

2370/09 VG

R.G. n 2370/09

La Corte di Appello di Napoli, sezione prima civile

composta dai magistrati:

dott. Giancarlo de Donato Presidente

dott. Magda Cristiano Consigliere

dott. Maria R. Castiglione Morelli Consigliere rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

IL CASO.it

nella causa iscritta al n 2370/V.G.anno 2009, avente ad oggetto:
reclamo avverso decreto di revoca dell'ammissione alla procedura
di concordato preventivo fallimentare n.4/2008 della E ■ s.p.a.
reso dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 31/3-1/4/2009,
reclamo proposto da

E ■ s.p.a. in persona del legale rapp.te Ing. F ■ S ■
E ■ rappresentato e difeso dall'avv. Prof. Francesco Fimmanò e
dall'Avv. Luca Caravella presso cui elettivamente domicilia in Napoli
Centro Direzionale is E2 Pal Futura Sc. B presso lo studio Fimmanò
Sciogliendo la riserva, si osserva

In fatto

Con atto depositato il 19/9/2008 la s.p.a. E ■ formulava
proposta di concordato preventivo, a norma dell'art. 161 L. fall, con
cui prevedeva l'integrale pagamento dei creditori privilegiati ed il
pagamento del 45% dei crediti chirografari, con pagamenti da
effettuarsi a decorrere ai sei mesi successivi all'approvazione del

Edgheonault

ln

concordato, con riparti trimestrali da esaurire complessivamente nei successivi 30 mesi

IL CASO.it

A seguito di richieste di chiarimenti e di integrazione della proposta di concordato, con decreto del 14/11/2008, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere dichiarava aperta la procedura di concordato, designando il G.D. ed il Commissario giudiziale nella persona del Prof. L. P.

In data 2/12/2008, il Tribunale convocava le parti in camera di consiglio per definitivi chiarimenti sulla proposta di concordato ed in data 9/12/2008 veniva depositata relazione da parte del Commissario Giudiziale, all'esito della quale, il GD invitava, con provvedimento del 12/12/08, il Commissario a verificare la sussistenza eventuale delle condizioni necessarie all'adozione delle misure di cui all'art. 173 L. fall e, nel contempo, ad accertare la disponibilità dell'istante ad un miglioramento delle condizioni di concordato.

IL CASO.it

Il nuovo G.D. invitava l'istante a depositare proposta definitiva di concordato, avvenuto tale incumbente, dopo il deposito di dichiarazione di voto dei creditori di cui alla relazione del Commissario giudiziale del 24/2/09 ed il deposito di seconda relazione del Commissario del 3/3/2009, il Tribunale riteneva, con decreto del 6/3/2009, di iniziare procedura ex art. 173 L. Fall di revoca dall'ammissione del concordato, fissando l'udienza di comparizione del 20/3/2009, indi, all'esito della audizione del debitore, del Commissario e dei creditori presenti, emetteva il

Costantino Santilli

[Signature]

decreto del 31/3- 7/4/09 ,con cui ,ravvisando nelle condotte della società E ■■■ atti di frode ,consistiti nell'aver indicato, tra i crediti oggetto di cessione in favore del ceto concordatario ai fini liquidatori, crediti già oggetto di cessione alle società di factoring e nell'aver individuato come creditori chirografari le stesse società di factoring,nonostante quest'è avessero, a differenza degli altri creditori chirografari,pur essendo titolari solo di crediti meramente eventuali e condizionati, la possibilità di sottrarsi alla falciata del concordato , attraverso l'integrale riscossione dei crediti dovuti dai debitori ceduti.

