



riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

Dott. Alida Paluchowski	Presidente
Dott. Mirko Buratti	Giudice
Dott. Silvia Giani	Giudice relatore

ha pronunciato il seguente

DECRETO

L'ammissione ai procedimenti di concordato preventivo presentati dalle società Newc. spa e Newc. srl va revocata, ai sensi dell'art. 173 LF per le seguenti ragioni.

1. *Il procedimento ex art. 173.* Su ricorso dep. il 6 ottobre 2011 dai commissari con riferimento alla società Newc. spa, il Tribunale ha aperto d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato di detta società ed altresì della società controllata

Industriale Newc. srl, fissando l'udienza nel contraddittorio delle parti del 2 novembre 2011;

la convocazione di entrambe le società è stata determinata dal fatto che la società Industriale Newc. s.r.l., successivamente al deposito della domanda presentata da Newc. s.p.a., ha presentato una domanda di concordato subordinato all'omologa del concordato preventivo della società Newc. s.p.a, che la controlla al 100%;

a fondamento del ricorso ex art. 173 LF, i commissari hanno segnalato fatti che incidono sulla fattibilità del concordato, l'esistenza di gravi atti in frode, l'illegittima formazione delle classi, nonché la presenza di rilevanti lacune informative, tali da non fornire ai creditori gli elementi necessari per una manifestazione di voto che sia espressione di un consenso informato;

le società Newc. s.p.a. in liquidazione e concordato preventivo, in persona del liquidatore la società Industriale Newc. s.r.l. in liquidazione e concordato prev., in persona del liquidatore....., si sono costituite, depositando memoria autorizzata dat. 25 ottobre 2011.

All'udienza i commissari hanno depositato una memoria di replica. Il Tribunale, acquisita la memoria, ha invitato la società resistente a valutare se avvalersi del diritto di chiedere un termine a difesa. A fronte dell'espressa -e ribadita- rinuncia da parte della società ad avvalersi di tale termine, il Tribunale ha invitato alla discussione, consentendo alla resistente, a mezzo del difensore e del liquidatore, un'ampia illustrazione verbale delle osservazioni e difese.



2- *Le domande di concordato.* Per una migliore comprensione dei fatti, è opportuno illustrare, seppure in modo sintetico, i piani sui quali si basavano le domande di concordato, depositate rispettivamente in data 31 maggio 2011 dalla società Newc. spa (d'ora innanzi NCC s.p.a) e in data 17 giugno 2011 dalla società Industriale Newc. s.r.l. (d'ora innanzi NCC s.r.l.). Entrambe le società, che si trovavano in uno stato di conclamata insolvenza, sono state ammesse al concordato, pur con numerose criticità.

Il piano liquidatorio, con cessione di beni, della NCC spa, il cui passivo ammonta ad euro 52.000.000,00 circa, di cui oltre euro 4.000.000 per soli debiti verso Equitalia-Esatri, alla data della domanda era così riassumibile:

omissis

3. *La modifica del piano Newc. spa:* Ciò riepilogato in ordine ai piani, va altresì subito evidenziato che, in data 29 settembre 2011, la società ricorrente Newc. spa, dato atto della non realizzabilità del piano con riferimento alla cessione del ramo d'azienda "**Perosa**" alla società **Cotonificio A. spa**, depositava una incisiva modifica al piano consistente nella vendita atomistica dei beni, in luogo della cessione dell'azienda con salvaguardia dei posti di lavoro, pregiudicando ovviamente, con tale rilevante modifica, la salvaguardia dei posti di lavoro assicurata nel piano originario. In data 13 settembre 2011, e quindi prima ancora del deposito della rilevante modifica del piano, il liquidatore, senza alcuna comunicazione ai commissari e senza alcuna richiesta di autorizzazione, dava inizio alle operazioni di vendita dei beni .

4. *La modifica della proposta di Newc. s.r.l.:* in data 5 agosto 2011 la ricorrente depositava modifica della domanda di concordato, sostituendo la percentuale di soddisfacimento della classe 2 con lo 0,50 % in luogo del 2%.

5. *Notizie in ordine alle società in concordato.* Prima di entrare nel merito dei motivi posti alla base del presente procedimento, appare altresì opportuno fornire alcune succinte notizie sulle due società in concordato.

Entrambe le società, alla data di deposito delle domande, si trovavano in stato di conclamata insolvenza.

La NCC spa si è costituita nel 2006, acquistando il ramo d'azienda costituito dagli stabilimenti di Cagno e Sondrio dal cotonificio Olcese s.p.a., in amministrazione straordinaria.



Tra il 2006 e il 2008 ha effettuato numerose operazioni di carattere straordinario, solo in minima parte finanziate con capitale proprio e, a detta dei commissari, “ frutto di una politica gestionale di carattere speculativo” (cfr. ricorso, p 28 e ss e spec 31).

