

RG 10/2017

TRIBUNALE DI ALESSANDRIA

Il Tribunale, sezione civile e fallimentare, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

DR.SSA CATERINA SANTINELLO

PRESIDENTE

DR. PIERLUIGI MELA

GIUDICE rel.

DR.SSA ENRICA BERTOLOTTO

GIUDICE

Nel proc. N. 10/17 C.P.

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

**MODIFICA PROPOSTA E PIANO CONCORDATARIO DEPOSITATA IL 27.3.2019 -
INAMMISSIBILITA' - REVOCA AMMISSIONE EX ART. 173, COMMA III, L.F.**

■■■■■ spa in liquidazione - già ■■■■ ■■■■■■ spa – in data 27.3.2019, un giorno prima l'udienza fissata ex art. 173 l.f., in relazione ad alcune criticità già evidenziate dai Commissari nella relazione ex art. 172 l.f., depositata il 4.1.2019 – in particolare contenzioso “■■■■■” –, che avevano comportato, secondo la stima dei Commissari, un incremento del fondo rischi chirografari, ha depositato istanza ex art. 167 l.f.

In particolare con tale istanza la percentuale prevista ai creditori postergati è stata fissata definitivamente nel 42,97% in luogo del 42,95% prevista nel piano e del 37,13% stimato dai commissari.

Orbene tale modifica del piano e della proposta concordataria ex art. 161, comma 3, l.f. è palesemente inammissibile sotto diversi profili.

Innanzitutto per tardività.

Invero in relazione ai termini entro cui possono essere presentate modifiche alla proposta/piano l'art. 172, comma 2, stabilisce che *“Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori”*.

In ordine alla natura del termine stabilito per le modifiche ex art. 161, comma 3, l.f. e in particolare alla possibilità di presentare modifiche oltre il termine previsto dalla legge non si riscontrano interventi della Corte di Cassazione sull'attuale formulazione dell'art. 172, sopra riportato, se si eccettua un inciso in motivazione nella ordinanza del 25 ottobre 2018 n. 27120 che, nell'affrontare il diverso tema della rinuncia alla proposta di concordato, ha affermato che *“ la rinuncia alla proposta di concordato non soffre del limite temporale imposto alla sua modifica (prima del 2015 “ l'inizio delle operazioni di voto” ex art. 175 legge fall., ora “ quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori “ ex art. 172, comma 2, legge fall.), con ciò implicitamente confermando il limite invalicabile esistente per la modifica.*

Come è noto in relazione alla formulazione della vecchia norma in materia, art. 175, l.f. la Corte di Cassazione è più volte intervenuta affermando il seguente principio: *“ in tema di modifiche alla proposta di concordato preventivo, l'art. 175, secondo comma, legge fall., nel riconoscere espressamente tale facoltà, ne ha rigorosamente limitato l'ambito temporale di esercizio alla fase anteriore all'inizio delle operazioni di voto, senza distinguere tra modifiche migliorative e peggiorative, al fine di evitare che il calcolo della maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad un piano diverso da quello destinato ad essere effettivamente eseguito. Né l'ammissibilità di modifiche successive all'approvazione può fondarsi sull'art. 179, secondo comma, legge fall., il quale si rivolge ai creditori (e non al debitore) ed implica l'iniziativa del commissario giudiziale in relazione ad eventi estranei alla volontà del debitore e sopravvenuti all'approvazione del concordato, che hanno determinato un mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, ed è quindi una norma non utilizzabile in relazione a carenze originarie della proposta”* (Cass. 8575/2015; Cass. n.10826/2017).

Al riguardo la Corte di Cassazione ha evidenziato che al fine del rispetto da parte del debitore del termine stabilito dalla legge per le modifiche accompagnate da un aggiornamento dell'attestazione, dovendo i creditori essere adeguatamente ragguagliati in ordine alle prospettive temporali ed economiche di realizzazione del piano, nessun rilievo può avere la circostanza che le modifiche prospettate non si estendessero alle condizioni offerte ai creditori, ma riguardassero nella fattispecie esclusivamente le modalità di attuazione del piano, non potendo quest'ultimo essere disgiunto dalla proposta, della quale costituisce lo strumento di realizzazione, con la conseguenza che la prognosi favorevole in ordine all'esito del concordato è inevitabilmente connessa, dal punto di vista causale, alla buona riuscita del piano.

Quanto poi alla irrilevanza del richiamo dell'art. 179, comma 2, l.f. al fine di sostenere l'ammissibilità di modifiche non solo migliorative, ma anche peggiorative, successivamente allo spirare del termine di legge, la Corte ha osservato che la circostanza che le modifiche siano state apportate dal debitore per venire incontro alle osservazioni contenute nella relazione del commissario giudiziale non consente di ricondurne la formulazione ad un'iniziativa di quest'ultimo, come previsto dall'art. 179, il quale, peraltro, nell'affidare a quest'ultimo il compito di rilevare eventuali mutamenti nelle condizioni di

fattibilità del piano, presuppone il verificarsi di eventi, estranei alla volontà del debitore e sopravvenuti, idonei ad impedirne il corretto adempimento, escludendo pertanto che la predetta iniziativa possa essere assunta per porre tardivamente rimedio a carenze originarie della proposta; la norma infatti si rivolge ai creditori, rispondendo la segnalazione alla finalità di consentire non già al debitore di apportare alla proposta le modifiche necessarie per ottenere il voto favorevole dei creditori, ma a quest'ultimi di costituirsi nel giudizio di omologazione, per modificare il voto precedentemente espresso.

In ordine poi alla possibilità, fermo il limite temporale stabilito dall'art. 175, II comma, di apportare modifiche alla proposta/piano allorquando sia stato attivato dal Tribunale il subprocedimento ex art. 162, II comma, l.f., o ex art. 173 l.f., la giurisprudenza di legittimità si è espressa nei seguenti termini.

In relazione all'attivazione del subprocedimento ex art. 162 l.f., la Corte (Cass. 22284/17), nell'affrontare la questione di diritto se l'imprenditore che abbia proposto domanda di concordato possa procedere ad una modificazione della proposta originariamente formulata quando il tribunale, formulati i rilievi in merito alla inammissibilità di quest'ultima, abbia fissato l'udienza ex art. 162 l.f., senza, tuttavia concedere termine al debitore ai sensi del primo comma della predetta norma, ha affermato che è ragionevole sostenere che il debitore proponente possa procedere ad una integrazione ovvero ad una modificazione sostanziale dei contenuti della originaria proposta, tanto più se, sulla falsariga dei rilievi di inammissibilità formulati dal tribunale, provvede al suo deposito nel corso dell'udienza fissata ex art. 162 l.f. e ciò anche a prescindere dalla concessione a cura del tribunale stesso di un termine accordato a tali fini.

La Corte ha infatti osservato che poiché la convocazione del debitore per l'udienza ex art. 162 l.f. ha proprio la finalità di consentire a quest'ultimo di interloquire scongiurando la ipotesi di inammissibilità del concordato, è irragionevole ipotizzare che non possa recepire le indicazioni del tribunale ritoccando con interventi più o meno incisivi la originaria proposta.

Pertanto può ritenersi che allorquando il Tribunale fissi l'udienza ex art. 162, comma 2, formulando i suoi rilievi di fatto conceda al debitore termine per esercitare il suo diritto di difesa. Eventualmente la disposizione del comma 1 dell'art. 162, che attribuisce al Tribunale la facoltà di autorizzare la presentazione di un'integrazione o di depositare nuovi documenti potrebbe essere invece collegata più correttamente al caso in cui il debitore, non avendo provveduto per l'udienza fissata ex art. 162 a difendersi adeguatamente, chieda un rinvio onde ovviare ai rilievi del tribunale. In questo caso infatti il Tribunale, che è tenuto ad operare una comparazione degli interessi in gioco, potrebbe negare il termine invocato ritenendo prevalente l'interesse dei creditori alla limitazione degli effetti protettivi ex art. 168 l.f. e al tempestivo esame delle eventuali istanze di fallimento. Una diversa interpretazione là ove si ritenesse che il termine deve sempre essere concesso espressamente anche in vista dell'udienza ex art. 162, ha sottolineato la Corte, condurrebbe alla conclusione che il Tribunale, con

scelta discrezionale e non sindacabile, possa decidere in quali casi e in quali limiti è concesso all'imprenditore di scongiurare la declaratoria di inammissibilità del concordato.

Tali conclusioni trovano del resto indiretta conferma nella disposizione dell'art. 161, comma 3, l.f. che prevede che una "modifica sostanziale" della originaria proposta e del piano di concordato debba essere corredata dal deposito di una "ulteriore" attestazione. Poiché infatti si tratta di disposizione collocata tra le norme che disciplinano la fase che precede l'ammissione al concordato, la stessa sembra confermare l'assunto secondo cui il debitore possa, indipendentemente da una autorizzazione espressa del Tribunale, formulare una nuova proposta. L'art. 161, 3 comma, non deve infatti essere letto come norma strettamente collegata all'art. 172, comma 1, l.f., atteso che l'integrazione della proposta e la modifica sostanziale configurano interventi diversi.

Quanto al subprocedimento aperto dal tribunale ex art. 173 l.f., in relazione a profili di inammissibilità, di cui al terzo comma della norma in esame, messi in luce, nella fattispecie esaminata dal Supremo Collegio, nella relazione ex art. 172 l.f. dal commissario giudiziale, la Corte di Cassazione (Cass. n. 29741/18) ha affermato che le modifiche alla proposta presentata di concordato preventivo possono intervenire anche in pendenza del procedimento teso alla revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l.f., poiché l'art. 175, comma 2, l.f. – nel testo applicabile "ratione temporis" prima della sua soppressione disposta dal d.l. n. 83 del 2015, convertito con modificazioni dalla legge 132/2015 – riconosce espressamente tale facoltà fino all'inizio delle operazioni di voto, al fine di evitare che il calcolo delle maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad una proposta diversa da quella oggetto di omologa. Nella fattispecie il commissario aveva ritenuto non fattibile la proposta per mancanza di risorse sufficienti a garantire un qualche pur minimo pagamento a favore dei creditori; la Corte, enunciando il principio sopra indicato, ha ritenuto che il proponente potesse modificare la proposta in pendenza del procedimento teso alla revoca del c.p. e prima del voto, mediante la presentazione di fideiussioni dirette a migliorarla senza necessità di ulteriori attestazioni in ordine al piano concordatario rimasto immutato.

In particolare la Corte ha sottolineato che l'apertura del subprocedimento ex art. 173 l.f. non comporta la sospensione della procedura concordataria, precludendo il compimento di qualsivoglia operazione relativa al concordato, non essendo tale effetto stabilito da alcuna norma, né essendo ricavabile dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 8575/15 richiamata dal ricorrente. L'apertura del subprocedimento ne comporta solo un temporaneo arresto – nel senso che non può farsi luogo all'adunanza dei creditori che va all'occorrenza rinviata – ma non l'impossibilità, ancor prima delle operazioni di voto, di iniziative meramente rafforzative e migliorative delle prospettive di realizzo dei creditori in base alla proposta già depositata, volte a superare la situazione negativa rilevata dal commissario, in conseguenza della quale si è aperto il subprocedimento che potrebbe condurre alla revoca dell'ammissione al concordato.

La Corte ha infine evidenziato che se è vero che qualsiasi modifica sostanziale della proposta o del piano deve essere accompagnata dalla relazione dell'attestatore, ex art. 161, comma 3, l.f., è altrettanto vero che la relazione dell'attestazione deve riguardare, ex art. 161, comma 3, primo periodo "la veridicità dei dati aziendali" e "la fattibilità del piano". Nel caso di specie la modifica apportata (presentazione di fideiussioni) non aveva alcuna connessione con i dati aziendali e la loro veridicità, né atteneva al piano, che non veniva modificato in maniera sostanziale, che restava un piano di liquidazione (come quello originario rimasto immutato), anche se integrato da fideiussione, la quale, essendo meramente integrativa ed accessoria, non poteva dirsi modificativa dello stesso, non imponendosi quindi l'ulteriore attestazione di cui al menzionato terzo comma, ultimo periodo, del citato articolo.

Diversamente invece deve ritenersi, a prescindere dalla scadenza del termine ultimo previsto ex lege per la modifica della proposta e del piano, nel caso in cui il subprocedimento ex art. 173 l.f. trovi fondamento non nell'assenza di una condizione di ammissibilità ma in atti di frode ex art. 173, comma 1 o comma 3, prima parte. Infatti alla luce anche del consolidato indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte nessuna modifica della proposta, sia tempestiva o meno, potrebbe farli venire meno ex post, così come una compiuta disclosure postuma di fatti prima omessi, sottaciuti, celati o non completamente esposti che non varrebbe certo ad eludere la sanzione (cfr. per esempio Cass. n.14552/14; Cass. 9027/16; Cass.24288/16; Cass. 31478/18; Cass. 31477/18; Trib. Milano 10.11.2016 in "il Caso.it").

Orbene pur in mancanza di uno specifico intervento della Corte di Cassazione sulla nuova formulazione dell'art. 172 l.f., deve ritenersi che i principi enunciati in relazione alla perentorietà del termine previsto dalla vecchia norma dell'art. 175, comma 2, per apportare da parte del debitore modifiche sostanziali al piano e/o alla proposta concordataria, inscindibilmente collegati a tal fine, possono essere trasportati al termine previsto attualmente dalla normativa vigente ricorrendo la medesima "ratio".

Deve quindi affermarsi che il termine ultimo concesso al debitore per apportare modifiche sostanziali alla proposta/piano è quello previsto dall'art. 172, comma 2, penultimo capoverso, di 15 giorni prima dell'adunanza dei creditori.

Orbene nel caso di specie l'adunanza dei creditori è stata fissata dal Tribunale, con il decreto ex art. 163 di ammissione della società ricorrente alla procedura di concordato, il 20.2.2019.

I Commissari Giudiziali pertanto hanno depositato la relazione ex art. 172 l.f. nel rispetto del termine previsto dal comma 1 di "almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori", il 4.1.2019.

Nella predetta relazione, come sopra già evidenziato, i Commissari hanno segnalato alcune criticità della proposta - in particolare mancata previsione di un fondo rischi inerente il contenzioso "██████", alle quali la proponente ha inteso dare una risposta con la modifica in esame depositata il 27.3.2019 fondata sull'intervenuto accordo transattivo con la società ██████ con conseguente liberazione del fondo prevedibile "spese legali contenzioso ██████" e "del fondo rischi contenzioso ██████" appostato dai commissari giudiziali nella relazione ex art. 172 l.f....

In data 4.2.2019 la proponente ha formulato istanza al Tribunale di rinvio dell'adunanza dei creditori di almeno 60 giorni.

Il Tribunale, con decreto del 5.2.2019 ha accolto l'istanza "nei **limiti sotto indicati**" differendo l'adunanza dei creditori al 21.3.2019 sottolineando peraltro come **"il differimento dell'udienza fissata per l'adunanza dei creditori nel decreto ex art. 163 l.f. non comporta slittamento alcuno dei termini fissati dall'art. 172, comma II, l.f."**.

In data 11.2.2019 i Commissari Giudiziali hanno depositato informativa ai sensi dell'art. 173 l.f. segnalando al Tribunale alcune operazioni potenzialmente rilevanti ed integranti atti di frode ex art. 173 l.f. .

Conseguentemente il Tribunale con decreto in data 15.2.2019 ha aperto d'ufficio il subprocedimento ex art. 173 l.f. fissando l'udienza del 28.3.2019 e sospendendo contemporaneamente l'adunanza dei creditori fissata per il 21.3.2019.

Ciò precisato ritiene il Tribunale che la modifica della proposta e del piano depositato solo il 27.3.2019, il giorno precedente l'udienza fissata ex art. 173 l.f. alla luce degli atti di frode denunciati dai Commissari Giudiziali, sia inammissibile in quanto tardiva.

