



Cron 129

Ref 1332

LA CORTE DI APPELLO DI GENOVA

Prima Sezione Civile

composta dai magistrati:

Maria Teresa BONAVIA
Leila Maria SANNA
Alberto CARDINO

Presidente
Consigliere
Consigliere relatore

riunita in camera di consiglio, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 23.6.2011 sentiti i procuratori delle parti, ha emesso il seguente

DECRETO

nel procedimento di volontaria giurisdizione pendente tra

U [redacted] S.r.l. Avv. R. R. [redacted]
H [redacted] C [redacted] M [redacted] S.a.S. e M [redacted] C [redacted], Avv. M. L. S. [redacted]
Commissario giudiziale del Concordato preventivo I [redacted] C [redacted] M [redacted]
S.a.S. e M [redacted] C [redacted]

Rilevato quanto segue:

U [redacted] ha proposto reclamo ex art. 183 l. fall. contro il decreto 4-5.5.2011 con il quale il Tribunale della Spezia ha omologato il concordato preventivo dei resistenti I [redacted] C [redacted] M [redacted] S.a.S. e M [redacted] C [redacted].

Il profilo di impugnazione proposto da U [redacted] si fonda sul compimento di "atti di frode" da parte dei debitori ammessi alla procedura, i quali, secondo la previsione di cui all'art. 173 comma 1 l. fall., sono idonei a provocare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo e, in caso di istanza, la dichiarazione di fallimento.

La Corte, pertanto, è chiamata a individuare la nozione di "atti di frode" ostativi all'omologazione del concordato preventivo.

Necessaria premessa a tale individuazione è la constatazione del profondo mutamento che ha subito l'istituto del concordato preventivo a seguito della riforma di cui al d.lgs. 9.1.2006 n. 5 e del c.d. "correttivo" di cui al d.lgs. 12.9.2007 n. 169.

La procedura previgente era destinata all'imprenditore "onesto ma sfortunato", incentrata su requisiti di illibatezza giuridica e di meritevolezza imprenditoriale – come era facile evincere dalla lettura dell'art. 160 l. fall. e dell'art. 181 comma 1 n. 4), nei testi ante riforma – e sulla garanzia di un soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati e falcidiato in misura predeterminata dalla legge per i chirografari. Evidente, penetrante e sostanziale era quindi il controllo del Tribunale sulla sussistenza di tali requisiti e la procedura assumeva il carattere di un vero e proprio beneficio che la legge accordava

all'imprenditore che, in base anche alla sua condotta anteatta, dimostrava di non meritare il fallimento e al quale era così concesso l'ulteriore vantaggio dell'esdebitazione.

La procedura attualmente vigente, invece, è tutta incentrata sulla formazione di un consenso libero ed informato dei creditori sulle condizioni patrimoniali dell'imprenditore che domanda l'accesso alla procedura e vuole così giovare del beneficio della liberazione da tutti i suoi debiti e della possibilità di re-intraprendere un'attività produttiva. L'aspetto negoziale che sta alla base dell'attuale concordato preventivo è quindi destinato a fare aggio su ogni giudizio, pur se negativo e sanzionato in altre sedi, che si potesse esprimere nei confronti dell'imprenditore e della sua condotta antecedente.

Ciò si evince facilmente dalla scomparsa dei requisiti per l'ammissione alla procedura, di cui all'art. 160 comma 1 l. fall. (testo previgente) e dal venir meno del vaglio di meritevolezza, da parte del Tribunale, quale condizione per l'omologazione del concordato preventivo che pur avesse raggiunto le maggioranze richieste dalla legge (cfr. art. 181 comma 1 n. 4) l. fall., testo previgente).

Per contro, il concordato preventivo attuale deve essere riguardato alla stregua di un vero e proprio contratto concluso fra le parti interessate e rispetto al quale il Tribunale è chiamato solo a valutare se risponda ai requisiti di forma prescritti dalla legge e se la

formazione delle maggioranze necessarie per il perfezionamento della volontà negoziale sia avvenuta correttamente e secondo i criteri previsti dalla legge fallimentare, restando invece, precluso al Tribunale ogni vaglio sul merito, sulla convenienza per i creditori e sulla fattibilità del concordato (Cass. 25.10.2010 n. 21869; Cass. 14.2.2011 n. 3586).

Il tutto, coerentemente con il *favor* che la nuova legge fallimentare riserva alla scelta concordataria, e con la considerazione del fallimento quale soluzione residuale per ogni impresa in grado di prospettare un certo soddisfacimento ai creditori chirografari. Dal che non può che derivare il ridimensionamento dei poteri di intervento e di controllo del Tribunale, sostituiti dalla libera e consapevole adesione dei creditori alla proposta alternativa rispetto al fallimento. Tale ridimensionamento non può che concernere anche la valutazione delle situazioni ostative alla prosecuzione della procedura, delineate dal vigente art. 173 l. fall., che debbono essere riguardate alla luce dell'espunzione del requisito della meritevolezza e del superamento di ogni concezione del fallimento quale sanzione inevitabile per il debitore che, in passato, abbia tenuto comportamenti anche penalmente sanzionabili.

