



**IL TRIBUNALE DI ALESSANDRIA
SEZIONE CIVILE E FALLIMENTARE**

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

DOTT. CATERINA SANTINELLO
DOTT. PIERLUIGI MELA
DOTT. ENRICA BERTOLOTTI

PRESIDENTE
GIUDICE
GIUDICE rel.

nel proc. 13/17 C.P.
ha pronunciato il presente

DECRETO

richiamato il precedente provvedimento in data 15.2.2019 di fissazione dell'udienza ex art. 173 l.f., che per comodità viene qui riportato:

« 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 2013-2017 e segnatamente: (i) sulla operazione di scissione in forza della quale era stata costituita ■■■ S.r.l. ; (ii) sulla assunzione di un finanziamento per €. 18 milioni da parte di Unicredit e sulle relative modalità di gestione; (iii) sui versamenti a titolo di capitale in realtà ricevuti solo sulla carta; (iv) sui rapporti di *cash pooling* intrattenuti con la controllante, che avevano permesso di far risalire a monte del gruppo rilevanti disponibilità celando, di fatto, tramite una forma contrattuale consentita una condotta invece censurabile che è stata quella di erogare finanziamenti *upstream*; (v) sui miglioramenti dei risultati di gestione ottenuti tramite proventi infra gruppo conseguiti trasferendo alla controllante perdite fiscali;

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 ■■■ ■■■ ■■■ s.r.l. (oggi ■■■ s.r.l. 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 22.2.2018, 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 o 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 nella predetta udienza debba essere trattata anche l'istanza prefallimentare pendente;

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**, nella quale sarà trattata anche la procedura prefallimentare n. 169/17 r.pref.;

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

manda ai Commissari per le comunicazioni ai creditori.

Si comunichi»;

letta la memoria difensiva depositata dalla società ricorrente in data 27.3.19 ed esaminata la documentazione allegata;

osserva

Deve essere pronunciata la **revoca dell'ammissione al concordato preventivo della società** ■■■ s.r.l. ora ■■■ s.r.l. in liquidazione, ai sensi dell'art. 173 co. 1 l.f., per sussistenza di **atti in frode**.

Con segnalazione depositata in data 11.2.2019 i Commissari Giudiziali hanno rilevato che la società ha taciuto o non ha adeguatamente e compiutamente esposto nella domanda di concordato e nei suoi allegati la reale portata, natura e finalità di alcuni fatti, già segnalati nella relazione ex art. 172 l.f.; hanno in particolare affermato che la società ha tentato di sfumare e minimizzare l'esistenza di elementi certi di responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo, violando le regole di trasparenza e buona fede che devono animare l'imprenditore in difficoltà quando formula una domanda di concordato e ha alterato la percezione dei creditori sul "come", il "quando" ed il "perché" si sia giunti al dissesto.

I Commissari Giudiziali hanno spiegato di aver chiaramente riferito nella relazione ex art. 172 l.f. «*come certamente non fossero condivisibili le seguenti affermazioni della debitrice: (i) che il tracollo fosse apparso evidente solo alla fine dell'estate del 2017; (ii) che la complessa architettura sulla quale era stato strutturato il gruppo ■■■ fosse necessaria per ragioni imprenditoriali, avendo invece stigmatizzato come la stessa fosse in realtà strumentale a consentire la "moltiplicazione" di valori al fine di celare, per anni, la reale situazione di crisi in cui versava la società con la conseguente tardiva emersione del dissesto*». Facendo rinvio a quanto riferito nel capitolo 5 della relazione ex art. 172 l.f., hanno scritto testualmente: «*in questa sede sarà solo sufficiente ricordare come, ad avviso dei commissari giudiziali:*

- *proprio la struttura del gruppo avesse consentito di realizzare una particolare operazione straordinaria tale da portare ad effetti moltiplicativi di valore ai quali non sarebbe stato possibile arrivare qualora l'impresa fosse stata svolta da una sola società;*
- *come dette operazioni avessero rappresentato, in ultima analisi, il mezzo per rinviare all'autunno del 2017 l'emersione di una situazione di crisi che, in realtà, affondava le sue radici più indietro nel tempo, e la cui evidenza poteva già essere apprezzabile già all'atto della sua costituzione».*

Per poi aggiungere: «*Non vale in questa sede la pena di ripercorrere nel dettaglio quanto descritto dai commissari giudiziali su operazioni (e relativi bilanci di esercizio) degli anni dal 2013 al 2017 ed in particolare (i) sulla operazione di scissione in forza della quale era stata costituita ■■■ S.r.l. ; (ii) sulla assunzione di un finanziamento per €. 18 milioni da parte di Unicredit e sulle relative modalità di gestione; (iii) sui versamenti a titolo di capitale in realtà ricevuti solo sulla carta; ; (iv) sui rapporti di cash pooling intrattenuti con la controllante, che avevano permesso di far risalire a monte del gruppo rilevanti disponibilità celando, di fatto, tramite una forma contrattuale consentita una condotta invece censurabile che è stata quella di erogare finanziamenti upstream; (v) sui miglioramenti dei risultati di gestione ottenuti tramite proventi infra gruppo conseguiti trasferendo alla controllante perdite fiscali*».

Nella memoria depositata in data 27.3.19, la società ricorrente ha contestato 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.». Evidenza, 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).

E, 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 al 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, allorché «si è addivenuti alla conclusione che non sussistono i presupposti per il proficuo esperimento di una iniziativa siffatta, anche in considerazione della verosimile incapienza 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. U, Sentenza n. 1521 del 23/01/2013).

Né appare francamente comprensibile e rilevante il riferimento alla legittimazione del liquidatore 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 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 sulle 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 la fattispecie generica degli *“altri atti di frode”* nell'ambito della quale rientra certamente qualsiasi

informazione omessa che possa avere rilievo ai fini 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 26.11.2016 in "Il caso.it").

In altri termini, quello 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, 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 stati oggetto di rappresentazione da parte delle società nei propri ricorsi e nei rispettivi allegati. In particolare, dopo aver riportato testualmente quanto scritto a pag. 41 del ricorso e alle pagg. 80 e 81 dell'attestazione, conclude che «*non solo ... l'operazione di scissione è stata compiutamente descritta, ma ne sono stati altresì esplicitati i caratteri essenzialmente finanziari, anche in rapporto alle altre società del gruppo e al cash pooling*»; ha sostenuto essere stata dedicata pari attenzione alla descrizione del finanziamento erogato da ██████████ e illustrato alle pagg. 41-42 del ricorso e alle pagg. 87-89 dell'attestazione; ha sostenuto che il *cash pooling*, è stato "*compiutamente descritto*" alle pag. da 68 a 71 dell'attestazione, mentre il "*consolidato fiscale*" è stato illustrato a pag. 165 della relazione dell'esperto.

Per comprendere la rilevanza delle deficienze informative nell'ambito della procedura di revoca ex art. 173 l.f. si ritiene opportuno procedere a 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. Fall., 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. Fall., 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; 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 G.S.E. 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 rilevanti 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'obiettiva 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 quello oggi in esame – 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 (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; conf. Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 30537 del 26/11/18). 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) e ciò in quanto «*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 in frode, venga dato spazio a successive valutazioni dei creditori*» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 30537 del 26/11/18).

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; b) il carattere doloso di*

detta divergenza, quale volontarietà del fatto (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, come risulta dalle massime che si ritiene opportuno riportare qui di seguito.

