



IL TRIBUNALE DI PESCARA

riunito in camera di consiglio, nelle persone dei sigg. magistrati:

Dott.ssa. Domenica Capezzerà
Dott.ssa L. Tiziana Marganella
Dott.ssa Federica Colantonio
ha pronunciato il seguente

Presidente rel
Giudice
Giudice

DECRETO

sul ricorso per ammissione alla procedura di concordato preventivo (n. 11/19 R.C.P.) depositato da Società delle Terme s.p.a. in liquidazione;

letto il piano e la proposta depositati il 2.10.2020, udito il Giudice incaricato di riferire dr.ssa Domenica Capezzerà e rilevato che appaiono necessarie le integrazioni/modifiche di seguito riportate osserva.

PROPOSTA

La (nuova) proposta di concordato prevede la suddivisione dei creditori in n. 6 classi, di cui 4 votanti (le 'Classi').

Classe 1, non votante, per la quale è previsto il soddisfacimento al 100%, composta dai creditori privilegiati diversi da quelli oggetto della Proposta di Transazione fiscale e da quelli degli Enti Locali, da soddisfare integralmente entro il termine di cui all'art. 186-bis l.f.;

Classe 2, non votante, composta dai crediti chirografari vantati da fornitori di beni e servizi ritenuti strategici ai fini della ipotizzata continuità aziendale ("Creditori Strategici") per la quale è previsto il soddisfacimento al 100%.

La Classe si compone nello specifico dei crediti rispettivamente vantati dalla ATERNO GAS & POWER S.r.l. (fornitore di servizi elettrici) dalla ACA S.p.a. (fornitore di servizi idrici) e dalla SOPLAST EMILIANA SRL (fornitore di sistemi, componenti, filtri e dispositivi medicali per terapie respiratorie e lavaggi di orifizi naturali anche in ambito termale).

La strategicità di tali fornitori è insita nella infungibilità delle relative prestazioni e, con particolare riferimento al fornitore di energia, essa si sostanzia nella necessità ineludibile di mantenere il rapporto contrattuale pendente posto che, da una parte, il relativo contratto di fornitura esclude

espressamente la facoltà della ricorrente di poter recedere dallo stesso e, dall'altra parte, il costo che la ricorrente medesima dovrebbe sostenere per il servizio sarebbe presumibilmente più elevato sul libero mercato dato l'attuale costo dell'energia.

Ciò posto, per gli anzidetti creditori si prevede il pagamento nel termine di cui all'art. 186-bis l.f. (per ACA S.p.a. e per la SOPLAST EMILIANA SRL) mentre per il pagamento concordatario ATERNO GAS & POWER S.r.l. è ipotizzato in quattro rate annuali ciascuna di importo pari ad Euro 26.484 nel quadriennio 2021- 2024, come da accordo all'uopo raggiunto con il creditore medesimo (All. doc n. 7).

Per i pagamenti di cui sopra è stata richiesta specifica autorizzazione ex art. 182-quinquies, quinto comma, l.f., trattandosi di crediti maturati per prestazioni essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Tuttavia, atteso che i pagamenti come sopra ipotizzati saranno eseguiti con risorse finanziarie esterne (poiché immesse da terzi a titolo di sottoscrizione del deliberando aumento di capitale) ed attesa la natura di apporto di capitale delle stesse (dalla quale non discende alcun obbligo di restituzione o con obbligo eventualmente postergato rispetto al soddisfacimento dei creditori chirografari) non è stata prevista l'allegazione della specifica attestazione di cui all'art. 182-quinquies, quinto comma, cit. L.F.

Classe 3, con diritto di voto, per la quale è previsto il soddisfacimento al 100% a fine piano, con previsione di interessi legali, composta dai creditori ipotecari.

L'autonomo classamento degli anzidetti creditori (rispetto agli altri, privilegiati e chirografari, pure soddisfatti per intero) risponde da un lato alla peculiarità della natura del credito che, in quanto assistito da garanzie ipotecarie, denota una posizione giuridica ed interessi economici eterogenei rispetto ai creditori collocati nelle classi 1 e 2.

Inoltre, il riconoscimento del diritto di voto alla classe in esame, nonostante la soddisfazione integrale del credito, dipende dalle modalità temporali del relativo saldo ipotizzate oltre l'anno ed in ossequio alla facoltà di cui all'art. 186 bis L.F. Infine, il diritto di voto si prevede esercitabile in misura corrispondente all'intero credito ipotecario.

