



II TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

SECONDA SEZIONE CIVILE

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei sigg.ri:

dott. Alida Paluchowski Presidente
dott. Caterina Macchi Giudice
dott. Filippo D'Aquino Giudice Rel.

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

Nella causa di omologazione di concordato preventivo iscritta al n. r.g. **52349/2016**

promossa da

IMMOBILIARE **S.P.A. A S.U. IN LIQUIDAZIONE** (C.F.), con
sede legale in **SEGRATE**, Via , rappresentato e difeso dall'Avv.

RICORRENTE

Nei confronti del

COMMISSARIO GIUDIZIALE, in persona de **Avv. LAURA LIMIDO**, **dott. CARLO PAGLIUGHI**, **dott. MASSIMO RODANO**'

INTIMATI

Con l'opposizione di

DISTRIBUZIONE S.P.A. (C.F.), rappresentato e difeso dall'

OPPONENTE

Con l'opposizione di

ALLIANCE **ITALIA DISTRIBUZIONE S.P.A.** (C.F.),
rappresentato e difeso dall'Avv.

OPPONENTE

PREMESSO IN FATTO

La ricorrente **IMMOBILIARE** **SPA** (d'ora in avanti **IR**) ha depositato domanda di concordato con riserva in data 30.06.2015, domanda che aveva fatto seguito alla redazione di un precedente piano attestato ex art. 67, comma 3, lett. d) L.F. in data 1.08.2014. La ricorrente ha, poi, depositato in data 30.10.2015, nel termine concesso e prorogato, proposta di concordato nelle forme del concordato per cessione di beni con la quale, stante un fabbisogno di € 12.880.582,00, prevede il pagamento integrale dei creditori privilegiati, nonché il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 23% nel termine di 30 mesi,



compreso il privilegio IVA in rivalsa. Il fabbisogno viene soddisfatto sostanzialmente dal realizzo delle immobilizzazioni, dalla riscossione dei crediti sociali e dalla liquidità esistente. Alla presente proposta di concordato si applica la disciplina precedente la novella di cui alla l. 132/15, non dovendo il ricorrente assicurare nel concordato per cessione dei beni (a termini del combinato disposto degli artt. 160, comma 4, e 161, comma 2, lett e l.f.) una specifica utilità economicamente valutabile a ciascun creditore, né che questa utilità consista per i creditori chirografari nella soddisfazione mediante pagamento nella misura di almeno il 20% del credito concorsuale. Nella proposta sono stati indicati appositi fondi rischi, anche per garanzie rilasciate, peraltro non adeguatamente esplicitate (punto questo decisivo ai fini del presente procedimento), nonché per spese di procedura e per altri debiti prevedibili.

L'adunanza dei creditori è stata differita più volte per consentire approfondimenti da parte dell'organo commissariale. La proposta originaria, a seguito di ripetute richieste di chiarimenti e integrazioni da parte del collegio dei Commissari giudiziali, è stata oggetto di modifica in data 22.06.2016, modifica che fa seguito alla dichiarazione di fallimento della società controllante FD CONSULTANTS SPA (FDC) in data 17.12.2015 e alla sostituzione dell'organo amministrativo di IR. Nella proposta integrativa sono state descritte alcune operazioni straordinarie compiute dalla società ricorrente nel corso dell'anno 2014 (prima e dopo la redazione del piano attestato e al di fuori del piano medesimo), che hanno impattato negativamente sul patrimonio della società, sia sottraendo risorse all'attivo concordatario, sia incrementando il passivo, nonché alterando l'ordine delle cause legittime di prelazione. In particolare la ricorrente, nella proposta integrativa, ha evidenziato operazioni potenzialmente esposte ad azione revocatoria ordinaria, relative ad ipoteche iscritte su immobili della ricorrente a favore di VALEDO SRL (operazioni compiute in data 20.03.2014), nonché relative al rilascio di fideiussione concessa a favore di ALES GROUPE ITALIA SPA (14.10.2014), che hanno messo capo anche a una compensazione con SPEM (12.12.2014), debitrice di IR per canoni di locazione, operazioni in parte sottaciute in sede di deposito della proposta originaria, in parte non adeguatamente rappresentate.

Nella proposta integrativa, pur dandosi atto che la società in concordato avrebbe intrapreso iniziative di carattere recuperatorio e risarcitorio che sarebbero andate a beneficio della massa, ha sostanzialmente confermato la proposta concordataria iniziale, prospettando una serie di scenari alternativi, ma non indicando analiticamente in quale misura o in che termini l'esercizio delle eventuali azioni revocatorie avrebbe generato ulteriore attività in favore della massa dei creditori, utilità che, al più, avrebbero costituito una sopravvenienza attiva, un ulteriore "cuscinetto" o *surplus* concordatario che avrebbe favorito l'adempimento della originaria proposta concordataria.