«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 www.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,

independientemente 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 scriminata 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 www.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; la costituzione di due ipoteche volontarie in favore di due istituti di credito che avevano avuto l'effetto di ripianare il credito pregresso chirografario; la 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, il Tribunale ha ritenuto che tali condotte rilevanti ai fini della revoca del decreto di ammissione al concordato preventivo «in mancanza di una effettiva e completa loro esplicitazione nella proposta di concordato». 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, infatti, «i rilievi del 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. I 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 www.ilcaso.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 negligenemente 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 www.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 www.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 www.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 nel ricorso – dei fatti contestati dai Commissari Giudiziali nella relazione ex art. 172 l.f. e, conseguentemente, l'esistenza degli atti in frode segnalati dagli stessi.

Nella relazione ex art. 172 l.f. (alle pagg. 29 e seguenti) i Commissari Giudiziali hanno sostenuto che il «*dissesto di █████... non si sia certamente verificato durante l'esercizio 2017 mandando largamente “sotto zero” un patrimonio netto che quattro anni prima appariva largamente positivo, 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*», evidenziando infatti che la società versava in «*una crisi che, già in essere da anni, non era stata tempestivamente rivelata all'esterno*» e formulando all'esito la conclusione di sintesi che i bilanci della società «*avrebbero dovuto, se correttamente redatti, dare atto - con congrui accantonamenti in rettifica - dell'inesistenza dei mezzi propri che invece continuavano ad esporre*».

Nella segnalazione ex art. 173 L.F., i Commissari hanno sottolineato che hanno che l'effetto di alcune operazioni poste in essere nel periodo 2013-2017 e, segnatamente, la costituzione, con una scissione parziale, di █████ █████, l'assunzione a fine 2016 di un finanziamento da Unicredit, gli apporti di nuovo capitale solo figurativamente ricevuti tramite rapporti di *cash pooling* e la rilevazione di proventi per il trasferimento alla controllante di perdite fiscali, in larga parte poste in essere avvalendosi della «*complessa architettura sulla quale era stato strutturato il gruppo █████...strumentale a consentire la “moltiplicazione” di valori*» è 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.*».

I Commissari giudiziali hanno posto l'accento sulla circostanza che dette operazioni, pur menzionate nella domanda di concordato e nei suoi allegati, sono state esposte in modo non chiaro, in quanto alla semplice enunciazione degli accadimenti non ha fatto seguito un'adeguata descrizione della loro reale portata e 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 è 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 è stata incardinata ponendo l'accento su eventi di natura esclusivamente economica. Tali eventi sono 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, è 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 società ricorrente premette (alla pag. 45 della memoria) che *«il decreto del 15 febbraio 2019 segue ancora una volta la medesima impostazione della segnalazione commissariale dell'11 febbraio 2019, che richiama quanto riferito al paragrafo 5 della relazione ex art. 172 l. fall. del 4 gennaio 2019 e, in particolare: (i) la scissione; (ii) il finanziamento erogato da Unicredit; (iii) il rapporto di cash pooling e (iv) i profili attinenti al consolidato fiscale. Anche in questo caso, nihil sub sole novi. Tutte le predette circostanze erano infatti state già riferite dalla debitrice»*.

Con specifico riferimento **all'operazione di scissione di** [REDACTED], la ricorrente deduce (alla pag. 48), trascrivendo parti sia della domanda di concordato (per vero limitate) sia della relazione attestativa, che *«non solo quindi l'operazione di scissione è stata compiutamente descritta, ma ne sono stati altresì esplicitati i caratteri essenzialmente finanziari, anche in rapporto alle altre società del gruppo e al cash pooling»*. In particolare nella domanda di concordato alle pag. 40 e segg., più diffusamente di quanto trascritto nella "memoria difensiva 27 marzo 2019" si legge che *«nel gennaio 2012, [REDACTED] ha intrapreso le negoziazioni con una società di leasing ([REDACTED] [REDACTED]) per il finanziamento della centrale termoelettrica. In previsione di un iter negoziale molto lungo, Unicredit ha concesso a Biochemtex più prestiti ponte, tra marzo 2012 e luglio 2013, per un ammontare totale di € 34,8 milioni, da ripagare all'erogazione del leasing. Il contratto, infatti, sarà firmato nell'autunno del 2013 per totali € 57,5 milioni circa, IVA compresa. Da questo ammontare andav[an]o dedotte la maxi rata iniziale per € 19 milioni circa e le imposte ipocatastali per € 2,2 milioni circa. Con i residui € 36,3 milioni si è quindi provveduto a pagare, parzialmente le fatture emesse da [REDACTED] per le opere eseguite.....con tali importi [REDACTED] ha potuto, a sua volta, ripagare il prestito ponte concesso da Unicredit ...contestualmente avviene la scissione della centrale da IBP con la costituzione di [REDACTED] Energia. Questa società [...] ha il solo scopo di avere in leasing la centrale, mentre tutta l'attività operativa e commerciale è svolta da [REDACTED] tramite un affitto di ramo di azienda»*.

Nella relazione attestativa ex art. 161, terzo comma, L.F. alle pagg. 31 e seguenti si legge che nel giugno 2013 *«viene approvata la scissione parziale con trasferimento di parte del patrimonio di IBP per complessivi Euro 15,5 mln (nell'attivo principalmente l'immobilizzazione materiale Centrale termoelettrica del valore netto contabile di Euro 45 mln e al passivo debito verso [REDACTED] per Euro 31,6 mln circa) a favore di una società di nuova costituzione, [REDACTED] [REDACTED]. In osservanza a quanto previsto dall'art. 2506 ter del c.c. non sono state redatte le relazioni previste ai sensi dell'art. 2501 quinquies e sexies del c.c. e la situazione patrimoniale prevista dall'art. 2501 quater. Nel progetto di scissione non risultano descritte le ragioni economiche in ordine alla scissione»*; ed ancora che nel giugno 2013 *«il Consiglio di Amministrazione della Società delibera, con il consenso del Collegio Sindacale, di approvare la proposta di scissione parziale proporzionale di [REDACTED] SpA. con trasferimento di beni in una società beneficiaria di nuova costituzione [REDACTED] [REDACTED] Srl»* e di *«approvare il progetto di*

scissione redatto ex art. 2506-bis del codice civile». Tra i documenti allegati al verbale si rinviene il progetto di scissione da cui si evince che il Patrimonio della scissa è composto all'attivo dall'immobilizzazione materiale composta da caldaia/sottostazione/turbina per Euro 45.000.000, oltre i costi capitalizzati sulla stessa per Euro 1.800.000 ed il terreno su cui sorge l'impianto per Euro 291.231, e al passivo dal debito per euro 31.582.478 verso la società ██████████, che ha realizzato l'impianto, e debiti per TFT [rectius TFR] per Euro 8.753. Il Patrimonio Netto di ██████████ risulta composto da Capitale Sociale per Euro 50.000 e da Riserva - versamento conto capitale per Euro 15.450.000. Nel medesimo progetto si legge che per effetto di tale scissione il Patrimonio di ██████████ «si ridurrà per un importo complessivamente pari a Euro 15.500.000 mediante riduzione della riserva versamenti in conto capitale», mentre «il capitale sociale di IBP, post scissione, resterà immutato dell'attuale importo di Euro 120.000».

