

Atti in frode: nozione, rilevanza delle azioni di responsabilità e trasformazione societaria quale mezzo di abuso del concordato

Tribunale di Padova, 23 ottobre 2014. Presidente, estensore Maria Antonia Maiolino.

Concordato preventivo - Atti in frode - Nozione - Occultamento del patrimonio - Alterazione della percezione dei creditori

Gli atti in frode di cui all'articolo 173 L.F. sono individuabili in ogni attività posta in essere dal proponente il concordato allo scopo di occultare il patrimonio, in modo da alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore, influenzando il loro giudizio.

Concordato preventivo - Atti in frode - Atti scoperti dal commissario giudiziale - Estensione della nozione al fatto non adeguatamente esposto nella proposta e dei suoi allegati

Il richiamo al fatto scoperto dal commissario giudiziale contenuto nell'articolo 173, comma 1, L.F. non si riferisce soltanto al fatto "scoperto" perché ignoto nella sua materialità, ma può comprendere anche il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati e che può dirsi "accertato" dal commissario giudiziale, in quanto individuato, nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente (Cass. 9050/2014).

Concordato preventivo - Atti in frode - Revoca del concordato - Rilevanza - Tutela dell'interesse pubblico - Informazione dei creditori prima del voto - Irrilevanza - Inaffidabilità del debitore quale ostacolo all'ulteriore svolgimento della procedura

Non è condivisibile l'opinione secondo la quale la sanzione della revoca del concordato come conseguenza di una condotta che incida sul diritto all'informazione dei creditori non opererebbe nell'ipotesi in cui le circostanze omesse emergano prima del voto, in quanto l'intervento del commissario giudiziale consentirebbe di ripristinare il loro diritto alla completa informazione. Le condotte cosiddette frodatrici, secondo la previsione dell'articolo 173 L.F., in quanto idonee ad alterare la corretta informazione ai creditori, sono, infatti, astrattamente idonee ad assumere rilievo addirittura nella fase di concordato "in bianco", prima ancora che il proponente abbia compiutamente esposto ai creditori la propria proposta di concordato ed il piano funzionale alla sua

realizzazione. La questione della revocabilità del concordato non può, pertanto, essere risolta con l'applicazione di principi meramente privatistici, per cui il voto dei creditori successivo ai chiarimenti del commissario giudiziale varrebbe a risolvere qualsiasi originaria asimmetria informativa. Si tratta di un tema ove vengono in rilievo principi anche di natura pubblicistica, per cui deve di necessità concludersi che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato articolo 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura. Cosicché l'accertamento ad opera del commissario giudiziale di atti di occultamento o dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'articolo 173 L.F., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento (Cass. 14552/2014)

Concordato preventivo - Esposizione dell'attivo - Informazione dei creditori - Azione di responsabilità - Rilevanza

La possibilità di esperire azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società, nonché dell'esperto contabile che abbia negligenzemente redatto la perizia in sede di trasformazione da società di persone a società a responsabilità limitata, costituiscono voci attive del patrimonio del debitore che debbono essere indicate nel piano concordatario, in quanto idonee ad influire sul giudizio dei creditori e ad influenzarne il voto.

Concordato preventivo - Trasformazione di società di persone in società a responsabilità limitata - Atti in frode

Costituisce atto in frode ai creditori ai sensi dell'articolo 173, comma 3, L.F. l'utilizzo dello strumento del concordato preventivo nell'ambito di un disegno articolato ed attuato mediante una serie di atti posti in essere con lo scopo di traghettare i soci della società di persone oltre la linea della propria responsabilità personale. (Nel caso di specie, era stata posta in essere una trasformazione della società in nome collettivo in società a responsabilità limitata e la perizia resa dall'esperto contabile in sede di trasformazione aveva sopravvalutato un bene immobile, i crediti ed il magazzino.)

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

A scioglimento della riserva assunta all'udienza collegiale del 23.10.2014, sentita la società, letti gli atti ed esaminati i documenti, il Collegio osserva quanto segue.

Premesse

La società proponente è stata convocata avanti al Collegio in camera di consiglio, con contestuale revoca della fissazione dell'adunanza dei creditori, all'esito del deposito della relazione ex art. 172 l.f. da parte del Commissario Giudiziale al fine di verificare la sussistenza o meno dei presupposti per la revoca dell'ammissione del concordato ai sensi dell'art. 173 l.f.

