

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Firenze, Sezione Ia civile, in persona dei magistrati

dr. Andrea Riccucci - Presidente

dr. Domenico Paparo - Consigliere relatore

dr. Edoardo Monti - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 1426/16 R.G. promossa da

..... in liquidazione in persona dei suoi liquidatori e legali rappresentanti pro-tempore
e, rappresentata e difesa dagli avv. e li ed elettivamente
domiciliata presso il loro studio in Firenze

RECLAMANTE

contro

Curatela del fallimento della II

RECLAMATA CONTUMACE

e nei confronti di

..... rappresentata e difesa dall'Avv. T. ed elettivamente domiciliata nel suo
studio in Firenze

RECLAMATA

con l'intervento del P.M.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con sentenza n. 135/2016 in data 11.5.16 il Tribunale di Firenze ha dichiarato il fallimento della [redacted] a seguito di dichiarazione di inammissibilità della istanza di concordato preventivo, motivata ritenendo:

- che il concordato preventivo prevedeva la dismissione del patrimonio immobiliare, costituito da due edifici con terreno adibiti ad albergo-ristorante e due unità immobiliari per abitazione; la vendita dei beni mobili (arredi e impianti; la cessione dell'avviamento; il realizzo dei crediti;
- che esso doveva essere qualificato come "concordato misto che contiene una componente di continuità indiretta nella forma di cessione di azienda in esercizio" in quanto "l'azienda alberghiera s di ristorazione gestita in affitto dalla [redacted] (il contratto scada il 31.7.2021) è pienamente operante e nel ricorso non si fa il benché minimo cenno ad una eventuale cessazione dall'attività: la previsione nel piano della separata cessione degli immobile destinati ad albergo e ristorante, dall'insieme del beni strumentali facenti parte dell'attività commerciale, strettamente funzionale all'esercizio di un'attività alberghiera realizza in realtà un trasferimento di azienda in quanto si tratta di beni potenzialmente idonei e organizzati per un'attività aziendale che non possono che essere acquistati da un medesimo soggetto che avesse interesse a conseguire la continuità aziendale";
- che conseguentemente vi era carenza dell'attestazione ex art. 136 bis, 2 comma lett. b) LF che esso fosse più conveniente per i creditori;
- che non era previsto il pagamento entro l'anno dei creditori privilegiati in violazione della stessa norma lett. c);
- che, anche a superare tutto ciò, vi erano gravi lacune della relazione dell'attestatore che la rendevano inidonea alla funzione conferitale dalla norma, di fornire un adeguato supporto informativo al Tribunale e ai creditori, dovendo essere redatta in modo corretto, chiaro, esaustiva e non reticente;
- che l'attestatore non può limitarsi ad attestare genericamente la veridicità dei dati aziendali prendendo in considerazione dati meramente formali né ad asseverare genericamente la fattibilità del piano mentre deve esporre, sotto la sua responsabilità, le valutazioni supportate da verifiche concrete, motivando in relazione alle specifiche ragioni per cui il piano abbia una fondata probabilità di riuscita;
- che nei caso l'attestatore non aveva spiegato quale processo metodologico avesse seguito e aveva acriticamente utilizzato, quanto al valore del compendio immobiliare, la valutazione di altro professionista incaricato dalla società, rendendo sostanzialmente una perizia per relationem contrariamente allo spirito della legge che impone che sia l'attestatore a elaborare la stima e ad assumersene la responsabilità;
- che inoltre non aveva tenuto conto, quanto alla stima dei suddetti immobili, della destinazione turistico-alberghiera che imponeva di adottare, quanto meno in aggiunta al criterio patrimoniale seguito dal consulente, anche il criterio reddituale e finanziario analizzando anche le vicende emergenti dai bilanci, le aspettative di mercato mediante l'analisi del conte economico di previsione.

Nella sentenza dichiarativa del fallimento si rilevava,

- che la società versava in un irreversibile stato di insolvenza desumibile dall'ingente credito vantato da Mps, dai pignoramento immobiliare eseguito da quest'ultima e dagli altri debiti esistenti nei confronti di istituti bancari e dell'Erario;

- che la stessa società nella domanda di ammissione al concordato aveva dato atto della estrema gravità della situazione di disequilibrio;

- che, a parte la considerazione che la messa in liquidazione della società era stata strumentale perché successiva alla istanza di fallimento del Mps, anche volendo accertare lo stato insolvenza guardando non alla capacità di adempiere ai crediti con la liquidità di cui si dispone, ma se gli elementi attivi del patrimonio sociale assicurino l'integrale soddisfacimento dei creditori, la CTU aveva verificato l'esistenza di un patrimonio di Euro 771.000 contro debiti per circa Euro 3.000.000.

