

La Corte d'Appello di Milano

Sezione 4^a civile

Composta dai magistrati:

Dott. Paolo Fabrizi

Presidente

Dott. Ines Marini

Consigliere

Dott. Erminia Lombardi

Consigliere rel.

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 17 gennaio 2013,
ha pronunciato il seguente

DECRETO

nei procedimenti R.G. N. 901/2012 e 901-1/20120 V.G. promossi ai
sensi dell'art. 182bis, V e VIII co. e 183 l.fall. da

rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio
Alpeggiani, Filippo Canepa e Matteo Lamperti ed elettivamente domiciliata,
giusta delega a margine del reclamo, in Milano, Piazzale Cadorna n. 4.

Con ricorso ex artt. 182bis, co. 5 e 7 e 183 l.fall., depositato in data
21 novembre 2012, la società propone reclamo avverso il
decreto 26 ottobre – 7 novembre 2012 con il quale il Tribunale di Varese ha
respinto l'istanza, presentata in data 30 luglio 2012 dalla predetta società e
con la quale si è chiesto che venga disposto, ai sensi del comma 6 della
norma citata, il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive
sul patrimonio della debitrice per il termine di 60 giorni onde consentire il
deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in ordine alla cui



conclusione erano in corso trattative con i creditori rappresentanti il 60% dei crediti.

A sostegno dell'impugnazione la reclamante denuncia, sotto un triplice profilo, l'erroneità della decisione adottata dal Tribunale il quale ha disatteso l'istanza sul rilievo che l'accordo in corso di definizione, prevedendo anche una transazione fiscale avente ad oggetto solo una parte dei debiti fiscali, doveva ritenersi insuscettibile di omologazione, con l'effetto che, per ragioni di economia processuale, non ricorrevano i presupposti per adottare i provvedimenti conservativi di cui al 6° comma dell'art. 182 bis l. fall. atteso l'evidente carattere strumentale di quest'ultima domanda rispetto all'esito fruttuoso del procedimento di ristrutturazione dei debiti.

Orbene, la reclamante deduce, in primo luogo, la violazione del diritto di difesa in quanto che il Tribunale nel corso delle due udienze in cui si era svolto il procedimento non aveva mai sollevato alcun rilievo in ordine alla ammissibilità della transazione fiscale nei termini in cui era stata predisposta dalla società e che invece poi avrebbe ritenuto l'elemento fondamentale sul quale basare la decisione di rigetto, mentre, anche alla luce del nuovo testo dell'art. 101 c.p.c., il primo giudice avrebbe dovuto in udienza segnalare alla società i profili di inammissibilità rilevati, e poi posti a fondamento della decisione negativa, così consentendo alla reclamante di contraddire ed eventualmente valutare se modificare il contenuto della transazione fiscale secondo le direttive indicate dal Tribunale.

In secondo luogo la reclamante lamenta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 182 bis l. fall. posto che il Tribunale, anziché limitarsi

a verificare la ricorrenza dei presupposti di cui alla ai commi 6 e 7 della norma citata, e cioè che la proposta di accordo fosse corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, e da una dichiarazione del professionista circa l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non erano in corso trattative o che avessero comunque negato la propria disponibilità a trattare, ha invece svolto un non consentito sindacato nel merito della proposta e del futuro accordo di ristrutturazione motivando la reiezione dell'istanza, peraltro in assenza di opposizioni da parte dei creditori, non già appunto sulla insussistenza di trattative con la percentuale di creditori sopra indicata, ovvero sull'inidoneità della proposta a soddisfare i creditori estranei alle trattative alla luce della dichiarazione resa dai professionisti, ma sul rilievo che l'accordo proposto non sarebbe stato suscettibile di essere omologato in quanto parte qualificante del medesimo era rappresentato da una transazione fiscale che, per il suo contenuto, doveva ritenersi inammissibile. Peraltro anche quest'ultima conclusione in ordine all'inammissibilità della transazione fiscale proposta non poteva, ad avviso della reclamante, essere condivisa in quanto che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, non vi erano ragioni per ritenere che l'accordo transattivo dovesse necessariamente comprendere tutti i debiti fiscali della società e non fosse invece consentito al debitore, avuto riguardo anche alla pacifica natura facoltativa di detto istituto, escluderne alcuni ed, in particolare, nella specie, quelli per il quale era in corso un contenzioso giudiziale che, allo stato, era

risultato in via prevalente favorevole alla società. Peraltro, anche per questi ultimi debiti, qualora i procedimenti in corso si fossero conclusi favorevolmente per l'Agenzia delle Entrate, la proposta prevedeva un trattamento identico al debito fiscale fatto oggetto di transazione.