Classe 4, con diritto di voto, per la quale è previsto il soddisfacimento al 19%, composta dall'Erario in riferimento al credito privilegiato degradato a chirografario, e diverso dal credito per aggi di riscossione (chirografario per natura), da soddisfarsi in conformità alla proposta di Transazione fiscale, in tre rate di eguale importo nel triennio 2024-2026;

Classe 5, con diritto di voto, per la quale è previsto il soddisfacimento al 18%, composta da tutti i restanti creditori chirografari, da soddisfare in un'unica soluzione a fine Piano nel 2026.

Detta Classe include:

il credito chirografario ab origine ovvero per natura;

il credito privilegiato degli Enti Locali degradato al chirografario per incapienza attestata dalla Relazione 160 L.F.;

il credito chirografario per natura vantato dall'Erario e dagli Enti Locali, relativo agli aggi di riscossione;

il credito chirografario vantato dagli istituti di credito garantiti dalle fidejussioni prestate dalla Ricorrente a fronte dei debiti bancari contratti della controllata Terme di Popoli S.r.l. e assunto pari alla stima dell'utilizzo delle linee da parte della controllata garantita. Detti crediti, sebbene giuridicamente condizionati (stante, allo stato, la mancata escussione delle garanzie) appaiono di fatto certi in ragione dell'accesso della controllata Terme di Popoli S.r.l. alla procedura di concordato (giusto ricorso depositato il 30 dicembre 2019 innanzi all'Illustrissimo Tribunale adito) e del patrimonio netto negativo della stessa. Le suddette circostanze hanno indotto a ritenere detti crediti assoggettati alla procedura e dunque computati nel calcolo delle maggioranze oltre che ammessi al voto.

Classe 6, con diritto di voto, composta dal credito per interessi moratori sul privilegiato dell'INPS per sorte capitale ed interessi per il quale è previsto il soddisfacimento al 100% (di cui alla Classe 1) oltre l'anno ma nei 24 mesi dall'omologa. La classe è prevista ai soli fini dell'espressione del diritto di voto (in ragione del pregiudizio subito per la soddisfazione con dilazione ultrannuale ovvero oltre il termine di un anno ma nei 24 mesi dall'omologa) che si prevede esercitabile in misura corrispondente al differenziale tra il valore del credito alla data di presentazione della domanda e quello da calcolarsi al termine della moratoria (Cfr. Cass., n. 11882/2020).

L'autonomo classamento dell'anzidetto credito (rispetto agli altri, privilegiati e chirografari, pure soddisfatti per intero) risponde, quindi, alla durata ultrannuale della moratoria proposta per la relativa soddisfazione (24 mesi dall'omologa).

L'importo ai soli fini del voto della detta classe è di circa euro 51.000.

Con riferimento alla proposta di transazione fiscale la proponente evidenzia che: nella classe 4 è stato inserito l'Erario in relazione al credito originariamente privilegiato, degradato al chirografo alla luce delle risultanze della Relazione 160 l.f. come espressamente richiesto dall'art. 182-ter, comma 1, l.f., in forza del quale *'nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in apposita classe'*.

Detto credito è soddisfatto in conformità alla proposta di transazione fiscale, con trattamento quantitativo migliore rispetto a quello riservato ai creditori inseriti nella Classe 5; nella Classe 5 è compreso, accanto a tutto l'altro chirografo, il credito erariale relativo agli aggi e/o oneri di

riscossione, chirografario ab origine (tale credito risponde a posizione giuridica ed interessi economici omogenei rispetto a tutti gli altri creditori chirografari inseriti nella medesima Classe).

PIANO

Il Piano proposto ipotizza un concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l.f., sulla base ed in esecuzione del PIC di durata quinquennale (2021-2026), che prevede:

a. sino all'omologa, la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della Società (cd. 'continuità diretta');

b. a fare data dalla definitività del decreto di omologa, il conferimento dell'azienda in esercizio ad una società di nuova costituzione ('NEWCO') partecipata al 100% dalla concordante (cd. 'continuità indiretta');

c. l'immissione di nuova finanza nella Società nella forma di aumento di capitale sotto condizione sospensiva della definitività del decreto di omologazione;

d. entro la fine del piano, la liquidazione dell'intero patrimonio immobiliare della concordante.

Le predette direttrici garantiranno il pagamento dei creditori mediante i ricavi generati dalla propria attività caratteristica, dall'incasso dei relativi crediti, dalla nuova finanza immessa dai soci, già impegnatisi in tal senso e dal ricavato della vendita dell'intero patrimonio immobiliare.

In conformità a quanto prevede l'art. 186-bis l.f. il piano, corredato dal business plan contiene una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, tanto in capo alla Società, per il 2021, quanto in capo alla NEWCO, per il quadriennio 2022-2026.