Tale modifica infatti che attiene solo ed esclusivamente, e non potrebbe essere diversamente, ai rilievi evidenziati nella relazione 172 depositata il 4.1.2019 - ben noti alla proponente e che attengono a condizioni di ammissibilità della proposta originaria - avrebbe dovuto essere depositata non oltre il 5.2.2019 essendo l'adunanza dei creditori fissata il 20.2.2019.

Non può invero sostenersi, come sembrerebbe ritenere parte ricorrente che non ha speso neppure una parola in punto tempestività della modifica, che il rinvio dell'adunanza disposto, su istanza della stessa proponente, con decreto del 5.2.2019 abbia per ciò stesso comportato uno slittamento dei termini previsti dall'art. 172 e cioè una loro rideterminazione con riferimento alla nuova udienza fissata per l'adunanza dei creditori al 21.3.2019.

Ed invero non solo l'istanza è stata presentata a termine ormai scaduto, non solo la proponente non poteva vantare alcun diritto ad ottenere il predetto spostamento, restando una mera facoltà del Tribunale concederlo, ma soprattutto una simile tesi è in contrasto con il dettato normativo.

Infatti non si può certo sostenere che il rinvio dell'adunanza comporterebbe un nuovo decorso del termine stabilito dall'art. 172, comma 2, in quanto tale articolo farebbe riferimento genericamente "all'adunanza dei creditori" e non specificamente "all'adunanza dei creditori fissata ex art. 163 l.f".

Invero il comma II dell'art. 172, comma 2, richiama espressamente l'art. 163 stabilendo che: "Qualora nel termine di cui al quarto comma dell'art. 163 siano depositate proposte concorrenti, il commissario riferisce in merito ad esse con relazione integrativa da depositarsi in cancelleria e comunicare ai creditori, con le modalità di cui all'art. 171, secondo comma, almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori".

Quindi l'art. 172 contiene un espresso richiamo all'adunanza fissata con il decreto ex art. 163 l.f. per quanto attiene al termine, di non oltre trenta giorni prima dell'adunanza, per la proposizione delle proposte concorrenti e relativi piani.

Di conseguenza quando l'art. 172 allo stesso comma nel penultimo capoverso fa riferimento al termine per la modifica delle proposte, non solo del debitore ma anche dei concorrenti, il predetto termine non può che essere computato in relazione alla stessa adunanza fissata con il decreto ex art. 163 l.f. di apertura della procedura.

Del resto ammettere che il rinvio dell'adunanza comporti una nuova decorrenza del termine in contestazione, vorrebbe dire riaprire anche i termini per la proposizione di proposte concorrenti perché la decorrenza di tutti i termini indicati dall'art. 172 non può che rapportarsi ad una stessa adunanza dei creditori.

Tale conclusione peraltro oltre ad allungare a dismisura i termini della procedura in contrasto con la precisa scansione temporale procedimentale voluta dal legislatore della riforma e con il termine ultimo per la chiusura della procedura fissato dall'art. 181 l.f., farebbe "rivivere" termini tassativi e già scaduti.

L'opposta interpretazione, a quanto sembra avallata dalla ricorrente si presterebbe per altro verso a possibili e facili abusi da parte del proponente che, appurata l'inesistenza di proposte concorrenti, chieda ed ottenga un rinvio dell'adunanza per elaborare del tutto comodamente una modifica della proposta, magari peggiorativa rispetto a quella originaria, ma pur sempre più vantaggiosa dell'alternativa fallimentare.

Coerentemente pertanto il Tribunale nel concedere il rinvio ha peraltro bene evidenziato che tale spostamento dell'adunanza non avrebbe comportato alcuno slittamento dei termini fissati dall'art. 172 l.f., da computarsi quindi sempre e solo in relazione all'adunanza fissata con il decreto ex art. 163 l.f.

L'unico caso in cui al rinvio dell'adunanza dei creditori consegue il rinnovato decorso di tutti i termini ex art. 172 è allorché il Tribunale per motivi oggettivi, concernenti per esempio la complessità della procedura, prima del decorso di alcuno dei termini stabiliti dall'art. 172 e segnatamente prima della scadenza di quello fissato dal comma 1 per il deposito della relazione ex art. 172 l.f. , modificando parzialmente il decreto 163 l.f., fissi una nuova udienza per l'adunanza dei creditori.

Allorché invece, come nel caso di specie, tutti o parte di tali termini siano già decorsi, il rinvio dell'udienza di adunanza, anche se concesso nonostante l'inesistenza di alcun diritto dei proponenti ad ottenerlo, non può certo comportare una riapertura dei predetti termini, tanto meno nei confronti soltanto di una parte.

Diverso è il caso in cui, depositata una modifica della proposta concordataria 15 giorni prima dell'adunanza fissata dal decreto ex art. 163 l.f., appaia necessario concedere al Commissario un termine più lungo dei dieci giorni anteriori la predetta udienza per depositare la relazione integrativa. Infatti il Commissario è tenuto a depositare la relazione integrativa non solo nel caso in cui sia stata presentata una proposta concorrente nel termine previsto dall'art. 163, comma IV, l.f., ma tutte le volte in cui *"emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto"* e tra queste rientrano senza dubbio le modifiche sostanziali apportate dai proponenti alla proposta e/o al piano. In tal caso il Commissario si troverebbe in sostanza solo con cinque giorni di tempo per depositare l'integrazione alla relazione: termine questo ristretto soprattutto nel caso che siano apportate significative modifiche alla proposta/piano.

In altre parole la rimessione in termini può avvenire solo di fronte a casi particolari, eccezionali non imputabili al soggetto tenuto a rispettare il termine.

Nel caso di specie, giova ribadirlo, il mancato rispetto del termine del 5.2.2019, rispetto all'adunanza fissata dal decreto ex art. 163 l.f. il 20.2.2019, è imputabile esclusivamente alla ██████████ srl posto che tutti i fatti posti a base della modifica erano ben noti fin dal deposito della relazione ex art. 172 l.f. .

Nessun diritto quindi alla "rimessione in termini" e al rinvio dell'udienza di adunanza dei creditori poteva quindi vantare la ricorrente.

Incontestato ed ammesso dalla stessa ricorrente è poi che si tratti di modifica "sostanziale" incidendo la stessa sulla percentuale offerta e garantita ai creditori, nonché sulle modalità e i tempi di soddisfazione degli stessi.

Alla tardività della modifica della proposta e del piano concordatario depositata il 27.3.2019 consegue già solo per tale motivo l'inammissibilità della stessa.

L'istanza in esame presenta profili di inammissibilità.

Del tutto inammissibile è innanzitutto la proposta di "transazione ██████" posta a base della modifica in esame.

Secondo parte ricorrente questa proposta transattiva terrebbe conto dei rilievi formulati dal Tribunale nel precedente provvedimento del 21.12.2018, che ha rigettato la precedente richiesta di autorizzazione alla stipula della transazione, e sarebbe conveniente per il ceto creditorio.

Ad avviso del Collegio la proposta transattiva più che adeguarsi ai rilievi del Collegio costituisce un palese e sostanziale tentativo di aggirarne il contenuto.

Giova infatti per completezza riportare integralmente il decreto emesso dal G.D. in data 21.12.2018 di rigetto della precedente istanza ex art. 167 l.f.:

"Il G.D.;

vista l'istanza ex art. 167, comma 2, l.f. depositata da ██████ S.P.A. (già ██████ ██████ S.P.A.), in data 27.11.2018 avente ad oggetto la richiesta autorizzazione a concludere la transazione relativa al contenzioso "██████" e ad effettuare il pagamento nei termini e alle condizioni di cui al testo allegato (€ 840.000,00 in "prededuzione" entro il 30.9.2019 pena la risoluzione dell'accordo transattivo);

visto il parere negativo depositato dai Commissari Giudiziali in data 19.12.2018;

ritenuto che i profili di criticità evidenziati dai Commissari Giudiziali nel predetto parere sono perfettamente condivisibili;

considerato che la richiesta autorizzazione nei termini ivi previsti è in contrasto con le previsioni del piano concordatario, così come modificato da ultimo con la memoria del 16.10.2018, che infatti prospettava la definizione del contenzioso "██████" "con il pagamento da parte delle società del ██████ interessate (██████ s.p.a , ██████ e ██████ s.p.a.) della somma complessiva di € 2.100.000,00" prevedendo ,quanto a ██████ e ██████, che tali società " potrebbero essere disponibili ad impiegare – anziché per il pagamento delle spese legali per la coltivazione del contenzioso " – per le quali è appostato in piano uno specifico fondo di € 683.249,00 ciascuna prededucibile, in quanto si tratta di crediti sorti dopo il deposito del ricorso ex art. 161 l.f. e quindi " fuori concorso" – (tale fondo) "per la definizione transattiva delle controversie" e

sottolineando che "██████████, quale terza società chiamata in causa, terrà conto della quota di sua spettanza ... nell'ambito del redigendo accordo di ristrutturazione...";

rilevato che viceversa la transazione in oggetto "esonera" da qualsivoglia pagamento ██████████ s.p.a. e ripartisce l'importo complessivamente pattuito in € 2.100.000,00 tra ██████████ (€ 1.260.000,00) e ██████████ (€ 840.000,00);

rilevato che le motivazioni di questa "liberazione" adottate dai legali della società ricorrente nella mail dell'11.12.2018 inviata ai Commissari, allegata al parere, sono da un lato del tutto irrilevanti e dall'altro assolutamente prive di riscontro oggettivo e non verificabili dal Collegio, sì che è lecito "sospettare" che ben altre siano le ragioni di tale scelta;

considerato inoltre e soprattutto che la proposta transazione si sostanzia in un'inammissibile trasformazione di un credito concorsuale chirografario – soggetto pertanto alla falcidia concordataria nella misura del 80%, essendo previsto a piano il pagamento del 20% dei creditori chirografari – in un credito "prededucibile" nel senso dianzi riportato al di fuori dei presupposti di legge e in aperta violazione dei principi della "par condicio creditorum" e del rispetto delle cause legittime di prelazione;

rilevato invero che i crediti risarcitori rivendicati da ██████████ hanno pacificamente natura concorsuale chirografaria;

considerato altresì che gli stessi attestatori nella relazione 161, comma 3, l.f. hanno appostato prudenzialmente, avendo viceversa la società originariamente escluso ogni rischio per il contenzioso "██████████" un fondo rischi "chirografo" di € 2.034.408,00 in vista del suo possibile esito negativo, corrispondente quindi ad un esborso di € 406.881,60 (20%);

rilevato che la società ora pretenderebbe di trasformare tale fondo in un fondo prededucibile di complessivi € 1.260.000,00 tramite il prelievo di € 683.249,00 dallo specifico fondo per spese legali e la residua somma di € 156.751,00 dal fondo generico "prededucibile" e non privilegiato, come erroneamente prospettato nell'istanza ex art. 167 l.f. (cfr. prospetto a pag. 8);

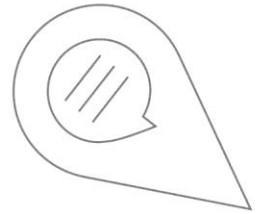
ritenuto pertanto che comportando la transazione in oggetto un'inammissibile modifica sostanziale del piano e della proposta concordataria, in quanto non solo priva della necessaria attestazione ex art. 161, comma 3, l.f., ma anche e soprattutto in contrasto con norme inderogabili, non può essere autorizzata;

P.Q.M.

rigetta l'istanza ex art. 167, 2 comma, l.f. depositata da ██████████ S.P.A. (già ██████████ ██████████ S.P.A.) in data 27.11.2018 relativa al contenzioso "██████████".

Alessandria, 21/12/2018

Il giudice delegato (Pierluigi Mela)”



Orbene secondo la nuova prospettazione della ricorrente la nuova proposta transattiva prevede:

- a) La chiusura tombale del giudizio;
- b) La rinuncia reciproca delle parti ad ogni possibile pretesa anche futura derivante dai fatti, dagli accordi, dalle condotte e dalla disclosure riferite al giudizio;
- c) La reciproca rinuncia ad ogni pretesa di qualsiasi natura esistente tra le parti alla data della Transazione [REDACTED];
- d) Il pagamento, a titolo transattivo, a favore di [REDACTED] della somma complessiva di € 2.350.000,00 così suddivisa: € 500.000,00 da parte di [REDACTED] entro il 30 marzo 2020 a condizione dell'omologa dell'accordo ex art. 182 bis l.f.; € 900.000,00 da parte di [REDACTED] s.p.a., corrispondente al maggior importo dovuto secondo la percentuale che al momento dell'effettivo pagamento sarà riconosciuta ai creditori chirografari nelle tempistiche previste dal piano concordatario della società per il pagamento dei creditori chirografari (50% entro tre mesi dal decreto di omologa; 25% entro 15 mesi dal decreto di omologa e il restante 25% entro 35 mesi dal predetto decreto, rinunciando [REDACTED] al diritto di ottenere una somma superiore ai predetti € 900.000,00 nel caso in cui la percentuale di soddisfazione dei chirografi dovesse comportare il pagamento di un importo superiore ad € 900.000,00; € 950.000,00 da parte di [REDACTED] nelle tempistiche previste dal piano concordatario per i creditori chirografari (100% entro tre mesi dall'emissione del decreto di omologa).

L'efficacia della transazione è subordinata all'avveramento entro il 30.9.2019 di determinate condizioni sospensive (deposito dell'istanza ex art. 167 l.f., autorizzazione del Tribunale; omologa ex art. 180 del concordato proposto da [REDACTED] e [REDACTED] ed omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti proposto da [REDACTED], nonché ad una condizione risolutiva corrispondente al mancato avveramento di tutte le condizioni sospensive entro il 30.9.2019).

Secondo la proponente tale transazione accoglierebbe le argomentazioni espresse dal Tribunale nel riportato provvedimento di rigetto in quanto contempla che [REDACTED] partecipi al pagamento della somma pattuita a favore di [REDACTED] e **qualifica il credito di [REDACTED] come chirografo, così eliminando ogni eventuale ipotetico dubbio circa il pieno rispetto della par condicio creditorum evocata dal predetto provvedimento di rigetto.**

Secondo [REDACTED] srl la transazione sarebbe vantaggiosa per i creditori della società in quanto:

la società otterrebbe la chiusura tombale del giudizio; l'importo complessivo come Pagamento è certamente assai minore del risarcimento dei danni che [REDACTED] avrebbe chiesto in giudizio.” Infatti

pur se nel giudizio tuttora pendente [REDACTED] non ha ancora quantificato la propria domanda risarcitoria, **nella transazione [REDACTED] le parti hanno dato atto che il valore della domanda risarcitoria di [REDACTED] sarebbe stato ben più alto della somma oggetto di pagamento. A ciò si aggiunga che gli Attestatori, nelle precedenti attestazioni depositate dalla Società, nell'esprimere il loro giudizio di fattibilità dei piani di concordato della società e di [REDACTED], hanno "prudenzialmente" tenuto conto del "potenziale e allo stato astratto" rischio riveniente dal Giudizio, identificando nelle proprie analisi di sensitività un importo pari a circa € 4.100.000,00, quale rischio di causa complessivamente stimabile, nell'ipotetico caso di soccombenza delle suddette società. Dunque un importo quasi doppio rispetto a quello oggetto di pagamento".**

Al riguardo si osserva.

La società nella proposta originaria aveva stanziato solo un fondo rischi prevedibile di € 683.249,00 per le spese legali relative al predetto contenzioso, mentre non avevano appostato alcun fondo rischi per soccombenza.

Gli attestatori nella relazione ex art. 161, comma 3, l.f. hanno invece ritenuto di dover appostare **un fondo rischi chirografo complessivo di € 4.100.000,00** per soccombenza che sebbene solidale tra le tre società ([REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED]), sarebbe, in prima battuta, a carico di [REDACTED] (società maggiormente patrimonializzata e solvibile) con possibilità di regresso, profilandosi infruttuosa la relativa azione contro [REDACTED], nei confronti della sola [REDACTED] per il 50% (cioè per euro 2.034.408) corrispondente ad un esborso effettivo, tenuto conto della falcidia concordataria e quindi della percentuale allora garantita ai creditori chirografi della I classe (20%) di **€ 406.881,60**.

