



LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE TERZA CIVILE

composta dai Giudici

| | | |
|-------|--------------------|-----------------------|
| dott. | Roberto APONTE | Presidente |
| dott. | Anna DE CRISTOFARO | Consigliere |
| dott. | Michele GUERNELLI | Consigliere rel. est. |

Nel procedimento iscritto al **n. 420/2017 del Ruolo Generale VG**
promosso da:

BANCO BPM SPA (avv. E. Forni) - **reclamante**

Nei confronti di:

FOX SPA DI RENZO BOMPANI E C. (avv.

BERGOMI avv. GIULIO, QUALE COMMISSARIO GIUDIZIALE DEL
C.P. FOX SPA DI RENZO BOMPANI E C. **- reclamati**

Con l'intervento di

BPER BANCA SPA già BANCA POPOLARE DELL'EMILIA
ROMAGNA S.C. **- intervenuta**

Cui è riunito il procedimento **423/2017 RGVG**
promosso da:

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA (avv.

) - **reclamante**

Nei confronti di:

FOX SPA DI RENZO BOMPANI E C. (avv.

BERGOMI avv. GIULIO, QUALE COMMISSARIO GIUDIZIALE DEL
C.P. FOX SPA DI RENZO BOMPANI E C. **- reclamati**

Con l'intervento di

BPER BANCA SPA già BANCA POPOLARE DELL'EMILIA
ROMAGNA S.C. **- intervenuta**

In punto a: reclamo ex art. 186 l.f. contro il decreto 31.5.2017 del Tribunale di Modena che rigettava l'istanza di risoluzione del concordato preventivo.

A scioglimento della riserva di cui all'odierna udienza pronuncia il seguente

DECRETO

1. Con il decreto in epigrafe il Tribunale di Modena ha rigettato la domanda di risoluzione per inadempimento e istanza di fallimento ex art. 186 L.F. proposta da BANCO BPM (cui avevano aderito intervenendo BPER e MONTEPASCHI) nei confronti del concordato in continuità di FOX SPA. Secondo il Tribunale era infondata la deduzione del BANCO sul mancato raggiungimento delle percentuali indicate (del 40% per i fornitori e fra il 25,15 e il 15,78% per le banche; effettive del 12,70% e 5%- media 7,18%), poiché la proposta non prevedeva alcuna garanzia di raggiungimento delle stesse ma solo le ipotizzava, come confermato dal commissario giudiziale, che aveva anche attestato la correttezza del comportamento dei vertici aziendali nonostante il mancato raggiungimento degli obiettivi del piano industriale.

Il pagamento avveniva infatti solo quattro mesi dopo la scadenza finale prevista nel piano, quindi in tempi ragionevolmente contenuti, e con un riconoscimento di una sia pur minimale consistenza dei crediti vantati, in linea con la sussistenza e persistenza di una causa concreta del concordato, come prevista da Cass. 1521/2013 (e con percentuale già individuata da precedenti dello stesso Tribunale nel 5%); senza che vi fosse inadempimento grave ed a valenza generale.

2. BANCO BPM reclama e premette che FOX aveva promesso l'esecuzione nell'arco temporale gennaio 2013 –dicembre 2016 con le percentuali suddette; che la debitrice non aveva eseguito nessun pagamento intermedio;



che le percentuali effettive ad esito della scadenza finale erano risultate del 12,70 e 5%.

2.1. Col primo motivo di gravame censura l'omesso esame della circostanza della completa omissione dei pagamenti intermedi, mai negati ed emergenti dalle relazioni periodiche; invece la tempistica dell'adempimento concorreva a formare la causa concreta della procedura secondo le stesse SSUU.

2.2. Col secondo lamenta che non siano state considerate garantite la percentuali indicate, invece da considerare tali stante le espressioni usate nella proposta, che davano per certe o probabili le stesse, usando il modo indicativo, e distinguendo un *best case* da un *worst case*, significando che almeno quest'ultimo doveva ritenersi garantito.