Il conferimento avverrà in regime di 'neutralità fiscale' ai sensi dell'art. 176 T.U.I.R. e sarà costituito altresì dalle concessioni termali e minerarie ora esistenti in capo alla conferente; ai sensi e per gli effetti dell'art. 182-sexies l.f. il capitale della Società, attualmente negativo, per il combinato effetto della plusvalenza da conferimento e della sopravvenienza attiva da stralcio concordatario e per la sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale, assumerà segno positivo e verrà meno la causa di scioglimento di cui all'art. 2447 c.c.

Non saranno oggetto di conferimento ma resteranno in carico alla Società conferente né la proprietà dell'intero compendio immobiliare, articolato in immobili strumentali ed aree non strumentali, strumentazioni e impianti fissi, pertinenze, né tutti i debiti pregressi, costituenti il passivo concorsuale da soddisfare nei termini previsti dalla proposta secondo il relativo piano.

Il piano prevede altresì che, con decorrenza dalla data di efficacia del conferimento, la Società stipuli con la NEWCO conferitaria un contratto di locazione immobiliare, avente ad oggetto i beni immobili ed i mobili non amovibili, e, a latere e contestualmente, una scrittura privata di licenza d'uso gratuita di marchi e denominazioni (in bozza – doc. n. 11) avente ad oggetto:

- la messa disposizione degli immobili strumentali;
- l'utilizzo delle strumentazioni fisse e quanto non conferito ritenuto utile alla gestione delle attività;
- l'utilizzo di marchi, denominazioni e quanto ritenuto utile alla continuità della gestione.

Le operazioni societarie di costituzione della NEWCO mediante conferimento e le conseguenti formalizzazioni societarie e contrattuali sono oggetto della determina allegata in bozza del Liquidatore Unico, il quale con la sottoscrizione della proposta e del piano si è obbligato a dare seguito alle operazioni di cui sopra ponendo in essere tutto quanto necessario per dare effettività ed esecuzione alle operazioni ivi descritte, il tutto sempre al verificarsi della condizione sospensiva della definitività del decreto di omologa e previa nomina dell'estimatore per quanto attiene al conferimento a NEWCO.

In sostanza, le risorse al servizio del concordato per far fronte al passivo concorsuale saranno:

Esogene, costituite:

- a) dal free cash flow conseguito dalla concordante nel primo anno (2021) e dalla NEWCO nel successivo quadriennio (2022-2026). Per quanto concerne in particolare quest'ultimo, esse saranno acquisite dalla concordante quale corrispettivo del contratto di locazione alla NEWCO;
- b) dall'apporto di capitale (aumento di capitale in capo alla Società) sospensivamente condizionato alla definitività del decreto di omologa.

Endogene, costituite dal ricavato dalla vendita del compendio immobiliare.

Con riferimento ai ricavi generati dalla continuità la proponente ha precisato che, *come già evidenziato e come risulta dalla Relazione 160, l'attivo concordatario non consente il pagamento integrale di tutti i crediti privilegiati, rendendosi necessario il degrado parziale o totale di quelli di grado posposto a quelli rientranti nell'art. 2751-bis, 1), c.c. (dipendenti).*

Solo grazie all'apporto delle risorse esogene conseguite con la continuità aziendale e con l'apporto di capitale a titolo di AUCAP, senza che questo comporti alcuna violazione delle cause legittime di prelazione (infatti, trattandosi di finanza esterna essa è liberamente allocabile dalla Società, anche al di fuori dei rigidi schemi dettati dal rispetto della par condicio creditorum) sarà possibile, in esecuzione del Piano.

Il fabbisogno concordatario è sostenuto:

- a.dall'autofinanziamento generato ad oggi, quindi post presentazione della domanda prenotativa;
- b.dai flussi di cassa previsionali generati dalla continuità aziendale negli anni di piano pari a complessivi euro 3,7 milioni;
- c. dall'aumento del capitale sociale sospensivamente condizionato alla definitività del decreto di omologa del concordato pari a euro 300.000;
- d. dai proventi dai disinvestimenti immobiliari a fine piano previsti in euro 12.000.000 lordi.

Il canone di locazione complessivo che la New Co totalmente partecipata dalla conferente è stato determinato in senso crescente, ovvero in euro 650mila nel 2021, 850mila nel 2022, 950 mila nel 2023 e 2024, 1.050mila nel 2025 e 2026, periodi finali in cui le attività si stima siano tornate a regime.

Per il 2021 il canone è da considerarsi almeno parzialmente ‘figurativo’ non essendo ancora costituita la NEWCO, ed essendo dipendente dall’omologa ciò al fine di rappresentare il flusso derivante dal recupero di efficienza della gestione in continuità.