In tutti gli esercizi, a partire dal primo, relativo all’anno 2006 fino al 2010, senza soluzione di continuità, la società ha avuto rilevanti perdite di esercizio. E precisamente: nel 2006 euro 104.189, nel 2007 euro 886.347, nel 2008 euro 5.527.281, nel 2009 euro 2.699.527, nel 2010 euro 23.060.929, con un patrimonio netto, divenuto negativo, stando ai bilanci (e su questo si tornerà), nel 2010, per euro 16.083.693 (p 41 ricorso).

La struttura patrimoniale della società, sin dalla sua origine, è caratterizzata da uno squilibrio finanziario, con preponderante ricorso al capitale di terzi, necessitante apporti

finanziari finalizzati alla ricostituzione del capitale di rischio. L’esame degli indici di liquidità e d’indipendenza finanziaria, sempre al di sotto della soglia di equilibrio, denota che la società si è sempre trovata in una situazione di costante squilibrio finanziario.

Già a fine 2007 la società si è venuta a trovare in una situazione di squilibrio reddituale e forte tensione finanziaria, mascherati, come meglio si vedrà, da politiche di bilancio illecite che hanno occultato le perdite prodotte dalla società, determinando un ingente aggravamento del dissesto sociale (p 31 ricorso).

5.1 La Newc. s.r.l. La società Industriale Newc. srl, totalmente controllata dalla spa, è stata costituita nel novembre 2009 e ha iniziato ad operare dal 1 gennaio 2010, a seguito del conferimento da parte di Newc. spa di un ramo d’azienda, quello di Cagno, comprensivo dell’immobile e dei relativi beni aziendali.

Val la pena anticipare sin d’ora che, come accertato dai commissari, l’immobile di Cagno fu stimato, in sede di conferimento, euro 13.000.000 (tredicimilioni), a fronte di un esborso, sostenuto solo pochi giorni prima da NCC SPA, per il suo acquisto, di euro 2.300.000,00 (duemilioneitrecentomila) (p 36 ricorso).

6. Gli atti di frode. Venendo adesso al merito dei rilievi dei commissari, ritiene questo Tribunale che la società Newc. s.p.a. ha perpetrato gravi atti in frode, tali da giustificare, anche di per sé soli valutati, per la loro oggettiva rilevanza, la revoca dell’ammissione del concordato ai sensi del disposto del primo comma dell’art. 173 LF.

Pur essendo molteplici gli atti in frode accertati dai commissari, che hanno determinato rilevanti occultamenti di perdite, e ci si riferisce all’omessa svalutazione del magazzino per l’importo di euro 900.000,00, all’omessa rilevazione di costi di esercizi connessi ai contratti di leasing in corso per euro 683.328, ed altresì per euro 76.888 e all’omessa



svalutazione di crediti, per euro 1.293.393,00, operazioni tutte analiticamente descritte dai commissari nella loro relazione e determinanti un occultamento di perdite complessive per euro 1.583.328, (si vedano p 31-36 ricorso), a fronte delle quali nessuna osservazione o rilievo è stato fatto dalla società nella memoria difensiva e neppure verbalmente all'udienza, l'operazione sulla quale questo Tribunale intende soffermare la sua attenzione, per la sua oggettiva rilevanza, è quella del conferimento dell'immobile da parte della società Newc. spa alla controllata Newc. s.r.l.

Come già accennato, la NCC spa ha conferito alla neocostituita NCC srl, nel 2009, l'immobile di Cagno, valorizzandolo, sulla base di una stima di tale geom. Mutti, in euro 13.000.000 (tredici milioni). Tale immobile era entrato nel patrimonio della società NCC spa pochi giorni prima, con un esborso da parte della società di (soli) euro 2.300.000.

Per effetto della ingente e dolosa sopravvalutazione dell'immobile conferito (13.000.000 invece di 2.300.000), nel bilancio della società ricorrente si è creata una **illecita plusvalenza contabile da conferimento di euro 10.190.274**, utilizzata per compensare le ingenti perdite della NCC Spa relative all'esercizio 2009, di euro 12.966.689 e, dopo la detta operazione, divenute di euro 2.669.527.

Data la sua importanza ai fini del presente giudizio (sebbene, come detto, non sia l'unico atto in frode rilevato dai commissari), appare opportuno soffermarsi su tale operazione di conferimento che, ovviamente, non ha comportato alcun passaggio di denaro, ma l'acquisto da parte della controllante dell'integrale partecipazione della costituita s.r.l., con l'iscrizione in bilancio della relativa partecipazione.

Ed invero, **tale conferimento immobiliare ha consentito il trasferimento del bene alla società di nuova costituzione, ricevendone in contropartita la partecipazione totalitaria della società conferitaria.** In altre parole, la società conferente ha iscritto all'attivo della situazione contabile, al posto dei beni conferiti, il valore della partecipazione nella controllata a seguito del suddetto conferimento.

