

TRIBUNALE DI PADOVA
I SEZIONE CIVILE

riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

DOTT. FRANCESCO SPACCASASSI	PRESIDENTE
DOTT. CATERINA SANTINELLO	GIUDICE REL.
DOTT.MARIA ANTONIA MAIOLINO	GIUDICE

nel procedimento per omologa di concordato preventivo RG 5755/14
promosso da:

S.P.A., con l'avv.ti

nei confronti di:

Massa dei Creditori del concordato preventivo
Giudiziale, dott. _____, con l'avv.to

S.P.A., in persona del Commissario

S.R.L.

OPPONENTE, con gli avv.ti _____ del foro di Venezia e _____ del foro di Padova
ha pronunciato il seguente

DECRETO

Con ricorso depositato il 9.5.2013 la società _____ s.p.a. presentava domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma VI, L.F., riservandosi di depositare la proposta, il piano e la documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3, L.F. nel termine concesso dal Tribunale.

Nel rispetto del suddetto termine, successivamente prorogato, la società ricorrente in data 29.10.13 depositava quindi la proposta, il piano in continuità aziendale "diretta" ex art. 186 bis L.F. e la relativa documentazione, successivamente integrata e modificata, in seguito ai chiarimenti chiesti dal tribunale, con memoria del 4.12.2013, offrendo ai creditori il soddisfo integrale delle spese di procedura, dei crediti prededucibili, dei creditori privilegiati garantiti da privilegi immobiliari per un importo pari al valore di realizzo del bene a garanzia, dei creditori privilegiati garantiti da privilegi mobiliari secondo l'ordine di cui agli artt. 2777 e segg. c.c., entro un anno dall'omologazione ex art. 186 bis, comma 2, lettera c), nonché dei creditori chirografari ordinari e dei creditori privilegiati integralmente o parzialmente degradati nella percentuale del 25% - ridotta prudenzialmente al 18,30% dall'attestatore – entro il primo semestre 2019.

Il Tribunale ammetteva la società alla procedura richiesta con decreto in data 17.12.2013 e dava le ulteriori disposizioni conseguenti.

Il Commissario Giudiziale depositava in data 17.3.2014 la propria relazione, ex art. 172 L.F., nella quale, richiamati i termini essenziali della proposta concordataria e del relativo piano – virtuale suddivisione di _____ tra la cd. "bad company" per la gestione dell'attività liquidatoria, e la cd. "good company" per la gestione della continuità aziendale; gestione dell'azienda in continuità diretta dall'1.8.2013 al 31.12.2018 mediante l'esecuzione del piano economico-finanziario predisposto dalla società sotteso alla proposta; mantenimento dei livelli occupazionali (51 persone)

e generazione di un cash flow adeguato a concorrere al pagamento dei debiti sociali rientranti virtualmente nella “ bad company” nelle percentuali proposte - ed effettuate le sue autonome verifiche anche prospettiche sul piano tramite uno “ stress test” al fine di rendere edotti i creditori sociali di quale avrebbe potuto essere la conseguenza di eventuali errate previsioni aziendali tenuto conto dell’ampio arco temporale di adempimento del piano concordatario – sostanzialmente un allungamento dei tempi di pagamento dei creditori chirografari -, rideterminava nel 17,80 % la percentuale destinata alla soddisfazione dei creditori chirografari – aumentabile fino al 24,55% nel caso in cui non si verificassero alcuni eventi potenzialmente sfavorevoli – ed esprimeva parere favorevole all’approvazione del concordato, pur tenuto conto degli inevitabili elementi di aleatorietà che lo stesso comportava.

All’udienza del 26.3.14 il G.D. constatava che le maggioranze di legge, ex art. 177 L.F., non erano state raggiunte e disponeva quindi per il prosieguo delle votazioni.

Con verbale del 16.4.2014, su relazione del Commissario Giudiziale, il G.D. accertava il raggiungimento delle maggioranze di legge (maggioranza dei crediti ammessi al voto percentuale del 94% circa).

Veniva quindi fissata l’udienza ex art. 180 L.F. con decreto collegiale in pari data del 16.4.2014.

Con comparsa di costituzione depositata il 30.5.2014 S.p.A si costituiva nel relativo giudizio, concludendo per l’omologa del concordato preventivo.

Con memoria di costituzione depositata il 30.5.2014 s.r.l., creditore dissenziente, proponeva opposizione all’omologa del concordato preventivo di S.p.A.

Eccepiva innanzitutto che il piano concordatario si fondava su una situazione patrimoniale e contabile della società al 31.7.2013 anziché alla data di deposito del ricorso ex art. 161, comma VI, L.F., con conseguente omissione della rappresentazione della gestione societaria nell’arco temporale dal 9.5.2013 al 31.7.2013.

Eccepiva altresì che i pagamenti effettuati da S.p.A. in data successiva al 9.5.2013 erano stati erroneamente imputati alla “bad company” anziché alla “good company” e contestava l’effettuazione di pagamenti, in particolare nel mese di agosto 2013, non autorizzati dal Tribunale ex art. 161, comma VII, L.F., trattandosi di atti di straordinaria amministrazione, e/o di debiti anteriori inammissibili ex artt. 184, 167 e 173 L.F., compresi quelli disposti a favore delle cd. “parti correlate” tramite illegittime compensazioni.

Contestava altresì la “fattibilità” del piano concordatario ed in particolare la tenuta del piano economico-finanziario sotteso, in relazione ai flussi di cassa preventivati e della tempistica dei tempi prospettati di incasso dei crediti, di pagamento dei debiti e di rotazione del magazzino.

