



TRIBUNALE DI MONZA
terza sezione civile

206/11 R. Fall.

Il Tribunale di Monza, riunito in Camera di Consiglio il giorno **27 marzo 2012** nelle persone di:

dott.ssa Alida PALUCHOWSKI	Presidente
dott. Mirko BURATTI	Giudice relatore
dott.ssa Caterina GIOVANETTI	Giudice

esaminato il reclamo, ex art. 26 L.F., depositato in cancelleria il 7 marzo 2012,
da

Riccardo Luigi T., nella sua qualità di curatore del fallimento Ma. & C. S.p.a., difeso dall'avv. Luigi Gino Rossi, nel domicilio eletto in Monza, via Pesa del lino n.2,

sciogliendo la riserva, così provvede:

il Curatore del Fallimento Ma. & C. s.p.a. ha proposto reclamo contro il decreto adottato dal Giudice Delegato in data 6 marzo 2012 con il quale quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 41, quarto comma, L.F., non ha autorizzato il curatore stesso ad esprimere il voto favorevole della procedura di concordato preventivo di Fi. s.r.l..

Il Curatore reputa errata la valutazione di merito effettuata dal giudice delegato e chiede che il collegio effettui il pieno riesame della questione, modificando il provvedimento reclamato, con la conseguente autorizzazione ad esprimere il voto favorevole alla proposta di concordato preventivo presentata da Fi. s.r.l..

Si impone quindi, preliminarmente in diritto, la decisione della questione se il parere emesso in sede di sostituzione del comitato dei creditori assente o inerte, da parte del giudice sia reclamabile ex art. 26 l.f., quindi oltre che per ragioni di legittimità anche nel merito, oppure, ex art. 36 l.f. sia esaminabile solo per ragioni di legittimità. La migliore dottrina sotto il profilo dell'oggetto della cognizione in sede di reclamo, ha osservato che se si reputasse il provvedimento in surroga esaminabile solo sotto il profilo della legittimità, applicando il 36 l.f. esso resterebbe privo di un grado di giudizio, essendo ipotizzabile solo la disamina da parte del tribunale e non possibile quella del giudice delegato sul proprio provvedimento. Pertanto si è ritenuto che il provvedimento del giudice delegato, in qualunque funzione sia assunto, resti sempre un provvedimento di tale organo reclamabile ex art. 26 l.f. e, come tale, possa essere oggetto di revisione sia per ragioni di legittimità che per ragioni di merito. Tutto ciò prescindendo dal significato che la doglianza di legittimità ha assunto nell'art. 36 l.f., ove il concetto di legittimità si è ampliato sino ad assorbire le clausole generali di diligenza nello svolgimento del proprio munus da parte dell'organo gestorio, per cui la decisione pur di merito, ma assunta in palese violazione degli obblighi di diligenza professionale, di approfondimen-

to, di impegno nell'utilizzo di mezzi adeguati alla fattispecie ed alla sua complessità viene ritenuta censurabile comunque sotto il profilo di legittimità.

Chiarito perciò l'ambito della cognizione affidato al collegio e la natura delle doglianze che possono essere legittimamente sollevate dinanzi allo stesso, si rileva che il provvedimento con il quale il giudice delegato ha negato l'autorizzazione al curatore ad esprimere il voto si fonda sulle seguenti considerazioni:

- l'inopportunità che la società fallita voti nel concordato della società controllante dalla quale è interamente partecipata;
- inopportunità del fatto che la società fallita sia rappresentata dal curatore che è al tempo stesso commissario della società in concordato;
- il piano concordatario di Fi. s.r.l. prevede la vendita di un immobile che era stato promesso in vendita dalla società stessa, all'epoca rappresentata da Rodolfo Ma., alla società Ma. s.p.a., di cui Rodolfo Ma. era pure legale rappresentante, con parziale compensazione del prezzo di vendita con un controcredito di Ma. s.p.a.;
- la dubbia convenienza e fattibilità del concordato: a) la percentuale di soddisfacimento del credito della società fallita è di gran lunga inferiore a quella promessa (20,75% in luogo del 37%); b) l'alternativa fallimentare farebbe conseguire un attivo superiore rispetto quello concordatario; c) sono ravvisabili azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori; d) vi sono iscrizioni ipotecarie non consolidate e, quindi, revocabili; e) le caratteristiche del piano fanno dubitare della sua tempestiva esecuzione.

