

RG 4068/2015



SENT. N. 103/2015  
FALL. N. 103/2015  
CRON. N. 4258/15  
REP. N. 133/15

REPUBBLICA ITALIANA  
IL TRIBUNALE ORDINARIO di VICENZA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

In composizione collegiale, in persona di:

Dott. Giuseppe Limitone	Presidente
Dott.ssa Paola Cazzola	Giudice
Dott. Giulio Borella	Giudice Rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel giudizio di omologazione del concordato preventivo promosso da:  
MAGAZZINI GENERALI MERCI E DERRATE S.P.A., in persona del l.r.p.t., con  
sede in \_\_\_\_\_, Via \_\_\_\_\_, P.Iva \_\_\_\_\_, con gli Avv.ti \_\_\_\_\_ e  
del foro di Vicenza, presso i quali è elettivamente domiciliata  
contro

MASSA DEI CREDITORI, in persona del C.G. Dott. Marco Grassetto, costituito con  
l'Avv. Patrizia Dall'Oco del foro di Padova, presso la quale è elettivamente domiciliato  
contro

FALL. CONSORZIO EGALO, in persona del Curatore p.t., con l'Avv. Claudio  
Nevoni del foro di Vicenza, presso il quale è elettivamente domiciliato Vista la perizia  
effettuata nel corso del processo di esecuzione  
contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa nel  
presente giudizio dall'Avvocatura dello Stato di Venezia  
contro

PROCURA DELLA REPUBBLICA DI VICENZA, in persona del Procuratore p.t.

CONCLUSIONI

Ricorrente > omologarsi il concordato preventivo proposto e approvato dai creditori

Commissario > rigettarsi la domanda di omologa, dichiararsi inammissibile il  
concordato

Fall. Consorzio Egalo > rigettarsi la domanda, dichiararsi inammissibile il concordato, emettersi sentenza di fallimento

Procura della Repubblica > rigettarsi la domanda di omologa, dichiararsi inammissibile il concordato, pronunciarsi il fallimento

## FATTO E

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A seguito di ricorso del 03.07.2015, col quale la società Magazzini Generali Merci e Derrate Spa presentava domanda prenotativa di concordato preventivo, il Tribunale di Vicenza assegnava all'istante termine di giorni 60, poi prorogati di ulteriori 60, per il deposito della proposta e del piano.

In data 01.10.2015 la società depositava dunque il piano e la proposta e il Tribunale dichiarava aperta la procedura e fissava per il giorno 12.12.2014 l'adunanza dei creditori, poi rinviata al 13.02.2015, nominando C.G. il Dott. Marco Grassetto.

Verificato il raggiungimento delle maggioranze di legge, il Tribunale fissava udienza per l'omologa per il 29.05.2015.

Nelle more, a seguito della segnalazione da parte del C.G. nella relazione ex art. 172 L.F. di possibili profili di responsabilità verso gli amministratori, non contemplati nel piano, veniva convocata l'assemblea del 07.04.2015, nella quale la società deliberava di non intraprendere alcuna azione nei confronti dei predetti.

La circostanza veniva segnalata dal C.G. ai creditori ex art. 179 L.F.

Nel giudizio di omologa si costituiva il C.G., con memoria ex art. 180 L.F. nella quale, rilevato che la proposta non rispettava la postergazione di cui all'art. 2647 c.c., relativamente a due mutui ipotecari di Banca Popolare di ... (per la quale si prevedeva al contrario il pagamento con la prelazione di cui al diritto reale di garanzia goduto), chiedeva il rigetto della domanda.

Parimenti si costituiva il creditore Fall. Consorzio Egalo, chiedendo a sua volta il rigetto della domanda e il fallimento, richiamando sia la postergazione di cui all'art. 2467-2497 quinquies c.c. non rispettata, sia il conflitto d'interessi del creditore Banca Popolare di ...

Per il fallimento instava anche il Pubblico Ministero.

All'udienza del 29.05.2015 dunque il collegio si riservava.

La causa viene dunque oggi discussa e decisa come segue.

### MOTIVAZIONE

Come evidenziato in narrativa, la società ricorrente, in data 07.04.2015, teneva un'assemblea straordinaria, nella quale, nei punti oggetto di discussione all'ordine del giorno, erano indicati anche i profili di responsabilità enucleati dal C.G. nella relazione ex art. 172 L.F. nei confronti degli ex amministratori e sindaci della società.

All'esito della discussione, la società deliberava di non intraprendere alcuna azione o iniziativa, giudiziale o stragiudiziale, nei confronti degli ex amministratori.

Trattasi ad avviso del collegio di atto rilevante ex art. 162-167-173 L.F.

Per giungere a tale conclusione però, è necessario muovere dalla disamina della proposta di concordato e dalle osservazioni contenute nella relazione ex art. 172 L.F. del C.G. e nella memoria ex art. 180 L.F.

Ebbene, nella proposta di concordato del 01.10.2014, alla questione relativa alle responsabilità degli amministratori, vengono dedicati fugaci cenni.

A pag. 6 si legge che *"nel corso del 2011 emergono gradualmente gravi responsabilità amministrative e manageriali del Direttore S.p.A. S.p.A. (decisioni e assunzione impegni a nome della società, oltre i poteri concessi, viaggi e spese non autorizzati, ecc.); viene iniziata nei suoi confronti un'azione giudiziaria che è attualmente in ancora in corso..."*.

