considerato inoltre che il principio della "par condicio creditorum" deve ritenersi violato anche nell'ipotesi in cui la preferenza accordata a un creditore consista nell'essere soddisfatto anticipatamente rispetto ai creditori concorrenti;

ritenuto invero che in una situazione di insolvenza, l'anticipata soddisfazione di un creditore rispetto al momento in cui gli altri creditor vedranno soddisfatte le proprie pretese, rappresenti in sé una violazione della "par condicio creditorum", posto che l'elemento temporale - che si sostanzia nell'anticipata soddisfazione rispetto agli altri creditori, con conseguente recisione dell'onere di partecipare al concorso - finisce col costituire un vantaggio precluso dalla par condicio;

ritenuto in altri termini che il principio della "par condicio creditorum" assume una connotazione differente – anche in relazione alle disposizioni penalistiche contemplate nella legge fallimentare – allorquando il debitore versi in stato di insolvenza, in guisa che anche il dato temporale diviene elemento intrinsecamente connotante detto principio;

considerato che nel caso di specie il carattere preferenziale e quindi la lesione della "par condicio creditorum" derivante dal pagamento fatto da a ito di un credito chirografario al 100% per quasi € 2.000.000,00 è di tutta evidenza posto che, per stessa ammissione della ricorrente, il piano concordatario offrirebbe un pagamento del 30% dei creditori chirografari e addirittura l'attestatore ipotizza che nell'alternativa fallimentare gli stessi non riceverebbero pagamento alcuno;

considerato che è principio consolidato della Corte di Cassazione quello secondo cui " il curatore fallimentare ha legittimazione attiva unitaria, in sede penale che in sede civile, all'esercizio di qualsivoglia azione di responsabilità ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della par condicio creditorum ( Cass., Sez. U., 1641/2017);

ritenuto pertanto infondata l'affermazione di parte ricorrente secondo cui " *il problema dei pagamenti preferenziali non attiene a profili di ammissibilità del concordato ma a valutazioni di merito riservate ai creditori e al più potrebbero rilevare ai fini dell'azione revocatoria*";

considerato invero che l'esperibilità di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, così come l'esperibilità di azioni revocatorie sono aspetti che devono formare necessariamente oggetto di esame da parte dell'attestatore ai fini del giudizio di convenienza rispetto all'alternativa fallimentare ex art. 186 bis, comma 2, lettera b) ( cfr. Cass. 1507/15) e quindi ove non compiutamente esaminati rilevano ai fini dell'ammissibilità del concordato sotto il profilo di carenza/omessa attestazione;

rilevato infatti che sul punto può essere richiamato e confermato quanto già affermato dal Tribunale nel decreto di revoca ex art. 173 l.f. del primo concordato e precisamente che " *in generale, diversamente da quanto affermato e sostenuto dall'attestatore, la necessità ai fini della redazione dell'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lettera b), cioè al fine di comprovare che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, di prendere in considerazione anche l'attivo eventualmente ricavabile dall'esercizio di azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali deriva dal confronto imposto dalla legge con la soddisfazione che i creditori potrebbero ottenere nell'ambito della procedura fallimentare ove certamente il curatore, in presenza dei necessari presupposti, non esiterebbe ad esperire le azioni di responsabilità ex art. 146 l.f.;*

*rilevato che tale conclusione non è del resto una mera isolata opinione di questo Tribunale, ma è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e, in particolare, dalla sentenza sopra richiamata n. 5107/15 – che fa riferimento all'attestazione ex art. 160, II comma, l.f. ma deve ritenersi a maggior*

*ragione che i principi affermati siano estensibili anche alla relazione ex art. 186 bis, comma 2, lettera b), posto che in entrambe le attestazioni è richiesto un confronto con l'attivo ricavabile dalla liquidazione fallimentare e quindi anche dall'eventuale esercizio delle azioni di responsabilità, nel primo caso in relazione alla soddisfazione dei creditori muniti di privilegio generale mobiliare e nel secondo caso in relazione alla soddisfazione di tutti i creditori;*

*ritenuto come del resto, e con buona pace dei "principi di attestazione" citati dall'attestatore, non si veda come si possa ancora sostenere l'estraneità dai compiti dell'attestatore di valutare il suddetto attivo in seguito alla previsione espressamente esplicitata ora dall'art. 172 l.f. novellato, che impone al Commissario Giudiziale di "**illustrare le utilità che in caso di fallimento possono essere apportate dalle azioni risarcitorie**, recuperatorie o revocatorie che possono essere promosse nei confronti di terzi", ciò all'evidente scopo, tra l'altro, di far avere ai creditori tutte le informazioni necessarie al fine di esprimere un consenso consapevole e quindi "informato" e valutare la convenienza del concordato rispetto alla procedura fallimentare, fine questo a cui è rivolta o dovrebbe rivolgersi "in primis" l'attestazione del professionista indipendente";*

