

Concordato Preventivo: MODUS FM SPA n. 5/2021

Giudice Delegato: Dott.ssa L. Tiziana Marganella



## **IL TRIBUNALE DI PESCARA**

### **Sezione Fallimentare**

Il Tribunale composto dai Magistrati:

Dott.ssa Domenica Capezzerà

Presidente

Dott.ssa L. Tiziana Marganella

Giudice rel.

Dott.ssa Federica Colantonio

Giudice

riunito in camera di consiglio, nella procedura n. R.C. 8/2021, a scioglimento della riserva assunta a seguito del termine concesso per deposito di memorie alla società ricorrente (effettuato in data 13 luglio 2021),

sul ricorso per ammissione alla procedura di concordato preventivo (n. 5/2021 R.C.P.) depositato da MODUS FM SPA (C.F./P.I.: 03129540278), corrente in Pescara al Lungomare Papa Giovanni XXXIII n. 22, iscritta nel registro delle imprese della provincia di PESCARA;

ha emesso il seguente:

### **DECRETO**

Premesso che la società MODUS F.M. SPA (di seguito anche solo “Modus” o “società debitrice” o “società ricorrente”), in persona del legale rappresentante p.t., con sede legale in Pescara al Lungomare Papa Giovanni XXIII n. 22, depositava domanda per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo, comprensivo di piano e documentazione ex art. 161 commi II e III LF ed art. 186 bis comma II LF, nonché di perizia di stima dell’intero complesso immobiliare messo a disposizione della procedura in data 17 febbraio 2021;

-premessi che la proposta ed il piano configuravano un concordato preventivo finalizzato alla prosecuzione indiretta dell’attività di impresa, ex art. 186 bis LF, mediante l’affitto (già) in essere con la M&M Gestioni Srl, per la valorizzazione degli assets redditizi costituite dalle commesse per la realizzazione di servizi di coordinamento e supporto logistico organizzativo per le attività di Energy e Facility Management, Project financing e gestione immobiliare, e la successiva cessione (al termine del contratto di affitto) del ramo di azienda in esercizio (con procedura competitiva ex art. 163bis vista l’offerta irrevocabile di acquisto formulata dalla attuale conduttrice), unitamente alla liquidazione dell’unico cespite immobiliare (prevista al quarto anno dall’omologa) non funzionale al

going concern, nonché la costituzione del vincolo di destinazione dell'intero valore del compendio (stimato dall'Arch. Valentini per euro 2.147.180,00) di proprietà dei Sig.ri Marucci e Martino per assicurare la soddisfazione del credito di € 2.107.564,74 vantato dalla MODUS nei riguardi della Dynamin Holding (in precedenza socia al 49% della Modus ),

-premessi che, in data 16/18 marzo 2021, il Tribunale deduceva testualmente quanto segue “in punto di diritto, la proposta, il piano ed i documenti prodotti meritano di essere in parte integrati ed, in parte, definitivamente censurati ai fini dell'ammissibilità della proposta domanda in continuità”, in tal modo, evidenziando non solo notevoli e molteplici criticità del piano e della documentazione prodotta, ma anche la non emendabilità, almeno in parte, degli stessi e di conseguenza disponeva la comparizione del debitore in Camera di Consiglio per il giorno 20 maggio 2021, unitamente ai soggetti creditori istanti istanze di fallimento e alla Procura della Repubblica in sede;

-considerato che, conformemente all'incarico assegnatogli dal tribunale, il Commissario Giudiziale dott. Erminio Moscone procedeva, anche, ad una analisi analitica delle componenti patrimoniali (materiali e non ) della Società e depositava, in data 14 aprile 2021, una relazione che non solo confortava ampiamente i vizi (già) emarginati dal tribunale con il decreto del 18 marzo 2021, ma negava cittadinanza alla concreta fattibilità della proposta di piano depositata, evidenziando “la criticità rappresentata dalla posta più rilevante dell'attivo (Crediti V/CNS per € 12.738.666,00). Importo vincolato ad un contenzioso il cui epilogo difficilmente potrebbe far rispettare i tempi di pagamento previsti dal piano concordatario. A ciò si aggiunga l'incognita sulla effettiva realizzabilità dell'intero credito vantato nei confronti della CNS”;