IL CASO.it

Il Tribunale rilevava che tali condotte avevano anche rilevanza ai fini della fattibilità del piano concordatario , in quanto l'accertamento del serio rischio di indisponibilità di taluni crediti ceduti alla procedura dopo l'approvazione del concordato comportava un serio peggioramento delle prospettive di attuazione del piano di soddisfacimento dei creditori,rilevando ,inoltre ,una carenza del quadro informativo e documentale ed un'ambiguità di comportamenti della procedura,rappresentata dall'esistenza, emersa solo nel corso dell'udienza del 20/3/2009, di polizze fideiussorie ,che prevedevano l'obbligo di pagare a semplice richiesta della stazione appaltante da parte delle società assicuratrici ,con possibilità di surrogazione del garante.

Avverso tale decreto non comunicato proponeva reclamo,dinnanzi a questa Corte di Appello,con ricorso depositato il 23/4/2009,la s.p.a. E ■■■ ex artt. 26 L. fall. o 739 c.p.c.,deducendo in primo

luogo l'errore del Tribunale , che aveva revocato l'ammissione al concordato di sua iniziativa ,inammissibilmente in assenza di richiesta del Commissario giudiziale, in base ad una erronea interpretazione della relazione integrativa di quest'ultimo del 3/3/2009, in cui non veniva palesato alcun occultamento o dissimulazione da parte di essa società ,prendendo un'iniziativa riservata ai creditori ed al commissario giudiziale ex art. 173 L. fall. . **IL CASO.it**

La reclamante deduceva che il Tribunale aveva inteso procedere d'ufficio senza alcuna denuncia e per lo più riesaminando gli stessi fatti e atti già valutati sia in sede di ammissione che di votazione da parte della maggioranza dei creditori, laddove legittimato attivo, nella previsione dell'art. 173 L. fall, era unicamente il Commissario giudiziale a dover riferire al Tribunale , che ,dopo le opportune indagini, poteva dare inizio alla procedura di revoca.

Giuseppe Scall.

A detta della reclamante ,l'espressione" d'ufficio" contenuta nell'art. 173 L. fall non si riferisce all'iniziativa officiosa ,ma alla natura del procedimento in cui il Commissario giudiziale non era parte in senso tecnico, cui non è riservata una vera e propria domanda di impulso della procedura, ma ,comunque, una denuncia di fatti omissivi o dolosi, che resta ,peraltro, atto necessario da cui non si può prescindere, alla luce della nuova normativa profondamente innovativa della disciplina del concordato preventivo.

La reclamante contestava anche nel merito i rilievi che avevano portato al provvedimento reclamato, in quanto non vi era stata alcuna frode od occultamento della situazione, come rilevato anche

P
17

dalle relazioni del Commissario giudiziale , secondo cui la soluzione adottata nel concordato, di rilevare, a fronte della variazione numeraria dell'anticipo ricevuto, l'accensione di un suo debito nei confronti del factor, mantenendo all'attivo il credito ceduto se registrato, era pienamente in linea con quanto raccomandato dai principi contabili internazionali e nazionali, ai fini della corretta contabilizzazione e rappresentazione in bilancio dei crediti smobilizzati.

IL CASO.it

Il Commissario giudiziale aveva rilevato che, trattandosi cessioni pro solvendo cioè con azione di regresso, il rischio di insolvenza era ancora in capo al cedente, onde l'opportunità di mantenere i crediti ceduti in bilancio, rilevando, nel contempo, l'entrata monetaria pari all'anticipazione ricevuta ed il corrispondente debito nei confronti del factor, deducendo che la E ■ non avrebbe potuto far diversamente in quanto tutte le anticipazioni ricevute erano state accreditate ben prima dell'insorgenza di crediti certi ed esigibili, avendo la società ricevuto gli anticipi, prescindendo dall'emissione degli stati di avanzamento lavori, in base a fatture pro forma.,

Esigibili e certi

A detta della reclamante, era, quindi, errata l'interpretazione del Tribunale, che aveva ravvisato in ciò una condotta fraudolenta sia da un punto di vista sostanziale che formale