Contestava inoltre la legittimità di determinate operazioni compiute dalla società (fidejussioni infragruppo, acquisto delle quote di da parte dei sig.ri , compimento di operazioni oggettivamente inesistenti e conseguenti illeciti tributari penalmente rilevanti), concludendo pertanto che, tenuto conto della illegittimità di tali operazioni e delle azioni eventualmente esperibili nell’ambito della procedura fallimentare – azioni di nullità/annullamento per estraneità all’oggetto sociale ex art. 2384 c.c., per conflitto di interessi ex artt. 1394 e 1385 c.c., azione di

responsabilità nei confronti degli amministratori, revocatoria fallimentare –, era evidente la non convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare.

Sottolineava altresì più in generale come la convenienza della proposta concordataria non era stata adeguatamente motivata né dalla società ricorrente, né dall'attestatore e dal Commissario Giudiziale.

Rilevava che viceversa era di tutta evidenza che in caso di fallimento le attività recuperabili dalla proposizione delle azioni sopra richiamate avrebbero comportato un aumento della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari dal momento che per lo stesso l'attestatore, in caso di ipotesi liquidatoria, la percentuale si sarebbe abbassata dal 18.30% al 16,59%, margine minimo quest'ultimo di differenza.

Eccepiva altresì la mancata considerazione in privilegio del credito di rivalsa IVA, richiamando sul punto la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 24970/13.

Sottolineava inoltre il mancato deposito del bilancio di esercizio relativo all'anno 2012, nonché il mancato adempimento degli obblighi informativi posti a carico della società dal Tribunale con il proprio provvedimento del 16.7.2013 e, da ultimo, l'inesigibilità di parte dei crediti da riscuotere e l'inammissibilità della proposta per deposito della stessa oltre il termine concesso e prorogato dal Tribunale.

Concludeva pertanto chiedendo la declaratoria di inammissibilità, improcedibilità del concordato con conseguente rigetto dell'omologa.

All'udienza del 12.6.2014 veniva concesso termine per il deposito di memorie ed eventuali repliche.

Con memoria depositata in data 27.6.2014 si costituiva il Commissario Giudiziale, dott. _____, contestando i rilievi mossi dall'opponente in particolare al suo operato.

Depositata quindi dalla società ricorrente e dall'opponente, rispettivamente il 27.6.14 e il 2.7.14, le memorie autorizzate, all'udienza del 3.7.2014 esaurita la discussione, nel corso della quale le parti si riportavano alle proprie conclusioni, il Collegio si è riservato la decisione.

Il concordato preventivo di _____ s.p.a. va omologato.

Vanno infatti rigettati tutti i motivi di opposizione proposti da _____ s.r.l..

Va innanzitutto rigettata l'eccezione di inammissibilità della proposta concordataria perché depositata oltre il termine ex art. 161, comma VI, L.F..

Tale eccezione è fondata sulla ritenuta non applicazione al predetto termine della sospensione dall'1 agosto al 15 settembre della sospensione di diritto dei termini processuali disposta dall'art 1 della legge 7 ottobre 1969 n 742.

Senonché, come indicato nel provvedimento del Magistrato Coordinatore del 18.7.13 allegato dalla ricorrente alla memoria di replica del 27.6.14 (doc. 10), tale sospensione deve trovare applicazione.

Va infatti considerato che, accanto alla previsione espressa in tema di dichiarazione e revoca dei fallimenti, l'unica norma della legge fallimentare che esclude l'applicabilità della sospensione feriale dei termini processuali è l'articolo 36 bis, primo comma, che si riferisce espressamente ai termini

previsti negli articoli 26 e 36, aventi ad oggetto il primo il reclamo contro i decreti del giudice delegato del tribunale ed il secondo il reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori;

Ciò posto, va rilevato che la Suprema Corte in più occasioni ha sottolineato la natura eccezionale dell'articolo 36 bis e comunque della norma che esclude la sospensione feriale nel decorso dei termini processuali (si leggano Cass. 2960/2012 con riferimento al termine perentorio per la presentazione delle domande di insinuazione al passivo e Cass. n. 2706/2009 per il termine non perentorio per l'omologa del concordato preventivo ex art. 181 l.f.).

Deve pertanto ritenersi che la disposizione citata non possa riferirsi a fattispecie diverse da quelle espressamente menzionate.

D'altro canto deve ritenersi che il termine assegnato ai sensi dell'articolo 164, sesto comma, per la formulazione della proposta, la presentazione del piano ed il deposito della documentazione prescritta abbia natura processuale e non sostanziale: gli indubbi effetti sostanziali della proposizione della domanda (ad esempio l'inefficacia delle ipoteche iscritte nei 90 giorni anteriori al deposito del ricorso: articolo 168, terzo comma) appaiono infatti indiretti e non immediati e diretti e d'altro canto il termine viene assegnato all'interno di un procedimento definito e ben disciplinato dalla normativa (il procedimento di concordato, appunto), che ha inizio con il deposito della relativa domanda e che prosegue attraverso varie fasi procedurali (il deposito di proposta e piano, l'ammissione, l'adunanza dei creditori) che conducono alla decisione sull'omologa.

Dalla riconosciuta natura processuale al termine ex articolo 161, sesto comma, consegue necessariamente l'applicazione allo stesso della sospensione feriale dal 1 agosto al 15 settembre.

Va altresì dichiarata l'inammissibilità per difetto di legittimazione attiva dei motivi di opposizione di cui ai punti XII, XIII, XIV e XV della memoria di costituzione di s.r.l..

Ed invero ai sensi dell'art. 180, comma 4 secondo capoverso, L.F. : "Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'art. 177 se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili".

Alla luce della nuova formulazione della norma, nel testo introdotto dall'art. 33 del D.L. n. 83/12, deve ritenersi che la valutazione di merito sulla convenienza del concordato (cd. cram down) presupponga o l'opposizione di creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto, o l'esistenza di una classe dissenziente e la proposizione dell'opposizione da parte di almeno uno dei creditori inseriti in tale classe, a sua volta dissenziente o astenutosi.