Nella precedente proposta transattiva, rigettata dal tribunale, era previsto il pagamento complessivo della somma di € 2.100.000,00 in prededuzione, di cui € 1.260.000,00 a carico di [REDACTED] ed € 840.000,00 a carico di [REDACTED].

L'attuale proposta transattiva vede il pagamento effettivo ad [REDACTED] della somma di € 2.350.000,00 complessivi, di cui € 900.000,00 a carico di [REDACTED], € 950.000,00 a carico di [REDACTED] ed € 500.000,00 a carico di [REDACTED].

Le parti "stranamente" nella transazione non quantificano minimamente l'importo delle pretese reciproche al fine di poter stabilire il rischio di causa ma al punto 3.5. della transazione (allegato 3 alla memoria 27.3.2019) con formula di dubbia validità si limitano ad affermare che riconoscono che il risarcimento chiesto da [REDACTED] nel giudizio è di importo molto più elevato del pagamento transattivo

pattuito, importo accettato da [REDACTED] solo in considerazione alle difficili condizioni finanziarie di [REDACTED] e all'assoggettamento a procedura concorsuale di [REDACTED] e [REDACTED].

Pacifico è del resto che nel giudizio non siano state già quantificate le pretese dalle parti.

Posto che pacificamente il credito di [REDACTED], in caso di soccombenza da parte delle proponenti e di Beta in particolare, è un credito chirografario è di tutta evidenza che dovrebbe subire la falcidia concordataria prevista nella proposta, come modificata, che garantisce ai creditori chirografari il pagamento minimo del 20% con un massimo del 100%.

Pertanto se [REDACTED] in base alla transazione in esame deve pagare a [REDACTED] la somma effettiva di € 950.000,00 (corrispondente al 20% del credito), è evidente che il rischio soccombenza per la sola Beta viene stimato in € 4.750.000, a fronte di una stima effettuata dagli attestatori di € 4.068.815 per Beta e a un fondo chirografo complessivo di € 4.100.000,00 per tutte e tre le società.

In base alla nuova proposta se l'importo complessivo da pagare ad [REDACTED] come credito chirografario è previsto in € 2.350.000,00 vuole dire che il rischio di soccombenza complessivo si è amplificato a dismisura rispetto alle previsioni degli attestatori. Infatti tenendo conto di una percentuale di pagamento garantita del 20% ammonterebbe a € 11.750.000!

Come si vede l'importo garantito ad [REDACTED] secondo la nuova proposta di transazione di complessivi € 2.350.000,00 non trova alcuna giustificazione oggettiva, essendo del tutto omessi i criteri adottati per la quantificazione, è addirittura maggiore o comunque sostanzialmente coincidente con l'importo in prededuzione previsto nella precedente transazione, rigettata dal tribunale, e, in definitiva, rappresenta un mero escamotage, un tentativo di trasformare in chirografario un credito sostanzialmente trattato come privilegiato con violazione della "par condicio creditorum"

Del resto se la precedente transazione indicava in € 840.000 l'importo dovuto da [REDACTED] in prededuzione, logica vorrebbe che, riconosciuta la natura corretta di credito chirografario, l'importo da porre a carico di [REDACTED], tenuto conto della falcidia concordataria prevista nella modifica della proposta in esame, corrispondesse ad € 168.000 (20% di € 840.000).

Conseguentemente nessuna autorizzazione può essere concessa ex art. 167 l.f. ai fini della stipulazione di una transazione palesemente inammissibile.

Liberazione della società da ogni obbligazione derivante dai Fondi Europei per il progetto Heat To Fuel Grant Agreement

Nel piano concordatario la società ha previsto la completa liberazione della società dalla restituzione alla Commissione Europea per i prefinanziamenti erogati in relazione al predetto progetto ove lo stesso non venisse completato e/o in caso di eventi patologici dei rapporti.

La società, sulle base del parere allegato dello studio legale GOP, ha ritenuto insussistenti i presupposti per il mantenimento del debito di € 121.283 per il progetto Heat To Fuel Grant Agreeebt

Ritiene il Collegio di non poter condividere assolutamente queste conclusioni e che, conseguentemente, debba essere mantenuto in essere il relativo debito di € 121.283.

Innanzitutto va osservato che non c'è in atti alcuna espressa liberazione da parte della Commissione Europea di Beta dall'obbligo di restituzione del predetto prefinanziamento.

Va comunque osservato che anche ammesso che nei confronti della Commissione Europea unico soggetto obbligato sia diventato ██████████, nel caso di richiesta di rimborso dei prefinanziamenti, nulla esclude il diritto di ██████████ a rivalersi su ██████████, responsabile degli inadempimenti esistenti alla data del subingresso di ██████████ nei predetti progetti.

Va infatti osservato che non vi è alcuna prova in atti che il predetto progetto sia stato regolarmente sviluppato da Beta fino al trasferimento a ██████████; risulta per tabulas che il progetto all'atto del subingresso di ██████████ era sospeso, sospensione chiaramente imputabile alla proponente..

È pertanto palese ad avviso del collegio che, nel caso in cui la Commissione non accettasse di modificare i contratti - in primis la durata - e li risolvesse chiedendo la restituzione dei pre - finanziamenti già erogati, il rischio che l'inadempimento posto a base della risoluzione sia imputabile esclusivamente o quanto meno prevalentemente a Beta costituisce quasi una certezza.

La conclusione quindi è sul punto esattamente contraria a quella contenuta nel parere dello studio legale Gop secondo cui nell'ipotesi "remota" in cui la Commissione chiedesse la restituzione del finanziamento erogato, tale passività dovrebbe gravare su ██████████.

Forse non si è considerato che in perfetta linea a quanto previsto dagli artt. 182, 4 comma, e 105, quinto comma, l.f., l'offerta ██████████ posta a base del piano concordatario espressamente ha escluso (cfr. punti 1.1.1. (a)) qualsiasi responsabilità dell'offerente ai sensi e per gli effetti delle predette norme per i debiti di qualsivoglia natura inerenti alle aziende Bio (anche se inerenti a contratti/concessioni/convenzioni... trasferiti con l'operazione) anteriori alla data del trasferimento.

E il successivo articolo 1.2 – Oggetto dell'offerta – punto (VII) "Finanziamenti agevolati" esclude espressamente "i debiti e gli obblighi anche di rimborso o relativi ad inadempimenti, penali, maturati

sino alla data di esecuzione o comunque conseguenti ad eventuali azioni o omissioni (inclusi eventuali inadempimenti) compiute dalla società fino alla data di esecuzione”.

Tali esclusioni sono state quindi espressamente riportate nel contratto di cessione d'azienda stipulato il 31.10.2018.

In definitiva appare difficilmente sostenibile che nel caso in cui la Commissione Europea non revochi la sospensione dei progetti e risolva i contratti, l'inadempimento possa essere imputato a █████ s.p.a., subentrata nel rapporto successivamente alla predetta sospensione; di conseguenza anche ammesso che la Commissione possa chiedere la restituzione dei prefinanziamenti solo a █████, resta il fatto che quest'ultima a termini di contratto ben potrebbe rivalersi sulla società proponente per gli inadempimenti a lei imputabili.

Conseguentemente █████ avrebbe dovuto confermare l'iscrizione del debito di € 121.283, come fondo rischi per tale causale.

Consegue la revoca dell'ammissione al concordato preventivo della proponente essendo venute meno le condizioni di ammissibilità ex art. 173, comma 3, l.f.

REVOCA DELL'AMMISSIONE EX ART.173 , COMMA I, L.F. PER SUSSISTENZA DI ATTI IN FRODE AI CREDITORI

Deve essere innanzitutto riportato per comodità il precedente decreto del Tribunale in data 15.2.2019 di apertura del procedimento ex art. 173 l.f.

“N. R.G. 10/2017

TRIBUNALE DI ALESSANDRIA

Il Tribunale, sezione civile e fallimentare, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

DR.SSA CATERINA SANTINELLO PRESIDENTE

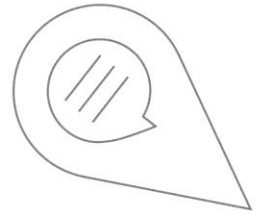
DR. PIERLUIGI MELA GIUDICE REL.

DR.SSA ENRICA BERTOLOTTO GIUDICE

Nel proc. n. 10/17 C.P.

Ha pronunciato il seguente

DECRETO



Il Tribunale,

vista la relazione depositata dai Commissari Giudiziali in data 4.1.2019 ex art. 172 l.f. e la segnalazione ex art. 173 l.f. depositata il 11.2.2019;

rilevato che nella relazione ex art. 172 l.f. i Commissari Giudiziali al capitolo n. 5, dedicato alle "cause del dissesto", hanno segnalato al Tribunale alcune operazioni potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 173 L.F.;

considerato che i Commissari hanno posto l'accento su alcune operazioni poste in essere dalla società negli anni 2011-2017 e segnatamente: (i) sul primo aumento di capitale liberato mediante il conferimento del ramo d'azienda ██████ effettuato sulla base di valutazioni reddituali prospettive evidentemente sovradimensionate; (ii) sulla destinazione infra gruppo dei rilevanti fondi versati dai nuovi azionisti esteri e "dirottati" a IBP con il sorgere di un credito di euro 90 milioni e da questi utilizzati per pagare indebitamente di ██████; (iii) ad una gestione mai partita ed apparentemente mantenuta in vita tramite operazioni contabili infra gruppo;

considerato che nella segnalazione ex art. 173 l.f. si evidenzia che "in forza di tali operazioni (e dei bilanci che hanno accolto i relativi valori) sia stato possibile nascondere, quantomeno fino al 2017, un'insolvenza risalente assai addietro nel tempo ed anche, e soprattutto, come la reale natura e portata dei comportamenti tenuti dalla società e dai suoi organi di gestione e di controllo non sia stata adeguatamente e compiutamente illustrata e rivelata, nella sua evidenza, in tutti gli atti della procedura concordataria, comprese le relazioni ex art. 161 co. 3 L.F. e art. 186 bis co. 2 lett. b.) L.F.";

considerato che tali operazioni e più in generale la stessa costruzione di un gruppo societario per il comparto "bio", là ove il progetto imprenditoriale sotteso ben avrebbe potuto essere realizzato e gestito da un'unica società, secondo i Commissari hanno sostanzialmente consentito a Beta ██████ (oggi ██████ spa in liquidazione) di "mascherare" il proprio stato di insolvenza, in realtà risalente al 2013, fino al 2017 allorché si è proceduto all'integrale svalutazione delle partecipazioni e dei crediti vantati nei confronti delle società del gruppo, con conseguenti gravi responsabilità in capo agli organi sociali e non solo;

rilevato che tali operazioni sono state meramente menzionate come "avvenimenti rilevanti nel corso degli anni 2013-2016" nel ricorso contenente il piano e la proposta concordataria del 23.4.2018, nel quale tra l'altro si affermava che non erano ravvisabili elementi certi di responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo;

rilevato che anche nella relazione ex art. 161, comma 3, l.f. certamente più analitica del ricorso, tali fatti ed operazioni non sono stati "adeguatamente e compiutamente esposti" tanto è vero che gli attestatori hanno fatto risalire il dissesto della società solo al 31.12.2016;

ritenuto che per costante giurisprudenza gli atti di frode vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza e anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata, purché caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole volontarietà della condotta, di cui invece non è necessaria la dolosa preordinazione (cfr. tra le ultime Cass. 20960/18; Cass. 20492/18);

ritenuto che nel caso in esame la proponente, né in seno al ricorso per l'ammissione del concordato preventivo e relativi allegati e neppure successivamente abbia fornito una plausibile spiegazione dello scostamento riscontrato, assai rilevante, tra i valori del patrimonio riportati nei bilanci al 31.12.2013 e in quelli successivi e la situazione economico patrimoniale della società alla data del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo;

ritenuto conseguentemente di dover procedere all'apertura del sub-procedimento di cui all'art. 173 l.f. atteso che i fatti denunciati al Tribunale sono sicuramente rilevanti ex artt. 173, 1° comma, l.f. . alla luce degli accertamenti e delle valutazioni effettuate dai Commissari sulle quali non vi è alcun motivo di dissentire apparendo perfettamente condivisibili;

ritenuto che debba, pertanto, essere sospesa l'adunanza dei creditori già fissata per il 20.2.2019 fino all'esito del subprocedimento ex art. 173 l.f.

p.q.m.

fissa per la trattazione del subprocedimento ex art. 173 l.f. l'udienza del **28 marzo 2019 ore 9.30**;

sospende, allo stato, l'adunanza dei creditori fissata per il giorno 20.2.2019;

manda ai Commissari per le comunicazioni ai creditori.

Si comunichi.

Alessandria, li 15 febbraio 2019

Il Presidente

Il giudice relatore

(Pierluigi Mela)

Occorre infatti muovere dalla considerazione che nella loro relazione ex art. 172 L.F. (e segnatamente a pag. 31 e segg.) i commissari hanno espresso il loro convincimento che “*la società era destinata al tracollo verosimilmente già dal 2013, con una gestione che proprio non era in grado di produrre ricavi sufficienti a coprire i costi*”; che “*non possa certo dirsi che la società sia entrata in crisi nell'estate del 2017, quanto piuttosto che versasse in situazione di seria difficoltà da ben prima, con una gestione che proprio non era in grado di produrre ricavi sufficienti a coprire i costi ed a rimuovere l'assoluto stallo, e che è stata fatta forzatamente “rimanere in piedi” quando invece avrebbe dovuto essere, e ben prima, interrotta*” ... e che “*mai nel corso della sua esistenza [redacted] [redacted] abbia avuto anche solo la possibilità di coprire i rilevanti costi dei gestione, circostanza questa che, quantomeno, avrebbe dovuto comportare la cessazione dell'attività dal 2015*”).

Nella loro segnalazione ex art. 173 L.F. i commissari giudiziali hanno poi rimarcato che l'effetto di tali operazioni (e segnatamente: (i) *sul primo aumento di capitale liberato mediante il conferimento del ramo d'azienda [redacted] effettuato sulla base di valutazioni reddituali prospettive evidentemente sovradimensionate*; (ii) *sulla destinazione infra gruppo dei relevantissimi fondi versati dai nuovi azionisti esteri e “dirottati” a [redacted] con il sorgere di un credito di euro 90 milioni e da questa utilizzati per pagare indebitamente di [redacted]*; (iii) *ad una gestione mai partita ed apparentemente mantenuta in vita tramite operazioni contabili infra gruppo*; sia stato quello di occultare fino alla fine del 2017 “...un'insolvenza risalente assai addietro nel tempo...” e che “...la reale natura e portata dei comportamenti tenuti dalla società e dai suoi organi di gestione e di controllo non sia stata adeguatamente e compiutamente illustrata e rivelata, nella sua evidenza, in tutti gli atti della procedura concordataria, comprese le relazioni ex art. 161 co. 3 L.F. e art. 186 bis co. 2 lett. b.) L.F...”

Ebbene, i commissari giudiziali hanno posto l'accento sulla circostanza che dette operazioni, pur menzionate nella domanda di concordato e nei suoi allegati, erano state invero esposte in modo non chiaro, in quanto alla semplice enunciazione degli accadimenti non aveva fatto seguito un'adeguata descrizione della loro reale portata ed una conseguente completa ed esauriente spiegazione della natura e relative finalità.

Invero, con la mera citazione di tali operazioni, sinteticamente descritte come fatti, per così dire, “naturali”, si era volutamente realizzata una “sfumatura” di elementi certi di responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo e di fatti di assoluto rilievo del dissesto, in quanto la descrizione delle cause e circostanze della crisi era stata incardinata ponendo l’accento su eventi di natura esclusivamente economica. Tali eventi erano stati identificati nel fatto che la società faceva parte di un gruppo che aveva investito somme rilevanti in un progetto innovativo, concepito per assumere una posizione predominante in un settore ad alto contenuto tecnologico, errando però nella formulazione delle sue previsioni e senza che la nuova attività potesse decollare con la vendita di nuove licenze e l’auspicata realizzazione di nuovi impianti in tutto il mondo.