Dall’omologa in definitiva verrà corrisposto un canone effettivo complessivo che la NEWCO riconoscerà alla Società a fronte dell’utilizzo delle strutture e di quant’altro non conferito alla NEWCO stessa ma utile alla conduzione delle attività e che costituirà l’unico ricavo da porre a servizio del passivo concordatario. I contenuti specifici dei rapporti tra Ricorrente e la NEWCO sono stati delineati all’interno dei contratti allegati in bozza alla domanda ed alla determina del Liquidatore Unico (doc. n. 11) che come detto, con la sottoscrizione della Proposta e del Piano si è obbligato a dare seguito alle operazioni di cui sopra ponendo in essere tutto quanto necessario per dare effettività ed esecuzione alle operazioni.

LE QUESTIONI GIURIDICHE DA AFFRONTARE.

Il concordato proposto prevede che i flussi destinati al soddisfacimento dei creditori deriveranno dal punto di vista quantitativo, prevalentemente dalla liquidazione dei beni della società e dall’incasso dei relativi crediti, mentre solo una somma esigua deriverà dalla prosecuzione dell’attività d’impresa; esso va dunque qualificato come misto in continuità prevalentemente indiretta, con conseguente applicabilità a tutti gli effetti della disciplina in materia di concordato in continuità aziendale, valorizzando le prospettive di soddisfacimento dei creditori mediante utilità diverse dal pagamento in denaro, quali, in primis, la prosecuzione dei rapporti contrattuali in essere e in definitiva attraverso il passaggio del testimone alla NEWCO la continuazione effettiva dell’attività svolta attualmente dalla proponente.

Il Tribunale infatti ritiene di poter adottare quale criterio interpretativo la disciplina (ancorché non ancora vigente) dettata dall’art. 84, comma 3, del Codice della crisi e dell’insolvenza, il quale sancirebbe il criterio della cd. “prevalenza quantitativa attenuata”, vale a dire della prevalenza del ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta rispetto a quello derivante dalla liquidazione dei beni non funzionali all’esercizio dell’impresa, o viceversa, ma con il “correttivo” dell’inclusione, nella nozione di “ricavo prodotto dalla continuità”, anche di utilità diverse dal soddisfacimento monetario, purché specificamente individuate ed economicamente valutabili, quali, secondo quanto previsto dall’ultimo periodo della disposizione sopra richiamata, la prosecuzione o

la rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o (in caso di continuità indiretta) con il suo avente causa.

Sulla scorta di tale criterio interpretativo, il Tribunale perviene nella fattispecie sottoposta al suo esame, a qualificare il concordato proposto come concordato in continuità, ancorché lo stesso preveda un apporto assolutamente marginale dei flussi di cassa derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa rispetto a quelli attesi dalla liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa e dall'incasso dei crediti.

Come noto, la distinzione tra concordato in continuità e concordato liquidatorio, sulla base dell'attuale disciplina della legge fallimentare, è foriera di importati ricadute applicative, e ciò non solo sotto i profili relativi all'operatività, con riferimento al concordato liquidatorio, del limite di soddisfacimento da assicurare ai creditori chirografari ex art. 160, comma 4, 1. fall., nonché della necessità di attestazione “rafforzata” ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2, 1. fall. e di nomina del liquidatore ex art. 182 1. fall., ma anche in relazione alla possibilità, prevista dall'art. 186 bis, comma 2, lett. c) 1. fall. in materia di concordato in continuità, di differire di un anno dall'omologazione il pagamento dei creditori privilegiati. È altrettanto noto che la disciplina maggiormente restrittiva prevista per il concordato liquidatorio ha aperto la strada a veri e propri abusi nel ricorso, da parte del debitore, allo strumento del concordato in continuità, anche in fattispecie caratterizzate da un apporto pressoché irrilevante dei flussi di cassa rivenienti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa rispetto a quelli ricavati dalla liquidazione degli assets non strategici.

