

Tribunale di Monza, 15 gennaio 2013. Pres. Buratti, est. Cinzia Fallo.

omissis

premesso in fatto che:

con ricorso depositato in data 5 giugno 2012 la società EL. I. S. R. L. in liquidazione volontaria aveva proposto domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, offrendo ai propri creditori un piano che prevedeva – mediante la liquidazione dei beni aziendali di proprietà, l'incasso dei consistenti crediti sociali e, per il differenziale sino ad arrivare alla remunerazione dei creditori secondo le percentuali offerte, l'apporto di un bene immobile da parte del Sig. D. S., genero del socio di maggioranza della controllante MD., nonché già Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società, M. M. P.; il cespite immobiliare consiste in un appartamento, sito in Comune di Lazzate, via Roma, n. 24 oggetto di conferimento in un trust (istituito in data 6. 06. 2012) avente quali beneficiari la massa dei creditori del concordato preventivo El. Impianti Integrati S. r. l.; l'immobile era stato valutato dal perito nominato dalla ricorrente in Euro 151. 200 - il pagamento integrale dei crediti prededucibili e delle spese di giustizia, nonché l'appostazione al valore nominale dei fondi rischi; il pagamento integrale dei creditori muniti del privilegio generale mobiliare e del privilegio speciale – ove sussistenti nel patrimonio dell'impresa i beni su cui grava detto privilegio – con degradazione al chirografo (ed inserimento nella stessa classe dei fornitori) dei crediti aventi privilegio speciale per rivalsa IVA, gravante sui beni che, nella specie, non sussistono nel patrimonio dell'impresa ed il pagamento dei creditori chirografari suddivisi in tre classi, da pagarsi secondo le seguenti percentuali:

Classe prima (fornitori) nella misura del 10%;
Classe seconda (istituti di credito privi di garanzie collaterali) : nella misura del 7%;
Classe terza (istituti di credito con garanzie collaterali) : nella misura del 6, 134%.
La società ha precisato che la proposta di concordato era assimilabile alla figura del concordato preventivo "misto", ove alla cessione di tutti i beni del patrimonio dell'imprenditore si aggiunge un intervento

additivo da parte di un soggetto interessato al buon esito della procedura;
che tale intervento non rivestiva natura di garanzia delle passività concordatarie, ma costituiva un ulteriore apporto offerto ai creditori al fine di raggiungere le percentuali concordatarie proposte;
in particolare, la proponente ha chiarito che il titolo dell'impegno assunto in tal senso dal Sig. D. S. "...non è di natura gratuita, ma deve qualificarsi – in principalità – quale risarcimento dell'eventuale azione di responsabilità spettante alla società – ai sensi dell'art. 2467 cod. civ – ed ai creditori sociali" (cfr. pag. 24 ricorso); in altre parole il Sig. D. S., genero del Sig. M. M. P. (già Presidente del Consiglio di Amministrazione ed amministratore delegato di El.) e della Sig. ra Pi. B. (già Consigliere) , essendo venuto a conoscenza che, dall'esame dei bilanci e della contabilità di El. in liquidazione volontaria, sono emersi dei profili che potrebbero astrattamente fondare un'azione di responsabilità della società nei confronti degli organi amministrativi della stessa e, se del caso, dei procuratori (Silvia Sofia P., moglie dello S.) pur contestando ogni eventuale profilo di responsabilità, ha espresso la volontà di contribuire al piano di risanamento volto a consentire il buon esito del concordato preventivo, subordinatamente alle seguenti condizioni:

- 1) omologa del Concordato Preventivo di El. entro 18 mesi dalla data di istituzione del Trust;
- 2) l'apporto che sarà devoluto a favore della Società sia imputato a soddisfazione del credito risarcitorio, derivante dall'applicazione del combinato disposto degli artt. 2476 cod. civ. e, ove applicabili, degli artt. 2392, 2934 e 2394 bis cod. civ.; solo in via subordinata- ove tale responsabilità non fosse ritenuta sussistente o lo fosse in misura ridotta – il titolo dell'apporto sarà di natura gratuita, dipendente dalla qualità di genero del socio di riferimento della controllante MD., e destinato al solo buon esito del concordato preventivo;
- 3) con l'approvazione del concordato preventivo da parte della maggioranza dei creditori e con l'omologa da parte del Tribunale si abbia per autorizzata e definita una transazione generale tra El., da un lato, e i

signori M. M. P., Pi. B. e Silvia Sofia P., dall'altro, per quanto concerne l'azione di responsabilità sociale che limiti all'apporto aggiuntivo offerto dal Sig. S. (e quindi, al controvalore economico dell'immobile devoluto ai creditori) ogni loro obbligazione che dovesse sorgere in virtù dell'azione di responsabilità ipotizzata;