Esaminato il merito il collegio reputa che il reclamo vada accolto.

Per quanto riguarda il profilo del possibile conflitto di interessi tra la società Ma. e Fi. s.r.l., in considerazione del fatto che la prima è interamente controllata dalla seconda, si deve ritenere che il pericolo di condizionamento nell'espressione del voto, che potrebbe sussistere in caso di interazione nei normali rapporti tra le società collegate in bonis, va escluso nel caso di specie in cui entrambe le società sono soggette a procedura concorsuale, essendo la Ma. fallita e Fi. in concordato preventivo. In questo caso, infatti, le determinazioni di tali due soggetti giuridici non sono rimesse alla libera ed autonoma volontà dei loro organi rappresentativi, essendovi il filtro o la sostituzione tout court dei meccanismi autorizzativi e di controllo propri di ciascuna delle procedure concorsuali attive. In particolare, nessun profilo di conflitto è ravvisabile nell'espressione del voto favorevole da parte del curatore della società controllata, sulla proposta di concordato della società controllante, ove a ciò debitamente autorizzato dagli organi preposti della procedura fallimentare, se si considera che il curatore del fallimento non è pacificamente né un rappresentante né un sostituto del fallito o dei suoi creditori, bensì un incaricato di giustizia ed un ausiliario del giudice, nominato dal Collegio tra soggetti professionalmente idonei, un pubblico ufficiale, con poteri ed obblighi specifici e predeterminati per legge.

Conformemente a tale suo ruolo e funzione, nel caso in esame il curatore di Ma., stante l'assenza del comitato dei creditori, ha ritualmente avanzato al giudice delegato del fallimento, ai sensi dell'articolo 41 L.F., l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione ad esprimere il voto favorevole nell'ambito della procedura di concordato preventivo della società controllante Fi., sottoponendo le proprie valutazioni e considerazioni in ordine all'opportunità di esprimere il voto favorevole all'approvazione della proposta di concordato. Egli riteneva, infatti, che tale opzione rispondesse alla realizzazione dell'interesse della procedura fallimentare di realizzare in tempi brevi un ricavo economico apprezzabile del patrimonio sottoposto ad esecuzione concorsuale. A differenza di quanto si sarebbe verificato tra le società in bonis, la volontà del curatore era del tutto libera da condizionamenti della controllante come è evidente se si pone mente alla sua terzietà rispetto ad essa ed alla sua indifferenza alle indicazioni amministrative o gestionali, provenienti dalla controllante. Del resto, nel provvedimento di diniego del

giudice delegato redatto in data 6 marzo 2012, nessun profilo specifico di conflitto di interesse risulta in concreto ravvisato, essendo paventata solo la inopportunità, non circostanziata né concretamente motivata.

Il collegio non ritiene che integri certamente una situazione di conflitto soggettivo di interesse la coincidenza nella persona del Dott. T. dei ruoli di curatore del fallimento Ma. s.p.a. da un lato e di commissario giudiziale nell'ambito del concordato preventivo Fi. s.r.l..

Va premesso sul punto che le funzioni di commissario giudiziale erano condivise dal Dott. T. con la Dott.ssa Riva, essendovi stata la nomina congiunta da parte del tribunale ad esercitare le suddette funzioni, va poi osservato che il commissario giudiziale svolge, nell'ambito della procedura di concordato preventivo, un ruolo di vigilanza, di controllo e di consulenza, in posizione di assoluta terzietà nell'interesse dei creditori, non si sostituisce al debitore che resta il solo *dominus* dell'impresa, cui competono in esclusiva le scelte imprenditoriali per la soluzione della crisi anche nell'ambito della procedura concorsuale, sia pure con il limite degli atti di straordinaria amministrazione che vanno soggetti ad uno speciale regime autorizzativo giudiziario (art. 167, 2° comma, L.F.).