Alle pagg. 80 e seguenti dell'attestazione si legge ancora che «nell'esercizio 2013 viene attuata la scissione parziale con trasferimento di parte del patrimonio di ██████████ per complessivi Euro 15,5 mln (nell'attivo della scissa si rileva - principalmente - l'immobilizzazione materiale "Centrale termoelettrica" del valore netto contabile di Euro 45 mln e al passivo il debito verso ██████████ per circa Euro 31,6 mln) a favore di una società di nuova costituzione, ██████████ Energia. Successivamente, sempre nell'esercizio 2013 vengono realizzate le seguenti operazioni: a) ██████████ concede in affitto ad ██████████ il ramo d'azienda comprensivo della Centrale Elettrica; b) ██████████ stipula con ██████████ contratto di lease Back avente ad oggetto la Centrale; c) ██████████ concede fidejussione a favore di ██████████ e nell'interesse di ██████████, a garanzia del pagamento dei canoni di leasing e di ogni altro debito ad esso correlato da parte di ██████████ nei confronti di ██████████; d) ██████████ concede fidejussione a favore di ██████████ e nell'interesse di ██████████, a garanzia del pagamento dei canoni di leasing e di ogni altro debito ad esso correlato da parte di ██████████ nei confronti di ██████████. [...] 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. Per giungere a questo risultato, viene in sostanza effettuato un finanziamento da parte di Unicredit (mediante operazione di lease back "garantito" dalla proprietà della centrale elettrica), con la particolarità che le somme non vengono incassate da ██████████ (che nel frattempo ha subito un decremento patrimoniale di circa 15 milioni per effetto della scissione parziale) ma bensì da ██████████ che ha "ereditato" il patrimonio scisso (sostanzialmente costituito dalla centrale elettrica e dal debito nei confronti di ██████████)».

La ricostruzione dei Commissari Giudiziali rivela come negli atti della procedura non sia stata evidenziata la reale natura e portata di tale operazione, per effetto della quale nel 2013 ██████████ - proprietaria della centrale elettrica alimentata con materiale prodotto dall'impianto di Crescentino - dava corso ad una scissione costituendo ██████████ alla quale conferiva attività per € 47,0 milioni (di fatto la centrale) e passività per € 31,5 milioni (di fatto parte dei debiti che IBP aveva verso ██████████) e che le quote di ██████████, del valore di € 15,5 milioni, pari alla differenza tra attività e passività, venivano assegnate a ██████████, unico socio di IBP.

Nello specifico, i Commissari hanno evidenziato che il conferimento in IBP Energia solo di una parte dei debiti che IBP aveva verso ██████████ per la costruzione della centrale (essendo rimasti in ██████████ debiti per € 10,9 milioni) ha privato i creditori di ██████████ di una rilevante attività e ha lasciato loro una parte significativa delle correlate passività; hanno rilevato che la scelta di non trasferire in ██████████ tutti i debiti relativi alla costruzione dell'impianto ha consentito di attribuire alla controllante ██████████ una partecipazione per € 15,5 milioni e non per soli € 4,6 milioni, valore che questa avrebbe avuto se l'operazione fosse avvenuta con il conferimento in ██████████ della centrale e di tutto il passivo ad essa correlato.

I Commissari hanno sottolineato che, immediatamente, ■■■■■ ha affittato a ■■■ il suo ramo d'azienda (di fatto la centrale) e poi ha stipulato con Unicredit Leasing un contratto di sale and lease back, vendendola al prezzo di € 45,2 milioni e assumendola in locazione finanziaria con un contratto per € 54,9 milioni, dei quali € 15,5 milioni quale anticipo. La liquidità entrata in ■■■■■ (nella specie, la differenza tra il prezzo di vendita ed il maxi canone iniziale) è risalita a monte nel gruppo per pagare i debiti verso ■■■■■ con il *cash pooling*.

I commissari giudiziali hanno rimarcato la carenza di documentazione esplicativa dell'operazione, in assenza delle relazioni ex artt. 2501 *quinquies* e *sexies* c.c. e della situazione patrimoniale ex art. 2501 *quater* c.c. ed in presenza di verbalizzazioni del consiglio di amministrazione di ■■■■■ molto stringate.

Se nella relazione ex art. 172 L.F. i Commissari giudiziali hanno evidenziato che nella domanda di concordato ■■■ ha ampliato lo spettro di informazioni e ha spiegato che l'operazione è stata animata da ragioni finanziarie, hanno tuttavia rilevato che la società ha omesso di illustrare compiutamente la particolarità dell'architettura. In particolare, i Commissari hanno rilevato che l'operazione è avvenuta con il conferimento in ■■■■■ di debiti verso ■■■■■ (*«per un ammontare pressochè pari alle somme liquide che si sarebbero rese disponibili per ■■■■■ una volta stipulato il contratto di leasing e contestualmente pagato il maxi canone iniziale»*), che non è stato chiarito il motivo per cui l'operazione di *lease back* non sia stata realizzata direttamente da ■■■, proprietaria della centrale; che i fondi erogati da Unicredit Leasing in pagamento della centrale sono giunti con il *cash pooling* a ■■■■■, che li ha utilizzati per estinguere altri debiti con Unicredit (*«due finanziamenti export ricevuti proprio da ■■■■■ rispettivamente nel 2012 per € 28,3 milioni e nel luglio 2013 per € 6,5 milioni»*); che ■■■■■ ha ottenuto grazie alla descritta operazione una garanzia costituita dalla proprietà del solo *«comparto industriale (dichiaratamente) ultimato e funzionante all'interno del compendio di Crescentino, e per di più, in grado di produrre un'energia, quella elettrica, non certo ancora da "mettere a punto" e comunque facilmente e rapidamente esitabile a prezzi certi, il tutto senza lasciare l'erogante in rapporti con altri soggetti – ■■■, ovvero ■■■■■ ... - il cui business era ancora ben di là dal potersi considerare avviato (e quindi scevro da rischi)»*

Non solo. I Commissari giudiziali hanno rimarcato la negatività degli aspetti finanziari ed economici dell'operazione contestando l'affermazione di ■■■■■, citata dagli attestatori nella relazione ex art. 161 co. 3 L.F. di ■■■■■, che i flussi finanziari del contratto di affitto e di quello di leasing avrebbero dato luogo ad un saldo positivo di € 7 milioni per ■■■■■, in quanto semplicemente non considera l'effetto finanziario negativo del maxicanone iniziale, quasi triplo.

I Commissari giudiziali hanno quindi concluso che l'intera operazione, realizzata per ottenere subito disponibilità per circa € 30 milioni, ha comportato per ■■■■■ un obbligo restitutorio di ben € 54,9 milioni tra rate trimestrali, prezzo finale di riscatto e maxicanone iniziale (pari a circa il 35% del valore del cespite), era anche incongrua economicamente perché, tenendo conto del valore del contratto di affitto, era *«evidente come ■■■■■ fosse già ab origine del tutto priva delle possibilità e degli strumenti per condurre una gestione economicamente profittevole e che quindi sia stata costituita inevitabilmente e strutturalmente destinata alla perdita, posponendo gli interessi della società al più immediato obiettivo di...recuperare per il gruppo una qualche liquidità da terzi anche se tale "missione" ha di fatto comportato la vanificazione del suo unico - e di rilevante valore - asset»*.

Ma vi è di più. I Commissari giudiziali hanno fatto rilevare che nel giugno 2013 il patrimonio netto di IBP - pari a circa € 150.000,00 - ostacolava la scissione perché la sua riduzione di € 15,5 milioni conseguente alla scissione avrebbe determinato un patrimonio netto pesantemente negativo. L'ostacolo è stato superato con un apporto in conto capitale per € 16,0 milioni da parte del socio ■■■■■

██████████, che ha elevato il patrimonio netto di ██████ ad un livello tale da consentire la sua successiva diminuzione di € 15,5 milioni.

