



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

607.17

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto: concordato preventivo – attestazione – dell'amministratore della società debitrice – inammissibilità – termine per nuova relazione – scadenza – omesso deposito – effetti – istanza di fallimento – conseguenze – questione

Sezione Prima Civile

R.G.N. 20018/10
Cron. 607
Rep. C.I.
Ud. 29.11.2016

Composta dagli Ill.mi Signori Magistrati

Dott. Aniello Nappi
Dott. Magda Cristiano
Dott. Massimo Ferro
Dott. Francesco Terrusi
Dott. Massimo Falabella
Ha pronunciato la seguente

Presidente
Consigliere
Consigliere relatore
Consigliere
Consigliere

SENTENZA

Sul ricorso proposto da:

START s.r.l., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dall'avv. elett.dom.
presso il suo studio in Roma, via come da procura a margine
-ricorrente-

contro

Fallimento START s.r.l., in persona del curatore p.t., rappr. e dif. dall'avv.
elett.dom. presso lo studio dell'avv.
come da procura a margine dell'atto

1904
2016

Tecnologie Future s.p.a., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dall'avv.
elett.dom. presso lo studio dell'avv.
come da procura a margine dell'atto

MPS Gestione crediti banca s.p.a., in nome e per conto di Banca del Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (incorporante per fusione Banca Antonveneta s.p.a.), in persona del l.r.p.t.,
rappr. e dif. dall'avv. elett.dom. presso lo studio dell'avv.
come da procura in calce all'atto

-controricorrenti-

per la cassazione della sentenza App. L'Aquila 18.2.2010 n.156/2010 R.G. n. 882/2008;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 29 novembre 2016
dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

uditi gli avvocati _____ per la ricorrente,
per Fallimento Start, Genziana Giorgetti per Tecnologie
future;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale dott. Rosario Giovanni Russo
che ha concluso per il rigetto del ricorso, condanna alle spese, in subordine q.l.c. art.161
l.f. nella parte in cui richiama l'art. 67 l.f.

IL PROCESSO

La società START s.r.l. impugna la sentenza App. L'Aquila 18.2.2010 n. 156/2010 con cui venne respinto il reclamo proposto avverso la sentenza dichiarativa del proprio fallimento resa da Trib. Avezzano il 9.7.2008, contestualmente al decreto di inammissibilità della domanda di concordato già avanzata dalla ricorrente e ciò sul presupposto del conflitto d'interesse rilevato dal primo giudice in ordine alla relazione attestativa (prestata da professionista che era anche amministratore della debitrice) e dell'omessa presentazione di nuova relazione nel termine di 15 giorni assegnato ai sensi dell'art.162 co.1 l.f.

Rilevò la corte che invero difettava nell'attestatore ogni requisito di terzietà, non potendo dirsi l'amministratore della società debitrice in posizione di sostanziale estraneità alla vicenda imprenditoriale, dunque ricorrendo un requisito ostativo alla regolarità della relazione così depositata, per quanto impropriamente denominato quale conflitto d'interessi dal tribunale e nonostante il solo parziale richiamo all'art.28 lettere a) e b) da parte dell'art.67 co.3 lett d), cui rimanda l'art.161 l.f. sul punto. La mancanza di un elemento necessario alla domanda correttamente era stata dunque rilevata dal primo giudice, non avendo il debitore prodotto nel concesso termine di 15 giorni una nuova relazione ed avendo richiesto una proroga a termine ormai scaduto. Quanto alla dichiarazione di fallimento, osservò la sentenza che da un lato la relativa pronuncia conseguiva alla inammissibilità del concordato ed alla riacquistata procedibilità dell'istanza di fallimento depositata nelle more dell'altro procedimento, ben potendo comunque esserne utilizzati gli atti compiuti; dall'altro lato, non v'erano dubbi circa

l'insolvenza, risultando pacifico che la società non era più in grado di operare proficuamente nel mercato, emergendo l'inadempimento verso il creditore istante Tecnologie future s.r.l., la grave entità del passivo verso banche, fornitori ed enti (conteggiata in euro 2,150 milioni circa), l'infruttuosità del pignoramento mobiliare tentato, lo sfratto dai locali e il sequestro dei beni ripostivi, il vano raffronto con la consistenza immobiliare in realtà non dismessa e resa liquida.

Il ricorso è affidato ad un motivo, al quale resistono con controricorso il fallimento di Start s.r.l., nonché Tecnologie future s.r.l., la banca M.P.S. Hanno depositato memoria il fallimento e Tecnologie future s.r.l.

I FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA E LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con l'*unico complesso motivo* il ricorrente deduce la violazione di legge, quanto agli artt. 738 c.p.c., 154 c.p.c. e 161-28 l.f., in relazione all'art.360 co.1 n.5 c.p.c., avendo contraddittoriamente la corte d'appello riconosciuto che in capo all'attestatore non v'era conflitto d'interessi e però censurando la sua prestazione siccome riferibile a soggetto non terzo; poi trascurando che la società all'udienza di convocazione aveva comunque prodotto una nuova relazione di altro professionista, così violando la non perentorietà del termine concesso e la nozione di mero elemento di regolarità, e non requisito di ammissibilità; infine, che comunque il tribunale ben poteva nominare un suo C.T.U., assumendo informazioni *ex art.738 c.p.c.* Da ultimo, si censura l'affermazione sull'insolvenza, che era in realtà e semmai solo crisi, non potendo la società debitrice pagare il creditore istante per il fallimento, stante l'improcedibilità della relativa domanda e non essendosi considerato che sussistevano beni periziati per somma pari a circa 3 milioni di euro e comunque esistenti anche per la porzione sequestrata.

1. Il *motivo* è, per un primo profilo di censura, *infondato*. Appare pacifico, dalla sentenza impugnata e la convergente ricostruzione delle parti, che una relazione attestativa proveniente da un soggetto diverso dall'amministratore della società debitrice è pervenuta al tribunale solo dopo la scadenza del termine di 15 giorni concesso ai sensi dell'art.162 co.1 l.f., derivandone la prima ragione di inammissibilità della domanda di concordato. Sul punto, si osserva che del tutto correttamente il giudice di merito ha fatto discendere da tale omissione la più drastica pronuncia preclusiva alla prosecuzione del concordato, così ritenendo essenziale alla ammissibilità del ricorso l'accompagnamento con la relazione del professionista, da prodursi a cura del debitore stesso. Tale relazione non era neanche aggirabile, per i suoi effetti e come in questa sede avanzato dal ricorrente, mediante un'attività istruttoria officiosa, il cui svolgimento sostitutivo, a prescindere dalla sua discrezionale assunzione, frustrerebbe la necessaria completezza di corredo originario della domanda di parte. Si nota poi che, una volta concesso il termine dei 15 giorni, ai sensi dell'art.162 co.1 l.f., nessuna proroga *de facto* era possibile, al di fuori di una esplicita dilazione disposta espressamente dal giudice, eventualità assente agli atti e nemmeno provocata da una tempestiva, cioè introdotta prima della scadenza, domanda in tal senso della parte medesima, così non essendo controllabile – anche a non volere

ritenere perentoria la natura del termine stesso (Cass.1064/2005, 23227/2010) – il rispetto o meno dell'eccezionalità di una proroga ai sensi dell'art.154 c.p.c.

2. Non potendosi valutare, in questa sede, se l'utilizzo del termine dei 15 giorni *ex art.162 co.1. l.f.* fosse compatibile con l'allegazione ritardata di un elemento essenziale della domanda, posto che la chiara previsione normativa è dettata a vantaggio della parte che intenda integrare il piano e produrre nuovi documenti, e non già supplire ad un deficit originario di un requisito indispensabile per la stessa identità della domanda di concordato, ai sensi dell'art.160 co.2, 3 e 4 l.f., è dunque sufficiente constatare che tale elemento non è pervenuto al processo nel termine atteso e concesso dal tribunale. E d'altronde, anche Cass. 2706/2009, nell'affermare che in tema di attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano proposto con la domanda di ammissione al concordato preventivo, la relativa relazione poteva essere redatta anche da un professionista che avesse già prestato la sua attività professionale in favore del debitore, non configurando più tale circostanza (all'epoca dei fatti) condizione di incompatibilità alla predetta nomina, ha voluto aggiungere *“quale che sia il ruolo che la legge ha inteso attribuire al professionista nei cui confronti non può non riconoscersi anche una posizione di terziarietà pur se connotata da un rapporto di fiducia con l'imprenditore”*.

