

*Revocabilità del vincolo di destinazione e fattibilità giuridica del concordato*

Tribunale di Ravenna, 22 aprile 2015. Presidente Gilotta. Relatore Farolfi.

**Concordato preventivo - Finanza terza - Vincolo di destinazione - Revocatoria dell'atto istitutivo del vincolo - Irrealizzabilità della proposta**

*È irrealizzabile e, quindi, non fattibile, la proposta di concordato preventivo di una società a responsabilità limitata che si fondi anche sulla finanza esterna fornita dai soci mediante vincolo di destinazione dei propri beni qualora il creditore particolare dei soci abbia manifestato l'intenzione di proporre azione revocatoria dell'atto istitutivo del vincolo.*

**Concordato preventivo - Accertamento tecnico eseguito dal c.t.u. nominato dal giudice delegato - Prognosi di impossibilità di soddisfacimento dei creditori chirografari - Questione attinente la fattibilità giuridica del concordato**

*Qualora, sulla base di un accertamento tecnico eseguito da un consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice delegato, sia possibile esprimere una prognosi di impossibilità di soddisfacimento dei creditori chirografari, il tema del valore dei beni ceduti alla massa dei creditori incide direttamente sulla cosiddetta fattibilità giuridica del concordato e, come tale, rientra nella sfera di cognizione del tribunale.*

*(Massime a cura di redazione IL CASO.it - Riproduzione riservata)*

Decreto

1. Vicende del procedimento e piano concordatario

In data 13 maggio 2014 la società ricorrente ha depositato ricorso ex art. 161 co. 6 l.f., come novellato dalla L. 134/2012 e succ. modd., chiedendo la concessione di un termine per il deposito del piano concordatario (preannunciato come in continuità aziendale), della relazione del professionista attestatore, nonché della ulteriore documentazione prevista dall'art. 161 l.f.

Nel termine concesso e poi prorogato da questo Tribunale in composizione collegiale, sino alla data dell'11/09/2014, la società ricorrente ha depositato il piano preannunciato, con prosecuzione dell'attività caratteristica ed alienazione di beni e cespiti ritenuti non strategici e sorretto dall'apporto di "nuova finanza" da parte di terzi.

Il Tribunale di Ravenna, a quel punto, con decreto in data 16 settembre 2014 ha ammesso la società IPER B. S.R.L. alla procedura di Concordato

Preventivo, nominando Giudice Delegato il dott. Alessandro Farolfi e quale Commissario Giudiziale il dott. Paolo B.

Con il medesimo decreto il Tribunale ha disposto la convocazione dei creditori per l'udienza del 19 dicembre 2014 ed ordinato il deposito su conto vincolato delle somme di cui all'art. 163 co. 2 n. 4) l.f., quantificate in Euro 40.000.

La società IPER B. s.r.l. ha proposto l'ammissione ad un concordato preventivo di natura mista, essenzialmente caratterizzato dalla prosecuzione diretta in continuità della propria attività caratteristica e dalla liquidazione di cespiti immobiliari e rimanenze, oltre alla valorizzazione di crediti commerciali e diversi. La proposta si è caratterizzata, altresì, per l'apporto patrimoniale di soggetti terzi, soci della ricorrente, attraverso un vincolo di destinazione su alcuni immobili o quote di essi, sospensivamente condizionato nella sua operatività all'intervenuta omologa del concordato (cfr. atto Notaio S. in Lugo (RA) del 01/04/2014), con un netto ricavo previsto a vantaggio dei creditori concordatari di Euro 430.000.

La ricorrente si proponeva di pagare integralmente le spese di procedura ed i crediti ipotecario, nonché il credito per IVA di rivalsa (nei limiti di capienza di cui all'allegata relazione ex art. 160 co. 2 l.f.), ed integralmente gli altri creditori privilegiati e di soddisfare nella misura del 28% i creditori chirografari, destinando agli stessi, altresì, un flusso di cassa positivo derivante dalla prosecuzione dell'attività per Euro 192.011. L'orizzonte temporale per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie è stato fissato in 4 anni dalla definitività del decreto di omologa per tutti i creditori, ritenuto corrispondente a quello di una ipotetica alternativa fallimentare.

In data 9 dicembre 2014 il Commissario Giudiziale ha provveduto a depositare la relazione ex art. 172 l.fall., rilevando in seguito alle verifiche svolte ed alle rettifiche in ordine al passivo ed all'attivo realizzabile che l'intrapresa procedura non avrebbe verosimilmente consentito una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari superiore all'8% ed ha parimenti evidenziato, avvalendosi di relazione del coadiutore legale Avv. C., l'esistenza di criticità in ordine alla validità/efficacia del vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. costituito (ma sospensivamente rispetto all'intervenuta omologa) su beni immobili, per la concreta possibilità che creditori dei soci disponenti possano proporre azione revocatoria del vincolo medesimo, così da privare di fatto l'attivo concordatario della sua fattibilità (stimato in Euro 430.000 il valore dei beni oggetto di conferimento, infatti l'intera massa attiva fruibile concretamente dai chirografari sarebbe risultata verosimilmente inferiore, risultando perciò determinante l'effettiva messa a disposizione dei beni oggetto di destinazione).