A pag. 7 ancora si legge che la situazione e le ragioni della crisi *"...è stata tenuta celata al CdA e agli organi di controllo dal D.G. S.p.A. S.p.A., e ciò mediante la presentazione di situazioni contabili e finanziarie difformi (che han prodotto anche falsi documentali), circostanze venute alla luce solo nel 2010, dopo una accurata ricostruzione dei fatti aziendali e una serie di riscontri contabili. Oltre alle azioni civili vengono intraprese anche quelle penali, per alterazione di documenti, fatture false e falsificate, contraffazione di firme; è indubbio che gli artifizii posti in essere dal D.G. abbiano impedito all'organo amministrativo di rendersi conto dell'effettiva situazione finanziaria della società..."*.

A pag. 12-13 infine viene descritta l'azione di responsabilità intrapresa nei confronti del predetto Saggio e i relativi possibili sviluppi, nella prospettiva liquidatoria del piano.

Ebbene, a fronte di tale sintetico e assai generico cenno ai profili di responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo, del tutto inidoneo com'è evidente a rendersi conto dell'ubi consistat delle responsabilità e della relativa incidenza sul piano liquidatorio, ben più dettagliata si dimostra la relazione ex art. 172 L.F. del C.G., il quale segnala i seguenti fatti.

**Operazione APA/VIMAR (pag. 59-60 e 81-83 rel. 172).** In data 01.12.2005 Magazzini Generali stipulava con APA un contratto di locazione commerciale, che prevedeva da parte di M.G., oltre al pagamento del canone, anche l'accollo di lavori di straordinaria manutenzione, ciò che comportava tra il 2006 e il 2007 costi per euro 2.141.993,43 (cfr anche relazione Guardia di Finanza all. 14 alla relazione ex art. 180 L.F.).

In data 29.03.2007 poi veniva sottoscritto tra Magazzini Generali e Vimar Spa un contratto di sublocazione dello stesso complesso, con decorrenza dalla data dell'agibilità e completamento delle opere.

Con riguardo a tale operazione il C.G. osserva che non appare economicamente comprensibile il motivo per cui M.G. abbia sottoscritto un contratto di locazione così impegnativo, per un immobile in disuso da anni, accollandosi i lavori straordinari necessari a ripristinarlo all'uso, senza neppure un patto finale di opzione d'acquisto.

Tra l'altro il contratto di locazione M.G./APA non prevedeva la sublocazione, sicchè nel 2007, APA, al fine di consentire la sublocazione a Vimar Spa, pretese una revisione del canone in aumento.

Il tutto a fronte della possibilità, che pure vi era, di ripristinare il compendio immobiliare di Magazzini Generali, che avrebbe consentito di risparmiare sul canone e di fruire alla fine di un incremento del valore patrimoniale della società.

Per far fronte agli ingenti costi derivanti dalle uscite per canoni di locazione (pagati tra il 2006 e il 2007 malgrado l'immobile non fosse utilizzato, causa lavori e mancanza di agibilità) e oneri di opere di straordinaria manutenzione, pari a circa euro 3.000.000,00 lordi, M.G. era costretta a stipulare, nel corso del 2007, un mutuo chirografario di euro 750.000,00 con Banca Antonveneta e un mutuo chirografario di euro 1.000.000,00 con Banca Popolare di Vicenza; nel 2008 un ulteriore mutuo, questa volta ipotecario, con Banca Popolare di Vicenza, per euro 4.000.000,00, a copertura dei finanziamenti precedentemente concessi.

**Conferimento ramo d'azienda nella società MGE LOGISTIC GROUP SPA (pag. 24 rel. 180 L.F. e pag 83-84-85 rel. 180 L.F.).** In data 22.09.2009 la M.G. conferì in MGE - società controllata - il proprio ramo aziendale costituito dall'attività di deposito merci per conto terzi e la fornitura di servizi in materia di magazzinaggio e logistica.

Lo scopo dell'operazione avrebbe dovuto essere quello di raggruppare l'allora attività gestionale di MG e MGE in un'unica azienda autonoma; MGE avrebbe avuto in dote i contratti a medio termine su cui programmare l'attività, mentre MG avrebbe mantenuto l'autonomia e il possesso del patrimonio immobiliare, contenendo i costi di gestione.

In realtà l'operazione comportò unicamente una drastica riduzione dei ricavi, passati da oltre 900.000,00 euro a circa euro 240.000,00, e una modesta riduzione dei costi, di circa il 19%, il tutto senza tenere conto che MG continuò negli anni a sostenere finanziariamente la controllata, sostenendone in buona parte i costi.

Situazione aggravata dalla circostanza che i componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle due società risultano in alcuni casi coincidenti.

**Mancato adeguamento dei costi di gestione.** Dopo il 2009 l'attività di M.G. si è limitata alla gestione di contratti di locazione attivi e passivi, ma la mera gestione immobiliare non consentiva di far fronte ai debiti pregressi e neppure di coprire le spese correnti di esercizio, con la conseguenza che di anno in anno il patrimonio sociale è stato inesorabilmente eroso.

In particolare non risultano in alcun modo ridimensionati - in funzione della mutata attività aziendale - i costi per le prestazioni professionali, ed anzi, se ne riscontra un aumento ingiustificato e le attività di alcuni professionisti sostituiscono quelle proprie dell'organo di amministrazione.

**Contratti di comodato gratuito (pag. 85-86 rel. 172 L.F.).** Risultano stipulati contratti di comodato gratuito in epoca in cui era già manifesta la crisi aziendale, con un potenziale mancato incasso di euro 860.000,00 circa (circostanza ammessa dalla stessa ricorrente nel proprio ricorso introduttivo).