3. Per un secondo profilo ed esaminando la questione della provenienza soggettiva della relazione iniziale, i cui limiti sono stati ritenuti decisivi dal tribunale per la finale pronuncia d'inammissibilità, osserva il Collegio che il regime normativo vigente *ratione temporis* era costituito da una sequenza di rinvii, per quel che qui interessa: dall'art.161 co.3 l.f. (*professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d*), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano), all'art.67 co.3 lett.d) l.f. (*professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile*), all'art. 28 co.1 lett. a) e b) l.f. (*possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a*). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;) al richiamo alla disciplina delle fusioni, ove *La relazione degli esperti di cui all'articolo 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma. (art.2501bis co.4 c.c.) e dunque L'esperto o gli esperti sono scelti tra i soggetti di cui al primo comma dell'articolo 2409-bis e, se la società incorporante o la società risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni, sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società. Se la società è quotata in mercati regolamentati, l'esperto è scelto tra le società di revisione sottoposte alla vigilanza della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. In ogni caso, le società partecipanti alla fusione possono congiuntamente richiedere al tribunale del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione o quella incorporante la nomina di uno o più esperti comuni. Ciascun esperto ha diritto di ottenere dalle società partecipanti alla fusione tutte le informazioni e i documenti utili e di procedere ad ogni necessaria verifica. L'esperto risponde dei danni causati alle società partecipanti alle fusioni, ai loro soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile.* Si tratta di un affastellato corpus normativo, solo successivamente specificato e reso più semplice – nell'art.67 co.3 lett. d) l.f. e a seguito delle modifiche

apportate dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 – in una netta opzione di indipendenza qualificata, professionalità tecnica e mancanza di conflitto d'interessi rispetto al piano e al proponente. E tuttavia già al suo sorgere il regime istitutivo dell'attestatore, benché ambiguo sul punto del potere di nomina (se riservato al debitore o all'autorità giudiziaria, relativamente al piano attestato), dava per implicito che la terzietà, la perizia, lo svolgimento di attività professionale di abilitazione ordinistica, la responsabilità integrassero requisiti tutti previsti in via generale e dunque compatibili solo con la natura esterna dell'incarico. Il cui conferimento, di per sé e se anche proveniente dal debitore redigente la domanda di concordato, non avrebbe potuto coincidere con una prestazione assolvibile dallo stesso imprenditore in proprio, che non può essere considerato terzo rispetto ai creditori nelle asseverazioni contenute in un atto volto a sostituirsi, tendenzialmente, a prime verifiche di veridicità e prognosi rispettivamente su elementi contabili e di progetto ancora riferibili al medesimo autore della proposta. Così come lo stesso debitore proponente, va aggiunto, non è terzo rispetto alla proposta di concordato e al suo piano. Ne consegue l'*infondatezza del motivo*, anche *per tale parte*.

4. Il *terzo profilo*, attinente alla contestazione motivazionale della insolvenza, è per una censura di premessa *infondato*, ove confusamente si contesta la mancata immediatezza dell'improcedibilità dell'istanza di fallimento del creditore; in realtà, correttamente questa è stata esaminata a seguito della pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato, ben potendo dunque, oltre che fungere da atto di impulso, ai sensi dell'art.162 co.2 l.f., veicolare nel relativo procedimento tutti gli elementi recati dall'istante all'unitario procedimento. Va invero ripetuto che *“la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, sesto comma, legge fall., impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall., ma non rende improcedibile il procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., né ne consente la sospensione, ben potendo lo stesso essere istruito”* (Cass. s.u. 9935/2015). La restante parte delle censure attiene ad una doglianza *inammissibile*, posto che *“il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 legge fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio. Il convincimento espresso dal giudice di merito circa la sussistenza dello stato di insolvenza costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, ove sorretto da motivazione esauriente e giuridicamente corretta”* (Cass. 7252/2014).

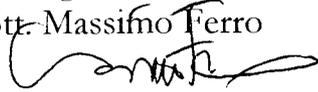
Il ricorso va pertanto rigettato, con condanna alle spese secondo il criterio della soccombenza e liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

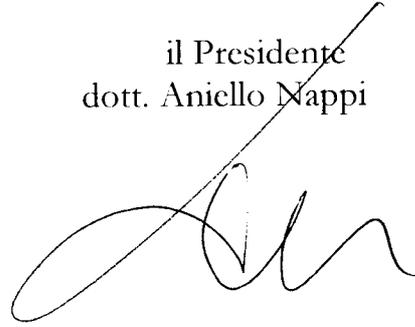
La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente, nei confronti di ciascun controricorrente, al pagamento delle spese del procedimento di legittimità, liquidate in euro 10.200 (di cui euro 200 per esborsi), oltre al 15% a forfait sul compenso e agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 29 novembre 2016.

il consigliere estensore
dott. Massimo Ferro



il Presidente
dott. Aniello Nappi



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola

Depositato in Cancelleria

il 12 GEN 2017

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola