

Tribunale di Terni, 18 luglio 2012. Presidente Lanzellotto, estensore Paola Vella.

Contemporanea pendenza dei procedimenti per dichiarazione di fallimento e per concordato preventivo - Rapporti e interferenze - Preferenza della procedura concordataria - Condizioni - Limiti - Criteri.

In tema di rapporti e interferenze tra procedimento per dichiarazione di fallimento e domanda di ammissione a concordato preventivo, sulla scorta della più recente elaborazione giurisprudenziale, sembra doversi affermare che il tribunale possa precludere al debitore la facoltà (ampiamente riconosciuta ed oggi anzi incentivata dall'ordinamento) di coltivare la prospettiva concordataria, dando invece la precedenza -accogliendola- all'istanza di fallimento proposta dal creditore (o dal p.m.), solo laddove la domanda di ammissione a concordato preventivo: a) non sia rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e 161, legge fallimentare; b) ovvero configuri una evidente forma di abuso dello strumento concordatario, anche attraverso condotte penalmente sanzionabili (ad es. bancarotta fraudolenta per distrazione, ex art. 216 n. 1, legge fallimentare, ovvero bancarotta semplice ex art. 217 nn. 3 e 4, legge fallimentare, per aver compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, ovvero aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento); c) ovvero pregiudichi definitivamente, e in concreto, una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori (ad es., per il consolidamento di un'ipoteca, o la prescrizione di possibili azioni di massa esperibili dal curatore, che venissero medio tempore a maturare). Non pare, invece, che il dato processuale della contemporanea pendenza dei due procedimenti consenta una dilatazione degli ordinari poteri di controllo del tribunale, in particolare quanto a fattibilità della proposta concordataria, né, tantomeno, una riesumazione dei poteri giudiziali di vaglio della meritevolezza e convenienza del concordato, secondo la originaria formulazione dell'art. 162, legge fallimentare.

Omissis

DECRETO

Premesso:

- che in data 1.3.2012 la società DC. s.r.l. ha presentato ricorso per dichiarazione di fallimento della società BC. s.p.a. (n. 23/12 RIF) per un credito scaduto di € 189.131,59 (e a scadere di ulteriori € 161.734,75), portato non da titolo giudiziale, ma da semplici fatture e relativi d.d.t.;

- che all'udienza del 16.4.2012 la BC. s.p.a. si è costituita chiedendo termine per il deposito di una "domanda di concordato preventivo di risanamento, finalizzato alla salvaguardia dei valori aziendali e dei dipendenti e operai impiegati presso la società debitrice";

- che la società ricorrente non si è opposta alla concessione di un rinvio contenuto nei dieci giorni;

- che alla successiva udienza del 26.4.2012 la società resistente ha dimostrato di aver contestualmente provveduto al deposito del ricorso ex art. 160 L.Fall., in ordine al quale il G.D. ha concesso termine alla ricorrente, per esame ed osservazioni, e alla resistente, per successive repliche;

- che, in effetti, in data 26.4.2012 la società "B-C. SPA" con sede in omissis ha proposto ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (n. 4/12 RCP), sulla quale il P.M. in sede ha espresso parere favorevole in data 2.5.2012;

- che in data 11.5.2012 la DC. s.r.l. ha depositato, nell'ambito del procedimento prefallimentare, osservazioni critiche sulla domanda di concordato preventivo ed ha insistito per la declaratoria di fallimento, ritenendola più vantaggiosa per la massa dei creditori, in subordine sollecitando approfondimenti del tribunale ai sensi dell'art. 162 co. 1 L.Fall., con facoltà di interloquire anche in quel procedimento;