**Mancata messa in liquidazione della società (pag. 87 rel. 172 L.F.).** Nel 2010 l'Assemblea dei Soci provvedeva a riapprovare il bilancio del 2008, a seguito della ricostruzione contabile necessaria, dopo che erano state riscontrate errate registrazioni (quelle per le quali la società ha intrapreso l'azione di responsabilità del precedente D.G. Saggio ed effettuato denuncia penale). In tale occasione, atteso che, per effetto della rielaborazione del bilancio, risultava una perdita di esercizio al 31.12.2008 di euro 3.650.090,00 e per effetto di ciò il capitale risultava sceso oltre i limiti (né si era ripreso negli anni successivi), la società avrebbe dovuto essere messa in liquidazione.

In relazione a tutte le suddette circostanze, il C.G. evidenziava la sussistenza di una evidente responsabilità non solo dell'allora D.G. S. (contro cui si è puntata

l'iniziativa giudiziaria della società, ma limitatamente alle false registrazioni), ma di tutto il C.d.A. e dei componenti degli organi di controllo (sindaci e revisori), atteso che l'alterazione delle scritture contabili è risultata di tale palmare evidenza e frequenza, che gli organi preposti alla gestione e al controllo non potevano non accorgersi di nulla, come del resto evidenziato anche nella relazione svolta dalla Guardia di Finanza, nel corso delle indagini svolte nell'ambito del procedimento penale a carico del suddetto Saggiaro.

Si legge infatti a pag. 30 della relazione della Guardia di Finanza che *"la contabilità della società...non è stata tenuta in maniera corretta...tuttavia è opportuno rappresentare che i controlli sulla tenuta delle scritture contabili erano stati affidati ad un collegio sindacale e ad un revisore contabile e che nessuno dei due organi risulta aver mai segnalato irregolarità nella tenuta delle stesse...nè vanno sottaciute - prosegue la GdF a pag. 31 - le responsabilità del C.d.A., che, dopo la nomina del D.G. e la delega di alcuni poteri, non risulta aver mai eseguito alcun controllo contabile o aver richiesto spiegazioni al D.G. circa le operazioni poste in essere dallo stesso..."*.

Il tutto tenuto conto, con Cass. Pen. 36595/2009, che la responsabilità dei componenti del C.d.A., del collegio sindacale e dei revisori scatta quando le anomalie siano ad essi note o dovessero esser note, in considerazione del grado dell'anomalia riscontrata.

E sotto tale profilo, con riguardo alla falsità dei bilanci, non può non evidenziarsi come l'alterazione delle scritture contabili posta in essere dal S. fosse così grave e grossolana, che non poteva non essere percepita da soggetti dotati di competenza tecnica, quali il revisore, i sindaci e i componenti del C.d.A., usando l'ordinaria diligenza professionale.

Si tenga presente che uno degli addebiti mossi al D.G. è quello di aver distratto in proprio favore, tramite bonifici o assegni, dai conti della società, una cifra di circa euro 480.000,00, senza che di tali prelievi fosse fornita adeguata giustificazione (ex post il D.G. dichiarava alla società e alla G.d.F. che si sarebbe trattato di rimborsi per spese anticipate per conto della società, circostanza non solo priva di adeguato riscontro contabile, ma altresì poco veritiera, in considerazione dell'entità delle cifre movimentate, che lasciano legittimamente dubitare che il S. disponesse di disponibilità liquide di tale portata).

Così come non poteva non essere rilevata dal C.d.A. e dei Sindaci la palese inadeguatezza delle operazioni sopra descritte (locazione APA, conferimento ramo d'azienda in MGA, mancato adeguamento costi di gestione, contratti di comodato), dalle quali la società non riceveva alcun beneficio, ma, anzi, da un lato vedeva triplicare i costi inizialmente preventivati per i lavori di straordinaria manutenzione sull'immobile affittato da APA (da circa euro 450.000,00 a circa euro 1.400.000,00), dall'altro era costretta ad indebitarsi, dapprima con Antonveneta (euro 750.000,00 in data 19.06.2007), Banca Popolare di Vicenza (euro 150.000,00 in data 01.10.2004 ed euro 1.000.000,00 in data 18.05.2007), Unicredit Spa (affidamenti vari per euro 1.400.000,00), rapporti poi estinti - ad eccezione di quello con Unicredit Spa - a mezzo accensione di un nuovo mutuo, con garanzia ipotecaria di euro 4.000.000,00, con Banca Popolare di Vicenza, in data 11.03.2008.

Tanto che, infatti, come riferito dal C.G. (pag. 86 rel. 172 L.F.), la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vicenza riteneva di trasmettere gli atti alla Procura presso la Corte dei Conti, per le iniziative del caso.

Ebbene, con riferimento a dette fattispecie, va innanzitutto contestata una non adeguata disclosure dell'attività sociale e delle cause della crisi, che non appaiono

riconducibili, come nella contingente fase storica spesso accade, alla generalizzata crisi economica mondiale, bensì a ben precise e negligenti, imprudenti, imperite scelte della dirigenza della società, che deve quindi assumersene la piena responsabilità.