I rilievi del Collegio traggono origine dalla modalità con cui è stata disposta la trasformazione da s.n.c. a s.r.l. della società proponente, a pochi mesi dalla messa in liquidazione e pressoché contestuale accesso alla procedura di concordato, nonché dalla condotta successiva a detta trasformazione; i rilievi sono contenuti nello stesso decreto di fissazione di udienza, che vale – in parte qua - riportare testualmente:

- “rilevato in particolare che il Commissario ha evidenziato che il professionista che ha reso l'attestazione in sede di trasformazione della società da s.n.c. a s.r.l. ha fornito alcuni dati erronei, affermando l'esistenza di “un patrimonio dell'azienda” di € 3.800.000 e non dando atto piuttosto dell'integrale perdita del capitale al 31.12.2012, quando la società avrebbe potuto e dovuto registrare un patrimonio netto negativo per € 848.000;
- ritenuto che la circostanza darebbe origine a due profili di responsabilità: uno dell'attestatore per falsa attestazione nonché eventualmente dell'amministratore per concorso nell'illecito; l'altro dell'amministratore per prosecuzione dell'attività imprenditoriale tipica pur dopo la perdita integrale del capitale sociale, con maturazione di ingenti perdite fino al deposito della domanda di concordato;
- rilevato che il Commissario evidenzia altresì plurimi pagamenti effettuati in via preferenziale al ceto bancario (pag. 96 relazione), che rientrerebbero in parte nel periodo sospetto così da giustificare l'esperimento dell'azione revocatoria;
- ritenuto pertanto che vada verificata la configurabilità nella fattispecie dell'ipotesi di occultamento di parte dell'attivo o addirittura della commissione di atti frodatori, laddove non si tratta solo di aver disposto la trasformazione della società pochi mesi prima la proposizione della domanda di concordato (circostanza in trasparenza riferita sin dalla domanda di cp), liberando così i soci dalla responsabilità personale, bensì di avere disposto detta trasformazione sulla base di una perizia falsa, corresponsabile l'amministratore, aver consapevolmente proseguito l'attività d'impresa (perché la domanda di cp immediatamente dopo avrebbe contraddetto la scelta di trasformazione ed i dati contabili sulla cui base era stata condotta), maturando ulteriori ingenti debiti, in alcun modo pagati e preferendo piuttosto il pagamento dei soli debiti bancari per evitare aggressioni prima del decorso dell'anno atto ad impedire la dichiarazione di fallimento in proprio”.

L'art. 173 l.f. e la fattispecie astratta della revoca del concordato preventivo

L'art. 173 l.f., per la parte che interessa, stabilisce che:

“(primo comma) Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di

denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. (...)

(terzo comma) Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti (...) diretti a frodare le ragioni dei creditori (...)"

Preme a questo punto richiamare i principi fondamentali affermati dalla Suprema Corte in ordine ai presupposti di revoca del concordato.

La giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare che gli atti rilevanti ai sensi dell'articolo 173 l.f. hanno sicuramente natura fraudolenta, ma che non possono essere condotti alla norma tutti gli atti fraudolenti. La norma va infatti armonizzata con il sistema, che ha soppresso dai presupposti di accesso alla procedura di concordato preventivo il requisito della meritevolezza nonché tutti i requisiti di natura etica (in tal senso tribunale di Milano 28/4/2011, in www.ilcaso.it).

In primo luogo va evidenziato come non assuma automatico rilievo nella qualificazione di atto fraudolento ai sensi dell'articolo 173 l.f. l'idoneità o meno dell'atto a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori: ovvero l'atto distrattivo non è automaticamente atto fraudolento ai sensi dell'articolo 173 l.f. e d'altro canto l'atto non pregiudizievole sotto un profilo economico non è necessariamente neutro ai fini della revoca del provvedimento di ammissione. Basti al riguardo considerare che l'art. 173 l.f. menziona tra le condotte sanzionabili con la revoca del provvedimento di ammissione anche l'esposizione di passività insussistenti, che evidentemente non è una condotta idonea a pregiudicare le ragioni economiche dei creditori, atteso per l'appunto che si tratta di esporre debiti inesistenti, che quindi non saranno pagati in sede di esecuzione del concordato.

Questa stessa considerazione aiuta però comprendere quale sia la ratio della norma.

L'esposizione di passività insussistenti infatti, se non è idonea a distrarre attivo, è assolutamente idonea ad alterare la formazione della volontà in capo i creditori. L'aumento fittizio del passivo, infatti, induce i creditori a ritenere del tutto svantaggiosa qualsiasi alternativa alla proposta di concordato e quindi ad alterare il percorso logico che conduce alla determinazione del voto.