In tal modo, ad avviso dei commissari giudiziali, era stato concretamente violato il principio di trasparenza e buona fede che deve animare l’imprenditore in difficoltà allorché *“...prospetta ai creditori la sua proposta di definizione dell’indebitamento, in quanto concretizza un comportamento capace di alterare la percezione dei creditori sul “come”, il “quando” ed il “perché” si sia giunti al dissesto...”*.

Orbene, nella memoria depositata in data 27.3.19, la società ricorrente contesta preliminarmente «il peculiare incedere delle presenti procedure concordatarie», sottolineando *«l’oggettiva anomalia che ha caratterizzato la formulazione delle segnalazioni ex art. 173 l. fall., le quali sono state poste in essere – in via oggettivamente inusuale (ma sarebbe più esatto dire “irrituale”) – successivamente al deposito, il 4 gennaio 2019, delle relazioni di cui all’art. 172 l. fall. e senza il benché minimo riferimento ad alcuna circostanza nuova*». Osserva che *«i Commissari giudiziali, dopo aver affermato, sulla base di un’approfondita valutazione dei fatti, che non sussistesse (come in effetti non sussiste) alcuna causa ostativa alla prosecuzione delle procedure concordatarie, in seconda battuta hanno ritenuto, sulla base di quei medesimi fatti e senza alcuna “scoperta” di elementi nuovi, di addivenire a conclusioni diametralmente opposte, segnalando al Tribunale la pretesa necessità dell’adozione di provvedimenti ai sensi dell’art. 173 l. fall.»*. Evidenzia, invero, che i fatti attinti dalle censure nella segnalazione ex art. 173 l.f. sono *«i medesimi, noti da tempo e, non a caso, trasfusi nelle relazioni redatte ai sensi dell’art. 172 l.f., le quali non contengono il benché minimo cenno alla supposta necessità di revocare l’ammissione al concordato; necessità, questa, che è stata invece intempestivamente (e davvero inspiegabilmente) predicata con atti depositate a oltre un mese di distanza, senza – lo si ripete- che siano medio tempore emersi fatti nuovi o diversi da quelli già segnalati»*; la società sottolinea anche che *«se il 4 gennaio 2019 i Commissari giudiziali hanno ritenuto di poter fornire ai creditori, grazie alla disclosure attuata dalle Società e senza alcuna “scoperta” di fatti ipoteticamente occultati dalle debtrici (la quale, ove fosse occorsa, sarebbe stata senz’altro immediatamente denunciata dal Collegio commissariale), informazioni oggettivamente approfondite e complete, senz’altro idonee a consentire la formazione di un consenso pienamente “genuino”, non si vede davvero – a livello logico, prim’ancora che giuridico – come l’11 febbraio 2019,*

senza l'emersione di alcun fatto nuovo, sia stato possibile predicare con qualche fondamento che l'esposizione delle debtrici sarebbe affetta da consapevoli (quando non addirittura dolose) omissioni, spingendosi a qualificarle come veri e propri atti di frode».

Le considerazioni formulate dalla società ricorrente impongono di affermare preliminarmente che nessuna anomalia e/o irrivalenza e/o intempestività può ravvisarsi nella scelta dei Commissari Giudiziali di denunciare quali atti di frode rilevanti all'interno della segnalazione ex art. 173 l.f. circostanze già puntualmente descritte nella relazione ex art. 172 l.f.

E' appena il caso di ricordare, in primo luogo, che in nessun punto della relazione ex art. 172 l.f. depositata in data 4.1.2019 i Commissari hanno affermato l'insussistenza di cause ostative alla prosecuzione della procedura. Anzi, già nella citata relazione, i Commissari hanno puntualmente descritto le condotte qualificabili come atti in frode.

E' peraltro noto che la giurisprudenza di legittimità ha da tempo escluso che la segnalazione del compimento degli atti di frode debba seguire forme predeterminate e ha ritenuto validamente instaurata una procedura di revoca ex art. 173 l.f. avviata in forza di condotte segnalate nella relazione ex art. 172 l.f.. I Supremi Giudici hanno infatti chiarito che *«la lettera dell'art. 173, primo comma, 1. fall. è esplicita nel senso che il tribunale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo quando il commissario giudiziale ha accertato e riferito il compimento di atti di frode da parte del debitore. Al riguardo occorre solo chiarire che la frode ha carattere oggettivo e la relativa qualificazione spetta al tribunale indipendentemente dalle espressioni usate dal commissario giudiziale, il quale ha il compito di accertare i fatti e di riferirli al tribunale»* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9271 del 24/04/2014, nella quale era stata contestata la violazione degli artt. 173 1. fall. e dell'art. 112 c.p.c., in quanto la Corte di appello aveva ritenuto possibile l'avvio del procedimento di revoca in assenza di una specifica richiesta in tal senso del commissario giudiziale, il quale si era limitato a riferire di una difficile se non impossibile riscossione dei crediti).

Ma vi è di più. La Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che *«nessun vizio è proprio del procedimento, che ex art. 173 l.f. va aperto e procede d'ufficio dal tribunale su mera segnalazione del commissario giudiziale (Cass. 3324/2016), non competendo a quest'ultimo uno specifico potere d'iniziativa processuale ma piuttosto un dovere di riferimento qualificato al giudice sui fatti che possono condurre alla revoca (Cass. 9271/2014)»* (così testualmente Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 9932 del 20.4.2018).

Ed infatti, la revoca contemplata dall'art. 173 l.f., per il carattere officioso da cui è connotata, si iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia e *«l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di*

altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 della legge fallimentare, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento» (così testualmente Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14552 del 26/06/2014, **Pres. Est. Rordorf**, relativa al caso di un concordato revocato ex art. 173 l.f., in cui dalla lettura della relazione del commissario giudiziale ex art. 172 legge fallimentare i creditori erano venuti a conoscenza di atti in frode posti in essere dalla società prima della presentazione della domanda di concordato).

Proseguendo su questa costante linea interpretativa, la Suprema Corte ha recentemente affermato che «*non esiste alcuna preclusione, in capo al tribunale, circa la nuova (e diversa) valutazione di fatti già esistenti al momento della domanda»* e «*nessun dubbio può sorgere circa il fatto che ... il Tribunale, anche successivamente alla votazione favorevole dei creditori sulla proposta concordataria potesse procedere, attivando anche d'ufficio la procedura ex art. 173 l.f., alla verifica della persistenza delle condizioni di ammissibilità tutte della domanda concordataria»* (così testualmente Cass. Sez. I, Sentenza n. 31478 del 9.11.18). Ne consegue che «*a fronte di atti o di fatti rilevanti ai fini previsti dall'art. 173 l.fall., o comunque ad essi equiparabili quoad effectum, il Tribunale deve respingere la domanda di omologazione, nonostante la mancata apertura del relativo procedimento ovvero il suo inserimento in modo difforme dall'esito di accertamento più completo nel solo giudizio di omologazione (cfr. Cass. n. 2234 del 2017)»*, in quanto il controllo della regolarità della procedura che consente di imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta «*comporta necessariamente la verifica della persistenza sino a quel momento, delle medesime condizioni di ammissibilità della procedura stessa, seppure già scrutinate nella fase iniziale, dell'assenza di atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173 l.fall. e, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, del rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione (cfr. in senso analogo, le più recenti Cass. n. 2234 del 2017 e Cass. n. 10778 del 2014)»* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 31477 del 05/12/2018).

La società ricorrente contesta anche l'indifferenza ai fini del consenso informato dei creditori delle condotte segnalate dai Commissari Giudiziali. Osserva, invero, che il comportamento contra legem eventualmente tenuto dal debitore prima del deposito della domanda è irrilevante ai fini del buon esito del concordato e che «*in nessun caso i creditori potrebbero essere ingannati dalla prospettazione della ricorrente in ordine al momento della perdita del capitale sociale e alla possibilità di far valere l'azione di responsabilità (solo) nell'eventuale successivo fallimento»*, in quanto «*l'ipotetico (ma ad avviso degli scriventi insussistente) aggravamento del dissesto, dal momento che, ai sensi dell'art. 240, l. fall., sia il curatore che il commissario giudiziale possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati cc.dd. fallimentari: il che elimina in radice l'interesse – e l'intenzione – delle ricorrenti di carpire maliziosamente il voto dei creditori a favore di un concordato nel quale la*

domanda e l'attestazione hanno ammesso la non tempestività dell'emersione della crisi, con ciò rivelando una condotta censurabile sia nel caso in cui i creditori votino a favore del concordato, sia in quello in cui ne respingano la proposta provocando in tal modo il fallimento». Aggiunge la società che il profilo dell'azione di responsabilità è stato già affrontato dal Tribunale in sede di ammissione, allorquando «si è addivenuti alla conclusione che non sussistono i presupposti per il proficuo esperimento di una iniziativa siffatta, anche in considerazione della verosimile incapacità dei potenziali destinatari della stessa (la cui effettiva responsabilità resta, peraltro, tutt'altro che scontata); senza dire che, già in quella sede, è stata affermata la sussistenza del requisito del miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato rispetto al fallimento».

Il rilievo non coglie nel segno.

Se, infatti, si legge il decreto di ammissione ex art. 163 l.f., non solo non si trova alcun cenno alle predette operazioni e al fruttuoso esperimento o meno dell'azione di responsabilità, ma al contrario, dopo aver richiamato tutti i precedenti provvedimenti emanati – tra i quali il decreto di fissazione dell'udienza ex art. 162, comma 2, l.f. – il Tribunale ha espressamente demandato ai Commissari Giudiziali per gli aspetti non compiutamente chiariti nelle memorie depositate dalla ricorrente in data 8.6.2018, 3.7.2018, 7.7.2018 e 16.10.2018, ogni opportuno e necessario approfondimento. D'altronde, non può dimenticarsi che il vaglio di ammissibilità del concordato può e deve essere condotto dal Tribunale in ogni fase del procedimento e anche in sede di omologa (cfr. per tutte Cass. Sez. Un. n. 1521/13).

Né appare francamente comprensibile e rilevante il riferimento alla legittimazione del commissario a costituirsi parte civile. La società ricorrente non contesta che le azioni civili di responsabilità verso gli organi sociali non siano contemplate nel piano, ma si limita a richiamare la previsione dell'art. 240 l.f., che, come noto, prevede la legittimazione del curatore o del commissario a costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati cc.dd fallimentari. E' di tutta evidenza che l'operatività di tale norma – eccezionale e limitata alla suddetta fattispecie di costituzione di parte civile nel processo penale - non consente affatto di garantire ai creditori il risarcimento di qualsiasi danno cagionato dagli organi sociali che abbiano aggravato il dissesto, vuoi per la banale ragione che presuppone l'esercizio dell'azione penale da parte del P.M. per i reati fallimentari, vuoi perché attiene a fattispecie non esattamente sovrapponibili a quelle contemplate dall'art. 146 l.f., vuoi perché presenta diverse prospettive di quantificazione dei danni risarcibili (e ciò in particolare, alla luce del vigente disposto dell'art. 2486 c.c., come modificato dal Codice della Crisi e certamente applicabile al caso in esame, essendo entrato in vigore il 16.3.2019).

Azione di responsabilità in sede civile che nel caso di specie non è certamente esperibile dagli organi della procedura. E' noto, invero, che *«se sono certamente proponibili anche nell'ambito del concordato preventivo le azioni di responsabilità, nel caso di concordato con continuità aziendale,*

come è quello di specie, ove non viene neppure nominato un liquidatore – si che non si può discutere, come avviene nell'ambito del concordato liquidatorio, in ordine all'eventuale legittimazione del liquidatore giudiziale sul presupposto che anche l'azione di responsabilità e il conseguente credito risarcitorio rientrerebbero, a prescindere dal fatto che siano stati previsti e appostati a piano concordatario, tra i diritti "ceduti" dal debitore ai creditori pena altrimenti la violazione dell'art. 2740 c.c. – unico legittimato all'esercizio di tali azioni è in ogni caso il proponente – si discute poi, per le società di capitali, se previa o meno delibera dell'assemblea ex art. 2393 c.c. -, si che l'esercizio delle stesse deve essere necessariamente previsto nel piano concordatario» (così Tribunale Alessandria, 25/11/2016; conf. Tribunale Bologna, 16/08/2016, n.2121; Tribunale Piacenza, 12/02/2015, n.113, secondo il quale compete al singolo creditore la legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c., "non comportando la procedura concordataria la perdita della capacità processuale in capo agli organi sociali in favore del commissario giudiziale ovvero del liquidatore").

Ciò a prescindere dalla decisiva considerazione che, come sarà meglio specificato anche in seguito, del tutto irrilevanti e non pertinenti sono le argomentazioni che si fondano sulla affermata non iscrivibilità a bilancio, sulla difficoltà di quantificare il danno e/o le probabilità di accoglimento delle azioni e di effettivo recupero dei crediti risarcitori avuto riguarda alla capienza patrimoniale o meno dei soggetti responsabili, dal momento che ciò che rileva effettivamente è la concreta sussistenza delle predette responsabilità e quindi delle relative azioni, là ove la convenienza nell'azionarle o meno costituirà oggetto di valutazione da parte dei creditori e non del debitore il quale non può essere arbitro della scelta di quali informazioni offrire e non offrire al ceto creditorio; ugualmente del tutto irrilevante è che si tratti di veri o propri crediti oppure di mere aspettative dal momento che l'art. 173, comma 1, l.f. prevede oltre a fattispecie tipiche come quella dell'occultamento dell'attivo anche genericamente "altri atti di frode" nell'ambito della quale rientra certamente qualsiasi informazione omessa che possa avere rilievo al fine dell'espressione del voto da parte dei creditori e non c'è chi non veda che il silenzio serbato su tali profili di responsabilità certamente presenta i suddetti requisiti (così espressamente in tal senso Trib. Alessandria 25.11.2016 in "Il caso.it").

In altri termini ciò che il legislatore ha voluto sanzionare con il procedimento ex art.173 l.f. è sostanzialmente l'abuso informativo consistente nel non aver messo a disposizione dei creditori tutti i dati necessari che devono essere suscettibili di valutazione al fine di poter esprimere il diritto di voto. Del resto la rilevanza di tali omissioni ai fini della sanzione posta dall'art. 173 l.f. sembra essere stata confermata dalla Corte di Cassazione che, sia pure in tema di presupposti per l'annullamento del concordato – da ritenersi, secondo l'indirizzo preferibile, più ristretti rispetto a quelli che giustificano "la revoca dell'ammissione al concordato che attengono specificatamente, all'espressione del consenso informato dei creditori" come evidenziato dalla stessa Corte nella decisione in esame - ha affermato, in una fattispecie avente ad oggetto proprio l'omessa enunciazione nella domanda di concordato di fatti che avrebbero potuto fondare la proposizione di un'azione di responsabilità nei

confronti degli amministratori per aver adottato decisioni contrarie agli interessi della società che:” *presupposto dell’annullamento, ai sensi dell’art. 138 l.f. (richiamato dall’art. 186, ultimo comma, l.f.) è unicamente l’accertata sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell’attivo che ha indotto i creditori a votare nell’erroneo convincimento della sua insussistenza, mentre a nulla rileva che l’attività sottratta o dissimulata possa eventualmente essere recuperata al di fuori della procedura”* (Cass. n.11395/16), ove il riferimento era proprio all’esperibilità da parte dei singoli creditori dell’azione ex art. 2394 c.c..

