



TRIBUNALE DI NOCERA INFERIORE
SEZIONE FALLIMENTARE

2/2020 N.R.Conc. prev.

Il Tribunale di Nocera Inferiore, sezione fallimentare, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

Dr. Antonio Sergio Robustella	Presidente
Dr.ssa Bianca Manuela Longo	Giudice
Dr. Pasquale Velleca	Giudice rel. ed est.

PREMESSA

Con ricorso ex art. 161 co. 6 L.F. depositato in data **08.09.2020** la società **4D S.R.L.**, C.F. e P.IVA: 03417010653, iscritta al Registro delle Imprese di Salerno al numero REA SA-297113, con sede legale in Nocera Inferiore (SA), alla Via Cicalesì n. 19, ha chiesto la concessione del termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3.

Con provvedimento depositato il 17.09.2020 e **comunicato alla società proponente il 18.09.2020**, l'intestato Tribunale concedeva il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione del decreto (**dunque fino al 17.11.2020**) per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3;

Con istanza depositata il 17.11.2020 la società debitrice ha chiesto *“di voler concedere alla società istante una proroga del termine originariamente assegnato pari ad ulteriori 90 giorni o, in subordine, considerati i gravi e giustificati motivi richiesti dall'art. 161 comma 6 L.F., di voler concedere una proroga del termine originariamente assegnato, pari ad ulteriori 60 giorni, per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo all'art. 161 L.F.”*.

Con provvedimento del 19.11.2020 il termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F. è stato **prorogato al 16.01.2021**.

La proposta e il piano sono stati depositati il 15.01.2021, mentre in data 01.02.2021 i commissari giudiziali hanno formulato un parere contenente alcune osservazioni.

Con provvedimento assunto in data 04.02.2021 alla società proponente era stato richiesto di fornire i seguenti chiarimenti e/o integrazioni:

- 1) **individuazione dell'apporto di OPM S.c.r.l.:** *“la 4D s.r.l. è onerata di precisare chiaramente se il fabbisogno Concordatario assunto da OPM S.c.r.l. è pari a euro 11.146.284,00 ovvero ad euro 3.586.094,00, peraltro anche alla luce della richiesta prededucibilità ex art. 182 quater L.F.”*
- 2) **precisazione in ordine alla condizione sospensiva relativa alla restituzione degli assets:** *“dovrà essere precisato il contenuto degli eventi dedotti in condizione, con particolare riferimento alla precisazione di cosa si intenda con le espressioni “effettiva riconsegna” e “rami aziendali in condizioni di efficienza e funzionalità, da valutare su giudizio insindacabile della società qui deliberante”*
- 3) **esatta quantificazione dei flussi necessari:** *“il piano concordatario è stato redatto sul presupposto dell'integrale incasso dei ricavi e, quanto alle uscite, del pagamento dei soli costi di periodo e di quelli relativi al pagamento dei debiti concordatari, senza prendere in considerazione le uscite relative al carico fiscale, che non viene nemmeno determinato. Ne deriva che tale carenza informativa inficia la quantificazione dei flussi finanziari liberi destinati al pagamento del debito. Pertanto la società proponente è onerata di chiarire tali aspetti, con particolare riferimento alla quantificazione dei flussi finanziari liberi destinati al pagamento del debito, tenuto conto del carico fiscale; inoltre, in caso di esigenza di un fabbisogno finanziario aggiuntivo rispetto alle risorse generabili dalla continuità aziendale, appare necessaria una specificazione in ordine alla circostanza che tali risorse aggiuntive saranno o meno sostenute dall'assuntore OPM”;*
- 4) **chiarimenti in ordine al trust:** *“la proposta concordataria fa riferimento ad un trust - avente ad oggetto il trasferimento di due beni immobili in titolarità della proponente - costituito da 4D s.r.l. a favore della G.D.D. s.r.l. (e dei creditori concordatari della procedura da quest'ultima avviata) quale atto solutorio di un debito di euro 2.898.000,00 di 4D s.r.l. nei confronti di G.D.D. s.r.l.. Inoltre, la proposta prevede che, all'esito dell'omologazione del concordato proposto da 4D s.r.l., vi sarà lo scioglimento del trust e la “riacquisizione” dei beni al patrimonio*

di 4D s.r.l.; ne deriva che la proponente è onerata di precisare l'esistenza di eventuali pretese di G.D.D. conseguenti allo scioglimento del trust e ciò anche al fine di valutare la corretta appostazione nel piano dell'eventuale credito di G.D.D. s.r.l."

- 5) **chiarimenti in ordine ai pagamenti effettuati in favore di Unicredit:** *"la società onerata di chiarire i rapporti con G.D.D. s.r.l., con riferimento all'accordo transattivo concluso con Unicredit ed al credito per euro 50.000,00 di 4D s.r.l. nei confronti di G.D.D. s.r.l. che la proponente si sarebbe impegnata ad iscrivere nella propria contabilità"*.

In data 19.02.2021 la 4D s.r.l. ha depositato i chiarimenti e le integrazioni richieste, sicché il 04.03.2021 i commissari giudiziali hanno reso il parere conclusivo.

Infine, con provvedimento del **16.03.2021** è stata fissata l'udienza del **06.05.2021** per la decisione in ordine all'ammissibilità della proposta concordataria presentata da 4D s.r.l. ed alla richiesta ex art. 169 bis L.F. di autorizzazione allo scioglimento dei contratti di seguito indicati.

LA PROPOSTA CONCORDATARIA

La proposta della 4D Srl prevede *"l'obbligo solidale della proponente e dell'Assuntore di provvedere, oltre al pagamento dei debiti prededucibili e dei costi di procedura alle rispettive date di maturazione ed esigibilità"* (cfr. pag. 9):

- 1) **al soddisfacimento per intero di tutti i debiti privilegiati, oltre interessi, entro un anno dalla omologazione,** con il conteggio di interessi passivi *"fino alla data del pagamento previsto, tenuto conto dei tempi presumibilmente necessari per la omologazione"* (pag. 33);
- 2) **al soddisfacimento, in misura pari al 100%, di tutti i debiti chirografari, entro tre anni dalla omologazione,** tutti collocati in un'unica classe e con il riconoscimento di interessi maturati fino alla data di deposito della domanda prenotativa (cfr. pag. 36).

L'indebitamento complessivo da ristrutturare con il piano concordatario viene indicato in euro 10.075.959,00, oltre ad euro 1.070.324 per crediti prededucibili, per un **fabbisogno concordatario complessivo di euro 11.146.284,00** (cfr. pag. 30 della proposta).

L'adempimento degli obblighi concordatari viene prospettato secondo due diverse ipotesi:

- 1) **la prima, cd. basica**, con l'utilizzo delle sole risorse finanziarie derivanti dagli affitti dei rami aziendali, dalla locazione degli immobili di proprietà, dall'incasso dei crediti, dalle disponibilità liquide e dagli apporti della società assuntrice OPM soc. coop. a r.l..

In tale ipotesi non è prevista la cessione di assets, in quanto le risorse finanziarie prodotte da 4D Srl, indicate in euro 7.577.960, dovrebbero derivare da:

- a) disponibilità liquide della società;
- b) incasso di canoni di affitto dei rami aziendali;
- c) incasso dei canoni di locazione degli immobili di proprietà;
- d) incasso di crediti commerciali con scadenza nell'arco di piano;
- e) esecuzione dell'aumento di capitale da parte di OPM.

Dunque, l'intervento dell'assuntore OPM soc. coop. a r.l. nella procedura opererebbe quale *“vero e proprio accolto, cumulativo e non liberatorio, delle obbligazioni derivanti dalla proposta concordataria e non postula il trasferimento ad OPM delle attività patrimoniali della società in concordato”* (cfr. pag. 12 della proposta).

- 2) **la seconda, eventuale, che prevede l'eventuale alienazione di assets patrimoniali durante la procedura**, così da acquisire *“flussi di cassa aggiuntivi (il netto ricavo delle vendite) che saranno utilizzati per effettuare i pagamenti alle scadenze previste, con corrispondente riduzione delle erogazioni finanziarie da parte dell'Assuntore”* (cfr. pag. 14 della proposta).

Trattasi, dunque, di una proposta in continuità, seppur indiretta.

Difatti, la proponente afferma che l'attività di cui ai rami di azienda verrà svolta in maniera indiretta, *“al fine di evitare i rischi fisiologici dell'attività commerciale”* e, quindi, concedendo tali rami in affitto *“previa autorizzazione del Tribunale, dietro corrispettivi in linea con il relativo valore di mercato, ad altro operatore della GDO gradito all'Assuntore”* (in particolare, alla società Multicedi s.r.l.: cfr. pag. 14).

A tal fine, a pag. 27 della proposta la 4D s.r.l. deduce la formalizzazione di una proposta irrevocabile di affitto dei rami di azienda commerciali siti:

- 1) in Salerno, alla via Costantino l'Africano n. 19;
- 2) in Nocera Superiore, alla via Indipendenza n. 41;
- 3) in Cava de' Tirreni, alla via Mandoli n. 51.

Rami di azienda allo stato oggetto di contratti di rent to buy sottoscritti il 20.02.2019 con AP COMMERCIALE s.r.l..

Con riferimento agli apporti da parte dell'assuntore OPM soc. coop. a r.l., la proponente illustra a pag. 46 della proposta il *“riepilogo delle risorse di piano e del passivo concordatario”*.

In particolare, dopo aver indicato il totale del fabbisogno in euro 11.114.284 e *“flussi entrate”* pari complessivamente ad euro 7.577.690, la 4D s.r.l. indica le *“ULTERIORI risorse finanziarie necessarie per il soddisfo del Fabbisogno Concordatario”* in euro 3.586.094 (cfr. pag. 46 ed i rilievi svolti nei paragrafi successivi).

A tal riguardo, con la memoria integrativa depositata il 19.02.2021 – in riscontro alla richiesta del Tribunale di specificare compiutamente l'apporto fornito dall'assuntore OPM S.c.r.l., - la 4D s.r.l. ha precisato che *“la assunzione della proposta concordataria da parte di OPM si traduce, in caso di omologazione della proposta concordataria e, comunque, al verificarsi delle condizioni previste, nella obbligazione dell'Assuntore di provvedere al pagamento dell'intero Fabbisogno Concordatario (e, quindi, dei debiti, anche meramente potenziali, antecedenti alla data della instaurazione della procedura concordataria e dei debiti prededucibili), a prescindere dalla effettiva entità dei flussi finanziari (previsti nel piano, per la ipotesi basica) che saranno effettivamente generati dalla società proponente (e, quindi, anticipando quanto sarà ribadito in risposta al quesito integrativo n. 3, restando irrilevanti, a tal fine, anche i carichi fiscali che 4D dovrà sopportare nell'arco di piano) [...] In definitiva, l'assunzione di OPM riguarda l'intero fabbisogno concordatario quantificabile in complessivi € 11.238.657,00 (importo comprensivo dei debiti meramente potenziali a fronte dei quali sono stati appostati, prudenzialmente, fondi rischi per complessivi € 1.510.395,00), sulla base del Piano Rettificato [...] OPM ha anche deciso di rinunciare alla richiesta di prededucibilità ex art. 182 quater l. fall. in relazione ai finanziamenti che dovesse effettuare al fine di dotare 4D delle risorse necessarie all'adempimento della proposta concordataria, che deve, dunque, intendersi corrispondentemente modificata; in definitiva, con la presente memoria si chiarisce che non vi è più richiesta di prededucibilità con riferimento ai finanziamenti che OPM dovesse erogare a 4D, all'esito della omologazione del concordato”* (cfr. pagg. 5 e ss. della memoria integrativa depositata il 19.02.2021).

Inoltre, viene precisato (cfr. pag. 17 della proposta) che l'assunzione del fabbisogno concordatario da parte di OPM è sospensivamente subordinata al verificarsi cumulativamente delle seguenti condizioni:

- 1) **scioglimento dei contratti di rent to buy indicati nella proposta (cfr. pag. 23) ed effettiva riconsegna a 4D, da parte dell'attuale detentore, dei rami aziendali *"in condizioni di efficienza e funzionalità"*.**

A tal riguardo la proponente ritiene che, a fronte della ritenuta invalidità dei succitati contratti di rent to buy, nessun indennizzo sarebbe dovuto alla controparte AP COMMERCIALE Srl. (trattasi di una questione oggetto di contenzioso pendente tra le parti).

Pur a fronte di tale premessa, *"per motivi meramente prudenziali"* si prevede l'appostazione di un *"fondo rischi chirografario dell'importo complessivo di € 600.000,00 pari all'importo di tutte le penali previste nei contratti di cui si chiede lo scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis l.fall."* (cfr. pag. 26). Tale somma viene indicata quale ulteriore alla restituzione della quota buy dovuta ad AP Commerciale, complessivamente *"stimata nel piano in euro 862.895,00, di cui euro 267.795 in prededuzione e euro 595.100 in chirografo"* (pag. 31);

- 2) **autorizzazione, da parte del Tribunale, all'affitto dei rami aziendali e dell'immobile attualmente oggetto dei contratti di rent to buy (in favore di AP Commerciale) ad altro operatore della GDO (in particolare, la Multicedi s.r.l.);**
- 3) **definitiva omologazione del concordato preventivo da parte del Tribunale di Nocera**

Inferiore.

In relazione a tali profili, con la memoria integrativa del 19.02.2021 la 4D s.r.l. ha precisato che:

- per **"effettiva riconsegna"** deve intendersi *"il materiale rientro dei rami aziendali nella disponibilità della proponente"* (cfr. pag. 8);
- per **"condizioni di efficienza e funzionalità"** deve intendersi il funzionamento dei supermercati, ossia che, *"ove i punti vendita siano riconsegnati in condizioni tali da renderne possibile la apertura al pubblico, l'evento dovrà considerarsi avverato"*, rimettendo in ogni caso *"all'insindacabile valutazione dei Commissari Giudiziali la verifica circa l'avveramento o meno dell'evento dedotto in condizione (e ciò, naturalmente, per la sola ipotesi in cui il mancato avveramento della condizione dovesse essere dedotto dall'Assuntore)"*.

Pertanto la società proponente, nel modificare quanto indicato nella proposta originaria, ha precisato che **l'apporto dell'assuntore è sospensivamente condizionato al seguente evento: “scioglimento dei contratti di rent to buy da parte del Tribunale e effettiva riconsegna, entro la data della udienza fissata per l'omologazione del concordato, a 4D, da parte dell'attuale detentore, dei rami aziendali in condizioni di efficienza e funzionalità tali che ne rendano possibile la apertura al pubblico; con la precisazione che la verifica circa l'avveramento o meno dell'evento dedotto in condizione relativo alle “condizioni di efficienza e funzionalità” dei rami aziendali al momento del rilascio degli stessi da parte dall'attuale detentore, è, sin da ora rimessa all'insindacabile valutazione dei Commissari Giudiziali”.**

Ancora, con riferimento ai rapporti tra la proponente 4D s.r.l. e la G.D.D. s.r.l. viene precisato (cfr. pag. 29) che, per effetto dell'intervento di OPM, la 4D procederà ad eliminare il vincolo di destinazione a favore dei creditori concordatari di G.D.D. s.r.l. che era stato trascritto quale corrispettivo di un credito vantato da G.D.D. s.r.l. nei confronti di 4D s.r.l..

