

Tribunale di Piacenza 4 dicembre 2008 – Pres. Tucci - Est. Bersani.

Concordato preventivo – Atti di frode di cui all’art. 173 legge fall. – Rilevanza ai fini dell’interruzione della procedura di concordato – Idoneità a trarre in inganno i creditori – Necessità.

Gli atti di frode che, ai sensi dell’art. 173 legge fall., possono portare alla interruzione della procedura di concordato preventivo sono solo quelli idonei a trarre in inganno i creditori e ad influenzare la manifestazione del voto. (In considerazione di questo principio, il Tribunale ha ritenuto che non comportassero l’arresto della procedura atti di frode commessi prima dell’apertura del procedimento di concordato dei quali i creditori erano stati compiutamente informati tramite la relazione del commissario giudiziale). (fb)

Sciogliendo la riserva assunta all’udienza del 17 novembre 2008° seguito dell’inizio di procedimento incidentale ex art. 173 l.f.;
sentito la relazione del Giudice delegato;
sentite le parti in camera di consiglio;
letti gli atti e la memoria del difensore della soc. ***** ammessa alla procedura di concordato preventivo;
letto l’art. 173 l.f.

rilevato che nella relazione del Commissario Giudiziale si fa presente, a pag. 33 che "... dalla data di presentazione del ricorso depositato in data 1.8.2008 e del decreto del Tribunale sono trascorsi poco meno di tre mesi, tuttavia in questo breve lasso di tempo sono intervenuti due fatti che si ritiene abbiano notevoli ripercussioni sulla realizzabilità del concordato. In via preliminare esaminiamo questi fatti: Al contratto di affitto d'azienda intervenuto tra ***** S.r.l. in liquidazione e STI S.p.a con scrittura privata autenticata registrata il 2.8.2002 a Ministero Notaio %%% è seguito un secondo accordo a definizione dei reciproci impegni in forza del quale la STI che già aveva assunto la quasi totalità dei dipendenti ***** (ad esclusione dell'ex amministratore \$\$\$ Francesco e un CO.CO.PRO sig.ra %) si è fatta carico di tutto l'ammontare dei Tfr, delle quote ROL, delle 13° mensilità naturali al 31.07.2008, acquistato altresì il magazzino per 5.000,00 (vedasi allegato). Detta operazione ha consentito l'abbattimento della quasi totalità dei costi dei dipendenti, come sarà evidenziato nel proseguo della relazione. Essendovi differenza in favore della STI di € 10.647,82 la stessa ha acconsentito a che detta somma fosse considerata quale anticipo all'offerta irrevocabile di acquisto d'azienda avanzata dalla STI per € 20.000,00, per cui qualora si perfezionasse detta cessione la ***** incasserà euro 13.352,18. Per di più la ??? S.p.a si è fatta carico degli importi relativi ai canoni d'affitto di immobile di Via * ***** per il periodo successivo al 1.8.2008. L'altro fatto nuovo è costituito dalla delibera dell'Amministrazione Provinciale di Piacenza, n. 89 del 6.10.2008, che nell'ambito di una variazione di bilancio, così come era stato anticipato dal rappresentante della Provincia, in occasione dell'assemblea dei soci, ha approvato lo stanziamento di euro 300.000,00 destinato al trasferimento alla soc. ***** (vedasi allegato). Ciò non significava che automaticamente ***** avrebbe incassato detto importo, in quanto era stato previsto che il trasferimento sarebbe stato effettuato ad acquisita definitività del decreto di omologa del concordato e l'importo non avrebbe dovuto superare il 25% della differenza tra passivo e attivo, determinato dal Commissario Giudiziale. Le risultanze della presente relazione hanno determinato in euro 300.000,00 la somma dovuta". Dato atto che a seguito di tali "fatti nuovi" è stato da un lato diminuito il passivo della procedura, dall'altro è stato considerevolmente aumentato l'attivo per circa 300.000,00 euro grazie all'apporto della Provincia di Piacenza.

Inoltre a pag. 38 della citata relazione del C.G. si evidenzia, come "... i beni strumentali, pari ad euro 12.100,00 si ritiene non possano essere considerati in quanto ad esempio gli impianti di condizionamento qualora dovessero essere tolti dall'ex sede *****, perderebbero qualsiasi valore economico, oltre a considerare che sugli stessi esiste diritto del locatore anch'esso creditore, così dicasi per gli impianti telefonici. Tuttavia detta mancata voce attiva sarà ben compensata dalla circostanza che la ***** si è impegnata al pagamento di due canoni e

all'acquisto dell'azienda. Analoga considerazione può essere fatta riguardo alle partecipazioni per euro 6.469,00".

Rilevato come nella citata relazione il C.G. sottolinei l'avvenuto accertamento di alcune condotte censurabili poste in essere dal precedente amministratore, le quali appaiono, nelle modalità con cui vengono descritte svincolate dalla proposizione del concordato e non causalmente ad esso collegabili che hanno reso necessario l'apertura del procedimento incidentale ex art. 173 l.f.

Così si esprime il C.G. "...Va poi sottolineato come alcune voci di attivo sono risultate inesistenti perché i crediti indicati erano relativi a prestazioni non ancora effettuate (in tutto o in parte) mentre erano già state fatturate, per cui si è dovuto emettere delle note di credito".

A tale prima condotta se ne aggiunge una seconda, che viene così riassunta dal C.G.: "... Infine, si ritiene di evidenziare una operazione intervenuta con la ***** per cui quest'ultima il 31.10.2006, acquistava attrezzature per circa euro 75.483,00 pagando subito una parte e differendo in rate mensili le restanti somme il giorno prima aveva affittato gli stessi macchinari a ***** con un canone di euro 6.483,00 (per un minimo di 36 mesi) ben superiore a quello del residuo prezzo e pretendendo e ottenendo altresì due fidejussioni bancarie a garanzia per circa euro 35.000,00. Nello prima stesura della domanda era stato indicato sia il credito che il debito che ***** ha compensato escutendo altresì le fidejussioni". (cfr. relazione C.G. pag. 38).

Alla luce dei rilievi mossi dal commissario giudiziale, occorre domandarsi se tali condotte integrino gli atti di frode previsti dall'art. 173 l.f. che portano all'interruzione della procedura di concordato preventivo.

Come è noto la dottrina che ha commentato la norma de quo ha sottolineato come gli atti di frode di cui all'art. 173 l.f. sono divisibili in due distinte categorie, riconducibili sostanzialmente al primo ed al secondo comma dell'art. 173 l. fall.

Analizzando la norma citata si osserva da parte del Tribunale come la stessa preveda (al primo comma) una serie di atti di frode tipizzati (la dissimulazione o l'occultamento di parte dell'attivo, l'omessa denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività inesistenti) e, con locuzione generale di chiusura, "altri atti di frode", compiuti dall'imprenditore prima dell'apertura della procedura; al secondo comma vengono previsti una serie di atti di mala gestio attuati nel corso della procedura; in entrambi i casi, all'accertamento dei medesimi il commissario deve darne immediata notizia al Tribunale perché promuova il procedimento di cui all'art. 173 l.f.

Chiude la disposizione la generale previsione - ugualmente preclusiva della prosecuzione della procedura - relativa alla mancanza, verificata in qualunque momento, delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato".

Com'è noto, la norma non è stata oggetto di alcuna modifica a seguito degli interventi innovatori che hanno riguardato il concordato preventivo, ed anzi con il D.Lgs. n. 169/07 tale norma ha trovato esplicita conferma.

Va peraltro evidenziato che occorre coordinare la norma con l'accentuazione della natura contrattuale dell'istituto concordatario ed in particolare si deve considerare che se in passato la norma aveva la funzione di sanzionare il "disvalore" di taluni comportamenti del debitore che lo rendevano immeritevole del beneficio concordatario, attualmente il criterio determinante (eliminato ogni riferimento alla correttezza contabile ed alla meritevolezza comportamentale) deve essere visto alla luce della richiesta adeguatezza del piano di soluzione della crisi e della valutazione positiva di esso da parte dei creditori.

In tale prospettiva interpretativa si è pertanto affermato in dottrina che "...il concetto di frode dovrebbe essere anch'esso riferito non più ad una valutazione "personale" del comportamento pregresso del debitore bensì ad una verifica specifica dell'influenza negativa di taluni comportamenti sulla serietà dell'approccio alla procedura concorsuale, nonché circa il compimento di atti in pregiudizio dei creditori".

Tale soluzione era già stata proposta anche nella vigenza del previgente concordato preventivo evidenziando come tra i comportamenti in frode previsti dal primo comma dell'art. 173 l. f. andavano in primis ricompresi gli atti volti ad ottenere l'ammissione alla procedura, senza che ne sussistessero i presupposti, ovvero "creando" artatamente condizioni più favorevoli per il debitore, o comunque come comportamenti anteriori alla domanda di concordato preordinati a pregiudicare il soddisfo dei creditori, con esclusione, ad esempio, della rilevanza di mere violazioni della par condicio.

Nel caso di specie - ad avviso del Collegio - sono stati indubbiamente commessi atti che - nella descrizione fornita dal commissario giudiziale a pag. 38 e confermata nel corso dell'udienza del 19 novembre 2008 - integrano da un punto di vista oggettivo gli "altri atti di

frode" di cui all'art. 173 primo comma l.f.

Occorre tuttavia verificare se tali condotte debbano necessariamente portare all'interruzione della procedura di concordato preventivo.

Tale locuzione è stata riferita in dottrina ed in giurisprudenza a fatti di bancarotta sanzionati penalmente (art. 216 e quindi in primo luogo a fatti di distrazione patrimoniale; in tal senso cfr. Cass. 2250/85, che ha riconosciuto rilevanza ex art. 173 l.f. alla sottrazione di denaro anteriore all'apertura della procedura).

Dopo la novella del 2005, è stato riproposto in dottrina il problema se il comma 1 dell'art. 173 sanziona esclusivamente il compimento di atti "di frode" solo quando gli stessi siano finalizzati all'ammissione al concordato preventivo attraverso una falsa rappresentazione documentale della realtà patrimoniale del debitore ovvero sanzioni direttamente anche il compimento di atti distrattivi commessi indipendentemente e per finalità diverse (ad esempio di lucro in favore di colui che li commette) dalla ammissione alla procedura di concordato.

In dottrina è stato recentemente sostenuto che alla luce di una interpretazione consensualistica e contrattualistica dell'istituto concordatario, si può affermare che l'art. 173 l. fall. valga tuttora a sanzionare quelle situazioni in cui il comportamento doloso pregiudichi la stessa formazione di un consenso non "viziato" ovvero siano tali da inficiare direttamente le aspettative di soddisfo dei creditori.

In tale prospettiva interpretativa si è posto l'accento sul fatto che la norma di riferimento richieda espressamente che i comportamenti del debitore siano scientemente ispirati ad una finalità "frodatoria"; e tale finalità non può che avere come destinatari i creditori del concordato preventivo

Tale soluzione troverebbe conferma nel fatto che anche il capoverso della norma, nel sanzionare il compimento di atti non autorizzati a norma dell'art. 167 l. fall., appare ispirato alle stesse esigenze di tutela del ceto creditorio, tant'è che nella vigenza del "vecchio" art. 173 l.f. alla tesi che sosteneva l'automaticità del fallimento (cfr. Provinciali, Trattato di diritto fallimentare, Milano, 1974, 2253; Satta, Diritto fallimentare, Padova, 1996, 460), si opponeva l'opinione di chi riteneva che fossero così sanzionati solo quegli atti che mettessero a rischio la convenienza del concordato (Cass., 23 giugno 1988, n. 4278, in Foro it., 1989, I, 1178; Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, in Dir. fall., 1982, II, 1558).

Ad avviso del Tribunale entrambe le soluzioni prospettate, in presenza di un dato normativo che si pone in contrasto con quella che è "la filosofia di base" del nuovo concordato preventivo, possono trovare fondamento giuridico.

La seconda soluzione appare maggiormente rigorosa e caratterizzata da una "presenza pubblicistica", in quanto se è ben vero che il concordato preventivo non prevede più fra i presupposti la c.d. meritevolezza, il cui giudizio non viene più eseguito, è altrettanto vero che non possono essere posti nel nulla - mediante l'ammissione alla procedura - gli eventuali reati compiuti dall'imprenditore che hanno intaccato e possono continuare a depauperare il patrimonio ai sensi dell'art. 2740 c.c.

A questo proposito in dottrina - suppur nella vigenza della pregressa fattispecie - si è affermato che nell'ambito di operatività dell'art. 173 l.f. devono essere ricomprese tutte le condotte sanzionate dagli artt. 216 e 2361.f. sottolineando come "eventuali sottrazioni di denaro piuttosto che occultamenti o distruzioni di beni aziendali da parte del debitore, ancorché avvenute prima della presentazione del ricorso, al pari di ogni altro atto consapevolmente dannoso per i creditori - incluse le false comunicazioni sociali -, paiono doversi considerare come altrettante cause di arresto della procedura".

Tuttavia si ritiene che al fine di giungere ad una corretta interpretazione della norma non si possa prescindere da una valutazione sistematica delle diverse condotte enucleate.

Nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che possano essere valutate condotte poste in essere precedentemente la presentazione del concordato preventivo: a tale conclusione si giunge in quanto il terzo comma dell'art. 173 l.f. disciplina espressamente le condotte che possono portare all'arresto della procedura se commesse dopo l'ammissione, con ciò delineando l'ambito di operatività temporale del primo comma.

A tale assorbente considerazione si aggiunga che, - come esemplificato in dottrina - ragionando diversamente, e quindi attribuendo rilievo ai soli atti distrattivi successivi alla domanda "basterebbe sottrarre la cassa il giorno prima del deposito del ricorso per sfuggire all'applicazione della norma".

Rimane peraltro insoluto il problema se anche nell'ambito delle condotte di "frode" commesse prima della presentazione del concordato debbano essere ricomprese solo quelle finalizzate a frodare i creditori o quelle frodatorie in genere.

La giurisprudenza formatasi nella vigenza della nuova fattispecie ha precisato che "Il debitore

che chiede di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo e rappresenta ai creditori un attivo diverso e significativamente superiore a quello effettivamente a disposizione della procedura, compie un atto fraudolento, assimilabile ad un atto di sottrazione o dissimulazione dell’attivo, in quanto vizia geneticamente l’accordo che sorregge il concordato, che può costituire presupposto per l’annullamento del concordato. (cfr. Tribunale Mantova 18 settembre 2008).

Secondo altra giurisprudenza “ ... integra la fattispecie della dissimulazione dell’attivo e giustifica pertanto l’arresto della procedura di concordato preventivo ai sensi dell’art. 173 legge fallim. il fatto che la proposta contenga una ingiustificata svalutazione di un credito di rilevante entità (in teoria azionabile nella sua interezza una volta approvato il concordato) nonché la presenza di un diritto di opzione a favore dell’affittuaria dell’azienda tale da ostacolare il trasferimento delle azioni all’assuntore” (cfr. Tribunale Milano 28 aprile 2008).

Da tali pronunce si intravede come necessaria una correlazione fra i fatti di frode e la domanda di concordato, rendendo irrilevanti, ai fini della revoca ex art. 173 l.f., le condotte che siano privi della fraudolenza finalizzata ad incidere sul voto dei creditori e quindi ad una irregolare formazione delle maggioranze.

In favore di una residua “natura pubblicistica” che caratterizza il controllo del Tribunale si è pronunciato il Tribunale di Milano, osservando come “L’arresto della procedura di concordato preventivo, in conseguenza dell’accertamento di fatti rilevanti ai sensi dell’art. 173 l. fall., può avvenire in qualunque momento e quindi anche nel corso del procedimento di omologazione, senza che il potere del tribunale incontri un limite nel voto favorevole della maggioranza dei creditori, giacché la norma mira a soddisfare esigenze di carattere pubblicistico ed a garantire sia la correttezza delle informazioni fornite ai creditori sia della condotta tenuta dall’imprenditore in esecuzione del piano, nonché ad evitare un uso distorto ed egoistico della procedura concorsuale, assicurando che siano repressi e sanzionate condotte fraudolentemente lesive dell’interesse dei creditori. La funzione sanzionatoria della norma di cui all’art. 173, ult. comma l. fall. e la gravità delle conseguenze che ne derivano ne consentono l’applicazione solo nel caso in cui la condotta fraudolenta dell’imprenditore si possa ritenere positivamente accertata, anche in via presuntiva, purché nei limiti dell’art. 2729 cod. civ.”. Peraltro – anche in tale pronuncia – il Tribunale milanese pare sottolineare la necessità che gli atti di frode siano strumentali alla proposizione del concordato e non del tutto avulsi dal medesimo, sottolineando come “... l’accertamento del tribunale in ordine alla fattibilità del piano presentato in sede di concordato preventivo ed alla possibile incidenza di sopravvenienze passive e di fatti nuovi deve essere condotta tenuto conto delle situazioni rappresentate ed illustrate dal commissario ai creditori in adunanza, dovendosi ritenere che detti creditori, proprio perché approfonditamente informati dell’incertezza dei possibili esiti della liquidazione, ne abbiano accettato il rischio, perlomeno nei limiti tracciati dalle previsioni e valutazioni effettuate dalla società ricorrente e dal commissario giudiziale. (cfr. Tribunale Milano 25 ottobre 2007).

Tale ultima soluzione, anche alla luce dei principi generali posti alla base della “nuova” formulazione del concordato preventivo e della sua natura patrizia o se si preferisce “contrattualistica”, appare preferibile, con la conseguenza che devono ritenersi rilevanti, ai fini dell’interruzione della procedura di concordato solo quegli atti aventi genericamente natura frodatoria finalizzati a trarre in inganno il ceto creditorio.

Applicando tali principi al caso concreto e ritenuto che da parte della soc. ***** non è stato dolosamente occultato parte dell’attivo, ne’ aumentato dolosamente il passivo, ci si deve chiedere se il comportamento attribuito ai suoi amministratori – ed in particolare le operazioni descritte dal C.G. a pag. 38 della relazione più volte citata - possa essere inquadrato negli «altri atti di frode» che ugualmente conducono all’arresto della procedura.

Va premesso che tali condotte sono state segnalate tempestivamente al C.G. da parte degli stessi liquidatori ed il commissario ha proceduto ad indicarle nella relazione; tali circostanze consentono di ritenere superato da un lato il problema della valutazione della fondatezza delle contestazioni, (essendone stato preventivamente previsto e quindi neutralizzato l’effetto sul fabbisogno concordatario), dall’altro di risolvere in senso positivo (circa la prosecuzione della procedura) il problema delle rilevanza di tali condotte.

Se infatti non risulta provato che tali condotte fossero finalizzate a trarre in inganno i creditori, essendo state realizzate ben prima della proposizione del concordato preventivo, è peraltro evidente, alla luce di quanto sopra evidenziato, come tali condotte non abbiano sicuramente inciso sul voto dei creditori, trattandosi di fatti e circostanze loro tempestivamente comunicati, mediante la relazione del C.G. prima del voto.

Si deve, pertanto escludere che tali eventi abbiano influito sulla piena consapevolezza del loro

voto, per cui può dirsi che gli stessi abbiano espresso un consenso pienamente informato.

Non può pertanto affermarsi che da parte degli amministratori della soc. ***** – pur dando atto da parte del Tribunale della commissione di condotte censurabili - si sia venuti meno all’obbligo di trasparenza e correttezza che deve informare la condotta anche nel corso della procedura, fino all’omologa.

Va da ultimo evidenziato come il concordato sia, in ogni caso più conveniente per i creditori rispetto al fallimento, in quanto in caso di omologa, come ricordato dal C.G. la Provincia di **** ha stanziato la considerevole somma di euro 300.000,00 in favore della procedura.

Peraltro, anche se non incidenti sul concordato ai sensi dell’art. 173 l.f., tali condotte devono essere poste all’attenzione del titolare della Pubblica accusa, per le valutazioni di competenza.

P.Q.M.

Dispone

che si prosegua nella procedura di concordato preventivo dichiarando chiusa la fase incidentale ex art. 173 l.f.

Ordina

la trasmissione di copia della relazione del C.G. e del verbale dell’udienza in c.c. a seguito di procedura ex art. 173 l.f. al Pubblico Ministero in sede per le deliberazioni di competenza

Piacenza, 4 dicembre 2008

Il Presidente

Il G.D.