2. La _____ ha impugnato la sentenza del Tribunale di Firenze facendo valere - ex art. 162 LF- in primo luogo i motivi attinenti alla contestazione del decreto che ha ritenute l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo presentata in data 29.2.16, in pendenza della istruttoria prefallimentare, assumendo che esso proposto era infatti stato erroneamente qualificato come concordato in continuità - con conseguente applicabilità della disciplina di cui all'art. 186 bis LF- e non come concordato liquidatorio puro 'sulla base di una mera presunzione e/o di una mera previsione del tutto teorica ed indimostrata, ma soprattutto inesistente al momento in cui è stato emesso il decreto di inammissibilità'. Più precisamente deduceva che:

- sebbene nel ricorso non avesse menzionato la cessazione dell'attività alberghiera e di ristorazione, gestita in affitto d'azienda dalla _____ tale cessazione risultava chiaramente dal contenuto e dalla ratio della proposta; Infatti a pag. 9 della proposta si leggeva; "si ritiene pertanto non fattibile un'operazione straordinaria d'Impresa se non la semplice liquidazione degli assets aziendali, compresa la licenza turistico alberghiera e ristorativa"; era pertanto evidente la volontà della ricorrente di cessare la propria attività e liquidare l'intero patrimonio, al punto che era stata posta effettivamente in liquidazione il 15.1.15;

- era erronea la decisione di considerare sussistente nel piano di concordato una continuità aziendale indiretta per il solo fatto che il patrimonio aziendale, sebbene ceduto separatamente, avrebbe potuto essere acquistato da un unico soggetto: al momento della dichiarazione di inammissibilità non vi era alcuna proposta pendente di acquisto delle aziende le quali avrebbero potuto quindi essere acquistate da soggetti diversi o da uno stesso soggetto ma con finalità del tutto diverse da quelle di continuità aziendale;

- l'affitto d'azienda alla _____ l. (già in atto al momento della presentazione della domanda di concordato) non valeva di per sé a qualificare la proposta come concordato in continuità piuttosto che liquidatorio: la giurisprudenza di merito maggioritaria era orientata nel senso di ritenere che l'affitto di azienda non comporti una continuità aziendale poiché ciò è maggiormente rispondente alla ratio dell'art. 186 bis LF, e anche quella parte di giurisprudenza che ha riconosciuto l'esistenza di un nesso era pervenuta a questa conclusione solo quando l'affitto d'azienda fosse finalizzato al suo trasferimento a terzi, evidenziando come nel caso l'affitto di azienda era stato concluso prima della domanda di concordato preventivo e la domanda e il piano non prevedevano il trasferimento dell'azienda alla società affittuaria;

- se anche volesse accogliersi la posizione dal Tribunale e qualificare la proposta come 'concordato misto', il decreto di inammissibilità doveva comunque ritenersi illegittimo non avendo indicato quale parte della proposta fosse riconducibile a un concordato in continuità e quale a un concordato liquidatori, considerato che la disciplina applicabile è comunque unica e dipendente dalla prevalenza dell'una o dell'altra componente; nella fattispecie in esame, era indubbiamente prevalente la componente liquidatoria;

- tenuto conto della natura liquidatoria pura del concordato e della conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 186 bis LF, doveva altresì ritenersi che la relazione dell'attestatore fosse del tutto idonea e sufficiente ai fini dell'accoglimento della domanda di concordato preventivo;

- la relazione, quanto all'attivo, aveva verificato direttamente la cassa contanti e il saldo dei conti correnti, il credito per una locazione abitativa e per il contratto di affitto con la ... il saldo cassa e i dati, svalutato del 90% i crediti per fatture da emettere, tenuto conto della scarsa solvibilità delle società debentrici (in linea del resto con quanto ritenuto dai CTU, che li aveva azzerati), verificato l'avviamenti aziendale tenendo conto dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate, concludendo che il valore di Euro 40.000 contenuta nella proposta era corretta in ottica prudenziale (adottata anche dal CTU), per cui l'iter logico emergeva da queste constatazioni (verifiche dirette e/o documentali);

- lo stesso aveva fatto la relazione per il passivo, determinato, quanto al debito con Mps, sulla base del precetto; quanto a quello verso ..., dal decreto ingiuntivo esecutivo; quanto a quello verso Equitalia tramite l'estratto del ruolo e i debiti tributari sulla base dell'esame delle dichiarazioni fiscali e ... verifica delle rendite catastali;

- quanto ai valori dei beni mobili e immobili, aveva assunto i valori esposti in due perizie giurate effettuate appositamente, metodologia corretta, in quanto l'attestatore può riferirsi a perizie di altri purché indichi chi siano e quali siano gli elaborati, in modo che si possa ricostruire l'iter logico; del resto l'attestatore è normalmente un commercialista o comunque un esperto nel settore contabile che non può avere competenza specifica nella stima di beni per cui era lecito si servisse di relazioni di stima giurate (come, del resto, aveva fatto anche il CTU);

- nessun vizio metodologico vi era, infine, per la mancata applicazione del criterio di stima reddituale per la stima degli immobili, in quanto gli immobili erano in affitto e il concordato prevedeva la cessazione dell'attività di impresa per cui non vi erano aspettative di mercato da considerare.