Venendo nello specifico alla situazione patrimoniale della NCC S.p.a., i debiti conferiti erano superiori alle attività conferite, con conseguente determinazione di un patrimonio netto contabile di conferimento negativo, pari a circa -5,950 mil, come rappresentato:

ATTIVO		PASSIVO	
BENI IMMOBILI	2.400.000,00	DEBITI	11.050.000,00
ALTRE ATTIVITA'	2.700.000,00		



		NETTO NEGATIVO	- 5.950.000,00
TOTALE	5.100.000,00	TOTALE	5.100.000,00

In forza della dolosa sopravvalutazione dell'immobile, conferito e iscritto nel bilancio della neo costituita NCC s.r.l. per euro 12.600.000, invece di euro 2.400.000, la NCC Spa ha occultato nel suo bilancio ingenti perdite. Più precisamente:

per effetto dell'iscrizione nella contabilità della società conferitaria NCC Srl dell'immobile al maggior valore di euro 12.600.000, il patrimonio netto della medesima società venne a determinarsi nel valore positivo di € 4.250.000 circa (pari alla differenza tra attivo e passivo conferiti), come rappresentato:

Società conferitaria NCC SRL			
ATTIVO		PASSIVO	
BENI IMMOBILI	12.600.000,00	DEBITI	11.050.000,00
ALTRE ATTIVITA'	2.700.000,00	PATRIMONIO NETTO	4.250.000,00
TOTALE	15.300.000,00	TOTALE	15.300.000,00

La società conferente NCC Spa, in cambio del patrimonio conferito, ha così iscritto nel proprio bilancio il valore della partecipazione totalitaria nella società NCC Srl, pari ad euro 4.250.000,00, conseguendo il risultato di stralciare il netto patrimoniale negativo dei beni conferiti, pari a -5,950 milioni. In altre parole, da tale operazione contabile è scaturita una illecita plusvalenza da conferimento di € 10,2 mil, pari alla differenza tra il valore della partecipazione e il netto negativo conferito, ovvero: € 4.250.000 - (€ - 5.950.000) = € 10.200.000.

Orbene, i commissari hanno accertato che il bene, conferito al prezzo di euro 12.600.000, è stato enormemente e ingiustificatamente sopravvalutato rispetto al reale suo valore alla data del conferimento e che proprio grazie a tale sopravvalutazione si è generata la dolosa copertura delle perdite di bilancio.

Depongono in tale senso le seguenti inequivoche circostanze oggettive: a) l'esborso sostenuto dalla società solo pochi giorni prima del conferimento per l'acquisto dell'immobile era pari ad euro 2.300.000; b) la stessa società, nell'ambito del concordato preventivo della Srl, ha indicato quale stima del bene l'importo tra euro 3.175.000 e 3.730.000. c) La dott. Cairo, perito nominato nel corso del procedimento su richiesta dei



commissari, ha confermato l'assoluta non congruità, per manifesta esorbitanza, della stima effettuata da tale geom. Mutti e posta alla base del conferimento del bene.

Le operazioni sopra indicate hanno dunque comportato un rilevantissimo **occultamento delle perdite, pari ad euro 10.267.192**, in conseguenza della sola operazione sopra descritta, di conferimento dell'immobile alla neo costituita NCC srl e di ulteriori euro 1.583.328, in conseguenza delle altre operazioni sopramenzionate.

Come accertato dai commissari, dal risultato rettificato dell'esercizio al **31/12/2009**, **emerge l'integrale perdita del capitale sociale**, che avrebbe imposto l'immediata messa in liquidazione della società la quale, viceversa, ha continuato l'attività sociale, secondo criteri imprenditoriali, fino alla data di presentazione della domanda di concordato.

La **predisposizione di bilanci illeciti** ha dunque reso possibile l'illegittima protrazione dell'attività d'impresa fino alla data della domanda di concordato, causando un enorme aggravio del dissesto aziendale.

Tenuto conto della differenza tra il patrimonio netto positivo della società alla data del 31 dicembre 2009 (euro 6.977.236) e quello negativo alla data del 31 maggio 2011 (euro 16.565.500), i commissari hanno ravvisato il danno sociale cagionato dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale nell'ingentissimo importo di euro 16.000.000 (sedecimilioni).

Va detto che in ordine agli atti in frode sopra descritti, e segnalati dai commissari nel ricorso ex art. 173, ed in particolare all'occultamento delle ingentissime perdite in conseguenza del conferimento alla neo costituita società dell'immobile di Cogno per il valore di euro 12.966.689, non sono stati effettuati dalla società osservazioni, rilievi o contestazioni, né nella memoria difensiva né verbalmente all'udienza.

La difesa ha invero richiamato, in diritto, la nota sentenza Cass 23 giugno 2011 n 13817, per contestare che la società avesse perpetrato atti in frode rilevanti ai fini della revoca, senza alcuna menzione né contestazione specifica dell'atto sopra descritto, ma solo con riferimento ad aspetti diversi, quale l'avvenuta enunciazione nel ricorso della qualità di socio della Banca Intesa (cfr p 20-22 memoria società).