- che con decreto dell'11-14.5.2012 il Collegio fallimentare ha assegnato alla BC. s.p.a. termine di giorni 15, ex art. 162 co. 1 L.Fall., per fornire chiarimenti in ordine ai rilievi ivi svolti in punti di: I) diversificazione temporale del trattamento dei creditori privilegiati non accompagnata da formazione di corrispondenti classi; II) congruità del "Fondo Rischio di € 50.000,00 per interessi sui crediti privilegiati"; III) trattamento del privilegio

speciale astrattamente spettante ex art. 2758 co. 2 c.c. sui crediti per Iva di rivalsa; IV) sorte di tutti i fondi rischi costituiti, in caso di loro mancato utilizzo, e dei proventi del contratto di affitto di azienda condizionato, stipulato in data 24.4.2012; V) equiparazione, ai fini dell' "accantonamento consulenze professionali e di redazione atti della procedura", del professionista attestatore beneficiario della prededuzione ex art. 182 quater L.Fall. e degli altri professionisti ai quali essa non spetta; VI) integrazione della motivazione sulla fattibilità del piano, con riferimento alla esigua svalutazione (10%) dei crediti non contestati, a fronte di un attivo concordatario composto prevalentemente da crediti (circa 5 milioni di euro su un totale di € 6.477.982); VII) considerazione, ai fini del calcolo delle spese di giustizia ai fini dell'eventuale deposito ex art. 163 co. 2 n. 4 L.Fall., dei compensi spettanti al commissario giudiziale e al liquidatore giudiziale, secondo il nuovo D.M. 25 gennaio 2012 n. 30; VIII) chiarimenti sui costi accantonati "per struttura amministrativa e collegio sindacale nel corso della procedura" (€ 180.000,00 per un impiegato amministrativo per 36 mesi, € 60.000 per il collegio sindacale ed € 60.000 per competenze professionali, senza considerazione dei costi legali di recupero dei crediti);

- che con quello stesso decreto il Collegio ha disposto l'acquisizione delle memorie depositate dalle parti nel giudizio per dichiarazione di fallimento, dovendo valutare unitariamente le due diverse e contrapposte domande;

- che in data 28.5.2012 la BC. s.p.a. ha depositato memoria contenente i richiedi chiarimenti, rispetto alla quale la DC. s.r.l. ha depositato controdeduzioni critiche con la memoria autorizzata dell'8.6.2012;

- che con decreto del 25.6.2012 il Collegio fallimentare ha ritenuto opportuna la convocazione delle parti all'udienza camerale del 3.7.2012, in vista di una trattazione coordinata dei due procedimenti pendenti, invitando la BC. s.p.a. a fornire ulteriori chiarimenti sui profili di perplessità segnalati riguardo alla domanda di concordato preventivo (composizione dell'attivo concordatario; costi preventivati; convenienza del contratto di affitto di azienda stipulato il 26.4.2012; giustificazione della Costituzione in garanzia ipotecaria in fa-

vore di CO. s.p.a.; eventuali prospettive revocatorie bancarie);

- che all'udienza collegiale del 3.7.2012 la BC. s.p.a. ha prodotto ampia memoria corredata da cospicua documentazione e, all'esito della discussione orale, il Collegio ha concesso alle parti ulteriori termini per produzioni, deduzioni e repliche;

- che in data 6.7.2012 la BC. s.p.a. ha prodotto la documentazione richiesta dal Tribunale (copia della domanda di concordato preventivo della controllante CO. s.p.a. e del relativo decreto di ammissione) nonché ulteriori documenti afferenti alcune delle discusse criticità della domanda di concordato preventivo, specie con riferimento alla prospettata possibilità di conclusione di un nuovo contratto di affitto di azienda, essendo venuto meno quello originario;

- che in data 9.7.2012 la DC. s.r.l. ha prodotto memoria di replica, insistendo per la declaratoria di fallimento;

tutto ciò premesso

OSSERVA

(1.) La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla questione dei rapporti e delle interferenze tra procedimento per dichiarazione di fallimento e domanda di ammissione a concordato preventivo.