In proposito, lo si ripete solo per completezza, essendo senz'altro principio noto alle parti, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che, con riferimento agli atti in frode di cui all'art. 173 L.F., non si può prescindere dall'accertamento che il comportamento del proponente sia stato posto in essere con dolo, consistente anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini della completa informazione dei creditori e idonee ad influire sul giudizio di questi ultimi (cfr Cass. 14552/2014), circostanze occultate dal debitore ed emerse solo attraverso l'opera del C.G., con la precisazione che a tal fine rilevano anche i fatti oggettivamente esposti nella loro materialità, ma non adeguatamente e compiutamente messi in rilievo nella loro potenzialità decettiva nei confronti dei creditori.

Con la conseguenza che il consenso di questi ultimi finisce con il formarsi sulla scorta di una falsa rappresentazione della realtà.

E, sotto tale profilo, non può non risaltare come il colposo silenzio della ricorrente sulle circostanze evidenziate dal C.G. finisca con il celare agli occhi dei creditori i reali sviluppi storici della vita sociale, in particolare quelli che ne hanno concretamente determinato la crisi (nel ricorso ricondotti alla crisi economica del 2008, all'obsolescenza degli impianti, decadenza delle strutture immobiliari, perdita di clientela, condotta del D.G. S che avrebbe celato tale situazione, presentando situazioni contabili e finanziarie artefatte), ma soprattutto i loro concreti riflessi sul piano delle responsabilità e delle conseguenti, possibili, adottande iniziative recuperatorie.

Perché, se è forse vero che il debitore può - previa piena disclosure di quanto sopra - scegliere di non offrire nel piano crediti potenziali, derivanti da possibili iniziative giudiziarie nei confronti dei propri amministratori, è altrettanto vero che il consenso dei creditori su una siffatta proposta non può che formarsi anche sulla scorta del raffronto con la possibile alternativa del fallimento e delle iniziative che, all'interno della procedura (una volta definita) maggiore, potrebbe assumere il Curatore, e, quindi, della differente utilità che da esse iniziative potrebbero trarsi in termini di concreta soddisfazione, raffronto che diviene impossibile se manca una completa disclosure nei termini richiamati dalla Cassazione.

In tale contesto, già di per sé rilevante ex art. 162 L.F., si inserisce poi la cennata delibera sociale del 07.04.2015, con la quale gli organi amministrativi della debitrice decidevano di non avviare alcuna iniziativa stragiudiziale o giudiziale nei confronti degli ex componenti del C.D.A. o del collegio sindacale o dei revisori, delibera a seguito della quale, rileva il C.G. (pag. 16-19 rel. 180, anche ai fini dell'art. 179 co. II L.F.), dovrebbe ritenersi intervenuta la rinuncia alle azioni e definitivamente esclusa ogni aspettativa dei creditori connessa al potenziale credito derivante dall'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, nonchè, per effetto di quanto sopra, dovrebbe ritenersi sopravvenuta una rilevante differenza rispetto all'ipotesi fallimentare.

Ora è forse vero che la delibera adottata in realtà non contiene una esplicita rinuncia alla proposizione di azioni di responsabilità verso gli ex componenti del C.D.A. e del collegio sindacale (come ipotizzato dal C.G.), ma solo la decisione di non assumere allo stato iniziative, stragiudiziali o giudiziali, ferma ed impregiudicata la possibilità di assumerne in un secondo momento.

Sicchè, alla luce di ciò, appare superfluo interrogarsi sul problema dell'inclusione o meno, nell'ambito di un concordato interamente liquidatorio, anche delle poste attive non espressamente menzionate dal debitore.

Problema in ordine al quale può solo rilevarsi che, a dispetto della disciplina previgente, nell'attuale disciplina, a parte l'eliminazione del requisito della meritevolezza (sostituito in parte dalla necessità della completa disclosure), l'art. 160 L.F. non prevede più che, nel concordato con cessione di beni, detta cessione debba avere ad oggetto l'intero patrimonio sociale, sicchè si è posto il problema di capire, in un concordato con cessione dei beni e con gestione da parte di un liquidatore, come debba interpretarsi il silenzio della proposta in ordine all'azione di responsabilità.

Così che, se alcuni han ritenuto che, essendo una cessione parziale dei beni comunque un'eccezione alla regola dell'art. 2740 c.c., anche sotto la nuova disciplina il concordato liquidatorio dovrebbe ritenersi comprensivo anche degli assets non espressamente menzionati, altro e più condiviso orientamento giunge a conclusione opposta, valorizzando il nuovo dettato dell'art. 160 L.F., per il quale la proposta può prevedere la soddisfazione in tutto o in parte dei creditori, in qualsiasi forma, nonchè valorizzando la svolta autonomistica della riforma del concordato, che rimette alle parti la decisione in ordine ai contenuti della proposta e alla valutazione della sua opportunità e convenienza, con la conseguenza che tutto ciò che non è contemplato nella proposta deve ritenersi escluso.

In questo caso la barriera contro condotte non trasparenti, quando non deliberatamente volte a coprire atti di mala gestio, risiederebbe nella possibilità per il Tribunale di sindacare le scelte del ricorso concordatario sotto il profilo dell'art. 162-173 L.F.

E ciò nel senso che la proposta di concordato che non preveda una cessione integrale dei beni e diritti della società dovrebbe però, quanto meno, anche ai fini di una completa disclosure, evidenziare comunque tutti gli assets sociali, anche quelli non ceduti (e magari anche specificare per quale ragione taluni di essi non vengano inclusi nella proposta), e ciò al fine di consentire ai creditori di effettuare una concreta ed valutazione comparativa rispetto all'ipotesi fallimentare, nella quale invece quegli assets fossero inclusi.