Al di fuori delle ipotesi previste dal quarto comma dell'art. 180 L.F. al tribunale quindi non è consentita una valutazione della convenienza della proposta di concordato preventivo, in

conformità ai principi informativi della riforma quale quello dell'autodeterminazione dei creditori nella scelta della soluzione concordataria all'alternativa della liquidazione fallimentare.

Solo infatti in presenza della contestazione della convenienza da parte di soggetto legittimato ex art. 180, comma IV, L.F. il concordato potrà essere omologato qualora il tribunale escluda che le alternative concretamente praticabili – in primis la procedura fallimentare in presenza di stato di insolvenza - possono consentire il soddisfacimento del credito dell'opponente in misura superiore a quella prevista dalla proposta concordataria.

Orbene nel caso di specie è pacifico che s.r.l. creditore chirografario dissenziente, in mancanza di previsione di diverse classi, non rappresenti il venti per cento dei creditori ammessi al voto, con conseguente difetto di legittimazione a contestare la convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare ed in particolare alla soddisfazione ottenibile nel riparto fallimentare.

Ciò va detto non solo in relazione al motivo di opposizione sub XV, ma anche in relazione ai precedenti punti XII, XIII e XIV.

Infatti è la stessa ricorrente che nel contestare la legittimità di determinate operazioni ha espressamente sottolineato che le stesse “se adeguatamente contrastate in sede fallimentare (laddove in sede concordataria rimangono escluse come elemento attivo della procedura), porterebbero alla preferibilità del fallimento” (cfr. pag. 41).

Del resto la sola contestazione delle predette operazioni in sé e per sé considerate sarebbe priva di rilevanza e non potrebbe venire in considerazione sotto il diverso profilo dell'art. 173 L.F. in mancanza dei necessari presupposti.

Al riguardo ritiene il Collegio opportuno, anche al fine dell'esame degli altri motivi di opposizione, richiamare in generale i presupposti delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 173 L.F., nonché della violazione degli obblighi informativi ex art. 161, comma VIII, L.F..

Va considerato in via preliminare che il procedimento di cui all'articolo 173 può essere attivato in qualsiasi fase del procedimento di concordato preventivo, discutendosi in dottrina e giurisprudenza solo della sua ammissibilità anche dopo la definitività del provvedimento di omologa, ma non essendo in discussione la facoltà da parte del Tribunale di revocare il provvedimento di ammissione del concordato preventivo anche in sede di discussione sull'omologa dello stesso.

Nel merito va osservato come la giurisprudenza sia ormai consolidata nell'affermare che gli atti rilevanti ai sensi dell'articolo 173 abbiano sicuramente natura fraudolenta, ma che non possono essere condotti alla norma tutti gli atti fraudolenti. La norma va infatti ormai armonizzata con il sistema, che ha soppresso dai presupposti di accesso alla procedura di concordato preventivo il requisito della meritevolezza nonché tutti i requisiti di natura etica (in tal senso tribunale di Milano 28/4/2011, in www.ilcaso.it).

In primo luogo va evidenziato come non assuma automatico rilievo nella qualificazione di atto fraudolento ai sensi dell'articolo 173 l' idoneità o meno dell'atto a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori: ovvero l'atto distrattivo non è automaticamente atto fraudolento ai sensi

dell'articolo 173 e d'altro canto l'atto non pregiudizievole sotto un profilo economico non è necessariamente neutro ai fini della revoca del provvedimento di ammissione. Basti al riguardo considerare che l'art. 173 menziona tra le condotte sanzionabili con la revoca del provvedimento di ammissione anche l'esposizione di passività insussistenti, che evidentemente non è una condotta idonea a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori, atteso per l'appunto che si tratta di esporre debiti inesistenti, che quindi non saranno pagati in sede di esecuzione del concordato.

Questa stessa considerazione aiuta però comprendere quale sia la ratio della norma.

L'esposizione di passività insussistenti infatti, se non è idonea a distrarre attivo, è assolutamente idonea ad alterare la formazione della volontà in capo i creditori. L'aumento fittizio del passivo, infatti, induce i creditori a ritenere del tutto svantaggiosa qualsiasi alternativa alla proposta di concordato e quindi ad alterare il percorso logico che conduce alla determinazione del voto.

Cosicché la Corte di Cassazione è giunta a chiarire che "l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere accertato dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso scoperto essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori": e ciò alla luce della stessa espressione testuale dell'articolo 173, primo comma, da interpretarsi secondo il primo criterio ermeneutico dell'interpretazione letterale della norma (articolo 12 preleggi).

Inoltre l'atto di frode è quello dotato di una "attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione": "in altri termini, si tratta di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa" (in motivazione Cass. n. 13817/2011).

In conclusione atti di frode ai sensi dell'articolo 173 non sono gli interventi sul patrimonio del debitore, "ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio" (ibidem; in termini si legano anche Appello Milano 29/6/2011, Appello Venezia 24/11/2011, Appello Torino 21/5/2013: tutte pubblicate in www.ilcaso.it).

Orbene nel caso di specie le condotte censurate dall'opponente (fideiussioni infragruppo, acquisto quote di da parte dei sig.ri , illeciti tributari, di cui al procedimento penale a carico dei sig.ri Pegoraro) non sono state affatto "scoperte" dal Commissario Giudiziale, nel senso dianzi precisato, ma tutte chiaramente esposte e descritte nella proposta concordataria depositata il 29.10.2014 e successiva integrazione del 4.12.14, anche in seguito ai chiarimenti espressamente chiesti dal tribunale con decreto del 19.11.13.

Né può sostenersi che tali operazioni dovevano essere "denunciate" dalla ricorrente fin dal deposito del ricorso ex art. 161, comma VI, L.F. o in sede di assolvimento degli obblighi informativi ex art. 161, comma VIII, L.F..