Rileva la Corte che il reclamo è fondato e va pertanto accolto per le considerazioni che seguono.

Invero, va preso in considerazione, per il suo carattere assorbente, il secondo motivo di gravame con il quale la società reclamante lamenta la violazione del disposto di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 182 bis l. fall. in ordine al sindacato che il Tribunale è chiamato svolgere in sede di esame dell'istanza di inibitoria.

Preliminarmente va rilevato che, ai sensi del succitato comma 6 nel testo applicabile *ratione temporis* "il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente... la documentazione di cui all'art. 161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo, corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista... circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare." Il comma 7 stabilisce quindi che "il tribunale, verificata la completezza della documentazione

depositata, fissa con decreto l'udienza... disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma."

Orbene, tale essendo il quadro normativo di riferimento, si osserva che nella specie il Tribunale ha ritenuto di non accogliere l'istanza sulla base di una prognosi sfavorevole in ordine all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione prospettato in quanto elemento qualificante di quest'ultimo era una proposta di transazione fiscale giudicata inammissibile.

Ritiene peraltro la Corte che, così decidendo, il Tribunale ha ommesso di considerare che l'istanza è stata formulata dalla società debitrice al fine di ottenere gli effetti protettivi di cui al comma 3 dell'art. 182 bis l. fall., non essendo ancora pervenuta alla definizione dell'accordo di ristrutturazione e quindi essendo ancora nella fase delle trattative. Ne consegue che, anche a non voler ritenere un obbligo del Tribunale di segnalare all'udienza le criticità ravvisate in ordine al contenuto della proposta di accordo o, come nella specie, della transazione fiscale, in ogni caso il fatto di essere nella fase delle trattative e, quindi, non in presenza di un accordo definitivo nel

suo contenuto, ad avviso del Collegio, non giustificava la reiezione dell'istanza. E invero, al di là del fatto che la norma individua quale oggetto della cognizione del Tribunale in questa sede l'esistenza di una proposta di accordo accompagnata dalla dichiarazione dell'imprenditore della pendenza di trattative con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti e dalla dichiarazione del professionista che attesti l'idoneità della proposta a soddisfare i creditori estranei all'accordo, in ogni caso deve ritenersi che la circostanza che presupposto per la formulazione dell'istanza sia la pendenza di trattative con i creditori induce a ritenere che il testo della proposta possa anche subire modificazioni ed integrazioni nel termine di 60 giorni di cui alla norma citata e che pertanto in questa fase eventuali aspetti problematici della proposta di accordo, ove tali da non incidere sull'intero contenuto e comprometterne quindi in maniera radicale e non emendabile l'omologabilità, non precludano l'accoglimento dell'istanza di inibitoria.

E invero non si ignora che parte della dottrina si è espressa nel senso che, in considerazione del carattere della documentazione che l'imprenditore è tenuto a depositare a corredo dell'istanza e del tenore delle dichiarazioni da allegare, la proposta di accordo depositata dal debitore debba essere quella definitiva, sulla quale viene richiesta l'adesione dei creditori, e che pertanto, una volta accettata dai creditori che rappresentano il 60% dei crediti, costituirà l'accordo definitivo sottoposto all'esame del Tribunale per l'omologa. Di qui l'inevitabile corollario che il deposito di un accordo diverso rispetto al contenuto della proposta di accordo precedentemente depositata configurerebbe il mancato assolvimento da parte del debitore dell'onere disposto dal Tribunale di depositare entro 60 giorni l'accordo e la

relativa relazione del professionista con conseguente impossibilità di usufruire degli effetti protettivi anticipati.

Peraltro appare preferibile la tesi, pure espressa da alcuni autori, secondo la quale il testo della norma, già nella sua formulazione precedente all'intervento del legislatore dell'agosto 2012, non porrebbe alcun vincolo all'imprenditore in ordine al contenuto della proposta di accordo rispetto all'accordo definitivo e che pertanto il testo finale sul quale viene raggiunto l'accordo con le maggioranze previste dalla norma nel termine assegnato dal Tribunale potrebbe avere un contenuto in parte diverso rispetto alla proposta inizialmente presentata.