ritenuto altresì che, come sotto meglio specificato anche per altri pagamenti preferenziali effettuati da o principalmente a favore di s , l non abbia effettuato la necessaria disclosure né nel ricorso né nella memoria del 7.11.2017 – quest'ultima sarebbe stata comunque tardiva – in ordine al fatto che il pagamento a l o abbia anche riguardato un debito di l nei confronti di l o per gli interessi di mora e il mancato pagamento dei canoni maturati successivamente all'1.12.2015;

rilevato infatti che o ha effettuato plurimi pagamenti preferenziali nei confronti di

considerato innanzitutto il pagamento, tramite compensazione con il proprio credito verso per le azioni optate e ari ad € 1.086.000,00, dei pretesi crediti di per complessivi € 1.316.485,13;

rilevato invero e in primo luogo che di tale credito di olo dimostrato è quello pari ad € 716.045,33 relativo al pagamento autorizzato da parte del Tribunale nell'ambito del precedente concordato della I rata della conciliazione con l'ADE, dal momento che degli ulteriori crediti indicati, di cui € 555.038,24 a favore dei dipendenti per ratei di tredicesima e ferie di competenza ed € 45.401,56 per pagamento di crediti chirografari di o, non vi è alcuna prova, al di là delle mere affermazioni, di come e quando i predetti debiti di rebbero stati pagati da l

rilevato quanto al debito verso i dipendenti per crediti maturati anteriormente all'efficacia del contratto di affitto che non solo , come già osservato nel decreto ex art. 173 l.f., tale pagamento è avvenuto al di fuori di un preciso obbligo di l in contrasto con le previsioni normative, ma che l'importo ora indicato per più di € 500.000,00 è ben maggiore di quello "denunciato", in quanto non autorizzato dagli organi della procedura, nel corso del primo concordato di circa € 50.000,00;

considerato inoltre che il tempo dell'avvenuto pagamento, non dimostrato, rileva anche ai fini dell'art. 2467 c.c. se avvenuto dopo l'acquisto della qualità di socio da parte di l s e quindi successivamente al 9.6.2017, non rilevando invece il trattamento più favorevole previsto dall'art. 182 quater l.f. per i finanziamenti ponte ed in esecuzione in mancanza dei necessari presupposti;

considerato come in ogni caso, anche ammesso in via ipotetica l'effettiva sussistenza del credito rivendicato da per complessivi € 1.316.485,13, va osservato che alla data del 21.8.2017 in realtà era l creditrice di una maggior somma rispetto a s e non viceversa;

considerato infatti che al credito di o verso H per le azioni ari ad € 1.086.000,00 deve aggiungersi quello derivante dal contratto di affitto per i canoni di leasing pagati a to di

competenza per complessivi € 564.000,00, sì che a tutto concedere era ..s che doveva versare nelle casse sociali quantomeno la somma di € 336.514,87;

rilevato inoltre che per stessa ammissione della ricorrente l'importo di € 45.401,56 ha riguardato crediti di rango chirografario e che in ogni caso anche il pagamento anticipato di crediti privilegiati, per quanto sopra illustrato, da parte di società insolvente viola il principio della "par condicio creditorum" ed è fonte di responsabilità risarcitoria;

considerato come parimenti indimostrati e quindi non controllabili da parte del Tribunale, al di là delle mere affermazioni , sono anche parte dei pagamenti effettuati da ) nel periodo compreso tra la revoca del primo concordato e il deposito di quello in esame ( dicembre 2016-settembre 2017) per complessivi € 4.732.308,88;

considerato che tra questi crediti vi sono anche € 36.888,62 di crediti chirografari in quanto considerati "essenziali *alla tutela del valore aziendale e alla prosecuzione dell'attività d* ";

rilevato che nell'ambito degli stessi figura, tra l'altro, la voce "*rimborsi spese per amministratore*" la cui "essenzialità " è tutta da scoprire;

rilevato inoltre come e in ogni caso risulta un ulteriore pagamento effettuato da E a favore di per complessivi € 229.714,72, mediante compensazione con crediti vantati vers per prelievi di magazzino relativi ai mesi di settembre, ottobre e novembre 2016 – risalenti ad un anno fa e mai azionati da ! -, credito di I in realtà inesistente sia perché indimostrato, per quanto sopra rilevato, sia perchè, anche ammessa la sua esistenza, già oggetto di precedente compensazione con il maggior credito vantato da

ritenuto pertanto che anche di tali pagamenti preferenziali, fonte di responsabilità per gli attuali organi sociali, nessuna reale disclosure è stata fatta da nel ricorso ex art. 161 l.f. e solo in parte nella successiva memoria del 7.11.2017, comunque tardiva;

considerato inoltre che tali pagamenti confermano, all'evidenza, il costante finanziamento effettuato da Borsalino nei confronti di