4) con l'approvazione del concordato preventivo si abbia per definita transattivamente ogni pretesa dei singoli creditori favorevoli al concordato per quanto concerne l'eventuale azione del singolo creditore nei confronti di M. M. P., Pi. B. e Silvia Sofia P., a fronte dell'importo additivo offerto dal Sig. D. S. per il raggiungimento delle percentuali concordatarie.

In particolare, la proposta era la seguente: a fronte di un attivo realizzabile dalla liquidazione pari a complessivi euro 3. 448. 810, 55, Euro 587. 663, 13 erano da destinare ai crediti in prededuzione; Euro 1. 933. 966, 38, da destinare al soddisfacimento dei creditori privilegiati nella misura del 100%, (di cui Euro 25. 528, 10, relativi al margine negativo generato durante la temporanea prosecuzione dell'attività aziendale nei tre mesi successivi alla data di riferimento del 29 febbraio 2012, somma imputata ad incremento dell'esposizione privilegiata ed inserita per pari importo in apposita voce previsionale dello schema finale del concordato preventivo, per un importo finale pari ad Euro 1. 908. 438, 28); Euro 927. 181, 04 da destinare al pagamento dei creditori chirografari, da cui devono essere detratti Euro 463, 335, 99 a titolo di accantonamento da destinare al pagamento dei fondi privilegiati, per un totale di attivo disponibile per il chirografo pari ad Euro 463. 845, 05, da suddividere nelle tre classi, in misura differenziata prevista per ciascuna classe, e così Euro 262. 910, 85 alla classe I (10%) , Euro 77. 926, 98 alla classe II (7%) ed Euro 123. 007, 22 alla classe III (6, 134%) , (cfr. pag. 53, 54 e 55 ricorso);

Inoltre, nella domanda veniva evidenziato che nell'attivo sono stati inseriti crediti di natura finanziaria e commerciale vantati da El. verso la propria controllante MD. e verso la controllata CD. (per il 30% del capitale sociale, prima della cessione della partecipazione) che

hanno costituito oggetto di due distinte transazioni (cfr. pag. 40 e ss) .

Specificamente, la prima, sottoscritta in data 31 maggio 2012 e subordinata alla condizione sospensiva dell'omologazione del concordato preventivo, per la definizione a saldo e stralcio del credito infragruppo vantato da El. nei confronti di MD., pari ad Euro 740. 606, 42, in misura pari al 70% del totale dovuto e, quindi, per il minor importo di Euro 518. 424, 49, con pagamento entro la data del 30 giugno 2015 (data prossima a quella prevista per la chiusura della procedura, la cui durata è stimata in 40 mesi dal deposito della domanda) , con concessione da parte di MD., a garanzia del pagamento della minor somma concordata, di garanzie ipotecarie sui propri beni immobili, nonché la rinuncia di MD., nella sua qualità di fideiussore, all'azione di regresso contro El. per tutte le somme che fosse costretta o indotta a pagare alle Banche creditrici di El. in virtù dell'escussione delle fideiussioni stesse, concesse a garanzia di un'esposizione complessiva pari ad Euro 8. 195, 10 verso il Banco di Desio e ad Euro 168. 751, 40 verso la Banca di Legnano (cfr. doc. 23) .