E', tuttavia, esaminando la contabilità di ██████ – e non, si badi bene, il ricorso o l'attestazione - che i Commissari hanno potuto ricostruire come è avvenuto, in realtà, l'aumento di capitale citato. Si ritiene opportuno riportare testualmente quanto illustrato alle pagg. 50 – 51 della relazione ex art. 172 l.f.: «*Esaminando la contabilità di ██████ (ed anche quella di ██████) gli scriventi si sono resi conto che tale intervento si è concretizzato nei termini qui di seguito esposti, e realizzato con annotazioni nei conti di cash pooling:*

- il 13.06.2013 ██████ “versa” a IBP € 16,0 milioni a titolo di aumento di capitale sociale;
- il 13.06.2013 ██████ “versa” a ██████ € 16,0 milioni a titolo di pagamento di fatture;
- il 13.06.2013 ██████ “versa” a ██████ € 16,0 milioni a titolo di finanziamento indicando nella registrazione contabile la seguente descrizione “Finanz.to a ██████ (Scissione ramo ██████)”».

Il Collegio - al quale non sfugge la incongrua successione temporale tra l'approvazione del progetto di scissione del 3 giugno 2013 cui ha fatto seguito l'aumento di capitale sopra descritto, effettuato pochi giorni dopo - non può, quindi, che condividere le osservazioni formulate dai Commissari, secondo i quali, sebbene nel ricorso concordatario e nell'attestazione siano stati illustrati i termini delle (tra loro correlate) scissione con la costituzione di ██████, stipula del contratto di affitto tra ██████ ed ██████ e stipula del contratto di lease back tra ██████ ██████ e ██████ ██████, da leggersi in unum corpus, nulla è stato detto circa le reali motivazioni delle operazioni (e circa i disastrosi effetti finali che hanno avuto), finalizzate a mantenere in essere rapporti di credito con un Istituto bancario probabilmente dubbioso della solidità della sua controparte, ad esso trasferendo l'unico bene aziendale ultimato, funzionante e quindi di sicuro valore, del quale la società si è privata, dopo averlo conferito a ██████, a tutto beneficio di ██████.

E neppure risulta fornita adeguata informazione sull'operazione, meramente contabile, con la quale ██████, ottenuto un aumento di capitale per € 16,0 milioni con fondi trasferiti solo sulla carta e comunque subito riattribuiti all'erogante, ha aumentato i suoi mezzi propri, così potendo eseguire una scissione che, a fronte di un decremento del patrimonio di ██████ per € 15,5 milioni, ha avuto l'ulteriore scopo di attribuire alla controllante ██████ una partecipazione per € 15,5 milioni e non per € 4,6 milioni, valore che questa avrebbe avuto se l'operazione fosse avvenuta con il conferimento in ██████, oltre che della centrale, anche di tutto il passivo ad essa correlato. In conseguenza di quanto sopra è evidente che neppure viene riferito che al termine di questa operazione in ██████ sono rimasti debiti verso ██████ correlati alla costruzione della Centrale per circa € 11 milioni, con conseguente pregiudizio per i creditori di ██████.

Il pregiudizio per i creditori di ██████ diventa ancora più significativo se si considera che nell'ambito dell'operazione di lease back “██████ concede fidejussione a favore di ██████ e nell'interesse di IBP Energia, a garanzia del pagamento dei canoni di leasing e di ogni altro debito ad esso correlato da parte di IBP Energia nei confronti di ██████ ██████” (così testualmente la relazione di attestazione). In altre parole, i creditori di ██████ vedono ulteriormente ridotto l'attivo loro disponibile a fronte dell'ulteriore debito sorto a favore di ██████ ██████, in relazione all'obbligazione di garanzia assunta per il corretto adempimento del contratto di leasing da parte di ██████ fino all'ammontare di € 18.000.000.

Debito che, si badi bene, non risulta neppure citato nella proposta di concordato.

E ciò nonostante la giurisprudenza di legittimità sia costante nell'affermare che «*tenuto conto del dettato dell'articolo 1944 c.c., secondo il quale debitore principale e fideiussore rispondono in solido, il credito del beneficiario della fideiussione nei confronti del fideiussore, e la correlativa obbligazione di quest'ultimo nei riguardi del primo, sorgono — salvo che nell'ipotesi qui non rilevante di fideiussione per un credito futuro — contestualmente al negozio di fideiussione, quantunque l'esigibilità sia subordinata al termine di scadenza del debito principale e, in caso di obbligo di preventiva escussione, sia sospensivamente condizionato*» (così testualmente Cass. Sez. 1 - , **Ordinanza** n. [8503](#) del 06/04/2018, relativo alla revoca di un concordato preventivo per occultamento della reale entità del debito dichiarato nella proposta concordataria, in cui non era stato indicato l'ammontare effettivo di un debito per fideiussione). Peraltro, la Suprema Corte ha da tempo sostenuto che, in forza del richiamo dell'art. 169 all'art. 66 co. 3 L.F., (n.d.r. ora da intendersi all'art. 55 L.F.) devono essere collocati tra i crediti partecipanti alla procedura «*anche i crediti condizionali e gravati da patto di preventiva escussione di un obbligato principale: anche essi, pertanto, in quanto partecipi alla procedura debbono essere altresì partecipi delle sue varie fasi e tra esse, essenziale, quella della discussione e della votazione*» (Cass. Sez. 1, **Sentenza** n. [9736](#) del 26/09/1990).

La lettura degli atti impone di concludere che [REDACTED] [REDACTED] non compare tra i creditori di [REDACTED] ora [REDACTED] (tra i debiti finanziari e verso istituti di credito compaiono, infatti, [REDACTED] S.P.A., [REDACTED], [REDACTED] S.P.A.).

E ciò, sebbene, l'esistenza del contratto di fideiussione (si badi bene, non prodotto) abbia già certamente fatto sorgere in capo alla ricorrente un debito per € 18.000.000 (e quindi il diritto del creditore all'inserimento nell'elenco dei creditori) e l'eventuale previsione dell'integrale pagamento di un creditore da parte del debitore principale - ovvero [REDACTED] prima della cessione del contratto e [REDACTED] dopo la cessione - imponga quantomeno l'inserimento di un adeguato fondo rischi nel piano del fideiussore (la società ha postato un fondo rischi generico per € 1.400.000, senza alcun riferimento al rischio per la garanzia di cui trattasi).

E' evidente che il mancato inserimento del debito rileva, ai sensi dell'art. 173 l.f., quale causa di revoca del concordato.