Quanto, poi, alla successiva esistenza o meno di pretese creditorie da parte di G.D.D. s.r.l. nei confronti di 4D s.r.l., quest'ultima ha precisato che la proposta prevede l'affidamento del ramo aziendale alla medesima GDD Srl, con la conseguenza che il ristoro per le miglorie apportate – inizialmente previsto mediante il suddetto trust – non troverebbe più alcuna giustificazione causale, in ragione della ripristinata titolarità del ramo aziendale ed inoltre che, in ogni caso, il trust era sospensivamente condizionato alla omologazione della proposta concordataria di GDD del 27.05.2020, successivamente revocata a fronte della presentazione di una diversa proposta concordataria.

Pertanto, la 4D s.r.l. ha rappresentato che **“non sussistono pretese di GDD nei confronti di 4D (ed invero recuperando la prima il ramo aziendale, non vi è più alcunché che 4D possa o debba riconoscere a GDD in relazione all'investimento che quest'ultima ha effettuato, per la realizzazione del ramo di azienda, che ritorna nella piena disponibilità di GDD) né esiste un debito nei confronti di GDD che debba essere appostato nel piano di 4D, in relazione a tale vicenda”** (cfr. pag. 20 della memoria depositata il 19.02.2021).

Per quanto attiene alla specificazione dei flussi finanziari liberi destinati al pagamento del debito e tenuto conto del carico fiscale, la società proponente ha rappresentato che **“la società, secondo le previsioni di piano, per la ipotesi basica**

nell'arco temporale produrrà ricavi per complessivi € 5.445.305 e sosterrà costi di gestione stimati in complessivi € 3.195.508, generando un margine della gestione atteso di 1.828.436. Al margine della gestione dovranno essere dedotti i costi della procedura, già inseriti nel piano e i fondi rischi, che complessivamente ammontano ad € 1.657.245 a cui vanno sommate le perdite fiscali deducibili per € 650.174, complessivamente superiori al reddito maturato. Il possibile carico fiscale in formazione è ipotizzato in complessivi € 110.188; tuttavia la maturazione è incerta per la variabilità di tale importo in funzione della tempistica di sostenimento dei costi di procedura e della quota di fondo rischi di competenza dell'esercizio e della normativa di riportabilità fiscale delle perdite maturate causa pandemia Covid 19" (cfr. pag. 78 del piano rettificato).

Infine, con riferimento all'esigenza di chiarire le ragioni afferenti i pagamenti effettuati in favore di Unicredit, 4D s.r.l. ha rappresentato di essere addivenuta nel maggio 2020 ad un accordo transattivo con l'istituto di credito, definendo l'esposizione propria - pari ad euro 219.193,85 - e quella di GDD - pari ad euro 92.373,29 - **e di aver corrisposto l'importo di euro 50.000,00 ad UNICREDIT nell'interesse di GDD s.r.l., iscrivendo un relativo credito in contabilità.**

I CONTRATTI DI RENT TO BUY TRA 4D S.R.L. ed AP COMMERCIALE S.R.L. ED IL CONTENZIOSO TRA LE DUE SOCIETA'

Come sopra osservato, la proposta concordataria si basa anzi tutto sulla richiesta autorizzazione allo scioglimento dai seguenti contratti di rent to buy conclusi il 20.02.2019 tra 4D s.r.l. e la AP Commerciale s.r.l.:

- a) contratto di rent to buy per Notaio Francesco Coppa di Napoli del 20.2.2019, Rep 28289, Racc. 18792 (relativo al ramo di azienda sito in Via Costantino l'Africano n. 19, Salerno);
- b) contratto di rent to buy per Notaio Francesco Coppa del 20.2.2019, Rep 28288, Racc. 18791 (relativo al ramo di azienda sito in Via Indipendenza n. 41, Nocera Superiore);
- c) contratto di rent to buy per Notaio Francesco Coppa del 20.2.2019, Rep. 28284 Racc. 18787 (relativo al ramo di azienda sito in Via Mandoli n. 51, Cava de' Tirreni);
- d) contratto di rent to buy per Notaio Francesco Coppa del 20.2.2019 Rep. 28287, Racc. 18790 (relativo all'immobile di proprietà di 4D s.r.l. sito in Via Lombardi n. 96 Castel San Giorgio, ove è ubicato un ramo di azienda commerciale di

proprietà della G.D.D. s.r.l., anch'esso oggetto di un contratto di rent to buy tra tale ultima società ed AP Commerciale s.r.l.).

Secondo la proponente i valori rent e buy indicati in tali contratti sarebbero notevolmente inferiori a quelli reali - come confermato dalle perizie di stima allegata alla proposta - in quanto i negozi sarebbero stati conclusi in un momento in cui 4D s.r.l. stava attraversando una improvvisa crisi di liquidità dovuta alle vicende penali che avevano riguardato il suo amministratore.

Pertanto:

- lo scioglimento dei contratti di cui alle precedenti lettere a, b e c sarebbe prodromico al fitto dei rami di azienda ad una società gradita all'assuntrice OPM - ossia la Multicedi s.r.l. - risultando già pervenuta una proposta irrevocabile di affitto dei rami di azienda valida fino al 31.07.2021;
- lo scioglimento del contratto di cui alla precedente lettera d *“consentirà alla Proponente di valorizzare tale asset patrimoniale (locandolo ad un canone annuo di gran lunga superiore rispetto alla quota rent del corrispettivo del contratto di rent to buy con AP Commerciale), all'esito dello scioglimento del contratto relativo al ramo aziendale ivi corrente di proprietà di G.D.D.. All'esito di tale scioglimento, infatti, GDD potrà beneficiare delle maggiori rendite derivanti dall'affitto del ramo azienda e 4D potrà trarre dall'immobile di sua proprietà (liberato dai vincoli pregiudizievoli del contratto da sciogliere) rendite di gran lunga superiori rispetto a quelle attuali, come previste nel piano concordatario”* (cfr. pag. 23 della memoria depositata il 19.02.2021).

Pertanto, con riguardo ai contratti di cui la proponente ha chiesto lo scioglimento va evidenziato che allo stato pende un contenzioso con AP Commerciale nell'ambito del quale, a fronte della domanda ex art. 2392 c.c. formulata da quest'ultima società (in relazione all'obbligo a contrarre contenuto nei contratti), 4D ha eccepito la infondatezza ed inammissibilità della domanda, anche in ragione di molteplici e concorrenti profili patologici dei contratti medesimi chiedendo, in via riconvenzionale, l'accertamento della nullità o, comunque, l'annullamento ed il risarcimento del danno.

LE DOGLIANZE DI AP COMMERCIALE S.R.L.

L'odierna procedura di concordato si è caratterizzata anche per le molteplici doglianze sollevate dalla conduttrice AP Commerciale la quale - oltre ad aver reiteratamente richiesto di accedere a tutti gli atti della procedura, pur dopo aver ricevuto la

proposta e gli allegati e nonostante tale facoltà non sia prevista dal legislatore – ha illustrato le ragioni a suo dire ostative all’apertura della procedura.

In particolare, AP Commerciale ha eccepito (cfr. istanza di revoca del 02.04.2021):

- 1) l’assenza di qualsivoglia garanzia prestata da OPM in ordine all’obbligo di pagamento dei creditori che quest’ultima società assumerebbe in caso di omologazione della proposta;
- 2) l’esistenza di atti in frode ai creditori, avendo la 4D s.r.l. effettuato pagamenti successivamente alla determina di presentazione del concordato;
- 3) l’intervenuto pagamento del debito esistente verso Unicredit che ha riguardato entrambe le società in concordato G.D.D. s.r.l. e 4D s.r.l., trattandosi di un’operazione non rappresentata al Tribunale nella proposta presentata da G.D.D. e comunque effettuata in violazione della par condicio creditorum;
- 4) omesso inserimento di tutti i creditori nell’elenco allegato alla proposta, non essendo stati inseriti i seguenti creditori di 4D s.r.l.: GEMADISAL s.r.l. (euro 31.882,04), VITALE CARLO (euro 29.558,93) e PRISCO DI LAURO (euro 7.032,97);
- 5) inattendibilità delle relazioni degli attestatori nelle procedure 4D e GDD, risultando tali attestazioni pressoché identiche;
- 6) mancanza di fattibilità giuridica della proposta presentata da 4D, anche alla luce dell’assenza di un adeguato approfondimento in ordine alla effettiva consistenza patrimoniale dell’Assuntore OPM.