La reclamante ha poi contestato la dichiarazione di fallimento per le seguenti ragioni:

- carenza di legittimazione attiva della ... s (unico creditore istante) data l'inesigibilità del credito della ... alla data della sentenza di fallimento dell'11.5.16 per aver la Procura della Repubblica di Pistoia disposto la sospensione dei termini di scadenza degli atti aventi efficacia esecutiva per 300 giorni, con decorrenza dal 1.2.16, per tasso usurario su mutuo; considerato che il suddetto credito della ... costitutiva da solo oltre l'86% dell'intero passivo della società in liquidazione e che l'attivo era pari a Euro 7.634.394,10 (sulla base delle valutazioni riduttive della CTU), non poteva in alcun modo ravvisarsi uno stato di insolvenza poiché gli elementi attivi del patrimonio consentivano l'integrale soddisfacimento delle restanti passività;

- la relazione del CTU era pervenuta a conclusioni errate -acriticamente recepite dal Tribunale- poiché non aveva adeguatamente valorizzato l'attivo patrimoniale della società, sottostimato per oltre Euro 1.000.000,00, avendo attribuito alle voci 'patrimonio immobiliare' e 'crediti commerciali' valori errati, e sopravvalutato il passivo, non potendo ritenersi interamente dovuto il credito globale di Euro 7.420.637,34 vantato da ; da una corretta valutazione dell'attivo patrimoniale derivava che la I. s.r.l. in liquidazione non presentava un patrimonio netto negativo di Euro 771.311,41, bensì un patrimonio positivo di Euro 278.142,59 e non versava pertanto in una situazione di insolvenza.

3. La Curatela è rimasta contumace.

4. Si è costituita la e ha resistito assumendo:

- che il Tribunale aveva correttamente qualificato la preposta di concordato come concordato misto 'contenente una componente di continuità indiretta nella forma della cessione d'azienda in esercizio', considerato che la non aveva menzionato nella proposta la cessazione dell'attività alberghiera e di ristorazione e che la previsione di una liquidazione separata del patrimonio portava a ritenere ipotesi concreta quella del trasferimento d'azienda;

- che, sulla presunta insussistenza dello stato di insolvenza, il procedimento per la dichiarazione di fallimento non era soggetto alla sospensione dei procedimenti esecutivi prevista dall'art. 20, L. n. 44 del 1999 (cfr. Cass. 10172/2016);

- che, ad ogni modo, la procedura fallimentare non doveva essere sospesa qualora risultasse la presenza di debiti ulteriori e diversi rispetto a quelli per i quali era stato emesso il provvedimento ex art. 20 L. n. 44 del 1999 e che, nel caso di specie, gli altri debiti da soli comportavano già la sussistenza dello stato di insolvenza;

- che nessun errore era stato commesso dal CTU e che pertanto bene aveva fatto il Tribunale a recepire le conclusioni;

- che, in merito alla valutazione dell'ammontare delle passività della società reclamante, era venuto meno il motivo di nullità per mancanza di forma scritta del contratto di interest rate swap n. 5322/2003, avendo la Banca medio tempore depositato copia del contratto di intermediazione nell'ambito del relativo procedimento pendente.

5. Il P.G. ha concluso per il rigetto del reclamo.

6. La Corte ritiene fondato il reclamo sul punto, evidentemente assorbente, della ammissibilità del concordato preventivo proposto.

6.1. Ritiene invero la Corte che un concordato preventivo non possa qualificarsi come proposto ai sensi dell'art. 186 bis LF (che lo definisce come quello in cui "Il piano di concordato... prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione") per il fatto che sia in corso un contratto di affitto di azienda: invero, il concordato con continuità aziendale deve, invece, ravvisarsi solo se esso preveda la prosecuzione dell'attività di impresa e quindi l'assunzione del relativo rischio (ricadente, in definitiva, sui creditori); esso deve ritenersi

qualificato dalla modalità di adempimento dell'obbligazione di pagamento che presuppone la prosecuzione dell'attività di impresa in capo al debitore.