Cosicché la Corte di Cassazione è giunta a chiarire che "l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere accertato dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso scoperto essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori": e ciò alla luce della stessa espressione testuale dell'articolo 173, primo comma, l.f. da interpretarsi secondo il primo criterio ermeneutico dell'interpretazione letterale della norma (articolo 12 preleggi).

Inoltre l'atto di frode è quello dotato di una "attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione": "in altri termini, si tratta di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possono compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa" (in motivazione Cass. n. 13817/2011).

In conclusione atti di frode ai sensi dell'articolo 173 l.f. non sono gli interventi sul patrimonio del debitore, "ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio" (ibidem; in termini si legano anche Appello Milano 29/6/2011, Appello Venezia 24/11/2011, Appello Torino 21/5/2013: tutte pubblicate in www.ilcaso.it).

Principio che va ulteriormente precisato nel senso che "nell'interpretazione letterale e sistematica del riferimento agli atti accertati dal commissario, l'art. 173, 1 ° comma l.f. non esaurisce il suo contenuto precettivo nel richiamo al fatto "scoperto" perché ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi "accertato" dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente" (in motivazione Cass. n. 9050/2014).

La difesa preliminare della società proponente

La società proponente preliminarmente sostiene che la sanzione della revoca del concordato, quale precipitato di una condotta che cagioni una asimmetria informativa ai danni dei creditori, non opererebbe ogniqualevolta le circostanze omesse emergessero prima del voto dei creditori stessi, che proprio per intervento del Commissario Giudiziale vedrebbero ripristinato pienamente il proprio diritto alla completa informazione.

La tesi non appare condivisibile.

Urta in primo luogo con la stessa previsione normativa. L'interpretazione proposta porta a circoscrivere l'operatività dell'istituto della revoca ex art. 173 l.f. al segmento processuale tra l'adunanza e l'omologa del concordato: prima dell'adunanza infatti non vi sarebbe rischio di un voto non informato e dopo l'omologa non vi sarebbe più spazio per la revoca.

Al contrario l'art. 161/VI l.f. prevede espressamente che "il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda". Le condotte c.d. frodatore, tali denominate dall'art. 173 l.f. in quanto idonee ad alterare la corretta informazione ai creditori, sono quindi astrattamente idonee ad assumere rilievo addirittura nella fase "in bianco" del procedimento di concordato, prima ancora che il proponente abbia compiutamente esposto ai creditori la propria proposta di concordato ed il piano funzionale alla sua realizzazione.

In conclusione sul punto la questione della revocabilità del concordato non può essere risolta in mera applicazione di principi privatistici, per cui il voto dei creditori successivo ai chiarimenti del commissario giudiziale varrebbe a risolvere qualsiasi originaria asimmetria informativa: si tratta infatti di un argomento ove vengono invece in gioco principi anche di natura pubblicistica, per cui "deve di necessità concludersi che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato art. 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura" (in motivazione

Cass. 14552/2014). Coticché “l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 della legge fallimentare, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento” (ibidem). Né può affermarsi che in tal modo troverebbe ingresso la valutazione di meritevolezza del proponente il concordato, pacificamente espunta dai requisiti normativi per l'accesso alla procedura concorsuale minore, atteso che – come la stessa Suprema Corte sottolinea – “la meritevolezza era, infatti, un requisito positivo di carattere generale, che implicava la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore (sfortunato, ma onesto), nell'ottica di una procedura prevalentemente concepita come beneficio premiale. Era, quindi, nozione ben più ampia dell'assenza di atti di frode, non solo genericamente pregiudizievoli, ma direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria” (ibidem).

Le condotte contestate alla società proponente.

I fatti in concreto contestati a Alfa s.r.l. in liquidazione sono già stati sinteticamente menzionati in quanto riportati nel decreto di fissazione d'udienza: di seguito una più analitica esposizione.

La stima in sede di trasformazione della società

In primo luogo senza giri di parole deve affermarsi l'erroneità della perizia dello stimatore dott. Caio (allegato A all'atto di trasformazione) laddove ha recepito acriticamente una (soprav)valutazione dell'immobile aziendale del tutto inattendibile. Il professionista infatti riporta una valutazione dell'immobile aziendale per € 7.500.000, quando la società proponente solo dieci mesi dopo nella propria domanda di concordato indica detto valore in € 5.400.000.

La società infatti nella propria memoria 13.10.2014 contesta l'eccessiva svalutazione data dal Commissario Giudiziale ai valori attivi su cui poggia il concordato, senza considerare che nel caso di specie il Commissario non ha contestato la valutazione fornita dalla società, ma ha stigmatizzato la ingiustificata rilevante differenza di valorizzazione dell'immobile tra i dati forniti dal perito in sede di trasformazione da s.n.c. in s.r.l. e gli stessi dati forniti dalla società al momento dell'accesso alla procedura di concordato.