Quando invece una tale completa disclosure non vi sia stata, come nella specie deve ritenersi, si aprono due differenti possibilità interpretative: o si utilizzano i consueti canoni ermeneutici in materia contrattuale, dettati dagli artt. 1362 e ss c.c., e si ritiene che, a fronte di una dichiarata volontà di mettere a disposizione dei creditori tutto il patrimonio, anche i beni, diritti, pretese non espressamente riportate nella proposta - magari per mera dimenticanza o sopravvenuti o misconosciuti - debbano ritenersi inclusi.

Oppure si ritiene che, a fonte di una non integrale disclosure, i creditori non sian stati messi in grado di esprimere un voto consapevole, in particolare con riferimento alla valutazione comparativa rispetto all'alternativa fallimentare, e si valorizzano allora gli artt. 162-173 L.F.

Ipotesi che sembra la più praticabile nella specie, tenuto conto che, scorrendo il ricorso del 01.10.2014, non emerge in maniera univoca una volontà di mettere a disposizione della massa dei creditori in funzione liquidatoria tutto il proprio patrimonio, essendosi la ricorrente limitata a richiamare la natura liquidatoria del piano concordatario, senza ulteriori specificazioni (cfr pag. 5, pag. 22).

Ma anche a voler prescindere dal tema della completezza o meno della disclosure effettuata da Magazzini Generali, rimane la portata decettiva del silenzio e, ora, della delibera del 07.04.2015. atto di straordinaria amministrazione, non assentito, e, quindi, rilevante sotto diversi profili, sia dell'art. 173 L.F., sia dell'art. 167 L.F.

Sotto il primo profilo deve rilevarsi che, essendo la responsabilità degli amministratori quinquennale e collocandosi i fatti in contestazione tra il 2008 e il 2010 (al 29.09.2010 risale il bilancio 2008 rettificato), la delibera del 07.04.2015 di non assumere iniziative nei confronti del C.D.A., dei Sindaci e dei revisori contabili si concretizza nella consapevole e deliberata assunzione del rischio (forse non malvisto) che, nelle more dell'omologa, possa decorrere il termine di prescrizione e che, quindi, ogni potenziale iniziativa possa andare perduta.

Il che pare confermare come la non completa disclosure contenuta nel piano e nella proposta non fosse casuale.

Sotto il profilo dell'art. 167 L.F. poi, deve rilevarsi che, ai limitati fini concordatari, sono da considerarsi atti di straordinaria amministrazione tutti quelli che possono avere una concreta incidenza sugli interessi della massa dei creditori e, quindi, sull'attivo o sul passivo concordatario, diminuendo il primo o aumentando il secondo o, comunque, alterando in peius il differenziale rispetto all'alternativa fallimentare, sempre possibile, finchè non sia intervenuta l'omologa.

In tal senso allora, una delibera che abbia ad oggetto la decisione se intraprendere o meno azioni giudiziarie nei confronti degli ex amministratori non può non ritenersi atto di straordinaria amministrazione e non può non richiedere l'autorizzazione del G.D., in particolare se, come nella specie, anche la mera decisione di non agire possa essere foriera di gravide conseguenze, potendo determinare la perdita di ogni pretesa per prescrizione.

Si può anzi argomentare nel senso che, se è vero che la delibera del 07.04.2015 non contiene una espressa rinuncia alle azioni di responsabilità, è altrettanto vero che, collocandosi in limine della prescrizione, la decisione di non assumere iniziative equivale di fatto ad una rinuncia ed elude la necessità dell'autorizzazione del G.D.

Nè si dica che la decisione doveva ritenersi in realtà del tutto indifferente per la società, non essendo stata l'azione di responsabilità indicata nella proposta e non essendo stata quindi la stessa ceduta ai creditori, in quanto, a parte tutto quanto sopra detto in tema di disclosure e in ordine alla eventuale implicita inclusione dell'azione nel piano (che, se ritenuta sussistente, renderebbe superflua ogni discussione sull'art. 173 L.F., sicuramente applicabile), rimane il fatto che, fino a che la procedura non si sia conclusa con l'omologa, ogni decisione che possa avere ricadute concrete sulla massa dei creditori deve passare al vaglio del G.D., stante il concreto rischio, sempre latente, che il concordato non si perfezioni e che, quindi, venga dichiarato il fallimento oppure, in assenza di domande in tal senso, la società torni *in bonis* e recuperi pieni poteri decisionali.

Nè si dica pure che i creditori conserverebbero comunque la possibilità di esperire l'azione a loro riservata dall'art. 2394 c.c., atteso che essa non potrebbe che dipendere da quella completa disclosure dei fatti addebitabili agli amministratori che, nella specie, è mancata, e, comunque, la perdita dell'azione sociale rappresenta comunque una perdita, togliendo alla società la possibilità di reintegrare il patrimonio, tra l'altro tenendo conto che l'azione sociale appare più efficace avere maggiori probabilità di successo, stante il maggior bagaglio di informazioni a disposizione della società stessa e quindi il maggior bagaglio probatorio a disposizione.



Ma le criticità della proposta e del piano non si arrestano qui.

Va infatti rilevato che, tra i creditori sociali, vi è anche Banca Popolare di Vicenza, creditrice in forza di mutuo ipotecario di euro 4.000.000,00 (residuo oggi euro 3.422.262,00) erogato in data 18.04.2008 e mutuo ipotecario di euro 1.500.000,00 (residuo oggi euro 1.324.627,88) erogato in data 06.08.2010.