Irrilevanti pertanto e per i medesimi motivi appaiono sia il richiamo al principio del “ *nemo tenetur se detegere*” (cfr. pag. 60 della memoria difensiva ex art. 173), trattandosi di un principio che riguarda esclusivamente la responsabilità penale e quindi l’esistenza di un reato, e non invece quella civile che pacificamente non coincide con la prima essendo diversi i presupposti, oltre al fatto che in certi casi i comportamenti in contestazione non riguardano l’attuale organo amministrativo della società che propone il concordato bensì membri degli organi sociali già cessati dalle rispettive cariche; sia le considerazioni riportate dal Commissari nella relazione ex art. 172 l.f. in ordine alle prospettive recuperatorie dell’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali da parte del curatore nella “ *dichiaranda procedura di fallimento* “ (cfr. pag. 61 della memoria difensiva 27.3.2019).

Al riguardo parte ricorrente sembra volutamente equivocare tra giudizio di convenienza della procedura concordataria rispetto all’alternativa fallimentare e comportamenti/omissioni rilevanti ai fini della revoca dell’ammissione ex art. 173 l.f. alla luce dei consolidati principi giurisprudenziali elaborati in materia dalla giurisprudenza di legittimità e di merito di seguito riportati.

La società ricorrente contesta anche nel merito che vi sia stata una qualsivoglia colpevole omissione informativa tesa a coartare il consenso dei creditori, ritenendo che tutte le circostanze denunciate dai Commissari erano state oggetto di rappresentazione da parte delle società nei propri ricorsi e nei rispettivi allegati. In particolare, dopo aver riportato testualmente quanto scritto nel ricorso e nell’attestazione, conclude che « *i Commissari giudiziali non hanno posto l’attenzione su alcuna circostanza nuova, né, tantomeno, hanno scoperto elementi che erano stati consapevolmente occultati dalla società .. al contrario, a livello di esposizione fattuale si registra una piena sovrapposibilità tra, da un lato, i ricorsi e i loro allegati (che come già detto, formano un unum corpus) e, dall’altro, le relazioni ex art. 172 l.f. e le successive segnalazioni ex art. 173 l.f.. Non essendo stata tacitata alcuna circostanza poi rilevata (anche) dai Commissari, non si vede davvero su quale base si possa pretendere di affermare con qualche (pur minimo) fondamento che le Società avrebbero inteso sottoporre ai propri creditori una rappresentazione dei fatti viziata (o, comunque incompleta) allo scopo di coartarne il consenso. La verità sta esattamente nell’opposta prospettiva: le debentrici hanno offerto da subito un quadro informativo completo ed esaustivo,*

senz'altro idoneo a consentire ai creditori l'espressione di un consenso a tutti gli effetti genuino e privo di "inquinamenti" diretti a "orientare" il risultato della votazione".

Per comprendere la rilevanza delle deficienze informative nell'ambito della procedura di revoca ex art. 173 l.f. si ritiene opportuno procedere ad una sintetica analisi dello stato della giurisprudenza di legittimità e di merito sul punto.

Da tempo la Suprema Corte ha chiarito che gli atti in frode rilevanti per la revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173 l.f., a differenza degli atti in frode ai creditori ex art. 64 l.f., «esigono che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè situazioni che, da un lato, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che, dall'altro, siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. In altri termini, in tanto i comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato possono essere valutati ai fini della revoca dell'ammissione al concordato in quanto abbiano una valenza decettiva ed quindi siano tali da pregiudicare un consenso informato dei creditori. Questa conclusione si giustifica, come ha messo in rilievo la citata decisione [n.d.r. Cass. , Sez. 1, **Sentenza** n. 13817 del 23/06/2011] sia per la lettera della l.f. art. 173, secondo cui l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere "accertato" dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso scoperto; sia perché il minimo comune denominatore dei comportamenti di frode espressamente presi in considerazione dalla norma (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, dolosa omissione dell'esistenza di crediti, esposizione di passività inesistenti) è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare, con la conseguenza che tale attitudine deve ricorrere anche per gli "altri atti di frode" non espressamente presi in considerazione dalla norma; sia, infine, per ragioni di ordine sistematico poiché dopo la riforma il tribunale non deve esprimere un giudizio di convenienza sulla proposta - che è riservato solo ai creditori, salvo che nel caso di opposizione all'omologazione previsto dalla l.f. art. 180, comma 4, ma deve garantire, oltre alla regolarità del procedimento, la messa a disposizione dei creditori di tutti gli elementi necessari per una corretta valutazione» (così testualmente Cass. Sez. 1, **Sentenza** n. 23387 del 15/10/2013).

Proprio muovendo dalla valenza informativa della proposta concordataria, gli atti in frode sul piano oggettivo devono essere intesi come «le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato dei creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, e che non si identificano con quelle di cui agli artt. 64 e ss. l.fall., inizialmente ignorate dagli organi della

procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza a fronte di una evidenziazione precedente del tutto inadeguata» (Sez. 1, Sentenza n. 17191 del 29/07/2014; Cass. n. 25165/16; conf., da ultimo, Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 15013 del 08/06/2018; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 30537 del 26/11/18; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9362 del 16/04/2018, in cui l'omessa indicazione dell'esistenza di un contratto di leasing e di accordi con il ██████ risultante unicamente nei bilanci allegati alla proposta è stata inquadrata come «occultamento di situazione di fatto che, in quanto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, avrebbero dovuto essere portate a conoscenza degli stessi ai fini dell'espressione del loro consenso informato»).

Ne consegue che, per aver rilievo ai fini della revoca, gli altri atti in frode di cui all'art. 173 co. 1 l.f. «devono essere "accertati" dal commissario giudiziale ed avere una valenza potenzialmente decettiva, per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato dei creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, giustificandosi la valutazione del Giudice a riguardo in funzione di garanzia della regolarità della procedura, nella verifica della messa a disposizione dei creditori di tutti gli elementi necessari per una corretta valutazione» (Cass. Sez. 1, **Sentenza** n. 9050 del 18/04/2014). Infatti, la nozione di atto in frode commesso anteriormente all'apertura della procedura di concordato esige che «la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori; sempre che, peraltro, pur essendo state dichiarate dal proponente, non siano dipese da comportamenti depauperativi del patrimonio posti in essere dal medesimo con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria (Cass. 13817/2011, 13387/2013)» (così Cass. Sez. 1, **Sentenza** n. 12533 del 04/06/2014).

La Suprema Corte ha, altresì, chiarito che costituisce atto in frode rilevante ai fini della revoca del concordato non solo il fatto "scoperto" dal Commissario perché in precedenza ignoto ai creditori nella sua materialità, ma anche «il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi "accertato" dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente» (così testualmente Cass. Sez. 1, **Sentenza** n.9050 del 18/04/2014, relativa ad un caso di artificiosa sottovalutazione di alcune operazioni indicate e di incompleta descrizione di un'operazione di fusione che non consentiva di individuare gli eventuali coinvolgimenti di persone fisiche in grado di rispondere con il loro patrimonio di comportamenti diretti ad ottenere ingiusti profitti;

conf. Cass. Sez. 1, **Sentenza** n. 17191 del 29/07/2014; Cass. . Sez. 1, Ordinanza n. 30537 del 26/11/18). Sono, quindi, da considerarsi atti in frode rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla procedura ex art. 173 l.f. i «*fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza, e, quindi, anche ove questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento (cfr. Cass. n. 25165 del 2016; Cass. n. 26429 del 2017)*» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 7379 del 23/03/2018, relativa al caso dell'omessa indicazione - tra le altre - della pendenza di un contenzioso).

Né può considerarsi sufficiente e idonea disclosure, l'inserzione formale di singole operazioni in contabilità che «*se non riprese ed adeguatamente illustrate in sede di ricorso di concordato, integrano il predetto presupposto allorché, come avvenuto nella specie, il giudice di merito ne riscontri l'obiettivo portata decettiva, poiché alla base di una incompletezza e chiarezza della stessa situazione patrimoniale con cui la proponente perviene a definire, instaurando con il ricorso il procedimento di concordato, il contesto concorsuale informativo (Cass. 12964/2016, 10826/2017); essi infatti si risolvono in un limite esplicativo che non può essere superato solo a seguito delle contestazioni giudiziali, attenendo al prescritto requisito di attendibilità e veridicità iniziali*» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 26429 del 8/11/2017).

Esaminando un caso – per molti versi analogo a quelli che hanno interessato le società del gruppo – in cui una società insolvente operante nel settore delle costruzioni di edilizia residenziale aveva provveduto ad una sostanziale scissione del patrimonio, separando gli immobili destinati alla vendita da quelli destinati alla gestione, aveva provveduto a costituire una nuova società, controllata per l'80 % con quota sottoscritta mediante conferimento di un ramo aziendale comprendente immobili destinati alla vendita per un valore di euro 1,3 milioni (a fronte di immobili mantenuti per un valore di euro 5 milioni), e tre mesi dopo aveva ceduto la proprietà delle quote della società scissa a una società terza, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente un atto in frode rilevante ai sensi dell'art. 173 l.f., evidenziando che «*il consenso informato poteva risultare compromesso dall'omessa menzione dell'operazione nel suo complesso, dall'omessa indicazione dei soggetti coinvolti e dalla mancata esplicitazione degli afferenti collegamenti societari*» (Cass. Sez- 1, Sentenza n. 16856 del 26/06/2018). La Corte ha infatti chiarito che «*non possiede alcuna rilevanza la sottolineatura della possibile emersione delle operazioni di scissione patrimoniale e di cessione di quote dalle risultanze delle visure camerali della società coinvolte ... ovvero dalle scritture contabili. Gli atti di frode esigono infatti che la condotta del debitore venga ricostruita come idonea a occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, cioè situazioni che, da un lato, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che, dall'altro, siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte" essendo prima nel senso suddetto ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Nondimeno nell'ambito dei fatti accertati dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 173 legge fall., rientrano non solo i fatti "scoperti" perché del*

tutto ignoti nella loro materialità, ma anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta di concordato e nei suoi allegati. Sicché ai fini della revoca dell'ammissione al concordato rilevano gli atti non espressamente indicati nella proposta che abbiano una tale valenza decettiva per i creditori, ancorché annotati nelle scritture contabili (v. Cass. n. 23397-13, Cass. n. 12533-14). In definitiva, integra l'atto di frode il silenzio del debitore nella proposta di concordato e nei suoi allegati in ordine a operazioni suscettibili di assumere rilievo per soddisfacimento dei creditori in caso di fallimento, quale certamente è un'operazione di scissione patrimoniale realizzata dal debitore che sia già insolvente» (ancora Cass. Sez. 1, Sentenza n. 16856 del 26/06/2018).

Gli atti in frode possono, quindi, consistere sia nell'aver taciuto totalmente fatti rilevanti, sia nell'averli descritti in modo inadeguato e incompiuto, atteso che «in entrambi i casi, si tratta di comportamenti del debitore che abbiano una valenza decettiva, onde pregiudicano il consenso informato dei creditori chiamati al voto (Cass. 15 ottobre 2013, n. 23387; 5 agosto 2011, n. 17038)» (così Cass. Sez. 1, **Sentenza** n.3409 del 22/02/2016; conf. Cass. Sez. 1 - , **Sentenza** n. 5689 del 07/03/2017).

La Suprema Corte ha anche chiarito che, affinché sia integrato un atto in frode rilevante ai sensi dell'art. 173 l.f., «il comportamento deve essere stato assunto con dolo, inteso come volontarietà del fatto (così ancora Cass. n. 23387/2013 e n. 17038/2011), consistente anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori (cfr. Cass. n. 10778 del 2014; Cass. n. 9027 del 2016; Cass. n. 26429 del 2017)» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 7379 del 23/03/2018). Non è, invero «necessaria la dolosa preordinazione in vista dell'effetto decettivo, essendo sufficiente l'intenzionalità dell'atto/omissione con valenza decettiva» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 7379 del 23/03/2018; conf. Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 1501 del 08/06/2018; Cass. Sez- 1, Sentenza n. 16856 del 26/06/2018; Cass. Sez- 1, Sentenza n. 9362 del 16/04/2018).

Non è, infine, in discussione l'attribuzione al Tribunale del «potere di compiere una penetrante verifica della adeguatezza dell'informazione che viene fornita ai creditori, proprio al fine di consentire a questi ultimi un'espressione libera e consapevole del voto (cfr. Cass. n. 7959 del 2017; Cass. n. 5825 del 2018)» (così, Cass. Sez- 1, Sentenza n. 31478 del 5/12/2018).

In sintesi, quindi, gli atti in frode rilevanti ex art. 173 l.f. «presuppongono: a) l'esistenza di un dato di fatto occultato afferente il patrimonio del debitore tale da alterare la percezione dei creditori, risultando una divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale (elemento oggettivo); b) il carattere doloso di detta divergenza, quale volontarietà del fatto (elemento soggettivo) (cfr. Cass. n. 7379 del 2018)» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 30537 del 26/11/2018).

Non è, invece, necessaria la dimostrazione dell'effettiva consumazione della frode ai danni dei creditori. La Suprema Corte è ormai costante nell'affermare che «*la fraudolenza degli atti posti in essere dal debitore, se implica, come già detto, una loro potenzialità decettiva nei riguardi dei creditori, non per questo assume rilievo, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, solo ove l'inganno dei creditori si sia effettivamente realizzato e si possa quindi dimostrare che, in concreto, i creditori medesimi hanno espresso il loro voto in base ad una falsa rappresentazione della realtà. Quel che rileva è il comportamento fraudolento del debitore, non l'effettiva consumazione della frode*» (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14552 del 26/06/2014, Pres. Est. Rordorf, cit.). E ciò in quanto «*se così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente 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 dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito (come, sul piano sistematico, risulta oggi confermato anche dall'applicabilità dell'istituto della revoca per atti fraudolenti sin dalla fase ancora embrionale della procedura, in caso di domanda di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano, a norma del sesto comma dell'art. 161 della legge fallimentare, novellato dall'art. 82, comma 1, lett. b, del d.l. n. 69 del 2013, convertito con legge n. 98 del 2013). In tali situazioni, ove fosse fondata la tesi qui propugnata dalla ricorrente, sarebbe stato logico che il legislatore avesse previsto ugualmente la possibilità di dar corso alla procedura, almeno sino all'adunanza dei creditori, così da consentire a costoro di esprimere il loro voto alla luce dei fatti scoperti ed illustrati dal commissario giudiziale. Poiché non è così, deve di necessità concludersi che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato art. 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura» (ancora testualmente Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14552 del 26/06/2014, Pres. Est. Rordorf; conf., da ultimo, Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25165 del 07/12/2016; Cass. Sez. I Ord., 23 marzo 2018, n. 7379, in cui si legge «*La fraudolenza rileva, invero, non in termini di effettiva consumazione, ma di potenzialità decettiva nei riguardi dei creditori, come argomentato già da Cass. n. 23387 del 2013, atteso che la norma non richiede che, una volta accertata la presenza di atti di frode, venga dato spazio a successive valutazioni dei creditori*»).*

In senso conforme si è pronunciata anche la giurisprudenza di merito.