Ma vi è di più. La valutazione dell'immobile aziendale in € 7.500.000 è tanto più ingiustificata perché si tratta di un valore smentito in primo luogo dalle stesse indicazioni di valore fornite dalla società, sia prima che dopo la trasformazione.

Il bene immobile infatti riferisce il Commissario Giudiziale (pag. 50 relazione 172 l.f.), in parte qua non smentito dalla proponente, dopo la rivalutazione fiscale del 2008, che consentiva di adeguare la valorizzazione dei cespiti al valore di mercato sulla base di una perizia di stima di un tecnico, risultava iscritto in bilancio al valore di Euro 4.518.533,00. Successivamente i bilanci relativi agli esercizi 2011 e 2012, entrambi depositati unitamente alla domanda di cui all'art. 161/VI l.f., così come la situazione patrimoniale riportata nella relazione del liquidatore allegata al piano riportano tutti un valore poco superiore ad

€ 4.600.000: e, si badi bene, il bilancio 2012 è stato approvato dopo la trasformazione a primavera 2013 e quindi in un momento in cui la valutazione di € 7.500.000 era ben nota.

Quindi il fatto che il perito contabile in sede di trasformazione della società abbia fornito una valutazione dell'immobile superiore di circa il 50% rispetto al più corretto valore (così indicato dalla società in sede di bilanci nonché di proposta di concordato), peraltro già rivalutato solo 3 anni prima, senza fornire lui alcuna spiegazione in merito ma semplicemente "tralasciando il valore contabile" e senza che oggi la società riesca a difendere detta scelta, non può che significare che si trattò di una perizia basata su un dato fasullo. Non vale infatti a giustificare quella valutazione l'affermazione di Alfa per cui la stima del Commissario si baserebbe su valori liquidatori e quella del perito a dicembre 2012 su valori di funzionamento: qui – si ribadisce – il valore del perito è confrontato e smentito da tutti gli altri valori a disposizione della società quando la stessa era in pieno funzionamento e non dalla valutazione del perito nominato dal Commissario, che è solo leggermente inferiore rispetto al valore indicato dalla società proponente in sede di stesura di piano. La perizia 27.12.2013 che la società ha commissionato al geom. Lombardi conclude infatti con una stima tra € 5.400.000 e € 5.500.000 circa (allegato 4 al piano), valore del tutto compatibile con la minima revisione proposta oggi dall'ing. Rossi: ma è proprio il geom. Lombardi prima ancora che l'ing. Rossi a smentire il dott. Caio che ha redatto la stima del patrimonio della società utile ai fini della sua trasformazione.

Ma vi è ancora di più.

Il fatto che la ricca valutazione immobiliare del perito in sede di trasformazione sia stata disattesa dallo stesso amministratore in sede di redazione e successiva approvazione (quale socio) del bilancio 2012 non fa che confermare che l'immotivata sopravvalutazione e (fuor di metafora) la falsità del dato valutativo esposto erano circostanze a lui ben note: altrimenti davvero non si comprende (né adeguata spiegazione fornisce oggi la proponente) perché indicare in bilancio 2012 un valore nettamente inferiore rispetto a quello indicato poche settimane prima dal perito.

Quindi: condivide il Collegio l'ipotesi prospettata dal Commissario Giudiziale per cui sussistevano nel caso concreto gravi circostanze che potevano giustificare una contestazione di falsa perizia all'esperto contabile e di concorso nell'illecito in capo all'amministratore, che su quella perizia ha fondato la trasformazione da s.n.c. in s.r.l., fornendo dati fasulli ai creditori, cui la perizia di trasformazione è diretta affinché possano condurre ogni più opportuna valutazione in ordine garanzia assicurata alla soddisfazione dei propri crediti.

Altra erronea valutazione stigmatizzata dal Commissario ha ad oggetto i crediti, indicati in sede di trasformazione da s.r.l. in s.n.c. in € 4.170.000 (di cui € 2.800.000 circa per effetti s.b.f.), ovvero una somma nettamente superiore all'importo indicato poi dalla proponente in sede di piano. Anche partendo dai dati contabili contenuti nella relazione del liquidatore (pag. 14) la svalutazione che in sede di proposta di concordato conduce la posta attiva da € 1.799.861 (€ 2.287.855 di crediti contabili - € 495.376 di fondo rischi) ad € 647.382 dipende in via esclusiva dall'aumento del fondo rischi da € 495.376 ad € 1.647.855.