6.1. Gli atti sopra evidenziati, e specificamente l'ingente plusvalenza derivata dalla dolosa sopravvalutazione dell'immobile costituiscono atti in frode dei creditori, idonei a determinare la revoca del concordato.

L'art. 173 LF prevede invero, al suo primo comma, che in caso di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, di dolosa omessa denuncia di crediti, di esposizione di passività insussistenti o di commissione di altri atti di frode, sussistono gli estremi per la



revoca del procedimento. Al suo terzo comma la norma prevede la revoca dell'ammissione in qualunque momento risulta che manchino le condizioni prescritte per l'ammissibilità.

La norma, esistente già nel RD n 267/1942, è tuttora vigente nel nostro ordinamento, avendo passato indenne, quanto ai presupposti della revoca, le varie modifiche: decreto competitività del 2005; riforma organica del 2006 e il correttivo 2007, nel quale ultimo ha solo subito una modifica di carattere letterale, conseguenza del fatto che è stata abrogata l'iniziativa d'ufficio per il procedimento di fallimento.

La persistente operatività dell'art. 173 l. fall., dopo il correttivo, è senz'altro idonea a fugare ogni dubbio sulla sua vigenza. Nonostante le discussioni in dottrina, prima della riforma del 2007, sulla persistente vigenza, il legislatore, ben lungi dall'abrogare la norma

e con essa la rilevanza degli atti di frode, si è limitato a sostituire alla previsione dell'apertura d'ufficio del procedimento per la dichiarazione di fallimento, quella per la revoca dell'ammissione dal concordato, in conseguenza della soppressione in capo al Tribunale del potere di dichiarare d'ufficio il fallimento.

La relazione illustrativa del correttivo, all'art. 14, ribadisce che è prevista "la revoca ove si accertino “i gravi fatti indicati nella norma e la mancanza delle condizioni di ammissibilità””.

Un'interpretazione della norma conforme all'art. 12 disp sulla legge, che notoriamente vuole che alla legge non s'attribuisca "altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", e altresì all' *intentio legis*, quale risultante dalla citata relazione illustrativa del correttivo, non si concilia con interpretazioni abrogatrici o parzialmente abrogatrici, che richiedano, per la ravvisabilità degli atti di frode, requisiti non contemplati dal testo.

La nozione di "atti in frode", ovviamente diversa e ben più grave di quella che giustifica l'esperimento di azioni revocatorie fallimentari, è assai ampia, tale da abbracciare ogni genere di grave atto illecito commesso dal debitore, che partecipi della natura degli atti tipizzati nello stesso 1° co. dell'art. 173 l.fall., cui si assiste "se 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”.

Sono atti in frode i gravi fatti, ravvisabili nel caso di specie, diretti ad aggravare il dissesto in modo consistente, che comportano accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, idonei ad arrecare pregiudizio diretto ai creditori, diminuendo la garanzia di cui all'art. 2740 c.c. (T Roma, 20 aprile 2010).



Nel caso di specie le condotte fraudolente antecedenti alla domanda di ammissione al concordato preventivo hanno avuto un rilevantissimo impatto sulla crisi, avendo occultato perdite di entità tale da determinare addirittura l'integrale azzeramento del capitale sociale. L'importanza di tale norma, nel delineare i poteri immanenti d'intervento del tribunale, che possono esercitarsi **in ogni momento**, anche in fase di omologazione, è stata di recente riconosciuta dalla Suprema Corte che, nel ribadire l'essenzialità del controllo del Tribunale, ha affermato che esso non viene meno nel corso della procedura, potendo il Tribunale revocare, in qualunque momento, la procedura ove, all'esito degli accertamenti del commissario giudiziale, siano accertati atti in frode o risultino difettare le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, anche se ciò avvenga in sede di omologazione e in assenza di opposizione (Cass. 15 settembre 2011 n 18864).

Il primo comma dell'art. 173 LF, a differenza del terzo comma, riferisce le condotte in esso previste al periodo precedente al deposito della domanda di concordato, senza alcun riferimento ad un fine ingannevole teleologicamente orientato a conseguire vantaggi ingiusti attraverso la procedura concordataria.

La difesa della ricorrente, richiamando la menzionata sentenza della Cassazione n 13817/2011 argomenta la non ravvisabilità dell'atto di frode dal fatto 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, non potendosi certo attribuire al termine "accerta" il significato di "trova la conferma di quanto già enunciato nella domanda" in ordine a determinati eventi".

Al riguardo si osserva, innanzitutto, la non pertinenza del richiamo al caso di specie, non essendovi stata alcuna enunciazione "confessoria" dei fatti in esame nella domanda di concordato. Al contrario, come verrà testè esaminato, i fatti sono stati occultati e non vi è stata alcuna trasparenza da parte del proponente, con conseguente impossibilità da parte dei creditori di esprimere un consenso informato.