Le suindicate perplessità sono state ribadite da AP Commerciale con la memoria depositata in vista dell’udienza del 06.05.2021, nella quale quest’ultima ha aggiunto le seguenti eccezioni:

- 1) inapplicabilità ai contratti di rent to buy dello scioglimento ex art. 169 bis L.F., giacché in questo caso troverebbe applicazione l’art. 23 co. 6 del d.l. n. 133/2014 (prevista in tema di fallimento ma applicabile al concordato preventivo) ai sensi del quale *“in caso di fallimento del concedente il contratto prosegue, fatta salva l’applicazione dell’articolo 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni”*. Ciò anche in considerazione della domanda ex art. 2932 c.c. proposta da AP Commerciale prima della presentazione della domanda di concordato;

- 2) inapplicabilità ai contratti di rent to buy dello scioglimento ex art. 169 bis L.F., non potendosi tali contratti ritenere ineseguiti o non compiutamente eseguiti;
- 3) inammissibilità della proposta, non prevedendo la stessa l'immediata restituzione né delle somme versate da AP Commerciale a titolo di prezzo, né di quelle dovute a titolo di risarcimento danni, né di quelle sborsate per le migliorie apportate ai supermercati, né alcuna tutela per i 50 lavoratori assunti da AP successivamente alla stipula dei contratti;
- 4) inammissibilità dello scioglimento ex art. 169 bis L.F. con riferimento al ramo di azienda esercitato presso il punto vendita di via Costantino l'Africano, avendo AP Commerciale concluso un autonomo contratto di locazione dell'immobile con 4D - proprietaria dello stesso - successivamente alla conclusione del contratto di rent to buy;
- 5) inammissibilità dello scioglimento ex art. 169 bis L.F. con riferimento al ramo di azienda esercitato presso il punto vendita di via Indipendenza, avendo AP Commerciale concluso un autonomo contratto di locazione dell'immobile con i proprietari dello stesso successivamente alla conclusione del contratto di rent to buy;
- 6) inserimento nell'attivo della 4D del ramo di azienda esercitato in Salerno alla via Marano, laddove tale ramo di azienda, in titolarità della Linea Casa Cavaliere s.r.l., era stato detenuto in fitto dalla GDD s.r.l. ma successivamente ceduto – sempre in fitto – ad AP con contratto del 25.02.2019. Il tutto con conseguente occultamento al Tribunale, da parte di 4D, di circostanze determinanti ai fini della decisione sull'ammissione al concordato;
- 7) mancanza di convenienza derivante dallo scioglimento dei contratti;
- 8) assenza di liquidità da parte di 4D;
- 9) inammissibilità della proposta concordataria, prevedendo quest'ultima il pagamento dilazionato e non già immediato delle penali contrattualmente pattuite per un importo complessivo di euro 600.000,00;
- 10) carenza di funzionalità dei rami di azienda in caso di autorizzazione allo scioglimento, dovendosi escludere tra i beni aziendali quelli oggetto di contratto di leasing riscattati o nei quali è subentrata AP;
- 11) obbligo per 4D, in caso di scioglimento, di restituire immediatamente ed in prededuzione ad AP gli importi da quest'ultima corrisposti:

- a) quale quota buy versata fino alla presentazione della domanda di concordato (in chirografo);
 - b) quale quota buy versata dopo la presentazione della domanda di concordato (in prededuzione)
 - c) a titolo di accollo delle retribuzioni e tfr (in privilegio);
- 12) obbligo per 4D di restituire l'importo di euro 213.418,94 sostenuto da AP per migliorie apportate nei punti vendita;
- 13) mancato inserimento nel piano e nella proposta del credito vantato da AP Commerciale per le rate del mutuo con MPS in titolarità di 4D ma versate da AP;
- 14) mancato inserimento, tra i crediti ammessi al volto, di quello spettante ad AP per indennizzo ex art. 169 bis come quantificato da 4D, pari ad euro 600.000,00;
- 15) necessità di aumentare tale indennizzo quanto meno ad euro 2.000.000,00, pari all'utile prospettico che AP Commerciale non realizzerebbe in caso di scioglimento dei contratti di rent to buy.

Infine, con la nota depositata il 12.05.2021 AP Commerciale:

- 1) ha manifestato dubbi in ordine alla circostanza che il decreto del 16.03.2021 di fissazione dell'udienza del 06.05.2021 sia stato effettivamente comunicato al p.m.;
- 2) ha insistito nei rilievi precedentemente svolti;
- 3) ha aggiunto che, in caso di scioglimento dei contratti, i rami di azienda dovrebbero comunque essere affidati soltanto all'esito di una procedura competitiva.

LA REPLICA DI 4D S.R.L.

Alle numerose contestazioni sopra indicate la proponente 4D s.r.l. ha replicato con le note depositate in vista dell'udienza del 06.05.2021 deducendo:

- 1) l'applicabilità dell'art. 169 L.F. ai contratti di rent to buy, risultando tali contratti allo stato ineseguiti o comunque non compiutamente eseguiti;
- 2) la necessità che si autorizzi lo scioglimento affinché OPM assuma l'obbligo di pagamento in solido dei debiti concordatari e la proposta sia effettivamente conveniente per la massa;
- 3) la circostanza che il Tribunale abbia già valutato la non intangibilità dei contratti di rent to buy, atteso che con il provvedimento adottato in seno alla procedura attivata da GDD l'ufficio aveva disposto procedersi alla vendita competitiva dei rami di azienda oggetto dei contratti conclusi da GDD con AP;

- 4) l'inapplicabilità dell'art. 23 del d.l. n. 133/2014, trattandosi di una disposizione riservata all'ipotesi di fallimento;
- 5) la mancata trascrizione – in data anteriore alla presentazione della domanda di concordato – dell'azione ex art. 2932 c.c. promossa da AP Commerciale;
- 6) l'obbligo per AP di restituire a 4D i beni oggetto dei contratti di leasing, atteso che nei contratti di rent to buy era previsto che il pagamento dei canoni da parte di AP avvenisse a deconto dei corrispettivi contrattuali a carico di quest'ultima;
- 7) la necessità di non ammettere al voto il credito indennitario riconosciuto ad AP poiché, per un verso, si tratta di un credito contestato alla luce della ritenuta invalidità dei contratti di rent to buy; sotto altro profilo, tale ammissione rischierebbe di compromettere l'approvazione della proposta, alla luce dell'ingente importo di cui trattasi e del conflitto d'interessi di AP;
- 8) la sproporzione tra il valore (circa 16 milioni di euro) dei rami di azienda come stimati nei vari giudizi allo stato pendenti e quello (5 milioni di euro) indicato nei contratti di rent to buy;
- 9) per quanto attiene ai pagamenti effettuati in favore di AXPO ITALIA S.R.L., che trattasi di versamenti che, dopo la conclusione dei contratti di rent to buy e prima della presentazione della domanda di concordato, furono effettuati dalla proponente per consentire di volturare le utenze energetiche ad AP e che sono stati da quest'ultima rimborsati dopo la voltura;
- 10) per quanto attiene ai crediti vantati da GEMADISAL s.r.l. (euro 31.882,04), VITALE CARLO (euro 29.558,93) e PRISCO DI LAURO (euro 7.032,97), che gli stessi risultano inseriti nelle scritture contabili ed attestati dal professionista asseveratore, mentre il mancato inserimento nell'ultimo elenco dei creditori sarebbe riconducibile ad un mero errore di stampa;
- 11) l'autonomia tra gli asseveratori delle procedure 4D e GDD;
- 12) la consistenza patrimoniale di OPM soc. coop. a r.l.;
- 13) l'assenza di obbligatorietà circa la prestazione di una garanzia da parte dell'assuntore OPM e dell'offerente Multicedi s.r.l.;
- 14) l'applicabilità dell'art. 169 bis ai contratti di rent to buy;
- 15) la previsione del rimborso ad AP delle somme versate prima della presentazione del concordato quale credito in chirografo e degli importi successivi quale credito in prededuzione;