Con la seconda scrittura di transazione, sottoscritta in data 31 maggio 2012 tra El., quale creditrice, CD., quale debitrice e MD., quale accollante, le parti hanno previsto, sempre subordinatamente alla condizione sospensiva dell'omologazione del concordato preventivo: a) la definizione a saldo e stralcio del credito vantato da El. nei confronti della ex controllata CD., pari ad Euro 282. 371, 20, in misura pari al 65 % del totale dovuto, e, quindi, per il minor importo di Euro 183. 541, 28, senza che siano riconosciuti interessi di sorta sulla dilazione; 2) l'accollo, da parte di MD., del debito di CD. nei confronti di El., nella misura derivante dalla transazione suindicata, con dilazione del pagamento entro la data del 30 giugno 2015; 3) accettazione e adesione, da parte di El., all'accollo sopra indicato, con dichiarazione espressa di liberazione del debitore CD. (mentre quest'ultima resterà obbligata, in via di regresso, nei confronti di MD. per l'importo accollato); 4) la concessione da parte di MD. di garanzie ipotecarie sui propri beni immobili (i medesimi cespiti già offerti in garanzia a El. per il credito diretto

verso MD.) , a garanzia del pagamento dell'importo indicato (cfr. doc. 25); Con decreto in data 17 luglio 2012, il Tribunale - pur consapevole che il piano conteneva elementi di incertezza e criticità, collegati perlopiù alla convenienza ed opportunità delle transazioni sottoscritte con MD. e CD. - dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo, ritenendola, comunque, maggiormente tutelante per i creditori, alla luce della situazione rappresentata, con particolare riguardo, al mancato apporto alla procedura delle risorse eventualmente ritraibili dalla vendita dell'immobile del Sig. S. ed al beneficio prospettato dalle transazioni sottoscritte dalle società; in tal senso veniva precisato come la documentazione prodotta consentisse, sia pure a grandi linee, di rinvenire nella proposta la sussistenza di un piano diretto a soddisfare i creditori, lasciando l'esame della concreta fattibilità ad un successivo e necessario approfondimento da parte del commissario.

Nel decreto veniva designato il Giudice Delegato e nominato il Commissario nella persona della Dott. ssa Si. Br., fissando la convocazione dei creditori per il giorno 13 novembre 2012.

A seguito delle ricostruzioni contabili, della valutazione degli assets aziendali e del compendio immobiliare, effettuate dal commissario e da un perito nominato dalla procedura per la determinazione del valore dell'immobile, nonché degli accertamenti svolti, il commissario ha depositato, in data 7 novembre 2012, relazione ex art. 172 l. f. individuando alcuni elementi di criticità, così riassumibili: a) in primo luogo, sono stati individuati atti di mala gestio ed il mancato ricorso ad una procedura concorsuale già a partire dall'anno 2009, condotte imputabili agli amministratori sociali e tali da determinare un danno corrispondente alla riduzione che ha subito il Patrimonio netto nel periodo 2009-2011 (euro 3. 223. 748, 00) in relazione al quale l'apporto del Sig. S. risulta alquanto modesto, ferma, in ogni caso, l'aleatorietà insita in qualsivoglia giudizio e la constatata assenza di beni in capo alla Sig. Silvia P., la presenza di ipoteche giudiziali e pignoramenti sui beni del Sig. M. M. P. per rilevanti importi, tali da elidere, pur in assenza

di stime del valore economico degli stessi, qualsivoglia aspettativa di recupero; per quanto concerne la controllante MD., posto che i beni aggredibili sono quelli concessi in garanzia, in caso di omologazione del concordato, non vi sarebbero risvolti diversi rispetto all'esecuzione nel concordato stesso; b) altro nodo critico valorizzato dal Commissario inerisce il valore realizzabile dalle attività stimato in una percentuale di pagamento a favore della massa creditoria pari al 6, 11%, quindi, in un minor valore rispetto a quello indicato in domanda, pari alla percentuale dell'8, 20% ipotizzata dalla società ricorrente; ciò implica che il piano concordatario dovrebbe prevedere un ulteriore apporto esterno di Euro 127. 014, 65 per consentire la realizzazione delle percentuali offerte.