In data 19 dicembre 2014 si è pertanto celebrata l'udienza ex art. 174 l.f.

Con successivo decreto del 13 gennaio 2015 il Tribunale di Ravenna, visto il verbale dell'adunanza dei creditori e le successive dichiarazioni di voto pervenute, ha rilevato il raggiungimento delle maggioranze di legge:

Voti favorevoli: Euro 1.058.860

Voti contrari: Euro 696.193

Maggioranza necessaria: Euro 877.527

Pertanto, ai sensi dell' art. 180 l.f., fissava l'udienza camerale del 19/03/2014.

In data 9 marzo 2015 il Commissario ha depositato il proprio parere e, contestualmente, U. s.p.a. (già U. Banca s.p.a.) ha proposto opposizione alla omologazione.

L'udienza per l'omologazione è stata successivamente rinviata, su richiesta di parte ricorrente, al fine di consentire alla stessa la possibilità di intavolare trattative con gli istituti di credito beneficiari di fidejussioni prestate da parte dei soci conferenti i propri beni immobili al servizio della proposta concordataria. Dopo un ulteriore breve rinvio, alla successiva udienza dell'8 aprile 2015 l'advisor della società debitrice ha riferito del mancato raggiungimento di un accordo complessivo con tutti gli istituti di credito coinvolti ed il G.D. si è riservato di riferire al collegio.

## 2. Il giudizio di omologazione

Nulla quaestio in ordine ai profili relativi alla competenza territoriale, stante la non contestata coincidenza della sede effettiva della società ricorrente con quella legale, posta in Ravenna.

Quanto al giudizio cui il Tribunale è chiamato nel presente procedimento di omologazione, si deve preliminarmente ricordare che la nota Cass. S.U. 23 gennaio 2013, n. 1521, ha affermato che "il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro".

Alla luce di tale premessa, e nella direttiva di non sovrapporre in alcun modo la verifica di fattibilità economica con quella giuridica del concordato (sia pure, come precisato dal S.C., allargata anche nella prospettiva della verifica della causa concreta della proposta concordataria) occorre censire l'opposizione all'omologazione avanzata da U. s.p.a.

Va in primo luogo acclarata la tempestività e legittimazione dell'istituto di credito opponente, che alla luce del doc. 3 allegato alla memoria di costituzione nel giudizio ex art. 180 l.f., risulta pacificamente creditore della società Iper B. s.r.l., mentre nella relazione sui voti espressi risulta aver votato negativamente per l'importo in chirografo di Euro 589.836 (su 696.193 complessivamente dissenzienti).

Pur non essendo in questo caso rilevante, posto che l'opposizione si concentra – come subito si vedrà - su profili di legittimità della proposta, occorre altresì osservare che l'elevato importo del credito dell'opponente consente altresì di ritenere rispettato quanto previsto dal novellato art. 180 co. 4 l.f.

Con tale modifica il legislatore ha inteso da un lato esprimere un evidente favor per la soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare e, dall'altro, evidenziare chiaramente come la concorsualità che continua a permeare il procedimento concordatario si esprima, anche, in un restringimento delle condizioni di legittimazione all'opposizione di merito (o di pura convenienza) alla omologazione. In tal caso, infatti, (il che non è come si è avvertito nella fattispecie in concreta decisione) il creditore che si lamenti della carenza di convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare, provocando il c.d. *cram down*, deve essere un creditore dissenziente che partecipi altresì ad una classe dissenziente (nel concordato che veda i creditori votanti raggruppati in classi) ovvero (nel concordato senza suddivisioni o a classe "unica") rappresentare il 20% dei crediti ammessi al voto. L'esigenza di rappresentatività nel caso di concordato senza classi o la doppia qualificazione sottende chiaramente una sotto ordinazione dell'interesse individuale rispetto a quello "collettivo" dell'insieme dei creditori votanti, non potendo la maggioranza dei creditori che si sono espressi favorevolmente sulla convenienza economica del concordato essere bypassata dall'iniziativa individuale – eventualmente anche egoistica ed interessata ad altri fini – di un singolo creditore contrario che, appunto, non sia al contempo rappresentativo anche di una classe dissenziente o qualificato dalla rilevanza del credito di cui è portatore.