Invero gli atti fraudolenti ex art. 173 L.F. rilevanti ai sensi dell'art. 161, comma VI, L.F. – nel testo introdotto peraltro successivamente al deposito del ricorso "in bianco" da parte di – sono solo quelli successivi alla proposizione della domanda dovendo infatti la previsione normativa

essere coordinata con l'interpretazione che appunto il Supremo Collegio ha dato della predetta norma come sopra riportato.

Infatti essendo sanzionabile, secondo tale interpretazione, solo la condotta del debitore volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e quindi tali che, se tempestivamente conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (chiaramente negativa) valutazione della proposta, ogni decisione deve essere differita al momento del deposito della proposta e del piano, momento questo che costituisce pertanto il termine ultimo per la "disclosure" su eventuali atti di frode compiuti prima del deposito della domanda, anche di quella "con riserva".

Quanto poi all'eventuale possibile esperibilità di azioni di nullità/annullamento va osservato che il rilievo attenendo alla "convenienza" della proposta rispetto all'ipotesi fallimentare non solo è inammissibile in questa sede, per quanto già rilevato, ma anche sicuramente infondato quanto al richiamo all'art. 2384 c.c., posto che l'estraneità all'oggetto sociale nell'attuale formulazione della norma non esclude certamente il potere di rappresentanza della società di fronte ai terzi, essendo lo stesso "generale" e riguardando l'indirizzo giurisprudenziale richiamato dall'opponente la norma nel testo previgente.

Nulla vieta poi, in presenza dei necessari presupposti, l'esperimento delle suddette azioni, così come dell'azione di responsabilità, anche successivamente all'omologa del concordato.

Da ultimo va altresì evidenziato che, abolito il canone della meritevolezza, appare altresì necessario che l'atto frodatario ai fini della sua rilevanza ex art. 173 L.F. sia diretto a frodare i creditori esclusivamente in funzione della domanda di concordato e non in senso astratto; in altri termini l'elemento soggettivo è ravvisabile in tutte quelle fattispecie a formazione progressiva nelle quali non assume rilevanza l'atto di disposizione patrimoniale in sé e per sé considerato, ma la sua diretta correlazione con la diminuzione dell'attivo messo a disposizione ai fini concordatari incidendo, quindi, sulla percezione che il ceto creditorio ha della effettiva consistenza delle risorse patrimoniali del debitore in funzione della proposta concordataria (cfr. Tribunale Milano 19.7.2007; Tribunale di Roma 20.4.10). In tal caso è evidente il disvalore giuridico che assume l'atto distrattivo connesso ad una domanda concordataria in cui il debitore "simuli" di mettere a disposizione dei creditori tutti i propri beni, in conformità a quanto previsto dall'art. 2740 c.c., dopo essersene in realtà spogliato, manifestando così di voler utilizzare lo strumento concordatario abusivamente o come negozio indiretto di frode ai creditori, che avrebbe come unica finalità quella di ottenere l'esdebitazione: in tal senso pertanto acquista decisiva importanza la vicinanza cronologica degli eventi distrattivi rispetto alla data di proposizione della domanda concordataria (Tribunale di Bergamo 10.10.13), dal momento che non può essere attribuita la stessa importanza e valenza ad atti dispositivi compiuti in epoca "non sospetta", rispetto a quelli che si pongono a ridosso della domanda medesima ed hanno una diretta incidenza causale sulla crisi o sul suo aggravamento.

Nel caso di specie la lontananza cronologica della maggior parte dei comportamenti in oggetto – le fideiussioni risalgono al 2004 e una al 2009; gli illeciti tributari agli anni 2007-2008 -esclude la loro rilevanza nel senso dianzi precisato.

Quanto all'acquisto dell'87,40% della partecipazione di _____ in _____ da parte dei fratelli risalente invece al dicembre 2012 e alla compensazione operata tra i reciproci debiti/crediti (credito di _____ per il prezzo con il credito dei _____ a titolo di finanziamenti effettuati negli anni 2010 e 2012) va altresì sottolineato che non solo il problema della eventuale “postergazione” era stato già evidenziato dal Tribunale anche nel decreto di ammissione, rimettendo ogni più puntuale accertamento al Commissario Giudiziale, ma che i signori espressamente si sono impegnati, a semplice insindacabile richiesta del Commissario, ad effettuare il pagamento dei crediti oggetto di compensazione, ove appunto ritenuti postergati, subordinando tale impegno alla definitività del decreto di omologa (cfr. in tal senso memoria integrativa 4.12.2013).

Ciò precisato va osservato che l'obbligo del debitore di informare i creditori rileva ed è sanzionato, oltretutto dall'art. 173 L.F., dall'art. 161, comma VIII, L.F in tema di inosservanza degli obblighi informativi disposti dal Tribunale con il decreto di fissazione del termine ex art. 161, comma VI, L.F..

In relazione a quest'ultima norma l' inammissibilità ex art. 162 L.F. è diretta a sanzionare, oltre al caso di completa omissione, l'adempimento solo formale dei suddetti obblighi e quindi una violazione sostanziale degli stessi da parte del debitore allorché dal deposito della documentazione richiesta dal Tribunale e/o imposta dalla legge emerga in realtà l'intento del debitore di eludere sostanzialmente il controllo demandato al Tribunale specie allorché l'attività dallo stesso compiuta sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano.

Lo scopo perseguito dal legislatore si desume, in relazione agli obblighi informativi da ultimo introdotti dall'art. 82, comma 3, del D. L. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/13 – in particolare pubblicazione della situazione finanziaria - , dalla Relazione Illustrativa che lo indica in quello di “consentire ai creditori di verificare che la prosecuzione dell'attività non comporti conseguenze pregiudizievoli sul patrimonio del debitore” limitando comunque a tal fine l'aggiornamento richiesto alla “sola situazione finanziaria, senza coinvolgere anche aspetti patrimoniali ed economici, per evitare un eccessivo aggravio degli adempimenti contabili, preservando la flessibilità dello strumento”.