In particolare è stato affermato che «*E' irrilevante che le operazioni anteriori alla domanda di concordato ed astrattamente revocabili siano individuabili attraverso l'esame delle scritture contabili, giacché queste ultime, anche in considerazione della loro particolare complessità,*

non rappresentano lo strumento con il quale il debitore porta a conoscenza dei creditori tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'espressione del loro consenso sulla proposta di concordato, ma rappresentano l'oggetto dell'attività di verifica che il Commissario deve svolgere sui dati risultanti dalla proposta e dai suoi allegati; **il silenzio della proposta su fatti e circostanze non può, pertanto, essere reso irrilevante dalla relativa annotazione nelle scritture contabili**" (Trib. Rimini 28-11-2013 in "ilcaso.it");

"Ciò che rileva è il tentativo di frode posto in essere dall'imprenditore che intende accedere alla proposta di concordato posto in essere all'atto del deposito della proposta di concordato, indipendentemente dal fatto che questa proposta sia stata successivamente emendata da una integrazione con integrale disvelamento degli atti sottaciuti: Il tentativo di frode nei confronti dei creditori opera alla stregua di una sorta di evento di pericolo, che colpisce anticipatamente l'imprenditore concordante indipendentemente dalla successiva rimozione delle circostanze che avrebbero condotto alla revoca della proposta. **Se si favorisse l'interpretazione secondo cui sarebbe possibile sanare la condotta fraudolenta iniziale (ove vi sia prova che questa omissione sia voluta e venga rimossa per effetto di induzione alla disclosure per effetto dei rilievi dell'organo commissariale) si favorirebbero condotte opportunistiche che subordinerebbero la manifestazione di queste condotte al puro caso in cui l'organo commissariale "scoprisse" tali condotte.** Attribuire ad un mero evento occasionale la formulazione di una corretta formulazione della proposta di concordato preventivo significa incentivare condotte non virtuose, incentrate su dinamiche di asimmetria informativa che inducono a fenomeni di selezione avversa. Una condotta opportunistica che non preveda sanzioni di alcun genere a carico del proponente favorirebbe l'imprenditore in ogni caso a scapito dei creditori. Difatti se l'imprenditore concordante non venisse scoperto, egli lucrerebbe un vantaggio competitivo rispetto alla massa dei creditori perché non metterebbe loro a disposizione le risorse celate. Se viceversa venisse scoperto, non rischierebbe nulla, perché offrirebbe ai creditori tardivamente quello che avrebbe dovuto offrire sin dall'origine.... La tutela dei comportamenti fraudolenti è quindi anticipata – nella lettura data dalla Suprema Corte – al solo "potenziale" effetto decettivo, con efficacia generalpreventiva in danno dei suddetti comportamenti opportunistici degli imprenditori concordanti. Questa natura anticipata o di potenziale decettività spiega per quale motivo il procedimento di revoca possa essere posto in essere dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori... **Una rilevante ricaduta sistematica di questa interpretazione è che nessuna modifica della proposta possa essere valorizzata al fine di considerare irrilevante l'atto di frode per avvenuta comunicazione tardiva al ceto creditorio**, salvo che questo avvenga spontaneamente per effetto del comportamento del ricorrente. In quest'ultimo caso – altamente improbabile – il comportamento del ricorrente non indotto da ragioni esterne non potrebbe ritenersi sintomatico della volontà, o quanto meno

della consapevolezza di intercettare decettivamente la volontà dei creditori. Negli altri casi questa potenziale decettività colpisce la formulazione dell'originaria proposta e non è scrinata da una modifica successiva della stessa. Questa "potenziale" decettività, che prescinde dalla effettiva consumazione della frode, non può neanche essere sanata da modifiche della proposta che mirassero a eliminare in termini economici gli effetti dell'originario deficit informativo e il potenziale danno per la massa. Se la proposta modificata aggiungesse alla proposta originaria le utilità che erano state originariamente sottratte ai creditori (con la depurazione di debiti o garanzie fittizie e/o revocabili, ovvero con il recupero all'attivo delle attività disperse), **questo non sarebbe comunque sufficiente, posto che ciò che rileva è la mera potenziale frode che non è legata a un concetto di consumazione, e quindi, di danno e non può essere sanata ex post dal tardivo " recupero" delle attività originariamente sottratte**" (Tribunale Milano 10.11.2016 in ilcaso.it);

In una fattispecie in cui le condotte potenzialmente sussumibili nella norma dell'art. 173, comma 1, l.f. evidenziate dai Commissari avevano riguardato, tra l'altro: la mancata applicazione dei corretti principi contabili nella valutazione delle immobilizzazioni materiali, delle rimanenze, del magazzino, dei crediti verso terzi e dei debiti tributari e previdenziali nel bilancio di esercizio al 31.12.2010 e in quelli relativi agli esercizi successivi; il conseguente occultamento di perdite di esercizio per sanzioni ed interessi causati dall'omesso versamento di tributi fiscali e contributi previdenziali; il conseguente occultamento di perdite di esercizio per oltre 4.500.000,00 euro; **la conseguente mancata rappresentazione dell'epoca in cui ebbe a verificarsi la perdita integrale del capitale sociale, perdita che secondo i commissari era collocabile nel corso del 2013 o, quanto meno, nel 2014;** nella costituzione di due ipoteche volontarie in favore di due istituti di credito che avevano avuto l'effetto di ripianare il credito pregresso chirografario; nella vendita di beni immobili a prezzo inferiore al valore iscritto in bilancio e nella destinazione del prezzo al pagamento di un credito chirografario e di un credito postergato di un socio, tali condotte " *in mancanza di una effettiva e completa loro esplicitazione nella proposta di concordato*", sono state considerate per i loro effetti rilevanti ai fini della revoca del decreto di ammissione al concordato preventivo.

In particolare è stato osservato che i termini di esplicitazione delle predette condotte o mancavano del tutto o " *non erano obiettivamente tali da consentire di ritenere che la proposta integri una corretta e fedele ricostruzione delle cause della crisi, in quanto tale idonea ad assicurare una corretta e non decettiva informazione del ceto creditorio. Quest'ultimo deve poter aver piena cognizione di tutti gli elementi inerenti alle cause della crisi e alla convenienza, rispetto all'ipotesi alternativa della liquidazione in sede fallimentare, di un piano concordatario che non sia comprensivo delle risorse potenzialmente derivanti da un'azione di*

responsabilità nei confronti dei soggetti autori e responsabili delle condotte di frode e delle ulteriori azioni di massa o derivate dal fallimento eventualmente esperibili da parte del curatore". Nel caso di specie "il collegio dei commissari inducono ad affermare che la società avesse interamente perso il capitale sociale quantomeno nel corso dell'esercizio chiuso al 31.12.2014. Una volta escluso che possa assegnarsi rilievo alcuno al fatto che la debitrice abbia segnalato, in modo qualificabile come riduttivo, la mancata corretta applicazione dei principi contabili nella redazione dei bilanci di esercizio, va risolto il problema della sussumibilità di tutte le predette fattispecie nella previsione di cui all'art. 173, comma uno, l.f.. Infatti non tutte le condotte fraudolente antecedenti alla presentazione della domanda di concordato sono di per sé stesse ostative alla prosecuzione della procedura. Il distinguo sono il portato della necessità di armonizzare la previsione di cui all'art. 173, comma 1, l.f. con la soppressione del requisito della meritevolezza... Tale armonizzazione è stata imposta da una precisa scelta del legislatore, che nel privare il concordato preventivo delle sue caratteristiche di procedura-beneficio alternativa al fallimento, per accedere alla quale fosse necessaria la specchiatezza della condotta anteatta dell'imprenditore, **ha comunque mantenuto la rilevanza ostativa di fatti quali l'occultamento di parte dell'attivo e l'esposizione di passività inesistenti, o la commissione di altri atti di frode.** La necessità di armonizzazione dei principi della norma di cui all'art. 173 legge fall. con il sistema vigente che ha visto la soppressione del requisito della meritevolezza passa per una soluzione che finisca per circoscrivere la sfera di applicabilità dell'art. 173, comma 1, legge fall. a quei soli comportamenti che, per gravità ed importanza, siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte dell'imprenditore al concordato preventivo ed il criterio per selezionare la rilevanza degli "altri atti di frode" non può che dipendere dall'impatto che la condotta in esame abbia avuto sulla causazione della crisi e, soprattutto, sull'entità della stessa. Pare difficile infatti, poter sostenere che una condotta risoltasi nella sottrazione di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori non osti alla prosecuzione della procedura quando risulti che essa abbia causato o concausato la crisi, o dilatato in maniera significativa il passivo o, ancora, diminuito in misura rilevante l'attivo, con corrispondente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori.., Alla luce di quanto premesso va considerato che le condotte in discorso integrino atti ostativi alla prosecuzione della procedura, avendo avuto una sicura incidenza eziologica sulla crisi già in atto e cagionato danni da prosecuzione indebita della gestione caratteristica non conservativi della garanzia patrimoniale: da omesso versamento di imposte e contributi previdenziali; da lesione della "par condicio" (cfr. Trib. Bergamo 24.11.2016 in " Il caso.it").

In ordine alla omessa/incompleta denuncia di atti di "mala gestio" da parte degli organi sociali è stato altresì osservato che " **La possibilità di esperire azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società, nonché dell'esperto contabile che abbia**

negligentemente redatto la perizia in sede di trasformazione da società di persone a società a responsabilità limitata, costituiscono voci attive del patrimonio del debitore che debbono essere indicate nel piano concordatario, in quanto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e ad influenzarne il voto” (Trib. Padova 23-10-2014 in “ilcaso.it”);

“Rientra negli obblighi informativi che incombono sulla società proponente il concordato - la cui violazione integra atto in frode ex art. 173 l. fall. - l’informazione circa la pendenza di un’azione di responsabilità ex art. 2394 c.c. e 2407 c.c. promossa da un creditore a carico degli amministratori della stessa, tenuto conto che in caso di fallimento il curatore potrebbe agire a favore della massa facendo valere le medesime ragioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali, con prospettive di possibile recupero di attivo” (Trib. Rimini 08-10-2014 in “ilcaso.it”);

“Costituisce comportamento ingannevole, rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all’articolo 173 L.F., l’aver omesso di illustrare ai creditori circostanze relative a condotte tenute anteriormente alla presentazione della domanda di concordato idonee a giustificare un’azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali e quindi una possibile diversa configurazione dell’attivo. (Nel caso di specie, la società aveva omesso di svalutare crediti vantati nei confronti di soggetti dichiarati falliti, aveva illegittimamente rivalutato un immobile e non si era attivata per il recupero di un credito)” (App. Brescia 14-05-2014 in “ilcaso.it”).

In applicazione dei principi di diritto sopra succintamente ricordati, appare evidente l’assenza della asserita completa disclosure - tra l’altro del tutto inesistente nei ricorsi - dei fatti contestati dai Commissari Giudiziali nella relazione 172 l.f., e, conseguentemente, l’esistenza degli atti in frode segnalati dagli stessi.

Non possono essere condivise le affermazioni di ordine generale contenute nella “memoria difensiva 27 marzo 2019” riversata nel procedimento ex art. 173 LF per le società resistenti laddove nelle premesse è dato leggere, alle pagg. 11 e seguenti, che “... le società non hanno occultato (né, tantomeno, hanno consapevolmente inteso occultare) alcun fatto rilevante afferente alla pregressa gestione, com’è dimostrato dal rilievo che le circostanze su cui si appuntano le relazioni ex art. 172 l. fall. ... sono tutte contenute nei ricorsi depositati dalle Società e nei loro allegati, che ne costituiscono parte integrante ed essenziale, a comunicare [rectius cominciare] dalle relazioni di attestazione di cui all’art. 161, 3° comma, l. fall....” ed, ancora, che le stesse “..... hanno effettuato, sul punto, una piena disclosure e, comunque, non vi è stato....alcun occultamento di circostanze davvero idonee a incidere sulla corretta formazione del consenso dei creditori” ed, infine, che “...nessuna delle circostanze (tardivamente) denunciate dai Commissari giudiziali è frutto della loro “scoperta”, trattandosi di fatti che erano stati tutti oggetto di rappresentazione da parte delle Società nei propri ricorsi e nei rispettivi

allegati, in particolare, nelle relazioni di attestazione, che formano con l'atto principale un inscindibile unum corpus....”

Occorre muovere dalla considerazione che nella loro relazione ex art. 172 L.F. (e segnatamente alle pagg. 30 e seguenti) i commissari hanno espresso il loro convincimento che il “...dissesto di ██████████ ██████████ ... non si sia certamente verificato durante l'esercizio 2017 mandando largamente “sotto zero” un patrimonio netto che quattro anni prima era pari a quasi € 103,0 milioni, ma affondi le sue radici ben più indietro nel tempo con la conseguenza che larga parte delle perdite emerse in chiusura di tale periodo competevano in realtà alla gestione di precedenti esercizi...” e che “...la società si trovava certamente in crisi ben prima di quanto prospettato...” formulando all'esito la conclusione di sintesi che “...la società era destinata al tracollo verosimilmente già dal 2013...” e che “...i bilanci della società, che avrebbero dovuto, se correttamente redatti, evidenziare rapidamente la reale inesistenza dei larghissimi mezzi propri che invece espongono, sono stati influenzati positivamente da non corrette valutazioni e operazioni...”

Va ripetuto come, nella loro segnalazione ex art. 173 L.F. i commissari hanno poi rimarcato che l'effetto di tali operazioni (e segnatamente, dal 2011 al 2017, il primo aumento di capitale liberato mediante il conferimento del ramo di azienda ██████████ effettuato sulla base di valutazioni reddituali prospettive sovradimensionate, la destinazione infra gruppo dei rilevanti fondi versati dai nuovi azionisti esteri, dirottati a ██████████ con il sorgere di un credito di € 90 milioni e da questi utilizzati per pagare indebitamento di ██████████, una gestione mai partita e mantenuta in vita tramite operazioni contabili infra gruppo, in larga parte poste in essere avvalendosi della “...complessa architettura sulla quale era stato strutturato il gruppo ██████████...strumentale a consentire la “moltiplicazione” di valori...” sia stato quello di occultare fino alla fine del 2017 “...un'insolvenza risalente assai addietro nel tempo...” e che “...la reale natura e portata dei comportamenti tenuti dalla società e dai suoi organi di gestione e di controllo non sia stata adeguatamente e compiutamente illustrata e rivelata, nella sua evidenza, in tutti gli atti della procedura concordataria, comprese le relazioni ex art. 161 co. 3 L.F. e art. 186 bis co. 2 lett. b.) L.F...”

Ebbene, i commissari giudiziali hanno posto l'accento sulla circostanza che dette operazioni, pur menzionate nella domanda di concordato e nei suoi allegati, erano state invero espone in modo non chiaro, in quanto alla semplice enunciazione degli accadimenti non aveva fatto seguito un'adeguata descrizione della loro reale portata ed una conseguente adeguata spiegazione delle relative nature e finalità.

Invero, con la mera citazione di tali operazioni, descritte come fatti, per così dire, “naturali”, si era volutamente realizzata una “sfumatura” di elementi certi di responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo e di fatti di assoluto rilievo del dissesto, in quanto la descrizione delle cause e circostanze della crisi era stata incardinata ponendo l'accento su eventi di natura

esclusivamente economica. Tali eventi erano stati identificati nel fatto che la società faceva parte di un gruppo che aveva investito somme rilevanti in un progetto innovativo, concepito per assumere una posizione predominante in un settore ad alto contenuto tecnologico, errando però nella formulazione delle sue previsioni e senza che la nuova attività potesse decollare con la vendita di nuove licenze e l'auspicata realizzazione di nuovi impianti in tutto il mondo.

In tal modo, ad avviso dei commissari giudiziali, era stato concretamente violato il principio di trasparenza e buona fede che deve animare l'imprenditore in difficoltà allorquando *"...prospetta ai creditori la sua proposta di definizione dell'indebitamento, in quanto concretizza un comportamento capace di alterare la percezione dei creditori sul "come", il "quando" ed il "perché" si sia giunti al dissesto..."*.

Con riguardo alle descritte operazioni segnalate dai commissari giudiziali, la resistente argomenta (alle pagg. 26 e seguenti) che *"...il conferimento di ramo d'azienda da [REDACTED] e ... l'allargamento della compagine sociale... sono stati partitamente affrontati dalla ricorrente, che è quindi impossibile tacciare di reticenza, a fortiori se "consapevole" (quando non addirittura dolosa)..."*.

In particolare per il **conferimento del ramo di azienda da [REDACTED]** la resistente deduce che *"...l'esperto non ha mancato di sottolineare che i ricavi da licenze si sono attestati a valori di gran lunga inferiori rispetto a quelli inizialmente ipotizzati, mettendo chiaramente in luce un fattore di possibile criticità nella valorizzazione degli asset immateriali oggetto di conferimento..."* e che pertanto *"...a tale stregua, è evidente che tutte le circostanze oggetto della segnalazione commissariale erano già state adeguatamente illustrate nel ricorso e nella relazione dell'esperto, nei quali, oltre a indicare le caratteristiche dell'operazione di conferimento in natura, sono state ampiamente sottolineate le deludenti performances del ramo conferito, con le intuibili ricadute sulla valorizzazione degli assets immateriali..."*

Invero, la ricostruzione operata dai commissari giudiziali prospetta come negli atti di procedura non era stata evidenziata la reale natura e portata di tale operazione, identificabile nella circostanza che, con un'operazione infragruppo, [REDACTED] aveva conferito a [REDACTED] un ramo di azienda del valore netto contabile di € 3,4 milioni composto da attività per € 3,8 milioni (costi di ricerca e sviluppo ed un impianto già ammortizzato) e passività per € 0,5 milioni.