Va comunque aggiunto, e ciò rileva anche al fine delle ulteriori osservazioni della difesa su altri aspetti della vicenda che verranno in seguito esaminati, che il passaggio estrapolato dalla detta sentenza, non è condivisibile. La narrazione nel ricorso per concordato di un nudo fatto non implica né contiene la valutazione giuridico-economica del suo carattere frodatorio, essendo l' "accertamento" il risultato cui si perviene, con un atto intellettuale e valutativo, dopo un attento e prudente esame dei fatti. L'accertamento non presuppone



necessariamente che i nudi fatti siano stati occultati, perché essi devono essere valutati per stabilirne il loro carattere frodatario. Persino la confessione che verte solo sui fatti contrari agli interessi del confidente, postula una successiva attività di accertamento e di qualificazione giuridica. L'enunciazione in una domanda di concordato, ad esempio, della vendita di un bene, non comporta di per sé sola la qualificazione dell'atto come atto in frode. Tale qualificazione può essere il risultato di un accertamento a cui si giunga nel corso del procedimento, ad es., dopo che il bene venga stimato, nel più ampio contesto del piano proposto dal debitore.

Non può trarsi dunque argomento dal verbo "accertare" nel disposto dell'art. 173 –che recita " il commissario, se accerta che il debitore ha occultato...deve riferirne immediatamente..."- per escludere la rilevanza di fatti eventualmente esposti nel concordato perché diversamente, sempre a detta della difesa del debitore, richiamandosi alla detta sentenza, il tribunale dovrebbe "riprendere in considerazione e diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all'ammissione" e quindi, in sostanza esercitare "un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente che costituirebbe una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive".

Ribadito che nel caso di specie i detti atti in frode erano stati occultati e per ciò solo l'argomentazione richiamata non è applicabile, va altresì osservato che tale lettura non è condivisibile perché la modifica della pronuncia emessa in sede di ammissione del concordato preventivo, a seguito del procedimento di riesame di cui all'art. 173 LF, rientra nella *ratio* della norma che è quella, appunto, d'interrompere il procedimento quando emerga la sussistenza delle condizioni contemplate dalla norma medesima. Ed invero, in sede di ammissione, il Tribunale fonda le sue valutazioni sull'esposizione dei fatti del ricorrente e sulla relazione asseverata in modo estrinseco ed essenzialmente logico, basandosi precipuamente sulle allegazioni formulate dal richiedente e dall'attestatore, nominato dal ricorrente e, in pratica, suo consulente (che, nel caso di specie, tra l'altro nulla ha evidenziato con riferimento alla non veridicità dell'appostazione del conferimento), mentre, dopo le verifiche del commissario giudiziale, il Tribunale dispone di un bagaglio più ampio di conoscenze sui dati oggettivi e sulle valutazioni di fattibilità del piano, che ben possono portare a una diversa valutazione rispetto a quella sommariamente e superficialmente effettuata in sede di ammissione (v. Cass. 18864/2011).



7. *La mancanza di trasparenza e le carenze informative.* Nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale vi è di più. La ricorrente ha del tutto taciuto nella proposta gli atti illeciti perpetrati, volti ad occultare le ingenti perdite della società, tanto da determinare l'integrale perdita del capitale sociale sin dall'esercizio 2009. La prosecuzione dell'attività sociale secondo criteri imprenditoriali fino alla data della domanda di concordato preventivo ha causato un ingentissimo dissesto, mascherato ai creditori e quantificato dai commissari, sulla base della differenza dei netti patrimoniali tra gli esercizi 2009 e 2011, addirittura in euro sedici milioni. E' evidente quindi che, anche sotto il profilo della correttezza e della trasparenza, la condotta della ricorrente è stata tale da non mettere i creditori in condizione di esprimere un voto che sia espressione di consenso informato, valutando compiutamente la convenienza del concordato rispetto all'alternativa fallimentare.

E' ben vero che la convenienza è rimessa oggi solo ai creditori, che possono opporsi all'omologa, e non è sindacabile dal giudice se non a seguito di opposizione, ma è nondimeno vero che il Tribunale deve assicurare che creditori siano messi in condizione di esprimere un'adesione consapevole, ricevendo informazioni corrette, trasparenti e complete, per potere operare la detta valutazione.

Nel caso di specie, nessuna informazione, tantomeno completa, è stata fornita ai creditori per effettuare la valutazione comparativa di convenienza tra la soluzione concordataria e quella fallimentare, nella quale sarebbe esperibile l'azione di responsabilità per i gravi fatti accertati. Nel procedimento di concordato preventivo, invece, dove l'azione di responsabilità non è stata deliberata dall'assemblea, non è verosimile che ciò avvenga successivamente all'omologa, in quanto i destinatari dell'azione di responsabilità sono rappresentati in assemblea attraverso società a loro riconducibili (la società Intek, socia della ricorrente, ha incorporato la società Varasi Santa Valeria Società Partecipazioni Industriali spa riconducibile alla famiglia dell'amministratore; Banca Intesa detiene un pegno sul 53% delle azioni della Intek spa; la società Intek e Banca Intesa, da sole considerate, hanno la maggioranza dei voti).