- 16) la disponibilità di 4D a farsi carico anche dei dipendenti assunti da AP dopo la conclusione dei contratti;
- 17) l'inopponibilità a 4D dei contratti conclusi da AP con i proprietari degli immobili;
- 18) la convenienza per i creditori della proposta concordataria basata sullo scioglimento dei contratti;
- 19) che il punto vendita di via Marano non sarebbe stato inserito nell'attivo di 4D;
- 20) il corretto inserimento nel piano della sola sorta capitale versata da AP ad MPS per l'accollo delle rate di mutuo ed il corretto mancato inserimento nel piano di eventuali somme dovute ad AP per migliorie apportate nei punti di vendita, trattandosi di somme che saranno dovute ad AP soltanto in caso di riconoscimento all'esito di un eventuale giudizio di cognizione.

IL PARERE DEI COMMISSARI

Esaminata la proposta concordataria presentata da 4D s.r.l., con il parere depositato il 04.03.2021 i commissari hanno espresso talune osservazioni critiche, con particolare riferimento alla specificazione del carico fiscale (e dei conseguenti flussi liberi da destinare al pagamento dei creditori) che la società proponente dovrà sopportare durante l'esecuzione della proposta

Invero, gli ausiliari hanno manifestato perplessità:

- 1) in relazione al carico fiscale ed alla determinazione dei flussi liberi: *“le integrazioni effettuate dalla proponente ed una eventuale comunicazione ai creditori della documentazione depositata potrebbe ancora generare dubbi. Il Piano continua ad essere sprovvisto della determinazione dei flussi di cassa liberi generati dalla continuità aziendale destinabili al servizio del debito. In particolare, con riferimento alla determinazione delle imposte di esercizio la proponente ha “liquidato” l’argomento con una pagina, la 78, contenente appena 8 righe descrittive ed una tabella che difetta di ogni requisito minimo di chiarezza [...] Atteso che la proponente non ha allegato alcunché a supporto delle determinazioni del carico fiscale, i Commissari hanno richiesto l’invio della dichiarazione dei redditi società di capitali per il periodo di imposta 2019 da dove potesse evincersi la sussistenza di una perdita riportabile; è stata altresì richiesta una situazione contabile alla data del 31.12.2020. Detta documentazione è stata inviata sull’indirizzo pec della procedura in data 26.02.2021. Dall’esame della stessa emerge che il risultato dell’esercizio 2020 indicato nella situazione contabile è una*

perdita di esercizio prima della determinazione delle imposte di euro 2.183.977,35. Per contro, alla penultima pagina del documento “Relazione situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa”, la proponente afferma che “l’esercizio 2020 chiuderà con una perdita civilistica di 1.702.695” [...] Sul punto, in primo luogo, non appare coerente che a circa due mesi dalla chiusura dell’esercizio 2020 la società produca situazioni contabili con differenze così significative tali da far emergere una sostanziale inefficienza del sistema di controllo interno. Inoltre, le assunzioni formulate circa l’assenza di un carico fiscale sia sul periodo di imposta 2020 che sugli esercizi successivi risultano non appaiono da adeguate valutazioni. Il risultato dell’esercizio 2020, invero, sembra caratterizzato da accantonamenti a fondi rischi di rilevantissimo importo per i quali il Testo unico delle imposte sui redditi non riconosce la deducibilità nell’esercizio di rilevazione, appostazioni che pertanto saranno suscettibili di variazioni fiscali in aumento della base imponibile”;

- 2) *in relazione alla riportabilità delle perdite pregresse: “ad avviso dei Commissari giudiziali la proponente non pare abbia adeguatamente valutato, o di detta valutazione nulla viene detto nella documentazione depositata, i possibili effetti della cessione delle quote sociali e del sostanziale cambio del socio di maggioranza e della modifica, in concreto, dell’attività esercitata sulle perdite riportabili esposte nella dichiarazione dei redditi per il periodo di imposta 2019 e quelle che eventualmente “potrebbero” maturare per il periodo di imposta 2020. Invero, per come prospettate le operazioni post - omologa, relative alla variazione dell’attività svolta e al trasferimento della maggioranza del capitale sociale, le stesse paiono ricadere nelle fattispecie previste dal comma 3 dell’art. 84 del TUIR, ed in applicazione della suddetta normativa l’inutilizzabilità delle perdite pregresse comporterebbe l’emersione di un carico fiscale non trascurabile nell’arco di piano” (cfr. pag. 13);*
- 3) *in relazione alla possibilità che, in considerazione di un aumento del carico fiscale, possa verificarsi una perdita qualificata ex artt. 2482 bis e 2482 ter c.c., suscettibile di integrare una causa di scioglimento ex art. 2484 co. 1 n. 4 c.c.;*
- 4) *in relazione alla difformità tra il valore dei ricavi relativi all’esercizio 2020 (indicati in euro 1.623.514,00 a pag. 70 del piano rettificato) ed il valore del totale dei*

componenti positivi esposti nelle situazioni contabili al 31.12.2020 (pari complessivamente ad euro 1.293.026,57;

- 5) in relazione all'esistenza di taluni limiti nella relazione ex art. 161 co. 3 e 186 bis co. 2 L.F., atteso che la stessa appare appiattita sulle asserzioni del piano e non corredata da un compiuto vaglio critico dello stesso;
- 6) in relazione alla circostanza che, pur non sussistendo apparenti dubbi sulla capacità patrimoniale e sulla solvibilità dell'assuntore, al piano risultano allegate le evidenze di bilancio di esercizio della OPM relativo al 31.12.2019 e non già quello aggiornato all'attualità.

Inoltre, con il parere depositato in vista dell'udienza del 06.05.2021 i commissari:

- 1) hanno confermato la mancata indicazione di taluni creditori nell'elenco allegato al ricorso;
- 2) hanno confermato l'intervenuta transazione con Unicredit;
- 3) hanno rappresentato l'impossibilità di confrontare i flussi derivanti dall'esecuzione dei contratti di rent to buy con quelli che deriverebbero dall'esecuzione della proposta concordataria.

LA DECISIONE DEL TRIBUNALE SULL'ISTANZA EX ART. 169 BIS L.F. E SULL'AMMISSIBILITA' AL CONCORDATO

Preliminarmente va precisato che – come ufficiosamente verificato dal collegio – alla Procura risulta ritualmente comunicato in data 24.03.2021 il decreto del 16.03.2021 con il quale veniva fissata l'udienza del 06.05.2021, trattandosi di una questione sollevata da AP Commerciale alla predetta udienza del 06.05.2021.

Tutto ciò premesso, l'istanza di autorizzazione allo scioglimento dei contratti di rent to buy proposta da 4D s.r.l. non può essere accolta.

Invero, l'art. 169 bis della legge fallimentare (introdotto dall'art. 33 del d.l. n. 83/2012 e modificato con l'art. 8 del d.l. n. 83/2015) dispone che *“il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. [...] In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali*

prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161”.