E invero, a favore di quest'ultima conclusione milita, in primo luogo, il testo normativo atteso che il legislatore, come evidenziato anche in dottrina, non precisa quale grado di corrispondenza debba presentare la proposta rispetto all'accordo successivamente depositato ai fini degli effetti di cui alla norma citata, ed, in particolare, non dispone che il contenuto della proposta di accordo debba senz'altro coincidere con l'accordo definitivo, poi oggetto del giudizio di omologazione.

In secondo luogo, ove si consideri che la finalità dell'istituto, come specificato nella relazione accompagnatoria al d.d.l. di conversione del D.L. n.78/2010, è quella di *“eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti”*. e ciò in quanto per l'imprenditore in crisi che tenti di superare tale situazione la fase senz'altro più delicata è proprio quella delle trattative che precedono il deposito della domanda di omologa posto che in detta fase il

patrimonio dell'imprenditore è esposto all'azione dei creditori che con le loro iniziative possono compromettere la riuscita del tentativo di risoluzione della crisi, e quindi la finalità di ottenere velocemente la protezione dell'*automatic stay* nelle more di predisposizione degli accordi veri e propri, ne consegue che il presupposto richiesto dalla norma per la concessione dell'inibitoria è che siano in corso trattative con i creditori al fine di pervenire al superamento della crisi mediante un accordo di ristrutturazione del debito secondo modalità che possano ottenere il parere favorevole dei creditori nella percentuale richiesta, trattative che indubbiamente devono essere già in una fase avanzata e dotate di un apprezzabile grado di serietà, ma che appunto perché ancora in corso, come recita la norma, non possono escludere a priori l'eventualità di modifiche o integrazioni ove rese necessarie ai fini del raggiungimento delle adesioni nella percentuale indicata.

In caso contrario l'utilità dell'istituto risulterebbe quanto mai modesta in quanto che il ricorso alla moratoria preventiva sarebbe praticabile non già quando il debitore stia ancora elaborando o discutendo un testo di proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori e pertanto suscettibile di modifiche o integrazioni del suo contenuto, ma solo nel caso in cui il debitore si trovi in una fase di trattative con i creditori rappresentanti il 60% dei crediti nella quale il testo della proposta è ormai ritenuto definitivo e compiutamente articolato e la sospensione sarebbe solo necessaria per acquisire su quel predeterminato testo l'adesione dei creditori nella percentuale richiesta, adesione che, in tali condizioni di impossibilità

di apportare modifiche al contenuto della proposta, non è certamente agevolata.

La correttezza di tale interpretazione della norma trova poi ulteriore conferma nel recente intervento del legislatore il quale ha modificato l'art. 182 bis l.fall. prevedendo addirittura che nel termine assegnato dal Tribunale, anziché "un" accordo di ristrutturazione (e non più "l'accordo"), possa essere depositata anche una domanda di concordato preventivo. Ne consegue che, a seguito di quest'ultimo intervento, si conservano gli effetti protettivi costituiti dal divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive e si prevede la possibilità di configurare le misure di soluzione della crisi in relazione alla concreta situazione di fatto così come si è evidenziata durante il periodo di durata dell'*automatic stay* addirittura "passando" da un procedimento all'altro. Corollario dei suesposti principi è che l'ampia scelta riservata all'imprenditore nel periodo di operatività della moratoria in ordine alle modalità di risoluzione della crisi, con riferimento in particolare al tipo di procedura cui ricorrere, e cioè accordo di ristrutturazione o concordato preventivo, non può non implicare un'altrettanta ampia scelta in ordine al contenuto della proposta di accordo da sottoporre al giudizio di omologazione del Tribunale e quindi la possibilità di presentare accordi definitivi non esattamente corrispondenti, per contenuto, a quelli prospettati in sede di presentazione della richiesta di inibitoria.