La circostanza, invocata dalla difesa del debitore, secondo la quale l'azione di responsabilità non sarebbe preclusa ai creditori sociali, non coglie nel segno, non tanto per il carattere astratto di tale rilievo, essendo ben difficile –come la pratica insegna- che un creditore si addossi gli oneri, anche probatorii, di un'azione siffatta avente natura extracontrattuale ex art. 2395 c.c., ma soprattutto perché non elide la lacunosità e



manca di trasparenza delle informazioni alla base della valutazione comparativa dei creditori.

Gli atti segnalati nel ricorso dai commissari non erano enunciati nella domanda e neppure risultavano dai documenti allegati al ricorso, ma sono stati il frutto di indagini dell'organo di controllo sui bilanci di esercizio dal 2006 al 2010. Si tratta dunque di circostanze non dichiarate e non conosciute alla data di presentazione della domanda, ma emerse solo grazie agli accertamenti e alle informazioni assunte dai commissari successivamente all'ammissione della società alla procedura. In altre parole, il ricorrente ha nascosto le gravi circostanze sin qui ricordate ai creditori che, approvando il concordato, avrebbero di fatto rinunciato alle azioni sociali di responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2393 bis c.c.

Sotto tale profilo, l'omessa enunciazione di tutti gli elementi per l'esperibilità dell'azione di responsabilità (*rectius*, l'occultamento degli elementi), ha integrato una condotta volta a mascherare una parte dell'attivo ricostruibile e quindi rientrante anche tra le condotte tipizzate dal legislatore nell'art. 173 primo comma L.F.

Alla stregua delle sopra svolte considerazioni, il concordato deve dunque essere revocato.

8. Va altresì evidenziato che sono emerse ulteriori criticità nella formazione delle classi, preordinate artificialmente a conseguire l'approvazione del concordato, anche in situazioni di palese conflitto d'interessi.

Nella proposta di piano di NCC Spa sono state previste quattro classi votanti: la prima dei creditori chirografari, la seconda della sola fornitrice controllata, la terza delle banche terze e la quarta della sola banca socia.

Orbene, la classe del "fornitore controllata" è composta dal solo credito della società Newc. s.r.l., controllata al 100% da NCC s.p.a. e ammessa a una procedura di concordato subordinata all'omologa del concordato della controllante NCC spa; la classe delle banche terze è composta da banche che i commissari hanno verificato avere beneficiato, nel semestre anteriore all'apertura della procedura, di accrediti per importi non inferiori ad un milione di euro, suscettibili di revocatorie fallimentari; la quarta dalla sola banca socia Intesa Sanpaolo, che alla data della domanda di concordato possiede una quota di partecipazione al capitale della NCC Spa del 24,61%, per avere convertito in azioni l'80% del prestito obbligazionario stipulato nel gennaio 2007, e che detiene altresì un pegno sul 53,02% delle azioni della socia Intek S.p.a., la quale a propria volta ha una partecipazione nella NCC Spa che, sommata al 24,61% della banca, determina il controllo di NCC Spa. In altri termini, per il congiunto effetto della partecipazione diretta e del pegno sulla



maggioranza delle azioni della Intek, Intesa san Paolo possiede la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea di NCC né tale dato è stato smentito dalla difesa della proponente.

8.1 La classe "fornitore controllata" La classe composta dal "fornitore controllata", che concerne il solo credito vantato dalla società NCC srl, non è dubbio che si trovi in una posizione di palese conflitto d'interessi, poiché controllata al 100% dalla proponente NCC Spa e per il rapporto reciprocamente condizionato dei concordati preventivi proposti dalle due società.

Il voto espresso da un creditore totalmente controllato dalla ricorrente, ed altresì ammesso a un concordato preventivo subordinato all'omologa di quello della società controllante, rappresenta una forma di abuso di voto in violazione dei principi di correttezza e buona fede che, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 (e 1337) c.c., disciplinano ogni esplicitazione dell'autonomia dei privati.

8.2 La classe composta dalla banca socia Intesa Sanpaolo. Quanto alla classe "Banca socia", formata appunto solo da Banca Intesa s.p.a., e che di fatto ha il controllo della proponente attraverso una partecipazione diretta e il pegno sulla società detentrici di altra partecipazione (la Intek Spa riconducibile all'ex amministratore della NCC Spa), è stato accertato grazie alle indagini dei commissari nel corso del procedimento, che i finanziamenti da essa erogati mediante la sottoscrizione di un prestito obbligazionario convertibile deliberato dalla società in data 23 gennaio 2007, interamente sottoscritto dalla Banca il 27 febbraio 2007 e da questa convertito, per la quota dell'80% del prestito, in azioni della NCC pari al 24,61 % del capitale sociale di questa, furono concessi quando la società debitrice si trovava già in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto e in una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento.