rilevato quanto alla qualifica del piano concordatario che deve essere ribadito quanto già osservato nel precedente provvedimento del 16.10.2017;

considerato che l'"excamotage" introdotto dalla ricorrente nella memoria del 7.11.2017 diretto a riqualificare il piano come in continuità diretta non coglie affatto nel segno posto che la fusione inversa prospettata di controllante in controllata è e resta sempre ugualmente al di fuori del piano concordatario;

ritenuto invero che pacificamente il piano concordatario si identifica con le modalità e i tempi previsti per l'adempimento della proposta concordataria e quindi per il pagamento dei creditori concordatari ( art. 161, comma 2, lettera e);

rilevato che al riguardo la memoria difensiva 7.11.2017 si esprime nei seguenti termini:"... *I ha comunicato di impegnarsi irrevocabilmente a porre in essere tutti gli atti necessari affinché venga data esecuzione all'operazione straordinaria di fusione fra ino nei termini nei termini di cui alla presente memoria,* ***ovverosia immediatamente dopo il soddisfacimento di tutti i creditori nei termini di cui alla proposta,*** *con efficacia che sia esclusivamente condizionata all'emissione del decreto di chiusura del concordato preventivo ovvero di altro documento equipollente contenente, inter alia, la presa d'atto*

Fallimenti e Società.it

*dell'integrale adempimento delle obbligazioni concordatarie, con finale e conseguente chiusura della procedura concordataria ed efficacia delle medesima fusione quale ultimo atto concordatario" ( cfr. pagg. 6 e 40); "la fusione non è dunque mezzo di adempimento delle obbligazioni concordatarie che erano, restano e saranno soddisfatte mediante le disponibilità liquide già a le somme rinvenienti a titolo aumento di capitale, i canoni di affitto ed il corrispettivo del magazzino"* ( cfr. pag 41);

rilevato che effettivamente l'impegno irrevocabile di ; di cui al doc. 60 allegato è nel senso di "*porre in essere tutti gli atti necessari affinché venga data esecuzione alla fusione fra ; e E nei termini ed alle condizioni di cui alla Memoria* " , tale intendendosi quella del 7.11.2017 in esame;

rilevato che a parte l'erroneità giuridica della terminologia utilizzata là ove si parla di "*decreto di chiusura del concordato preventivo*" o di altro documento che prenda atto dell'integrale adempimento delle obbligazioni concordatarie, con "*finale e conseguente chiusura della procedura concordataria*", dal momento che la procedura concordataria si chiude pacificamente con il decreto di omologazione ex art. 181 l.f. e ciò che viene dopo riguarda esclusivamente l'esecuzione del piano concordatario diretto al pagamento dei creditori , è di tutta evidenza che essendo del tutto irrilevante l'atto di fusione, come ammesso pacificamente dalla ricorrente, per l'esecuzione del concordato e cioè per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie e quindi per il pagamento dei creditori, la fusione è e resta al di fuori del piano , non è affatto "l'ultimo atto concordatario" ed è del tutto indifferente agli organi della procedura che ne vede come , del resto, potrebbero incidere sulle relative operazioni;

ritenuto pertanto del tutto irrilevante – oltre che depositato con la memoria trasmessa telematicamente il 13.12.2017 chiaramente inammissibile perché mai autorizzata ed avendo in ogni caso la società già ampiamente beneficiato del termine di cui all'art. 162, comma 1, l.f. con il deposito della memoria all'udienza del 7.11.2017- il preteso e veramente singolare "mandato con rappresentanza" conferito con atto del 20.11.2017 notaio si di Milano rep. n ), da C nillo, quale amministratore, in proprio e in rappresentanza della società ., al sig. Fi avente ad oggetto anche la "predisposizione e il deposito della documentazione di cui agli artt. **2501-ter**, 2501-quater, 2501-quinquies, 2501-sexiese e 2501-septies c.c.", cioè anche di atti che non possono neppure essere delegati a singoli amministratori ex art. 2381 c.c. e/o a soggetti estranei all'organo amministrativo;

rilevato che, diversamente da quanto tenta di far credere la ricorrente, il fine ultimo di tutte queste operazioni, che è quello di trasferire "sostanzialmente" l'azienda ad risulta ammesso sia nella integrativa al bilancio relativo all'esercizio chiuso al 31.12.2016 ove a pag. 43 punto 2 è espressa scritto: " *in data 18.5.2017 ito ha trasmesso a una comunicazione di risoluzione del contratto di sale and lease back avente ad oggetto il marchio A seguito di questa comunicazione, r.l., già affittuaria dell'azienda, ha preso contatto con M per formulare un'offerta d'acquisto del marchio* ***da includere nel più ampio contesto dell'investimento funzionale alla cessione dell'azienda a seguito del positivo esito della nuova procedura di concordato preventivo che verrà avviata da innanzi al Tribunale di Alessandria***", sia nella relazione illustrativa del CDA di per la delega ex art. 2433 c.c. ad aumentare il capitale sociale, redatta anche ai senso degli articoli 2441, commi 5 e 6, c.c. ove si legge che :" *...Tale proposta di escludere il diritto di opzione è fondata, in sintesi, sull'esigenza di consentire al Consiglio di Amministrazione di assicurare l'attuazione della Proposta ed il Piano di Concordato. In particolare, come si è anticipato, la Proposta prevede l'acquisto dell'intero capitale sociale di da parte di la quale si è* ***dichiarata disponibile ad investire nel risanamento della società, a patto di divenire unica socia***";

