessi e sanzioni) per un importo totale indicato nella domanda in €771.690,81 (cfr. ricorso, pag.55) e nella relazione dell'attestatore in €980.543,57. Tra le voci dell'attivo più significative vi è il credito di €1.065.891,88 verso la società affittuaria dell'azienda, che ha proposto un piano di rientro in quarantadue rate –fino al 31/12/2017- garantito da pagherò cambiari ed il valore di un immobile in Settimo Milanese, già oggetto di un contratto di leasing risolto, che la società vorrebbe ora riscattare.

L'operazione comporterebbe un esborso di €810.223,91 ed una "sopravvenienza" prudenzialmente stimata (al loro del corrispettivo del riscatto) in €2.500.000,00, pari al verosimile valore di mercato dell'immobile.

La proposta ed il piano presentano tuttavia numerosi profili di criticità, ciascuno tale da incidere sull'ammissibilità della domanda, così come contestato alla debitrice con il decreto in data 10 giugno 2014.

Innanzitutto, il contratto d'affitto d'azienda allegato al ricorso prevede la facoltà per la società affittuaria, nel caso in cui la stessa eserciti il diritto di prelazione e si renda acquirente dell'azienda, che la stessa possa imputare i canoni d'affitto a pagamento del prezzo. La clausola, così congegnata, è incompatibile con la regola della necessaria competitività delle vendite attuate ai sensi dell'art.182 L.F., giacché pone i possibili partecipanti alla gara in una situazione di diseguaglianza e se è vero che, in funzione della precedente ammissione al concordato, l'affittuaria, all'esito di analoghi rilievi del giudice relatore, riconosciuti fondati dalla proponente, aveva manifestato la volontà di rinunciare ad avvalersi della clausola, è un dato di fatto che nel testo negoziale allegato alla nuova domanda di concordato di tale rinuncia non vi sia traccia. Non solo. In tale prospettiva, anche il prolungamento della durata del contratto d'affitto –che, secondo il ricorso, sarebbe già stato oggetto di un (non autorizzato) accordo tra le parti (cfr. ricorso depositato il 29 maggio 2014, pagg.39 e 40 ove si legge che "le parti hanno inoltre convenuto la rinuncia al tacito rinnovo annuale del contratto ... procrastinando il tal modo al 10 dicembre 2017 la scadenza dello stesso")-, lungi dall'apparire una garanzia per i creditori, pare rappresentare un ulteriore ostacolo al miglior realizzo del cespite sul mercato, per la difficoltà evidente di ipotizzare un reale interesse da parte di soggetti terzi all'acquisto di un complesso aziendale che potrebbe dover essere gestito da altri anche successivamente all'acquisto.

Infine, ad avviso del collegio, tali perplessità non paiono superate, bensì rafforzate, dalla lettura della proposta irrevocabile d'acquisto formulata dall'affittuaria B. Air Truck Technology s.r.l. in data 19 maggio 2014, riferita non più all'azienda, ma solo ad una parte dei beni materiali che la compongono (cfr. doc.19). L'offerta prevede infatti il pagamento del prezzo concordato di €450.000,00 "con modalità di pagamento da definirsi" e dunque allo stato incerte ed è prospettata nel piano come vincolante anche per il futuro liquidatore giudiziale.

Proseguendo nell'esame della proposta e delle sue criticità, viene poi in considerazione quanto previsto da B. S. s.r.l. con riferimento alla preannunciata volontà di acquistare l'immobile di Fineco Leasing, così incrementando l'attivo di un bene che, secondo la proponente, potrebbe consentire un realizzo di almeno €2.500.000,00. A prescindere, infatti, dagli ovvi rilievi di ordine formale che derivano dal fatto che l'asserito accordo con la concedente è comprovato da una e-mail non proveniente da indirizzo PEC e da soggetto di cui non si conoscono i poteri, va detto che l'operazione, così come prospettata, necessita dell'autorizzazione del giudice delegato: il piano, infatti prevede la pressoché immediata stipulazione del contratto preliminare, sì da poter procedere, nella fase esecutiva, alla vendita dell'immobile. Ma proprio il fatto che l'attuazione delle previsioni del piano sia subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice dimostra di per sé la non fattibilità sotto il profilo giuridico della proposta, che "impegna", senza averne la disponibilità, gli organi della procedura nelle loro determinazioni ed assume come elemento necessario un accadimento il cui verificarsi è rimesso alla decisione dell'autorità giudiziaria. Ciò, per di più, in una situazione in cui