La società, infatti, fin dalla sua origine, si è sempre trovata in una situazione di squilibrio finanziario, con prevalente ricorso a capitale di terzi e bisognosa di apporti finanziari finalizzati alla ricostituzione del capitale di rischio. Come evidenziato in premessa, alla data di erogazione del finanziamento mediante sottoscrizione di obbligazioni convertibili interamente destinate alla Banca, gli indici del bilancio erano già tutti al di sotto della soglia di equilibrio.

L'operazione suscita non poche perplessità, per come concepita *ab origine* sotto forma di prestito obbligazionario convertibile destinato esclusivamente alla Banca nella prospettiva di una conversione del credito restitutorio in partecipazione sociale. Pare anzi configurarsi



una fattispecie di elusione della disciplina sulla postergazione dei crediti dei soci in relazione ai finanziamenti effettuati alla società. Disciplina questa di carattere chiaramente protettivo delle ragioni del ceto creditorio posto che, diversamente, i soci di una società in crisi, anziché apportare capitale di rischio come doveroso nei casi di squilibrio patrimoniale e finanziario, concorrerebbero con gli altri creditori non soci, compromettendone le possibilità soddisfattive. Disciplina che vale anche nel caso di finanziamenti erogati in forma soggettivamente indiretta, da parti correlate - cioè con identità di interessi economici perseguiti e coordinamento dei relativi processi decisionali (art. 2427 n. 22 bis c.c.) - o comunque riconducibili ai soci.

L'elusione della *ratio* di tutela della massa dei creditori, che l'art. 2467, 2° co., c.c.

contempla per i finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati" è qui consistita nell'erogazione di un prestito da parte della Banca, in un momento di già evidente squilibrio economico-finanziario della società, garantito non già attraverso le consuete forme reali o personali, bensì mediante un'opzione di conversione del credito in capitale di rischio, giusta il meccanismo delle obbligazioni convertibili, si da fare ingresso diretto e ufficiale nella compagine societaria. Un prestito oltretutto attuato mediante emissione di obbligazioni convertibili destinate ad un unico preconstituito sottoscrittore: la Banca erogante.

In un simile contesto si potrà anche discettare sull'applicabilità o meno dell'art. 2467 c.c. al caso di specie, dacché (secondo la difesa della proponente) si tratterebbe di norma dettata per le sole s.r.l. e non per le s.p.a. e inoltre la Banca, all'epoca della sottoscrizione delle obbligazioni, non rivestiva direttamente la qualità di socia.

Invero, da un lato, l'analisi dei dati di bilancio di NCC Spa poneva in luce la situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto già alla data in cui fu sottoscritto il prestito e, a fortiori, alla scadenza del termine di esercizio dell'opzione di conversione del credito in capitale di rischio (22/12/2008). Orbene, se si considera quale indicatore particolarmente significativo di squilibrio finanziario il leverage, o rapporto d'indebitamento, pari al rapporto tra il totale delle fonti di finanziamento e i mezzi propri (patrimonio netto), dall'analisi dei bilanci emerge che, già nel 2006, questo era pari a 2,53 e nel 2007 a 3,98 (per poi salire nel 2008 a 6,17 e nel 2009 a 7,54). Il grado d'indebitamento, già nel 2006, aveva quindi superato la soglia ritenuta non patologica (fino a 2) per poi divenire nel 2007 patologia grave.



Dall'altro lato, con riguardo all'applicabilità alle Spa della disciplina prevista dall'art. 2467 c.c., è appena il caso di evidenziare come il legislatore abbia inteso impedire e sanzionare fenomeni di sottocapitalizzazione o di sostegno finanziario del socio in forma indiretta e diversa dal conferimento, con l'effetto di trasferire sui creditori il rischio d'impresa, com'è avvenuto per NCC Spa. Individuata così la *ratio*, è evidente che la norma, pur prevista solo per le s.r.l., dove maggiore è il rischio di sottocapitalizzazione nominale, è espressione di un principio generale applicabile a tutte le società di capitali, nelle quali può esserci il rischio che il "prestito" del socio, in situazioni di precario equilibrio finanziario della società, sia in realtà sostitutivo del capitale di rischio (cfr. in giurisprudenza, Trib. Udine, 21/02/2009; v. anche la Relazione al d.lgs. 6/2003).