-considerato che in data 19/ 20 maggio 2021 la Modus depositava una nuova domanda di concordato, deducendo che, nelle more del procedimento, nuovi fatti avessero imposto alla ricorrente “di apportare modifiche sostanziali al piano ed alla proposta concordataria, unitamente alle integrazioni di cui ai rilievi contenuti nel provvedimento del tribunale di Pescara del 16.03.21(...e...) ai sensi dell'art. 161 c. 3 LF il deposito di una nuova attestazione incentrata sulla fattibilità della proposta modificata, fermo restando la veridicità dei dati aziendali attestati”, (pag. 3 proposta modificata);

-considerato che all'udienza del 20 maggio 2021 la ricorrente insisteva affinché venisse accolta la domanda, mentre i creditori comparsi si riportavano alle rispettive istanze di fallimento;

-letti gli atti ed i documenti tutti depositati al fascicolo telematico, unitamente alla relazione ultima depositata dal commissario giudiziale in data 15 giugno 2021 e le note difensiva in risposta della proponente depositate in data 13 luglio 2021

#### OSSERVA

La seriazione degli eventi appena mentovata impone di fare chiarezza sui nuovi atti e documenti depositati dalla proponente a ridosso dell'udienza che il tribunale fissava alla data del 20 maggio

2021 per la dichiarazione di inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 162 LF, alla luce delle censure e vizi già ampiamente riscontrati sul concordato proposto, in parte, non emendabili, come di seguito, in parte, richiamati.

La società rinveniva la ragione del deposito delle modifiche sostanziali del piano e della proposta concordataria e di una nuova attestazione nella necessità di adeguarsi alle prescrizioni offerte dal tribunale nel decreto di fissazione dell'udienza ex art. 162 lf in uno con i nuovi fatti verificatisi dopo il 21.02.2021( data di deposito del ricorso), elencati come segue:

1- Il rigetto della richiesta di concessione della provvisoria esecuzione, nell'ambito del giudizio in corso nei confronti della CNS, per il recupero del credito di € 12.738.666,65 ipotizzato in sede di domanda all'anno 2022;

2- L'avvio di un giudizio di responsabilità nei confronti della CNS;

3-L'emersione un credito (a seguito della presentazione della dichiarazione IVA, relativa all'esercizio 2020, in precedenza non valorizzato), nei confronti dell'Erario, unitamente alla conoscenza della sussistenza, alla data del marzo 2021, di ulteriori cartelle, cosicchè veniva predisposto un aumento del Fondo rischi Privilegiato (da 718.229,66€ a 1.410.030,92), importi che comunque venivano a confluire in una depositanda transazione fiscale.

Il piano modificato prevede la continuità indiretta, ai sensi dell'art. 186 bis L.F., che si realizza anche attraverso la prosecuzione aziendale attuata a mezzo del contratto di affitto di azienda stipulato con la M&M Gestioni srl (ora Phoenix srl), per assicurare il proseguimento delle commesse attualmente in corso e non depauperare il valore della società e la successiva cessione al termine del contratto di affitto del ramo in esercizio (31.12.2024) con procedura competitiva ex art. 163 bis L.F. vista la proposta di acquisto irrevocabile formulata dalla conduttrice, unitamente alla liquidazione, a mezzo di asta competitiva, dell'unico cespite immobiliare e al recupero dei crediti e all'incasso del risarcimento del danno derivante dall'azione giudiziaria intrapresa dalla Modus SpA nei confronti del CNS. A garanzia del credito vantato nei confronti della Dinamin Holding pari alla somma di € 2.107.564,74, i soci di detta società sigg.ri Giuseppe Marucci e Antonio Martino si sono obbligati irrevocabilmente a rilasciare garanzia ipotecaria (ex art. 2852 c.c.), entro trenta (30) giorni dal provvedimento di ammissione alla procedura di concordato, a favore della massa dei creditori sull'intero valore del compendio immobiliare stimato dall'Arch. Valentini per € 2.147.180,00.