Tale disposizione è stata recentemente oggetto della decisione n. 26568/2020 della Suprema Corte, con la quale quest’ultima ha precisato che:

- 1) *“l’istituto (assai peculiare) dello scioglimento del contratto ex art. 169-bis legge fall., costituisce una facoltà di natura potestativa messa a disposizione del debitore nel contesto delle soluzioni concordatarie, volte a perseguire il miglior soddisfacimento del ceto creditorio. A determinate condizioni, soggette a verifica giudiziale - prima fra tutte la coerenza con il piano concordatario, anche sotto il profilo della sua "fattibilità" - lo scioglimento assume i connotati della legittimità, in deroga al diritto comune (posto che, in assenza di vizi genetici o funzionali, il contratto continua ad avere forza di legge tra le parti, ex art. 1372 cod. civ., anche in costanza di concordato, a differenza del fallimento, che di regola comporta invece la sospensione automatica dei contratti pendenti ex art. 72 legge fall.), facendo però sorgere in capo alla controparte il diritto ad un indennizzo per il pregiudizio subito in conseguenza del venir meno del vincolo negoziale”;*
- 2) *“il carattere dichiaratamente indennitario di tale diritto patrimoniale non deve pregiudicare la consistenza del ristoro da attribuire, come è reso palese dalla previsione (apparentemente antinomica) di una reintegrazione del patrimonio del contraente in bonis equivalente al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento, e perciò integrale, come imposto dall'art. 1223 c.c. (Cass. 6929/2019); norma, quest'ultima, tradizionalmente interpretata nel senso che la misura del danno risarcibile deve avere per oggetto l'intero pregiudizio subito dal soggetto danneggiato, essendo il risarcimento diretto alla completa restitutio in integrum del patrimonio leso”;*
- 3) *“il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto preliminare a norma dell'art. 169-bis l.fall. ha natura concorsuale, in quanto va soddisfatto come credito anteriore al concordato, anche quando la facoltà di scioglimento sia stata esercitata dal debitore successivamente al deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall.”;*
- 4) *“la collocazione in prededuzione può essere riservata solo al credito derivante da eventuali prestazioni contrattuali eseguite legalmente ed in conformità agli accordi*

o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161 l.fall”;

- 5) *“l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto pendente, ai sensi dell'art. 169-bis l.fall., presuppone che, al momento della domanda di concordato preventivo, esso non abbia avuto completa esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale”;*
- 6) *“in tema di concordato preventivo, il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda, è tenuto, in linea con i principi della normativa unionale in tema di ristrutturazione preventiva, a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempra l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis l.fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario”;*
- 7) *“l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il terzo contraente che abbia subito lo scioglimento del contratto, a norma dell'art. 169-bis l.fall., va effettuato, come per tutti i restanti creditori concorsuali, nelle forme della cognizione ordinaria, fermo restando in capo al giudice delegato e al tribunale, in sede di omologazione, il potere di ammettere in tutto o in parte i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, ai sensi dell'art. 176 l.fall.”.*

In omaggio ai predetti principi occorre anzi tutto precisare che, diversamente da quanto sostenuto dalla conduttrice AP Commerciale s.r.l., nel caso di specie il rimedio di cui all'art. 169 bis L.F. sarebbe astrattamente ammissibile, in quanto – sia alla data di presentazione della domanda di concordato che all'attualità - i contratti conclusi il 19.02.2019 non risultano ancora compiutamente eseguiti.

Ciò trova conferma nelle seguenti circostanze:

- AP Commerciale non ha ancora corrisposto il prezzo per l'acquisto dei rami di azienda in titolarità di 4D s.r.l., versando anche successivamente alla presentazione del concordato sia la quota rent che la quota buy;
- 4D s.r.l. non ha ancora trasferito i rami di azienda alla conduttrice, avendoglieli soltanto concesso in godimento dietro pagamento di canoni comprensivi dell'acconto sul prezzo;

- la presentazione della domanda ex art. 2932 c.c. presso il Tribunale di Napoli da parte di AP presuppone che i contratti non siano ancora stati eseguiti.

In secondo luogo, nel caso di specie non risulta applicabile l'art. 23 co. 6 del d.l. n. 133/2014 invocato dalla conduttrice AP, trattandosi di una disposizione eccezionale prevista con riferimento alla procedura fallimentare, dunque non applicabile analogicamente alla procedura di concordato preventivo.

Del resto, l'art. 169 bis co. 4 prevede espressamente le ipotesi contrattuali rispetto alle quali non è ammessa l'istanza di scioglimento; tra queste ipotesi non viene richiamato il contratto di rent to buy, sicché allo stesso risulta applicabile lo strumento in esame.

Difatti, mentre la prosecuzione automatica del contratto di rent to buy in caso di fallimento del concedente si giustifica alla luce dell'opportunità per la curatela di continuare ad incassare i canoni (ferma la revocabilità del contratto ex art. 67 co. 3 lett. c.), tale necessaria prosecuzione sarebbe distonica con la finalità della procedura concordataria, con la quale il legislatore ha inteso mettere a disposizione dell'imprenditore in crisi un ventaglio di forme di ristrutturazione della stessa, alcune delle quali derogative della disciplina di diritto comune (il riferimento è soprattutto agli artt. 163 bis L.F. e 169 bis L.F.).

Ciò non sta a significare che, per il sol fatto che un contratto risulti astrattamente pregiudizievole per la massa, l'istanza di scioglimento dallo stesso debba essere sempre e comunque accolta dal Tribunale.

Difatti, l'istituto di cui all'art. 169 bis va calato nel sistema della procedura concordataria nel senso che, in tanto può essere accolta la domanda di scioglimento, in quanto:

- 1) l'istanza non sia espressiva di un abuso dello strumento concordatario, ossia sussista una richiesta che, anziché finalizzata a superare la crisi d'impresa, sia stata utilizzata dal debitore per liberarsi unilateralmente di un contratto a lui pregiudizievole, senza un reale interesse rispetto all'esito della procedura concordataria (si pensi anche al caso in cui il debitore abbia concluso il contratto al solo fine di ottenere la provvista necessaria a sostenere una proposta concordataria, confortato dalla possibilità di sciogliersi successivamente dal negozio);
- 2) lo scioglimento dal contratto sia coerente con il piano concordatario anche sotto il profilo della sua fattibilità, nel senso che il Tribunale è tenuto a compiere –

- nell'interesse della massa - una prognosi in ordine a quello che potrà verificarsi successivamente allo scioglimento;
- 3) la verifica di cui al punto che precede dovrà essere ancor più rigorosa ove, come nel caso di specie:
- a) la fattibilità della proposta sia fondata pressoché esclusivamente sullo scioglimento dei contratti;
 - b) la richiesta di autorizzazione allo scioglimento sia presentata ancor prima che i creditori abbiano avuto modo di votare sulla proposta, ossia in una fase in cui non è ancora noto se, successivamente allo scioglimento, quella proposta sarà approvata oppure no;
 - c) vi sia una forte incertezza sugli eventi che potranno verificarsi dopo lo scioglimento e prima dell'adunanza dei creditori, tanto più ove tra la società debitrice e l'altro contraente vi sia un contenzioso pendente proprio in ordine alla validità di quei contratti;
 - d) i contratti in essere producano notevoli introiti per la società proponente, i quali dovrebbero essere compensati dalla successiva conclusione di contratti a condizioni maggiormente convenienti con soggetti terzi che, tuttavia, non abbiano prestato alcuna cauzione a garanzia circa l'effettiva stipula degli stessi;
 - e) l'impegno dell'assuntore - pure non cauzionato - risulti condizionato al verificarsi di eventi non compiutamente verificabili al momento della decisione sullo scioglimento.

Alla luce delle predette coordinate ermeneutiche è possibile evidenziare le molteplici ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 169 bis L.F. presentata dalla proponente.

In primo luogo, la proposta si fonda quasi esclusivamente sullo scioglimento di contratti in esecuzione dei quali la 4D s.r.l. allo stato sta incassando ingenti somme utilizzate per sostenere l'attuale prosecuzione dell'attività d'impresa e che, in caso di completa esecuzione dei negozi, consentirebbero alla stessa di ottenere ulteriori euro 952.188,00 (cfr. pag. 31 del parere depositato dai commissari in vista dell'udienza del 06.05.2021).