l'esito di un'eventuale istanza proposta ai sensi dell'art.167 L.F. sarebbe quanto mai incerto, giacché il giudice delegato, secondo gli auspici della debitrice, dovrebbe consentire l'utilizzo di tutta la liquidità esistente sul conto della proponente, ipotecando finanche i futuri incassi attesi dall'affittuaria dell'azienda, per consentire a B. S. s.r.l. l'acquisto di un immobile consistente in capannoni industriali ed uffici (cfr. perizia prodotta sub 14), per il quale non esistono proposte d'acquisto o manifestazioni d'interesse che tranquillizzino, anche in considerazione della congiuntura economica notoriamente sfavorevole, in ordine alla sua vendita in tempi brevi ed al realizzo del valore –pur prudenziale- stimato dalla debitrice.

Ancora, si deve dare atto del fatto che non vi è prova del deposito della proposta di transazione fiscale e che non è stata prodotta la perizia prevista dall'art.160 II com. L.F., che, in mancanza di accordo con l'Agenzia delle Entrate, costituisce condizione di legittimità per consentire la degradazione al chirografo di crediti erariali assistiti da privilegio generale e comunque per identificare i creditori aventi diritto al voto.

Infine, è palese l'inadeguatezza e la complessiva inidoneità allo scopo della relazione del professionista attestatore.

Questi, pur evidenziando che l'operazione relativa al riscatto dell'immobile di Settimo Milanese non si è ancora perfezionata, ha considerato parte integrante dell'attivo l'importo di €2.500.000,00 ed ha giustificato il giudizio di fattibilità della proposta concordataria, anche per il caso in cui l'operazione non dovesse concretizzarsi, affermando che il concordato garantirebbe comunque "l'intera soddisfazione dei creditori privilegiati seppure in percentuale decisamente inferiore" (cfr. pag.9), nel qual caso, però, è ovvio che il concordato non risponderrebbe alla sua funzione economico-sociale, non consentendo un qualche non irrisorio soddisfacimento dei crediti chirografari. Il giudizio parrebbe essere stato poi corretto a pag.22 della relazione, ove si legge che in caso di mancata acquisizione dell'immobile "si garantirebbe il pagamento di tutto il credito prededucibile, privilegiato e una percentuale minima in favore dei creditori chirografari", senza tuttavia che l'affermazione sia spiegata e giustificata in termini economici.

L'attestatore, inoltre, ha assunto come certa l'adesione dell'Agenzia delle Entrate alla transazione fiscale e dunque ha escluso dal computo dei crediti privilegiati quelli per Irap, Ires, interessi e sanzioni per complessivi €980.543,57, sebbene, come si è detto, non vi sia prova della formalizzazione della proposta nei modi previsti dall'art.182 ter L.F..

Infine, a fronte di un chiaro riconoscimento delle proprie difficoltà da parte dell'affittuaria B. Air Truck Technology, che deve alla proponente €1.065.891,88, di cui €508.657,10 scaduti al 30 aprile 2014 e che "a fronte della stagionalità della propria attività non è in grado di farvi fronte alle corrette scadenze", le ha proposto un piano di rientro in quarantadue rate (cfr. doc. n.25), il professionista ha concluso, senza esplicitare i dati sui quali egli fonda le proprie valutazioni, ma sulla base di un generico rinvio ai bilanci dell'affittuaria ed alle sue previsioni di budget, di ritenere "coerente il piano di rientro così modulato sulle reali possibilità finanziarie generate dalla società affittuaria", in ogni caso ribadendo che, se anche l'affittuaria fosse inadempiente, il mancato incasso di €920.000,00 non inficerebbe la riuscita del piano, giacché residuerebbe pur sempre la possibilità di un pagamento minimo a favore dei creditori chirografari (cfr. pagg. 11 e 22).

Si tratta di conclusioni all'evidenza fondate su presupposti di fatto non suscettibili di riscontro obiettivo, in buona parte contraddittorie (si rinvia, in particolare alle pagg.9 e 22 della relazione) e complessivamente illogiche, ove

si consideri che l'importo dei crediti prededucibili e privilegiati calcolato dall'esperto ammonta ad €5.336.636,31 -di cui €4.645.076,31 per crediti privilegiati (senza tener conto dei debiti per Ires, Irap, sanzioni ed interessi)-contro un attivo di €6.665.959,20. E' evidente, infatti, che in caso di inadempimento della società affittuaria e di mancato riscatto dell'immobile in leasing, l'attivo sarebbe pari ad €4.165.959,20 e dunque, pur sommando a detto importo il c.d. "equo compenso" che B. in caso di mancata acquisizione dell'immobile intenderebbe chiedere a Fineco Leasing ed il corrispettivo del riscatto (che in tal caso resterebbe nella disponibilità della proponente), non vi sarebbero risorse sufficienti per il pagamento di una pur minima percentuale ai creditori chirografari.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che si debbano necessariamente realizzare gli scenari più cupi e che tale esito sia un esito certo.