Il conferimento di tali attività e passività era stato effettuato per un valore di € 52,4 milioni sulla scorta di una perizia di [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] che aveva determinato, a fine luglio 2011, il valore del ramo di azienda nel maggior importo di € 63,5 milioni.

██████████, ricevuto il conferimento, aveva quindi iscritto attività per € 67,3 milioni (costi di ricerca e sviluppo per € 48,1 milioni, impianti per 1,8 milioni e un avviamento per € 17,4 milioni) e passività per € 14,9 milioni, evidenziando quindi mezzi propri (capitale e sovrapprezzo azioni) per € 52,4 milioni.

I commissari giudiziali avevano invero rilevato che la stima di ██████████ era stata effettuata con un metodo finanziario sulla affermazione del management che la società avrebbe generato nei successivi 15 anni (dal 2012 al 2026) flussi di cassa da vendita di licenze per € 5,3 miliardi ma che in realtà ██████████ aveva conseguito nel quadriennio 2012–2015 (per il quale le previsioni ipotizzavano ricavi per € 660,0 milioni) solo per € 10,0 milioni e con vendite intercompany.

In forza di quanto sopra i commissari giudiziali avevano espresso il convincimento che già dal 2012 la società avrebbe dovuto rettificare il valore dei suoi attivi per l'evidente perdita di **valore durevole** delle sue immobilizzazioni immateriali che ***“...alla riprova dei fatti non avevano certo il rilevante valore che una perizia (verosimilmente più che ottimistica, sulla scorta di mirabolanti previsioni di fatturato...) aveva loro assegnato...”***

Quindi gli amministratori, secondo i commissari giudiziali, essendo informati che il valore delle immobilizzazioni era funzione del conseguimento di rilevanti ricavi e utili, una volta rilevato che ***“...questi ricavi (...per non parlare degli utili) nemmeno lontanamente venivano realizzati, avrebbero dovuto semplicemente “riprendere in esame” le sintesi della perizia ██████████ e rideterminare il valore degli assets quale funzione di quel qualcosa che a consuntivo si vedeva effettivamente realizzare, e non certo invece mantenerli vivi in funzione di quel ben differente qualcosa che a preventivo si era sperato di realizzare...”*** invero omettendo un procedimento di impairment test che avrebbe confermato un valore delle immobilizzazioni immateriali ***“...prossimo allo zero e non certo di...decine di milioni di euro.***

Pare incontestabile che di quanto sopra non vi è alcuna esplicitazione nella domanda di concordato, che si limita a descrivere (pagg. 30 e seguenti) l'aumento di capitale effettuato con il conferimento indicandone le diverse componenti di valore, ma non evidenzia affatto l'iniziale iter valutativo e poi la (mancata) svalutazione delle attività, che avrebbe comportato l'emersione di fortissime perdite, tali da rendere evidente l'inconsistenza dei valori patrimoniali della società.

L'operazione di conferimento del ramo d'azienda da ██████████ appare trattata anche nelle relazioni attestative ex art. 161, terzo comma, L.F., senza che, contrariamente a quanto affermato nella ***“memoria difensiva 27 marzo 2019”***, venga messo in luce alcun fattore di criticità nella valorizzazione degli assets oggetto di conferimento, che passa del tutto sotto silenzio.

Le affermazioni degli attestatori sono esposte alle pagg. 17 e seguenti della loro relazione laddove si legge che nel 2011 “...grazie al conferimento del ramo PROESA da parte di [REDACTED] a favore di [REDACTED] per la cifra di Euro 63,5 mln, Beta acquisisce il brevetto ed il Know how relativo a detta tecnologia « [REDACTED] »...” e che quindi “...L’Assemblea dei soci di [REDACTED]...ha deliberato un aumentare il capitale sociale da Euro 120 mila ad Euro 7,125 mln....con un sovrapprezzo complessivo di Euro 45,375 mln. Ai fini della redazione della relazione di stima ex art. 2343 ter, comma 2, lettera b) c.c. il perito incaricato [REDACTED] ha stimato un Enterprise Value di detto ramo pari a Euro 63,503 mln (alla data del 31 luglio 2011)...”

Entrando nel merito dell’attività gli attestatori riferiscono poi che “... i ricavi di [REDACTED] [REDACTED]...sono legati a due fonti principali: 1) la vendita delle citate licenze e 2) a studi di fattibilità...” e che la vendita delle licenze “...nonostante un iniziale abbrivio positivo, non ha seguito le aspettative rinvenibili nelle relazioni sulla gestione dei bilanci di Beta. Infatti ad oggi solo due licenze sono state vendute a terze parti mentre una terza è stata ceduta alla consociata [REDACTED] International per un progetto ancora da sviluppare in Cina. Oggi la [REDACTED] International sta negoziando la vendita di questa licenza a [REDACTED] [REDACTED], dopo che questa stessa società è uscita dal controllo di [REDACTED] [REDACTED]” (fonte mail [REDACTED] del 14.03.2018). Una prima licenza è stata venduta alla [REDACTED] (USA) per la realizzazione di un impianto in Brasile, vendita avvenuta ancora prima della costruzione dell’impianto industriale dimostrativo a Crescentino, si è sviluppata...molto più lentamente del previsto, mentre la seconda licenza è stata venduta ad un cliente slovacco ([REDACTED] [REDACTED])...” esplicitando poi che a livello economico che “...benché [REDACTED] [REDACTED] non abbia grossi costi fissi e praticamente nessun costo variabile, la mancanza di vendite non ha potuto coprire il costo del personale e i costi di marketing e commercializzazione. I diversi studi di fattibilità effettuati hanno apportato qualche introito, ma insufficiente per coprire i costi della società senza apportare ancora vendite di altre licenze” (fonte mail M. [REDACTED] del 14.03.2018). Infatti dall’analisi dell’andamento economico si evidenzia che la mancanza di vendite non ha permesso di raggiungere la copertura del costo del personale e dei costi di marketing e commercializzazione. I diversi studi di fattibilità effettuati, in assenza di vendita di licenze, hanno apportato un introito limitato ed insufficiente per coprire la mole di costi generati dalla Società...”

Gli attestatori infine riferiscono che “...il valore dei ricavi 2014, come evincibile dal bilancio stesso (cfr. pag. 23) “è composto per 10,4 milioni di euro circa dalla vendita della licenza [REDACTED]® alla società consociata [REDACTED] S.a.r.l. oltre che alla controllante [REDACTED] S.p.A. Tali ricavi sono stati iscritti in base a rapporti contrattuali con le stesse e per ammontari non rimborsabili alla data di sottoscrizione”; dalla Nota Integrativa al bilancio 2014 alla voce Crediti verso altri (cfr. pag. 16) emerge che “l’importo dei crediti verso altri è rappresentato principalmente dalla vendita di una licenza PROESA® alla società correlata [REDACTED] S.a.r.l. per un impianto dedicato alla produzione di 185ktpa di bioetanolo in Cina per un ammontare pari ad USD 12 milioni (pari a 9.884 migliaia di

euro)”, che come già prima evidenziato, troverà attuazione solo dopo l’uscita dal perimetro di controllo del Gruppo █████ e pertanto rappresenta una cessione intercompany. Al contempo la Società ha dovuto fronteggiare una serie di costi fissi ben superiori ai risultati di vendita realizzati, dando corso ad una gestione caratteristica costantemente negativa...”

Conclusivamente appare evidente come gli attestatori non abbiano affatto messo in luce le criticità nella valorizzazione degli asset immateriali conferiti da █████.

Gli attestatori si sono invece limitati a riportare i dati economici emergenti dai bilanci ed a citare mail del responsabile amministrativo della società sulle performance delle vendite delle licenze, senza citare la rilevante circostanza che il valore delle immobilizzazioni immateriali era stato iscritto in forza di una perizia di conferimento che si fondava sul conseguimento, previsto dal management della società, di ricavi per oltre € 5 miliardi sull’arco di 15 anni e senza nulla precisare che il valore delle dette immobilizzazioni, nonostante i risultati fortemente negativi, assolutamente non in linea con quelli previsti, non è stato oggetto di alcun impairment test e, conseguentemente, di doverosa svalutazione.

Quanto all’**allargamento della compagine sociale** la resistente deduce che “...la rappresentazione fornita dalla █████ si rivela, ancora una volta, del tutto esaustiva, sia con riguardo agli apporti degli investitori sia per ciò che concerne il loro utilizzo, anche con riferimento alla circostanza che un ingente ammontare di risorse è stato “girato” all’allora █████ e, per il tramite di questa, all’allora █████; con la conseguenza che quanto segnalato dai Commissari giudiziali non costituisce in alcun modo un quid novi, trattandosi - lo si ripete - di eventi già riferiti dalla debitrice. La società ricorrente non ha mai in alcun modo nascosto che la propria attività si sia attestata su livelli oggettivamente insoddisfacenti e sia stata contraddistinta in larga parte da operazioni infragruppo. A questo proposito, si sono già riportati verbatim i passi relativi alla cessione delle licenze, che hanno condotto a ricavi largamente inferiori alle attese e sono state altresì riportate le principali operazioni intercompany; sicché, anche sotto questo profilo, né la relazione ex art. 172 l. fall. né la segnalazione ex art. 173 l. fall. contiene alcun fatto nuovo che sia stato “scoperto” dai Commissari giudiziali”.

A tale riguardo i commissari giudiziali hanno riferito che tra il 2011 ed il 2012 █████ aveva effettuato aumenti di capitale per far entrare nel suo azionariato █████ e poi █████, società con le quali erano anche stati conclusi contratti per (con la prima) supportare finanziariamente la costruzione dell’impianto di Crescentino e agevolare la commercializzazione delle licenze e per (con la seconda) la commercializzazione della tecnologia █████.

In forza di quanto sopra tra il 2011 ed il 2012 acquisiva dalle anzidette società nuova liquidità (a titolo di capitale, di finanziamento e commerciale) per complessivi € 151,4 milioni.

Le somme versate da [REDACTED], pari a € 62,5 milioni, di fatto gestite dalla controllante [REDACTED], confluivano alla collegata [REDACTED] quale finanziamento che questa utilizzava per pagamenti a [REDACTED] mentre i versamenti di [REDACTED] per € 88,9 milioni venivano per ad € 45,0 milioni utilizzati per estinguere il finanziamento erogato l'anno precedente da [REDACTED] e, per la differenza, trasferiti a [REDACTED].

In particolare i commissari giudiziali hanno segnalato larga parte delle somme versate erano servite a [REDACTED] per acquistare un credito che [REDACTED] vantava verso [REDACTED], rilevato al pieno valore nominale, e come, una volta perfezionato l'acquisto, [REDACTED] [REDACTED] avesse accordato ad [REDACTED] una dilazione per 10 anni, con la conclusione che da [REDACTED] erano usciti mezzi finanziari freschi per acquistare un credito (di fatto, con tale operazione, immobilizzandolo) verso una società in evidente difficoltà patrimoniale, economica, finanziaria e strutturale.

La conclusione dei commissari giudiziali andava quindi nel senso che [REDACTED] [REDACTED] aveva destinato ad [REDACTED] (che poi le aveva girate a [REDACTED]) ingenti disponibilità – pari ad € 90,0 milioni - raccolte dai propri soci di minoranza, mantenendo sempre in essere in bilancio tale credito verso una collegata che, in base alle sue minime consistenze economiche, finanziarie e patrimoniali, facilmente apprezzabili, mai avrebbe potuto restituirlo, il tutto senza provvedere alle rilevanti svalutazioni che l'incapienza della sua debitrice avrebbe reso necessarie e doverose.

Di quanto sopra non vi è completa ed esaustiva esplicitazione nella domanda di concordato, che si limita a descrivere (pagg. 28 e seguenti) gli afflussi di finanza in [REDACTED] [REDACTED] ma non evidenzia l'irrecuperabilità del credito immobilizzato verso [REDACTED] e la (mancata) svalutazione di tale attività, che avrebbe comportato l'emersione di fortissime perdite, tali da rendere evidente l'inconsistenza dei valori patrimoniali della società.

L'allargamento della compagine sociale viene invece trattato nelle relazioni attestative ex art. 161, terzo comma, L.F. laddove è dato leggere alle pagg. da 18 a 22 che “ ... nel 2011 e poi anche nel 2012, si assiste all'apertura dell'azionariato a due investitori terzi. Nel 2011 il fondo di investimento statunitense [REDACTED] ...sottoscrive un aumento di capitale per Euro 17,5 milioni divenendo socio di Beta al 25%, fornendo anche un finanziamento per Euro 45 mln, con un introito complessivo per Beta di Euro 62,5 mln.... [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] stipulavano un accordo con il fondo di investimento [REDACTED] per la costituzione di una joint venture con l'obiettivo di fornire il supporto finanziario per la costruzione dell'impianto produttivo di Crescentino e per agevolare lo sviluppo su scala mondiale della commercializzazione delle licenze per lo sfruttamento industriale del know how in materia di etanolo ricavato da biomasse. In conseguenza di quanto contrattualizzato tra le parti nel “Joint Venture Agreement”... Beta deliberava un aumento di capitale sociale per l'importo di Euro 17,5 mln ... [REDACTED], versando a favore della [REDACTED] il complessivo importo di Euro 17,5 mln, diveniva così titolare del 25% del capitale sociale di [REDACTED]. In aggiunta... [REDACTED] concedeva a [REDACTED]

un finanziamento infruttifero dell'ammontare di Euro 45 mln e – al contempo - [REDACTED], controllante di maggioranza di [REDACTED], si impegnava a trasferire a favore di [REDACTED] crediti (effettivi e futuri) per complessivi Euro 27,5 mln dalla stessa vantati – ovvero, che si sarebbero generati – verso [REDACTED] Srl per la costruzione dell'impianto di produzione di Crescentino.....oppure a concedere alla Società un finanziamento di Euro 45 mln, da corrispondere mediante il pagamento di n. 45 tranches mensili dell'importo di Euro 1 mln cadauna ...in parallelo [REDACTED] concedeva un finanziamento infruttifero (della durata di dieci anni) a favore della consociata [REDACTED] Srl per l'ammontare di Euro 90 mln (c.d. [REDACTED]), da erogare per Euro 62,5 mln come cash facility con cui finanziare lo sviluppo e la costruzione dell'impianto di Crescentino, e per Euro 27,5 mln, tramite differimento dei pagamenti dalla stessa dovuti a Beta in relazione alle posizioni acquisite da [REDACTED]. Nel 2012 ... [REDACTED] [REDACTED] sottoscrive - per la cifra di Euro 62,5 milioni - un secondo aumento di capitale e, in aggiunta, versa anche l'importo di Euro 26,4 milioni in ottemperanza ad alcuni accordi commerciali legati al progetto PROESA, con un introito complessivo per Beta di Euro 88,9 mln. Nello specifico...in data 5 novembre 2012 [REDACTED] provvedeva a sottoscrivere integralmente l'aumento di capitale sociale di [REDACTED], divenendo così titolare del 9,95% del capitale sociale di [REDACTED] versando a favore della Società l'importo di Euro 62,5 mln.....come risulta dai "Deliverables" consegnatici e discussi con il management della società ricorrente e redatti da [REDACTED], le somme ricevute da [REDACTED] a seguito di tali operazioni con [REDACTED], pari a circa Euro 88,9 mln - sono state reimpiegate dalla Società al fine di estinguere il debito in essere verso [REDACTED] [REDACTED] a fronte del finanziamento dalla stessa ricevuto nel 2011 (Euro 45 milioni); saldare talune posizioni debitorie in essere verso [REDACTED] alla data di «closing» dell'operazione (Euro 25,13 mln); corrispondere a [REDACTED] gli ulteriori importi alla stessa dovuti in accordo con quanto definito a seguito del [REDACTED] siglato in data 26 ottobre 2011 (per Euro 14,370 mln); coprire i propri costi di struttura (Euro 4,4 mln)..."