Considerato che è sicuramente e normativamente possibile predisporre modifiche alla proposta di concordato e che tale facoltà deve essere esercitata entro determinati e precisi limiti temporali ex art. 172 L.F., secondo cui le proposte di concordato, comprese quelle presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, giova sottolineare che nel caso di specie, nei fatti, l'intenzione della proponente non sia quello di abbandonare l'originaria

domanda concordataria, tacciata di profili di inammissibilità con decreto di comparizione ex art. 162 LF, per proporre una del tutto nuova, volendo la stessa debitrice permanere nella attuale procedura concorsuale senza mutare la natura dell'accordo proposto ai creditori, ma semplicemente cercare di dare cittadinanza ad una nuova attestazione del professionista in sostituzione della prima depositata al momento del deposito della domanda, alla luce della carenza assoluta, in capo a quest'ultima, dei caratteri richiesti dalla legge a pena di inammissibilità della domanda, essendo pacifico che il tribunale deve esercitare un sindacato sull'attestazione del professionista di cui all'art. 161 c. 3 LF che "non può essere meramente di secondo grado", ovvero, non può riguardare solo la sua completezza e congruità logica da deve verificare direttamente i suoi presupposti (Cass. 11423 del 22.05.2013)

Giova a tal punto evidenziare che vanno pressochè riconfermate nella presente sede le censure (anche quelle difficilmente o possibilmente emendabili) già mosse alla originaria domanda con decreto del 18 marzo 2021, tra l'altro non specificatamente contestate dalla ricorrente, anzi nella sostanza accolte, come quella inerente la insufficienza dell'attestazione del professionista. Di conseguenza la domanda va dichiarata inammissibile secondo le motivazioni che seguono, le quali, secondo un ordine logico prima che temporale, seguiranno nell'esposizione, ricalcando dapprima l'esposizione esposta nel decreto del tribunale di fissazione dell'udienza ex art. 162 LF e, successivamente, descrivendo i limiti assoluti alla fattibilità del concordato modificato che evidenziava il commissario giudiziale nella sua ultima relazione recante data 9 giugno 2021.

*1) In riferimento al profilo inerente alla sussistenza del ramo di azienda, sia in relazione alla proposta di concordato originaria che alla domanda nuova depositata in data 20 maggio 2021.*

La società ricorrente proponeva in data 17 febbraio 2021 e ha proposto in data 20 maggio 2021 un concordato in continuità indiretta, ai sensi dell'art. 186 bis LF, che si realizza attraverso la prosecuzione aziendale attuata a mezzo del contratto di affitto di azienda stipulato con la M&M Gestioni srl (ora Phoenix srl), per assicurare il proseguimento delle commesse attualmente in corso e non depauperare il valore della società, la quale, alla scadenza del contratto di affitto di ramo d'azienda, è prevista la cessione del medesimo ramo in esercizio per il quale è già stata avanzata una proposta irrevocabile di acquisto per l'importo di euro 850.000,00. Orbene, il proposto contratto di affitto d'azienda era tracciato, già nella prima proposta, in maniera puntuale e precisa nei suoi elementi contenutistici e temporali, ma così non era in riferimento all'intero compendio patrimoniale aziendale, tanto che agli atti mancava una valorizzazione dell'intera azienda facente capo alla Modus. Di conseguenza, ora come allora, emerge con palmare evidenza la necessità che la proponente provvedesse a chiarire il profilo in questione e verificasse l'effettiva possibilità della individuazione del ramo di azienda nell'ottica di una sua locazione separata dall'intero, e, quindi, provvedesse a

valutare la possibilità di scomporre l'azienda in diversi rami per poi provvedere all'affitto separato di essi. Tale profilo veniva anche evidenziato sotto il profilo strettamente attinente all'attivo da inserire nel piano industriale, risultando del tutto assenti dei frutti inerenti dalla continuità dell'azienda (che rimaneva in capo alla proponente) distinta dal ramo affidata in affitto alla terza. Né poteva ritenersi delineabile un'azienda in capo alla Modus, la quale rimaneva provvista esclusivamente di un immobile da liquidare ed alcuni crediti da riscuotere e apertamente dichiarava l'insussistenza di alcuna ulteriore attività caratteristica. Tanto veniva confermato non solo dal commissario giudiziale ma soprattutto dalla stessa proponente la quale alla pag. 15 della nuova proposta ribadisce che "l'azienda ha perso totalmente la capacità di poter proseguire le attività con regolarità anche in ragione del fatto che la forza lavoro è stata completamente assorbita dalle società cui sono state riassegnate le commesse del CNS" ... una siffatta considerazione che riguarda l'intero esclude la possibilità che si possa diversamente attribuire all'azienda un valore per singoli rami".