Per altro verso, la normativa attualmente vigente in materia ha dato luogo a numerose incertezze interpretative, inevitabilmente sfociate nella formazione di orientamenti giurisprudenziali contrastanti tra loro, che hanno di volta in volta privilegiato un criterio di natura puramente “quantitativa”, basato sul raffronto tra le risorse provenienti rispettivamente dalla prosecuzione dell'attività caratteristica e dalla liquidazione dei beni (è il caso, ad esempio, di Trib. Monza, 26 luglio 2016, in Fall., 2017, 4, 429) oppure di tipo “qualitativo/funzionale”, incentrato sulla conservazione dell'impresa ogniquale volta ciò non rechi pregiudizio alle ragioni dei creditori (cfr. Trib. Massa, 29 settembre 2016, ibidem, nonché la recente Cass., 15 gennaio 2020, su cui si tornerà infra), oppure ancora un criterio di tipo “misto”, basato sulla coesistenza, nell'ambito della medesima procedura concordataria, della disciplina del concordato in continuità e di quella del concordato liquidatorio (in questi termini, si vedano, tra le altre, Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016 e Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, pubblicate su ilcaso.it, entrambe citate nel provvedimento in esame, nonché Trib. Siracusa, 23 dicembre 2015, in Fall., 2016, 572 e Trib. Forlì, 24 dicembre 2014, in www.ilcaso.it); soluzione, quest'ultima, che viene decisamente respinta in questa sede.

Senonché la nuova disciplina introdotta dall'art. 84 CCI non sembra destinata a sopire una volta per tutte i suaccennati contrasti giurisprudenziali, posto che, come si è visto, l'opzione di fondo per il criterio della prevalenza quantitativa, espressa dal terzo comma, primo periodo (a norma del quale “Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato della continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino”), è significativamente attenuata dalla previsione contenuta nell'ultimo periodo del medesimo comma, secondo cui l'”utilità” da assicurarsi ai creditori, rilevante ai fini del giudizio circa la “prevalenza” delle risorse provenienti dalla continuità rispetto a quelle derivanti dalla liquidazione o viceversa, “può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa”; il che, evidentemente, lascia all'interprete un ampio margine di discrezionalità, al di fuori dell'ipotesi, espressamente contemplata dal secondo periodo del comma in esame, in cui i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino “da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso”, nel qual caso la continuità si considera sempre sussistente.

Tuttavia, proprio alla luce di quest'ultima previsione, assunta come criterio interpretativo ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, questo Tribunale ritiene di riconoscere al concordato proposto la natura di concordato in continuità, posto che la normativa in esame sembrerebbe incentivare, anche per mezzo del temperamento della rigidità del criterio della prevalenza quantitativa di cui si è detto, il ricorso allo strumento del concordato in continuità, in un'ottica di salvaguardia dei valori produttivi e dei livelli occupazionali. In tale contesto, peraltro, assume un rilievo crescente la specifica valorizzazione, ove possibile, dei rapporti contrattuali facenti capo all'impresa in crisi, che il debitore ha messo “sul piatto della bilancia” al fine di poter beneficiare della disciplina di maggior favore che anche il CCI, al pari della vigente legge fallimentare, riserva al concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio, sotto il profilo della necessità di assicurare una percentuale minima di soddisfazione dei crediti chirografari, prevista unicamente per il concordato liquidatorio (art. 84, ultimo comma), della previsione, in caso di concordato in continuità, di una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione (art. 86).

Da ultimo, occorre dare atto che sulla materia qui in esame è recentemente intervenuta la Cassazione, la quale sembra essersi posta in controtendenza rispetto all'evoluzione legislativa, ripudiando tout court il criterio della prevalenza quantitativa (invece accolto - sia pure, come si è visto, in forma temperata - dal CCI) e negando la stessa ammissibilità giuridica della figura del

concordato “misto”. Secondo i Giudici di legittimità, infatti, la fattispecie così definita sarebbe sempre riconducibile a una delle ipotesi di concordato con continuità previste dall'art. 186 bis l. fall., con conseguente applicazione della relativa disciplina al concordato nella sua interezza, a prescindere da qualsiasi valutazione comparativa tra i ricavi attesi rispettivamente dalla prosecuzione dell'attività di impresa e dalla liquidazione dei beni non strategici, fatti salvi solo i casi di abuso (Cass., 15 gennaio 2020, n. 734); casi, questi ultimi, nei quali peraltro ad essere in discussione è generalmente la stessa ammissibilità della proposta concordataria, prima ancora che la qualificabilità del concordato proposto come liquidatorio o in continuità.

CRITICITA'

A) AUMENTO DI CAPITALE

La debitrice ora trasformata in s.r.l. ha deliberato un aumento di capitale per € 300.000 sottoposto alla condizione sospensiva della definitività del decreto di omologa (allegato 10 alla proposta). Parimenti alcuni soci hanno sottoscritto l'aumento di capitale e tale sottoscrizione risulta essere sospensivamente condizionata alla detta definitività. Ora, la previsione di un termine (120 giorni) di esecuzione delle delibere (ripianamento perdite, aumento di capitale e sottoscrizione) se del tutto legittimo in un contesto societario puro non sembra lo sia o almeno non sembra sia del tutto neutro in un contesto concorsuale, nel senso che la detta esecuzione si ritiene non possa dipendere da un evento incerto quale è il passaggio in giudicato o la definitività del decreto di omologa, e ciò per due considerazioni. La prima, il detto decreto è immediatamente esecutivo; la seconda, trattasi di concordato per il quale la stessa continuità genera per ciò solo consistenti crediti da soddisfare in prededuzione come anche confermato dalla stessa proponente.