Pare quindi evidente che gli attestatori non abbiano dato il dovuto e necessario rilievo (nell'attestazione si parla solo di un mero differimento) alla circostanza che a fronte del pagamento immediato di € 27,5 milioni a [REDACTED] per l'acquisto al nominale del suo credito verso [REDACTED], [REDACTED] abbia poi concesso a quest'ultima di saldare il suo scoperto in 10 anni, così sottacendo che, a fronte dell'uscita di mezzi finanziari freschi per € 27,5 milioni è stato acquistato un credito, contestualmente reso immobilizzato per 10 anni, verso una società in evidente difficoltà.

Ma il sopra riportato rilievo non appare esaurire le critiche alla relazione ex art. 161 co. 3 L.F., poiché va rilevato come alle pagg. da 219 a 220 della relazione gli attestatori, avendo omesso di considerare la necessità di abbattere, e da tempo, il detto credito, affermano che [REDACTED] mostra una "...sostanziale solidità patrimoniale dovuta alle operazioni di aumento di capitale..." e che "...nonostante le perdite cumulate di esercizio, al 31 dicembre 2016 la Società risulta ancora dotata di un patrimonio netto positivo pari ad euro 69,8 milioni..." che invero "...potrebbe essere ridotto sino ad euro 55,07 milioni mantenendo tuttavia segno positivo....".

Quanto sopra contrasta con la successiva asserzione che “...dal punto di vista economico, invece, il mancato sviluppo dell'attività secondo le previsioni originarie...comporta la sistematica impossibilità di coprire i corrispondenti costi...” così che la situazione “...si rivela insostenibile sin dalla fine dell'esercizio 2016, allorché in assenza di apporti da parte dei soci di minoranza, a tali fabbisogni risulta costretto a sopperire il socio ██████ gestendo in termini “flessibili” le scadenze dei propri crediti...” di guisa che “...l'effetto combinato tra manifesto ritardo tra conseguimento di ricavi programmati..., assenza di apporti da parte dei soci di minoranza, crisi finanziaria del Gruppo di appartenenza...potrebbe porre in dubbio l'esistenza del presupposto della continuità aziendale di Beta al 31 dicembre 2016...” concludendo in sintesi con l'affermazione che “...escludendo le poste non monetarie...le perdite in commento si ridimensionano...di talché in prima ipotesi la prosecuzione dell'attività di ██████ non sembra aver arrecato una diminuzione della consistenza patrimoniale posta a garanzia del ceto creditorio...”

Appare pertanto di tutta evidenza, ad avviso del collegio, che i fatti sopra descritti – basati su dati oggettivi e non frutto di mere “valutazioni” soggettive compiute dai Commissari, come sostenuto dalla ricorrente, costituiscono e realizzano “altri atti di frode” ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 173, comma 1, l.f

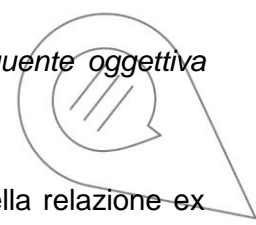
Ed invero si tratta di comportamenti che attraverso l'omessa svalutazione di partecipazioni sociali, di crediti infragruppo, ecc.”. hanno consentito alla società di occultare perdite e l'esistenza di un patrimonio netto negativo accertata dai Commissari come risalente al 31.12.2013, con conseguente aggravamento del dissesto fino al deposito della domanda di concordato essendo passati da un patrimonio netto positivo ammontante al 31.12.2013 a € 103.474.316 ad un patrimonio netto negativo di euro € 35.056.164 al 31.12.2017. (cfr. per una fattispecie simile Tribunale di Bergamo 26.11.2016 cit..)

In altri termini si tratta di fatti che rilevano l'esistenza di dati volontariamente occultati afferenti il patrimonio e quindi la situazione patrimoniale e finanziaria della preponente, come tali idonei ad alterare la percezione dei creditori, in quanto la situazione prospettata con la proposta di concordato non corrisponde a quella “scoperta” dai commissari, ed inoltre illuminanti sulle vere cause della crisi.

Come già sopra più volte sottolineato tali condotte, fonte di sicura responsabilità per gli organi sociali – e non solo come sotto meglio precisato -, rilevano ex se a prescindere dall'effettivo esperimento e dalla fruttuosità di un'eventuale azione di responsabilità.

Infondata è infatti l'affermazione, contenuta nella già citata memoria difensiva – secondo cui le circostanze segnalate dai Commissari sono prive di rilevanza decettiva e che «non esiste alcuna concreta possibilità di recupero di asseriti crediti risarcitori che possa influire, in concreto, sulla

comparazione tra lo scenario concordatario e l'alternativa fallimentare, con conseguente oggettiva insussistenza di elementi davvero capaci di inquinare l'espressione del voto».



Innanzitutto - e questo vale anche per le perplessità manifestate dai Commissari nella relazione ex art. 172 l.f., in ordine ai giudizi impervi e lunghi che la dichiaranda procedura fallimentare dovrebbe affrontare e fermo restando che il Tribunale, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non ha mai escluso l'utile esperibilità dell'azione di responsabilità verso gli organi sociali - non tiene minimamente conto di un dato normativo che nelle more è stato profondamente modificato, rendendo indiscutibilmente più agevole l'esperimento di azioni di responsabilità. Ci si riferisce al disposto dell'art. 2486 c.c., nella versione in vigore dal 16.3.19, che, come noto, recita testualmente «Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura». Non può sfuggire che l'introduzione di una presunzione legale, seppur di natura relativa, nella determinazione del danno rende il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori certamente meno lungo e impervio e consente di valutare in termini nettamente più favorevoli le prospettive risarcitorie della massa dei creditori.

In secondo luogo gli atti in frode scoperti dai Commissari aprono la possibilità di esperire azioni risarcitorie e recuperatorie anche nei confronti di soggetti diversi dagli organi sociali di [redacted] srl e dalle persone che hanno rivestito cariche nella società controllante [redacted]; tra i quali ben può fin da ora indicarsi la società [redacted], autrice di quella perizia, determinativa del prezzo del ramo d'azienda conferito da [redacted], sulla base di un business plan aziendale 2011-2026 e quindi di lungo periodo.

Ma soprattutto quel che è decisivo, la scoperta da parte dei Commissari di atti in frode esime dal verificare l'effettività dell'effetto decettivo nei confronti dei creditori, atteso che, come si è già ricordato, la fraudolenza rileva in termini di potenzialità e, una volta accertata la presenza di atti di frode, non vi è spazio per verificare in concreto se il danno si sia o meno consumato e se i creditori abbiano o meno subito un danno, atteso che ogni violazione del principio di verità costituisce violazione dell'art. 173 l.f. e comporta la revoca del concordato (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14552

del 26/06/2014, Pres. Est. Rordorf; Sentenza n. 25165 del 07/12/2016; Cass., Sez. I, Ord., 23 marzo 2018, n. 7379).

Per completezza vanno fatte alcune brevi considerazioni sui documenti prodotti dalla ricorrente in allegato alla memoria difensiva depositata il 27.3.19, tesi a dimostrare l'esistenza di giustificazioni a livello industriale e di business nella creazione delle società ricomprese nel polo bio.

Sostiene la ricorrente che il polo bio era connotato da piena ragionevolezza e che il suo insuccesso non costituisce un fatto in sé meritevole di censura; afferma infatti che *«all'opposto di quanto sostenuto dai Commissari giudiziali la complessa architettura del "██████████" era già stata integralmente concepita nel 2010, quando non c'era ancora alcuna perdita da occultare, né si poneva l'esigenza di "moltiplicare" il valore. Essa, del resto, non era stata in alcun modo ideata per scopi di maquillage contabile, ma era stata elaborata, in contraddittorio con i soci ██████████ e ██████████, in modo da essere davvero consona al progetto industriale nel settore "bio" del ██████████ & ██████████, nonché alle esigenze proprie dell'investitore ██████████ (e alle condizioni dallo stesso poste per il proprio coinvolgimento nell'operazione)»*.

Produce, a comprova della preesistenza del progetto, tra gli altri, il doc n. 1 intitolato "██████████/██████████ bio JV- Proposed structure December 2010" e il doc. 3 intitolato "Projetct Payen – contractual structure (22 4 2011).2", nei quali era prevista la divisione del ██████████ nelle quattro società oggetto della presente procedura. I documenti di cui trattasi - mai citati prima dalla ricorrente - presentano un'anomalia che si impone evidenziare: benché risultino datati dicembre 2010 e aprile 2011, dall'analisi delle proprietà del documento risultano essere stati creati il 27/03/2019 (rispettivamente alle ore 13:25:25 e alle ore 13:23:17) e redatti con l'applicazione "Microsoft® PowerPoint®2013", che all'apparente data dei documenti (dicembre 2010 e aprile 2011) non era ancora in uso.

Francamente, tuttavia, quel che appare del tutto incomprensibile è la spiegazione della ratio dell'operazione di scissione che ha dato origine a ██████████. Se a pag. 48 della memoria 27.3.19 si riportano le affermazioni degli attestatori secondo i quali *«in assenza di spiegazioni circostanziate sulla logica economica dell'operazione in esame da parte della Società, pare che essa sia stata realizzata per esigenze di natura finanziaria, e cioè per consentire a ██████████ di ottenere il parziale rimborso delle somme investite nella realizzazione dell'impianto»*, nella stessa memoria a pag. 67 si spiega, per contro, che l'operazione si è resa necessaria per agevolare l'accesso dei soci stranieri (██████████ e ██████████), i quali *«erano altresì accomunati dal totale disinteresse per gli aspetti energetici del progetto (benché indispensabili per l'economicità della tecnologia) e avevano pertanto chiesto da subito di prevedere lo scorporo della produzione di energia, cui si è dato seguito mediante la costituzione della ██████████ (già ██████████)»*.

La discrasia non è di poco conto perché rileva come neppure agli attestatori la costituzione di [REDACTED] sia stata spiegata con l'attuazione di un progetto industriale in vista dell'ingresso di soci stranieri, a chiara dimostrazione della mancanza di informazioni complete ed attendibili rese ai creditori.

Da ultimo va fatta qualche considerazione anche in ordine ai danni lamentati da [REDACTED] con la raccomandata datata 26.3.2019, pervenuta il giorno prima dell'udienza fissata ex art. 173 l.f., e alla risposta inoltrata dalla ricorrente il 28.3.2019 prodotta alla predetta udienza.

Nella citata raccomandata [REDACTED], dopo aver ricordato di essere pervenuta alla formulazione dell'offerta d'acquisto dei rami d'azienda del cd. "perimetro bio", posta a base del piano concordatario e sfociata, previo esperimento delle procedure competitive ex art. 163 bis l.f., nella stipula del contratto di cessione d'azienda, *"sulla base di documenti, delle informazioni e delle rappresentazioni messe a sua disposizione e fornite durante l'attività di "due diligence" ed all'esito delle sue interlocuzioni con le società venditrici ed i loro consulenti ed advisor"* e che in particolare tale valutazione era stata svolta sulla base del *"business plan" inviato a [REDACTED] il 22.10.2017 da [REDACTED] s.p.a., advisor delle società venditrici, successivamente illustrato e confermato a [REDACTED] da queste ultime"*, ha lamentato che, dato avvio immediatamente dopo l'acquisizione dei rami d'azienda all'analisi di dettaglio *"dello stato autorizzativo, documentale e di conservazione dei rami d'azienda con l'obiettivo di riavviare quanto prima l'attività produttiva..., era emerso un quadro (descritto dettagliatamente nell'allegato A) di non veridicità e/o di non correttezza di numerose e rilevanti, ai fini della formulazione dell'offerta, rappresentazioni, dichiarazioni ed informazioni fatte e rese disponibili nell'ambito della due diligence, in particolare modo, nel business plan, tale da configurare vizi della cosa venduta non preventivamente accertabili con la normale diligenza e di tale gravità da ridurre considerevolmente il valore dei rami di azienda compravenduti"*.

Ha quindi chiesto il risarcimento dei danni subiti, tenuto conto dei costi e dell'attività da porre in essere per eliminare i suddetti vizi, dei minori ricavi e ritardati ricavi che ne deriveranno e dei minori e ritardati contributi che verranno riscossi, danni allo stato quantificati in circa 38 milioni di euro.

Ciò precisato, la risposta data il 28.3.2019 dalla società ricorrente non coglie nel segno.

Ed invero la proponente ha stigmatizzato l'infondatezza della pretesa avversaria sottolineando la natura di vendita coattiva effettuata dalla procedura ex art. 163 bis l.f., con conseguente impossibilità per l'acquirente di poter invocare la garanzia per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta, trattandosi di acquisto avvenuto, per così dire, con la clausola del cd. "visto e piaciuto", riportando sul punto quanto previsto dal bando di gara contenuto nel decreto di apertura del procedimento competitivo.

Una simile ed esclusiva difesa è del tutto non pertinente, dal momento che è evidente che [REDACTED] non ha messo minimamente in discussione la validità dell'acquisto, ma la violazione da parte della ricorrente dei principi di buona fede e di correttezza che devono presiedere la fase precedente la stipulazione del contratto. [REDACTED] si è lamentata in altri termini di aver presentato l'offerta sulla base di informazioni ingannevoli e di una falsa rappresentazione delle realtà imputabile alla controparte.

Quella invocata da [REDACTED] è, pertanto, una richiesta di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., responsabilità precontrattuale che pacificamente *“assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso”* (cfr. Cass. n. 5762/16; Cass. n. 21255/13).

Parimenti pacifico è che nei danni risarcibili rientrano non solo gli esborsi monetari o le diminuzioni patrimoniali già materialmente intervenuti, bensì anche quelli da effettuare in futuro.

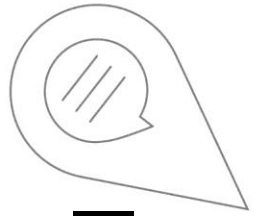
Di tale “errore” difensivo e di prospettiva sembrerebbe essersi avveduta la proponente nella successiva missiva inviata a [REDACTED] datata 4 aprile 2019, prodotta in atti l'8.4.2019.

Infatti in tale lettera [REDACTED] ha posto l'accento sulla completezza ed esaustività delle informazioni e della documentazione fornite, direttamente o tramite l'advisor [REDACTED], prima e successivamente all'acquisto dei rami d'azienda in oggetto, nonché sulla piena collaborazione da sempre manifestata dal proprio personale.

Senza poter chiaramente entrare nel merito del fondamento delle doglianze di [REDACTED], sia in quanto si tratta di questioni squisitamente tecniche, sia in quanto non è in atti per esempio il business plan messo a disposizione di [REDACTED] da [REDACTED] il 22.10.2017 più volte citato dall'acquirente come documento decisivo nella formulazione dell'offerta, il Collegio evidenzia peraltro che nessuna contestazione specifica è stata fino ad ora formulata dalla proponente in ordine ai “vizi” dell'impianto di Crescentino dettagliatamente elencati nell'allegato “A” della raccomandata 26.3.2019 e che, conseguentemente, anche l'esistenza di tale controversia non può che minare ed incidere sulla prosecuzione della procedura.

Da tutte le considerazioni ed argomentazioni che precedono consegue che deve essere disposta la revoca dell'ammissione al concordato preventivo della [REDACTED] spa in liquidazione— già [REDACTED] spa.

P.Q.M.



Visto l'art. 173 l.f.;

revoca l'ammissione al concordato preventivo della società ██████ spa in liquidazione– già ██████
██████ spa.

Manda alla cancelleria per i conseguenti adempimenti

Alessandria,

Il Presidente

(dr.ssa C. Santinello)

Il giudice estensore

(Pierluigi Mela)

Fallimenti e Società.it