

Corte d'Appello di Milano

Quarta Sezione Civile

riunita in camera di consiglio nelle persone dei sottoscritti magistrati:

dr. Marina Marchetti

Presidente

dr. Vinicia Licia Serena Calendino

Consigliere

dr. Francesca Maria Mammone

Consigliere Rel.

nel procedimento iscritto al n. 1549/2021 VG promosso da:

AGENZIA DELLE ENTRATE

CONTRO

.....S.R.L.

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28 aprile 2022, ha
pronunciato il seguente

DECRETO:

La proposta

Con ricorso depositato il 12 settembre 2018, s.r.l., nota
società operante nel settore della produzione e commercializzazione del
vetro e titolare dell'omonimo marchio, ha domandato di accedere alla
procedura di concordato preventivo.

Si tratta di proposta di concordato in continuità aziendale che prevede la
prosecuzione dell'attività da parte della società proponente fino al 30 giugno
2026, la cessione degli immobili non funzionali alla continuità, l'incasso dei
crediti e di canoni d'affitto e che si avvale di finanza esterna.

La società si è impegnata al pagamento integrale dei debiti prededucibili, dei
creditori ipotecari e dei crediti assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751-
bis n. 1, c.c., della quota capitale dei crediti previdenziali. È previsto che tutti
gli altri crediti privilegiati siano degradati al chirografo e che i creditori
chirografari, considerati tali anche i creditori privilegiati degradati, siano
soddisfatti secondo percentuali decrescenti a partire dal 40% fino al 18%.

Alla proposta di concordato si accompagna una proposta di transazione
fiscale e previdenziale ai sensi dell'art. 182-ter leg.fall. che prevede il

pagamento del debito erariale (ritenute IRPEF, IRAP ed IVA, comprese le sanzioni e gli interessi) -quantificato dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 172 leg.fall. in €8.367.785- in misura del 36,20% del totale, in venti rate trimestrali a partire da una data non antecedente a quella di definitività del decreto di omologazione ed il pagamento ad Agenzia delle Entrate – Riscossione dei compensi per la riscossione dei tributi iscritti a ruolo per complessivi €48.541, pari al 30% del dovuto. La proposta di transazione destina il credito per ritenute fiscali (c.d. Bonus Renzi) ai debiti tributari mediante imputazione proporzionale su ciascuna rata del piano.

La proposta, sottoposta ai creditori suddivisi in classi all’adunanza tenutasi il 12 aprile 2021, ha trovato adesione in sei classi su otto. Si sono espressi in senso favorevole creditori titolari di crediti per €5.193.926,64 su un totale di €15.180.060,26; dunque, in misura insufficiente all’approvazione del concordato.

La società proponente ha tuttavia insistito per l’omologazione della proposta concordataria ai sensi dell’art. 180, quarto comma, legge fallimentare (nel testo vigente all’esito delle modificazioni introdotte dall’art. 20 d.l. n. 118/2021), sì da superare il voto contrario espresso da Agenzia delle Entrate in relazione a crediti per complessivi €8.367.785,29.

L’omologazione

Il Tribunale di Como, all’esito del giudizio di omologazione, nel quale si sono costituiti gli oppositori Agenzia delle Entrate ed Agenzia delle Entrate – Riscossione, ha respinto le opposizioni e, con decreto depositato il primo dicembre 2021, ha omologato il concordato preventivo.

In punto applicabilità alla fattispecie dell’art. 180, quarto comma, legge fallimentare, il giudice ha ritenuto:

1. che la disposizione, avendo natura processuale, sia applicabile a tutti i procedimenti ancora pendenti e non ancora omologati alla data della sua entrata in vigore;
2. che la previsione secondo la quale il Tribunale omologa il concordato “*anche in mancanza di adesione*” debba essere interpretata come riferita sia alle ipotesi in cui l’amministrazione finanziaria rimanga

inerte, che ai casi in cui la stessa espliciti la propria volontà di respingere la proposta;

3. che il credito di Agenzia delle Entrate rappresentava il 55% circa dei crediti nei confronti della proponente;
4. che l'omologazione dell'accordo, grazie ai flussi generati dalla continuità e grazie alla finanza esterna (per complessivi 10.656.000 euro), avrebbe consentito il soddisfacimento dei crediti erariali in misura del 36,2% in un tempo ragionevolmente contenuto, mentre la liquidazione del patrimonio della società avrebbe consentito il pagamento parziale dei crediti previdenziali, ma nessun riparto a favore degli altri creditori privilegiati e dei creditori chirografari.

