

fine concesso dal tribunale;

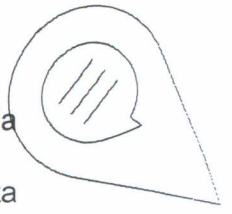
il termine è stato concesso e poi prorogato al 28/1/2020, ma alla scadenza la proposta e il piano non sono stati presentati, sicché il tribunale ha fissato l'udienza del 13/2/2020 per sentire la parte ricorrente;

alla predetta udienza, parte ricorrente ha dichiarato di essere finalmente prossima a presentare una proposta e un piano a sostegno, chiedendo un ulteriore breve rinvio, mentre il rappresentante del Pubblico Ministero ha chiesto la dichiarazione di fallimento della società e il tribunale, su istanza del difensore di _____ S.r.l.", ha rinviato all'udienza del 5/3/2020, per consentirgli di replicare all'istanza del Pubblico Ministero;

nell'istanza ora in esame, presentata il 24/2/2020, si dà per scontata la definitiva impossibilità di presentare la proposta e il piano di concordato (e, infatti, nelle premesse della prodotta bozza di contratto d'affitto si legge testualmente: "stante l'imminente dichiarazione di fallimento della Concedente") e si sostiene che l'affitto del ramo d'azienda sarebbe urgente e necessario per conservare il valore immateriale del complesso produttivo (oltre alla parziale salvaguardia dei livelli occupazionali) e dunque utile anche nella prospettiva del successivo fallimento, nonché preferibile rispetto all'ipotesi dell'esercizio provvisorio gestito dal curatore;

visto il parere favorevole all'accoglimento dell'istanza del commissario giudiziale, che ha illustrato le ragioni della ritenuta impraticabilità di un esercizio provvisorio, legate principalmente alla mancanza di contratti di durata con i clienti della grande distribuzione, i quali sarebbero liberi di (e prevedibilmente indotti a) rivolgersi ad altri fornitori non appena avuta notizia della dichiarazione di fallimento, nonostante l'esercizio provvisorio;

ritenuto che la duplice istanza non può essere accolta, per assorbenti motivi di carattere procedurale, fermo restando che nemmeno è dimostrato il presupposto



Fallimenti e Società.it



sostanziale della sicura utilità dell'affitto d'azienda e della continuità aziendale nella prospettiva del miglior soddisfacimento dei creditori;

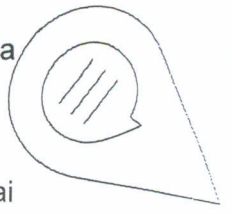
considerato, per quanto riguarda la domanda di provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 15, comma 8°, legge fall., quanto segue:

pur condividendosi la tesi secondo cui tali misure cautelari potrebbero essere adottate anche in contemporanea pendenza di una domanda di concordato preventivo, è evidente l'inaccettabile anomalia di una domanda volta ad ottenere dal giudice *un ordine nei propri confronti* ("voglia ordinare ... la stipula del contratto di affitto di ramo d'azienda");

per quanto ampia e atipica possa essere la tutela cautelare nell'ambito del procedimento prefallimentare, essa non può certo estendersi oltre il limite logico per cui la tutela giurisdizionale viene richiesta *da qualcuno nei confronti di qualcun altro* e non nei confronti di se stesso;

né il superamento di siffatto limite logico si presenta come una necessità, posto che la semplice pendenza di un'istanza di fallimento (nel caso di specie *sub specie* di richiesta formulata dal Pubblico Ministero all'udienza ex art. 162 legge fall.) non impedisce all'imprenditore di compiere tutti gli atti che egli ritenga utili e doverosi nell'ottica della "tutela del patrimonio e dell'impresa";

l'istanza di fallimento non comporta lo spossessamento, nemmeno attenuato, dell'imprenditore contro cui è rivolta (almeno finché non vengano adottati, appunto, provvedimenti cautelari in tal senso), sicché egli nemmeno necessita di un'autorizzazione del tribunale per compiere gli atti ritenuti utili "a tutela del patrimonio e dell'impresa", aspetto sul quale evidentemente concorda anche la parte ricorrente, che infatti non chiede di essere autorizzata a compiere l'atto ai sensi dell'art. 15, comma 8°, legge fall., ma chiede che le sia *ordinato* di compiere quell'atto;



considerato, per quanto riguarda l'istanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 161, comma 7°, legge fall., quanto segue:

è invece proprio la pendenza della domanda di concordato preventivo che comporta lo spossessamento attenuato dell'imprenditore che la propone e la conseguente necessità di autorizzazione del tribunale per compiere atti di straordinaria amministrazione efficaci nei confronti dei creditori anteriori alla domanda (v. art. 167 legge fall., per quanto riguarda la descrizione dell'inefficacia conseguente alla mancanza di previa autorizzazione);

in tale ottica si colloca l'istanza che "S.r.l." qui propone "in subordine o in via alternativa", consapevole della difficoltà insita nel preannunciato definitivo tramonto della prospettiva concordataria;

e, in effetti, l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione in pendenza della domanda di concordato presuppone che l'atto da autorizzare, oltre a non danneggiare i creditori, sia funzionale rispetto all'adempimento della proposta e all'esecuzione del piano;

tale funzionalità può anche essere meramente prospettica, nella fase preliminare in cui proposta e piano sono ancora in corso di elaborazione, ma fermo restando che non possono essere autorizzati atti di straordinaria amministrazione nell'ambito di un procedimento avviato con ricorso in bianco e in cui, dopo l'inutile scadenza del termine concesso e prorogato, è ormai del tutto certo che non verrà proposto ai creditori alcun concordato e che non verrà presentato il relativo piano;

in questa delicata fase, l'imprenditore, pur continuando a subire la parziale limitazione della sua capacità d'agire, (fino alla formale dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato: v. Cass. 23/10/2019, n° 27200; Cass. 16/5/2018, n° 12010), non è tuttavia in grado di proporre istanze di autorizzazione che la legge evidentemente prevede solo nel contesto di un procedimento vitale e



nella prospettiva aperta alla possibilità dell'omologazione di un efficace concordato;