In un primo arresto (Cass. 5.6.2009, n. 12986, pres. Proto - rel. Nappi, in Fall., 2010, 445 s.), relativo a fattispecie in cui si lamentava che il fallimento fosse stato dichiarato senza (previa) pronuncia sulla domanda di concordato preventivo (successivamente proposta), la Suprema Corte ha principalmente statuito che la necessità di due distinti provvedimenti (dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato e dichiarazione di fallimento) ricorre solo nel caso in cui, al momento della pronuncia di inammissibilità del concordato ex art. 163 L.Fall., non vi sia istanza di fallimento pendente, e che la non reclamabilità del decreto di inammissibilità comporta che le relative censure debbano essere fatte valere con il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento; solo incidentalmente, in quella sede essa ha declinato i rapporti tra le due procedure in termini di "pregiudizialità", muovendo dal rilievo che "l'art. 162 L.Fall. prevede la dichiarazione di fallimento come conseguenza pur

solo eventuale della dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo”.

Con una successiva pronuncia (Cass. 4.9.2009, n. 19214, pres. Proto - rel. Piccinini, in Fall., 2010, 427 ss.), il Giudice di Legittimità ha poi escluso il diritto del debitore di ottenere un differimento della trattazione dell'istruttoria prefallimentare, per fare ricorso a procedure concorsuali alternative (nel caso di specie non solo non proposte, ma nemmeno concretamente prospettate), osservando che “la recente riforma della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare”.

Con un terzo e più recente arresto (Cass. sez. VI, ord. 8.2.2011, n. 3059, pres. Proto - rel. Macioce), il Giudice Nomofilattico ha espressamente negato la sussistenza di una ipotesi di pregiudizialità tra procedimento prefallimentare e procedimento di ammissione a concordato preventivo, e dunque negato la necessità della sospensione del primo, ex art. 295 c.p.c. (ogni ulteriore ipotesi di sospensione, facoltativa, analogica o di opportunità, costituendo ormai “un indebito diniego della potestas judicandi contro il quale è dato ricorso al regolamento di cui all'art. 42 c.p.c.”), in attesa della definizione del secondo, non avendo questo (in ipotesi “processo pregiudicante”) ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti il fatto costitutivo o un elemento fondante della situazione sostanziale esaminata nel primo (in ipotesi “processo pregiudicato”).

Invero, come rileva la Suprema Corte, “il rapporto tra procedimento di ammissione al concordato e procedimento aperto dalla richiesta di fallimento non viene dal legislatore qualificato in termini che consentano di rinvenire la sostanza della pregiudizialità, nei termini dianzi indicati: da un canto la inesistenza di una sovrapposibilità anche parziale delle situazioni esaminate nelle due procedure; dall'altro canto la insuscettibilità della prima a sfociare in una autonoma decisione irrevocabi-

le, e come tale impugnabile”; quel rapporto tra le due procedure viene invece descritto in termini di “consequenzialità (della seconda all'esito negativo della prima) ed assorbimento (dei vizi del diniego della prima nella fase impugnatoria della seconda)”, secondo un meccanismo “che agisce sul piano esclusivamente dei processi e non introduce interferenze sostanziali tra le situazioni litigiose”, implicando “una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti, un coordinamento solo parzialmente realizzato dalle norme (e sostanzialmente affidato alle tecniche organizzative del singolo Ufficio)”.

(2.) Nel panorama della giurisprudenza di merito, vi è chi ha ritenuto prevalente il modulo concordatario (con conseguente improcedibilità della domanda di fallimento già proposta) solo se di tipo conservativo, ovvero di tipo liquidatorio ma economicamente più conveniente per i creditori (Trib. Perugia 4.11.2009, in www.osservatorio-oci.org, 2010, Ms. 353); chi ha ritenuto comunque preliminarmente l'esame della domanda di concordato, anche se proposta in pendenza di istruttoria prefallimentare (Trib. Roma 20.4.2010, edito in *De Jure*) ed eventualmente previa riunione per connessione dei due procedimenti (Trib. Milano 10.11.2009, in Fall., 2010, 195, in tema di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti); chi infine (ma sempre in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti), ha ritenuto necessaria la riunione e trattazione congiunta delle due procedure, ammettendo la declaratoria di improcedibilità della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione solo “ove sia dimostrato che l'accordo proposto sia atto a superare lo stato di crisi aziendale o la vera e propria insolvenza” (Trib. Udine 30.3.2012 in www.unijuris.it e, già in precedenza, Trib. Udine 22.6.2007, in Fall., 2008, 701).