Del ribasso non era stata fornita giustificazione alcuna, ma solo ci si era riferiti alla percentuale ritenuta "non irrisoria" dalla giurisprudenza di Modena. Trattandosi inoltre di concordato in continuità, aggiunge il BANCO citando altri giudici di merito, la percentuale non poteva essere orientativa ma vincolante, non essendovi incertezza sull'esito della liquidazione come nella cessione dei beni; era inoltre rilevante il disallineamento anche nel corso dell'esecuzione, che si rifletteva immediatamente sull'adempimento della proposta.

2.3. Col terzo si lamenta l'omessa considerazione del fatto che si era scesi sotto la percentuale minima nonostante l'incasso di circa 2,5 mln di euro dalle stesse banche, che secondo la proposta avrebbe dovuto consentire il pagamento del cd. *best case*, e pur affermando il raggiungimento di risultati e l'esistenza di linee di credito inutilizzate per oltre 700.000 euro.

2.4. Col quarto si censura l'omessa considerazione del fallimento del piano industriale di FOX, poiché il suo fatturato complessivo si era ridotto e il volume delle vendite era meno della metà di quello preventivato, con EBITDA negativo per oltre 745.000 euro. Il pagamento finale ai creditori


3

faceva residuare nelle casse di FOX solo 200.000 euro circa, come rilevato dal commissario, ed era a rischio la stessa continuità aziendale, come ammesso dalla debitrice nel riparto finale.

I disallineamenti non erano imputabili alle segnalazioni di BPER e BANCO BPM alla Centrale Rischi e alla difficoltà di ricorso al credito, posto che le istanze cautelari di FOX in tal senso erano state rigettate dallo stesso tribunale di Modena.

2.5. Col quinto il BANCO lamenta l'omessa considerazione del pagamento ai creditori con le somme rinvenienti da d.i. nei confronti delle stesse banche per 2,5 mln di euro, ancora sub iudice in sede di opposizione e quindi non definitivamente acquisite: doveva allora esservi un pari accantonamento in un fondo rischi ed oneri, invece non effettuato, con conseguente stato di decozione della stessa FOX.

2.6. Col sesto si rileva che l'inadempimento era generale, interessando in misura ampia anche i fornitori, e grave perché oltre alle percentuali aveva fatto venir meno la stessa continuità aziendale, e non si era tornati a produrre utili in misura superiore al prevedibile risultato di una procedura liquidatoria, prospettandosi una liquidazione volontaria e una ingiusta esdebitazione a seguito del concordato.

3. BPER interviene ed aderisce agli argomenti di BANCO BPM aggiungendo che l'inadempimento non era solo rispetto al termine finale ma anche a quelli intermedi e perciò senz'altro grave; che era stato ingenerato nei creditori l'affidamento nell'adempimento dell'ipotesi peggiore; che la rinuncia alla liquidazione dei beni trovava nel concordato in continuità una contropartita nella certezza della percentuale; che i flussi di cassa individuati dal commissario non erano neppure sufficienti a garantire la prosecuzione dell'attività; che la gravità dell'inadempimento era desumibile dall'utilizzo delle somme avute provvisoriamente dai d.i. provvisoriamente



esecutivi, sicché in caso di obbligo di restituzione ne avrebbero tratto pregiudizio o i creditori del concordato, o i successivi.

4.1. Contemporaneamente ha reclamato anche il MONTE PASCHI; col primo motivo ribadisce che FOX aveva dato per sicuro il soddisfo di almeno il 15,78%, ingenerando il relativo affidamento nel ceto bancario, sottolineando che il concordato in continuità, come ritenuto da altri giudici di merito, è con garanzia, poiché permetteva al debitore di mantenere la titolarità dei beni. Il debito bancario di FOX era il 70% del chirografo e il 63% del totale, e lo scostamento, ingente, non si giustificava coi risultati asseritamente raggiunti.

4.2. Col secondo, si nota che l'utilizzo improprio di somme sub iudice falsava di fatto le percentuali assegnate, poiché FOX non era in grado di accantonare quanto ottenuto in via provvisoria.

4.3. Col terzo si lamenta l'omessa considerazione del fallimento del piano industriale, e quindi del salvataggio dell'impresa quale soluzione prospettata migliore e preferibile rispetto alla liquidazione.