Fallimenti.it

rilevato peraltro e solo per completezza – essendo, giova ribadirlo, la fusione estranea al piano - che la tanto proclamata fusione in quanto , a detta della ricorrente, porterebbe la ricongiunzione ir del marchio e dell'azienda – peraltro come sotto meglio specificato in capo sostanzialmente a soggetti diversi essendo completamente mutata la proprietà di E -, comporterebbe contemporaneamente – circostanza questa non evidenziata in nessun modo dalla ricorrente nei propri scritti difensivi – anche il ricongiungimento dei debiti di in , con particolare riferimento a quelli dalla stessa contratti sia per acquistare il marchio sia per diventare socio unico di o con la sottoscrizione e liberazione prospettato aumento di capitale, ammontanti complessivamente a circa 24 milioni di euro;

rilevato che di tale aspetto si è interessata l'attestatore in quelle "osservazioni e precisazioni" allegate sub doc. 65, anche se va osservato che l'art. 162, comma 2, l.f. consente solo un'integrazione al piano e la produzione di nuovi documenti, ma non certo un'integrazione dell'attestazione ( Cass. n. 7975/17), salvo venga in considerazione una modifica sostanziale della proposta e del piano – esclusa dalla stessa ricorrente – nel qual caso ex art. 161, comma 3, l.f. deve essere presentata una nuova attestazione;

considerato peraltro che dell'affermata conversione in capitale del finanziamento soci effettuato ad per € 12.000.000,00 in caso di omologa del concordato preventivo, non vi è alcuna prova e nessuna evidenza, sì che tale " conversione" si traduce quindi in una mera affermazione dell'attestatore;

rilevato che in mancanza di tale conversione lo stato patrimoniale l 31.12.2018 ( allegato C al doc. 65) porterebbe ad un evidente squilibrio finanziario tra capitale circolante ( pari ad € 8.097.000,00) ed indebitamento;

ritenuto che deve essere confermata la violazione o meglio il fraudolento aggiramento nella presente fattispecie dell'art. 163 bis l.f.;

considerato innanzitutto come non è dato comprendere come si possa fondatamente sostenere che tale aspetto non atterrebbe all'ammissibilità del concordato, comportando esclusivamente delle valutazioni di merito riservate ai creditori ( cfr. pag. 8 della memoria 7.11.2017), atteso il carattere pacificamente inderogabile della norma;

rilevato in generale, oltre a quanto già evidenziato nel decreto sopra riportato, che la norma debba trovare applicazione non solo quando il piano concordatario prospetti direttamente la cessione dell'azienda o di uno o più rami d'azienda a un terzo già individuato, bensì anche quando il predetto risultato sia ottenuto indirettamente attraverso operazioni societarie straordinarie, quale appunto l'aumento di capitale , nel caso in cui all'esito delle stesse l'appartenenza della società e quindi dell'azienda che ne costituisce il patrimonio sia radicalmente mutata e pertanto uscita dalla sfera di disponibilità dell'originario debitore;

ritenuto che diversamente la norma imperativa sarebbe di facile elusione;

rilevato infatti in generale che l'investimento effettuato da un terzo per entrare in società acquistando nella stessa una posizione dominante e dotandola della liquidità necessaria a far fronte al pagamento dei debiti concordatari in conformità al piano corrisponde sostanzialmente al prezzo che sarebbe stato pagato per il diretto acquisto dell'azienda destinato anch'esso all'adempimento delle obbligazioni concordatarie;

rilevato come del resto, nel caso di specie, l'investimento complessivamente contemplato da s per l'acquisto del marchio e per diventare socia esclusiva di corrisponde sostanzialmente a quanto aveva previsto di mettere a disposizione nel precedente concordato, poi revocato, per l'acquisto degli assets aziendali, acquisto non aperto alla competizione solo per non applicabilità temporale dell'art.

