

**IL TRIBUNALE DI MILANO SI CONFORMA
ALLA LINEA RESTRITTIVA DELLA CORTE DI CASSAZIONE
SULLA INDISPONIBILITÀ DELLA NUOVA FINANZA
CHE TRANSITA NEL PATRIMONIO DEL DEBITORE.
NOTA A TRIB. DI MILANO, SEZ. FALL., ORD. 25.02.2021**

di

AVV. MASSIMO PELLIZZATO

Il Tribunale di Milano, a lungo fautore di una linea più “liberale” rispetto all’impiego della nuova finanza, “esogena” (aggettivo che qui qualifica la nuova finanza proveniente da terzi rispetto all’impresa debitrice) o “endogena” (aggettivo che qui qualifica invece la nuova finanza proveniente dalla prosecuzione dell’attività dell’impresa debitrice, generata dunque mediante il patrimonio aziendale) nella procedura di concordato preventivo, si conforma espressamente al principio “formalistico” espresso nella sentenza della Corte di Cassazione dell’8 giugno 2012, n. 9373 secondo il quale la liquidità offerta, qualora transiti nel patrimonio del debitore, pone le premesse della soddisfazione dei crediti secondo l’ordine delle prelazioni, essendo a questi effetti irrilevante quale sia l’origine e la provenienza dei mezzi finanziari con i quali il debitore paga i suoi creditori. Varrebbe dunque per la nuova finanza esogena e, a maggior ragione, endogena (i.e. la finanza dinamica da continuità aziendale), l’assoggettamento all’ordine delle legittime cause di prelazione *ex art. 2740 c.c.*

Nel senso dell’orientamento più liberale, circa la libera disponibilità della finanza esogena, pur se transitante nel patrimonio del debitore, si può citare il precedente il decreto del Trib. Milano n. 5381/2019 del 06/06/2019 che omologava un concordato fondato sulla

degradazione dei privilegi *ex art. 160 c. 2 l.f.* e al contempo su un aumento di capitale condizionato all'omologa. Si trattava di apporto di capitale di un terzo estraneo al patrimonio dell'impresa e destinato ad entrarvi solo post omologa e a condizione dell'omologa stessa, sicché non vi erano dubbi circa sia sull'origine esterna del capitale, sia sull'indissolubile legame tra l'apporto di capitale e il buon esito della procedura concordataria.

Circa la libera allocabilità della nuova finanza endogena o dinamica (espressione preferibile rispetto a “finanza esterna”, utilizzata in generale per qualificare il *quid pluris* rispetto ai beni ceduti dal debitore in ipotesi liquidatoria - cfr. Vitiello, “*Il concetto di finanza esterna nel concordato preventivo: fattispecie problematiche*”, in *Il Fallimentarista*”) ove la continuazione dell'attività “endogena” in assenza della soluzione concordataria non sarebbe stata autonomamente possibile, si possono citare le recenti pronunce del Trib. di Milano, 5 dicembre 2018, Trib. Milano, decreto 15 novembre 2018, Trib. Milano, 4 gennaio 2018, in *fallimentiesocietà.it*. Un orientamento analogo è adottato in Trib. Prato, decreto del 7 ottobre 2015 in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovereto 13 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Massa 27 novembre 2018 e 29 settembre 2016, in *www.ilcaso.it*, Tribunale di Monza 22 dicembre 2011.

Di rilievo per delineare l'orientamento (ora mutato) maturato nella corte milanese è Trib. Milano, decreto del 3 novembre 2016, rel. Paluchowski, in *Il fallimentarista.it* del 13 dicembre 2016 in CP 61/2016 (Axitea) che ha affermato che “*la regola generale del 160 comma due del rispetto dell'ordine delle preazioni... debba essere intesa nel concordato in continuità come operativamente limitata, nel tempo, alla data della 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... 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...*”. Si può citare in proposito anche il successivo decreto del 28 dicembre 2017, rel. Rolfi, Presidente