Passando al **finanziamento** [REDACTED], la resistente deduce che nella domanda di concordato alle pag. 41 e segg. si legge che «*nell'autunno 2016 viene negoziato direttamente da [REDACTED] un prestito con [REDACTED] per € 18 milioni...di tale complessivo importo, quanto ad € 5 milioni sono stati destinati a [REDACTED], a rimborso di quanto questa aveva pagato a fornitori terzi di [REDACTED] per coto di quest'ultima; quanto ai restanti € 13 milioni sono stati utilizzati da [REDACTED] per il pagamento dei propri fornitori. Il prestito basava il suo rimborso sui flussi rinvenienti dagli incassi dei certificati verdi della centrale elettrica ed era garantito da un contratto di factoring stipulato da [REDACTED] con [REDACTED] [REDACTED], secondo il seguente schema: il contratto di factoring prevedeva l'obbligo in capo a [REDACTED] di cedere tutti i crediti rinvenienti dalla Convenzione con il [REDACTED] al [REDACTED], a fronte dell'anticipazione da parte di quest'ultimo, al 100%, dei crediti ceduti; il contratto di finanziamento prevede quindi che, a far data dal 30 giugno 2017, tutti gli importi anticipato dal [REDACTED] in forza del contratto di factoring fossero imputati a rimborso anticipato del finanziamento medesimo (art. 8.2.4 contratto finanziamento). In proposito, è bene rilevare che il rimborso del finanziamento secondo lo schema sopra descritto avrebbe avuto inizio solo da fine giugno 2017. Vale a dire quando, secondo il business plan della Società, era previsto che l'impianto di etanolo avrebbe raggiunto un pareggio economico e finanziario, tale da rendere il flusso rinveniente dal "comparto energia" una sopravvenienza di cassa e, come tale, destinabile a servizio del finanziamento in esame, senza pregiudizio per la Società e i suoi altri creditori. [...] Dal giugno 2017 al 16 ottobre 2017 [...] il credito di [REDACTED] si è ridotto di complessivi € 3.133 milioni, determinando il sorgere a favore di [REDACTED] [REDACTED] di un corrispondente eguale credito di € 3.133 milioni».*

Nella relazione attestativa ex art. 161, terzo comma, L.F. si legge quanto segue «di seguito si rappresenta la sintesi delle principali pattuizioni del contratto in esame...l'articolo 1 contiene le premesse del Contratto ed oltre a specificare una serie di definizioni precisa che i flussi finanziari verranno gestiti mediante quattro conti correnti, il "conto dedicato" (destinato ad accogliere gli importi corrisposti ad [REDACTED] da [REDACTED] [REDACTED] a sconto dei crediti [REDACTED]), il "conto dormiente" (destinato ad accogliere la quota parte del finanziamento per l'importo di euro 5 milioni destinato al rimborso del debito di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED]), il "conto factor" (sul quale verranno accreditati gli importi via via corrisposti dal GSE a favore di IBP, in relazione alla convenzione stipulata tra [REDACTED] ed il [REDACTED] in data 12 maggio 2016, e sul quale verranno addebitati gli importi dovuti da [REDACTED] ad [REDACTED] [REDACTED] ai sensi del contratto di factoring), il "conto operativo" (destinato ad accogliere ogni e qualsivoglia incasso – diverso dai flussi relativi al contratto di factoring – ricevuto da [REDACTED]). L'art. 2 prevede che il finanziamento di complessivi euro 18 milioni (con data di scadenza al più tardi entro il 27 dicembre 2019) è destinato quanto ad euro 13 milioni ad esigenze finanziarie connesse alla attività operativa della Società, e quanto ad euro 5 milioni al fine di "rimborsare il debito del beneficiario nei confronti di [REDACTED] derivante dai pagamenti dei fornitori del beneficiario nell'allegato 2.2 (fornitori)». Ancora, alle pagg. 87 e seg. si aggiunge che: «in attuazione delle decisioni assunte nel Consiglio di Amministrazione del 23 dicembre 2016, il finanziamento per cassa a medio termine di euro 18 milioni è stato utilizzato quanto ad euro 5 milioni per rimborsare il debito di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED]. L'operazione è stata contabilizzata in data 27 dicembre 2016 con addebito del conto contabile 2250600 (cosiddetto conto corrente bancario "dormiente"....), in contropartita del debito verso [REDACTED]. b) Sul predetto conto "dormiente" era in precedenza affluito il versamento di euro 6,5 milioni proveniente da [REDACTED] a titolo di versamento in conto capitale. Dalla contabilità di [REDACTED] si rileva la movimentazione a favore di [REDACTED], con esecuzione di un bonifico ordinario a favore di [REDACTED] Srl sul conto [REDACTED] n°...nella sostanza, pare quindi che parte dei fondi conferiti da [REDACTED] (condizione necessaria per ottemperare alle regole del progetto [REDACTED] concesso alla [REDACTED] dal MISE) siano stati restituiti alla stessa [REDACTED] – per il tramite di [REDACTED] – mediante l'operazione sopra indicata alla lett. a). c) I residui 13 milioni affluiti nel conto contabile 2250670 (conto corrente bancario [REDACTED]...) risultano utilizzati principalmente per pagare i seguenti fornitori di IBP, come da tabella, per un utilizzo di Euro 10.233.069,75 sui primi 13 fornitori (Euro 9.290.459 sui primi 10). [...] d) Il finanziamento di euro 18 milioni è stato rimborsato per euro 3.156.516,04 in due tranches (2.134.280 in data 4 agosto e 1.022.235 in data 21 agosto), addebitando come previsto nel contratto di finanziamento il conto 2250650 (conto [REDACTED] ... vale a dire il conto sul quale pervenivano gli anticipi da parte del factor) in contropartita chiusura del finanziamento. e) Con lettera del 26 gennaio 2018 il factor ha precisato il proprio credito alla data del 15.10.2017 pari ad euro 3.355.240,70, specificando con successiva comunicazione del 29 gennaio 2018 la natura privilegiata del proprio credito "nei limiti dei crediti ceduti e per l'importo che sarà incassato dalla procedura a valere su detti crediti". f) In data 26 gennaio 2018 [REDACTED] [REDACTED] ha restituito ad [REDACTED] l'importo di euro 3.132.802 incassato dopo il 15 ottobre 2017. Non risultano allo stato comunicazioni di [REDACTED] [REDACTED] relativi alla sopravvenuta rinuncia alla natura asseritamente privilegiata del credito. g) Il costo complessivo dell'operazione (finanziamento e factoring) ammonta ad euro 1.334.248,18».

I Commissari giudiziali hanno riferito che tra il 2015 ed il 2016 l'indebitamento finanziario di [REDACTED] era peggiorato per l'assunzione di un finanziamento per € 18,0 milioni da [REDACTED], caratterizzato da una non usuale architettura contrattuale. Il finanziamento prevedeva infatti plurime *conditiones sine qua non* ed in particolare il distacco di [REDACTED] dai *cash pooling* di gruppo, la gestione su quattro conti correnti dedicati con regole di funzionamento rigide e conformi ad istruzioni ricevute dalla banca, l'espressa destinazione delle somme quanto ad € 13,0 milioni a esigenze finanziarie di [REDACTED] e quanto ad € 5,0 milioni per rimborsare debiti verso [REDACTED] e la previsione che a rimborso anticipato del finanziamento venissero imputati tutti i versamenti ricevuti da [REDACTED] [REDACTED] per lo sconto dei

crediti [REDACTED]. Non appena ottenuto il finanziamento [REDACTED] lo ha trasferito per € 5,0 milioni a [REDACTED] e, per il residuo, successivamente lo ha utilizzato per pagare suoi creditori tra i quali rilevano, nuovamente, società del gruppo come [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] per € 0,5 milioni con un comportamento in estrema sintesi finalizzato, anche violando la postergazione ex art. 2497 *quinquies* c.c., a consentire al socio [REDACTED] di rientrare, tramite un finanziamento formalmente concesso a IBP, dell'esposizione verso [REDACTED].

Dall'esame degli atti risulta che sia nella domanda di concordato, sia nella relazione di attestazione è stata data una descrizione completa delle vicende che hanno caratterizzato l'ottenimento da [REDACTED] del finanziamento per € 18,0 milioni, essendone state evidenziate le modalità di concessione e di utilizzo. Non può dirsi, quindi, che sul punto la società abbia sottaciuto o sfumato gli elementi costitutivi del contratto del quale i commissari giudiziali hanno prospettato l'esistenza di taluni profili di criticità.