Di conseguenza, non possono che confermarsi nella presente sede la criticità già ampiamente riscontrata in seno al decreto di fissazione dell'udienza ex art. 162 LF, pur nella consapevolezza del chiaro favor del legislatore per questa tipologia concordataria, l'argomento secondo il quale, dal momento che l'affitto costituisce null'altro che lo strumento per mantenere l'azienda in vita, la continuità sussiste anche nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società che abbia concesso in affitto a terzi la propria azienda, ravvisandosi in entrambi i casi l'elemento qualificante della presenza di un'azienda in esercizio, stabilendo, nell'ambito dei principi generali, la necessità di dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore. In sede di emendamenti parlamentari al testo della delega varato dal Governo, si era altresì individuato, fra i principi e i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello di: "integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo (...) che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato" all'art. 6, 1° c., lett. i).

La legge in parola ha pertanto vincolato il legislatore delegato alla necessità di ricomprendere nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis la fattispecie della continuità indiretta, in presenza di vincoli ben precisi, innanzitutto emarginando le situazioni di abuso anche attraverso le attestazioni rinforzate. E nel caso di specie, emerge inconfutabile la volontà del proponente di attuare (rectius: avere effettuato) una vera e propria cessione dell'intera azienda, in totale assenza di una attestazione che valutasse tale aspetto, sia ai fini richiesti dall'art. 186bis LF sia ai fini dell'art.161 c. 3 LF., con ovvie ricadute di inammissibilità della domanda.

Invero, come già denunciato, la domanda veniva depositata anche in assenza di una stima di natura peritale che valutasse le componenti patrimoniali dell'azienda, e di conseguenza senza una ricognizione analitica degli elementi che la componessero, mancando la possibilità di individuare un'azienda né i suoi eventuali diversi rami in cui potesse (e possa ancora oggi) suddividersi la complessa ed unitaria attività svolta dalla società ed in funzione di questo, procedere alla valutazione degli affitti dei rami d'azienda, sempreché gli stessi possano essere autonomamente identificati. Ed anche oggi, prescindendo dalla ammissibilità (profilo meglio scandagliato nel prosieguo) della nuova attestazione e della perizia dell'azienda, mancano in assoluto elementi che possano individuare la sussistenza dell'azienda in capo alla proponente e la diversificazione del ramo in capo alla affittuaria.

*2) in riferimento all'art. 186 bis c.2 lett. B) LF. e all'art. 161 c.3 LF. Inadeguatezza e carenza assoluta della attestazione ex art. 186bis c. 2 lett.B LF c.2 L.F. asserente che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, con ovvie ricadute in seno all'ammissibilità della prospettata domanda di concordato in continuità.*

La prima attestazione ex art. 182 bis c. 2 lett. B LF veniva basata su una stima atomistica dei singoli beni, richiamando esclusivamente le perizie agli atti che stimava il fabbricato da dismettere perché non funzionale alla continuità aziendale, senza la valutazione del complesso aziendale rappresentato "in piena vitalità operativa". Vale in merito sottolineare come la stessa proponente alla voce descritta alla pag. 8 dichiarava che "Nel corso degli anni, grazie a numerosi lavori assegnati dal CNS, Modus FM ha sviluppato un fatturato fino a 25 milioni di euro annuo, di cui oltre il 90% derivante da lavori assegnati dal medesimo Consorzio." . Inoltre l'attestatore alla pag. 80 riportava il dettaglio delle commesse oggetto del piano industriale della società M&M Gestion, distinte tra commesse rientranti nel perimetro del fitto di ramo di azienda e commesse aggiudicate e da sottoscrivere descrivendole in un totale di € 16.159.164,05. Inoltre, metteva in evidenza che il piano industriale redatto dalla affittuaria addirittura non avrebbe tenuto in debito conto l'impatto positivo che poteva derivare dall'aggiudicazione delle gare a cui la società Modus partecipò pari a circa 31 milioni di euro e rientranti nel ramo di azienda affittato. Tale premessa, unita alla constatazione che la continuità indiretta fosse funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori, visto che "permette la salvaguardia del valore dell'azienda con la prosecuzione dell'attività attualmente in corso al fine della successiva cessione" (pag 85 dell'attestazione ex art. 186 bis LF) si poneva in netta contraddizione con la successiva certificazione volta a negare la migliore soddisfazione dei creditori in ambito fallimentare rispetto alla procedura minore. Invero, il professionista attestatore prospettava uno scenario di liquidazione atomistica degli assets aziendali, senza peraltro provvedere a valorizzare il bene stesso dell'azienda in piena attività con commesse attualmente da svolgere e future (di 31 milioni di euro) da sottoscrivere. Il dott. Farchione, nelle proprie conclusioni, si limitava a ritenere