Fatta tale premessa di fondo, è bene considerare la disciplina positiva posta dall'art. 173 comma 1 l. fall. La norma, così recita: "*Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato ...*".

Il richiamo ad "altri atti di frode" assume una chiara valenza di chiusura del novero dei comportamenti ostativi alla prosecuzione della procedura. L'uso dell'aggettivo "altri" crea un collegamento con tale novero nel senso che gli "atti di frode" debbono partecipare della stessa natura degli atti tipizzati dalla norma. "... gli atti elencati non sono accomunati (...) dall'attitudine a creare un danno al patrimonio, posto che tale attitudine non ha l'esposizione di passività inesistenti, mentre invece un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulla reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artificialmente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. 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. Ma se tale è la connotazione unificante degli atti

espressamente individuati dal legislatore come fraudolenti la stessa connotazione debbono avere gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere qualificati atti di frode." (Cass. 23.6.2011 n. 13818, in motivazione).

Riallacciandoci alla premessa di fondo sopra evidenziata, sulla formazione di una volontà libera e consapevole dei creditori quale condizione necessaria e sufficiente per l'omologazione della procedura, ne discende per li rami che "...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 (...).

Può in conclusione osservarsi che nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode 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, ogni diversa interpretazione attribuendo alla disposizione in esame una connotazione di incomprensibile ed incongruo fossile normativo del tutto incompatibile con la nuova disciplina in quanto reintrodurrebbe, in sostanza, il requisito, apertamente ripudiato dal legislatore, della meritevolezza da valutarsi da parte del tribunale (...)

L'esclusione di una qualsiasi rilevanza della meritevolezza del debitore per l'accesso alla soluzione concordataria e quindi per l'esclusione della soggezione al fallimento è un chiaro indice che per quanto concerne la sfera dei rapporti patrimoniali il legislatore ha fatto una scelta assolutamente netta che è quella di far prevalere l'interesse dei creditori alla soluzione della crisi dell'impresa per loro più conveniente in una certa situazione data, indipendentemente, salvo i limiti indicati, dal grado di eccentricità della condotta del debitore dal modello di correttezza imprenditoriale: non rileva attraverso quali operazioni l'impresa si trovi in una certa situazione patrimoniale ma ciò che conta è il giudizio che i creditori danno del loro interesse a fronte di una situazione di fatto e della valutazione di convenienza che gli stessi compiono della soluzione proposta rispetto all'alternativa fallimentare

(Cass. 23.6.2011 n. 13818, in motivazione).

La scelta, inequivoca e netta, compiuta dalla Corte suprema con l'arresto sin qui riportato, era già stata preceduta, oltre che interventi della dottrina prevalente, anche da sentenze di merito, che hanno sostanzialmente anticipato la suddetta interpretazione (vedi ad es. App. Firenze 19.3.2009 in Dir. fall. 2011, II, 129).

Il concetto di atto di frode, nel disposto dell'art. 173, legge fallimentare, ultima parte del primo comma, deve essere letto alla luce della complessiva impostazione e finalità del concordato preventivo riformato, per cui in sede di procedimento ex art. 173 citato, esattamente come in sede di ammissione al concordato preventivo, la condotta del debitore non può essere valutata nel suo connotato etico; pertanto, gli atti di frode che rilevano, commessi dal debitore in epoca anteriore all'apertura della procedura, sono unicamente quelli destinati ad incidere sull'ammissibilità della proposta concordataria, ovvero quelli che traggono in inganno il ceto creditorio con riguardo alle aspettative di soddisfo e che in generale sono idonei ad influenzare la volontà dei creditori in sede di voto.

Gli atti fraudolenti commessi dal debitore ammesso al concordato preventivo ai danni di alcuni creditori in epoca anteriore all'apertura della procedura, quand'anche possano comportare una responsabilità penale dei soggetti che li hanno posti in essere, se non hanno influenzato l'ammissibilità del concordato, o se non incidono - rispetto ai creditori - sull'attendibilità della proposta concordataria, ovvero non sono idonei a condizionare il

voto dei creditori, non legittimano un provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173, legge fallimentare.

Trib. Mantova 22.6.2011, in www.ilcaso.it.

Il rimprovero per eventuali condotte distrattive del debitore deve quindi essere reperito, nell'ambito della procedura in esame, nella possibilità che i creditori hanno di non accettare la proposta concordataria avviando così il debitore verso la dichiarazione di fallimento. Al di fuori di tale ambito, nella possibilità di perseguire penalmente il debitore per atti di bancarotta e nell'esercizio delle azioni di responsabilità civile verso l'organo amministrativo.

Peraltro, la Corte di cassazione ha tenuto a precisare, a parziale ridimensionamento del principio sin qui esposto, che esiste pur sempre il limite implicito "dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere 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. E' indubbio che in presenza di una tale condotta (...) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento.