Ciò precisato, il commissario, tuttavia, pur esprimendo perplessità sulla fattibilità del piano concordatario, ha concluso, comunque, nel senso di ritenere più conveniente la procedura di concordato preventivo rispetto a quella fallimentare considerato che il fallimento comporterebbe “. . il venire meno dell'apporto del Sig. S.; la transazione con MD. Group Srl in base alla quale viene sostituito ad un debitore (CD.) che si può fondatamente presumere come insolvente un altro debitore a sua volta insolvente, ma patrimonializzato; verrebbe meno la possibilità di convertire il credito a saldo e stralcio derivante dai due accordi transattivi, da chirografario in prelatizio, a seguito di iscrizioni di ipoteche volontarie sugli immobili di proprietà di MD.; un'eventuale azione di responsabilità per mala gestio nei confronti degli amministratori potrebbe anche concludersi senza alcun vantaggio per i creditori sociali alla luce delle analisi patrimoniali effettuate sugli amministratori, il procuratore e la società capogruppo MD.” (cfr. par. 6 e 7 relazione commissario) ed ha conseguentemente ritenuto più conveniente la procedura di concordato preventivo rispetto all'alternativa fallimentare.

In data 13 novembre 2012 si teneva l'adunanza dei creditori, ove non veniva raggiunta la maggioranza dei voti favorevoli richiesta dalla legge e, pertanto, si prolungavano le formalità nei venti giorni successivi.

Tuttavia, neppure allo scadere di tale termine venivano raggiunte le maggioranze di cui agli artt. 177 e 178 l. F. , in quanto, nella fattispecie, non è stata raggiunta, trattandosi di concordato con tre classi, la maggioranza dei creditori ammessi al voto in due delle tre classi, né la maggioranza numerica del totale dei crediti ammessi al voto.

Il Tribunale, pertanto, ha provveduto a norma degli artt. 179 e 162 L. F. ad integrare il contraddittorio in ordine all'insussistenza dei presupposti di ammissibilità della proposta concordataria, ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 162, 2° comma, L. F. , fissando udienza avanti il Collegio, con decreto in data 11 dicembre 2012, per l'audizione del debitore, in vista della declaratoria di inammissibilità della proposta di concordato e dell'eventuale dichiarazione di fallimento.

All'udienza del 15 gennaio 2013, presente il Commissario, la società ricorrente, tramite il procuratore costituito, ha chiesto termine, ex art. 161, comma 6, L. F. per presentare domanda di concordato "con riserva" il cui contenuto dovrebbe prevedere, quale ulteriore apporto, tre partecipazioni societarie in società immobiliari.

Il Pubblico Ministero ha concluso per la declaratoria di fallimento.

IN DIRITTO

Occorre rilevare che il mancato raggiungimento delle maggioranze previste dagli artt. 177 e 178 L. F. è idoneo a determinare l'improcedibilità della domanda di concordato preventivo già ammessa, con conseguente necessità di declaratoria della stessa, con decreto non soggetto a reclamo, come espressamente stabilito dall'art. 162, 2° comma, L. F. , richiamato dall'art. 179 L. F. .

Deve conseguentemente procedersi alla dichiarazione di improcedibilità della proposta di concordato preventivo in oggetto, che comporta la chiusura della procedura e la cessazione degli effetti del decreto di ammissione.

Per quanto concerne la richiesta di termine formulata avanti il Collegio dal difensore della società ricorrente, al fine di presentare esplicitamente ai sensi dell'art. 161 co. 6 L. F. , introdotto dal D. l. n. 83/12, nuova domanda di

concordato "con riserva" di presentare successivamente la proposta ed il piano, si osserva.

Invero, nella specie appare che la richiesta di termine per presentare domanda di pre-concordato, contestualmente all'udienza collegiale fissata per l'eventuale declaratoria di inammissibilità della originaria domanda di concordato e nella quale il debitore è stato convocato per rendere conto dei profili di inammissibilità (eventualmente modificando la proposta) e per l'eventuale e conseguente declaratoria di fallimento, integri uno sviamento dell'iter processuale idoneo a paralizzare ad libitum, in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto, un eventuale istanza di fallimento del creditore, con conseguente ingiustificato pregiudizio della massa creditoria.

In particolare, nella fattispecie, occorre precisare che la domanda di concordato iniziale è stata presentata nel periodo antecedente all'entrata in vigore del D. L. 83/2012 (cd. Decreto Sviluppo) - entrato in vigore il 26 giugno e convertito successivamente nella L. 134/2012 e che ha introdotto rilevanti novità nella disciplina del concordato preventivo, tra cui la possibilità per il debitore di presentare la domanda di ammissione "con riserva" di depositare successivamente il piano e la proposta.