A diverse conclusioni si deve giungere per quanto attiene agli **apporti di capitale ricevuti tramite cash pooling**. La ricorrente sostiene che l'argomento sia stato compiutamente trattato nella relazione di attestazione laddove, alle pagg. 68 e segg. è possibile leggere: *«gli scriventi hanno appreso dal dott. Marco [REDACTED] (CFO del Gruppo [REDACTED]) il funzionamento del c.d. cash-pooling. L'accordo di cash pooling consiste nell'accorpore in capo ad un unico soggetto giuridico la gestione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario, con l'obiettivo di ottenere la miglior gestione della tesoreria aziendale in relazione ai rapporti in essere tra le società aderenti al gruppo e gli istituti di credito. Dal punto di vista operativo, una società del gruppo (detta società pooler), usualmente la holding o la finanziaria del gruppo di appartenenza, gestisce la liquidità ed i pagamenti delle singole società del gruppo in oggetto (participants). La finalità pratica consiste nella razionalizzazione della gestione della liquidità del gruppo e dalla possibilità di evitare diseconomie, quali il pagamento di interessi, a danno del gruppo stesso. La modalità più nota e diffusa di cash pooling, è lo "zero balance cash pooling" che prevede che i conti periferici vengano azzerati; questo avviene normalmente a fine giornata di modo che all'inizio di ciascun giorno tutti i conti presentino un saldo effettivo di conto corrente uguale a zero. Durante la giornata, in forza delle operazioni poste in essere dalle singole società, ogni conto corrente periferico potrà presentare un saldo positivo o negativo; alla fine della giornata il saldo verrà comunque trasferito al conto di compensazione. Giova segnalare che tutti i partecipanti al cash pooling sono società del Gruppo. Storicamente il gruppo deteneva 3 cash pooling: in particolare [REDACTED] apparteneva al cash pooling stipulato con [REDACTED] e riservato al ramo [REDACTED] per le società [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] fino alla fusione della stessa in IBP. [...]. [REDACTED] era l'accentratore, ossia il soggetto al quale – su base giornaliera – venivano trasferiti in automatico dalla banca che gestiva il servizio tesoreria, i saldi giornalieri sia positivi che negativi presenti sui conti dei singoli participants. Ogni società participant è tenuta ad effettuare le registrazioni contabili dei trasferimenti giornalieri all'accentratore, il c.d. Pooler, e quest'ultimo soggetto effettua registrazioni contabili di segno opposto. Il pooler – su base trimestrale – invia un estratto conto di periodo e parimenti sui saldi dei conti correnti è prevista una remunerazione trimestrale, che viene comunicata dal pooler ai partecipanti. Nel contratto in essere tra [REDACTED] e le altre legal entities del Gruppo, oltre alla durata e alle modalità di risoluzione, è previsto un margine di intermediazione di 12,5 bps a favore del pooler per l'attività di gestione dei depositi e degli scoperti di conto corrente dei vari participants. In particolare [REDACTED] ha partecipato al cash pooling con [REDACTED] fino a dicembre 2016, ossia fino all'erogazione del finanziamento di [REDACTED]. Dall'analisi di tale contratto sottoscritto con [REDACTED] – ed anche dal verbale del C.d.A. del 23 dicembre 2016 – si evince che la banca ha condizionato, ai fini dell'erogazione del finanziamento, il distacco dal cash pooling di gruppo e l'apertura di un nuovo conto operativo "staccato" dal cash pooling. L'evoluzione dei saldi di pooling nel 2015 vede tra gennaio e novembre un incremento progressivo del saldo negativo a causa*

dell'assorbimento di cassa generato dall'attività corrente e dai continui investimenti necessari per la messa a punto dell'impianto di Crescentino. A fine 2015 la controllante [REDACTED] effettua un aumento di capitale pari a 20 milioni a favore di IBP: tale operazione, non apportando nuova finanza, genera contabilmente una riduzione del saldo di cash pooling. Tra gennaio ed agosto 2016 l'attività operativa di [REDACTED] continua ad assorbire flussi di cassa, in particolare per gli investimenti necessari all'impianto, ed il saldo del conto di cash pooling passa così da un saldo negativo di Euro 26,9 milioni ad un saldo negativo di Euro 51,5 milioni. Successivamente, tra agosto 2016 e novembre 2016, il saldo negativo si riduce ad Euro 41,4 milioni grazie alla cessione alla capogruppo dei crediti fiscali per IRES e IVA ed all'ottenimento del contributo relativo al progetto [REDACTED]. Nel dicembre 2016 la [REDACTED] beneficia di due ulteriori aumenti di capitale da parte di [REDACTED] per totali Euro 26,5 milioni, di cui uno a titolo di "copertura perdite" con contropartita contabile la riduzione del debito di cash pooling di [REDACTED] verso la controllante. Contestualmente la società beneficia dell'erogazione del finanziamento da parte di [REDACTED] (per Euro 18 milioni) grazie al quale la Società trasferisce Euro 5 milioni a favore di [REDACTED], movimentando tali somme sul conto di pooling. Il conto "staccato" che ha beneficiato del finanziamento viene gestito, come sopra precisato in maniera autonoma e staccata rispetto al cash pooling. Il combinato delle citate operazioni riduce il saldo negativo del cash pooling a poco meno di Euro 13,5 milioni a fine 2016. Nel corso del 2017 il saldo negativo di pooling - che a inizio anno si attestava ad Euro 13,379 milioni - si riduce sino ad euro 188 mila a seguito di due aumenti di capitale effettuati da [REDACTED] per Euro 6 milioni in luglio e per Euro 6,5 milioni in settembre, cui si aggiunge il trasferimento alla capogruppo di crediti IVA per circa Euro 700 mila ed infine grazie alla rinuncia da parte di [REDACTED] a crediti commerciali per il valore di Euro 3,5 milioni».

I Commissari giudiziali hanno rilevato che dal 2012 al 2016 [REDACTED] ha partecipato a un rapporto di cash pooling attraverso il quale la controllante, in quanto non in grado di assicurare ad [REDACTED] il necessario sostegno finanziario, ripianava con meri movimenti contabili le perdite della controllata con apporti a copertura o in conto capitale effettuati, tra il 2013 ed il 2017, per complessivi € 129,0 milioni portati a riduzione di un debito *intercompany* che, per sua natura, già doveva ritenersi postergato alla luce della situazione di perdita strutturale evidentemente immodificabile in cui ha sempre versato [REDACTED] e del combinato disposto degli artt. 2467 c.c. e 2497 *quinquies* c.c.

Il Collegio condivide le considerazioni espresse dai Commissari, secondo i quali l'utilizzo dello strumento del *cash pooling* ha consentito alla società ricorrente - che avrebbe avuto necessità di immissione di nuova liquidità per assicurare continuità nella gestione e tutelare le ragioni dei creditori - di rinviare l'emersione della reale situazione di crisi in cui ha sempre versato, aggravandola significativamente.