Si lamenta inoltre l'omessa considerazione del mancato rispetto dei termini intermedi di pagamento, che entravano – pur sminuiti da precedente decreto di rigetto 24.4.2016 del Tribunale su ricorso ex art. 186 l.f. della stessa banca - invece nella causa del concordato, e da valutare alla luce non solo del ritardo, ma anche delle altre circostanze di cui sopra.

5. Anche in questo procedimento interviene BPER e aderisce alle deduzioni di MONTEPASCHI.

6. FOX resiste in entrambi i procedimenti, e premette che il concordato, omologato solo nel febbraio 2014, aveva salvato una storica azienda, sviluppandola e incrementandone i livelli occupazionali, ottenendo 1,5 mln dalla Regione a fondo perduto; che BANCO BPM aveva votato a favore della proposta; che la liquidazione avrebbe comportato oneri superiori e la perdita dei contributi pubblici e dei valori aziendali; che solo le banche

mo

mm

destinatario di recupero dei crediti per somme incassate indebitamente dopo l'apertura della procedura avevano chiesto la risoluzione; che MPS non aveva reclamato il decreto che aveva rigettato analoga istanza, in cui si diceva che la proposta non garantiva alcuna percentuale, e quindi il suo odierno reclamo era inammissibile e tardivo.

6.1. FOX afferma che nella proposta non vi era alcuna percentuale garantita, ma le stesse erano meramente indicative (i flussi erano "previsti", i ricavi "attesi", le percentuali "ipotizzate"); nella relazione ex art. 172 l.f. il commissario aveva, come dovuto, espressamente affermato che "la proposta non è oggetto di garanzia"; i creditori avevano votato e il tribunale aveva omologato la proposta di tale contenuto; nessuna opposizione all'omologa era stata proposta.

Nessuna differenza poteva ravvisarsi secondo FOX tra le due specie di concordato, anzi la più recente riforma aveva indicato una percentuale da assicurare solo per il concordato con cessione dei beni, e nulla per il concordato in continuità.

6.2. I pagamenti, nota FOX, erano stati già eseguiti, e non lo erano stati nel termine per infondate osservazioni delle banche; i ritardi non avevano definitivamente compromesso la stabilità e l'esecuzione del piano, e quindi l'inadempimento non poteva essere definito grave; il pregiudizio derivante alla generalità dei creditori dalla risoluzione era superiore rispetto all'esecuzione, e le istanze erano state proposte nella prospettiva del solo vantaggio del singolo.

6.3. Sull'uso di somme sub iudice FOX rileva che le censure dovevano essere indirizzate al rendiconto e piano di riparto finale e ai relativi decreti autorizzativi; nessun accantonamento era dovuto nel concordato tanto più in continuità; la gestione era continuata con successo.

7. Si è costituito anche il commissario, riportandosi ai precedenti pareri e relazioni.



8. I due procedimenti venivano riuniti.

9. I reclami – i cui motivi vengono esaminati congiuntamente - non possono essere accolti.

Si premette che anche il reclamo di MPS è ammissibile, posto che il precedente decreto di rigetto non reclamato di altra domanda di risoluzione fu proposto prima del rendiconto e riparto finale, e la sua “definitività” valeva ovviamente rebus sic stantibus, non certo al sopraggiungere di nuove circostanze, quali il pagamento nelle percentuali finali e il termine finale oltre il 31.12.2016.

9.1. **Sulla tempistica**, questa Corte osserva che la gravità dell’inadempimento, benché le scadenze dei pagamenti non siano certo irrilevanti, va parametrata rispetto all’esito finale della procedura, e cioè se essa abbia permesso infine il soddisfacimento non irrilevante o irrisorio dei creditori (chirografari); lo stesso tipo del concordato prescelto e assentito dai creditori, ovvero in continuità, sconta la possibilità che i proventi di tempo in tempo maturati – o flussi di cassa - non consentano il puntuale saldo nelle percentuali ipotizzate nel piano.