Più in generale, da una ricerca scientifica edita, condotta nel 2009 dall'Osservatorio sulle Crisi di Impresa riguardo agli orientamenti dei tribunali in materia di concordato preventivo, era emersa la prevalenza della opzione della sospensione dell'istruttoria prefallimentare (28%), accanto a quelle della immediata improcedibilità dell'istanza ex art. 168 L.Fall. (14,7%) e della prosecuzione nella trattazione del procedimento prefallimentare, sen-

za però assunzione di alcuna decisione prima della definizione del ricorso per concordato preventivo (13,3%).

(3.) Sono dunque in competizione due interessi, parimenti tutelati dall'ordinamento positivo: quello del creditore, a promuovere l'esecuzione concorsuale contro il debitore in stato di insolvenza; quello del debitore, ad accedere agli strumenti alternativi di soluzione dello stato di crisi, o di insolvenza (art. 160 ult.co. L.Fall.), in cui versi; interesse, quest'ultimo, fatto invero oggetto di particolare attenzione e rafforzata tutela ad opera delle recenti riforme fallimentari, tutte protese a stimolare composizioni concordate della crisi di impresa, in luogo dell'estremo esito fallimentare.

Mancando, peraltro, una specifica regolamentazione del possibile "conflitto processuale" tra i suddetti interessi, la soluzione delle loro eventuali interferenze va ricercata per via sistematica, e con ricorso ai principi generali.

Viene subito in rilievo, al riguardo, l'apparente inapplicabilità della preclusione procedimentale che l'art. 168 L.Fall. riserva, in forma di inammissibilità o improcedibilità, alle sole azioni esecutive e cautelari, quale infatti non è il procedimento per dichiarazione di fallimento, pacificamente declinato come giudizio ordinario di cognizione, sia pure speciale e sommario; per quanto sia evidente come, in ipotesi di accoglimento, esso sia destinato a sfociare in una vera e propria esecuzione collettiva.

D'altro canto, quella norma esprime un favor per la soluzione concordataria, imponendo una protezione del patrimonio del debitore in tutto il periodo di tempo intercorrente tra il deposito del ricorso ex art. 160 L.Fall. e la definitività dell'omologa del concordato, ossia per quel lasso di tempo strettamente necessario (v. art. 181 L.Fall.) a valutare ritualità, legittimità, fattibilità e convenienza della proposta concordataria per il ceto creditorio, attraverso un vaglio in parte eteronomo, in parte rimesso all'autonomia negoziale, secondo un modello maggioritario temperato dalla possibilità del cd. cram down da parte del tribunale (v. art. 180 co. 4 L.Fall.).

Peraltro, quella forma di protezione non preclude azioni individuali di cognizione e di

condanna (ad esempio azioni di accertamento del credito, azioni revocatorie ordinarie, azioni risarcitorie ecc.), così realizzando un bilanciamento degli interessi tra creditori e debitore, anche grazie allo spossessamento attenuato del debitore cui dà vita l'art. 167 L.Fall., nonché al controllo su eventuali atti di frode da parte del commissario giudiziale, ex art. 173 L.Fall.

In un sistema così strutturato, sembra doversi concludere che il tribunale possa precludere al debitore la facoltà (ampiamente riconosciuta ed oggi anzi incentivata dall'ordinamento) di coltivare la prospettiva concordataria, dando invece la precedenza - accogliendola - all'istanza di fallimento proposta dal creditore (o dal p.m.), solo laddove la domanda di ammissione a concordato preventivo:

a) non sia rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e 161 L.Fall.;

b) ovvero configuri una evidente forma di abuso dello strumento concordatario, anche attraverso condotte penalmente sanzionabili (ad es. bancarotta fraudolenta per distrazione, ex art. 216 n. 1 L.Fall., ovvero bancarotta semplice ex art. 217 n. 3 e 4 L.Fall., per aver compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, ovvero aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento);

c) ovvero pregiudichi definitivamente, e in concreto, una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori (ad es., per il consolidamento di un'ipoteca, ovvero per la prescrizione di possibili azioni di massa esperibili dal curatore, che venissero medio tempore a maturare).