Nessun potere deliberativo e di gestione compete al commissario giudiziale la cui funzione di vigilanza, che si concretizza nella verifica del piano concordatario della situazione contabile e patrimoniale dell'impresa debitrice, nella verifica di attendibilità della attestazione, è diretta istituzionalmente solo a porre i creditori nelle condizioni di poter esprimere una scelta adeguatamente informata in vista del voto sulle concrete possibilità di realizzazione del piano proposto, fornendo loro una rappresentazione quanto più realistica possibile degli scenari che potrebbero prospettarsi in fase di attuazione. Tale compito non contrasta, né genera possibilità di conflitti nel momento in cui il Dott. T. interviene nell'ambito della procedura di concordato preventivo nella sua diversa qualità di creditore della società in concordato, in rappresentanza del Fallimento, di cui è il curatore. In tale veste egli si limita ad usufruire e recepire i risultati dell'attività di controllo espletata nell'ambito della procedura di concordato preventivo dall'organo commissariale, al fine di conseguire il miglior realizzo per il credito del Fallimento.

Relativamente all'ulteriore profilo di possibile conflitto oggettivo la decisione del collegio è di rigetto poiché è basato su di un errore di lettura degli atti. Esso è stato ravvisato dal giudice delegato nel provvedimento del 6 marzo 2012 con riferimento al contratto preliminare di compravendita di immobile tra le società Fi. s.r.l. e Ma. s.p.a. . Come si evince dalla relazione ex articolo 172 L.F. redatta dai Commissari, in primo luogo l'originaria proposta concordataria di Fi. s.r.l. aveva previsto la fusione per incorporazione della controllata Ma. & C. s.p.a.. La fusione avrebbe provocato l'annullamento del contratto preliminare di vendita stipulato in data 28/12/2010 con Ma. & C. s.p.a. ed avente per oggetto l'immobile situato in Besana Brianza, via Garibaldi n.22.

Peraltro, la società Ma. è stata dichiarata fallita in data 8 novembre 2011 e, conseguentemente, quella parte della proposta è venuta meno, non essendo più tecnicamente possibile porre in essere alcuna operazione di fusione tra le due società, né realizzare l'ipotizzata cessione dell'immobile.

A seguito di tale evento, Fi. s.r.l. ha proceduto ad una rielaborazione e ad una rettifica della propria situazione patrimoniale, finalizzata alla modifica ed integrazione della domanda di concordato inizialmente depositata

La nuova proposta, presentata in data 29 dicembre 2011, differisce dalla domanda iniziale per la rinuncia alla prospettata fusione con la controllata Ma., resa inevitabile dal fallimento di quest'ultima società e **non contempla alcuna ipotesi di cessione dell'immobile sopra citato alla società Ma.** (come già, del resto, l'originaria proposta!), mentre la percentuale di soddisfacimento del credito vantato da quest'ultima nei confronti della controllante Fi. scende dal 37% della proposta originaria al 20,75% di quella modificata, secondo la prudente e più realistica previsione elaborata dai Commissari.

La paventata situazione di conflitto, che avrebbe potuto essere configurata quale ipotesi di contratto con se stesso, era presumibilmente ravvisabile nel momento in cui le due società avevano sottoscritto il contratto preliminare di compravendita, ma è venuta meno per effetto degli accadimenti susseguenti, in quanto il suddetto contratto è rimasto inadempito per volontà stessa della promittente venditrice allorchè, presentata la domanda di concordato preventivo, ha escluso l'ipotesi della cessione dell'immobile sostituendola con il progetto di fusione per incorporazione di Ma. s.p.a..

Si osserva, poi, *incidenter tantum*, a livello metodologico, che la potenzialità del conflitto che è stata ravvisata in astratto nel provvedimento del 07.03.2012 non è stata rilevata all'atto della nomina del curatore dal medesimo giudice delegato, ovviamente relatore della sentenza di fallimento risalente al 2011, che avrebbe dovuto sin da allora, essendo perfettamente edotto del doppio ruolo del dott. T., diligentemente attivarsi per eliminarlo, ove personalmente convinto della sua formale astratta insuperabilità, con la tempestiva nomina, se del caso, di un curatore speciale.

Esclusa, dunque, ogni ipotesi di possibile conflitto di interessi e le ragioni di inopportunità della partecipazione al voto del Curatore del fallimento Ma. nella procedura di concordato preventivo Fi., devono essere ora esaminati i profili di incertezza sulla convenienza e fattibilità del piano concordatario che hanno condotto il giudice delegato a negare l'autorizzazione al voto.