Nella proposta quindi l'istituto di credito veniva collocato tra i creditori privilegiati, con soddisfazione del credito nell'ordine del 83,03%, e, per la parte falcidiata, tra i creditori chirografari, con soddisfazione nell'ordine del 7,38% (stima del C.G.).

Va però rilevato che, unitamente al Comune di Vicenza, alla Camera di Commercio e alla Provincia di Vicenza, Banca Popolare di Vicenza è anche socia di Magazzini Generali, con una partecipazione del 25%.

Così che si pone il problema della qualificazione del finanziamento ai sensi degli artt. 2467-2497 quinquies c.c., ossia se il credito di Banca Popolare di Vicenza dovesse essere postergato e, anzi, fatto oggetto di apposita classe.

Innanzitutto si pone il problema dell'applicabilità della norma citata, espressamente dettata in tema di s.r.l., anche alle s.p.a.

Senza ripercorrere integralmente il dibattito dottrinario accesi in ordine alla detta questione, ci si limita a riportare quello che è l'orientamento che pare aver preso maggiormente piede nella giurisprudenza di merito, ossia che un'applicazione analogica possa ammettersi solo laddove si tratti di società per azioni a base ristretta, nelle quali il socio abbia una concreta possibilità quindi di accesso alle informazioni, di partecipazione alla vita sociale.

In tal senso si è espressa, tra l'altro, anche la Corte territoriale, che, con sentenza 2599 del 18.11.2014, Pres. Rossi, Est. Di Francesco, a quanto consta non edita, ha precisato che *"ciò che rileva, quindi, ai fini dell'estensione dell'art. 2467 c.c. alle s.p.a., non è tanto l'emersione di una posizione influente all'interno della società partecipata, tale da condizionarne la politica gestionale, quanto piuttosto l'evidenza di una posizione particolarmente informata del socio sulla reale situazione della società, così che il bagaglio di specifiche conoscenze al quale egli viene ad avere accesso in tale veste, determina uno squilibrio informativo, rispetto alle cognizioni possedute da terzi creditori, in guisa che il patrimonio di informazioni consente al socio finanziatore - è stato efficacemente rimarcato - di organizzare il rimborso del finanziamento in situazioni di crisi e di pre-crisi"*.

Situazione che senza dubbio ricorre nella specie, non solo perchè, come detto, la S.p.a. Magazzini Generali presenta una base del tutto ristretta, essendo costituita da soli quattro soci con pari partecipazione del 25%, ma, soprattutto, perchè tutti i membri del C.d.A. della società risultano essere stati ed essere espressione dei ridetti soci.

Si legga quanto messo in luce dal C.G. nella propria relazione ex art. 180 L.F. a pag. 19, ove si riportano stralci di delibere sociali dalle quali la circostanza emerge in modo indiscutibile.

Verbale assemblea soci 18.10.1996 *"...vengono nominati...gli amministratori Sig. F. M. ...e Sig. Avv. A. P., segnalati dall'azionista Banca Popolare di Vicenza..."*.

Verbale 22.04.1998 "...a seguito delle dimissioni del Dott. G. ...  
G. ...consigliere nominato su designazione del socio Amministrazione Provinciale...e  
della scomparsa del Dott. P. ... F. ...consigliere nominato su designazione del  
socio Comune di Vicenza...".

Verbale 02.05.2008 "...non riuscendo ad arrivare ad una decisione definitiva ed  
attendendo idee più chiare l'Ing. A. ... distribuisce ai consiglieri i due contratti  
presentati in consiglio, per dar modo ad ognuno di visionarli con il proprio ente...".

verbale 23.07.2010 "...il Dott. L. ... chiede...che l'assemblea venga rinviata...in  
quanto...ad oggi non gli è ancora stato comunicato dal Comune di Vicenza il nominativo  
del proprio rappresentante nel consiglio...".

A ciò si aggiunga che molti dei membri del C.d.A. o del collegio sindacale sono stati  
anche membri del C.d.A. o del comitato esecutivo di Banca Popolare di Vicenza.

Ci si riferisce a T. ... P. ..., membro CdA magazzini Generali dal 07.07.1988  
al 02.09.1996 e membro del CdA della banca dal 09.05.1992 al 22.08.1996; D. B. ...  
L. ..., membro CdA Magazzini Generali dal 29.11.1995 al 06.09.1996 e vice direttore  
della banca dal 1992 al 1996; M. ... F. ..., membro del CdA di Magazzini Generali dal  
1996 al 2002 e tutt'oggi consigliere del CdA, nonchè membro del comitato esecutivo dal  
1997 al 2014; S. ... P. ..., membro del CdA di Magazzini Generali dal 17.05.2005 al  
20.08.2008 e membro del CdA della banca dal 1990 al 2012 e del comitato esecutivo dal  
1997 al 2004; F. ... Z. ..., membro del CdA di Magazzini Generali dal 22.08.2008 al  
22.09.2010 e consigliere del CdA della banca dal 1996 al 2013.