Non sembra, invece, che il dato processuale della contemporanea pendenza dei due procedimenti consenta una dilatazione degli ordinari poteri di controllo del tribunale, in particolare quanto a fattibilità della proposta concordataria, né, tantomeno, una riesumazione dei poteri giudiziali di vaglio della meritevolezza e convenienza del concordato, secondo la originaria formulazione dell'art. 162 L.Fall.

Peraltro, sul tema della fattibilità si attende il pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione, in forza della rimessione da parte di Cass. 15.12.2011, n. 27063, dopo i contrasti emersi tra la tesi più restrittiva di Cass.

25.10.2010, n. 21860 (in Fall., 2011, 167 ss.), e quella più estensiva di Cass. 15.9.2011, n. 18864 (in Fall., 2012, 39), secondo la quale, svolgendo la relazione del professionista attestatore anche la funzione di “filtro” rispetto all’ammissione di concordati in ipotesi non assistiti dal requisito della serietà (e dunque destinati ad un verosimile esito negativo), la valutazione della regolarità della documentazione concordataria da parte del tribunale configurerebbe una forma di controllo sostanziale, in termini di idoneità funzionale rispetto agli obiettivi concordatari, anche a tutela dei creditori dagli effetti pregiudizievoli che derivano dall’art. 168 L.Fall.

(4.) Applicando le divise conclusioni alla fattispecie concreta, può dirsi in primo luogo che, all’esito dei chiarimenti chiesti dal tribunale ex art. 162 co. 1 L.Fall., la domanda di concordato sia in sé rituale, conforme ai presupposti dell’art. 160 L.Fall. e completa della documentazione prescritta dall’art. 161 L.Fall., come da separato e contestuale decreto di ammissione, reso nel procedimento per concordato preventivo (n. 4/12 RCP); in particolare:

- sussiste la competenza territoriale dell’adito tribunale, ai sensi dell’art. 161 co. 1 L.Fall., trattandosi di impresa la cui sede legale (coincidente fino a prova contraria con la sede principale) è sita in Stroncone (TR);

- la domanda è stata approvata in conformità a quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 152 co. 2 lett. b) e 161, co. 4, L.Fall.;

- ricorrono i presupposti soggettivi per l’ammissione della società ricorrente alla procedura di concordato preventivo, trattandosi di imprenditore commerciale (avente come oggetto sociale la “progettazione, fabbricazione e commercializzazione sotto qualsiasi forma di materiali impermeabilizzanti per l’industria edile e civile, industriale, marina e aeronautica, di coperture speciali, la realizzazione e commercializzazione di know-how per la fabbricazione di detti impianti e manufatti”), di profilo dimensionale corrispondente al paradigma delineato nell’art. 1 co. 2 L.Fall., superando ampiamente i parametri di attivo patrimoniale, ricavi lordi e debiti di cui alle relative lett. a), b) e c);

- sussiste il presupposto oggettivo dello stato di crisi, nella specie da qualificare come vero e proprio stato di insolvenza ex art. 160 ult.co. L.Fall., essendo stato espressamente ammesso in ricorso che “nel corso dell’ultimo anno di esercizio i fattori di crisi esaminati si sono esacerbati”, che a causa della rigidità degli istituti bancari nella utilizzazione delle linee di credito essa non si è potuta onorare il debito del creditore istante e che ormai la società “non è in condizioni di proseguire la propria attività”;

- il piano prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti mediante cessione dei beni, ex art. 160 co. 1 lett. a) L.Fall., senza formazione di classi (oltre la bipartizione canonica tra creditori privilegiati e chirografari), con pagamento integrale dei crediti privilegiati e nella misura del 37,38% dei creditori chirografari, rispettivamente entro 24 e 36 mesi dall’omologazione (con destinazione in favore dei chirografari di ogni ulteriore attivo derivante dal mancato utilizzo dei fondi e accantonamenti previsti); è ancora in dubbio, invece, la possibilità di concludere un contratto di affitto di azienda, essendo ancora in corso trattative al riguardo con la società Pl. s.p.a., con sede in omissis, la quale sembra prospettare una stipula del contratto sotto il controllo del tribunale (v. doc. 21, dep. 6.7.2012);

