

C.P. 39/2012
Pre-C.P. 102/2012

FATTO AVVISO ALLE
PARTI 26.10.12



IL TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE FALLIMENTARE – 2^a CIVILE

in persona dei Signori Magistrati:

- dott. Filippo Lamanna Presidente
- dott. Mauro Vitiello Giudice
- dott. Irene Lupo Giudice rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

In data 30/6/12 la società Camuzzi S.p.A. in liquidazione, con sede in Milano, via Tiziano n. 32, presentava una domanda di concordato preventivo per *cessio bonorum* con suddivisione dei creditori in 5 classi e con pagamento parziale sia di quelli ipotecari e privilegiati che, in percentuale più ridotta, dei creditori chirografari.

Nella domanda si dava atto che l'attivo concordatario ammontava ad euro 119.765.275 mentre i soli crediti in prededuzione, ipotecari e privilegiati superavano euro 130.000.000.

Con decreto 20-24/07/2012 il tribunale rilevava che il concordato si profilava inammissibile sia laddove, in assenza di finanza esterna, prevedeva un pagamento parziale dei creditori con prelazione, in particolare di quelli muniti di privilegio generale sui mobili, sia laddove era volto a soddisfare creditori di grado successivo senza che fossero stati prima soddisfatti per intero quelli di grado precedente. In tal modo, osservava il tribunale, fatte salve le ipotesi di degradazione al chirografo dei crediti assistiti da prelazioni incapienti, si sarebbe verificata un'alterazione dell'ordine dei privilegi, ordine che non solo non consente di soddisfare un creditore di collocazione anteriore in modo peggiore rispetto a quello di posizione inferiore, ma impedisce anche di soddisfare parzialmente chi viene dopo nella graduatoria se non sia stato soddisfatto integralmente chi viene prima.

Pur essendo questa prima censura assolutamente assorbente, il tribunale enucleava, poi, altri profili di inammissibilità.

In particolare, nella domanda di concordato la società dava atto di vantare un credito verso la propria controllante Mill Hill Investments NV di circa 11 milioni di euro, credito totalmente svalutato sul presupposto che la debitrice "*deve considerarsi illiquida ancorché non incapiente*" in quanto titolare di partecipazioni di controllo di "*società operative in*

argentina che, anche in ragione della situazione economica argentina, versano nell'impossibilità di far affluire dividendi alla controllante". In relazione a tale credito la Camuzzi assumeva, poi, di essere riuscita ad ottenere dalla Camuzzi Argentina una offerta irrevocabile di acquisto del credito vantato verso Mill Hill per il corrispettivo di euro 3.000.000.

Il Tribunale, relativamente alla illiquidità della Mill Hill e all'offerta della Camuzzi Argentina, stigmatizzava la lacunosità dell'attestazione dell'esperto: infatti, nulla era dato sapere in ordine a queste società, e proprio alla luce di quanto sostenuto dalla ricorrente per svalutare il credito verso Mill Hill con riferimento al ramo sudamericano del Gruppo Camuzzi (v. pag. 29 del ricorso: *"la situazione del ramo sudamericano del Gruppo Camuzzi è resa particolarmente incerta dalla perdurante instabilità del quadro politico ed economico della repubblica Argentina"*) appariva totalmente inaffidabile ed aleatoria la proposta di acquisto del credito da parte della società, per l'appunto, argentina.

L'ultima censura del tribunale atteneva, poi, alla relazione giurata relativa al patrimonio immobiliare e ai crediti da canoni di locazione degli immobili (locati per la durata del concordato). Infatti la relazione giurata si limitava a "condividere" la valutazione di Prelios (*"as is-as to be"*) astraendo, del tutto, da dati reali (quali offerte di acquisto degli immobili *de quibus*, solvibilità dei conduttori degli immobili, spese di gestione e di manutenzione ordinaria e straordinaria, ecc.) che potessero giustificare il valore di mercato attribuito ai beni.

In virtù dei menzionati profili di inammissibilità, veniva disposta la convocazione di Camuzzi S.p.A. per l'udienza del 4-10-12 avanti al Tribunale in composizione collegiale, con termine fino al 10-9-12 per il deposito di integrazioni al fine di emendare le lacune suddette. Contestualmente veniva ordinato alla cancelleria di trasmettere copia del provvedimento al Pubblico Ministero e al creditore istante, essendo pendente un'istanza di fallimento depositata in data 11/6/12 dalla società B.Fin S.r.l. .