Viceversa, in caso di scioglimento dei contratti di rent to buy (che, a dispetto delle criticità sollevate dalla proponente, sono da considerarsi validi fino all'esito del giudizio incardinato presso il tribunale partenopeo) non vi è alcuna certezza circa il fatto che i rami

di azienda oggetto degli stessi potranno essere velocemente affidati a terzi a condizioni maggiormente vantaggiose, se sol si considera che le proposte irrevocabili di affitto pervenute da Multicedi s.r.l. sono prive di cauzione ed efficaci fino al 31.07.2021 e che l'impegno assunto da OPM, pure non cauzionato, è espressamente condizionato al fatto che i rami di azienda siano riconsegnati da AP a 4D *“in condizioni di efficienza e funzionalità”*, dovendosi intendere:

- a) per effettiva riconsegna *il materiale rientro dei rami aziendali nella disponibilità della proponente*” (cfr. pag. 8);
- b) per *“condizioni di efficienza e funzionalità il funzionamento dei supermercati, ossia che, “ove i punti vendita siano riconsegnati in condizioni tali da renderne possibile la apertura al pubblico, l’evento dovrà considerarsi avverato”, rimettendo in ogni caso “all’insindacabile valutazione dei Commissari Giudiziali la verifica circa l’avveramento o meno dell’evento dedotto in condizione (e ciò, naturalmente, per la sola ipotesi in cui il mancato avveramento della condizione dovesse essere dedotto dall’Assuntore)”*;
- c) *il tutto entro la data della udienza fissata per l’omologazione del concordato, a 4D, da parte dell’attuale detentore.*

Si tratta di condizioni incompatibili con le esigenze di certezza sottese alla procedura concordataria, poiché rimesse ad una serie di eventi allo stato non compiutamente preventivabili.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla ritardata consegna dei rami di azienda da parte di AP, alla ritenuta insussistenza delle condizioni di efficienza e funzionalità degli stessi da parte di OPM (tale giudizio di certo non può essere rimesso ai commissari), al venir meno della volontà della Multicedi s.r.l. di prendere in fitto i rami di azienda (a prescindere dalla necessità di ricercare comunque offerte migliorative ex art. 163 bis), alla possibilità che la proposta non raggiunga la maggioranza richiesta per l’approvazione, all’esito del giudizio pendente presso il Tribunale di Napoli: trattasi di eventi non implausibili, che certamente costringerebbero la proponente a stravolgere nuovamente la proposta concordataria, con conseguente rallentamento della procedura; il tutto in una fase in cui i creditori non hanno modo di conoscere le determinazioni della società e sono privati della possibilità di agire in executivis sul patrimonio del debitore.

Inoltre, una volta intervenuto lo scioglimento dei contratti di rent to buy ed in presenza di tali eventualità, l’attivo allo stato derivante dai rent to buy e destinato alla

massa si ridurrebbe ulteriormente, poiché verrebbero a mancare gli introiti corrisposti da AP che finora hanno sostenuto il prosieguo della procedura.

Del resto, il legislatore ha delineato una disciplina del concordato preventivo in forza della quale con il decreto di ammissione ai creditori deve essere presentata una proposta completa e puntuale, insuscettibile di essere modificata (se non per gli aspetti marginali) prima dell'adunanza dei creditori e sulla quale questi ultimi devono potersi pronunciare in tempi celeri.

Ciò trova conferma:

- all'art. 163 co. 1 n. 2, laddove è previsto che la convocazione dei creditori sia fissata non oltre 120 giorni dall'adozione del decreto di ammissione;
- all'art. 172 co. 1, laddove è previsto che il commissario trasmetta la relazione ai creditori almeno 45 giorni prima della proposta;
- all'art. 172 co. 2 laddove, nel prevedere la possibilità di modifica della proposta concordataria fino a 15 giorni prima dell'adunanza senza un successivo vaglio degli organi della procedura, il legislatore non può che riferirsi a modifiche meramente marginali, dunque insuscettibili di stravolgere l'essenza della proposta.

Il rigetto dell'istanza di scioglimento si giustifica anche in considerazione della carenza di qualsivoglia cauzione o garanzia prestata dalla società assuntrice OPM e dall'offerente Multicedi s.r.l. in ordine agli impegni assunti in favore dei creditori concorsuali.

Al riguardo è corretta la deduzione della proponente 4D s.r.l. circa l'assenza di una disposizione che correli necessariamente l'ammissibilità della proposta alla prestazione di una garanzia da parte dell'assuntore.

Tuttavia, l'assenza di una garanzia non può neppure considerarsi come un dato neutro, privo di ripercussioni; e ciò tanto più ove, come nel caso di specie, lo scioglimento di contratti che allo stato producono introiti per la proponente dovrebbe essere autorizzato al fine di ottenere maggiori somme prive di adeguate garanzie.

In altre parole, l'accoglimento o il rigetto dell'istanza ex art. 163 bis L.F. non può non basarsi anche sul fatto che la proponente chieda di sciogliere contratti già in essere ed efficaci al fine di stipularne altri che, ancorché astrattamente maggiormente vantaggiosi, in assenza di adeguate garanzie sono da considerarsi meramente ipotetici.

Un'ulteriore ragione giustificativa del rigetto dell'istanza deriva dalla volontà di non inserire il credito indennitario dovuto ad AP tra quelli ammessi al voto.

Difatti, la ritenuta invalidità dei contratti di rent to buy, la circostanza che l'effettiva quantificazione dell'indennizzo spetti al giudice della cognizione ed il potenziale conflitto d'interessi di AP in sede di adunanza non consentono di escludere dai crediti ammessi al voto l'indennizzo come appostato da 4D nella proposta concordataria.

Tale esclusione si porrebbe in contrasto con l'art. 169 bis co. 2 in quanto il legislatore, nel prevedere che l'indennizzo debba essere trattato come credito anteriore al concordato, ne ha conseguentemente previsto l'inclusione tra i crediti ammessi al voto.

Parimenti non accoglibile è la richiesta di inserire l'importo complessivo delle penali previste nei contratti di rent to buy (euro 600.000,00) in un fondo rischi meramente eventuale, atteso che anche tale importo dovrebbe essere necessariamente ristorato ad AP ai sensi dell'art. 169 bis co. 2, in forza del quale l'indennizzo deve essere *"equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento"*.

Ad una diversa conclusione non conducono le contestazioni manifestate da 4D in ordine alla validità di quei contratti e alla pendenza di un contenzioso tra le parti, in quanto – salva una eventuale diversa decisione da parte del Tribunale di Napoli – allo stato quei contratti sono da ritenersi validi ed efficaci.

Infine, la condotta serbata dalla proponente appare espressiva di un abuso dello strumento concordatario laddove si consideri che quest'ultima, dopo aver stipulato i contratti di rent to buy ed incassato una parte consistente dei canoni relativi ai rami di azienda (comprensivi della quota buy), soltanto pochi mesi dopo ha presentato la proposta di concordato con richiesta di scioglimento dagli stessi, così intendendo restituire quelle somme secondo la falcidia ed i tempi di cui alla proposta concordataria.

Nel senso del rigetto dell'istanza di scioglimento non può non incidere anche l'oggetto dei più volte citati contratti di rent to buy.

Difatti, trattandosi di rami di azienda, la valutazione degli stessi e la capacità di riaffidarli immediatamente a terzi è condizionata alla funzionalità ed efficienza degli stessi, come confermato dal fatto che anche l'assuntrice ha condizionato il proprio impegno all'esistenza di tali requisiti.

