

*Consecuzione delle procedure di concordato al fallimento e
retrodatazione del periodo sospetto*

Tribunale di Monza, 17 luglio 2014. Presidente Alida Paluchowski.
Estensore Nardecchia.

Revocatoria fallimentare - Consecuzione delle procedure di concordato preventivo e fallimento - Retrodatazione del periodo sospetto alla apertura del concordato - Principio di consecuzione delle procedure concorsuali - Accertamento con valenza giudicato dello stato di insolvenza - Presunzione dell'esistenza ab origine dello stato di insolvenza

In tema di revocatoria fallimentare, la retrodatazione del periodo sospetto al momento di apertura della procedura di concordato preventivo (nei casi in cui non sia ratione temporis applicabile la novella dell'art. 69 bis L.F.) può ritenersi collegata al concetto di consecuzione delle procedure concorsuali, le quali rappresentano più fasi di un procedimento unitario. A tal fine, la sentenza di fallimento può contenere un accertamento, con valenza di giudicato nel successivo giudizio revocatorio, del fatto che il debitore si trovasse in stato di insolvenza al momento della pronuncia del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo e, in assenza di tale accertamento, qualora al concordato preventivo segua il fallimento, è possibile legittimamente presumere che il debitore si trovasse ab origine in stato di insolvenza, comprovato ex post dalla sopravvivenza del fallimento.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

TRIBUNALE CIVILE DI MONZA
Sezione Terza Civile - Fallimentare
Sezione Fallimentare

riunito in camera di consiglio in persona dei sigg. magistrati:
dott.ssa Alida Paluchowski Presidente
dott. G. B. Nardecchia Giudice rel.
dott.ssa Cinzia Fallo Giudice
ha emesso il seguente

DECRETO

Vista l'opposizione allo stato passivo depositata dalla Banca omissis di un credito privilegiato di € 1.079,638,87 oltre interessi, credito ammesso in via chirografaria per € 876.048,94 oltre interessi ex art. 5 del d.lgs. 231/2002 dal dovuto sino al deposito della domanda di concordato, con esclusione degli interessi successivi e della prelazione ipotecaria "in quanto l'iscrizione dell'ipoteca, effettuata in data 5 agosto 2011 a garanzia di debiti preesistenti e non scaduti, deve essere revocata ai sensi del comma 1, n. 3 dell'art. 67 l.f.";

la Banca esponeva che Costruzioni Ri. srl e Ma. I. Co srl sottoscrivevano distinti contratti di factoring (docc. 2 e 3) in esecuzione dei quali le cedevano tutti i crediti sorti ed insorgenti in loro favore nei confronti della Ca. (docc. 4 e 5), che le cessioni venivano notificate a Ca. (docc. 6-9), che Ca. sottoscriveva l'attestazione di riconoscimento dei relativi debiti (docc. 19-23), che in esecuzione dei contratti di factoring erogava in favore di Costruzioni Ri. srl e della Ma.I.Co. srl a titolo di anticipazione una percentuale del valore nominale dei crediti oggetto di cessione (docc. 24-26), che la debitrice ceduta non pagava, che, con riferimento ai crediti ceduti da Costruzioni Ri. srl, chiedeva ed otteneva dal tribunale di Monza l'emissione di un decreto ingiuntivo (doc. 27), che ricevuta la notifica Ca. chiedeva ed otteneva da Banca Ifis la dilazione di quanto complessivamente dovuto in linea capitale (€ 895.821,53) mediante il rilascio di un'ipoteca volontaria per l'ammontare di € 1.000.000,00, che Ca. adempiva solo parzialmente alle obbligazioni assunte corrispondendo alla Banca il solo importo di € 30.000,00, che richiedeva il dovuto intimando la decadenza dal beneficio del termine (docc. 31-32), che chiedeva ed otteneva un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo con il quale ingiungeva il pagamento della somma di € 865.821,53 per capitale oltre interessi (doc. 33), che l'ipoteca volontaria è stata iscritta sulla base di un riconoscimento di debiti integralmente scaduti in data 31/8/2010 (data di scadenza dell'ultima delle fatture scadute), che tale accordo non ha carattere novativo in quanto dalle premesse della scrittura si indica chiaramente l'esistenza del debito per € 895.821,53 e la sua origine ovvero la cessione da Costruzioni Ri. srl e Ma.I.Co. srl, che infatti all'art. 2 della predetta scrittura Ca. dichiarava di impegnarsi "per i titoli di cui alle fatture riportate nell'allegato 1" ad eseguire il pagamento di € 30.000,00 alla sottoscrizione dell'accordo ed il residuo in 24 rate mensili, che l'art. 9 prevedeva espressamente che "il presente accordo è volto a regolare il pagamento dei debiti originatisi in capo a Gruppo Edile Ca., a seguito dell'emissione delle fatture di cui all'allegato 1", che esclusa l'efficacia novativa dell'accordo deve ritenersi che l'ipoteca rilasciata in esecuzione della predetta scrittura garantisca crediti scaduti con conseguente inapplicabilità della revocatoria ex art. 67, comma 1, n. 3 l.f. letta la comparsa di costituzione della curatela del fallimento sentito il giudice relatore;