Non si può, dunque, non evidenziare come il debitore proponente, nel periodo intermedio, fosse soggetto alla regola per cui poteva modificare la domanda sino al giorno della votazione; ne consegue che, qualora, in virtù della scelta operata dai creditori in sede di votazione, la domanda di concordato ammessa sia stata respinta per mancato raggiungimento delle maggioranze, la richiesta del proponente la domanda di concordato originaria, respinta, effettuata, solo, in sede di 179 L. F. di un termine per presentare domanda di concordato "con riserva" configuri un ipotesi di abuso dell'istituto, perché esprime una sorta di "ius poenitendi" tardivo del debitore, che ben avrebbe potuto, nel tempo a sua disposizione sino al momento del voto, implementare l'offerta ai creditori e che, invece, si è determinato ad una simile scelta solo nel

momento in cui la votazione non ha avuto l'esito sperato.

Un comportamento di tal genere, riferito ad una domanda di concordato presentata nel periodo in cui non era stata ancora prevista la possibilità di presentazione della domanda "con riserva", con l'innesto della procedura di cui all'art. 161, comma sesto, L. F. determina una fattispecie di cd. abuso del diritto, ravvisabile, secondo la ricostruzione della figura attuata attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale, in pratica, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia, conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede: ciò in quanto attua un uso distorto dello strumento pensato dal legislatore per soccorrere l'imprenditore, colto impreparato dal sopraggiungere delle azioni esecutive dei creditori.

Come conseguenza di tale eventuale abuso, l'ordinamento fissa una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti ed interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere, cioè, con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva.

Se alla stregua di quanto sopra detto, può, dunque, affermarsi che il concetto di abuso del diritto mira a sanzionare la condotta del debitore che utilizzi il proprio diritto e la facoltà riconosciutagli dal legislatore oltre ogni limite (sconfinando, pertanto, nell'abuso medesimo, come tale illegittimo,) va allora rilevato che, nella fattispecie de qua, la condotta concretamente tenuta da El. Impianti Integrati S. r. l. possa configurarsi come "abuso" dello strumento concordatario, essendosi la proponente, dopo il decorso di un non breve lasso temporale (decorrente dall'introduzione del ricorso originario) , sostanzialmente risolta a chiedere l'assegnazione di un termine per elaborare una proposta concordataria nuova, caratterizzata, peraltro, da un peculiare tempismo rispetto all'udienza fissata ex art. 162 e 179 L. F. , e tale, per i suoi contenuti di genericità (non essendosene tratteggiate neppure le linee essenziali) da poter ampiamente giustificare la conclusione che la richiesta di termine per la presentazione di una domanda di concordato "con riserva" sia stata dettata dal solo realistico

fine di bloccare le azioni esecutive dei creditori per un periodo piuttosto lungo e ritardare, in tal modo, la propria dichiarazione di fallimento.

Pertanto, appare decisamente non conforme ai principi generali del sistema, e gravemente dissonante rispetto alle finalità pubblicistiche di controllo e di trattamento concorsuale delle situazioni di insolvenza, che un debitore possa sottrarsi alla revoca della domanda ed alla dichiarazione di fallimento (nella fattispecie de qua, richiesta dal Pubblico Ministero) e beneficiare di uno spatium deliberandi, con la semplice prospettazione della volontà di proporre una nuova domanda di concordato. Conseguentemente, per quanto sopra esposto, non può essere accolta la richiesta di termine formulata avanti il Collegio.

P. Q. M.

- 1) dichiara improcedibile la domanda di concordato preventivo della società EL. I. S. R. L. , con sede legale in
 - 2) rigetta la richiesta di termine per presentare una domanda di concordato con riserva per le motivazioni sopra esposte;
 - 3) provvede in ordine alla domanda di dichiarazione di fallimento come da separata sentenza;
 - 4) stabilisce che del presente decreto sia data comunicazione, a cura della cancelleria, alla società debitrice, al Pubblico Ministero, al Commissario ed all'ufficio del Registro delle Imprese per l'annotazione.
- Così deciso in Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile del Tribunale di Monza il 15 gennaio 2013.

*