Quanto al termine finale, è vero quanto asserisce la reclamata in merito al fatto che il ritardo di quattro mesi è dovuto al procedimento di approvazione del rendiconto e riparto finale, questi depositati a fine 2016 (30.12.2016), in cui si sono innestate però osservazioni, disattese, di istituti di credito (BPER e MPS). Il decreto con cui viene disposta l’esecuzione è del 3.5.2017 e i pagamenti sono stati comunque pacificamente eseguiti dopo l’approvazione. Si aggiunge che nel corso della procedura sono stati in effetti pagati i crediti prededucibili, dei professionisti e dei privilegiati, come risulta dalle relazioni periodiche della debitrice (doc. 14 MPS).

9.2. **Sulla natura della percentuale** offerta – se obbligatoria o meramente indicativa - restano condivisibili le considerazioni e conclusioni del giudice a quo e del commissario giudiziale: l’impegno obbligatorio doveva



essere esplicito ed inequivocabile, come da giurisprudenza di legittimità citata dal commissario nelle sue ultime relazioni, dovendosi altrimenti ritenere che nessuna garanzia sia stata offerta e che le percentuali abbiano mero valore indicativo. Benché le pronunce citate si riferiscano al concordato con cessione dei beni, non vi è in effetti motivo di ritenerle inapplicabili anche al concordato in continuità, poiché se da un lato non vi è certezza di quanto si ricaverà dalla liquidazione di beni solo stimabili, dall'altro vi è analogia "aleatorietà" su quanto si potrà ricavare in termini di utili dalla prosecuzione di una attività aziendale ugualmente solo stimabile al momento della proposta.

Va aggiunto dal punto di vista interpretativo che le più recenti riforme hanno richiesto che venga "assicurata" una percentuale minima solo per il concordato con *cessio bonorum*, e significativamente non per quello in continuità (in cui la garanzia quindi deve essere espressamente e specificamente prevista); mentre la previsione dell'art. 186 bis lett. b) l.f. racchiude una visione prognostica e non necessariamente "comparativa": ad ogni modo, anche diversamente opinando, colgono nel segno le deduzioni della reclamata in ordine agli oneri aggiuntivi prospettabili in caso di liquidazione concorsuale e di scioglimento delle centinaia di rapporti di lavoro pacificamente ora in essere.

Il controverso "fallimento" del piano industriale BOMPANI è d'altronde in fondo irrilevante - se isolatamente considerato e quanto ai riflessi sull'adempimento del concordato - nella valutazione dei creditori, i quali astrattamente non hanno interesse alla prosecuzione in sé dell'attività d'impresa se non in vista appunto del loro "migliore soddisfacimento", quantomeno assai dubbio nell'ipotesi alternativa prospettabile.

Di conseguenza, quanto allo specifico tenore della proposta, va osservato che in nessuna parte della proposta "piena" (né la prima del 7.3.2013- pp.27 e ss., 48 e ss. 60 e ss.- né l'ultima del 17.9.2013) emerge con chiarezza un



qualche *obbligo* espresso di pagare *quelle* percentuali: è vero che viene usato il modo indicativo e si indica una forbice tra il caso “migliore” e quello “peggiore”; tuttavia le stesse sono pur sempre definite “ipotesi” alla fine descritte in termini di maggiore o minore “probabilità”, locuzione che subito smentisce la “certezza” appena enunciata per il “caso migliore”.

In più il commissario ha chiaramente espresso e comunicato ai creditori nella sua relazione (anche supplementare) ex art. 172 l.f. che il concordato non prevedeva alcuna garanzia, e su questa valutazione la proposta è stata approvata (col voto favorevole di BPM e il silenzio assenso di BPER; contrario MPS); nessun affidamento poteva dunque ragionevolmente ingenerarsi nel ceto creditorio, tanto più se “esperto” come quello bancario per il quale era stata formata una classe a parte, e nello specifico preponderante quanto ai numeri del chirografo, che comunque poteva in proposito chiedere al debitore, dopo la netta contraria presa di posizione del commissario, chiarimenti anche in adunanza.