Ebbene, le considerazioni (del tutto condivisibili) a giustificazione della significativa svalutazione, svolte dalla società e condivise dall'attestatore in sede di proposta di concordato, sono ispirate a criteri che quanto meno in parte avrebbero dovuto a monte guidare la più corretta valutazione dei crediti in sede di stima resa in occasione della trasformazione sociale: ovvero la svalutazione dei crediti contestati e dei crediti ampiamente scaduti e non pagati.

Al contrario il dott. Caio si è limitato – senza alcuna spiegazione – a correggere il dato contabile di crediti per € 4.953.000 circa con una rettifica di € 285.000 per crediti non più recuperabili (non è dato sapere come individuati) ed un fondo svalutazione del 10% pari al citato importo di € 495.000 (anch'esso non meglio motivato e triplicato in sede di concordato).

Infine, le immobilizzazioni materiali in sede di stima prodromica alla trasformazione sono valutate dall'esperto in € 1.700.000 sulla base della "stima del titolare": la differenza rispetto al valore contabile di € 785.000 (e quindi la plusvalenza di un milione di euro) non è in alcun modo spiegata dal dott. Caio; solo che la stessa proponente e quindi lo stesso Tizio (liquidatore e già amministratore della società), in sede di proposta di concordato indica detto valore attivo a fonte di apposita perizia di stima in soli € 500.000 (di cui € 100.000 va imputato al valore dei marchi come da indicazione del dott. Cendron: pag. 11 relazione liquidatore); anche al riguardo la società proponente non offre alcuna valida giustificazione in ordine alla discrepanza.

Identiche considerazioni valgono poi con riferimento al magazzino: lo stesso è valorizzato in sede di concordato € 500.000 circa, quando il dott. Caio in sede di trasformazione aveva fornito un valore di € 1.190.000, sulla base dello stesso inventario fornito dall'amministratore della società.

Da tutto quanto esposto deve desumersi che il patrimonio positivo indicato in sede di trasformazione in € 3.800.000 era in realtà negativo (e del resto se la stima di gennaio 2013 non fosse erronea sarebbe davvero un mistero come sia stato possibile raggiungere un deficit di oltre quattro milioni nei pochi mesi fino alla presentazione della domanda di concordato: pag. 34 relazione 172).

La condotta dell'esperto contabile e dell'amministratore

Se ne deve desumere che l'esperto nel redigere la perizia di stima in sede di trasformazione ha reso una valutazione gravemente errata, tale da integrare (quanto meno) l'elemento della negligenza della stesura dell'elaborato. Ne consegue in primo luogo una sua responsabilità contrattuale per inadempimento all'obbligo assunto.

Ritiene altresì il Tribunale che nel caso di specie vada rinvenuta una specifica condotta illegittima anche dell'organo gestorio: l'amministratore ha un generale obbligo di valutare con oggettiva serietà la stima resa dall'esperto incaricato come ha l'obbligo di svolgere oculatamente la propria attività di impresa, ancor più in una situazione di crisi in cui si stava incanalando la società, all'indomani del blocco degli affidamenti da parte di Unicredit e delle tensioni con i fornitori. È infatti il Commissario che ci ricorda come la grave crisi della società sia esplosa quando tra ottobre e novembre 2014 Unicredit s.p.a. ha improvvisamente ed in unica soluzione revocato un affidamento per smobilizzo crediti per € 600.000 (pag. 11 relazione 172 l.f.). Da qui partono le difficoltà di pagare i fornitori e pertanto di rifornirsi in maniera ordinata.

Ebbene, nel caso di specie l'amministratore Tizio ha fornito dati in ordine alle immobilizzazioni materiali ed al magazzino da lui stesso smentiti in sede di proposizione di concordato; inoltre ha ommesso di evidenziare le evidenti lacune e contraddittorietà della perizia di stima del patrimonio, quanto meno laddove aumentava ingiustificatamente di € 2.100.000 il valore dell'immobile ed ometteva una adeguata svalutazione di crediti. A quest'ultimo riguardo va altresì sottolineato come sia ancor più immotivata la non svalutazione dei crediti (per quasi € 690.000) nei confronti delle società infragruppo (pag. 20 attestazione), le cui critiche condizioni patrimoniali dovevano essere ben note al Tizio.

In conclusione sul punto, si configura una responsabilità del perito contabile per erronea stima ed una corresponsabilità dell'amministratore per mancata vigilanza sull'opera resa dal dott. Caio e per avere condotto la società alla trasformazione da s.n.c. a s.r.l. sulla base di una perizia che occultava la perdita del patrimonio sociale.