E ciò anche considerando, oltre al dato testuale della mancata previsione dall'affitto di azienda nella norma citata, anche la ratio derivante dal fatto che in tanto si può parlare di continuità in quanto permanga il rischio di impresa, che non sussiste invece nel caso di affitto di azienda in cui si tratta della riscossione del canone stabilito.

Nel caso, poi, non viene neanche in esame la questione del contratto di affitto preordinato alla cessione che peraltro, non pare dover avere soluzione diversa.

Né è condivisibile l'argomentazione del Tribunale secondo cui la continuità è ravvisabile per il fatto che la previsione della separata cessione degli Immobili e dell'Insieme dei beni strumentali realizzava in realtà un trasferimento dell'azienda in quanto solo un soggetto che avesse interesse a conseguire la continuità aziendale poteva acquistare immobile e beni organizzati per un'attività aziendale.

Anzitutto, in assenza di proposte di acquisto, l'assunto del Tribunale rappresenta una -possibile, anche probabile, ma non certa- ipotesi dell'esito delle cessioni.

Ma, soprattutto, anche ove essa si verificasse, non si tratterebbe comunque di cessione dell'azienda in esercizio nel senso implicito nella norma in questione; la norma, invero, ha evidentemente ad oggetto il caso del concordato preventivo che preveda che il soddisfacimento dei creditori avvenga attraverso i profitti generati dall'azienda ceduta, in quanto solo in questo senso essa avrebbe rilievo per i creditori: da qui la necessità delle indicazioni dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura e dell'attestazione che la prosecuzione è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori di cui al 2 comma; invece, una cessione dell'azienda in cui la soddisfazione dei creditori sia basata sul prezzo di vendita non rientra in tale ratio, posto che essa non contempla il permanere del rischio di impresa e dunque non avrebbe evidentemente tale necessità.

6.2. Quanto alle carenze rilevate dal Tribunale nella relazione dell'attestatore, si rileva che le stesse non costituiscono elementi tali da rendere la relazione stessa inattendibile o comunque tale da non fornire sufficienti informazioni al Tribunale stesso o ai creditori.

Invero, il fatto che l'attestatore abbia indicato, quanto alle stime degli immobili e dei mobili, i valori riportati nelle perizie allegate al ricorso non costituisce di per sé motivo sufficiente per escludere che si possa desumere l'iter logico, evidentemente con riferimento alle perizie suddette; del resto, l'osservazione della reclamante secondo cui un tecnico in materia contabile, come è per solito l'attestatore, non può avere specifiche competenze tecniche per la stima di immobili costituisce dato di comune esperienza; e del resto, il CIU officiato dal Tribunale (che ha utilizzato, quanto agli immobili, la stima effettuata in sede di esecuzione immobiliare); è pervenuto a risultati non eccessivamente diversi, avendo stimato gli immobili in Euro 7.744.000 rispetto agli Euro 8.897.000 di cui alla relazione dell'attestatore, con una differenza attorno al 13%.

6.3. Deve dunque revocarsi il decreto di inammissibilità del concordato preventivo proposto dalla reclamante e conseguentemente dichiararsi nulla la sentenza n. 135/2016 del Tribunale di Firenze che ne ha dichiarato il fallimento, rimettendo gli atti a detto Tribunale per la prosecuzione della procedura di concordato suddetta.

7. Le spese -liquidate in dispositivo sulla base dei valori medi del D.M. n. 35 del 2014 per lo scaglione delle cause di valore indeterminabile esclusa la fase istruttoria e di trattazione e dimezzata quella della fase decisoria, in quanto solo orale- seguono la soccombenza che fa carico alla reclamata costituita, non ravvisandosi soccombenza della Curatela, non costituitasi.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Firenze, in accoglimento del reclamo, revoca il decreto di inammissibilità del concordato preventivo preposto dalla _____ e emesso dal Tribunale di Firenze in data 11.5.16 e conseguentemente dichiara nulla la sentenza di fallimento n. 135/2016 emessa in data 11.5.15 dal Tribunale di Firenze; dispone trasmettersi gli atti al suddetto Tribunale per i provvedimenti di cui all'art. 163 LF; condanna la _____, a rifondere a controparte le spese di giudizio che liquida in complessivi Euro 4.862,50, oltre rimborso spese generali, CAP e IVA di legge se non ripetibile da altro soggetto

Così deciso in data 13 gennaio 2017 dalla Corte d'Appello di Firenze come sopra composta e riunita in camera di consiglio, su relazione dei dr. Domenico Paparo.

Depositata in Cancelleria il 5 aprile 2017.