Si rende opportuno dunque che la proponente provveda a rettificare la delibera assembleare introducendo un termine certo di esecuzione delle delibere di aumento e sottoscrizione.

Inoltre va osservato che, a prescindere dalle teorie sulla applicabilità del nuovo comma VI dell'art. 185 L.F. (previsione alla quale pare riferirsi la debitrice) anche al di fuori delle ipotesi di proposta concorrente che preveda un aumento di capitale, si riscontra una significativa apertura della giurisprudenza della Suprema Corte verso più pregnanti poteri di intervento degli organi della procedura in fase di esecuzione del concordato preventivo omologato in applicazione della previsione dell'art. 136 (richiamato dall'art. 185, per il solo comma 2) che nel suo comma 3 autorizza l'intervento giudiziale ufficioso, e cioè permette che "il giudice delegato (...) adott(i) ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato."

Infatti, nell'ordinanza Cass. civ. Sez. I, (ud. 07/03/2017) 20-06-2017, n. 15185, la Cassazione ha affermato che “Tale terzo comma si applica anche al concordato [preventivo] in esame ed esso si

estende fino ad autorizzare l'uso di poteri ufficiosi da parte del GD e, quindi, da parte dello stesso Tribunale fallimentare.”

La Corte indica come significativo il fatto che l'art. 185 (Esecuzione del concordato) autorizzi l'esercizio di poteri ufficiosi ("Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione. Egli deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori."), che si sono ulteriormente accresciuti nelle addizioni (aggiunte dal D.L. n. 83 del 2015, art. 5 conv., con modd., nella L. n. 132 del 2015) alla disposizione che hanno attribuito rilevanti poteri ufficiosi agli organi della procedura e che sono indicative di una tendenza del legislatore a potenziare l'area dei controlli e degli interventi degli organi di vigilanza concorsuali.

Tuttavia, nel caso di specie, le previsioni della legge fallimentare vanno coordinate con quelle del codice civile in materia di aumento di capitale.

In particolare, pur avendo la società manifestato la volontà di deliberare il previsto aumento di capitale va chiarito che l'obbligo di versamento da parte dei tre soci delle proprie quote di competenza dell'aumento di capitale sorge non già in seguito alla deliberazione assembleare che ha approvato l'aumento, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione e ciò indipendentemente dall'aver gli stessi concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento; tale sottoscrizione, difatti, è riconducibile ad un atto di natura negoziale e precisamente ad un contratto consensuale. Infatti, la deliberazione di aumento del capitale non è idonea, di per sé, a produrre automaticamente l'effetto modificativo del contratto sociale, essendo altresì necessario il concorso delle volontà dell'ente e dei sottoscrittori del nuovo capitale deliberato. Pertanto, ai fini del perfezionamento dell'operazione di aumento di capitale, la deliberazione assembleare, con la quale viene approvato l'incremento quantitativo del capitale, è sicuramente necessaria, ma non sufficiente, in quanto è pur sempre necessaria la dichiarazione di adesione del/i socio/i; detta dichiarazione si manifesta appunto con la sottoscrizione di una quota dell'aumento deliberato. Al riguardo, infatti, la Suprema Corte ha precisato che "In materia di aumento del capitale di una società a responsabilità limitata, l'obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione, ciò indipendentemente dall'aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento; tale sottoscrizione è riconducibile ad un atto di natura negoziale, e precisamente da un contratto consensuale, in relazione al quale la legge non prevede l'adozione di una forma particolare. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 19813 del 15/09/2009). La Cassazione (Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016) ha, altresì, evidenziato che la manifestazione di volontà del socio o del terzo

di procedere alla sottoscrizione dell'aumento di capitale non è soggetta a forme particolari, non essendo al riguardo le stesse prescritte dalla legge, e che l'esercizio di tale diritto può desumersi anche da comportamenti concludenti: l'importante è che l'esercizio del diritto avvenga nel termine previsto nella deliberazione assembleare.