Passando all'esame degli atti di frode si rileva che il ricorrente U. [redacted] ha denunciato le seguenti condotte, ascrivibili a M. [redacted] C. [redacted] e all'amministratore della I. [redacted] C. [redacted] M. [redacted] S.r.l., M. [redacted] L. [redacted] B. [redacted] (moglie del predetto):

1. l'esistenza di un contratto di manutenzione 10.1.2009 e di un contratto di lavoro a tempo indeterminato 16.2.2009 stipulati fra rapporti fra S.a.S. e M. [redacted] C. [redacted] M. [redacted] S.r.l.
2. tre spostamenti di fondi bancari per € 976.048,56
3. un contratto di servizio intercorso con G. [redacted] C. [redacted] E. [redacted] S.r.l. con spostamento liquidità a favore di quest'ultima per € 105.000,00

1. I contratti suddetti – sulla cui necessità per la corretta amministrazione della impresa oneratane sussistono dubbi – secondo la stessa prospettazione fattane da parte ricorrente, dovrebbero avere comportato un onere a carico della I. [redacted] C. [redacted] M. [redacted] S.a.S. (allora S.r.l.) nell'ordine di € 160.000,00. Ora – a prescindere da ogni impropria valutazione, in questa sede, di carattere penale o civile (pende azione civile di responsabilità nei confronti dell'amministratore M. [redacted] L. [redacted] B. [redacted] – non è facile comprendere quale *deceptio* possono avere prodotto nella libera formazione delle maggioranze dei creditori e del loro consenso l'esistenza di simili contratti, assumendosene come scontata solo per un attimo, la loro valenza distrattiva in danno delle casse sociali e a favore di uno dei proponenti il concordato. La adesione informata dei creditori alla proposta concordataria è stata compiuta sulla base della relazione ex art. 161 comma 2 l. fall. allegata alla proposta concordataria e dell'inventario e della relazione illustrativa presentati dal commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori, ex art. 172 l. fall. ove sono analiticamente descritti lo stato patrimoniale attivo e quello passivo dei proponenti e le prospettive di realizzo e di soddisfacimento. Sebbene dei suddetti contratti non è fatta menzione nella proposta concordataria, va anche aggiunto che non si comprende il motivo per il quale essi avrebbero dovuto esservi menzionati, dovendo la proposta semplicemente esporre i contenuti previsti dagli artt. 160 e 161

I. fall. e non riportare la cronistoria di tutti gli eventi passati dell'impresa. Tali contratti furono prodotti da M. L. B. nella causa civile di responsabilità intentata nei suoi confronti. A tale proposito il Commissario giudiziale ha rilevato movimentazioni bancarie ascritte a pagamenti di stipendi a favore di M. C. (pag. 11 relazione 5.4.2011) concludendo che tali operazione erano "cristallizzate già da tempo nella contabilità sociale e ben evidenziate ai creditori nei documenti formanti il fascicolo della proposta concordataria" (pag. 13 relazione 5.4.2011). Pur censurando la sostanziale confusione contabile che si era creata in passato fra M. C. (imprenditore individuale) e I. C. M. S.r.l. - come rilevato dallo stesso Commissario - non si vede, però, in quale modo la stipulazione dei suddetti contratti possa avere rivestito valenza decettiva per i creditori, inducendoli ad una adesione alla proposta concordataria che altrimenti non vi sarebbe stata. Nemmeno sotto il profilo dell'"abuso dello strumento concordatario" i suddetti contratti appaiono qualificabili come "atti di frode", in quanto - tenuto conto dell'ordine di cifre in gioco (circa € 15.000.000,00 di passivo e circa € 6.500.000,00 di attivo, riducibili ad € 4.400.000,00 circa, ove si adotti il criterio "liquidatorio" di valutazione) - l'onere derivato da simili contratti appare non tale da influenzare in modo significativo le suddette poste e non può dirsi strumentalmente preordinato alla proposta concordataria.

2. è stata espressamente esclusa dal Commissario giudiziale qualunque valenza distrattiva di simili spostamenti, consistenti in semplici giroconti bancari e, comunque, per importi minori giustificabili (pag. 8 relazione 5.4.2011)

3. l'operazione CGE è espressamente menzionata nella relazione ex art. 161 I. fall. del professionista incaricato (pag. 9). Nessuna valenza decettiva essa, pertanto, può rivestire.

Il reclamo di U. S.r.l., in sintesi, non è fondato.

La novità della questione suggerisce la compensazione delle spese.

PER TALI MOTIVI

la Corte di appello rigetta il reclamo di U. S.r.l. e conferma il decreto del Tribunale della Spezia 4-5.5.2011.

Si comunichi.

GENOVA, 29 giugno 2011

Il Presidente
Maria Teresa BONAVIA



CORTE D'APPELLO DI GENOVA

Deposita in Cancelleria il 2 LUG. 2011

Cancellier