Il Tribunale, inoltre, ha escluso che il maggior valore generato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa dovesse essere messo a disposizione dei creditori secondo il principio della c.d. *absolute priority rule* (per cui non è possibile il pagamento di un creditore di rango inferiore se i creditori di rango *potiore* non sono stati integralmente soddisfatti), spiegando di ritenere preferibile, nella consapevolezza dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, l'orientamento secondo il quale il concordato in continuità aziendale comporta una deroga al principio di responsabilità generale ed illimitata del patrimonio del debitore ex art 2740 c.c. ed al principio di graduazione dei crediti e che attribuisce agli utili generati dalla continuità natura esogena. Secondo il Tribunale, il debitore “*non pone necessariamente a disposizione dei creditori tutti i propri beni, presenti e futuri, in quanto la liquidazione dei beni materiali ed immateriali componenti l'azienda non è richiesta ove si dimostri che i flussi generati dalla gestione sopperiscono al fabbisogno dei creditori e rispondono all'esigenza di loro miglior trattamento, e ben potendo inoltre il debitore non far rientrare nell'attivo tutto il surplus...*” che “*costituisce un beneficio aggiuntivo che può essere liberamente distribuito tra i creditori chirografari ...*”.

Sotto diverso profilo, il Tribunale, chiarito che la valutazione dei singoli elementi dell'attivo - in particolare gli immobili – “*è stata effettuata in termini "prudenziali" nell'ambito delle stime svolte in esito alle perizie del*

consulente del Commissario Giudiziale che hanno condotto all'individuazione di importi inferiori rispetto alle stime della società”, ha dato atto della destinazione di eventuali importi in eccesso che dovessero essere ricavati dall'alienazione degli immobili a beneficio dei rispettivi creditori ipotecari fino alla concorrenza del relativo credito, in conformità a quanto disposto dall'art. 160, secondo comma, leg. fall..

Infine, con riferimento alle obiezioni sollevate dalla parte opponente con riferimento al soddisfacimento del creditore titolare dell'ipoteca sull'immobile di Murano, destinato allo svolgimento dell'attività produttiva, il primo giudice ha evidenziato “che il concordato con continuità aziendale contempla, per sua natura, il mantenimento dei cespiti produttivi, in funzione della prosecuzione dell'attività d'impresa” e che, tuttavia, “il fatto che il bene (immobile di Murano) non venga venduto, in quanto funzionale all'attività, non può certamente pregiudicare il soddisfacimento del creditore che da quel bene è garantito in virtù dell'iscrizione ipotecaria e della prelazione da essa derivante, pena la compromissione degli effetti dell'iscrizione stessa”.

Sotto il profilo della fattibilità economica della proposta e del piano, il Tribunale ha richiamato il parere favorevole espresso dal commissario giudiziale, sottolineando come “il risultato dell'attività liquidatoria del curatore (vendita degli immobili, incasso crediti e altri elementi attivo), non essendo ipotizzabile una cessione unitaria dei rami d'azienda in tempi brevi né tantomeno un esercizio provvisorio, dedotti i costi della procedura (quali il compenso del Curatore, spese di giustizia etc), consentirebbe il pagamento dei crediti sino a quelli di rango privilegiato di cui al 2751 bis commi 1 e 2 e nulla rimarrebbe per l'Agenzia dell'Entrate e considerato che la certezza o quantomeno la maggiore probabilità del pagamento del credito erariale in ambito concordatario, nella percentuale stimata dal Commissario Giudiziale, appare senza dubbio preferibile rispetto ad un eventuale e del tutto ipotetico pagamento in sede di liquidazione”.

Il reclamo

Agenzia delle Entrate ha contestato la decisione, per i seguenti motivi:

- a. non sarebbe applicabile l'art. 180, comma quarto, leg.fall: vi sarebbe “mancanza di adesione” solo in caso di inerzia della pubblica amministrazione; l'omologazione “forzosa” dell'accordo di ristrutturazione non sarebbe perciò consentita nell'ipotesi di manifestazione esplicita della volontà di non accettare la proposta;
- b. non sarebbe consentito distribuire le utilità rinvenienti dalla continuità (eccedenti l'ammontare della liquidazione dei beni aziendali e le risorse apportate da terzi) in violazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione; inoltre il piano concordatario sottrarrebbe ai creditori, a vantaggio della società, oltre due milioni di euro; la lesione della garanzia patrimoniale sarebbe tanto più evidente in quanto i flussi stimati nel piano deriverebbero per ben 7.807.000 euro dal ricavato della vendita (e quindi dalla liquidazione) di prodotti semilavorati già esistenti e rimasti inutilizzati nel corso degli anni;
- c. sarebbe illegittima la previsione del pagamento integrale di un creditore ipotecario con risorse rinvenienti dal realizzo di beni diversi dall'immobile gravato da ipoteca (il pagamento, secondo la reclamante, potrebbe essere eseguito unicamente con finanza esterna);
- d. le linee strategiche del *business plan* sarebbero meramente ipotetiche e le previsioni ivi contenute del tutto aleatorie; difetterebbe quindi il requisito della fattibilità economica.

La reclamante ha quindi chiesto a questa Corte di appello di riformare il decreto impugnato e di respingere la richiesta di omologazione della proposta di concordato.

Nel procedimento si è costituita s.r.l. chiedendo il rigetto del reclamo.

In particolare, la società ha sottolineato come l'art. 180, comma quarto, della legge fallimentare preveda, all'esito delle modificazioni introdotte dal d.l. n. 118 del 2021, che il concordato possa essere omologato anche in caso di “mancanza di adesione” da parte del creditore Erario e che tale espressione deve intendersi riferita sia al caso in cui il creditore non partecipi alle

votazioni, sia al caso in cui esprima voto contrario all'approvazione della proposta.

Inoltre, ha evidenziato che l'importo che, secondo la reclamante, sarebbe stato sottratto ai creditori, e che invece rappresenterebbe una sorta di "cuscinetto" per consentire all'impresa di poter riavviare la propria attività dopo aver eseguito il concordato, ammonterebbe, secondo i calcoli del commissario giudiziale, che ha rideterminato l'attivo in complessivi €17.716.195 (cfr. relazione ex art. 172, pag. 59) contro i 19.861.686 stimati dalla proponente, non a due milioni di euro, ma a soli centomila.

Ancora, a detta della resistente, l'art. 160, secondo comma, leg. fall, sarebbe interpretabile nel senso che sarebbe possibile prevedere la falcidia del credito di rango poziore e il pagamento del credito di rango inferiore, essendo al riguardo sufficiente assicurare al primo un trattamento più favorevole – da un punto di vista quantitativo e/o per quanto attiene ai tempi di adempimento – rispetto a quello riservato al secondo, fermo restando che il *favor* dell'ordinamento nei confronti delle procedure di regolazione della crisi alternative al fallimento imporrebbe di considerare i flussi di cassa come finanza endogena. In ogni caso, a mente del primo comma dell'art. 182-ter, in deroga a quanto previsto per la generalità dei crediti privilegiati dall'art. 160, comma 2, e comunque indipendentemente da quanto stabilito per gli altri crediti, sarebbe indubbio che in caso di transazione fiscale valga la regola della c.d. priorità relativa.

All'udienza del 28 aprile 2022 questa Corte si è riservata di decidere.

La decisione

Il reclamo è infondato.

Quanto al **primo motivo**, è utile evidenziare che Agenzia delle Entrate non contesta l'applicabilità alla fattispecie delle modifiche introdotte dall'art. 20 del d.l. n. 118 del 24 agosto 2021, che ha adeguato il disposto dell'art. 180, comma quarto, legge fallimentare, a quello degli articoli 182-bis e 182-ter. Si tratta, del resto di norma avente natura processuale che dunque si applica ai procedimenti non ancora esauriti alla data dell'entrata in vigore.

La disposizione ha modificato l'espressione “in mancanza di voto” in quella di “mancanza di adesione”, sicché il nuovo quarto comma dell'art. 180 prevede ora che *“Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”*.

Come si è detto, la parte reclamante reputa che per mancata adesione debba intendersi solo la mancata espressione del voto.

Stima al contrario questa Corte che la disposizione sia stata correttamente interpretata dal Tribunale di Como e che l'espressione in esame debba intendersi riferita sia alle ipotesi in cui l'amministrazione finanziaria resti inerte di fronte della proposta di concordato, sia ai casi in cui l'ente partecipi alla votazione e manifesti la propria contrarietà.

È noto che il “nuovo” testo degli artt. 180, 182-bis e 182-ter della legge fallimentare -che anticipa il corrispondente istituto della c.d. “omologazione forzata” introdotto dal Codice della crisi e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. n. 14 del 2019- ha suscitato un ampio dibattito interpretativo tra quanti ritengono che al giudice sia stato attribuito il potere-dovere di omologare *“forzosamente”* l'accordo solo quando non vi sia stata alcuna espressione di voto o di adesione da parte del fisco e degli enti previdenziali e quanti sostengono che tale potere/dovere sussista anche in caso di voto negativo o di rigetto dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria e degli enti. Questa Corte reputa più convincente tale secondo orientamento, poiché, come la giurisprudenza di merito (si vedano, tra le altre, Trib. Milano, 3 agosto 2021; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 11/1/2021, le altre citate più avanti, in www.ilcaso.it e quelle richiamate nel decreto impugnato), ha già avuto occasione di affermare:

- a. il dato letterale ostativo è solo apparente, dal momento che nella mancata adesione rientra concettualmente non solo il silenzio ma anche il diniego espresso. Tanto che nel sistema attuale del concordato preventivo l'astensione, il silenzio o il mancato voto del creditore sono tutti parificati, nel calcolo delle maggioranze, al voto contrario;
- b. la *ratio* delle nuove norme, quale espressamente individuata dalla relazione d'accompagnamento al d.lgs n. 14 del 2019, è quella “*di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi*”, che possono in concreto ricorrere sia quando l'amministrazione ritardi la propria risposta, sia qualora rigetti espressamente la proposta, sebbene più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria. In un caso e nell'altro, diversamente da quanto afferma l'Avvocatura dello Stato, secondo la quale l'intento perseguito dalla legge è solo quello di evitare che l'inerzia possa condizionare l'esito della votazione, il legislatore ha voluto assicurare il preminente interesse erariale anche attraverso il superamento delle resistenze degli uffici che risultino in concreto irragionevoli e si pongano pertanto in contrasto con il principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione stabilito dall'art. 97 Cost.;
- c. l'amministrazione esercita, nel manifestare o meno il proprio consenso, una “discrezionalità vincolata” al maggior soddisfacimento dei crediti fiscali, per effetto della quale non può rigettare una proposta che preveda il pagamento di quei crediti in misura migliore di quella che potrebbe derivare da soluzioni alternative. Essa amministra risorse pubbliche e deve perseguire il recupero dei propri crediti secondo criteri di efficienza. In questa prospettiva, vi è anche la necessità di consentire un sindacato dell'eventuale diniego del fisco sulla proposta, che non potrebbe essere, in concreto, esercitato, laddove si negasse al tribunale la possibilità di intervenire sul rigetto della proposta. Lo conferma la recente ordinanza n. 8504/2021 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha stabilito: “*Le controversie relative al mancato assenso dell'agenzia fiscale alle proposte di trattamento dei crediti tributari regolate dall'art. 182 ter della*

l.fall. spettano, anche con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 14 del 2019, alla giurisdizione ordinaria del tribunale fallimentare, considerata l'obbligatorietà di tali proposte nell'ambito delle procedure nelle quali sono consentite ed in ragione, altresì, del disposto degli artt. 180,182 bis e 182 ter l.fall., nel testo modificato dal citato d.lgs. n. 14 del 2019 e dal d.l. n. 125 del 2020, da cui si evince la prevalenza, con riferimento all'istituto in esame, dell'interesse concorsuale su quello tributario, senza che assuma rilievo, invece, la natura giuridica delle obbligazioni oggetto dei menzionati crediti” (nello stesso senso, cfr. anche Cass. ord. n.35854/2021). Ed è evidente che tale sindacato dinanzi al giudice ordinario non possa avere ad oggetto la legittimità dell’atto e neppure il rapporto tributario, ma solo la congruità delle determinazioni assunte dall’amministrazione finanziaria in rapporto alla maggior convenienza della proposta concordataria rispetto alla liquidazione (cfr. in questo senso, Trib. Genova, 13/05/2021; Trib. Pescara, 10/6/2021, Trib. Palermo, 16/9/2021, tutte reperibili in www.ilcaso.it).

Nel caso in esame, la maggiore convenienza per il creditore Erario è difficilmente contestabile, considerato che, come precisato dal Tribunale di Como, in caso di liquidazione del patrimonio, le risorse a disposizione dei creditori consentirebbero unicamente il pagamento dei crediti privilegiati dei lavoratori e dei professionisti, ma *“non sarebbero sufficienti a consentire alcun pagamento all'Erario per i debiti chirografari inseriti nella Classe 4, posto che, in tale scenario, la Società non potrebbe beneficiare dei flussi di cassa derivanti dalla prosecuzione dell'attività e dell'apporto del terzo per oltre 10 milioni di euro”* (cfr. attestazione Di Capua, pag. 99 – doc. di parte resistente).

Sul punto, non pare superfluo richiamare anche quanto scritto dal commissario giudiziale nella relazione redatta ai sensi dell’art. 172 leg.fall. e cioè che *“..... ha evidenziato che il piano concordatario consente l’ottenimento di risorse che nel fallimento subirebbero inevitabilmente una consistente e penalizzante falcidia, dovuta al fatto che esso avrebbe l’effetto*

di interrompere la continuità aziendale, con conseguente impossibilità di realizzare i flussi di cassa - pari a circa euro 10 milioni - attesi dalla prosecuzione dell'attività nell'orizzonte quinquennale del piano. Ulteriore e decisivo - elemento a sostegno della convenienza del concordato in continuità è dato dalla circostanza che, in caso di fallimento, non si avrebbe l'apporto di euro 500.000,00, che la M.G. Services s.r.l. si è impegnata a versare condizionatamente all'omologazione del concordato e del quale, nell'alternativa fallimentare, i creditori non potrebbero beneficiare. L'attivo residuo, pari a circa euro 9,4 milioni, risulta insufficiente a consentire il pagamento dei chirografari e dei privilegiati. La scrivente condivide quanto esposto dalla società confermando che nell'ipotesi fallimentare verrebbero a mancare i flussi di cassa per € 10.065.000 ed anche l'apporto del terzo per € 500.000, né appaiono esperibili fondate azioni recuperatorie nei confronti degli organi sociali” (cfr. relazione in data 19 febbraio 2020, pag. 64).