E ciò, in quanto, anche laddove [REDACTED] conseguiva da altre fonti mezzi finanziari freschi, [REDACTED] subito li acquisiva proprio per mezzo dello strumento del *cash pooling*. E' quanto è accaduto anche per apporti che per loro natura avrebbero dovuto rimanere nel patrimonio di IBP, come nel caso del "progetto [REDACTED]" che prevedeva a favore di IBP un finanziamento per € 14,2 milioni e un contributo a fondo perduto per € 3,5 milioni, la cui concessione era subordinata ad un aumento del capitale sociale. Sul punto, i Commissari precisano nella relazione ex art. 172 l.f. (pag. 60-61) che, poiché l'erogazione del finanziamento presupponeva l'immissione di mezzi freschi nel patrimonio di [REDACTED], la controllante ha eseguito un versamento in conto capitale di € 6.500.000. Così testualmente descrivono quanto effettivamente accaduto: «E tale versamento – a differenza degli altri apporti effettuati in [REDACTED] con meri movimenti contabili del conto di cash pooling – effettivamente risulta effettuato il 14.12.2016 con un bonifico sul c/c [REDACTED] che ha come contropartita un incremento dei mezzi propri di [REDACTED]. Ma tale apporto, che avrebbe dovuto rappresentare una "...immissione di mezzi freschi nel patrimonio di [REDACTED] s.r.l...." tale è solo di facciata, atteso che lo stesso giorno

in cui il bonifico risulta ricevuto [ed a fronte del quale vi è una contabile bancaria probabilmente ... ostensibile a terzi], il conto di cash pooling viene movimentato in senso opposto e le somme ritornano da dove erano venute, con pari riduzione della posizione debitoria intercompany, senza quindi che l'apporto di nuova finanza alla società si sia effettivamente concretizzato».

E' appena il caso di rilevare che nulla si legge nel ricorso e nell'attestazione circa la reale natura del versamento effettuato da ██████████ s.p.a. il 14.12.16 e circa la successiva immediata restituzione della somma alla controllante. L'omissione non è irrilevante. Se, infatti, tale condotta verosimilmente ha indotto in errore il Ministero per lo Sviluppo Economico sulla sussistenza delle condizioni di solidità patrimoniale necessarie per ottenere rilevanti finanziamenti e contributi a fondo perduto dallo Stato, non può escludersi che ne derivino conseguenze in termini di responsabilità civile e/o penale.

Non è un caso che l'argomento del *cash pooling* sia stato trattato unicamente nella relazione di attestazione ex art. 161 co. 3 l.f., dove, tuttavia, sono state illustrate solo le linee generali di funzionamento e si è evidenziato in concreto che i due ultimi interventi di ██████████ a titolo di capitale, effettuati nel 2015 e nel 2016, non hanno apportato nuova finanza ma si sono sostanziati in mere riduzioni del saldo a debito di *cash pooling*.

Non è stata invece fornita idonea informativa sugli aspetti problematici evidenziati dai Commissari giudiziali ed in particolare sulla determinante circostanza dell'utilizzo dello strumento del *cash pooling* per occultare la reale situazione in cui versava ██████████, con l'inevitabile effetto di produrre un ritardo nell'emersione del dissesto e di fornire i terzi una rappresentazione non veritiera delle condizioni della ricorrente. Segnatamente, la società e gli attestatori non hanno fornito alcuna informazione sul fatto che, in realtà, tutti gli apporti (per quasi € 130,0 milioni) effettuati in ██████████ a titolo di capitale e copertura perdite sono stati eseguiti senza far affluire nuovi mezzi finanziari, ma solo contabilmente con scritture che, di volta in volta, riducevano un debito *intercompany* (così, infatti, deve intendersi il saldo negativo della gestione della tesoreria con lo strumento del *cash pooling*, al quale va attribuita caratteristica e natura di finanziamento).

Per altro verso, i Commissari hanno segnalato che la società e gli attestatori hanno omesso di descrivere come il *cash pooling* abbia costituito lo strumento mediante il quale la società ha realizzato operazioni altamente criticabili, quali quelle denunciate e concretatesi tra l'altro, attraverso operazioni di compensazione contabile, nel pagamento di debiti palesemente postergati ex artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. Si deve, invero, ricordare al riguardo che il concetto di "finanziamento" presupposto dall'art. 2467 c.c. va inteso in senso estensivo, non consistendo necessariamente nella messa a disposizione di denaro (e quindi nei meri contratti di credito), ma ben potendo concretarsi in qualsiasi forma di agevolazione finanziaria, quale per esempio un'ennesima fornitura erogata a soggetto non in grado di rendersi ad essa solvibile, ovvero in ogni atto che comporti un'attribuzione patrimoniale compatibile con l'obbligo di futuro rimborso della stessa. La norma va dunque ricostruita come espressione, per l'impresa in crisi, di un principio di corretto finanziamento, la cui violazione integra una riqualificazione legale dell'operazione di sovvenzione, comunque effettuata, nei termini di prestito postergato (cfr. da ultimo Cass. 3017/19).

Inoltre, non si sono assolutamente evidenziati i limiti, chiaramente inesistenti nella fattispecie, entro i quali il ricorso al predetto meccanismo può ritenersi lecito.

È infatti principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui il ricorso, nell'ambito di un gruppo di imprese, al cd. "*cash pooling*" deve ritenersi lecito ed esente anche da conseguenze penali solo se vi sia un'antecedente puntuale regolamentazione contrattuale dei rapporti interni al gruppo, dovendosi stipulare un contratto con indicazioni relative alle modalità e ai termini con cui i saldi dei conti periferici delle consociate devono essere trasferiti al conto corrente accentrato, nonché alle modalità e ai

termini entro i quali il *pooler* deve restituire la liquidità ricevuta sul conto accentrato di cui è titolare, ed anche all'ammontare dei tassi in base ai quali maturano gli interessi attivi e passivi sui crediti annotati nel conto comune, alle modalità con cui gli interessi verranno corrisposti ed all'eventuale commissione spettante al *pooler* per lo svolgimento dell'attività di tesoriere.

Quanto ai vantaggi compensativi, per invocare la loro sussistenza, non è sufficiente allegare la mera partecipazione ad un gruppo societario, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo, invece, l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata (cfr. Cass. pen. 34457/2018).

In altri termini, due sono le condizioni richieste per poter ravvisare la presenza di un contratto di *cash pooling* per la gestione delle risorse del gruppo societario nella maniera più utile al fine di limitare le conseguenze negative delle situazioni critiche, presentando le società nella maniera più vantaggiosa al fine di ottenere credito bancario.

In primo luogo, i passaggi di denaro tra partecipanti e il *pooler* e viceversa devono essere eseguiti in presenza di una antecedente puntuale regolamentazione contrattuale dei rapporti interni al gruppo, dovendosi stipulare un contratto con indicazione relative alle modalità e ai termini con cui i saldi dei conti correnti periferici delle consociate devono essere trasferiti al conto corrente accentrato nonché alle modalità e ai termini entro i quali il *pooler* deve restituire la liquidità ricevuta sul conto accentrato, ed anche all'ammontare dei tassi di interesse attivi e passivi che maturano sui crediti annotati nel conto comune, alle modalità con cui verranno corrisposti e all'eventuale commissione spettante al *pooler* per lo svolgimento dell'attività di tesoriere. In sostanza, se i trasferimenti di denaro infragruppo rappresentano modalità di esecuzione di un contratto, di tale negozio deve essere traccia documentale e la struttura e il contenuto negoziale devono essere completi e adeguati a regolamentare ragionevolmente i comportamenti che presentano un significativo grado di rischio per le condizioni economiche e patrimoniali delle società che vi partecipano, avendo cura di approntare un sistema di accordi e prestazioni che non risulti immotivatamente pregiudizievole per alcuna delle società del gruppo.