Pertanto deve ritenersi che l'osservanza degli obblighi informativi miri in definitiva ad evitare un uso strumentale ed abusivo dello strumento concordatario.

Nel caso di specie nessuna violazione sostanziale degli obblighi informativi in contestazione, nel senso dianzi precisato, può imputarsi alla società ricorrente, che ha fornito le informazioni e la documentazione nei limiti richiesti ed imposti dalla “ratio legis”, diretta ad evitare un eccessivo aggravio degli adempimenti contabili gravanti sulla società ricorrente e quindi ad assicurare la snellezza e sinteticità dello strumento concordatario, tanto più che nessun rilievo è stato fatto sul

punto neppure dal Commissario Giudiziale, appositamente nominato dal Tribunale con il decreto di proroga del termine dell'8.7.13, nell'esercizio del suo compito di vigilanza ex art. 161, comma VIII, L.F., e l'uso distorto e strumentale dello strumento concordatario è decisamente escluso dell'avvenuto deposito nei termini concessi della proposta, del piano concordatario e di tutta la documentazione prevista per legge, nonché dei chiarimenti resi e delle modifiche apportate in data 4.12.13, in seguito ai rilievi effettuati dal Tribunale con il provvedimento già richiamato del 19.11.13.

Va del resto considerato che s.r.l. non solo avrebbe potuto chiedere di avere le maggiori informazioni ritenute necessarie nel corso del termine assegnato o comunque dopo l'ammissione, ma ha espresso il proprio voto contrario alla proposta concordataria in data 13.2.2014 (doc. 3 opponente) anteriormente quindi al deposito della relazione ex art. 172 L.F. da parte del Commissario Giudiziale, relazione che ora contesta per non "completa informazione" ma che all'evidenza non ha avuto alcuna influenza sulla manifestazione del proprio voto.

Di qui l'infondatezza delle censure svolte in ordine al preteso pagamento di debiti anteriori in relazione all'addebito insoluti dell'agosto 2013, alle poste debitorie e creditorie verso parti correlate (e) di cui al punto IV dell'opposizione e al successivo al punto XII.

Premesso infatti che la richiesta analiticità di esposizione e documentazione di ogni dato contabile non trova alcun fondamento giuridico ed anzi è in contrasto con la "ratio legis" introduttiva degli obblighi informativi sopra riportata, sia il Commissario Giudiziale in memoria difensiva punto 4, sia la società ricorrente nella memoria di replica autorizzata punti 4 e 5 hanno dato puntuale spiegazione delle poste censurate dimostrando pertanto, anche alla luce della documentazione allegata, l'insussistenza dei pretesi pagamenti di debiti anteriori.

Sul punto va altresì sottolineato che già nella relazione ex art. 172 L.F. il Commissario Giudiziale ha dato atto in generale delle necessarie e prodromiche verifiche effettuate sulle poste allocate all'attivo e al passivo concordatario evidenziando le eventuali discordanze rilevate che non hanno interessato le voci qui censurate.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in ordine alla censura concernente l'esigibilità dei crediti (pagg. 55 e seguenti dell'opposizione), cui ha dato puntuale risposta la società resistente ai punti 6 e 18 della propria memoria e nell'allegata documentazione da intendersi qui integralmente richiamati.

Quanto alla mancanza della situazione patrimoniale, reddituale e contabile della società al 9.5.2013, data di deposito/pubblicazione della domanda in bianco, e il riferimento della proposta concordataria alla situazione patrimoniale aggiornata al 31.7.2014, va rilevato che tale pretesa "omissione" non ha alcuna conseguenza in ordine all'attendibilità della proposta e del piano e quindi in ordine all'informativa dovuta ai creditori.

Ed invero, come già chiarito dalla società ricorrente nella memoria integrativa del 4.12.13, in seguito ai chiarimenti richiesti sul punto dal Tribunale con il decreto del 19.11.13, la data del 31.7.2013 corrisponde alla separazione meramente virtuale e contabile tra la Good e la Bad

company, essendo rimasta pacificamente un'unica società, e delineando l'inizio della gestione dell'attività sociale tramite l'azienda in continuità cd. good company.

Tale data peraltro non ha nulla a che vedere con quella rilevante ex art. 184 L.F. e quindi per la distinzione tra creditori concorsuali e creditori estranei che è pacificamente quella del 9.5.2014.

Ed infatti nel piano concordatario sono stanziati tra le "spese prededucibili" tutti gli oneri maturati successivamente alla suddetta data, come peraltro messo in evidenza dallo stesso Commissario Giudiziale nella relazione ex art. 172 L.F.

Lo stesso Commissario Giudiziale ha poi dato atto di aver esaminato compiutamente tutte le poste attive e passive del periodo post pubblicazione del ricorso ex art. 161, comma VI, L.F. ed ante 31.7.2013 accertando che le stesse sono state correttamente inserite nella situazione patrimoniale al 31.7.2013. Non solo ma il Commissario ha altresì accertato che tali voci corrispondevano ad atti legalmente compiuti ex art. 161, comma VII L.F., debitamente considerati nel piano concordatario, con indicazione dell'attivo del periodo 9.5-31.7-13 e con previsione delle risorse necessarie al soddisfacimento anche delle predette poste.

Pertanto al di là delle mere affermazioni contenute nell'opposizione la proposta e il piano concordatario hanno preso necessariamente in considerazione anche la gestione societaria relativa al periodo in contestazione, gestione che tra l'altro ha registrato un risultato positivo.

Nessuna rilevante informazione è stata quindi omessa ai creditori.

Del resto va altresì sottolineato che la produzione della situazione patrimoniale alla data del deposito/pubblicazione della domanda di concordato preventivo, anche in in bianco, non è espressamente richiesta da alcuna norma di legge.