IL CASO.it

La reclamante deduceva che la valutazione del Tribunale non teneva conto della nuova disciplina del concordato preventivo e dei suoi effetti sui rapporti in esecuzione nel concordato preventivo, secondo cui l'andamento della procedura è rimesso in

dn

primo luogo alla valutazione del debitore, con valorizzazione al massimo dell'autonomia privata e con la previsione di un concordato duttile, sia per strumenti che soluzioni. **IL CASO.it**

In altri termini, la reclamante deduceva che la nuova disciplina prevede un concordato preventivo duttile, sia per strumenti adottabili, che per soluzioni proponibili, in modo che l'imprenditore possa procedere in piena autonomia, laddove ai creditori è rimesso il potere di esprimere il proprio parere attraverso il voto, assicurandosi da un lato la posizione di essi creditori concordatari, fino alla sentenza di omologazione del concordato, dalle azioni individuali esecutive sul patrimonio del debitore e, dall'altra, con previsione che la gestione dell'impresa rimane al debitore sotto il controllo del Commissario giudiziale e del giudice delegato, prevedendosi l'autorizzazione scritta per tutti gli atti di straordinaria amministrazione, fino ad incidere, tramite il meccanismo del diniego della stessa, sulla perseguibilità dei rapporti in corso, così come, d'altra parte, la mancata prosecuzione dei rapporti pendenti poteva derivare, quale effetto naturale, dal piano di concordato previsto dal debitore, che contempra implicitamente la volontà di risolvere o non proseguire alcuni contratti che lo danneggino o danneggino i creditori.

IL CASO.it

In tale ipotesi, la mancata prosecuzione del rapporto era funzionale all'esecuzione del piano del concordato ed al giudice non era richiesta alcuna autorizzazione, mentre la posizione del

castiglioni rulli

[Handwritten signature]

subito la falcidia concordataria ,contrariamente a quanto sostenuto nel provvedimento reclamato.

IL CASO.it

Quanto, infine, al rilievo in merito alla presenza di polizze di fideiussione ,la cui esistenza sarebbe stata taciuta in sede di proposta di concordato con comportamento omissivo fraudolento, se ne rilevava l'erroneità , non essendosi tenuto conto dell'ammontare delle riserve pari a circa 13 milioni di euro, non inserite nel piano ed in ogni caso a disposizione del fabbisogno concordatario, evidenziandosi che, nella relazione dell'Avv. D'Angiolella, depositata all'udienza del 20/3/2009, in merito a tali fideiussioni si era precisato che nessuna compagnia aveva pagato o svolto qualsiasi azione di regresso, attesa la dichiarazione della Emimi di non pagare alcunché, evidenziandosi, altresì, che, comunque, solo all'esito dell'accertamento giudiziale positivo le assicurazioni, che avevano prestato le fideiussioni , avrebbero potuto ottenere il pagamento subendo la falcidia concordataria e, comunque, tale contenzioso sarebbe stato abbondantemente coperto dalla voce riserve, invece del tutto trascurata dal Tribunale nel decreto reclamato

IL CASO.it

Infine, si lamentava nel reclamo che i giudici del provvedimento reclamato non avessero applicato, comunque, lo spirito della riforma, revocando una proposta di concordato ampiamente approvata dai creditori che offriva garanzie tali che una procedura fallimentare mai avrebbe potuto assicurare, senza alcun vantaggio per i creditori ,per l'economia e la stessa impresa della società

Patrizia Verdi

h

creditore-contraente era tutelata attraverso la possibilità di votare contro la proposta stessa.

IL CASO.it

In base a questi principi, la reclamante evidenziava che alle società di factoring era stato comunicato il piano che li prevedeva come creditori chirografari e che vedeva il loro credito pro solvendo ritornare all'attivo, in base ad una volontà di risolvere o, comunque, di non adempiere il contratto di factoring e gli stessi creditori vi avevano prestato acquiescenza, votando come chirografi, così come i creditori dei contratti di leasing, verso cui si era manifestata la volontà concordataria di risoluzione dei contratti, con restituzione dei beni oggetto del contratto e con non inclusione dei medesimi beni nell'attivo della procedura.