Fallimenti e Società.it

163 bis l.f. essendo la norma entrata in vigore successivamente al deposito del ricorso ex art. 161, comma VI, l.f.;

ritenuto inoltre che non basta certo che l'acquisto della qualità di socio, eventualmente anche in posizione di controllo, sia effettuato nell'imminenza del deposito del concordato per scongiurare l'apertura al mercato e, quindi, l'applicazione dell'art. 163 bis l.f.,in quanto operazione ugualmente ed evidentemente preordinata all'elusione della norma imperativa;

rilevato che nel caso di specie l'ingresso in società di è stato chiaramente preordinato all'acquisto della piena proprietà dell'azienda facente parte e previsto dal piano concordatario con l'assunzione della qualità di socio unico;

rilevato peraltro in ordine all'acquisto, anteriormente al deposito del presente ricorso, del 34% del capitale sociale in seguito all'opzione delle azioni in mora FISI che, a parte la considerazione che per quanto sopraddetto tali azioni non risultano affatto essere state interamente liberate da parte di , attesa l'illegittimità della compensazione operata e sopra evidenziata, tale quota assicura ad solo di fatto il controllo della società ex art. 2359 c.c. dal momento che le garantisce i quorum costitutivi delle assemblee ordinaria e straordinaria in seconda convocazione e la maggioranza dei voti in assemblea ordinaria per il fatto che, essendo le convocazioni pubblicate in Gazzetta Ufficiale e tenuto conto della situazione particolare di alcuni soci ( l'unica a comparire in assemblea era ed è sostanzialmente !

ritenuto che deve essere in ogni caso ribadito e sottolineato che parimenti la "rimessa in moto" dagli amministratori dopo due anni e mezzo del procedimento ex art. 2344 c.c. è stata preordinata al risultato finale più volte indicato, essendo evidente anche qui la violazione della predetta norma da parte degli amministratori la quale infatti impone che, decorso il termine di 15 giorni dalla pubblicazione della diffida nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica – e non quindi dopo due anni e mezzo ! -, gli stessi, "*se ritengono utile promuovere azione per l'esecuzione del conferimento, offrano le azioni agli altri in proporzione alla loro partecipazione, per un corrispettivo non inferiore ai conferimenti ancora dovuti*";

ritenuto quanto al decreto del Tribunale di Vicenza in data 4.10.2016 invocato da parte ricorrente per affermare l'inapplicabilità dell'art. 163 bis l.f. nella fattispecie e, più in generale, in caso di ingresso in società di nuovo socio attraverso l'aumento di capitale, che il Collegio non condivide affatto la predetta decisione;

ritenuto invero che le norme di cui agli artt. 182 quater e 163 bis l.f. operano su due piani diversi e non si escludono affatto a vicenda;

considerato che la prima norma attiene ai finanziamenti ponte e/o in esecuzione del concordato preventivo effettuati anche dai soci riconoscendo loro , in presenza dei necessari presupposti – la previsione nel piano per quelli in esecuzione ed anche l'autorizzazione del Tribunale per quelli in funzione - , la prededuzione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2467 e 2497 quinquies c.c., nella percentuale dell'80% e/o del 100% nel caso di acquisto della qualità di socio in esecuzione del concordato;

rilevato che cosa diversa dal finanziamento è l'ingresso in società e l'acquisto quindi della qualità di socio, e che nulla vieta, in caso di cumulo delle fattispecie, l'applicazione di entrambe le norme tra loro di per sé non incompatibili;

ritenuto in altri termini che se al finanziatore è riconosciuta la prededucibilità del proprio credito al fine del rimborso, nulla vieta peraltro che ove sia previsto dal piano che egli, con un aumento di capitale a lui stesso riservato e da liberarsi evidentemente mediante compensazione con il credito prededucibile, entri in

Fallimenti e Società.it

società, acquistando una posizione tale da comportare un cambio sostanziale nella compagine sociale e quindi nella proprietà della stessa e conseguentemente un trasferimento dell'azienda in suo favore, scatti l'applicazione dell'art. 163 bis e/o comunque si possa intravvedere nell'operazione un'elusione della norma imperativa e quindi un'operazione in frode alla legge ex artt. 1344 e 1345 c.c.;

considerato inoltre che la disposizione dell'art 182 quater l.f. è stata introdotta nel 2012 e pertanto in epoca antecedente al 163 bis l.f. quando erano sostanzialmente ammessi anche i cd. "concordati chiusi";

rilevato altresì che, diversamente da quanto osservato nel predetto provvedimento, lo scopo dell'art. 163 bis l.f. non è solo quello di liquidare ma anche e soprattutto quello di garantire la continuità aziendale con il maggior profitto dei creditori;

ritenuto in definitiva e in altri termini che la predisposizione di un piano concordatario che realizzi ed abbia per effetto il trasferimento "sostanziale" dell'azienda ad un terzo già individuato attraverso forme negoziali per cd. "anomale" , spesso coincidenti con operazioni societarie che difficilmente possono consentire al Tribunale la predisposizione di una procedura competitiva - tenuto conto, tra l'altro, che il Tribunale nello stabilire la comparabilità delle offerte non può spingersi al punto di modificare il piano e la proposta concordataria- deve ritenersi inammissibile per incompatibilità con la norma imperativa ed inderogabile dell'art. 163 bis l.f. in quanto elusiva del disposto normativo e da qualificarsi quindi in frode alla legge con conseguente illiceità della stessa causa "concreta" del concordato;