La responsabilità dell'amministratore per la prosecuzione dell'attività sociale

Una volta chiarito da un lato che la stima non si limitava a riportare dati erronei, ma erroneamente stimava a fine 2012 come ampiamente positivo un patrimonio in realtà negativo; dall'altro lato, che detta circostanza era ben nota all'amministratore che aveva fornito in prima persona i dati su cui si fondava la stima fasulla e che pochi mesi dopo aveva approvato un bilancio di fine esercizio 2012 che registrava detto dato, al medesimo amministratore deve anche contestarsi di avere proseguito l'attività ordinaria nonostante la perdita del capitale, con aggravamento del dissesto e contrazione di nuovi debiti non adempiuti, quantificati dal Commissario Giudiziale in € 1.200.000.

Sempre il Commissario ha infatti riscontrato che nei pochi mesi tra la delibera di trasformazione della società e la presentazione della domanda di concordato sono stati contratti ulteriori debiti connessi all'attività ordinaria di impresa (in particolare coi fornitori), ma che la società non ha fatto fonte a dette ulteriori obbligazioni, preferendo soddisfare almeno in parte l'esposizione bancaria (da gennaio 2013 per € 1.200.000 circa di cui € 800.000 circa in periodo sospetto ai sensi dell'art. 67 l.f.: pag. 96 relazione 172): che i soci e lo stesso amministratore fossero fidejussioni degli istituti di credito creditori è poi circostanza che riferisce la stessa proponente nella memoria difensiva.

L'art. 173 l.f. e la fattispecie concreta della revoca del concordato preventivo

La difesa di merito della società proponente e la sua limitata pertinenza

Per comodità di esposizione, vale sin d'ora riprendere sinteticamente le difese della società proponente (memoria 13.10.2014 nel sub procedimento ex art. 173 l.f.), che afferma:

- di avere "dato conto con la massima trasparenza della circostanza della trasformazione nella forma societaria da snc a srl avvenuta nel gennaio 2013" (pag. 10); la circostanza varrebbe altresì ad escludere il dolo;
- di avere correttamente rappresentato la situazione patrimoniale della società al momento della presentazione della domanda di concordato;
- che i soci avevano versato a fondo perduto nella primavera 2013 oltre € 100.000, così sconfessando la tesi dell'intento frodatorio della propria condotta; avrebbero potuto proseguire come snc e così chiedere il cp, confidando nell'effetto esdebitatorio per i fideiussori (pag. 17): gli

elementi concreti escluderebbero che l'amministratore fosse consapevole di essere esposto "al rischio di un'azione di responsabilità" (pag. 23);
- che non sono ricompresi nell'art. 173 l.f. gli atti sottoponibili ad azione revocatoria (pag. 16): non sono "automaticamente atti di frode tutti quelli soggetti a revocatoria fallimentare in caso di fallimento".
Preme al Collegio innanzitutto richiamare l'attenzione sul fatto che il decreto di fissazione di udienza evidenzia un duplice richiamo alla norma citata.

Sotto un primo profilo le condotte riportate, ovvero l'erronea relazione di stima del perito contabile utilizzata in sede di trasformazione della società e l'omissione di vigilanza sul professionista da parte dell'amministratore; l'aggravamento del dissesto da parte dell'amministratore medesimo, che ha proseguito l'ordinaria attività imprenditoriale dopo la perdita del capitale; il compimento di ingenti pagamenti a favore del ceto creditorio bancario, con sacrificio dei crediti dei fornitori (anche successivi all'1.1.2013); infine l'accesso alla procedura di concordato con richiesta di termine ex art. 161/VI l.f. poche settimane prima la scadenza dell'anno dalla trasformazione, potrebbero essere congiuntamente ricondotte ad un'ipotesi di atto frodatario rilevante ai sensi dell'art. 173/III l.f.

Sotto altro profilo le medesime condotte potrebbero assumere rilievo anche solo perché taciute dalla società proponente, in violazione del dovere di adeguata disclosure in sede di proposta di concordato: silenzio rilevante quindi ai sensi dell'art. 173/I l.f.

La distinzione dei due profili è fondamentale, giacché le esposte difese della società (con sola eccezione della difesa preliminare, di cui già si è detto) sono pertinenti rispetto alla prima ipotesi, ma non lo sono con riferimento alla seconda. Infatti mentre con riferimento a detta prima ipotesi può discutersi della buona o mala fede dell'amministratore e liquidatore Tizio e dei soci nel momento in cui la trasformazione fu deliberata o l'attività di impresa fu proseguita, nel secondo caso la verifica dell'elemento soggettivo – giacché non è in discussione che la condotta rilevante ai sensi dell'art. 173 l.f. debba essere supportata da dolo – deve essere condotta sotto il profilo oggettivo con riferimento alla mera condotta del silenzio e sotto il profilo temporale con riferimento al momento in cui è stata proposta la domanda di concordato e non con riferimento al momento in cui le singole condotte siano state tenute.