Tale esigenza non ricorre, invece, laddove l'opposizione coinvolga profili di legittimità della proposta. Così come nel caso di frode ai creditori, infatti, il S.C. ha chiarito che il voto non potrebbe validare il comportamento decettivo o abusivo tenuto dal debitore (cfr. Cass. 26 giugno 2014, n. 14552, secondo cui "La rilevanza, ai fini e per gli effetti di cui all'articolo 173 LF, della natura fraudolenta degli atti posti in essere dal debitore e potenzialmente decettivi nei riguardi dei creditori, è ravvisabile anche nell'ipotesi in cui l'inganno effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto. Se, infatti, così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori che, informati della frode, siano ugualmente disposti ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega, invece, immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato e ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto da parte dei creditori"), anche nel caso di piano concordatario fondato su operazioni illegittime, nulle od irrealizzabili il voto pur favorevole non avrebbe alcun effetto per così dire "sanante". L'opposizione all'omologazione per motivi di legittimità resterebbe proponibile anche in mancanza delle condizioni di legittimazione di cui al citato art. 180 co. 4 l.f. e, del resto, gli stessi profili di nullità/invalidità, totale irrealizzabilità resterebbero rilevabili d'ufficio, secondo quel metro di giudizio consentito e delineato dalle ricordate S.U. del gennaio 2013.

Tanto rilevato, occorre subito osservare che l'opposizione proposta attiene a questo secondo profilo di indagine, relativo alla validità/legittimità della proposta concordataria.

Iniziando per brevità ed ordine logico espositivo dal secondo motivo di opposizione, U. censura la validità efficacia del vincolo di destinazione redatto a rogito Notaio S., ex art. 2645 ter c.c., in quanto autoimposto su beni degli stessi disponesti e non accompagnato da alcuna cessione,

mandato a vendere o altro atto dispositivo che concreti in modo effettivo l'insorgenza del vincolo.

La prevalente giurisprudenza in materia di vincoli di destinazione individua la necessità che il vincolo ex art. 2645 ter c.c., per poter essere validamente opposto ai terzi (e quindi realizzare quel concreto effetto segregativo in vista del raggiungimento di un certo fine declamato nell'atto costitutivo) sia caratterizzato da:

- eterodestinazione dei beni sottoposti a vincolo: secondo questa linea di pensiero l'art. 2645 c.c. non riconosce la possibilità dell'autodestinazione unilaterale di un bene già di proprietà della parte, tramite un negozio destinatorio c.d. "puro"; diversamente, infatti, si lederebbe il principio espresso dall'art. 2740 c.c., in particolare dal comma 2, secondo cui "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge", consentendo al debitore di sottrarre "a suo piacimento" i propri alla garanzia dei propri creditori pur continuandone ad essere titolare e dominus non soltanto formale ma persino sostanziale (non è un caso, peraltro, che nel ben più rilevante e praticato con esiti positivi settore dei vincoli di destinazione mediante trust si affermi la non riconoscibilità dei trust costituiti in violazione del principio consuetudinario di origine normanna "detener et retenir ne vaut");
- meritevolezza degli interessi oggetto di tutela e, quindi, dello stesso negozio con cui si costituisce il vincolo: in questa prospettiva la legittimità del vincolo di destinazione richiederebbe, ancora prima, la liceità dello scopo perseguito la sua meritevolezza, occorrendo cioè un *quid pluris* rispetto alla mera liceità, integrato dalla comparazione degli interessi in gioco, ed in particolare dalla prevalenza dell'interesse realizzato rispetto all'interesse sacrificato dei creditori del disponente estranei al vincolo.

Lucidamente più tribunali di merito hanno perciò ritenuto illegittimo/inefficace un vincolo di destinazione c.d. puro e sancito come inammissibile la proposta di concordato su di esso fondata (cfr. Trib. Reggio Emilia, 27/01/2014 in un caso di vincolo c.d. "puro" finalizzato all'ammissione ad una procedura di concordato preventivo; cfr. altresì Trib. S.M. Capua Vetere, 28/11/2013, entrambi in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

In termini non dissimili anche questo ufficio (cfr. Trib. Ravenna, 22 maggio 2014) ha ritenuto che mentre la meritevolezza dell'interesse può essere mutuata dall'accessoria proposta concordataria in vista della cui realizzazione il vincolo è costituito, nondimeno sia indispensabile porre in essere la segregazione mediante un atto di disposizione (per così dire "servente" o strumentale rispetto alle mera destinazione) che renda la stessa irretrattabile e vincolante (nella specie si trattava di un mandato a vendere gli immobili in favore degli organi della procedura ed in particolare del Liquidatore giudiziale che veniva nominato dal Tribunale, realizzandosi perciò di fatto una irrevocabilità della messa a disposizione dei beni condizionata alla sola omologa del concordato).