- all’esito della prima interlocuzione con il tribunale, e fatto salvo ogni ulteriore approfondimento, anche in fase di controllo da parte del commissario giudiziale, possono dirsi regolari la documentazione prevista dall’art. 161 co. 2 L.Fall. e la relazione di attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano di cui all’art. 161 co. 3 L.Fall., nonché (e sempre allo stato) sufficienti le integrazioni e i chiarimenti forniti dapprima con la memoria del 29.5.2012 (anche in punto di compensi spettanti a commissario giudiziale e liquidatore ai sensi del DM n. 30/12, ai fini del calcolo del deposito per spese di giustizia) e poi con la memoria depositata all’udienza del 3.7.2012 (anche in punto di capacità di recupero dei crediti, costituenti gran parte dell’attivo concordatario, e all’abbattimento dei costi professionali e di mantenimento in vita della società originariamente preventivati, come da apposite rinunce condizionate versate in atti).

(5.) Non sono invece emersi, né sono stati concretamente dedotti, specifici profili di abuso dello strumento concordatario, o addirittura condotte penalmente rilevanti, essendo anzi intervenuto il parere favorevole del P.M. in sede sulla domanda di concordato, cui essa è stata previamente e appositamente trasmessa in visione con l'intero fascicolo.

Il creditore istante ha infatti incentrato le proprie contestazioni sulla maggiore vantaggiosità che dischiuderebbe la prospettiva fallimentare rispetto a quella concordataria, a causa di operazioni poste in essere dalla debitrice in violazione del principio di responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., cui solo apposite azioni di massa potrebbero asseritamente porre rimedio.

In particolare, la DC. s.r.l. contesta l'operazione risalente al 29.7.2009, in cui la BC. s.p.a. è intervenuta, nell'ambito di un piano attestato di risanamento ex art. 67 lett. d) L.Fall. della controllante CO. s.p.a., quale terza datrice di ipoteca sul proprio stabilimento produttivo, del valore di circa 4,5 milioni di euro, in favore del pool di banche che ha contestualmente concesso alla controllante un finanziamento (vincolato al risanamento) di 8,7 milioni di euro, prospettando al riguardo possibili azioni di revocatoria ordinaria, ex art. 2901 c.c., e di risarcimento del danno cagionato all'integrità del patrimonio sociale della controllata, ex art. 2497 c.c., oltre a possibili ed ulteriori azioni revocatorie fallimentari bancarie. Al riguardo, sulla scorta di apposite produzioni documentali, la BC. s.p.a. ha replicato:

- che "accordare garanzie reali e personali per altre società del gruppo di cui fa parte" rientrava espressamente nell'oggetto sociale della BC. s.p.a., partecipata al 72,30% da CO. s.p.a., al 20% da G. s.p.a., al 6% da F. (presidente del CdA) e all'1,7% da Cos. (componente del CdA, unitamente a G.); a sua volta, la CO. s.p.a. è partecipata al 42,22% da Cos.i (presidente del CdA), al 42,20% da G. in Cos. (componente del CdA, unitamente a P.) e al 15,56% da G. s.p.a.;

- che quell'operazione ha consentito il rifinanziamento della BC. s.p.a. mediante aumento del capitale sociale da 1,2 a 2 milioni di euro, interamente sottoscritto e versato dalla controllante CO. s.p.a., nonché l'estinzione del residuo mutuo ipotecario di euro 750mila, gravante su quell'immobile;