Verificata quindi l'applicabilità, sulla scorta di quanto sopra, dell'art. 2467 c.c. al caso  
di specie, occorre verificare se ne sussistano i presupposti applicativi, ossia se possa dirsi  
che, all'epoca in cui venne erogato il finanziamento, la società versasse in una situazione di  
eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una  
situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

La dottrina economica aziendalistica ha avuto modo di precisare - si perdoni la  
semplificazione - che è nel patrimonio netto rettificato e rivalutato, più che nei meri dati di  
bilancio, che va ricercato il senso delle nozioni di eccessivo squilibrio usate dal legislatore,  
stante che è in tali poste rettificate che risiede la garanzia per i creditori terzi di vedere  
soddisfatte le proprie ragioni in sede di liquidazione, tenuto conto del resto che trattasi di  
una stima della reale consistenza patrimoniale familiare a qualsiasi intermediario  
finanziario impegnato in una valutazione della solidità patrimoniale della società in sede di  
istruttoria del fido; con la precisazione che la stima non può limitarsi ad una disamina  
statica, ma deve porsi anche in un'ottica liquidatoria futura (essendo appunto la norma  
rivolta alla tutela dei creditori terzi rispetto ai creditori soci), dovendosi quindi valutare  
anche, su un ragionevole orizzonte temporale, se l'impresa possa prospetticamente operare  
in condizioni di equilibrio economico finanziario, venendo meno le quali anche l'attuale  
equilibrio potrebbe apparire del tutto effimero e apparente.

Concetti condivisi, ripresi e tradotti in lessico giuridico, dalla recente giurisprudenza  
di merito, a mente della quale deve accedersi ad un'interpretazione dell'art. 2467 c.c. e,  
segnatamente, del concetto di eccessivo squilibrio del patrimonio rispetto all'indebitamento  
o della ragionevolezza del conferimento, secondo cui il legislatore ha voluto individuare  
una nozione unitaria di crisi, che finisce col coincidere col rischio di insolvenza, idoneo a  
fondare il rischio di un concorso potenziale tra tutti i creditori della società (cfr Tribunale di  
Milano, 11.11.2010 sent. n. 9788/2009, Tribunale di Reggio Emilia, 10.06.2015).

Più in dettaglio, la corte d'Appello di Milano (cfr sent. 18.04.2014 n. 1533) ha avuto modo di precisare che non ricorre il requisito dell'eccessivo squilibrio quando l'indice di liquidità dell'impresa sia di poco inferiore, uguale o superiore ad 1.

Altre corti invece hanno utilizzato il concetto di leverage, ossia il rapporto tra il totale delle fonti di finanziamento e i mezzi propri, da valutarsi unitamente alla struttura del debito, dovendosi rilevare che normalmente un debito a medio lungo termine incide meno sullo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto, ma, contemporaneamente, la necessità di ricorrere a finanziamenti di terzi a medio lungo termine può rivelare una crisi di liquidità e un indice di sottocapitalizzazione, così che non sarebbe indice di squilibrio un leverage compreso tra 1,8 e 3 (Corte d'Appello di Venezia, decreto 14.04.2011, Tribunale di Milano, sent. 04.06.2013 n. 7805).

Nella specie allora non potrà che rilevarsi come tra il 2008 e il 2010, epoca in cui vennero concessi i mutui ipotecario, la società versasse in una pesante situazione di crisi di liquidità.

La circostanza è del resto ammessa dalla stessa società, che, nel verbale del C.D.A. del 30.07.2010, precedente quindi l'ultimo finanziamento, si legge come "*...il Sig. R. ...sottolinea come si renda necessario l'impegno del Comune e della Provincia di Vicenza per valorizzare il patrimonio di Magazzini Generali e per consentire di sanare la posizione debitoria della società...rileva inoltre come ogni intervento sia diretto ad evitare che per la società vengano proposte procedure alternative, determinate dai problemi di liquidità evidenziati...*".

Intervento tanto più significativo se si considera che, all'epoca, non era ancora stato riapprovato il bilancio rettificato del 2008 (approvazione avvenuta il 29.09.2010, anche se probabilmente se ne conoscevano o ne erano già trapelati i contenuti), bilancio che avrebbe rivelato una perdita di esercizio di euro 3.650.090,00; e che, come osservato dal C.G., dal 2008 la società aveva di fatto cessato di generare utili.

Dalle tabelle riportate a pag. 43-44 della memoria ex art. 180 L.F., emerge dunque come, basandosi sull'indice di liquidità, la società si trovasse in squilibrio nel 2009, con un indice del 0,09% e, addirittura, tenendo conto dei dati di cui al bilancio rifatto nel 2010, dal 2008, con un indice dello 0,24%.

Basandosi sul leverage ugualmente emerge un indice superiore al 3% tanto nel 2008, quanto nel 2009.

Non può che concludersene che i finanziamenti concessi da Banca Popolare di Vicenza debbono ritenersi colpiti dalla postergazione di cui all'art. 2467 c.c.

Ebbene, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, in questo caso, il creditore postergato non può essere inserito nel piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari in posizione indifferenziata rispetto a questi ultimi, ossia senza che il postergato venga inserito in apposita classe che ne preveda e rispetti il trattamento disomogeneo rispetto agli altri chirografari, stante la disomogeneità di interessi (cfr Cass. 2706/2009), con la conseguenza che è inammissibile la proposta di concordato che non preveda una classe ad hoc per i postergati (cfr Tribunale di Padova, 16.05.2011).