Certificati reali

In definitiva, la scelta di interrompere o, comunque, non adempiere tutti i contratti di factoring e di leasing emergeva dal piano concordatario e, cioè, dalla volontà del debitore e dalla perfetta esecuzione di tali volontà da parte del Commissario giudiziale e non era certo dissimulazione o condotta fraudolenta, richiamandosi il contegno del debitore in tutto il corso della procedura, in cui era stata inviata da parte della stessa reclamante comunicazione a tutti i debitori, i cui crediti rientravano nel perimetro dei beni ceduti ai creditori del concordato, di pagare solo agli organi della procedura concordataria e che i creditori - factors, con la dichiarazione di voto come chirografi, avevano accettato la risoluzione dei rapporti per mutuo consenso, esprimendo, per lo più, voto favorevole, per cui gli stessi non avrebbero ricevuto più alcun pagamento ed avrebbero

PK

debitrice per pretesi ed infondati contegni simulatori, che nascevano da una visione negativa preconcepita del debitore insolvente, per cui la s.p.a. E ■■■ chiedeva l'accoglimento del reclamo, con ogni provvedimento consequenziale e la condanna alle spese..

IL CASO.it

All'udienza del 3/7/2009, non comparivano il P.G. ed il Commissario giudiziale cui il reclamo era stato notificato e, all'esito della discussione orale, la Corte riservava la decisione.

In diritto

Preliminarmente, occorre rilevare che il presente reclamo risulta ritualmente proposto dinnanzi a questa Corte, ai sensi dell'art. 26 L. Fall., così come previsto dalla norma suindicata per i decreti emessi nel corso della procedura dal giudice delegato o dal Tribunale.

Costyleva rault

Il reclamo deve, poi, considerarsi tempestivamente proposto, con atto depositato il 23/4/2009, avverso decreto non comunicato depositato il giorno 1/4/2009, con cui si è posto fine alla fase sub procedimentale ex art. 173 L. Fall. apertasi nella procedura di concordato preventivo della s.p.a. E ■■■, senza emissione di sentenza dichiarativa di fallimento.

Nel merito, il reclamo è fondato alla stregua delle osservazioni che seguono.

IL CASO.it

Risulta, infatti, fondato il rilievo della reclamante che lamenta, in via preliminare, che il Tribunale abbia emesso il predetto decreto di propria iniziativa, interpretando erroneamente la seconda relazione

f

integrativa del Commissario giudiziale ,sollecitata dal g.d , del
IL CASO.it
 3/3/2009

.In proposito, si osserva che,come esplicitato nel reclamo, da una riletture della predetta relazione non emergono i rilievi negativi in base a cui il Tribunale ha inteso operare la revoca del decreto ammissivo del concordato preventivo,mentre risulta che il Tribunale ha operato autonomamente una valutazione della proposta di concordato,effettuando una valutazione di merito e di fattibilità del piano di concordato,prescindendo dai rilievi del Commissario giudiziale e dopo l'approvazione da parte della maggioranza dei creditori,operando al di là dei compiti previsti dall'art. 173 L. fall., che riserva al Commissario giudiziale la denuncia delle ipotesi di atti fraudolenti da parte del debitore.

Castiglioni Sault

La norma in esame prevede espressamente il potere di iniziativa del Commissario giudiziale e ,comunque, deve ritenersi che l'accertamento delle ipotesi fraudolente spetti allo stesso Commissario,che deve subito riferire in merito al Tribunale,il quale, operate le dovute indagini,apre d'ufficio, la procedura di revoca dell'ammissione.

IL CASO.it

In altri termini, pur non essendo necessaria la previsione di una vera e propria domanda di apertura del procedimento di revoca, deve ritenersi occorra ,comunque, una denuncia-dichiarazione da parte del Commissario di fatti fraudolenti ,in ragione dei quali il Tribunale,d'ufficio, cioè senza necessità di una vera e propria domanda da parte di un soggetto ,che del resto non è parte

4/3

processuale-, può iniziare il procedimento di revoca di un pregresso provvedimento di ammissione.