Infatti l'art. 161, comma VI, L.F. si limita a prevedere la produzione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e il comma 2 della norma in esame il deposito, con il ricorso contenente la proposta, di una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa.

Del resto se avesse ancorato la proposta concordataria ad una situazione patrimoniale risalente al 9.5.2014 certamente il Tribunale avrebbe richiesto un aggiornamento della predetta situazione più prossima al deposito del piano.

Certamente quello che rileva è che siano in ogni caso individuabili le operazioni contabili compiute dopo il deposito del ricorso al fine di potere verificare, per esempio, che non vengano effettuati pagamenti di debiti concorsuali.

Ma tali dati sono stati resi puntualmente disponibili da s.p.a., come evidenziato dal Commissario Giudiziale che, tra l'altro, circostanza che forse è sfuggita all'opponente, nell'esercizio delle proprie funzioni riveste la qualifica di pubblico ufficiale ex art. 165 L.F.

Ugualmente deve dirsi in relazione al pagamento dei debiti della good company nel periodo considerato con la liquidità di cassa appostata contabilmente nella bad company, trattandosi di una distinzione meramente contabile dal momento che la società, il soggetto giuridico è sempre il medesimo.

D'altro canto la proposta concordataria prevedeva l'utilizzazione congiunta tra la good e la bad company, secondo necessità, della liquidità di cassa e, in seguito ai chiarimenti richiesti dal

tribunale, nella memoria integrativa del 4.12.13 si è dichiarata comunque disponibile a mettere a disposizione sul conto corrente della procedura l'intera somma pari ad € 1.055.787,00 (€ 1.088.206,00 detratto l'importo di € 32.420,00 derivante dai flussi del GSE bonificati in un conto attivo), escludendone quindi l'utilizzazione congiunta.

Infondato è altresì il motivo di opposizione di cui al punto III bis concernente i pretesi pagamenti non autorizzati ex art. 161, comma VII, L.F. in quanto relativi all'acquisto di beni di investimento effettuati da _____ post 9.5.13.

In realtà si è trattato dell'acquisto di beni strumentali alla produzione e quindi alla continuità aziendale, come tali rientranti negli atti di ordinaria amministrazione ex art. 161, comma VII, L.F.. Ed invero, alla luce della giurisprudenza formatasi sull'art. 167, secondo comma, L.F., devono essere considerati atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, oltre a quelli espressamente previsti e tipizzati dal legislatore al comma 2 dell'articolo in esame, rispetto ai quali non è possibile alcuna distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria secondo il criterio di normalità riferito all'attività di impresa, quelli potenzialmente idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o gravandolo di pesi e vincoli cui non corrisponda l'acquisizione di utilità prevalenti (cfr. Cass. n. 20291/05; Cass. n. 9262/02; Cass. n. 1357/99; Cass. n. 7390/97).

Tale valutazione deve essere compiuta poi non in astratto, ma con riferimento al caso concreto, potendo assumere natura straordinaria, rispetto alla finalità della procedura ed all'interesse della massa dei creditori, anche atti di amministrazione che, ove compiuti dall'imprenditore "in bonis", rientrerebbero nell'ambito della normalità gestionale dell'impresa, laddove gli stessi dovessero investire interessi del ceto creditorio od incidere negativamente sulla procedura concorsuale perché, ad esempio, sottraggono beni alla disponibilità della stessa ovvero ostacolano o ritardano la procedura di liquidazione nel caso di concordato con cessione dei beni (cfr. Cass. n. 15484/04). Orbene nel caso di specie l'acquisto di beni strumentali, quali stampi, macchine elettroniche, unità aspirante per la movimentazione dei granuli, ecc..., in quanto essenziali alla prosecuzione dell'attività aziendale, di cui è prevista la continuazione, non può che rientrare negli atti di ordinaria amministrazione in quanto "normali" in relazione allo svolgimento dell'attività di impresa nell'ambito del concordato preventivo ex art. 186 bis L.F., tenuto conto anche della modestia dei relativi esborsi.

Quanto alla mancata produzione del bilancio di esercizio 2012, osserva il Collegio che pur non avendo provveduto _____ a depositare il predetto bilancio entro il termine concesso e successivamente prorogato al 16.7.13, tuttavia si è trattato di una violazione meramente formale e non sostanziale dal momento che il bilancio è stato successivamente messo a disposizione dalla società, come risulta dalla relazione del Commissario Giudiziale ex art. 172 L.F., che ha analizzato il suddetto bilancio al fine di verificare le cause della crisi sociale valutando la dinamica dell'andamento reddituale e finanziario, nonché dalle censure mosse dalla stessa _____ s.r.l. ad alcune delle voci collocate nello stato patrimoniale del predetto bilancio.

Nessuna violazione neppure formale degli obblighi informativi ha commesso la società quanto al mancato deposito della situazione patrimoniale aggiornata del 30.9.13 per i motivi evidenziati dalla società in memoria autorizzata cessando l'obbligo di adempimento dei suddetti obblighi, per espressa disposizione di legge, alla scadenza del termine concesso ex art. 161, comma VI, L.F..

Quanto al mancato riconoscimento del privilegio speciale ex art. 2758, comma 2, c.c. al credito di rivalsa IVA invocato dell'opponente alla luce delle recenti sentenze della Corte di Cassazione (in particolare Cass. N. 24970/13), va osservato che la proposta concordataria è stata formulata sul punto in conformità a quello che era l'indirizzo del Tribunale di Padova anteriormente ai suddetti recenti interventi della Corte di legittimità, peraltro non univoci (cfr. in senso contrario Cass. N. 8683/13).

Il riconoscimento del privilegio in esame, di cui si terrà conto eventualmente in sede di riparto, non inficia peraltro la tenuta del piano e della proposta concordataria comportando solo una riduzione di qualche punto della percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari (cfr. memoria autorizzata pag. 43).