Adirittura, e del tutto condivisibilmente, si è detto che sarebbe illegittima una proposta di concordato che destinasse parte delle risorse dell'attivo concordatario al pagamento di creditori postergati, in danno dei chirografari, senza che una eventuale approvazione maggioritaria della stessa, con o senza classi, possa valere a sanare il *vulnus*

all'art. 2467 c.c. (cfr Tribunale di Roma, 01.07.2014), traducendosi una tale proposta in una violazione del disposto dell'art. 160 co. II L.F., a mente del quale in nessun caso il trattamento stabilito per ciascuna classe può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, disposizione nella quale ben può farsi rientrare l'art. 2467 c.c., inteso come una forma di privilegio in negativo o antiprivilegio.

Ciò vale anche nell'ipotesi, come la presente, nella quale il credito del postergato sia assistito da garanzia ipotecaria, non potendo la prelazione alterare e sovvertire la natura postergata del credito, pena l'elusione dell'art. 2467 c.c., così che, anche qualora il credito del creditore postergato fosse assistito da una qualche forma di garanzia, compresa l'ipoteca, essa potrà avere rilievo solo nell'ambito del concorso tra più creditori postergati (cfr Tribunale di Verona, 22.11.2013 sent. n. 93).

Il fatto anzi che Banca Popolare di Vicenza abbia preteso una garanzia ipotecaria sui mutui concessi lascia ancor più presumere come la stessa ben fosse a conoscenza della situazione di squilibrio in cui versava la società.

Così che, venendo al caso di specie, non solo Banca Popolare di Vicenza non è stata inserita in apposita classe di chirografari, ma ad essa è stata addirittura accordato interamente il privilegio ipotecario, sicché la proposta deve dirsi inammissibile, giusto orientamento giurisprudenziale dianzi descritto.

E quand'anche volesse accedersi ad un'interpretazione molto liberale che, valorizzando al massimo il principio autonomistico e la portata dell'assenso e dell'adesione del ceto creditorio alla proposta, ritenga quest'ultima ammissibile, pur quando non rispetti la postergazione, equiparando il trattamento del creditore postergato rispetto al creditore chirografario ordinario, o, addirittura, riconosca al postergato la prelazione derivante dall'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento contestato, non potrebbe non rilevarsi l'inesorabile posizione di conflitto di interessi in cui verrebbe a trovarsi proprio Banca Popolare di Vicenza, con riferimento al voto adesivo espresso rispetto ad una proposta che prevede a proprio vantaggio l'aterazione del grado di soddisfazione del proprio credito.

Così che, trattandosi di voto determinante, (circa 850.000,00 euro falcidiati su un ammontare complessivo dei chirografari di circa euro 2.800.000,00), pesando per il 25%, ed essendo la proposta passata col 52% dei voti favorevoli, ne consegue che, eliminato il voto espresso in conflitto di interessi, la proposta risulterebbe respinta, con prevalenza dei voti contrari.

Anche per tale ragione dunque la proposta di concordato risulta inammissibile e il decreto di ammissione va revocato.

Alla declaratoria di inammissibilità e alla revoca del decreto di ammissione, consegue la declaratoria di fallimento, essendo lo stesso stato richiesto tanto dal creditore Fall. Egalo, quanto dal P.M.

Circa il Curatore, il collegio, rilevato che la Camera dei Deputati ha già deliberato di non procedere all'esame del D.L. 83/2015 e ritenuto opportuno non disperdere il patrimonio di conoscenze del C.G., ritiene di dover nominare Curatore il Dott. Marco Grassetto.

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Vicenza, in composizione collegiale, ogni diversa istanza, eccezione e conclusione disattesi:

Revoca il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo proposto da Magazzini Generali Merci e Derrate Spa emesso il 30.10.2014;

Dichiara il fallimento di MAGAZZINI GENERALI MERCI E DERRATE S.P.A., in persona del l.r.p.t., con sede in \_\_\_\_\_, Via \_\_\_\_\_, P.Iva \_\_\_\_\_;

Ordina al legale rappresentante della società fallita il deposito, entro 3 giorni, nella Cancelleria di questo Tribunale, dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie e dell'elenco dei creditori;

Nomina giudice delegato per la relativa procedura relativa il dott. Giulio Borella;

Nomina curatore il Dott. Marco Grassetto di Vicenza; *1/role Sans'Apollonia n 134*

Fissa per il giorno 18.10.2015 ad ore 12,00, l'udienza in cui si procederà all'esame dello stato passivo avanti al giudice delegato, nella sede di questo Tribunale;

Assegna ai creditori e ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso della società fallita il termine perentorio di giorni 30 prima dell'adunanza per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione;

Ordina al curatore di apporre i sigilli e, successivamente, di redigere l'inventario ex art. 87 L.F., nonché di predisporre, entro 60 giorni da tale redazione, il programma di liquidazione;

Dispone che il curatore predisponga il progetto di stato passivo e lo depositi nella cancelleria del tribunale almeno 15 giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo;

Ricorda al fallito che, ai sensi dell'art. 48 l. fall., la corrispondenza, inclusa quella elettronica, diretta al fallito va consegnata al curatore, esclusa quella estranea ai rapporti compresi nel fallimento, ove il fallito sia persona fisica;

Ricorda altresì che il fallito, gli amministratori e i liquidatori sono tenuti a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio;

Ordina che vengano poste a carico della procedura, con prenotazione a debito ai sensi dell' art. 146 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, le spese relative a registrazione, notificazione, contributo unificato e pubblicazione della sentenza;

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 17 l. fall.

Vicenza, 03.07.2015

L'Estensore

Il Presidente

IL CANCELLIERE

Antonio CARLI



DEPOSITATA IN CANCELLERIA il

13 LUG 2015

IL CANCELLIERE

Antonio CARLI