Le possibilità di acquisizione, nella prospettiva fallimentare, di una massa attiva maggiormente capiente rispetto a quella disponibile nel concordato (idonea a ripartire al ceto chirografario, secondo la prudenziale valutazione dei commissari, una quota pari al 20,75% dei crediti) sono ricollegabili esclusivamente alla conclusione positiva della riscossione dei crediti derivanti dall'accoglimento delle domande risarcitorie di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci e di quelle revocatorie eventualmente esperibili.

A tale proposito, la relazione ex articolo 172 L.F. redatta dai Commissari, evidenzia che, alla luce delle analisi effettuate sui mastri contabili, "non si riscontrano movimentazioni anomale che possano essere riconducibili a responsabilità a carico dell'amministratore per prelievi impropri da cassa o conti correnti bancari o pagamenti anomali. Inoltre, dall'analisi dell'inerenza dei costi esposti nel conto economico per gli esercizi 2008, 2009, 2010 non sono emerse eccezioni da segnalare. Non si riscontrano, quindi, nemmeno responsabilità a carico dei sindaci per carenze od omissioni nei controlli". Ciò rendeva del tutto teorica la esperibilità dell'eventuale azione di responsabilità in concreto.

In ogni caso, i Commissari, nell'ottica dell'astratta esperibilità delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali, hanno provveduto a svolgere indagini sulla disponibilità, in particolare immobiliare, degli amministratori succedutisi nel tempo, nonché sulla presenza di condotte commissive e/o omissive, in ordine ai propri obblighi di corretta amministrazione sanciti dall'art. 2381 cod. civ. e sulla fattibilità di tali azioni, concludendo che, "considerando anche la corretta tempistica, non condurrebbero ad un miglior risultato rispetto a quanto si otterrebbe con la soluzione concordata della crisi così come prospettata dalla ricorrente".

In ordine all'esperibilità delle azioni revocatorie, l'analisi condotta dall'ufficio commissariale ha potuto constatare che "mancano i presupposti in concreto della conoscenza/conoscibilità da parte dei terzi dello stato di insolvenza, oltre a mancare alcuni elementi effettivi previsti dalla riforma del novellato art. 67 L.F. in tema di revocabilità delle rimesse sui c/c bancari o dei pagamenti verso fornitori".

Nello specifico, l'analisi effettuata sui 4 conti correnti della società ha evidenziato che 2 di essi non registrano alcun saldo negativo durante l'anno, sul terzo conto risultano solo uscite e nessuna rimessa, mentre sul quarto emergono partite dubbie limitatamente all'importo complessivo di € 6.000.

La possibilità di esperire un'azione revocatoria delle ipoteche iscritte dal Credito Bergamasco (valore € 400.000) consentirebbe certamente un miglioramento della posizione debitoria in questione, ma non anche un aumento dell'attivo disponibile, dal mo-

mento che determinerebbe esclusivamente una diversa collocazione del ricavato. Vanno, peraltro, considerati i consistenti tempi del processo e la notoria resistenza degli istituti di credito alla conciliazione ed all'abbandono della contesa nei vari gradi di giudizio, per poter stabilire la reale convenienza dell'opzione.

Secondo l'elaborazione operata dai Commissari, l'alternativa del fallimento potrebbe, in caso di vittorioso esperimento delle azioni di responsabilità e di revoca, forse permettere il conseguimento di circa 3 punti percentuali in più, ma comporterebbe la conclusione della procedura entro un arco temporale largamente superiore, tale che, ipotizzando un ritardo di soli due anni nel riparto fallimentare rispetto a quello del concordato, (nel caso in esame evidentemente insufficiente alla conclusione delle azioni legali in concreto) resterebbe vanificato qualunque eventuale miglior risultato ottenuto.

Non erano ravvisabili, dunque, in concreto motivi ostativi alla manifestazione del voto in senso favorevole all'approvazione della proposta di concordato preventivo di Fi. s.r.l..

Il decreto pronunciato dal giudice delegato in data 6 marzo 2012 va revocato.

P.T.M.

• accoglie il reclamo e revoca il provvedimento adottato dal giudice delegato in data 6 marzo 2012;

• autorizza il curatore Dott. T. ad esprimere il voto favorevole della procedura di concordato preventivo di Fi. s.r.l..

Si comunichi.
Monza, 27 marzo 2012.

IL GIUDICE RELATORE
dott. Mirko Buratti

IL CASO.it

IL PRESIDENTE
dott. Alida Paluchowski

Depositato il giorno 11 aprile 2012