IL CASO.it

Tale iniziativa ,nella specie, è mancata, in quanto, nella seconda relazione integrativa del Commissario giudiziale, non possono ravvisarsi denuncia di quelle condotte fraudolente riscontrate dal Tribunale e consistenti, secondo l'assunto del provvedimento reclamato, nell'aver il debitore, in relazione ai contratti di factoring e di leasing, dato una forviante rappresentazione dell'attivo ed un'esposizione di passività inesistenti, collocando tra i crediti ,oggetto della cessione ai creditori concordatari, crediti già ceduti alle società di factoring, individuando, nel contempo, queste ultime società come creditori chirografari, benché portatori di crediti eventuali e ,a differenza degli altri creditori, aventi la possibilità di sottrarsi alla falcidia dei creditori chirografari concordatari ,incassando l'intero dai debitori ceduti.

IL CASO.it

La Corte rileva che tale lettura del Tribunale prescinde completamente dalla relazione del Commissario giudiziale che, in merito a tali questioni, ha ritenuto che le modalità di contabilizzazione delle operazioni di anticipazioni di risorse finanziarie da parte dei factor con relativa cessione dei crediti verso i committenti pubblici, modalità ,consistente nella previsione di un debito nei confronti dei factor, mantenendo all'attivo il credito ceduto se registrato, è corretta ed in linea con i principi contabili internazionali e nazionali(pagg 14 e seg. II Relazione Commissario giudiziale Avv. L ■ F ■)

Giuseppe Sant

43

Nel caso in esame, come notato dal Commissario, trattavasi di cessioni pro solvendo, ossia con azione di regresso e quindi, il rischio di insolvenza deve considerarsi ancora in carico al cedente, onde la opportunità di mantenere il credito ceduto al bilancio, rilevando nel contempo la corrispondente entrata attiva, pari all'anticipazione ricevuta ed il corrispondente debito verso il factor. **IL CASO.it**

D'altra parte, la circostanza che i factor siano stati previsti, nel piano concordatario, come creditori chirografari non può essere stigmatizzata in senso negativo come invece fatto dal Tribunale, perché loro è stato comunicato tempestivamente il predetto piano concordatario, che vedeva il loro credito ceduto previsto nell'attivo e la conseguente predetta loro posizione, con chiara manifestazione di risoluzione del contratto, e gli stessi factor hanno votato ^{a favore} come chirografari, approvando ^{la} ~~il~~ esplicitamente il piano ed accettandolo.

Entrano nella
f

In definitiva, la scelta di non proseguire nei rapporti contrattuali di factoring, di leasing e di assicurazione emergeva dallo stesso piano concordatario approvato dai creditori e non vi è stata alcuna condotta fraudolenta di dissimulazione di attivo o di passività inesistenti, o altro atto posto in essere artatamente dalla debitrice per pregiudicare i creditori concordatari **IL CASO.it**

Agli atti, risulta che la reclamante ha tempestivamente comunicato ai committenti di aver presentato domanda di concordato, intimando loro di non pagare quanto ad essa dovuto ai factor, ma esclusivamente agli organi della procedura concordataria, ponendo in essere, quindi, una condotta di collaborazione con il

f

Commissario giudiziale, che risulta aver inviato, d'altro canto, comunicazione consimile a tutti i debitori della reclamante, i cui crediti risultavano ceduti nel piano di concordato. (vedi sempre la relazione Commissario in data 3/3/2009) **IL CASO.it**