Orbene, alla luce dei suesposti principi, e fermo restando che a quest'ultima normativa non può attribuirsi natura interpretativa del testo previgente, deve concludersi che nella specie non può condividersi la

conclusione cui è pervenuto il primo giudice il quale, sul duplice presupposto che la proposta di accordo depositata dal reclamante nei termini in cui era stata articolata non fosse suscettibile di modificazioni e integrazioni, rappresentando il testo definitivo dell'accordo da sottoporre all'esame del Tribunale, e che inoltre nel suo attuale contenuto non fosse omologabile, in quanto parte fondamentale di quest'ultima era una proposta di transazione fiscale ritenuta inammissibile, ha disatteso l'istanza di inibitoria.

Ritiene invece la Corte che, in tale situazione, il Tribunale, posto che la criticità rilevata riguardava un aspetto della proposta di accordo e che in ordine all'impianto complessivo di quest'ultima non erano stati sollevati rilievi, avrebbe dovuto, accertata l'esistenza dei presupposti menzionati dalla norma, accogliere l'istanza eventualmente evidenziandone, nel decreto, gli aspetti problematici ravvisati al fine di consentire all'imprenditore di valutare l'eventualità di una modifica del contenuto in conformità dei rilievi critici formulati dal Tribunale. E ciò a prescindere dalla considerazione che la ritenuta inammissibilità della transazione fiscale per avere escluso i crediti oggetto di contenzioso (esclusione peraltro non assoluta in quanto la proposta prevede che, in caso di esito sfavorevole dei giudizi in corso, i debiti così definitivamente accertati siano soddisfatti secondo gli stessi tempi e modalità previsti nella proposta di transazione per gli altri tributi), è questione che non può ritenersi pacifica in quanto non mancano autori che, anche in considerazione del tenore letterale dell'art. 182 ter l.fall., ritengono che l'imprenditore possa ricorrere all'istituto della transazione fiscale anche solo per alcuni dei debiti tributari.

Ne consegue che, in accoglimento dell'á reclamo, il decreto impugnato va revocato e l'istanza di inibitoria accolta.

In proposito va infatti rilevato che deve ritenersi accertata la sussistenza dei presupposti menzionati dalla norma alla luce della autocertificazione, rilasciata dal legale rappresentante della società reclamante, in ordine all'esistenza di trattative in corso con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e alla dichiarazione dei professionisti circa l'idoneità della proposta di ristrutturazione ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei alle trattative. In particolare in ordine a quest'ultima dichiarazione si osserva che essa motivatamente conclude per la attuabilità della proposta di accordo formulata, essendo stata verificata la sostenibilità finanziaria complessiva del piano industriale predisposto e l'idoneità dell'accordo a soddisfare i creditori rimasti estranei, e ciò in forza dell'apporto di nuova finanza di cui all'accordo quadro già concluso dalla reclamante con le banche e in esecuzione del quale sono già state concesse alla società linee di credito per complessivi 5 milioni di euro necessari a garantire la continuità aziendale nelle more della conclusione dell'accordo di ristrutturazione. Alla luce delle considerazioni che precedono e avuto riguardo al limitato ambito del controllo, di natura formale, che il Tribunale è chiamato a svolgere in questa sede devono ritenersi sussistenti nella specie i presupposti richiesti dall'art. 182 bis l. fall. risultando, alla stregua della documentazione allegata, acclarata in termini di verosimiglianza la pendenza di trattative con i creditori che rappresentano il 60% dei crediti, nonché l'idoneità dell'accordo ad assicurare il soddisfacimento dei creditori non aderenti o rimasti estranei alle trattative.

Da ultimo va solo precisato, in ordine all'istanza di sospensione dell'efficacia del decreto oggetto di reclamo, che la evidente natura cautelare del procedimento in parola comporta che la reiezione dell'istanza determina il venir meno, con efficacia *ex tunc*, degli effetti protettivi conseguenti alla pubblicazione di quest'ultima nel registro delle imprese senza che possa pertanto configurarsi una sospensione dell'efficacia di quest'ultimo provvedimento.

P.Q.M.

in accoglimento del reclamo proposto da _____ avverso il decreto del Tribunale di Varese in data 26 ottobre - 7 novembre 2012, dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando termine di non oltre 60 giorni alla società reclamante per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma dell'articolo 182 bis l. fall. davanti al Tribunale di Varese cui si rimettono gli atti.

Così deciso in Milano il 17 gennaio 2013

IL PRESIDENTE
Cudde

IL PRESIDENTE
Paolo Fabiani

CORTE D'APPELLO DI MILANO
Deposito
0301 8 FEB 2013
Cudde

0301 8 FEB 2013
6