Naturalmente, la decisione assunta in questa sede non si pone in contrasto con l'iniziale accoglimento dell'istanza ex art. 163 bis L.F. - presentata da G.D.D. s.r.l. e successivamente revocata - con riferimento a contratti aventi parimenti ad oggetto il rent to buy di rami di azienda.

In quel caso l'apertura di una procedura competitiva era finalizzata a verificare la possibilità di vendere a terzi i rami di azienda a condizioni maggiormente vantaggiose rispetto a quelle previste nei contratti e ciò prima dell'adunanza dei creditori.

Ebbene, mentre con la vendita competitiva vi era l'immediata possibilità di vendere a terzi (o, in caso di esito negativo, alla conduttrice AP) in accoglimento di un'offerta cauzionata, con tempi certi per il versamento del saldo prezzo e senza soluzione di continuità di guadagni per GDD, in questo caso lo scioglimento dai contratti di rent to buy farebbe venir meno i canoni dovuti da AP a 4D ed aprirebbe una fase dai tempi e dalle conseguenze incerte sotto i molteplici profili prima evidenziati.

In conclusione l'istanza ex art. 169 bis L.F. va respinta in quanto non coerente con il piano concordatario, atteso che lo scioglimento dei contratti non garantirebbe con certezza la fattibilità della proposta, potendo aprire il varco a conseguenze incerte e non compiutamente preventivabili; il tutto con conseguente pregiudizio dei creditori.

Naturalmente il rigetto dell'istanza non si traduce in un giudizio di necessaria validità dei contratti di rent to buy ovvero di opponibilità degli stessi a 4D s.r.l. anche in caso di fallimento di quest'ultima, trattandosi di profili del tutto estranei all'odierno thema decidendum, riservati rispettivamente al giudice partenopeo ed agli organi della eventuale procedura fallimentare.

Dal mancato accoglimento dell'istanza ex art. 169 bis L.F. discende l'inammissibilità della proposta concordataria presentata da 4D s.r.l., giacché l'impegno di OPM e l'offerta della Multicedi s.r.l. erano necessariamente fondate su tale assunto.

ULTERIORI PROFILI DI INAMMISSIBILITA' DELLA PROPOSTA

Nonostante il carattere assorbente del rigetto dell'istanza di autorizzazione allo scioglimento, appare opportuno richiamare ulteriori elementi che rendono inammissibile la proposta concordataria in esame.

Trattasi di circostanze evidenziate anche dai commissari e condivise dal collegio che, complessivamente considerate, risultano espressive di una condotta di 4D incompatibile con la diligenza richiesta all'imprenditore nella fase successiva alla presentazione della domanda di concordato, quale compensazione del beneficio del cd. automatic stay che egli riceve per il sol fatto di aver depositato il ricorso di cui all'art. 161 L.F..

Ci si riferisce:

- 1) alla generica indicazione del carico fiscale che la proponente dovrà sostenere nell'arco di piano, con conseguente inattendibilità dei flussi liberi quantificati dalla proponente;
- 2) alla circostanza che le molteplici operazioni societarie che dovrebbero essere effettuate dopo lo scioglimento dai contratti di rent to buy – aumento del capitale sociale, cambio della maggioranza societaria, ingresso di nuovi soci, etc. – anch'esse tutte subordinate al verificarsi delle condizioni prima evidenziate, potrebbero generare un rilevante carico fiscale ai sensi del comma 3 dell'art. 84 del TUIR, sicché in applicazione della suddetta normativa l'inutilizzabilità delle perdite pregresse comporterebbe l'emersione di un carico fiscale non trascurabile nell'arco di piano;
- 3) alla possibilità che, in considerazione di un aumento del carico fiscale, possa verificarsi una perdita qualificata ex artt. 2482 bis e 2482 ter c.c., suscettibile di integrare una causa di scioglimento ex art. 2484 co. 1 n. 4 c.c.;
- 4) alla difformità tra il valore dei ricavi relativi all'esercizio 2020 (indicati in euro 1.623.514,00 a pag. 70 del piano rettificato) ed il valore del totale dei componenti positivi esposti nelle situazioni contabili al 31.12.2020 (pari complessivamente ad euro 1.293.026,57);
- 5) all'esistenza di taluni limiti nella relazione ex art. 161 co. 3 e 186 bis co. 2 L.F., atteso che la stessa appare appiattita sulle asserzioni del piano e non corredata da un compiuto vaglio critico dello stesso;
- 6) alla mancata indicazione, per "errore di stampa", di alcuni creditori nell'elenco allegato alla domanda di concordato (segnatamente, GEMADISAL s.r.l., VITALE CARLO e PRISCO DI LAURO (euro 7.032,97);
- 7) alla mancata prestazione di garanzie circa l'impegno dell'assuntrice OPM (trattasi di un elemento che incide sia sul rigetto dell'istanza di scioglimento che sulla fattibilità della proposta);
- 8) al pagamento di debiti di G.D.D. s.r.l. con le disponibilità liquide di 4D s.r.l., a nulla rilevando che ciò sia avvenuto in sede transattiva;
- 9) alla circostanza che taluni rami di azienda sono esercitati in locali di proprietà di terzi con i quali la conduttrice AP Commerciale ha medio tempore concluso contratti di locazione. Oltre a poter ingenerare un ulteriore contenzioso con AP e pur in ipotesi di rilascio dei locali da parte di quest'ultima, tale circostanza potrebbe

giustificare il recesso dal contratto da parte del locatore ai sensi e per gli effetti dell'art. 2558 co. 2 c.c..

Alla luce di tutto quanto osservato l'istanza ex art. 169 bis L.F. va rigettata e la proposta concordataria presentata da 4D s.r.l. va dichiarata inammissibile.

Considerato che:

- ai sensi dell'art. 162 co. 2 L.F., successivamente alla declaratoria di inammissibilità della proposta, *“il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore”*;
- con ricorso depositato il 20.11.2019 la società GE.MA. DISAL S.r.l. ha chiesto dichiararsi il fallimento della società 4D s.r.l.;
- con provvedimento dell'01.10.2020 la procedura prefallimentare r.g. n. 78/2020 era stata riunita a quella di concordato in omaggio a quanto sancito dalla Corte di Cassazione con la nota decisione n. n. 9935/2015, secondo cui *“in pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, sesto comma, legge fall., il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere dichiarato soltanto quando ricorrono gli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall. e cioè, rispettivamente, quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia stato respinto il concordato”*;
- l'istanza di fallimento non risulta revocata da GE.MA. DISAL S.r.l., sicché va esaminata;
- il decreto del 16.03.2021 di fissazione dell'udienza del 06.05.2021 non risulta comunicato alla GE.MA. DISAL S.r.l., sicché occorre fissare l'udienza per l'esame dell'istanza di fallimento.

Letti gli artt. 162 e 169 bis L.F.;

P.Q.M.

il Tribunale di Nocera Inferiore, in composizione collegiale, così provvede:

- 1) rigetta l'istanza ex art. 169 bis L.F. presentata da 4D s.r.l.;
- 2) dichiara inammissibile la proposta di concordato presentata da 4D s.r.l.;

- 3) fissa il termine di **giorni cinque** entro il quale i commissari giudiziali dovranno depositare l'istanza di liquidazione del compenso, ferma la precisazione che il compenso sarà liquidato in modo unitario e ripartito tra i due ausiliari;
- 4) procede con separato provvedimento a fissare l'udienza per l'esame dell'istanza di fallimento presentata da GE.MA. DISAL S.r.l. (iscritta al ruolo prefallim. n. 78/2020).

Manda la cancelleria per le comunicazioni del presente decreto alla società proponente 4D s.r.l., ad AP Commerciale s.r.l., ai commissari ed al PM sede.

Nocera Inferiore, li 20/05/2021

Il giudice rel. ed est.

dott. **Pasquale Velleca**


Il Presidente

dott. **Antonio Sergio Robustella**