Non condivisibile appare anche il rilievo negativo adombrato nel decreto reclamato circa l'esistenza di un pericolo rappresentato dall'esistenza di polizze fideiussorie in favore dei committenti, la cui esistenza sarebbe stata taciuta ai creditori concordatari, in quanto - come esplicitato nella relazione dell'avv. D. [REDACTED] depositata il 20/3/2009 - la debitrice ha comunicato alle compagnie assicuratrici di non pagare alcunché e nessuna delle stesse risulta aver pagato, ma, comunque, pur trattandosi di fideiussioni a semplice richiesta, occorreva ~~comunque~~ che le assicurazioni pagassero per poi agire in regresso, con svolgimento di azioni giudiziarie e tale credito eventuale - allo stato insussistente - ben può essere considerato garantito dalle riserve di rilevante importo, connesse ai contratti ceduti, la cui esistenza il Tribunale risulta, invece, aver completamente trascurato, così come le ulteriori garanzie prestate dalla debitrice e dall'ing. E. [REDACTED] in proprio, cui pure veniva fatto cenno nella relazione integrativa del Commissario già ricordata.

In definitiva, risulta insussistente la condotta fraudolenta rilevata dal Tribunale, legittimante la procedura di revoca del concordato preventivo, che può avvenire in ogni momento - come ricordato dal Tribunale - anche dopo il voto dei creditori, ma sempre in presenza di fatti che possano qualificarsi, appunto, come comportamenti dolosi

Stefano Rulli

f

o di malafede, per cui l'art. 173 Legge Fall novellato prevede la sanzione della revoca del decreto di ammissione alla procedura concordataria.

IL CASO.it

Tale condotta omissiva o fraudolenta può essere individuata, sia nella fase precedente all'ammissione, qualora si accerti l'occultamento di parte dell'attivo o l'omissione della denuncia di alcuni crediti nello stesso piano concordatario- ipotesis ravvisata dal Tribunale e rilevatasì insussistente come detto-oppure quando, nel corso della procedura, il debitore compia atti non preventivamente autorizzati, laddove, secondo la tesi maggioritaria, cui ritiene di aderire questa Corte, la fattispecie in esame dell'art. 173 riformata non prevede come causa ulteriore di revoca il riesame delle condizioni di fattibilità dell'originario piano di concordato, stante la chiara natura eminentemente privatistica del nuovo concordato preventivo, in cui è consentito all'imprenditore modificare le condizioni di concordato fino all'adunanza dei creditori ed all'inizio delle operazioni di voto (vedi Tribunale Milano 20/10/2005, Tribunale Mondovì 17/12/2008, Tribunale Pescara 16/10/08, Tribunale Udine 19/11/2008, contra Tribunale Monza 16/10/2005)

Per completezza di motivazione, occorre rilevare che, nelle more, non risultano presentati ricorsi di fallimento nei confronti della s.p.a. E [REDACTED] (vedi certificato del 10/2009 della Cancelleria della Sezione fallimentare del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere in fascicolo reclamante e relazione Avv d' [REDACTED] 26/6/2009 da cui risulta che

Catella Sauti

[Signature]

nessuna delle compagnie assicuratrici ha provveduto al pagamento delle polizze sottoscritte)

Deve, quindi, accogliersi il reclamo con conseguente riammissione della società reclamante nella procedura di concordato preventivo.

Attesa l'opinabilità delle questioni trattate, le spese della presente fase di reclamo vengono dichiarate irripetibili

P.Q.M.

IL CASO.it

In accoglimento del reclamo, revoca il provvedimento reclamato del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 31/3-1/4/2009, riammettendo la s.p.a. E [REDACTED] alla procedura di concordato preventivo, dichiarando irripetibili le spese della fase di reclamo

Si comunichi alla reclamante, al Commissario giudiziale, al P.M. a cura della cancelleria.

Manda il Commissario giudiziale affinché provveda a pubblicare il dispositivo del presente decreto sui giornali "Il Mattino" ed "Il Sole 24 ore"

Così deciso in Napoli in camera di consiglio il 10/7/2009

L'estensore

Luigi P. ...

Il Presidente

Luigi P. ...

IL CANCELLIERE
Eugenio Cozzolino