Resta il fatto che la relazione esamina le possibili variabili in modo superficiale e risulta a tratti incongrua e spesso fondata su assunti non suscettibili di riscontro obiettivo, sì da essere complessivamente non credibile e perciò del tutto inidonea allo scopo di rappresentare ai creditori la situazione effettiva della società e di giustificare loro il giudizio espresso sulla fattibilità della proposta concordataria.

Quanto esposto giustifica di per sé la declaratoria di inammissibilità del ricorso e della proposta di concordato depositati il 29 maggio 2014 per motivi attinenti alla completezza della domanda sotto il profilo formale ed alla fattibilità della proposta e del piano sotto il profilo giuridico.

Ma non soltanto.

Questi stessi elementi dimostrano il carattere abusivo di tale nuova proposta, che appare essere stata semplicemente uno strumento volto ad evitare o procrastinare la decisione di questo tribunale sull'istanza di fallimento proposta da trentacinque dipendenti della società ed a dilatare ulteriormente i tempi di soddisfacimento dei creditori, i quali, per effetto della previa presentazione della domanda di concordato "con riserva", attendono l'adempimento dal 2012 e dal 2012 si vedono inibita ogni azione volta al recupero coattivo dei loro crediti.

Questo tribunale ha già avuto modo di affermare l'applicabilità anche nel sistema del diritto concorsuale dell'istituto dell'abuso del diritto "qualora gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano deviati dalla loro funzione tipica: ciò che può verificarsi quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato della ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'automatic stay", evidenziando, in particolare, come si "introdurrebbe nel sistema un intollerabile grado di entropia se si ritenesse che, presentando una domanda di concordato secondo lo schema di cui al primo comma dell'art. 161, il debitore potesse paralizzare indefinitivamente l'azione del creditore istante attraverso plurime domande di concordato e contestuali revoche scansite dalle udienze fissate dal collegio per la declaratoria di inammissibilità del concordato" (cfr. Trib. Milano, 24/10/2012, pres. Lamanna, est. Lupo, in www.ilcaso.it).

Tale risultato è proprio quello perseguito dalla proponente nella fattispecie in esame, in primo luogo con la rinuncia alla precedente domanda definitiva di concordato solo dopo la convocazione in camera di consiglio della debitrice, del p.m. e dei creditori istanti ai sensi dell'art.173 L.F. e dunque al fine di sottrarsi ad un esito del procedimento da considerarsi pressoché certo, non essendo stati in alcun modo contestati i rilievi svolti dal commissario

giudiziale ed in presenza di un ricorso per la dichiarazione di fallimento. In secondo luogo, con il deposito, il giorno prima dell'udienza sollecitata dalla debitrice al fine di consentire al suo amministratore di parteciparvi, ciò che poi non è accaduto, di una nuova domanda di concordato come si è visto connotata da profili di inammissibilità, incompleta e corredata da una relazione attestatrice illogica ed inidonea allo scopo, forse anche in ragione della ristrettezza dei tempi concessi al professionista per la sua predisposizione.

Ciò che dimostra come lo scopo della proposta, approntata in tutta fretta, fosse in realtà quello di sottrarsi ulteriormente ai propri obblighi verso i creditori, rinviandone ancora il soddisfacimento e perciò sviando lo strumento concordatario dalla propria funzione tipica.

Si impone, dunque, in relazione alla seconda domanda, la declaratoria della sua inammissibilità, mentre sul ricorso per la dichiarazione di fallimento si provvede con separata sentenza di pari data.

PQM

Il tribunale, ogni diversa e contraria istanza disattesa:

-revoca l'ammissione di B. S. s.r.l. in liquidazione alla procedura di concordato preventivo n.214/2012 C.P.;

-dichiara inammissibile il ricorso depositato il 29 maggio 2014, iscritto al n.103/2014 C.P..

Si comunichi.

Così deciso in Milano, il 12 giugno 2014