Orbene, l'art. 2481 bis, comma 4 c.c., stabilisce che i sottoscrittori dell'aumento di capitale devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento della parte di capitale sottoscritta e, se previsto, l'intero soprapprezzo, salvo quanto previsto dal secondo periodo del quarto comma e dal sesto comma dell'art. 2464. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che il versamento possa essere sostituito dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Dunque, sarà solo all'atto della sottoscrizione della quota parte del nuovo capitale offerto che il socio sottoscrittore aumenterà la propria partecipazione sociale ed assumerà, poi, verso la società il consequenziale obbligo di conferimento, questo sì coercibile nelle forme dell'art. 185 L.F.

In conclusione, il Tribunale, ritiene necessario che, prima dell'ammissione al concordato, la società proponente adotti le rettifiche di cui sopra alla delibera di aumento di capitale e sottoscrizione dell'aumento di capitale stesso, sottoposti alla condizione sospensiva dell'omologa del concordato. Si ritiene, altresì necessario, al fine di garantire la serietà dell'impegno, che l'esecuzione dell'obbligo previsto dall'art. 2481 bis, comma 4 c.c. si realizzi mediante la sottoscrizione di una fideiussione bancaria a prima richiesta per un importo pari al 25% del valore del capitale che i soci si sono impegnati a sottoscrivere. Al fine di fornire sufficienti garanzie della possibilità di versare il restante 75% secondo le scadenze di adempimento previste nel piano concordatario, dovranno essere documentate capacità patrimoniali dei soci stessi la cui capienza rispetto al credito legato alla sottoscrizione dell'aumento di capitale saranno vagliate dal Commissario Giudiziale. In difetto, sarà necessario che anche per il restante 75% venga fornita proporzionale garanzia fideiussoria che segua le scadenze temporali dei versamenti previsti nel piano.

B) CALCOLO DEL VOTO PER I PRIVILEGIATI

Per calcolare il diritto di voto dei privilegiati ultrannuali occorre far riferimento, come principio regolatore, alla disciplina di cui all'art. 2426, punto 8, cod. civ., come modificata dal d.lgs. n. 139/2015, ed ai corrispondenti principi contabili OIC, secondo i criteri oramai normativizzati del costo ammortizzato e dell'attualizzazione del valore dei crediti. Ne consegue che sulla base del differenziale tra il valore del credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello al momento del termine della "moratoria potrà essere calcolato il diritto di voto dei creditori privilegiati dilazionati, con la precisazione, tuttavia, che i criteri per tale determinazione dovranno

essere contenuti nel piano concordatario e certificati nella loro effettività e veridicità dal professionista, a pena di inammissibilità della proposta. Del resto, la soluzione qui prospettata deve ritenersi preferibile rispetto alla possibilità di attribuire il diritto di voto per l'intero ammontare del credito, alternativa quest'ultima che attribuirebbe un peso eccessivo al voto dei privilegi dilazionati e creerebbe, dunque, un rischio di inquinamento delle maggioranze, in favore di creditori, cioè, destinati ad essere soddisfatti per intero, come peraltro già prospettato dalla giurisprudenza della Cassazione (così Cass. n. 10112/2014.), ove era stato ritenuto determinante, ai fini del computo del voto, la perdita economica conseguente al ritardo nel conseguimento della disponibilità delle somme spettanti ai creditori.

C) FORNITORI STRATEGICI

Va anche evidenziato che l'art. 182-quinquies quinto comma l.f. nel disciplinare il pagamento dei creditori "strategici", senza peraltro specificare la loro posizione giuridica e senza preoccuparsi di verificare se detto pagamento possa condurre ad una alterazione della *par condicio creditorum*, consente, anche prima dell'omologazione ex art. 180 l.f. del concordato preventivo, il pagamento integrale d'un creditore concorsuale (anche chirografario) a condizione che ciò avvenga o con finanza apportata da un terzo senza obbligo di restituzione ovvero con obbligo di restituzione postergato oppure con finanza endogena, purché, in quest'ultimo caso, il pagamento sia essenziale per l'attività d'impresa nonché funzionale al miglior soddisfacimento di tutti gli altri creditori come attestato da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) l.f. (attestazione non necessaria a fronte del pagamento con finanza di un terzo).