rilevato come del resto in tal senso si è già espresso il Tribunale di Bologna con sentenza n. 59/2016 del 6.4.2016 nella quale, in un caso in cui il piano concordatario prevedeva il conferimento dell'azienda in una , la nascita da tale conferimento di un debito della › verso la conferente in concordato, un aumento di capitale della r › riservato a soggetti già individuati e quindi il pagamento del debito, ha affermato che tale operazione realizzava un effetto del tutto equivalente a quello ottenuto cedendo l'azienda alla › costituita tra i nuovi soci posto che *"attraverso l'anomala emersione del debito verso conferente le risorse costituite dagli apporti dei nuovi soci – che in condizioni di fisiologia – dovrebbero essere considerate risorse messe a disposizione della* ^ *- erano invece trasferite alla società in concordato: ciò dimostra che nel piano gli apporti dei nuovi soci sono considerati somme messe a disposizione della società in concordato e, quindi, di fatto un provento derivante dal trasferimento dell'azienda in continuità a favore della* ^ *Da ciò discenderebbe la necessità di esperire comunque una procedura competitiva per ricercare sul mercato offerte migliorative rispetto a quella contenuta nella proposta, pur con tutte le difficoltà – soprattutto in ordine ai problemi di compatibilità delle offerte ex art. 163 bis l.f. – che una simile costruzione giuridica porrebbe rispetto ai due schemi classici della cessione dell'azienda o del conferimento d'azienda con successiva cessione delle partecipazioni sociali. Il che potrebbe indurre a configurare un'ipotesi in cui lo schema del conferimento "anomalo" potrebbe costituire in sé un elemento di sviamento, in quanto avente l'obiettivo effetto di rendere più difficoltosa la ricerca di una relazione con il mercato, senza apprezzabili benefici per il certo creditorio (senza quindi favorirne il "miglior soddisfacimento)"*;

ritenuto pertanto che nel caso di specie l'operazione prospettata che porta all'acquisto da parte di dell'intera partecipazione sociale di attraverso la sottoscrizione e liberazione dell'aumento di capitale sociale a Lei esclusivamente riservato realizza, per quanto sopra più volte sottolineato ed evidenziato, un trasferimento "sostanziale" dell'azienda di cui l'importo considerato dal piano concordatario tra i flussi di cassa cd. "Fabbisogno di oltre 6 milioni di euro destinato al pagamento dei creditori concordatari ne costituisce il "provento";

Fallimenti Società

ritenuto che il risultato "non cambia" anche nel caso della prospettata fusione dal momento che, in tale ipotesi, il "sostanziale" trasferimento dell'azienda verrebbe operato non più in esclusivo favore di F bensì di F e del socio unico di quest'ultima, unici soggetti titolari delle partecipazioni sociali nella "nuova",

ritenuto che nel caso di specie, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente nella memoria difensiva più volte richiamata, la disposizione di una procedura competitiva da parte del Tribunale ex art. 163 bis l.f. è totalmente preclusa posto che da un lato i diritti negoziati – diritti di opzione sull'aumento del capitale sociale – appartengono ai soci e non fanno quindi parte del patrimonio sociale e in particolare dell'attivo concordatario e dall'altro essendo l'azienda privata del marchio ' o", già acquistato da F in esecuzione della precedente operazione elusiva sopra ampiamente descritta, e quindi del suo asset principale, qualsiasi competizione è stata resa "ab origine" impossibile;

rilevato altresì e più in generale sempre in relazione all'operazione di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione prevista dal piano e delegata all'organo amministrativo ex art. 2443 c.c. che l'esercizio della predetta delega, appositamente introdotto attraverso una modifica "ad hoc" dello statuto deliberata sostanzialmente dalla stessa appare viceversa del tutto inopportuno nel caso, come è quello in esame, di ricorso agli strumenti di composizione concordata della crisi d'impresa dal momento che mentre l'art. 2481 c.c. per le s.r.l. prescrive che l'atto costitutivo determini i limiti e le modalità di esercizio della delega, l'art. 2443 c.c. per le società per azioni consente invece una delega generica, ancorché circoscrivibile, il cui esercizio nel contesto di una situazione di crisi e di insolvenza, come è quella in esame, rinunciando ad un coinvolgimento dei soci, può esporsi a dubbi di legittimità e responsabilità rispetto al conseguimento dell'oggetto sociale in funzione del quale la delega stessa dovrebbe essere solo prevista e fin dall'atto costitutivo; il che va ribadito ancor più in caso di esclusione del diritto di opzione, nonostante sia prescritta un'adeguata giustificazione dell'esercizio della delega e il coinvolgimento dell'organo di controllo, giustificazione che nel caso di specie , come già sottolineato, ha coinciso con l'attuazione della volontà di ; di diventare socio unico della società;