Quanto all'obiezione della reclamante, secondo la quale avrebbe deliberatamente omesso di pagare i debiti tributari, privilegiando il ceto bancario, si osserva che l'accesso allo strumento concordatario prescinde da ogni valutazione di meritevolezza; sotto diverso profilo, Agenzia delle Entrate non ha individuato, al pari del commissario giudiziale, specifici atti di frode commessi dalla debitrice né ha indicato azioni revocatorie fallimentari proponibili nei confronti degli istituti bancari, che consentano di ritenere possibile l'esercizio di proficue azioni risarcitorie o recuperatorie, tali da incrementare l'attivo a disposizione dei creditori, né ha spiegato in che modo, nell'ambito di un'alternativa procedura liquidatoria, si potrebbe supplire, a vantaggio dei creditori, al venir meno delle risorse generate dalla continuità aziendale e dall'apporto di finanza “esterna”.

Con il **secondo motivo** l'Avvocatura denuncia l'alterazione delle cause legittime di prelazione derivante dall'aver il Tribunale qualificato i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività aziendale come risorse esogene e dall'aver conseguentemente ritenuto che esse possano essere destinate ai creditori senza rispettare l'ordine delle cause di prelazione.

Sul punto, il Tribunale di Como, dato atto del contrasto esistente in giurisprudenza, ha affermato che *“l’utile generato dalla prosecuzione dell’attività d’impresa ha natura esogena non facendo parte del patrimonio dell’impresa e dunque il surplus concordatario non soggiace al divieto di alterazione delle cause di prelazione ed alla regola del concorso. Ne consegue che il citato surplus costituisce un beneficio aggiuntivo che può essere liberamente distribuito tra i creditori chirografari anche qualora i creditori privilegiati non abbiano ottenuto l’integrale soddisfazione; non consentire tale possibilità argomentando con l’inammissibilità della proposta che preveda la violazione dell’ordine delle cause di prelazione, significherebbe, infatti, imporre ai creditori una soluzione per loro pregiudizievole, evidentemente contraria al principio della migliore soddisfazione che, nel concordato con continuità aziendale, deve considerarsi un criterio interpretativo di carattere generale (Corte Appello Venezia 19.7.2019; Trib Milano 5.12.2018; Trib. Prato, 7 ottobre 2015; Trib Torino 7.11.2013)”*.

Tale affermazione, che non può condividersi nella premessa, può esserlo nelle sue conclusioni.

Al riguardo, si deve segnalare che dalla lettura della proposta e del piano e della relazione del commissario giudiziale (in particolare, alle pagine 47 e 48) risulta, diversamente da quanto sembra affermare il tribunale fallimentare, che la proposta preveda, più che una distribuzione del tutto libera delle risorse rinvenienti dalla continuità aziendale tra i creditori indipendentemente dal rango del credito, l’attribuzione del ricavato della liquidazione ai creditori nel rispetto delle cause legittime di prelazione, secondo la regola della c.d. *absolute priority rule* (la cui inderogabilità è stata ribadita anche dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza n. 10884 del 2020), e che il c.d. *surplus* concordatario, derivante dalla prosecuzione dell’attività, sia distribuito in percentuali via via decrescenti in base al grado di privilegio, sì che, in concreto, non risultano disparità tra creditori del medesimo grado né creditori cui sia destinato un trattamento più favorevole rispetto a quello di creditori di rango inferiore.

Del resto, neppure Agenzia delle Entrate, i cui crediti costituiscono oggetto anche della correlata proposta di transazione fiscale, svolge, sul punto, specifiche censure, giacché ciò di cui si duole, in realtà, è:

- a. che il piano preveda che una parte consistente dell'attivo concordatario e cioè ben due milioni di euro non siano destinati ai creditori (chirografari), ma restino nella disponibilità della società debitrice;
- b. che i c.d. flussi della continuità non siano realmente tali, poiché rappresentano il corrispettivo della vendita di prodotti semilavorati accumulatisi nel corso degli anni (la sottostante assunzione contenuta nel piano è che la prosecuzione dell'attività ne consenta la vendita a condizioni migliori della vendita in stock in ambito fallimentare);
- c. che *“per la parte erariale, la proposta ben avrebbe potuto ipotizzare un pagamento maggiore del credito erariale con i flussi di cassa, dilazionando il pagamento per un periodo più lungo. Considerato che la proposta prevede una continuità diretta, il termine massimo per il rientro avrebbe ben potuto essere allungato fino al limite dei 10 anni previsti ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. 602/73 per la rateazione delle somme iscritte a ruolo”*.

Il motivo è infondato.

In fatto, pare opportuno segnalare che, nel costituirsi in giudizio, ha chiarito che l'importo di due milioni di euro di cui riferisce l'opponente ammonterebbe, secondo i calcoli del commissario giudiziale, a non più di centomila euro e che si tratta dell'importo che dovrebbe residuare nel patrimonio dell'impresa dopo l'esecuzione del concordato per consentire l'ulteriore prosecuzione dell'attività.

Quanto all'ammissibilità della proposta così come formulata, che non prevede il rispetto dell'*absolute priority rule* nella distribuzione del plusvalore generato dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale e che destina una parte di tale plusvalore a sostenere la ripresa dell'attività dopo l'esecuzione del concordato, reputa questa Corte di dover aderire alla tesi che, nei concordati con continuità aziendale, limita l'operatività delle regole

distributive della *absolute priority rule* al solo patrimonio esistente al momento dell'avvio del procedimento.

Diversamente da quanto scrive il primo giudice, si deve tuttavia escludere che il *surplus* concordatario, ovvero la differenza tra il valore liquidatorio del patrimonio al momento dell'apertura della procedura ed il valore dell'azienda in continuità come indicato nel piano, rappresenti una risorsa esogena assimilabile alla finanza esterna.

Infatti, i flussi derivanti dalla continuazione dell'attività -in questo caso finanziata dalla società debitrice con mezzi propri- rappresentano il risultato dell'utilizzo dei beni che compongono il patrimonio e ne determinano un accrescimento; la finanza esterna, invece, come persuasivamente definita dalla giurisprudenza di legittimità, si connota per la sua neutralità rispetto allo stato patrimoniale della società, *“non comportando né un incremento dell'attivo patrimoniale ..., sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia postergato o no”* (così, da ultimo, Cass. 8 giugno 2020, n. 10884, già citata).

Vi è, però, che ad avviso della Corte, la disciplina del concordato in continuità pone di per sé un limite alla regola della responsabilità patrimoniale come stabilita dall'art. 2740, primo comma, c.c..

Infatti, l'art. 186-*bis*, secondo comma, lettera b), leg.fall., prevede quale condizione per essere ammessi alla procedura concordataria che essa sia funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori rispetto all'ipotesi liquidatoria e richiede che tale attitudine del piano sia attestata dal professionista incaricato della relazione ex art. 161, terzo comma, leg.fall..

Il confronto in questione, come la giurisprudenza di merito ha già avuto modo di chiarire, va condotto con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato *“...e nella ‘dimensione applicativa’ al patrimonio della concordataria esistente a quella data. Il parametro che costituisce il limite di riferibilità per appurare se vi sia violazione o meno dell'ordine della prelazione o se la stessa sia degradata e, quindi venuta meno e incorporata*

nei chirografi, è il momento della presentazione della domanda, perché ciò che è valutabile ai fini della capienza in sede di redazione del piano è solo il patrimonio attuale della società e solo esso sarebbe passibile di azioni esecutive o di collocazione sul mercato al cui risultato si dovrebbe comparare l'offerta formulata dalla società per appurare se essa lede il privilegio o meno" (così Trib. Milano 3/11/2016, pres. est. Paluchowski).

Detto in altre parole, l'idoneità al miglior soddisfacimento dei creditori non può essere vagliata tenendo conto di un auspicato "patrimonio futuro", considerato che in caso di fallimento non sarebbero acquisibili alla procedura concorsuale i benefici generabili dalla prosecuzione dell'attività attraverso la procedura di concordato preventivo, se non quelli prodotti nella eventuale prosecuzione dell'attività economica in sede di esercizio provvisorio, limitata nel tempo e comunque finalizzata alla liquidazione (in questo senso, si veda Appello Venezia, 19 luglio 2019, pres. Passarelli, est. Rigoni).

Lo confermano, del resto, gli artt. 45 e 55 leg.fall., richiamati dagli articoli 168, primo comma e 169, che individuano quale momento di cristallizzazione del patrimonio del debitore la data di presentazione della domanda di concordato, oltre che l'art. 184 leg.fall., che stabilisce l'obbligatorietà della soluzione concordataria per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Del resto, dispone nello stesso senso anche la circolare 34/E del 29 dicembre 2020 dell'Agenzia delle Entrate, che osserva, al par. 3.5, che i «*flussi di cassa generati dalla continuità aziendale – per quanto non vadano computati, ai fini del raffronto con l'alternativa liquidatoria, nel calcolo della consistenza del patrimonio aziendale esistente alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo ...*».

La conseguenza, ad avviso della Corte, è che la regola stabilita dal primo comma dell'art. 2740 del codice civile può operare solo con riferimento al patrimonio già esistente, che è quello suscettibile di essere destinato al soddisfacimento dei creditori anche in mancanza di collaborazione del debitore.

Con la conseguenza ulteriore che, una volta che il concordato sia stato eseguito ed i creditori abbiano conseguito quanto loro promesso, deve ritenersi legittimo anche che i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività aziendale permangano nella disponibilità del debitore.

La ragione della limitazione alla regola dell'attrazione alla garanzia patrimoniale di tutti i beni, presenti e futuri, del debitore, è ravvisabile nella volontà del legislatore di favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa, obiettivo in funzione del quale, tra l'altro, è consentito all'imprenditore mantenere la titolarità dei beni strumentali all'esercizio dell'attività.