Inammissibili, ad avviso del collegio, sono infine i motivi di opposizione relativi alla fattibilità e alla tenuta del piano concordatario in continuità perché i profili evidenziati attengono a valutazioni di ordine economico, cioè alla probabilità di successo economico del piano e ai rischi inerenti, giudizio questo che è riservato ai creditori e che ha avuto esito positivo con l'approvazione del concordato da parte della maggioranza (percentuale raggiunta del 94% circa).

In materia di fattibilità del piano concordatario, che concerne il contenuto e quindi il merito del piano ma attiene solo alla possibilità che quel contenuto divenga effettivo esulando invece ogni valutazione circa la corrispondenza tra le soluzioni pianificate e l'interesse dei creditori ad ottenere la migliore soddisfazione possibile dei loro diritti che attiene invece alla convenienza del piano, sono di recente intervenute alcune sentenze del Supremo Collegio (Cass. S.U. 1521/13, Cass. 24970/13, Cass. 11014/13, Cass. 13083/13 e C. 21901/13) che hanno chiarito i seguenti punti: che anche la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, soggetto ad eguale controllo giudiziale nelle varie fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura concordataria; che tale controllo da parte del giudice non è "di secondo grado", cioè non si esercita sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, L.f., ma importa la verifica diretta del presupposto; che occorre ed è necessario, tuttavia, distinguere tra fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo e conseguentemente della proposta; che il sindacato giudiziale sulla fattibilità giuridica deve essere esercitato dal giudice anche d'ufficio e non incontra particolari limiti; che il controllo sulla fattibilità economica, il quale si risolve in valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti margini di errore e quindi di rischio, è invece rimesso, come quello concernente la convenienza della proposta, ai soli creditori; che però pur con riferimento alla fattibilità economica il giudice deve anche verificare se sussista o meno la assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli

obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabili caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole.

In definitiva rientrano nell'ambito del controllo officioso di legittimità del Tribunale, da esercitarsi anche in mancanza di opposizioni, la correttezza e la coerenza delle argomentazioni, svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del giudizio di fattibilità del piano, la possibilità giuridica di dare esecuzione, sia pure parziale, alla proposta, l'eventuale inidoneità di piano e proposta, se emergente prima facie, a soddisfare in qualche misura ed in tempi ragionevoli i diversi crediti.

Restano invece riservate ai creditori le valutazioni di merito, che hanno ad oggetto la fattibilità economica del piano e della proposta e la convenienza di quest'ultima, che certamente il tribunale non potrà valutare in mancanza di opposizioni e nei limiti in cui quest'ultime sono ammesse (art. 180 comma 4 L.F.). Sono state considerate questioni concernenti la fattibilità economica per esempio i profili valutativi e prognostici attinenti alla mancanza di apporto di nuova finanza da parte della banca in epoca successiva all'omologa, il deficit patrimoniale registrato dal debitore con conseguente totale perdita del capitale, la mancanza di garanzie di vendita degli immobili e la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario con le risorse previste dal piano, la prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dalla proposta (Cass. N. 24970/13; Corte Appello Firenze 10.2.14).

In ogni caso anche in presenza di opposizioni, mentre è certo che il sindacato giudiziale può estendersi alla convenienza alle condizioni e nei limiti previsti dall'art. 180, comma 4, L.F., così come riformato, deve escludersi invece che possa riguardare la fattibilità economica del piano poiché, ferma restando la distinzione tra convenienza e fattibilità economica, se quest'ultima non condiziona la ammissibilità del concordato non può condizionarne neppure l'omologabilità.

Ciò precisato, l'opponente oltre ad effettuare una serie di contestazioni attinenti all'erronea individuazione delle cause della crisi e quindi all'idoneità dei rimedi, anche di politica economica, commerciale e gestionale, prospettati ed indicati in via generale dal piano concordatario per farvi fronte, nonché in ordine alla incompatibilità della svalutazione di alcune voci (in particolare, magazzino e crediti) con il piano "in continuità", sulla base di mere asserzioni che trovano decisa smentita e puntuale confutazione già nel ricorso depositato dalla società il 29.10.2013 e da ultimo nella memoria autorizzata del 27.6.2014, nonché nella memoria di costituzione del Commissario Giudiziale di pari data, ha poi censurato la "tenuta del concordato in continuità" sostenendo sostanzialmente che, considerato che la società, in assenza di supporto da parte delle banche, è destinata ad affrontare un periodo ragionevolmente lungo, la tempistica dei tempi di incasso dei crediti, di pagamento dei debiti e della rotazione del magazzino previsti dal piano, necessari per generare i flussi di cassa che costituiscono la principale posta dell'attivo concordatario, sarebbe del tutto irrealistica e tale portare la società ad una situazione di deficit di cassa già nel corrente anno.

Appare con evidenza che tali confutazioni effettuate dall'opponente in ordine alle previsioni del piano economico-finanziario sotteso alla proposta concordataria attengono alla fattibilità

economica dello stesso, la cui valutazione è preclusa al Tribunale anche in presenza di opposizioni per quanto già sopra rilevato dal momento che, essendo esclusivamente riservata ai creditori, ha già formato oggetto di valutazione positiva con l'approvazione del concordato.

Va peraltro rilevato che anche ammesso che in questi primi mesi si sia verificato qualche scostamento rispetto alle previsioni del piano ciò non giustifica chiaramente la formulazione fin da ora di un giudizio di non fattibilità e tenuta del piano posto che le previsioni ben potrebbero essere superate anche in termini migliorativi nel periodo successivo sì da raggiungere un perfetto equilibrio.

Ma soprattutto va sottolineato come, diversamente da quanto sostenuto da parte opponente, il confronto tra i dati prospettici e i dati effettivamente realizzati, costantemente monitorato dal Commissario Giudiziale, smentisce decisamente quanto sostenuto da parte opponente e comprova viceversa la tenuta "allo stato" e in concreto del piano in continuità in esame.