Ovvero, ai fini della configurabilità dell'occultamento dell'attivo, rilevante ai sensi dell'art. 173/I l.f., è irrilevante ad esempio che il Tizio non fosse consapevole del rischio di incorrere in responsabilità gestoria mentre proseguiva l'ordinaria attività di impresa, giungendo i soci anche a versare a fondo perduto cospicue somme nella società, assumendo piuttosto rilievo il fatto che la circostanza della responsabilità dell'esperto contabile o della sua stessa responsabilità per aver aggravato il dissesto – pur verificata ex post - non sia stata riferita quale possibile fonte di attivo al momento della presentazione del piano di concordato. Ciò che rileva, infatti, ai fini del difetto informativo di cui all'art. 173/I l.f. non è la mala gestio dell'amministratore in sé, bensì la scelta – compiuta evidentemente in un momento successivo, ovvero alla stesura del piano – di non riferire la circostanza della mala gestio.

Ancora, gli atti revocabili (i pagamenti agli istituti bancari per circa € 800.000: pag. 96 relazione 172 l.f.) non sono stati contestati ai fini dell'art. 173 l.f. in quanto integranti atti in frode, ma in quanto integranti

atti revocabili ai sensi dell'art. 67 l.f. e quindi ipotetiche (ma ben definite) poste attive in ipotesi di fallimento della società: circostanza ancora una volta taciuta dalla proponente.

Preme pertanto verificare a questo punto le circostanze di fatto che sarebbero all'origine dei profili di responsabilità ipotizzati a carico dell'esperto contabile e dell'amministratore-liquidatore.

La configurabilità in concreto della fattispecie di cui all'art. 173 l.f.: il terzo comma

Ebbene, tutte le circostanze esposte paiono al Tribunale significative se esaminate unitariamente.

Ovvero, la crisi conclamata nel secondo semestre 2012 con chiusura degli affidamenti bancari ed improvvisa richiesta di rientro di Unicredit s.p.a., da un lato, e tensioni con i fornitori, dall'altro lato, attribuiscono un significato pregnante alla scelta di trasformare la società da s.n.c. a s.r.l., giacché quanto meno a far data da detta trasformazione i soci si liberavano dalla responsabilità personale: è difficile pertanto considerarla una scelta autonoma nella vita della società e non piuttosto un tentativo di limitare i danni in ipotesi di aggressione concorsuale. Sarà anche vero che – come evidenzia la proponente – la società avrebbe potuto tentare l'accesso alla procedura di concordato già come s.n.c., con eventuale liberazione dei soci-garanti, ma l'alternativa al concordato non sarebbe stato il rischio di fallimento di una società di capitali, bensì il rischio di fallimento di una società di persone e dei suoi soci.

Se a ciò si aggiunge che detta trasformazione (ovvero la soluzione al rischio di responsabilità personale illimitata) è condotta sulla base di una perizia gravemente erronea proprio su alcuni punti che erano pacificamente riconoscibili dall'amministratore ed, anzi, con la sua diretta collaborazione nella valutazione di alcune importanti poste attive (l'immotivata significativa sopravvalutazione dell'immobile; la valutazione di immobilizzazioni e magazzino del tutto discordante rispetto all'indicazione fornita dallo stesso liquidatore in sede di concordato); che l'amministratore, ben consapevole del patrimonio negativo, prosegue l'attività di impresa ordinaria; che lo stesso amministratore da un lato contrae elevati nuovi debiti con i fornitori, ma dall'altro impiega l'attivo riscosso per far fronte all'esposizione bancaria, nei cui confronti la famiglia Tizio è esposta con fiejussioni (ce lo dice la stessa difesa della proponente nella memoria difensiva 13.10.2014); infine che lo stesso amministratore a otto mesi dalla trasformazione della società, decide di metterla in liquidazione, affittando l'azienda ad una società newco sempre di origine familiare, proponendo domanda ex art. 161/VI l.f., che con la concessione del termine consente di superare l'anno dalla trasformazione della società da s.n.c. in s.r.l., e con il piano prevedendo la cessione dell'azienda alla medesima newco, senza ipotizzare anche la possibilità di verificare sul mercato eventuali ulteriori interessati in modo da garantire il massimo realizzo e la massima tutela dell'interesse dei creditori; insomma, se si leggono tutti questi elementi unitariamente e non atomisticamente, pare al Tribunale che gli stessi siano legati da un filo conduttore coerente. Ovvero l'intenzione di concludere con la soluzione concordataria il progetto iniziato con la trasformazione societaria basata sulla stima fasulla e concluso con il totale silenzio in sede di proposta di concordato sull'intera vicenda come ricostruita: progetto di trattenere l'azienda in famiglia (scelta di per sé non censurabile se rispettosa del migliore interesse di creditori),