Né quanto detto è in contrasto con la regola affermata dalla Corte di cassazione, secondo la quale *“il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale può trovare fondamento giustificativo solo nell'incapienza del patrimonio mobiliare del debitore, sicché il soddisfacimento dei creditori chirografari non può che dipendere dalla presenza di beni immobili - per la parte non deputata a garantire i creditori che vantino titolo di prelazione su di essi - o di liquidità estranei al patrimonio del debitore medesimo”* (in questo senso la sentenza sopra citata), poiché si tratta della condivisa applicazione della regola generale di distribuzione del patrimonio stabilita dall'art. 2740, primo comma e dall'art. 2741 c.c., che, come si è appena detto, non interessa il *surplus* derivante dalla continuità.

Venendo al rilievo secondo il quale il piano industriale sottostante alla proposta prevede la cessione di semilavorati, sì che il loro controvalore sarebbe già parte del patrimonio della società debitrice, si osserva che la programmata cessione delle merci nell'esercizio dell'attività caratteristica anziché in blocco ha indotto l'attestatore (ed il tribunale) a ritenere ragionevole attendersi ricavi di un importo pari ad almeno 2,5 volte il costo di carico a magazzino (cfr. ricorso in data 15 aprile 2019 a pag. 30), sicché, sebbene si tratti del corrispettivo della vendita di rimanenze già presenti in magazzino, appare corretto ascriverli ai flussi della continuità.

Quanto alle doglianze inerenti all'orizzonte temporale del piano -in via di principio tanto meno attendibile quanto di maggiore durata- esse attengono

alle valutazioni di convenienza che verosimilmente hanno indotto l'opponente a votare contro l'approvazione della proposta, ma non incidono sulla valutazione della sua ammissibilità.

E' possibile dunque passare ad esaminare il **terzo motivo** di reclamo.

Si è già detto che l'amministrazione finanziaria si duole della previsione contenuta nel piano di pagamento integrale entro un anno dall'omologazione di un creditore ipotecario con risorse rinvenienti dal realizzo di beni diversi dall'immobile gravato da ipoteca.

Si tratta del credito di €115.431,57 di cui è titolare Credito Valtellinese, garantito da ipoteca gravante su un immobile ubicato in Murano, di cui non è prevista la liquidazione, in quanto si tratta di bene funzionale alla prosecuzione dell'attività d'impresa (sul punto, si rinvia alle previsioni del piano, ove è specificato che è necessario che i beni siano prodotti presso quello stabilimento, non potendo altrimenti essere marchiati come "prodotti in Murano" – cfr. proposta, pag. 32).

L'immobile è stato valutato dalla società debitrice in €1.260.000,00 ed in €955.000 dal perito nominato dal commissario giudiziale.

Secondo la reclamante *"il pagamento dei creditori ipotecari può avvenire solamente con il ricavato della vendita degli immobili su cui insiste l'ipoteca e, di conseguenza, non è ammissibile la previsione contenuta nella proposta ... La preferenza accordata al creditore ipotecario non può riguardare la generalità dei beni del debitore, ma solo ed esclusivamente il bene sul quale egli vanta un diritto reale"* (così nel ricorso introduttivo, pag. 8).

L'assunto è privo di pregio, giacché nella disciplina del concordato in continuità non si rinviene la limitazione allegata dall'amministrazione finanziaria.

L'art. 186-bis leg.fall. consente la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, dal che si ricava che, invece, la regola generale è che i beni strumentali alla prosecuzione dell'attività continuino ad essere utilizzati dall'impresa. Ciò tuttavia non significa che, in questi casi, il creditore ipotecario non possa e non debba essere pagato, quasi non fosse, al pari degli altri creditori concorsuali, destinatario della proposta e ad essa

vincolato in caso di omologazione; la proposta può infatti prevedere unicamente che il pagamento sia differito nel tempo, con una moratoria sino ad un anno (ora sino a due) dall'omologazione.

Naturalmente, in ossequio alla regola stabilita dal secondo comma dell'art. 160 leg.fall., richiamato dall'art. 186-bis, opera il limite rappresentato dalla capienza del bene sul quale insiste la garanzia, con la conseguenza che il credito assistito da ipoteca deve essere soddisfatto in misura non inferiore a quella realizzabile *“sul ricavato in caso di liquidazione ...”* e non potrebbe essere soddisfatto in misura superiore, se ciò determini un'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Ma, come si è visto, l'ammontare del debito residuo nei confronti di Credito Valtellinese è di gran lunga inferiore al valore del bene ipotecato, sì che, ad avviso di questa Corte, giustamente il Tribunale di Como ha ritenuto legittima la previsione del suo pagamento integrale senza il ricorso a finanza esterna.

Il primo giudice, inoltre, con riferimento a pretese criticità segnalate dall'odierna parte reclamante relative ad una valutazione eccessivamente *“prudenziale”* degli immobili sociali destinati alla liquidazione, ha evidenziato che *“eventuali importi in eccesso che dovessero essere ricavati dall'alienazione degli immobili dovranno essere destinati, come precisa la società, a beneficio dei rispettivi creditori ipotecari fino alla concorrenza della relativa esposizione, in conformità a quanto disposto dall'art. 160, 2° comma, 1. fall.”*.