che la fattibilità del piano concordatario fosse espletabile con la continuazione dell'attività che garantiva al piano una migliore soddisfazione dei creditori in alternativa alla procedura fallimentare. Tale dichiarazione, in realtà, rasentava il profilo dell'inesistenza laddove focalizzava la migliore soddisfazione dei creditori, in maniera apodittica, sulla scorta della sola "utilità" prodotta dalla continuità, ossia la percezione dei canoni di affitto. Peraltro, la dichiarazione si palesava del tutto generica ed inutile in quanto non attestava indici o criteri in base ai quali poter desumere che la continuazione dell'attività andasse a migliorare la posizione dei creditori rispetto all'alternativa fallimentare, limitandosi a comparare la scelta della proponente alla sola ipotesi totalmente liquidatoria, che però non coincide con quella fallimentare atteso che anche in ambito fallimentare sono previste delle ipotesi delle continuità aziendali, anche indirette. Nel caso di specie, del concordato con continuità, infatti, l'attestazione doveva investire anche la valutazione dei dati utilizzati per la redazione del business plan, e valutare evoluzione futura dell'andamento dell'impresa. Il giudizio dell'attestatore, quindi, doveva paragonare gli esiti del concordato con continuità con quelli di un fallimento, nel quale la liquidazione non avvenisse necessariamente in forma atomistica ed anzi potesse avvenire eventualmente in forma aggregata e previo svolgimento di un esercizio provvisorio (art. 104), e alla decurtazione dei frutti derivanti dall'affitto del paventato ramo di azienda sopperiranno gli utili derivanti dalla continuazione dell'attività di impresa nello svolgimento delle attuali e future (aggiudicate) commesse. A tanto vale inoltre aggiungere la inesattezza giuridica circa gli effetti irreversibili che la procedura di fallimento determinerebbe sull'azienda in riferimento alle autorizzazioni amministrative e nello specifico alle SOA indispensabili alla prosecuzione dell'attività di impresa. Invero, il fallimento mantiene del tutto valide le attestazioni rilasciate all'impresa (anche SOA o ISO) che possono essere rinnovate dall'impresa che esercita la propria attività in esercizio provvisorio e vendibili separatamente da essa. Il Tribunale, nella fase di ammissione, è tenuto, sia a valutare se la prosecuzione dell'attività di impresa sia funzionale a garantire la più ampia soddisfazione dei creditori (come si ricava da alcuni indici normativi ed, in particolare, dall'art. 186 bis, co. 5 laddove impone al tribunale la declaratoria di improcedibilità del concordato in continuità, già ammesso ed in fase di esecuzione, quando le circostanze rendano evidente che la prosecuzione dell'impresa sia manifestamente dannosa per i creditori) sia a verificare la completezza del piano in uno con la coerenza ed esaustività dell'attestazione.

Tanto veniva chiarito dal tribunale del decreto di fissazione dell'udienza ex art. 162 LF, che denunciava detta relazione del professionista perché sprovvista della specifica attestazione, richiesta a pena di inammissibilità della domanda di concordato, in ordine alla funzionalità della

prosecuzione dell'attività di impresa al migliore soddisfacimento dei creditori, e tanto oggi il tribunale conferma.

Anche la proponente, evidentemente, sposava le censure esposte dal tribunale, tanto che nelle more dell'udienza ex art. 162 LF si premurava di depositare non tanto e non solo una perizia dell'azienda ma una vera e propria nuova attestazione che prendesse le veci della precedente.