9.3. Quanto alle altre considerazioni di merito espresse dalle banche e riguardanti il presunto venir meno o messa in pericolo della **continuità aziendale** proprio in ragione del pagamento alle banche stesse, per conseguente difetto di liquidità e impossibilità di accantonamenti invece dovuti, ci si riporta a quanto sopra esposto in merito alla sostanziale irrilevanza, nell’economia dell’interesse dei creditori e alle modalità contrattuali dell’accettazione della proposta, degli esiti di fatto di un concordato in cui pagamenti finali sono in effetti stati eseguiti in una misura modesta ma “non irrisoria” secondo la percentuale minima indicata dai giudici modenesi come atto a salvaguardare la cd. causa concreta della procedura, conclusione che qui si condivide (in proposito si aggiunge che la percentuale “media” per i chirografari si è attestata al 7,18%).

In altre parole se la percentuale conseguita è da ritenere sufficiente per i creditori pur in tempi non del tutto conformi alla proposta, non c’è stato *nei*



loro confronti inadempimento grave, indipendentemente dalle sorti dell'impresa *dopo* il pagamento e l'esecuzione del concordato che riguardano in concreto solo l'impresa e la palese preferenza del legislatore per salvarla, che però non entra nella procedura, che ne costituisce - in quella forma - solo un possibile strumento. La finalità della legge sarebbe frustrata, ma il concordato salvo.

Di qui anche l'irrelevanza dei motivi del disallineamento, del comportamento e delle scelte degli amministratori e del *management*.

9.4. Si collega al tema quello, più concreto, della provenienza delle somme utilizzate per gli ultimi pagamenti e sulla necessità di **accantonamenti** in ragione del contenzioso con le stesse reclamanti per cifre pressoché corrispondenti.

Naturalmente non è questa la sede per entrare nel merito della fondatezza delle contrapposte argomentazioni riguardanti l'obbligo o meno di restituzione delle somme incassate dalle banche dopo l'apertura della procedura.

E' ben vero che non sussiste nel concordato obbligo di accantonamento ex artt. 113 u.c. (e 117 3° co: anche per il riparto finale) l.f. come nel fallimento, e che tale obbligo non può essere solo analogicamente esteso alla procedura "minore"; tuttavia le reclamanti e l'intervenuta sembrano in più dedurre che tale accantonamento dovesse comunque eseguirsi secondo criteri civilistici e contabili ordinari (p. es. in un fondo rischi e oneri) e non concorsuali, e che ciò non sia avvenuto.

La deduzione se anche esatta, è irrilevante per gli stessi motivi enunciati quanto all'esito del piano industriale e alle sorti dell'azienda: intanto non se ne può per ciò solo far discendere l'*attuale* decozione dell'impresa; in secondo luogo, eseguiti i pagamenti e se ritenuti gli stessi congrui o perlomeno sufficienti *nei confronti dei creditori concorsuali*, il concordato deve ritenersi definitivamente adempiuto, e i solo potenziali - all'attualità -



creditori successivi all'apertura della procedura (e quindi prededucibili) per l'eventuale obbligo di restituzione inadempito, faranno successivamente valere le loro ragioni contro la debitrice nei modi ordinari, sino, se ne ricorrono i presupposti, all'istanza di fallimento.

10. Assorbita ogni altra questione, al rigetto dei reclami deve tuttavia seguire, come per il primo grado, la compensazione integrale delle spese, per gli stessi condivisibili motivi esposti dal Tribunale, cui si aggiunge l'evidente controvertibilità delle questioni in fatto e in diritto trattate.

Sussistono però i presupposti per il raddoppio del CU.

P.Q.M.

Rigetta i reclami.

Spese compensate.

Dichiara sussistenti i presupposti per il raddoppio del CU ex art. 13 c. 1 quater TU 115/2002.

Bologna, 15.9.2017

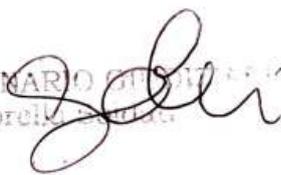
Il Consigliere rel. est.



Il Presidente



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Lorella Soldati



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Lorella Soldati