Agenzia delle Entrate, con il reclamo, si duole di tale affermazione e rileva che *“...il valore ottenibile dalla vendita degli immobili pari ad € 6.493.065 è superiore al debito ipotecario residuo pari ad € 5.711.965. Poiché non vi sono dubbi in merito al fatto che i creditori ipotecari verranno pagati per intero e parte del surplus verrà utilizzato per pagare altri creditori, primi fra tutti i dipendenti, l'Amministrazione finanziaria insiste perché eventuali plusvalori che si realizzeranno dalla vendita degli immobili siano distribuiti seguendo l'ordine dei privilegi.”*.

Il senso della censura non è chiaro.

Il primo giudice ha correttamente spiegato che il ricavato della liquidazione dei beni gravati da ipoteche sarà destinato al pagamento dei creditori ipotecari fino a soddisfacimento dei loro crediti.

Il piano destina le ulteriori risorse (diverse dai proventi della continuità) agli altri creditori nel rigoroso rispetto delle cause di prelazione.

Dunque, anche sotto questo profilo, la proposta risulta pienamente ammissibile.

Infine, con il **quarto motivo**, l'ente addebita al tribunale di aver condiviso il giudizio sulla fattibilità economica del piano espresso dal commissario giudiziale e di averne ritenuto la convenienza per l'amministrazione finanziaria.

Secondo la parte reclamante *“le linee strategiche del business plan risultano meramente ipotetiche e non adeguatamente documentate, assomigliando quella presentata più ad una mera stima piuttosto che ad un vero proprio piano industriale/commerciale”* ed anche il commissario giudiziale avrebbe sottolineato l'aleatorietà del piano industriale per la presenza di molteplici variabili positive e negative. Per questi motivi il primo giudice avrebbe dovuto analizzare criticamente le poste attive e la probabilità di avveramento dei dati prospettici inseriti nel piano.

Vi è, però, che la parte reclamante non ha ritenuto di spiegare quali poste attive siano state sopravvalutate o comunque non siano state oggetto di una più rigorosa verifica da parte del tribunale e quali valutazioni prospettiche contenute nel piano sarebbero disancorate da dati obiettivi.

A fronte di tanta genericità, questa Corte reputa non vi siano ragioni per ritenere la proposta ed il piano non fattibili, considerato che i dati sui quali il piano è fondato sono stati tutti sottoposti ad analisi critica da parte del commissario giudiziale, anche con l'ausilio del perito nominato, con conseguente rideterminazione dell'attivo in €17.716.195 rispetto al maggior importo indicato dalla società.

Quanto al piano industriale, che prende in considerazione l'andamento della società a partire dal 2016 e si snoda in un arco temporale di cinque anni e presuppone la formulazione di giudizi prognostici, il margine di incertezza

insito nelle sue previsioni è ineliminabile, tanto più perché elaborato prima del periodo pandemico, sì che correttamente il commissario giudiziale ha richiamato l'attenzione dei creditori al riguardo.

Tuttavia, né il commissario né la reclamante –e, come si è detto, neppure Agenzia delle Entrate- ne hanno rilevato specifici profili di incoerenza esterna o interna che inducano a dubitare della ragionevolezza del giudizio espresso dal professionista attestatore.

In conclusione, il reclamo deve essere respinto.

La novità delle questioni trattate e l'esistenza, al riguardo, di contrasti giurisprudenziali giustificano la compensazione integrale delle spese.

Non occorre provvedere sul raddoppio del contributo unificato, che ha natura tributaria, che *“conserva anche relativamente al raddoppio previsto dal citato art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012 che ha introdotto il comma I-quater all'art. 13 del D.P.R. n. 115/2002, atteso che la finalità deflattiva e sanzionatoria della nuova norma non vale a modificarne la sostanziale natura di tributo”*, con la conseguenza che *“Relativamente ai giudizi in cui sia soccombente la P.A., è principio generale dell'assetto tributario che lo Stato e le altre amministrazioni parificate non sono tenute a versare imposte o tasse che gravano sul processo per la evidente ragione che lo Stato verrebbe ad essere al tempo stesso debitore e creditore di sé stesso con la conseguenza che l'obbligo non sorge”* (cfr. Cass. S.U. n. 9338/2014).

PQM

La Corte di appello di Milano, definitivamente decidendo sul reclamo proposto da Agenzia delle Entrate contro il decreto di omologazione del concordato preventivo s.r.l. n. 6201/2021 del Tribunale di Como, pubblicato in data 1/12/2021:

1. rigetta il reclamo;
2. dichiara le spese di lite integralmente compensate tra le parti.

Si comunichi.

Così deciso in Milano il 28 aprile 2022

Il presidente

Marina Marchetti