ritenuto che vanno ribaditi, oltre a quanto già illustrato, anche gli ulteriori profili di responsabilità dell'attuale managment, ed in particolare il ritardo con il quale gli organi sociali, nonostante il palese stato di insolvenza della società, l'incremento del patrimonio netto negativo dal 31.12.2015 al 30.6.2017 e la sussistenza quindi di una causa di scioglimento della società anche per impossibilità di funzionamento dell'assemblea hanno atteso il 25.9.2017 per convocare l'assemblea, approvare i bilanci relativi agli esercizi chiusi al 31.12.2014, 31.12.2015 e 31.12.2016 al fine di poter usufruire della norma di cui all'art. 182 sexies l.f., il ritardo con cui è stata convocata l'assemblea per deliberare l'azione di responsabilità nei confronti dei precedenti amministratori, delibera peraltro allo stato, nonostante le affermazioni e le "intenzioni" e le " mancate" rinunce" proclamate dalla società ricorrente, esistente solo nei confronti di un fallito e di un morto (!), nonché per quanto attiene al l'inerzia tuttora esistente nel deliberare e promuovere delle misure cautelari;

ritenuto che devono altresì essere confermati i rilievi svolti in relazione alla proposta di "transazione fiscale" così come formulata dalla ricorrente in quanto inammissibile ex art. 183 ter l.f. "trattamento dei crediti tributari e contributivi", come novellato;

considerato che sul punto la memoria 7.11.2017 ha affermato che *"la proposta di transazione ex art. 182 ter l.f. è diretta unicamente all'Agenzia delle Entrate e non anche agli Enti Previdenziali in quanto il relativo credito verrà pagato in conformità alla normativa di legge senza alcuno stralcio o dilazione ultrannuale. Più precisamente il piano e la proposta prevedono che il credito degli enti Previdenziali avente rango*

diversamente da quanto sembra sostenere la ricorrente, non fa alcuna distinzione rispetto ai crediti di rango privilegiato in punto obbligatorietà/esclusività della proposta in oggetto;

rilevato inoltre che, se fosse esatta la tesi qui sostenuta da parte ricorrente e dall'attestatore, secondo cui sono dilazionati solo i crediti privilegiati per i quali il piano preveda un pagamento oltre la moratoria annuale di cui all'art. 186 bis, comma 2, lettera c), non si comprende perché abbiano formato oggetto della proposta ex art. 182 ter l.f. i crediti tributari per i quali ugualmente è contemplato il pagamento anno dall'omologa;

ritenuto che quanto sostenuto dall'attestatore nelle più volte menzionate " osservazioni e precisazioni" che cioè nel caso di specie *"l'impiego dell'istituto della transazione fiscale fa parte di un percorso, previamente condiviso con il competente Ufficio delle Entrate di Alessandria e con la Direzione Regionale del Piemonte, inteso unicamente a cristallizzare la pretesa tributaria, senza stralci né " quantitativi" né "temporali", al solo fine di confermare l'entità della pretesa ( tenuto conto che la stessa origina da atti di conciliazione e di definizione già perfezionati, ed anzi prevedendone tempi di assolvimento che, oltre a non comportare dilazione ai sensi dell'art. 182 ter, sono addirittura anticipati rispetto a quanto originariamente concordato) ed eliminare in radice il rischio di futura applicazione di sanzioni per la sospensione dei pagamenti al momento dell'accesso alla procedura"* è incomprensibile giuridicamente posto che i presupposti per l'applicazione obbligatoria dell'istituto di cui all'art. 182 ter l.f. sono stabiliti esclusivamente dalla legge e non certo dal " *percorso, previamente condiviso*" tra e *"il competente Ufficio delle Entrate di Alessandria*" e la *"Direzione Regionale del Piemonte"*;

ritenuto pertanto anche sotto tale profilo inammissibile la proposta e il piano concordatari difetta altresì l'attestazione del professionista di cui all'art. 160, comma 2, l.f.;

considerato quanto ai rilievi svolti dal Tribunale nel decreto del 16.10.2017 in ordine alle carenze dell'attestazione che in generale non sembrano effettivamente superati da quanto riportato nelle "osservazioni e precisazioni" nella quali infatti l'attestatore si è sostanzialmente limitato a confermare l'assoluta completezza dell'attestazione ritendo che il Tribunale non avrebbe "considerato" e/o "colto" l'effettiva portata della stessa;