rilevato che:

la prima questione attiene alla retrodatazione degli effetti dell'azione revocatoria nei confronti dell'ipoteca iscritta in data 5 agosto 2011, tenuto conto che Ca. veniva ammessa al concordato con decreto depositato in data 8/5/2012 e successivamente dichiarata fallita in data 23/10/2012 previa revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall.;

la questione nel caso di consecuzione di procedure concorsuali è quella collegata al possibile decorso del periodo sospetto ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare dalla data di ammissione alla prima delle procedure concorsuali susseguitesesi prima del fallimento;

tale principio è fondato su un'interpretazione estensiva dell'art. 67 l.fall. nella parte in cui fa decorrere il periodo sospetto dalla data di dichiarazione di fallimento «nel senso che il legislatore si sia in essa riferito alla dichiarazione di fallimento come al normale mezzo legale di accertamento dello stato di insolvenza, con ciò implicitamente volendo attribuire la stessa efficacia al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che... costituisce il provvedimento giurisdizionale

cui l'accertamento di tale stato è demandato» (Così Cass. 27 ottobre 1956, n. 3981,);

tale principio è stato applicato successivamente dalla giurisprudenza anche nell'ipotesi in cui la prima procedura concorsuale della sequenza fosse l'amministrazione controllata;

tale principio aveva avuto l'autorevole avallo dei giudici della legge, che avevano dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 l.fall. nella parte in cui la norma, nell'interpretazione allora corrente, fissava il dies a quo per l'esperimento dell'azione revocatoria alla data di ammissione alla procedura minore (Cass. 3 febbraio 2006, n. 2437);

abrogata dalla riforma l'amministrazione controllata, la problematica si incentra oggi, essenzialmente, nella consecuzione concordato preventivo-fallimento;

secondo alcuni dopo la riforma la diversità del presupposto oggettivo delle due procedure concorsuali, crisi ed insolvenza nell'una, insolvenza nell'altra, sembrerebbe escludere oramai, la possibilità di retroagire il momento iniziale per il computo del periodo sospetto alla data di ammissione al concordato preventivo, e ciò in quanto non potrebbe più sostenersi che il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo contenga un accertamento giudiziale della sussistenza dello stato d'insolvenza in capo al debitore

Alcune considerazioni militano a favore di un recupero del principio giurisprudenziale affermato nella vigenza della precedente disciplina;

la più importante trae origine dalla considerazione che, nella vigenza della precedente disciplina, non vi era alcun elemento normativo che espressamente riconoscesse il principio della consecuzione di procedure, tanto che, a fronte di tali carenze normative, la giurisprudenza aveva ricostruito l'istituto facendo riferimento ai principi generali della legge fallimentare;

con il d.lgs. n. 5/2006 è stata per la prima volta riconosciuta espressamente la valenza di tale principio con riferimento alla prededuzione, nel successivo fallimento, dei crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» (art. 111, comma 2, l.fall.);

tale riconoscimento che ha trovato un ulteriore avallo nel successivo d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122 , con l'introduzione dell'art. 182 quater l.fall., disposizione che va ad integrare la norma generale sulla prededuzione contenuta nell'art. 111 l.fall., nella successiva modifica dell'art. 161 l.fall. e nell'introduzione dell'art. 182 quinquies, norme che evidenziano l'esplicito riconoscimento da parte del legislatore dell'esistenza di una fattispecie procedimentale "fallimento consecutivo a precedente procedura concorsuale" cui ricollegare una disciplina unitaria;

tale interpretazione, ancor prima della decisiva novella del 2012, ha trovato l'autorevole avallo della Cassazione, secondo cui qualora, a seguito di una verifica a posteriori venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto la ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche

della insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, ex post, dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta ad escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure" (Cass. 18437/2010); il medesimo principio vale, a maggior ragione, per l'ipotesi che il concordato sia stato aperto e poi revocato ex art. 173 o non omologato ex art. 180;

tale unitarietà sostanziale della disciplina è diretta ad assicurare una tendenziale parità di trattamento giuridico ed un'adeguata tutela a tutti i creditori in ogni fase della consecuzione di procedure, senza tralasciare la considerazione che la tutela degli interessi dei creditori verrebbe ad essere irrimediabilmente elusa ove si negasse il principio della consecuzione, in quanto, altrimenti, non sarebbe quasi mai possibile esperire azioni revocatorie nel successivo fallimento, data la durata media delle procedure di concordato preventivo.