- che, in forza della cd. teoria dei "vantaggi compensativi", recepita nell'art. 2497 co. 1 ult. parte c.c. (laddove esclude la responsabilità quando "il danno risulti mancare alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette"), la suddetta operazione non avrebbe ingenerato la dedotta responsabilità, tenendo conto anche dell'effetto di riequilibrio economico-finanziario derivatone alla controllata (riduzione degli oneri finanziari per estinzione del mutuo) e dell'economicità dell'operazione per vari fattori, di natura produttiva (apporto progettuale e di ingegnerizzazione nonché prototipazione degli impianti, fornito dalla CO. s.p.a.), commerciale (rete di vendita comune alle due aziende, operanti sullo stesso mercato, dove la produzione di membrane isolanti da parte della controllata è complementare alla realizzazione di coperture di ogni genere da parte della controllante) ed economica (funzioni amministrative e logistiche svolte dalla controllante per conto anche della controllata, condizioni estremamente favorevoli dei servizi tecnico-produttivi offerti dalla capogruppo), tali da rendere pregiudizievole la mancata adesione all'operazione, per le diseconomie che ne sarebbero derivate (aumento dei costi fissi, diminuzione della capacità di sviluppo di nuovi prodotti, difficoltà di reperimento di partner alternativi a CO. s.p.a.), anche in una prospettiva comparativa tra il rischio dell'escussione della garanzia ipotecaria e quello di ipotetiche operazioni di investimento alternative, come ad es. un lease-back sullo stesso immobile con destinazione del ricavato alla sottoscrizione della partecipazione in altra società, capace di apportare gli stessi benefici provenienti da CO. s.p.a. (tanto si legge nel verbale del CdA del 27.4.2009, all. 2 alla memoria depositata da BC. s.p.s. il 3.7.2012);

- che la natura dei rapporti bancari in essere (prevalentemente cessioni di crediti mediante anticipo s.b.f.) escluderebbe la percorribilità di azioni revocatorie fallimentari, ferma restando la retrodatazione, a quei fini, all'epoca di presentazione della domanda di concordato preventivo, "per il principio della consecutività delle due procedure concorsuali" (come si legge a pag. 6 della memoria dep. il 3.7.2012).

(6.) Alla luce di tutto quanto precede, ed allo stato degli atti, ritiene il Collegio che l'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo non pregiudichi definitivamente una eventuale più proficua liquidazione fallimentare, in quanto la prospettata azione revocatoria ordinaria (oltre a scontare le difficoltà probatorie, compresa la partecipazione fraudis, relative agli atti a titolo oneroso, tali ritenendo l'art. 2901 co. 2 c.c. anche le prestazioni di garanzia per debiti altrui, se contestuali al credito garantito), resterebbe proponibile nei limiti di prescrizione e decadenza fissati dall'art. 69-bis L.Fall. (cinque anni dal compimento dell'atto, risalente al 2009; tre anni dall'apertura del fallimento). Analogamente, non si porrebbero problemi di prescrizione per l'eventuale azione risarcitoria ex art. 2497 c.c. (una volta superate le riferite problematiche in tema dei cd. vantaggi compensativi); con riferimento poi ad eventuali azioni revocatore fallimentari bancarie ex art. 67 co. 2 L.Fall. (con le limitazioni di cui all'art. 67 co. 3 lett. b) e all'art. 70 co. 3 L.Fall.), l'emerso stato di insolvenza della debitrice consentirebbe la retrodatazione del periodo sospetto alla data di deposito della domanda di concordato preventivo, in forza del principio della *consecutio procedurarum*, che, ancora di recente, la Suprema Corte ha ritenuto persistere nel nostro ordinamento concorsuale (Cass. n. 18437/10).

D'altro canto, non va trascurato come la DC. s.r.l., così come ogni altro creditore, ben avrebbe potuto e potrebbe ancora promuovere autonomamente le azioni ex art. 2901 e 2497 c.c., come visto non incise dalla preclusione di cui all'art. 168 L.Fall., a tutela degli interessi propri (e, solo indirettamente, della massa dei creditori sicchè fondare ora, in questo stadio procedimentale, sulla esperibilità di tali azioni da parte del curatore, l'impedimento all'esercizio della facoltà di presentare domanda di concordato preventivo, sembra costituire una eccessiva compressione dello speculare diritto del debitore.