liberandola dai debiti maturati in capo alla proponente e liberando al contempo i soci da responsabilità illimitata, privando però i creditori della garanzia di verificare l'effettiva capienza del patrimonio al momento della trasformazione ed anzi illudendoli di una solidità patrimoniale del tutto insussistente.

Si tratta allora sì del compimento di atti di frode ai sensi dell'art. 173/III l.f., tali dovendosi intendere ovviamente non i singoli pagamenti al ceto bancario o la trasformazione della società in assenza dei legittimi presupposti, quanto l'utilizzo dello strumento del concordato nell'ambito di un disegno articolato partito a fine 2012 e complessivamente delineato attraverso una serie di atti illegittimi per traghettare i soci oltre la linea della propria responsabilità personale: atti illegittimi – si ribadisce – integralmente taciuti in sede di proposizione della domanda.

La configurabilità in concreto della fattispecie di cui all'art. 173 l.f.: il primo comma

Per mera completezza osserva in ogni caso il Collegio come, quand'anche non si volessero riconoscere gli atti di frode di cui all'art. 173/III l.f., ricorre nel caso di specie la fattispecie di cui all'art. 173/I l.f.: sono state invero taciute una serie di circostanze che la società aveva il dovere di riferire in sede di formulazione della proposta di concordato ai creditori.

La potenziale azione di responsabilità all'esperto contabile ed all'amministratore per la perizia gravemente negligente in sede di trasformazione e la potenziale azione di responsabilità ancora nei confronti dell'amministratore per l'aggravamento del passivo dopo la perdita integrale del capitale sono circostanze che integrano voci attive che andavano indicate in piano. Si tratta infatti di circostanze idonee ad influire sul giudizio dei creditori e quindi ad influenzare il loro voto (Cass. n. 13817/2011 e Cass. n. 3543/2014): e ciò basta ad integrare l'obbligo di disclosure.

È invero intuitivo che i creditori siano condizionati nell'espressione del voto sia dalle prospettive di diverso realizzo nell'alternativa fallimentare (in termini di azione di responsabilità, così come di azione revocatoria bancaria dei pagamenti) sia dalla stessa conoscenza dell'iter non pienamente rispettoso delle loro ragioni di credito che ha consentito alla società di approdare alla soluzione concordataria.

Il fatto che si tratti di mere prospettive di azione e non di diritti di credito già accertati non elide del resto detto obbligo: la valutazione concreta in ordine alle prospettive di recupero dell'eventuale pronuncia condannatoria è questione che non può certo essere sviscerata in questa fase. Ciò che rileva è prima di tutto il silenzio su circostanze rilevanti ai fini della formazione del consenso, il fatto poi che il liquidatore non abbia beni utilmente aggredibili è una considerazione che la società poteva aggiungere nell'ambito di una piena disclosure (e comunque nulla si dice in ordine alla capienza del dott. Caio e nessuno può dubitare della revocabilità almeno parziale delle rimesse solutorie per circa € 800.000 elencate dal Commissario giudiziale: pag. 96 relazione 172 l.f.).

Quanto infine al presupposto del dolo, non considera la proponente nelle proprie difese che ai fini della fattispecie di revoca di cui al primo comma lo stesso non necessariamente deve consistere nella consapevolezza del rischio all'azione di responsabilità da parte dell'amministratore, ma si configura "anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori"

(Cass. n. 10778 del 2014), senza che sia necessaria “la preordinazione dolosa del fatto” (in motivazione Cass. n. 17191/2014).

Ne consegue la necessità di revocare il concordato di Alfa s.r.l. in liquidazione.

Tutto ciò premesso il Collegio

PQM

Revoca l’ammissione del concordato Alfa s.r.l. in liquidazione;
manda al Commissario per la comunicazione ai creditori della circostanza della revoca e per le operazioni di chiusura della procedura;
dispone la trasmissione del provvedimento alla Procura della repubblica per ogni eventuale iniziativa di competenza.

Si comunichi.