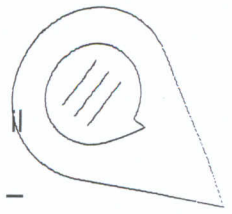
se può sembrare insoddisfacente la tesi di una fase in cui – essendo il procedimento di concordato tuttora pendente, ma ormai avviato su un binario morto – l'imprenditore, da un lato, subisce lo spossessamento attenuato e, dall'altro lato, non può integrare la propria menomata capacità d'agire mediante l'autorizzazione del tribunale, si deve tuttavia considerare che si tratta di una fase assolutamente anomala, che lo stesso imprenditore potrebbe e dovrebbe evitare chiedendo il proprio fallimento senza ulteriori indugi (cosa che "S.r.l." non ha fatto nel caso di specie, nemmeno in via subordinata, sicché il tribunale, per rispetto del principio del contraddittorio e del termine concesso il 13/2/2020, tiene ferma l'udienza fissata al 5/3/2020);

ritenuto, *ad abundantiam*, che non si ravvisa il dichiarato presupposto della certa o probabile utilità per il ceto dei creditori della continuità aziendale, quale prospettata nel contratto di affitto di ramo d'azienda di cui alla bozza prodotta con l'istanza, posto che:

la società proposta affittuaria è una *newco* con minimo capitale sociale, appositamente costituita da soggetto ben più consolidato e capitalizzato ("S.p.A."), che però non ha inteso impegnarsi direttamente nella vicenda;

non è previsto che l'affittuaria assuma l'impegno all'acquisto del ramo d'azienda a un certo prezzo, ma soltanto che si impegni a partecipare alle procedure competitive fallimentari al prezzo che la stessa proposta affittuaria si riserva di indicare in una futura offerta irrevocabile;

il fatto che, nonostante il lungo tempo trascorso dalla presentazione del ricorso per concordato, "S.r.l." non sia riuscita a trovare un *partner* disposto a formulare un'offerta vincolante per l'acquisto del ramo d'azienda ad un prezzo certo e predeterminato contrasta già di per sé con l'ipotesi dell'esistenza di un



Fallimenti e Società.it



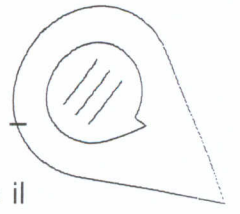
valore aggiunto immateriale monetizzabile nell'interesse dei creditori;

del resto, l'andamento economico in pendenza di procedura di concordato che, secondo le informative periodiche di parte, ha visto aumentare mensilmente il valore negativo del "Risultato prima delle imposte" (da - € 206.099 del 31 luglio a - € 391.494,14) – depone del senso della non redditività dell'esercizio d'impresa, nonostante tutti gli accorgimenti già adottati per ridurre i costi (e, in particolare, i contratti di solidarietà con i lavoratori dipendenti, con drastica riduzione dell'orario di lavoro);

se dunque, da un lato, la continuità aziendale non dà alcuna garanzia di essere funzionale alla conservazione di un valore liquidabile per essere destinato alla soddisfazione dei creditori, dall'altro lato, nemmeno si può condividere la tesi di parte istante secondo cui l'affitto del ramo d'azienda sarebbe privo di rischi di assunzione di oneri prededucibili in capo al fallimento;

basti pensare, innanzitutto, alla clausola che prevede la regolazione delle rimanenze in modo tale per cui, in caso di eccedenza finale rispetto alla consistenza iniziale, la concedente (ovverosia il fallimento) dovrebbe pagare la differenza di valore all'affittuaria;

inoltre, come illustrato nella stessa istanza di _____ S.r.l.", l'applicabilità dell'art. 104-bis legge fall. all'affitto stipulato dall'imprenditore prima del fallimento (e, quindi, la deroga alla regola della solidarietà passiva del concedente per i debiti esistenti al momento dell'eventuale restituzione dell'azienda) è oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza, sicché non vi è certezza in merito, mentre è certo quantomeno il rischio di sostenere costi prededucibili per affrontare contenziosi incentrati su tale questione controversa (fermo restando che la minima consistenza della società proposta affittuaria e l'assenza di garanzie collaterali rende concreto il rischio che l'affittuaria non sia in grado di adempiere tutti gli obblighi assunti durante



la sua gestione dell'azienda);

ritenuto, infine, che la "conservazione dei livelli occupazionali", per quanto importante (anche se parziale e meramente temporanea, in mancanza di un piano che dimostri la prospettiva del risanamento dell'impresa), non può da sola giustificare il compimento di un atto del quale, allo stato, non è garantita la coerenza rispetto al migliore soddisfacimento dei creditori, che rimane l'obiettivo imprescindibile e primario di ogni procedura concorsuale affidata al governo e alla vigilanza dell'autorità giudiziaria;

PER QUESTI MOTIVI

visti gli artt. 15 e 161 legge fall.;

P.Q.M.

respinge la duplice istanza.

Udine, 28/2/2020.

Il Presidente.

(dott. Francesco Venier)

Fallimenti e Società.it