Inoltre, l'esame congiunto della proposta di concordato preventivo presentata dalla controllante CO. s.p.a., già ammessa dal Tribunale di Perugia con decreto del 6.3.2012 (che ha convocato l'adunanza dei creditori per il giorno 18.9.2012), ha consentito di rilevare come il credito residuo del finanziamento in

pool sopra menzionato, ammontante ad € 8.223.987,85 e già garantito anche su beni della CO. s.p.a., sia stato incluso tra i crediti privilegiati pagati integralmente (pari a complessivi € 18.716.532), a fronte di un attivo concordatario di € 26.117.303 (di cui € 18.724.189,70 per terreni e fabbricati, prudenzialmente svalutati ad € 13.500.000,00); con la conseguenza che l'eventuale buon esito del concordato della controllante potrebbe anche escludere la necessità dell'escussione dell'ulteriore patrimonio immobiliare offerto in garanzia ipotecaria dalla controllata, la quale a sua volta, nella propria domanda di concordato, ha dapprima prudenzialmente svalutato il valore di quegli immobili da € 4.069.050 ad € 3.620.237, e poi lo ha del tutto azzerato, proprio per il rischio ipotecario da cui essi sono gravati.

Il che potrebbe anche giustificare - salva migliore valutazione - l'assenza nel concordato preventivo della controllante di previsioni del credito da regresso della garante BC. s.p.a. contro il debitore CO. s.p.a., ai sensi dell'art. 2871 c.c.

Naturalmente, si tratta di valutazioni e considerazioni svolte allo stato degli atti e di carattere meramente prognostico, fermo restando il più approfondito vaglio rimesso al nominando commissario giudiziale, che potrà e dovrà evidenziare ogni eventuale ipotesi di revoca ex art. 173 L.Fall., anche raccordandosi con la parallela procedura di concordato preventivo della controllante (ove, ad esempio, le partecipazioni nella controllata sono state semplicemente svalutate da € 2.380.147 ad € 900.000), e ferme restando anche le responsabilità penali cui va incontro il debitore che utilizza impropriamente lo strumento concordatario.

Peraltro, il nuovo concordato preventivo è stato configurato in modo tale da rimettere alla maggioranza dei creditori anche il giudizio comparativo di convenienza rispetto alle alternative liquidatore del fallimento (quale è quello qui sostanzialmente richiesto dal solo creditore ricorrente), legittimando alla relativa opposizione all'omologa, ex art. 180 co. 4 L.Fall., solo il creditore dissenziente di classe dissenziente; salvo prospettarsi un diverso controllo di legittimità sostanziale sulla manifesta irragionevolezza del valore economico implicato, in analogia ai principi di conformità

al “giusto prezzo” che ispirano il processo esecutivo individuale (art. 586 c.p.c.) e fallimentare (art. 108 L.fall.), che sarebbe invece legittimato a sollecitare qualunque creditore, anche se dissenziente in classe consenziente (cfr. Cass. 22.3.2010, n. 6904, in F.it., 2010, I, 2742 e Cass. 29.7.2011, n. 16738, in F.it., 2011, I, 2983).

In conclusione, ritiene il Collegio che non sussistano in questa fase procedimentale i presupposti, in termini di legittimità, per dichiarare inammissibile la domanda di concordato preventivo ritualmente proposta, né, in termini di merito, per accogliere la domanda di fallimento precludendo la prospettata soluzione concordataria, i cui tempi di definizione sono compatibili, in assenza di pregiudizi irreparabili, anche con una futura rivalutazione della domanda di fallimento proposta, ove all’esito dei necessari approfondimenti istruttori ne emergessero i presupposti, anche in considerazione dell’andamento del concordato della società controllante.

Sembra così essersi operato quel “bilanciamento fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare” autorevolmente sollecitato dal Giudice Supremo di Legittimità.

P.Q.M.

Dichiara allo stato improcedibile la domanda di fallimento, in forza della contestuale e separata ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Si comunichi alle parti.

Terni, 13.7.2012.

Provvedimento depositato il 18 luglio 2012.

*