In secondo luogo, secondo la giurisprudenza della Cassazione, è possibile riconoscere la liceità di un simile contratto solo in quanto tale accordo si iscriva all'interno della logica dei cd. "vantaggi compensativi" propria dell'operatività di un gruppo di imprese ed in base alla quale operazioni che isolatamente considerate appaiono pregiudizievoli per una persona giuridica possono trovare giustificazione nei vantaggi che la medesima società riceve da scelte gestionali poste in essere in suo vantaggio da altri soggetti del medesimo gruppo o dalla *holding* che dirige il raggruppamento di imprese. E sul punto la giurisprudenza richiede, ai fini della irrilevanza penale del *cash pooling*, una rigida dimostrazione della diretta contropartita idonea a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta. Spetta quindi all'amministratore dimostrare che il sistema del *cash pooling* risponde non semplicemente agli interessi del gruppo, posto che l'appartenenza al gruppo è solo la premessa per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio, ma garantisce direttamente la soddisfazione degli interessi della singola società della sorte del cui patrimonio si discute. Va quindi allegato e provato che gli ipotizzati benefici indiretti della società risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta, in guisa tale da non renderla capace di incidere sulle ragioni dei creditori della società e ciò in quanto l'interesse che può escludere l'effettività della distrazione non può ridursi al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né può identificarsi nel vantaggio della società controllante. Ciò che deve pertanto essere dimostrato è il

saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata.

Nella fattispecie in esame, non solo la società non ha mai neppure illustrato in modo dettagliato i vari rapporti di *cash pooling* esistenti all'interno del gruppo – descritti viceversa dai Commissari nella relazione ex art. 172 pagg. 50 e 54 - 61 – né prodotto i relativi contratti, ma nulla è stato allegato anche in ordine alla sussistenza dei presupposti di liceità sopra richiamati. Anzi, dal concreto utilizzo effettuato dello strumento, come segnalato dai Commissari, i presupposti di liceità richiesti appaiono pacificamente inesistenti.

Per quanto attiene, infine, ai proventi per **trasferimento di perdite fiscali** la ricorrente ha dedotto che l'argomento è stato esaminato dagli attestatori, i quali a pag. 165 della relazione hanno scritto testualmente: «*Il consolidato fiscale nazionale è un regime di tassazione fiscale opzionale che permette alle società consolidanti, indipendentemente dall'obbligo civilistico di redigere il bilancio consolidato, di calcolare l'IRES in modo unitario con riferimento alle società aderenti al consolidato. Il consolidato si realizza determinando in capo alla società controllante (████ SpA) un'unica base imponibile per l'intero gruppo di imprese, in misura corrispondente alla somma algebrica degli imponibili di ciascuna società che vi partecipa. Il modello di consolidamento adottato prevede la determinazione di una base imponibile unica per le società che partecipano alla tassazione di gruppo. Nel consolidato nazionale la somma algebrica delle basi imponibili riguarda l'intero reddito delle società consolidate, indipendentemente dalla percentuale di partecipazione in esse detenuta dal soggetto consolidante, e consente di compensare immediatamente ed integralmente i redditi e le perdite prodotti nell'ambito del gruppo. Nella situazione contabile al 15 ottobre 2017 risulta iscritto un credito per imposte dirette consolidate per Euro 9.502.503*».

I commissari giudiziali hanno invece segnalato che tra il 2012 ed il 2016 IBP ha contabilizzato proventi infragruppo per € 31,5 milioni, trasferendo alla consolidante █████, nell'ambito del consolidato fiscale di gruppo, le sue perdite fiscali; in questo modo, la ricorrente ha migliorato i propri risultati di gestione, mediante iscrizione di crediti per pari importo ed in particolare crediti che, lungi dall'essere incassati, sono stati ridotti mediante scritture di giro nel conto di *cash pooling* e quindi definitivamente oggetto di svalutazione nel piano di concordato.

Non v'è chi non veda che il silenzio sui proventi e crediti da consolidato fiscale del ricorso per l'ammissione e l'illustrazione generica e teorica del particolare regime di tassazione contenuto nella relazione di attestazione, non possono certamente integrare la completa *disclosure* sugli effetti che in concreto l'applicazione del consolidato fiscale ha avuto per la ricorrente. In particolare, nulla la società e gli attestatori riferiscono in ordine al miglioramento della situazione economica e patrimoniale per oltre € 31 milioni che dall'anno 2012 █████ ha di fatto realizzato trasferendo perdite fiscali alla controllante e contestualmente iscrivendo crediti destinati a non essere mai recuperati.

Appare quindi evidente che i fatti sopra descritti – lungi dal costituire mere diverse “valutazioni” dei Commissari - rilevano l'esistenza di dati volontariamente occultati afferenti il patrimonio del debitore e idonei ad alterare la percezione dei creditori, in quanto la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato diverge da quella “scoperta” dai Commissari. In particolare, tali circostanze appaiono illuminanti sulle vere cause della crisi e hanno consentito agli organi sociali di occultare perdita e l'esistenza di un patrimonio netto negativo risalente al 31.12.13, con conseguente aggravamento del dissesto fino al deposito della domanda di concordato (cfr. Tribunale di Bergamo 26.11.16, cit.).

Come si è già più volte sottolineato, tali condotte sono fonte di sicura responsabilità in capo agli organi sociali e rilevano ex se, a prescindere dall'effettivo esperimento e 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 sostenere 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 dall'organo amministrativo di ■■■ e delle persone che hanno rivestito cariche nelle società controllanti ■■■■ e ■■■■ ■■■■ (soggetti in relazione ai quali gli attestatori hanno prospettato un danno risarcibile di circa € 10.000.000), tra i quali ben può fin da ora indicarsi la società ■■■■ (già citata dai Commissari nella relazione ex art. 172 l.f.).

Ma soprattutto, quel che è decisivo, la scoperta da parte dei Commissari di atti in frode esime dal verificare la concretezza 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; Cass. Sez. 1 - , Sentenza n. 25165 del 07/12/2016; Cass. Sez. I Ord., 23 marzo 2018, n. 7379).

Per completezza, vanno fatte alcune brevi riflessioni 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 Gruppo ██████ & ██████, 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 "██████████ ██████████ ██████████ - Proposed structure December 2010" e il doc. 3 intitolato "Projetct Payen – contractual structure (22 4 2011).2", nei quali era prevista la divisione del polo bio 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 Centra (già ██████████)»*.

La discrasia non è di poco conto perché rivela come neppure agli attestatori la costituzione di ██████ 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, si impone qualche considerazione anche in ordine ai danni lamentati da ██████ 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 ██████ ha 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 ha evidenziato che tale valutazione era stata svolta sulla base del *«"business plan" inviato a ██████ il 22.10.2017 da ██████████ s.p.a., advisor delle società venditrici, successivamente illustrato e confermato a ██████ da queste ultime»*. Ha, quindi, 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, pertanto, 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 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 la ricorrente 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 società █████ s.r.l. in liquidazione – già █████ s.r.l..

P.Q.M.

Visto l'art. 173 l.f.;

revoca l'ammissione al concordato preventivo della società Impia s.r.l. in liquidazione – già █████ s.r.l.

Manda alla cancelleria per i conseguenti adempimenti.

Alessandria, li 30 aprile 2019

Il Giudice est.
Dr.ssa Enrica Bertolotto

Il Presidente
dott.ssa Caterina Santinello

Fallimenti e Società.it