Ed invero nella relazione ex art. 180 L.F. depositata dal Commissario Giudiziale il 3.6.2014 si legge testualmente nel paragrafo dedicato alla verifica sull'andamento sociale al 14.5.2014: "... nei primi quattro mesi dell'anno 2014 la società ha incrementato i ricavi per oltre 465 mila euro rispetto al budget; tenuto conto che i costi operativi sono incrementati in misura meno che proporzionale, si è potuto accertare un miglioramento del risultato operativo (ebitda) di oltre un milione di euro. Ovviamente non è possibile affermare che tale andamento positivo potrà essere ripetuto anche nei mesi e negli anni futuri; tuttavia i dati esaminati rendono possibile affermare che l'azienda è attenta alla gestione dei costi e focalizzata sull'efficienza. Sul fronte finanziario la situazione appare meno favorevole; l'incremento dei ricavi ha scontato un allungamento dei tempi medi di incasso con conseguente incremento dei crediti commerciali; l'effetto dal lato finanziario, se correlato con l'impossibilità di finanziare il debito corrente, ha portato a non migliorare la gestione finanziaria alla stregua dell'andamento economico. Tuttavia la società appare in equilibrio finanziario e sostanzialmente in linea con le previsioni del piano".

Il Commissario Giudiziale ha quindi ribadito che la proposta concordataria sia conveniente per i creditori e fattibile, anche se, come già evidenziato nella relazione ex art. 172 L.F., è insito nel piano ex art. 186 bis L.F. con previsione di pura "continuità aziendale" e che si realizzerà in un arco temporale non breve (cinque anni) ma comunque attendibile, un'alea e quindi un rischio che attualmente è difficilmente apprezzabile. Quindi pur nell'evidenza che l'andamento della good company attualmente coerente con il piano presenta l'alea di qualsiasi attività imprenditoriale, il Commissario ha espresso parere favorevole all'omologa del concordato preventivo di s.p.a. Del resto proprio al fine di informare compiutamente i creditori sociali dei rischi insiti nel piano e di quali potrebbero essere le conseguenze in caso di errate previsioni aziendali, nella relazione ex art. 172 L.F. il Commissario ha sottoposto i predetti dati previsionali ad una stress test constatando che anche in tali ipotesi la tenuta del piano sarebbe stata sostanzialmente assicurata sia pure con uno slittamento dei tempi prospettati per il pagamento dei creditori chirografari.

Riguardando pertanto il motivo di opposizione valutazioni prognostiche per loro natura opinabili, comportanti margini di soggettività, di errore e di rischio, ed investendo quindi in definitiva la cd.

fattibilità economica del piano concordatario, lo stesso deve essere considerato inammissibile e comunque smentito dalle risultanze in atti.

L'opposizione proposta da _____ s.r.l. va quindi rigettata e il concordato deve essere omologato.

Nessun dubbio sussiste quanto ai presupposti soggettivo e oggettivo, essendo pacifica la qualità di imprenditore commerciale della società _____ s.p.a. e il suo stato di crisi palesato in ricorso.

Il Commissario Giudiziale ha verificato i dati esposti e lo svolgimento della procedura non ha evidenziato ulteriori circostanze atte a smentire la fattibilità del piano anche successive al deposito della relazione ex art. 172 L.F..

In particolare nella propria relazione ex art 180 L.F., depositata il 3.6.14, il Commissario Giudiziale come già sopra rilevato ha ribadito il proprio parere favorevole all'omologa della proposta concordataria pur con le inevitabili criticità che la stessa presenta.

Trattandosi di concordato in continuità aziendale non si procede alla nomina né del liquidatore né del comitato dei creditori.

Le spese processuali, liquidate come in dispositivo, in base ai parametri del D.M. 55/14, seguono la soccombenza.

PER QUESTI MOTIVI

Il Tribunale:

- respinge l'opposizione proposta da _____ s.r.l.;
- omologa il concordato preventivo depositato il 29.10.13 e successive integrazioni;
- la società procederà secondo il piano sotto il controllo del Commissario Giudiziale;
- per quanto eventualmente non previsto dal piano la società riferirà al Commissario Giudiziale e al Giudice Delegato per l'adozione dei relativi provvedimenti;
- la società depositerà in cancelleria e trasmetterà semestralmente al Commissario Giudiziale una dettagliata relazione illustrativa in ordine all'attuazione e alla tenuta del piano industriale, economico e finanziario e della proposta concordataria, nonché un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società; darà inoltre comunicazione trimestrale della liquidità aziendale e degli eventuali affidamenti bancari in essere e di quelli utilizzati depositando idoneo prospetto con allegata documentazione;
- il Commissario Giudiziale riferirà quindi al Giudice Delegato con relazione semestrale;
- la società provvederà al pagamento delle spese e dei creditori, previa ulteriore verifica del loro titolo giustificativo, secondo il piano o, in difetto, nel rispetto della "par condicio" e delle cause legittime di prelazione;
- rimette al Giudice Delegato l'emanazione di più particolareggiate disposizioni per l'esecuzione del concordato stesso;
- condanna _____ s.r.l. al pagamento delle spese processuali liquidate a favore della società ricorrente in complessivi € 10.000,00, oltre accessori, e a favore del Commissario Giudiziale in complessivi € 8.000,00, oltre accessori di legge;

- dispone che a cura della Cancelleria il presente decreto sia pubblicato ed affisso a norma dell'art. 17, comma 2, L.F. e comunicato alla debitrice e al Commissario Giudiziale che provvederà a darne notizia ai creditori.

Si comunichi.

Padova, li 3.7.2014

IL PRESIDENTE
(Dott. F. Spaccasassi)

Fallimenti e Società.it