rilevato e ribadito che non è ammissibile alcuna integrazione dell'attestazione ex artt. 161, comma 3, e 186 bis, comma 2, lettera c) (Cass. n. 7975/17), va osservato: quanto alla fattibilità della proposta concordataria in relazione all'inserimento nei flussi di cassa dell'importo di € 6.313.129,59 corrispondente all'aumento del capitale sociale in presenza di perdite non ripianate che il tribunale, pur immaginando che il piano tenesse conto dell'effetto patrimoniale conseguente all'esdebitazione concordataria correlata all'omologa, era impossibilitato a conoscere a quanto ammontasse tale effetto , se lo stesso fosse idoneo ad azzerare le perdite, ecc..., non disponendo dei dati necessari data l'inesistenza di alcuna precisazione sul punto nel ricorso e nel piano concordatario e l'assoluta laconicità del paragrafo 10.5 dell'attestazione privo di motivazione ed illustrazione del prospetto ivi riportato ( cfr. pag 97 ), tanto più che ancora nella memoria difensiva del 7.11.2017 dà atto come saranno gli amministratori nell'esercizio delle delega ex art. 2443 c.c. che potranno valutare, *"alla luce degli elementi fattuali che si presenteranno in corso di procedura, l'ammontare dell'aumento da destinare a capitale sociale e l'ammontare da destinare a riserva sovrapprezzo, anche nel caso in cui, **allo stato non prevedibile, l'efficacia della delibera di copertura delle perdite e di riduzione del capitale e l'effetto esdebitativo derivante dall'omologa del concordato preventivo non dovessero poi, di fatto, essere sufficienti ad azzerare le perdite e pertanto dovessero residuare ulteriori perdite patrimoniali ( nel qual caso, infatti, .. una porzione dell'aumento di capitale – da imputare a sovraprezzo – sarà utilizzata a copertura delle stesse ai fini di consentire la ricostituzione***

Fallimenti&Società.it

***del capitale sociale)"***; in relazione agli elementi posti dall'attestatore a fondamento del giudizio di fattibilità è veramente singolare che l'attestatore consideri *"l'assoluta capienza patrimoniale d[i] [...] oggetto agli impegni a vario titolo assunti nei confronti del concordatc[...] sulla base dell'attivo,* ***costituito da un marchio il cui valore di mercato è stato periziato.. in circa 14,4 milioni di euro, a fronte di un indebitamento consistente quasi esclusivamente in finanziamenti soci postergati"*** – ex art.2467 c.c.? Il che dimostrerebbe la situazione di crisi finanziaria se non di vera insolvenza della stessa [...], cioè fondandola sul marchio [...]no il cui acquisto da parte [...] con sottrazione all'azienda [...]reano, ha costituito e costituisce il grave inadempimento dell'affittuaria al contratto di affitto, fonte di sicura responsabilità risarcitoria, come sopra rilevato; quanto alla valutazione dell'attivo ricavabile tramite l'esperimento delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali da parte del curatore ex 146 l.f. in relazione al giudizio di funzionalità della continuità aziendale al miglior soddisfacimento dei creditori ex art. 186 bis, comma 2, lettera b) l.f. che, a parte la mancata considerazione delle azioni esperibili dal curatore nei confronti degli attuali organi sociali in relazione ai pagamenti preferenziali sopra elencati e agli altri atti di "mala gestio" evidenziati, va ribadito che il [...]ell'attestazione, al di là di quanto sostenuto nelle sue " osservazioni e precisazioni" ha fatto esclusivo riferimento alla delibera assembleare del 24-25.9.2017 – quella contro un fallito e contro un morto! -, essendo giuridicamente irrilevanti quelle che possono essere le "intenzioni" formulate dalla società in ricorso tanto più in considerazione del tempo trascorso da quando, su "sollecitazione" degli organi della procedura, [...] ha manifestato tale "intenzione" nel corso del primo concordato, sì che vanno ribadite le censure mosse all'attestazione che, tra l'altro, non ha minimamente preso in considerazione e menzionato il parere del pr[...], con conseguente inammissibilità delle integrazioni apportate nelle "osservazioni e precisazioni" più volte richiamate; quanto infine alla stima del canone di affitto dell'azienda B[...] 80.000,00 comprensiva dell'uso del marchio [...] che, bontà sua Haeres *" si è fatta carico di pagare nella misura piena, anche dopo l'acquisto del marchio da M[...]"*(!), la singolarità ed infondatezza giuridica di tale affermazione è già stata posta in luce dal Collegio e non richiede ulteriori delucidazioni;

ritenuto pertanto che, alla luce delle osservazioni che precedono, la proposta di concordato depositata dalla ricorrente in data 25.9.2017 deve essere dichiarata inammissibile ex art. 162, comma 2, l.f.

P.Q.M.

dichiara inammissibile la proposta di concordato preventivo depositata da [...] s.p.a. in data 25.9.2017

Alessandria, 14.12.2017

Il Presidente Estensore

(dr.ssa C. Santinello)

Fallimenti e Società