Paluchowski in *fallimentiesocietà.it* con il quale Il Tribunale di Milano, chiamato a pronunciarsi su un concordato in continuità, con previsione di pagamento del ceto chirografario *ab origine* e declassato per incapacienza del patrimonio sociale unicamente con i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività, ha statuito, richiamando il precedente del novembre 2016, che *“la distribuzione concerne flussi che giungeranno dalla prosecuzione della continuità e non da risorse proprie attuali dell'impresa... alla luce di tali considerazioni non si ravvisa un'alterazione della cause legittime di prelazione”*. Il Tribunale di Milano, consolidando questo orientamento, con il decreto del 15 novembre 2018, rel. Rolfi, Presidente Paluchowski sanciva *“il principio per cui i flussi della continuità, allorquando siano generati da una prosecuzione aziendale resa unicamente possibile per effetto di un soggetto terzo, non possono ritenersi assoggettati al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione per la semplice ragione che detti flussi, nella prospettiva fallimentare, semplicemente non esisterebbero...”* ferma restando l'impossibilità di identificare, dopo anni, le componenti di un patrimonio che muta sotto l'effetto della gestione. Con altro decreto del 5 dicembre 2018, rel. Rolfi, Presidente Paluchowski, il Tribunale di Milano confermava espressamente, allora, l'opinione già espressa nel decreto 3-8 novembre 2016 e in Trib. Monza 22 dicembre 2011.

Tale linea non era però incontrastata, tanto che si rinvennero diverse decisioni contrarie e conformi alla diversa interpretazione data dalla Suprema Corte in Tribunale di Bergamo 15 marzo 2019, Trib. Milano, decreto 15 novembre 2018, Corte App. Torino 31 agosto 2018 in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 28 febbraio 2017 rel. D'Aquino, Corte App. Torino 31 agosto 2018; Trib. Trento, 7 luglio 2017 in *fallimentiesocietà.it*; Trib. Milano 15 dicembre 2016, rel. D'Aquino in *fallimentiesocietà.it*; Trib. Bergamo 26 settembre 2013, in *Ifallimentarista.it* del 15 aprile 2014, Trib. Udine 15 giugno 2011.

Il Tribunale di Milano con ordinanza del 25 febbraio 2021, rel. Barbieri, Presidente Paluchowski, ha preso atto che la Suprema Corte, con recenti pronunce del 8.06.2020 n. 10884, che riprendeva l'orientamento mai disconosciuto di Cass. 8.06.2012 n. 9373 e con Cass 4.2.2020 n. 2422 incidentalmente, ha ribadito un orientamento che si discosta da

quello adottato dalla sezione fallimentare del Tribunale di Milano e al quale a questo punto, la sezione ha deciso di conformarsi.

Tale orientamento dà rilievo alla forma con la quale viene impiegata la nuova finanza ed è legato a una interpretazione restrittiva delle due regole contenute nell'art. 160 c. 2 l.f., vale a dire: (i) la possibilità di degradare i privilegi nei limiti di quanto realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione e (ii) la necessità di non alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione nello stabilire il trattamento delle classi, per il cui rispetto questo orientamento richiede che l'apporto del terzo risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società, non comportando né un incremento dell'attivo patrimoniale della società debitrice, 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 stato postergato o no.

Tale seconda regola, che riguarda l'impiego del patrimonio sociale, così interpretata finisce per equiparare realizzi reali (derivanti dal patrimonio aziendale cristallizzato al momento della domanda di concordato) a realizzi virtuali ed eventuali (e inesistenti al momento della domanda, in quanto derivanti dalla continuità aziendale e dall'intervento del terzo), come efficacemente osservato in “Continuità Aziendale e Finanza Esterna nel Concordato Preventivo” di Marco Greggio e Gianluca Vidal in *Fallimenti e Società*, 2019. Facendo applicazione dei principi cui si è uniformato ora il Tribunale di Milano, il mezzo più sicuro per disporre liberamente di risorse da destinare ai creditori senza dover rispettare l'ordine dei privilegi e ripagare il debito chirografario, in caso di degrado dei privilegi generali *ex* art. 160 c. 2 l.f., pare essere l'espromissione o l'accollo del debito da parte del terzo, che eviti ogni incidenza sullo stato patrimoniale. Altre soluzioni per svincolare dall'ordine delle legittime cause di prelazione la nuova finanza endogena, come

l'affitto d'azienda a un terzo o a una NewCo interamente partecipata, potrebbero non essere idonee a sottrarre i canoni di affitto (nel primo caso) e gli utili derivanti dalla continuità aziendale di NewCo (nel secondo) al novero delle attività facenti parte del patrimonio della debitrice e dunque assoggettate, secondo questo orientamento, all'ordine legittimo delle cause di prelazione.