in definitiva deve sostenersi che la retrodatazione del periodo sospetto - effetto che allora non trovava espressa regolamentazione in quanto alla fattispecie non è applicabile *ratione temporis* la novella dell'art. 69 bis l.fall. - sia nel caso in esame collegata al concetto, oggi espressamente disciplinato dal legislatore, di consecuzione di procedure (diverse procedure concorsuali che si susseguono nel tempo a carico del medesimo imprenditore integranti una medesima crisi economica di diversa gradazione), che rappresentano più fasi di un procedimento unitario;

la sentenza di fallimento può legittimamente contenere un accertamento, con valenza di giudicato nel successivo giudizio revocatorio, del fatto che il debitore si trovasse in stato di insolvenza al momento della pronuncia del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

pur in assenza di un accertamento giudiziale in tal senso, qualora al concordato preventivo segua il fallimento, si può legittimamente presumere che il debitore si trovasse, ab origine, in stato d'insolvenza, comprovata ex post dalla sopravvenienza del fallimento;

il fatto certo che al concordato preventivo abbia fatto seguito il fallimento fa presumere che il debitore sin dal deposito del decreto di ammissione fosse in stato di insolvenza, stato non superato con il ricorso alla diversa procedura concorsuale;

venendo al merito va ricordato che l'ipoteca è stata iscritta il 5/8/2011 (doc. 1) in forza di assenso del 28/7/2011 (doc. 2), a seguito di un accordo del 15/6/2011 (doc. 3);

come eccepito dalla difesa del fallimento la scrittura recante la data del 15/6/2011 è stata munita di data certa mediante annullo postale il 19/8/2011;

l'opponente a sua volta ha sostenuto che la data certa anteriore, corrispondente a quella del 15/6/2011 sarebbe comunque desumibile presuntivamente dall'identità di numerosi dati tra la scrittura privata e l'assenso all'iscrizione dell'ipoteca (ammontare del credito, piano di rateizzazione, immobili su cui vengono concesse le garanzie);

come è noto nel procedimento di accertamento del passivo il curatore deve essere considerato terzo sia rispetto al fallito sia rispetto ai creditori concorsuali e, pertanto, al predetto curatore non sono opponibili i crediti non aventi data certa nè applicabili le previsioni di cui agli art. 2709 e 2710 c.c., in tema di efficacia probatoria delle scritture contabili contro l'imprenditore e tra imprenditori;

tale principio è stato ribadito da una decisione delle sezioni unite della cassazione la quale ha precisato che la mancanza di data certa nelle scritture prodotte si configura come fatto impeditivo all'accoglimento della domanda oggetto di eccezione in senso lato, in quanto tale rilevabile anche di ufficio dal giudice;

l'inopponibilità, di cui all'art. 2704 cod. civ., non riguarda il negozio, ma la data della scrittura e non attiene all'efficacia dell'atto, bensì soltanto alla prova di esso a mezzo della scrittura;

la prova del negozio e della sua stipulazione anteriore al fallimento può essere, quindi, fornita, prescindendo dal documento probatorio, con tutti gli altri mezzi consentiti, anche nei confronti dei terzi e del curatore, salve le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio;

in sede di accertamento dello stato passivo, ai fini della decisione circa l'opponibilità al fallimento di un credito documentato con scrittura privata non di data certa, mediante la quale voglia darsi la prova del momento in cui il negozio è stato concluso, il giudice di merito, ove sia dedotto un fatto diverso da quelli tipizzati nell'art. 2704 cod. civ. (registrazione, morte o sopravvenuta impossibilità fisica di uno dei sottoscrittori, riproduzione in un atto pubblico), ha il compito di valutarne caso per caso la sussistenza e l'idoneità a stabilire la certezza della data del documento, con il limite del carattere obiettivo del fatto, il quale non deve essere riconducibile al soggetto che lo invoca e deve essere altresì sottratto alla sua disponibilità. (Cass. 4646/97; Cass. 22430/09);

l'opponente vorrebbe provare presuntivamente la data certa della scrittura, l'anteriorità della stessa all'ipoteca dalla sostanziale identità di contenuto tra la scrittura medesima, atto di transazione (per cui è prevista la forma scritta ad probationem.) e l'atto di assenso;

tale prospettazione non appare condivisibile in quanto la sostanziale identità di contenuto tra la scrittura privata e l'assenso non fa di certo presumere come più probabile che non l'anteriorità della prima al secondo, ben potendosi sostenere, al contrario, che le parti abbiano voluto redigere l'accordo successivamente, a sanatoria dell'atto costitutivo di ipoteca;