Preme osservare che in questo caso *ex lege* vi è una assimilazione in termini di allocazione e di effetti tra le risorse estranee provenienti da un terzo (finanza esterna pura) ed i flussi di cassa generati dalla continuità, attestata da un professionista indipendente come funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Vale la pena di rilevare altresì che l'attestazione richiesta dall'art. 182-quinquies l.f. è assolutamente speculare a quella prevista nell'art. 186-bis secondo comma lett. b) l.f.. L'art. 182-quinquies quinto comma l.f. configura quindi una legittima alterazione (quanto meno da un punto di vista temporale) della graduazione dei crediti in presenza dell'apporto di risorse esterne da parte d'un terzo, senza obbligo di restituzione (ovvero rendendolo postergato) o, in alternativa, quando detto pagamento, risulti essenziale per il proseguimento dell'attività d'impresa nonché funzionale ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori. Al contempo, l'effettiva conferma circa la funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa alla migliore soddisfazione dei creditori deve risultare dall'attestazione ex art. 186-bis secondo comma lett. b) l.f. speculare, sul punto, a quella ex art. 182-quinquies quinto comma l.f.

Ebbene la proponente non ha prodotto la detta attestazione circa l'essenzialità pur non essendovi nella specie finanzia esterna pura ma solo flussi generati dalla continuità.

Da quanto sopra esposto consegue l'opportunità anche per tale aspetto di assegnare alla proponente termine per apportare le integrazioni necessarie alla domanda ed alle attestazioni allegate, soprattutto al fine di concedere l'autorizzazione al pagamento immediato dei fornitori strategici

D) OPPORTUNITA' DI NOMINA SIN D'ORA DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE

Va rilevato infine che l'art. 161 VI° comma l.f. stabilisce che il Tribunale con il decreto che fissa il termine per il deposito di proposta e piano di concordato può nominare il commissario giudiziale;

- considerato che tale termine non può che considerarsi come iniziale, nel senso che il Tribunale ben può disporre la nomina del commissario in un momento successivo allorquando, ad esempio, si provveda alla concessione della proroga ovvero nel caso in cui la procedura venga a protrarsi ben oltre il termine concesso come può accadere in seguito ai rilievi eventualmente mossi dal Tribunale in ordine al piano ed alla proposta di concordato depositati nei termini;

- rilevato che, nel caso di specie, appare opportuna la nomina di un commissario della procedura;

- considerato inoltre che numerosi risultano i rilievi mossi dal Tribunale in punto di ammissibilità della domanda sicché, anche sotto tale profilo, il commissario dovrà verificare se le risposte date dalla proponente risultino adeguate anche ai fini dell'ammissibilità;

tutto ciò premesso,

nomina Commissari Giudiziali della presente procedura il dr. Michele Pomponio con studio in Pescara alla viale Regina Margherita n. 71 e l'avv. Carlo Del Torto con studio in Teramo alla via Vincenzo Irelli n. 6 i quali, oltre a vagliare nei termini sopra detti l'attività compiuta sino ad ora dalla proponente, dovranno altresì vigilare sull'attività che la società ricorrente andrà a compiere, e ciò fino al decreto di ammissione ed in particolare i predetti professionisti avranno il compito di:

a) vigilare sulle attività fino ad ora compiute dalla debitrice;

b) esaminare la relazioni periodiche inviate dalla debitrice;

c) consultare ed acquisire copia della documentazione contabile della debitrice e richiedere se ritenute necessarie informative anche da terzi, ai fini del più corretto svolgimento dell'attività di vigilanza che precede dandone correlativa informazione al Tribunale;

d) esprimere motivato parere in termini di completezza delle risposte o integrazioni di cui ai rilievi mossi.

P.Q.M.

Letto l'art. 162 1° comma l.f., fissa l'udienza del 18.2.2021 ore 12,30 dinanzi al Giudice delegato e che si terrà in camera di consiglio;

Concede alla ricorrente il termine fino al 15.1.2021 per apportare le integrazioni precisate in motivazione e per la produzione di ulteriori documenti e riserva all'esito ogni ulteriore provvedimento;

Concede alla proponente termine fino al 31.1.2021 per depositare e trasmettere ai Commissari Giudiziali la delibera in rettifica di aumento del capitale e sottoscrizione dell'aumento da parte dei soci, accompagnata da fideiussione, il tutto con le caratteristiche indicate in motivazione. Nello stesso termine la proponente dovrà depositare e trasmettere ai Commissari relazione aggiornata, adeguatamente documentata, sulla situazione patrimoniale dei soci indicante le risorse idonee a garantire il versamento del dovuto nei tempi stabiliti nel piano concordatario. La relazione e la documentazione allegata verranno valutate dai Commissari Giudiziali che entro il 13.2.2021 depositeranno la loro relazione e la trasmetteranno alla parte alla quale, se necessario (nel caso in cui il Tribunale ritenesse insufficienti le garanzie offerte), verrà assegnato un termine per l'integrazione della fideiussione già prestata.

Così deciso in Pescara nella camera di Consiglio del 3.11.2020

Il Presidente estensore

Domenica Capezzerà