Nulla di tutto questo nel caso di specie, in cui si è di fronte ad un mero vincolo autoimposto, quindi sempre revocabile e retrattabile ed in definitiva invalido perché privo di qualunque effettività e di corrispondenza rispetto allo scopo in astratto declamato ma in concreto inidoneamente perseguito (da ultimo cfr. Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015).

La nullità/inefficacia del vincolo di destinazione costituito e previsto quale elemento indispensabili per la stessa fattibilità del piano

concordatario (posto che senza l'apporto della c.d. nuova finanza la proposta non è con certezza neppure in grado di esaurire i pagamenti previsti per i creditori privilegiati), travolge quest'ultimo, dovendosi pertanto respingere la richiesta di omologazione del concordato avanzato da Iper B. s.r.l.

Tale argomento appare di per sé dirimente, secondo quella teoria della motivazione espressa secondo la "via più liquida" che l'autorevole Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26243 ha espressamente legittimato, al diverso fine di escludere gli effetti del giudicato implicito sulle questioni neppure incidentalmente trattate da una sentenza precedente fra le medesime parti in ordine al successivo rilievo officioso della nullità negoziale.

In ogni caso, per completezza, deve concorrentemente osservarsi come il venir meno di ogni ragionevole certezza circa la sussistenza ed effettiva stringenza del vincolo rispetto ai creditori del concordato (nella sua denegata ipotesi di validità), per la preannunciata intenzione dell'opponente di proporre azione revocatoria ex art. 2901 c.c. dello stesso, priva in ogni caso la proposta concordataria di ogni concreta fattibilità.

Da un lato, infatti, l'iniziativa pauliana e la stessa opposizione rendono concreto e non meramente astratto o potenziale il rischio di revocatoria che lo stesso Commissario aveva ipotizzato (ed ancor prima l'attestatore non aveva escluso) quale criticità di per sé tale da impedire l'effettiva destinazione dei beni vincolati al soddisfacimento dei creditori concordatari e, con questo, l'irrealizzabilità della proposta. Dall'altro, quest'ultimo negativo risultato, non meramente ipotetico ma derivante dall'iniziativa del creditore garantito con fideiussione dagli stessi beni costituiti in vincolo, evidenzia proprio quell'assenza di causa concreta che la già citata Cass. S.U. del 2013 e la più recente giurisprudenza di merito evidenziano come limite estremo ma interno al consentito vaglio del tribunale.

Correttamente, pertanto, la recente decisione resa da Trib. Bergamo, 9 ottobre 2014 ha affermato che:

"in linea di principio, non v'è dubbio che il tema dell'effettivo valore dei beni ceduti alla massa dei creditori con lo scopo di realizzare la causa del concordato preventivo (la soluzione/gestione della crisi attraverso il soddisfacimento di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve) inerisca alla cd. fattibilità economica del piano e sia, quindi, devoluto alle valutazioni che la massa dei creditori esprime con il voto, favorevole o sfavorevole, alla proposta (Cass., Sezioni Unite, n. 1521/13). Tuttavia qualora il commissario abbia l'evidenza di una sopravvalutazione dei beni di entità significativa, e comunque tale da determinare una prognosi di certa impossibilità di soddisfacimento dei creditori chirografari, e sia in grado di dimostrarla previo ricorso all'accertamento tecnico eseguito da un c.t.u. di cui abbia chiesto ed ottenuto la nomina da parte del giudice delegato, il tribunale, verificato che gli accertamenti degli organi della procedura non si prestino a rilievi di incoerenza (e per fare ciò vanno considerate anche le eventuali deduzioni e contestazioni del debitore), non può che prendere atto del fatto che, in questa ipotesi, il tema del valore dei beni ceduti alla massa dei creditori incide direttamente sulla cd. fattibilità giuridica del concordato e, come tale, rientra nella sua sfera di cognizione".

Calato nella fattispecie in esame, nella quale l'assenza dei beni pretesamente destinati a fornire la c.d. "nuova finanza" rende del tutto

privi di soddisfacimento i creditori chirografari e parte dei privilegiati, il principio che precede appare pienamente applicabile e comporta, anche per questa via, il rigetto dell'omologazione del concordato.

Non vi sono domande di fallimento, da parte di creditori o della Procura, da censire in questa sede.

PQM

In accoglimento dell'opposizione proposta da U. s.p.a. rigetta la richiesta di omologazione del concordato preventivo proposto da IPER B. S.R.L. con sede a Ravenna, via \_\_\_\_\_.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni e la pubblicazione sul registro delle imprese

Ravenna, 22 aprile 2015