In data 10-9-12 venivano depositate da Camuzzi note integrative nelle quali, per giustificare la deroga alla graduazione contenuta nella proposta, la ricorrente qualificava come "apporto di finanza esterna" l'acquisto del credito verso Mill Hill da parte della Camuzzi Argentina, in asserto traducendosi tale acquisto *"nella valorizzazione di una posta di per sé inesigibile"*.

In data 1-10-12 la società Camuzzi S.p.A. depositava peraltro *"rinuncia all'istanza di concordato contraddistinta da RG 39/2012 e contestuale Ricorso ex art. 161 6° comma l. fall."*. Le ragioni della rinuncia venivano ravvisate nel *"concretizzarsi del ritorno alla soluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti"* già depositato in data 3-2-12 e non omologato e *"nell'intervenuta adottabilità dell'istituto del pre-concordato il quale presenta significativi ed inediti vantaggi"*.

All'udienza del 4/10/12, avanti al tribunale in composizione collegiale, compariva il liquidatore della società assistito dai difensori. Il Tribunale invitava i predetti a fornire chiarimenti in ordine alla possibile inammissibilità della rinuncia alla domanda di concordato e alla posizione di Camuzzi sulla istanza di fallimento presentata da B.Fin S.r.l.

La ricorrente, a mezzo dei suoi difensori, faceva presente che la rinuncia sarebbe stata funzionale alla presentazione di un altro concordato o di un accordo di ristrutturazione e che il credito di B.Fin S.r.l. era da intendersi contestato.

Il Tribunale si riservava quindi di decidere.

Tanto premesso, deve anzitutto dichiararsi *de plano* l'inammissibilità del ricorso di "pre-concordato" proposto ex art. 161, 6° comma, I. fall.

Invero, nella specie è di cristallina evidenza come la rinuncia alla domanda di concordato contestuale alla proposizione del ricorso di "pre-concordato" sia meramente funzionale all'elusione della declaratoria di inammissibilità della originaria domanda di concordato, relativamente alla quale il debitore è stato convocato in udienza per rendere conto dei profili di inammissibilità che le erano stati contestati dal tribunale e per interloquire sull'istanza di fallimento pendente.

Anche il creditore istante, infatti, la cui domanda di fallimento è rimasta sostanzialmente paralizzata dalla presentazione della domanda di concordato (infatti ne era stato sospeso e posticipato l'esame mediante rinvio di udienza proprio per l'eventualità dell'ammissione del concordato), è stato convocato all'udienza collegiale fissata per la eventuale declaratoria di inammissibilità del concordato e per la eventuale e conseguente dichiarazione di fallimento, e ciò in considerazione del legame di pregiudizialità che si instaura tra domanda di concordato e istanza di fallimento pendente.

Non è dubbio del resto che, nel caso in cui, come accade nella presente fattispecie, la società ricorrente, dopo essere stata convocata dal tribunale sul presupposto della inammissibilità del concordato sulla base dei rilievi critici formulati a proposta e piano, anziché rendere conto dei profili di inammissibilità (eventualmente modificando la proposta), rinunci *tout court* alla domanda ma contestualmente proponga nuovo ricorso contenente altra domanda di pre-concordato, si verifichi uno sviamento abusivo dell'iter processuale con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare a sua volta di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto.

L'effetto distorsivo che si realizza in tal modo è innegabile: la debitrice ricorrente, calibrando i tempi di presentazione prima della domanda di concordato (definitiva), poi della revoca della stessa, e infine di una nuova domanda di pre-concordato, da un lato mira a paralizzare *ad libitum* l'istanza di fallimento del creditore, dall'altro ad evitare *sine die* di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale a pena di inammissibilità della originaria domanda.

Con riferimento al caso di specie, poi, è ancor più evidente tale deviazione funzionale, avendo la Camuzzi già presentato in data 3-2-12 una domanda di inibitoria ex art. 182-bis, VI comma, I. fall. senza farne poi seguire la presentazione dell'accordo di ristrutturazione (con conseguente cessazione degli effetti derivanti dall'inibitoria come da provvedimento in data 24-5-2012). Ha quindi presentato in data 30/6/12 (e dunque appena 19 giorni dopo il deposito dell'istanza di fallimento da parte di BFin) la domanda di concordato preventivo



poi rinunciata; ha infine presentato la nuova domanda di pre-concordato in data 1-10-12: così facendo non soltanto ha moltiplicato gli effetti dilatori, ma anche quelli protettivi secondo uno schema programmatico certamente abusivo rispetto alla tutela che il legislatore ha reputato legittimo accordare all'imprenditore in crisi attribuendogli la facoltà di proporre una domanda di concordato o di omologa di un accordo di ristrutturazione.

È appena il caso di rammentare al riguardo che, come ha ampiamente evidenziato il Supremo Collegio (cfr. Cass. 18-9-09, n. 20106; Cass. SU 15-11-07, n. 23726) l'ordinamento "*rifiuta la tutela ai poteri, diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti vantaggi attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione*".

L' "*abuso del diritto*" è stato così oggetto di numerose pronunce della Corte di legittimità sia in materia societaria, che nell'ambito contrattuale e finanche concorsuale (cfr. ad es. Cass. S.U. 23-10-08, nn. 30055, 30056, 30057 e da ultimo Cass. 28-6-12, n. 10807).

Peraltro, non è dubbio che anche nell'area degli strumenti di composizione della crisi aziendale possa ravvisarsi abuso del diritto qualora gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano deviati dalla loro funzione tipica: ciò che può verificarsi quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato della ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'*automatic stay*. Tale risultato è proprio quello perseguito, nella specie, attraverso la rinuncia alla precedente domanda definitiva di concordato non già allo scopo di modificarla, *in melius* o anche *in pejus*, ma per riattivare l'effetto protettivo con una nuova partenza da zero, ossia con una domanda di concordato con riserva presentata in modo da conservare, senza soluzione di continuità, gli effetti protettivi della prima domanda (secondo una clausola di condizionamento specificamente inserita nella seconda). Il tutto, per di più, quando il procedimento iniziale era giunto allo stadio del *redde rationem* in punto di ammissione, essendosi contestati alla ricorrente profili di inammissibilità ex artt. 161-162 l.fall. e dovendo giudicarsi in successione immediata la domanda di concordato e la pendente istanza di fallimento.

Che si tratti di deviazione abusiva dalle funzioni tipiche del concordato è di tutta evidenza. La conclusione trova peraltro conferma anche nelle recenti modifiche apportate alla legge fallimentare dal c.d. "decreto sviluppo" (d.l. 22-6-2012, n. 83, conv. in legge n. 134/2012).

Infatti il legislatore, riformando l' art. 161 l.fall., ha previsto al primo comma che il debitore possa depositare la domanda di concordato riservandosi di presentare proposta e piano in un termine che, nel caso di pendenza di un'istanza di fallimento, è quello minimo di sessanta giorni, proprio per evitare un eccessivo pregiudizio del creditore istante.

Questa domanda di pre-concordato è, peraltro, inammissibile "quando il debitore nei due anni precedenti ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma (VI) alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell' accordo di ristrutturazione".



Da tale norma si evince con chiarezza la tutela che il legislatore vuole comunque accordare all'interesse del creditore istante ad una pronta decisione da rendere comunque in tempi ragionevoli : e ciò, sia attraverso la fissazione del termine di 60 gg. sia attraverso la non reiterabilità a breve della medesima domanda.

Anche l'art. 69-bis, nel punto in cui è stato modificato dal Decreto Sviluppo in modo da sterilizzare ai fini revocatori la durata del procedimento di concordato che sfoci poi in fallimento induce a ritenere che tale durata non possa estendersi *sine die* e in modo abusivo.

È chiaro allora che si introdurrebbe nel sistema un intollerabile grado di entropia se si ritenesse che, presentando una domanda di concordato secondo lo schema di cui al primo comma dell'art. 161, il debitore potesse paralizzare indefinitivamente l'azione del creditore istante attraverso plurime domande di concordato e contestuali revocazioni scansate dalle udienze fissate dal collegio per la declaratoria di inammissibilità del concordato, laddove, invece, con la domanda di pre-concordato questa possibilità dovrebbe consumarsi già con la prima presentazione.

E ciò appare ancora più distonico solo che si ponga giusta attenzione al fatto che, attraverso il meccanismo della presentazione della domanda di concordato e della sua rinuncia con contestuale presentazione di nuova domanda di pre-concordato, si dilatano *ad libitum* gli effetti protettivi di cui al novellato art. 168 l. fall., ossia il divieto di proseguire le azioni cautelari ed esecutive già proposte, di intraprenderne di nuove, di procurarsi titoli di prelazione, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Deve pertanto concludersi per l'inammissibilità del ricorso di pre-concordato e per l'inefficacia/inammissibilità della contestuale revoca della domanda di concordato originaria, con la conseguente perdurante necessità di procedere all'esame della proposta originaria e dei profili di inammissibilità del piano già contestati alla ricorrente dal tribunale.