ne consegue che essendo l'accordo successivo all'ipoteca, al fine di individuare se l'ipoteca sia a garanzia di un debito scaduto o meno, è necessario far riferimento esclusivamente alla dichiarazione di assenso del 28 luglio dove si dice semplicemente che Ca. è debitore nei confronti della Banca Ifis di € 895.821,53 in linea capitale...oltre interessi... "da restituire entro 24 mesi decorrenti dal 15 gennaio 2012";

la dichiarazione di assenso tratta quindi esclusivamente di una rateizzazione che avrebbe avuto inizio nel gennaio 2012 (5 mesi dopo la dichiarazione) con previsione di interessi solo a far tempo da quella data, in quanto nessun interesse è stato previsto nel periodo 28 luglio 2011/15 gennaio 2012, con la conseguenza che nei rapporti tra le parti quel debito non veniva di certo considerato come scaduto;

a medesime conclusioni si giungerebbe anche ove si considerasse opponibile l'accordo alla curatela del fallimento;

tale accordo deve essere considerato a tutti gli effetti una transazione, a fronte delle chiare e significative reciproche concessioni: Ca. ha rinunciato ad ogni contestazione con riferimento a tutti i crediti ceduti, anche quelli non ancora azionati, ha rinunciato alla clausola arbitrale (doc. 10), aderendo al foro convenzionale del tribunale di Venezia (art.

11), ha concesso un'ipoteca volontaria su tutto il credito, anche quello non ancora azionato giudizialmente, si è impegnata ad offrire a garanzia altri beni entro il successivo 31 ottobre (art. 5 dell'accordo), mentre la Banca ha rinunciato al titolo già ottenuto e ad intraprendere un nuovo giudizio diretto ad ottenere la condanna di Ca. al pagamento dei crediti che la banca aveva acquistato da Ma.I.Co srl;

con riferimento al carattere novativo o meno dell'accordo l'opponente nega tale carattere in quanto la scrittura privata avrebbe comportato esclusivamente una dilazione dei termini di pagamento dell'originaria obbligazione;

tale prospettazione non pare fondata in quanto l'unico profilo rimasto identico è quello oggettivo rappresentato dall'obbligo di corresponsione di una somma di denaro pari, a quella data, dalla somma dei debiti originati dal contratto di factoring per cui è causa;

tale identità quantitativa non vale ad escludere il carattere novativo della transazione dato che le parti hanno formalizzato un nuovo assetto dei loro rapporti obbligatori in quanto, come detto, Ca. ha rinunciato ad ogni contestazione con riferimento a tutti i crediti ceduti, anche quelli non ancora azionati, ha rinunciato alla clausola arbitrale (doc. 10), aderendo al foro convenzionale del tribunale di Venezia (art. 11), ha concesso un'ipoteca volontaria su tutto il credito, anche quello non ancora azionato giudizialmente, si è impegnata ad offrire a garanzia altri beni entro il successivo 31 ottobre (art. 5 dell'accordo), mentre la Banca ha rinunciato al titolo già ottenuto e rinunciato ad intraprendere un nuovo giudizio diretto ad ottenere la condanna di Ca. al pagamento dei crediti che la banca aveva acquistato da Ma.I.Co srl;

mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione e del titolo del rapporto cui si accompagna l'inequivoca intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione sostituendola con una nuova incompatibile con l'obbligazione originaria: la Banca pur avendo titolo per iscrivere ipoteca non vi ha provveduto, ha chiesto ed ottenuto l'assenso all'iscrizione di ipoteca volontaria per l'intero credito, si è impegnata a restituire il decreto ingiuntivo a Ca. (art. 6) e preso atto del mancato pagamento delle due rate, ha azionato l'accordo richiedendo un decreto ingiuntivo per l'intero importo e non per la differenza non coperta dal precedente titolo esecutivo, ritenendo evidentemente estinta l'obbligazione originaria;

in definitiva deve ritenersi che l'ipoteca rilasciata in esecuzione della predetta scrittura garantisca crediti non ancora scaduti con conseguente applicabilità della revocatoria ex art. 67, comma 1, n. 3 l.f

Ne deriva il rigetto dell'opposizione-

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta l'opposizione.

Condanna Banca Ifis spa, a rimborsare alla curatela del fallimento Gruppo Edile Ca. spa in liquidazione (RG 221/13) le spese del giudizio che liquida in complessivi € 5.000,00 oltre oneri di legge.

Così deciso il 17/7/2014 in Camera di Consiglio della terza sezione civile del Tribunale di Monza.