Considerato peraltro che la nuova domanda di concordato depositata in data maggio 2021 si palesa del tutto aderente alla precedente (salvo considerare l'apertura di un nuovo contenzioso, l'andamento del contenzioso in corso e un diverso ammontare di crediti/debiti verso l'Agenzia delle Entrate), sia per la natura del concordato (in continuità indiretta) sia per il piano che per la proposta, e pertanto la sua proposizione nelle more del giudizio della prima domanda, che assegnava al debitore la possibilità di beneficiare del cappello ex art. 168, oggi non può che determinare un arresto della procedura perché inammissibile, con pedissequa necessità di vagliare le istanze di fallimento prima della seconda domanda di concordato, stavolta corredata da una attestazione diversa e probabilmente aderente ai presupposti sanciti dal tribunale.

Ovvero, sarebbe consentito valutare la nuova attestazione, unitamente alla nuova domanda, nell'ipotesi in cui la prima proposta fosse stata rinunciata. Infatti, se a detta proposta venisse riconosciuta autonomia rispetto alla proposta primigenia (circostanza insussistente sia per le motivazioni innanzi illustrate e che per quelle che seguiranno), essa costituirebbe un abuso della domanda di concordato e dovrebbe ritenersi inammissibile con contestuale declaratoria di fallimento, nel rispetto del principio che impone l'esaurimento della procedura di concordato prima della dichiarazione di fallimento (cfr. Cass. Sez. Un. nn. 9935 -9936 del 2015), però alla conclusione della procedura concordataria, in pendenza di una procedura pre-fallimentare, il tribunale deve valutare quest'ultima prima di ogni altra diversa iniziativa del debitore (sentenza Cassazione Civile del 10 novembre 2019, n. 25479) secondo le connotazioni che possono essere considerate sia a riguardo dei contenuti sia della modalità e della tempistica di presentazione della domanda (in termini tribunale di Pescara decreto del 16 giugno 2021, tribunale di Pescara decreto del 9 marzo 2021).

Considerato che, in particolare, deve essere riconosciuta la possibilità per l'imprenditore, fino alla dichiarazione di fallimento, di comporre, con tutte le modalità consentite dall'ordinamento, la crisi della propria impresa, in quanto, finalità meritevole di tutela, perchè più conveniente non solo per un interesse giuridico-patrimoniale personale ma anche e soprattutto per il ceto creditorio, rispetto alla soluzione di apertura della procedura fallimentare, ma la proposta di una domanda caratterizzata da una evidente impraticabilità o pretestuosità, non può precludere la dichiarazione di fallimento, trattandosi sicuramente di una condotta abusiva degli strumenti giuridici ad opera del debitore (Cass. Civ. n. 5677/2017). Di conseguenza va qualificato illegittimo il comportamento del soggetto che,

attraverso il ricorso ad uno strumento previsto dalla legge, si adoperi per posticipare in malafede o addirittura evitare la naturale conclusione dell'iter fallimentare, configurandosi come abusive le dinamiche processuali ad essa connesse (c.d. ombrello protettivo nei confronti del debitore, "E'abusiva la proposizione di una seconda domanda di concordato [...] senza che sia concretamente prospettabile una nuova diversa ipotesi di risoluzione della crisi e, dunque, in assenza di plausibili ragioni che ne giustifichino la presentazione, rivestendo essa finalità meramente dilatorie.", (Corte di Appello di Milano del 29 ottobre 2015, sent. n. 4133).

Né risulta apprezzabile in senso risolutorio la difesa spiegata dal proponente, nel senso di attribuire un significato pressochè nullo (rectius: negativo) al patrimonio netto della società a far data dal 2018, e che quindi non fosse necessario né al tempo della proposizione della prima domanda di concordato, né oggi, ipotizzare un valore all'azienda e quindi un valore positivo all'alternativa fallimentare, anche in continuità. Nello specifico, facendo proprie le affermazioni depositate nella nuova perizia redatta dal professionista dott. Antonio Russo, la proponente è pervenuta all'azzeramento del valore aziendale sulla base della notevole perdita evidenziata nel bilancio al 31.12.2018, che ha portato il patrimonio della società a un deficit di € 18.119.866,86 (deficit derivante da assestamenti che hanno visto annullare poste attive e incrementare poste passive per milioni di euro), applicando il metodo utilizzato dall'Amministrazione finanziaria (art.2 del DPR 31.07.1996 n. 460). Ebbene, anche tali asserzioni (che avrebbero dovuto imporre agli organi sociali delle reazioni non valutabili nella presente sede) non possono trovare cittadinanza, aderendo alle conclusioni logiche prima che contabili del commissario giudiziale che emette delle dichiarazioni in netto contrasto con la capacità produttiva del ramo aziendale, imponendo un esame più attento e concreto dei contratti oggetto della cessione con il ramo aziendale (pag. 5 relazione del commissario giudiziale depositata in data 9 giugno 2021: "Si ritiene che la valutazione del professionista sia in netto contrasto con la capacità produttiva del ramo aziendale. Tale capacità, sia per il fatturato sia per i risultati economici, viene evidenziata dalla documentazione, riferita al primo trimestre del corrente anno, della società affittuaria messa a disposizione dello scrivente. Pertanto si ribadisce che soltanto una Due Diligence, posta in essere da un soggetto terzo, attraverso l'esame dei contratti oggetto di cessione con il ramo aziendale e prescindendo dagli altri componenti attivi e passivi della società, avrebbe potuto fornire una puntuale rappresentazione sulla capacità degli stessi di produrre reddito, con conseguente valorizzazione del canone di locazione e del ramo aziendale ceduto, comprensivo dell'avviamento.", in termini Corte di Cassazione con la sentenza del 17 gennaio 2019 n. 1118, ha sottolineato "l'essenza" dell'avviamento, e cioè «la capacità di profitto di una attività produttiva»).

E tanto non risulta scalfito dalla valutazione del commissario giudiziale, il quale si esprime sono in termini di "difficoltà", ma giammai di "impossibilità" per una eventuale procedura fallimentare in

continuità, utile per portare a termine (anche in forma indiretta) le commesse oggetto della cessione del ramo di azienda.

A quanto appena argomentato, di per sé sufficiente a dichiarare inammissibile la domanda, emerge la opportunità di corredare la motivazione da brevi annotazioni inerenti la stessa fattibilità della domanda modificata proposta.

*3) sulla fattibilità del piano e idoneità del piano proposto a realizzare la causa in concreto della procedura entro i termini di adempimento previsti nella proposta.*

L'abuso del diritto e del processo si configurano anche quando risulti evidente che la domanda sia stata presentata non per regolare la crisi dell'impresa ma solo a scopi dilatori, e tanto risulta confortato nel caso di specie dalle penetranti e puntuali critiche svolte dal Commissario giudiziale, sia nella relazione depositata in data 14 aprile che in quella depositata in data 14 giugno 2021.

Con la relazione depositata in data 14 aprile 2021, il Commissario giudiziale ha rilevato molteplici profili di criticità del piano proposto, alcune delle quali tali da ripercuotersi altresì sulle relazioni dell'attestatore e tali di conseguenza da far apparire la seconda domanda di concordato proposta, riscontrata l'assenza di prospettive ed ipotesi diverse di risoluzione della crisi, priva di giustificazione e sconnessa dalla realtà. A conforto di quanto precede, si staglia il fatto che la continuazione dell'attività si fonda su presupposti identici a quelli della prima proposta e quindi soli ipotetici e nemmeno sorretti su dati contabili e fiscali pienamente attendibili e che allo stato attuale si presentano tali da compromettere ragionevolmente le aspettative degli stessi creditori, in quanto nel presente concordato in continuità indiretta, parte se non la totalità dei mezzi di destinazione diretti al soddisfacimento dei creditori deriva per l'appunto non dalla prosecuzione dell'attività di impresa, quanto da un programma che nel piano in esame risulta essere oltre che di estremamente difficile realizzazione, assai lacunoso e non concretamente fondato e fattibile.

Quanto appena riportato veniva esplicitato nella motivazione del decreto di fissazione dell'udienza ex art. 162 LF, in aderenza alla giurisprudenza della Corte di Cassazione che affida al giudice non più un limitato giudizio di legittimità del piano concordatario, volto pertanto ad assicurare la legalità della procedura concorsuale, ma viene a questi assegnata un'altra e più rilevante attribuzione, ossia quella di esercitare un controllo di legittimità sulla "fattibilità" del piano, intesa quale "*prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario*", dal momento che essa rappresenta pacificamente uno dei presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo. Tale controllo, è bene chiarire, non è limitato alla completezza, alla congruità logica ed alla complessiva coerenza della relazione del professionista, né tantomeno può restare esclusa dall'attestazione del professionista, ma "*consiste nella verifica diretta del presupposto stesso, sia sotto il profilo della fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, sia sotto il profilo della fattibilità*

*economica, intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo, dovendosi in tal caso verificare unicamente la sussistenza o meno di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato"* (Cass. n. 24970/2013; Cass. n. 9061/2017).