Merita solo osservare che se invece fosse possibile considerare efficace (ed ammissibile) la detta revoca, ugualmente scatterebbe la necessità di provvedere sull'istanza di fallimento, una volta dichiarata inammissibile in quanto abusiva la domanda di pre-concordato. In tal caso, infatti, non vi sarebbe più ragione per non esaminare l'istanza di fallimento, non essendo più da decidere la domanda originaria, in quanto revocata, ed essendo inammissibile quella di pre-concordato.

Ebbene la proposta ed il piano, come si è detto, prevedono il soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati divisi in classi, non essendo i beni ceduti sufficienti al loro pagamento integrale.

La disciplina fallimentare esige però che i creditori privilegiati vengano pagati per intero, salvo che rinuncino alla prelazione o che manchino i beni su cui farla valere.

L'art. 160 l. fall. stabilisce poi che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

La norma, secondo l'opinione prevalente, impedisce la soddisfazione del creditore che viene dopo nella graduatoria dei crediti se non sia stato soddisfatto integralmente chi viene prima, a meno che non siano utilizzate risorse finanziarie non provenienti dal patrimonio assoggettato al concorso, ma apporti "neutri" di terzi estranei (tali cioè da non potersi considerare entrati a far parte dell'attivo appartenente al debitore ricorrente e posto a disposizione dei creditori: cfr. Cass. 8 giugno 2012, n. 9373).

È però di tutta evidenza come non possa certo qualificarsi "finanza esterna" il controvalore delle componenti del patrimonio del debitore di cui si preveda il trasferimento a terzi, trattandosi, appunto, di beni che o sono già compresi, o comunque entrano, nel patrimonio del debitore.

Per avvalorare la pretesa natura di "finanza nuova" o "esterna" di tale prezzo di cessione (offerto da Camuzzi Argentina) la ricorrente sostiene, in modo criptico, che tale trasferimento in realtà valorizzerebbe una posta di per sé inesigibile. L'assunto sibillino della ricorrente secondo cui la Mill Hill sarebbe soggetto "illiquido, ancorché non incapiente" si fonda sul fatto che Equitalia vanterebbe un credito (peraltro ancora *sub iudice*) verso Mill Hill di oltre 31 milioni di euro: da ciò conseguirebbe che alla predetta società sarebbero preclusi pagamenti in favore di soggetti diversi dell'erario.

Tale circostanza, peraltro, non elimina l'esistenza del credito della ricorrente verso Mill Hill, soggetto dalla stessa ricorrente ritenuto "capiente" in quanto titolare di partecipazioni di controllo di società operative in Argentina, né dimostra che ha natura di "finanza nuova ed esterna" il prezzo di cessione del credito suddetto.

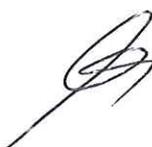
In sostanza, i chiarimenti resi dalla società ricorrente non contengono alcun elemento idoneo a dimostrare l'ammissibilità della proposta e del piano *in parte de qua*.

Ne risulta invece confermata l'inammissibilità, al tempo stesso, sia per l'erronea formazione delle classi, sia per la previsione di parziale pagamento ai creditori con prelazioni, sia per la violazione della regola di priorità nella soddisfazione delle prelazioni secondo graduazione (*absolute priority rule*).

Deve aggiungersi che, di conserva, per quanto già rilevato, anche la relazione attestativa dell'esperto non fornisce gli elementi motivazionali sufficienti a considerare attendibile il giudizio prognostico favorevolmente espresso.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte la domanda presentata da Camuzzi S.p.A. per l'apertura della procedura di concordato preventivo deve dunque essere dichiarata inammissibile per difetto dei presupposti richiesti dall'art. 161 l.fall.

Sulla pendente istanza di fallimento, per la cui decisione è stato convocato anche il creditore istante all'odierna udienza, si decide con separata sentenza dichiarativa.

6 

PQM

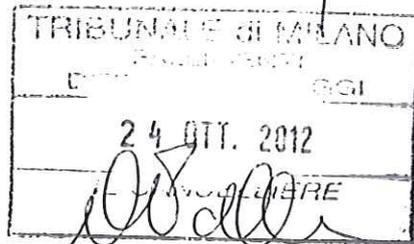
1) dichiara inammissibile la domanda di pre-concordato presentata da Camuzzi S.p.A., inammissibile e comunque inefficace la contestuale revoca della originaria domanda di concordato, ed inammissibile anche quest'ultima;

2) provvede come da separata sentenza sulla istanza di fallimento presentata da B.Fin S.r.l.

Milano, 4 ottobre 2012

Il Presidente

Dott. Filippo Lamanna



IL CASO.it