Anche al di là di tali considerazioni e quand'anche non si volesse, per ragioni più formali che sostanziali, concludere per il carattere postergato del credito della Banca Socia, resta nondimeno il descritto carattere preconstituito ed elusivo del prestito mediante obbligazioni convertibili, proiettato a dare alla Banca la qualità di socia della NCC appartenente al gruppo Varasi, già fortemente esposto verso Intesa Sanpaolo e soggetto a garanzie di vario genere, e dunque a consentire alla Banca di detenere il controllo, diretto e indiretto, della stessa NCC.

Di fronte a un simile meccanismo finanziario, inquinato sin dall'origine e proiettato all'acquisto della qualità di socio da parte della banca erogante, è frutto di abuso ascrivere a una classe a sé stante il residuo credito della Banca post conversione delle obbligazioni in azioni, un credito che, quand'anche non postergato, risulta economicamente "marginale" sia per la percentuale residua alla conversione in azioni (20% del prestito originario), sia per il trattamento riservatogli nella proposta (4% di questo residuo 20%: anzi, 1% ai fini della non scarsa importanza dell'inadempimento ex art. 186 l.fall.). Dove è chiaro che la Banca socia viene contemplata nel piano unicamente per ottenere il voto di una classe a favore del concordato.

Le classi sono state formate in modo preconstituito e artificioso per ottenere l'approvazione del concordato, in violazione del canone di buona fede. Vi è abuso di diritto in caso di creazione di classi funzionali a manipolare il risultato della votazione (cfr T Milano, 19 luglio 2011, est Fontana). Il ricorrente ha costituito una classe con un creditore in palese conflitto d'interessi e, come tale, non legittimato a votare (la controllata NCC S.r.l., il cui concordato è subordinato all'omologa del concordato per cui verrebbe chiamata a votare), un'altra con un creditore anch'esso in conflitto di interessi e il cui voto favorevole al



concordato è scontato, che vanta un credito residuale (anche per trattamento concordatario) di assai dubbia matrice, perché frutto di possibile concessione abusiva e proiettato ab origine a conferire alla Banca la qualità di socia mediante obbligazioni poi convertite in azioni, senza neppure avere fatto riferimento alle possibili azioni revocatorie e tantomeno, come si è visto, a quelle risarcitorie.

Il conflitto di interessi non può essere semplicisticamente eliminato creando classi *ad hoc* per i singoli creditori in conflitto. Anzi, in tal modo il problema finisce per aggravarsi, perché si permette ai portatori di interessi in conflitto di incidere sull'esito del concordato con un'efficacia ancora maggiore, consentendo loro di concorrere al conseguimento della maggioranza per classi.

Nei casi di specie il voto di due classi (monocratiche) su quattro è inquinato dai conflitti di interesse descritti (classe II Fornitore controllata; classe IV Banca socia); il voto della classe III Banche terze è del pari scontato, considerata la passibilità delle banche rispetto ad azioni revocatorie fallimentari, neppure indicate dalla proponente. La proponente, insomma, si è garantita *a priori* l'approvazione del concordato, senza consentire all'intera massa dei creditori una trasparente possibilità di valutare la convenienza o meno della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare.

9. - La dolosa creazione di plusvalenze contabili inesistenti volte a dissimulare le perdite mediante valorizzazione palesemente spropositata di un bene immobile conferito in una controllata, la costituzione di classi monocratiche, chiamate a esprimersi sulla proposta di concordato nonostante il conflitto d'interesse degli unici creditori che le compongono, la mancanza d'informazioni sulle azioni revocatorie e risarcitorie esperibili palesano che la società, proponendo domanda di concordato preventivo, ha esercitato un diritto con evidente abuso.

Il procedimento pertanto deve essere interrotto e per l'accertata esistenza dei gravi atti di frode previsti dal primo comma dell'art. 173 LF perpetrati prima del deposito della domanda, e per l'artificiosa costituzione di classi monocratiche in conflitto di interessi e per l'esercizio abusivo del diritto da parte della società proponente.

Alla stregua delle sopra svolte considerazioni, deve altresì essere interrotto il procedimento di concordato promosso dalla società controllata NCC srl, poiché subordinato all'omologa della società controllante, e ciò a prescindere da ogni considerazione sui rilievi dei commissari in ordine alla sua non attuabilità.



10- La riforma ha soppresso il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, circoscrivendo l'iniziativa al PM o ai creditori.

In mancanza di richiesta da parte del PM, questo tribunale deve limitarsi a revocare il procedimento, non potendo dichiarare d'ufficio il fallimento delle società pur a fronte di conclamata insolvenza.

P.Q.M.

Visto l'art. 173 c.p.c.,

revoca l'ammissione al concordato Newc. s.p.a. in liquidazione, con sede legale in Cologno Monzese, corso Roma n 186 (CF 04325970962) e l'ammissione al concordato di Industriale Newc. s.r.l. in liquidazione, con sede legale in Cologno Monzese, corso Roma n 186, CF 06805350961.

Così deciso in Monza, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 2 novembre 2011.

Il Giudice estensore

Dott. Silvia Giani

Il Presidente

Dott. Alida Paluchowski