Orbene, già nella prima relazione depositata, il Commissario giudiziale precisava che gli innumerevoli e cospicui fondi rischi e oneri (pag. 29, 54 e seguenti della prima proposta), creati dalla società Modus, a fronte di debiti in parte certi in parte eventuali che potevano sorgere durante la procedura, fossero da considerarsi semplici poste contabili prive di copertura finanziaria. Tali poste (esclusivamente contabili oggi come allora) sono pertanto da considerare contabilmente attività inesistenti.

Uguualmente, ora come allora, quanto alle capacità adempitive della M&M Gestione srl (ora Phoenix srl), atte a testimoniare la sua capacità economica o patrimoniale per far fronte a tale impegno, al fine di consentire una valutazione della capacità di pagamento dell'obbligazione assunta, non sono state fornite adeguate forme di garanzia, né all'uopo appare sufficiente ai fini di garanzia la mera dichiarazione del capitale sociale o del fatturato del il socio di maggioranza I.F.M. SpA riferite all'anno 2019.

In realtà, non sembra fornire un profilo di miglioramento rispetto all'alternativa fallimentare neanche l'impegno assunto dai Sig.ri Martino Antonio e Marucci Giuseppe, soci unici della Dynamin Holding, sul compendio immobiliare di proprietà sito nel comune di Cepagatti (PE) e valutato dall' Arch. Valentini € 2.147.180,00, in assenza di un atto che preveda un mandato a vendere gli immobili in favore della procedura, secondo modi e tempi prestabiliti. Inoltre la nuova garanzia reale per atto pubblico prevede, dopo l'omologa, soltanto l'iscrizione ipotecaria (atto qualificabile a titolo gratuito con ovvie ripercussioni in eventuali giudizi di revocatoria sia ordinari che fallimentari) su tale immobile senza che siano specificate le modalità e i tempi di pagamento del debito e senza che (neanche) il professionista attestatore abbia sindacato la sussistenza di ulteriori creditori del terzo garante.

Quanto alla ulteriore posta attiva indicata nella nuova proposta, ossia l'importo di € 500.000,00 riportato nell'attivo del piano modificato, che deriverebbe dall'eventuale esito positivo di un contenzioso per responsabilità precontrattuale appena oggi instaurato (atto di citazione del 5 maggio 2021) nei confronti della CNS, in armonia alla deduzione offerta dallo stesso commissario giudiziale tale incremento non può essere preso in considerazione, vista l'assoluta imprevedibilità dell'esito del giudizio.

Infine, uguale constatazione merita ricevere la posta di attivo più rilevante (Crediti V/CNS per € 12.738.666,00) messa a disposizione dei creditori, in quanto trattasi di un importo vincolato ad un

contenzioso il cui epilogo molto difficilmente potrebbe far rispettare i tempi di pagamento previsti dal piano concordatario, atteso che allo stato attuale non solo è stata respinta la richiesta avanzata dalla Modus di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, ma soprattutto perchè il contenzioso versa ancora in una fase preliminare, essendo stata fissata esclusivamente l'udienza per precisazione delle conclusioni relative alla competenza anche giurisdizionale del tribunale adito. A ciò si aggiunga l'incognita sulla effettiva realizzabilità dell'intero credito vantato nei confronti della CNS.

Sulla scorta di tutte le argomentazioni appena narrate, la proposta concordataria deve essere dichiarata inammissibile ai sensi dell'articolo 162 comma 2 L.F. e rilevato che l'udienza è stata fissata con convocazione dei creditori istanti il fallimento

PQM

Dichiara inammissibile la procedura di concordato preventivo e considerata la pendenza di istanze di fallimento provvede in ordine alle stesse con separato provvedimento.

Si comunichi.

Pescara 22 luglio 2021

Il giudice est.

Dott.ssa L. Tiziana Marganella

Il Presidente

Dott.ssa Domenica Capezzerà