Nella relazione ex art. 172 l. fall. il collegio dei Commissari Giudiziali ha analizzato le operazioni straordinarie poste in essere dal 2012 (punto 3.4 relazione), momento a partire dal quale presumibilmente è decorsa la crisi che aveva attanagliato il gruppo di appartenenza (gruppo FDC, con capogruppo FD CONSULTANTS SPA, dichiarata fallita in data 17.12.2015), valutando se tali operazioni abbiano avuto valenza distrattiva o dissipativa e se gli stessi si siano tradotti in pagamenti preferenziali. Sono, quindi, state ripercorse le operazioni straordinarie relative all'esercizio 2014 (acquisti di partecipazioni nel marzo 2014 sostanzialmente a ridosso della redazione del piano attestato e fideiussioni rilasciate nel novembre 2014), già analizzate nella proposta modificativa del 22.06.2016. Il collegio dei commissari giudiziali ha ritenuto che i fatti indicati, per come rappresentati anche alla luce della proposta integrativa, non potessero costituire atti in frode, non essendo capaci di "pregiudicare la possibilità riconosciuta ai creditori di compiere le loro valutazioni in ordine alla convenienza della proposta, avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione



giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio” (pag. 67 relaz. ex art. 172 l. fall.). Nella medesima relazione è stata rappresentata ai creditori una forchetta di scenari alternativi, diversa da quella prospettata nella proposta modificativa, che da un *best case* (con una soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 16%) giungono a un *worst case* che non prospetta alcun soddisfacimento per i creditori chirografari, per quanto in termini puramente valutativi.

All’esito dell’adunanza del 6.07.2016 e nel termine dei venti giorni successivi il collegio dei Commissari giudiziali, dando atto di un quorum di creditori ammessi al voto di € 12.147.617,76 e, stante la maggioranza di € 6.073.808,88, hanno rilevato adesioni (anche per silenzio-assenso) di € 10.000.187,76 pari all’82,32% e dissensi per € 2.147.430,00.

Fissato il procedimento di omologa, il ricorrente ha chiesto omologarsi il concordato, dando prova della comunicazione della proposta ai due creditori dissenzienti. Il collegio dei Commissari giudiziali ha depositato il proprio parere finale favorevole.

Con due distinte memorie hanno presentato opposizione il creditore dissenziente DISTRIBUZIONE SPA e il terzo, non ammesso alla votazione, ALLIANCE ITALIA DISTRIBUZIONE (AHID).

La più articolata posizione di ripropone in sede di opposizione alcune questioni sollevate dall’opponente in sede di adunanza dei creditori, questioni attinenti a pretesi profili di “macroscopici” atti in frode rilevanti ex art. 173, comma 1, l. fall., fondando tale giudizio su considerazioni espresse dallo stesso collegio dei Commissari giudiziali nella menzionata relazione ex art. 172 l. fall., consistenti:

- in prestazioni di garanzia a favore di società del gruppo a fronte di acquisti di crediti deteriorati e di partecipazioni in società del gruppo (EB HOLDING SPA, ESSERE BENESSERE SPA, EB SRL), nonché applicazione di compensazioni a detrimento della massa dei creditori, riportandosi a stralci della relazione commissariale;

- in mancata applicazione della postergazione in operazioni infragruppo, con conseguente applicazione della compensazione e danneggiamento dei creditori chirografari, operazioni richiamate attraverso il rinvio alla relazione commissariale per complessivi € 799.104,58;

- nella gestione delle operazioni sociali in una logica di gruppo anziché seguendo l’interesse del ricorrente e dei suoi creditori, quali ad esempio le fideiussioni rilasciate a favore di VALEDO SRL e ALES GROUPE ITALIA SPA e la costituzione di garanzie ipotecarie, con conseguente alterazione della *par condicio* e dell’incremento della massa passiva senza corrispettivo;

- nello svolgimento di attività finanziaria non autorizzata, condotta asseritamente rilevabile ex art. 173 l. fall.;

L’opponente contesta, poi, la collocazione in prededuzione dei crediti di una società di *leasing*, il fondo spese future di liquidazione, nonché l’ammontare dei crediti chirografari e, infine, adduce la non convenienza del concordato, per quanto il suddetto creditore non abbia raggiunto la soglia del 20% prevista dall’art. 180 l. fall.

La posizione dell’altro opponente è quella di qualificarsi creditore pretermesso che, benché postergato volontario, avrebbe diritto di essere ammesso anche provvisoriamente all’elenco dei votanti e di partecipare al voto per cui, previo rigetto della domanda di omologa, l’opponente chiede modificarsi l’elenco dei creditori ammessi.

E’ stato disposto lo scambio di memorie di replica da parte del ricorrente e degli



opponenti. Il collegio dei commissari giudiziali ha depositato una integrazione del motivato parere finale alla luce delle opposizioni proposte.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 – Prima di entrare in dettaglio delle questioni poste nel presente giudizio di omologa, occorre ripercorrere le operazioni straordinarie, oggetto di analisi nella modificazione della proposta concordataria depositata in data 22.06.2016 (ma non adeguatamente descritte nella proposta di concordato in data 30.10.2015) e nella successiva relazione ex art. 172 l. fall.

La prima operazione straordinaria, in data 20.03.2014, è consistita nell'acquisto da parte di IR di azioni di EB HOLDING SPA, società successivamente dichiarata fallita dal Tribunale di Milano, per 4,68 milioni di Euro, azioni detenute da VALEDO e da questa acquistate, con due scadenze di pagamento al 10.12.2014 e al 20.03.2015. L'acquisto è stato effettuato a credito ed è stato pattuito per il ritardato pagamento un saggio di interesse. A tale atto negoziale accede la costituzione di IR in pegno di 1 milione delle azioni acquistate da VALEDO a garanzia dell'operazione. Contestualmente VALEDO ha ceduto il proprio credito con scadenza 10.12.2014 a (di qui il credito dell'odierno opponente) e in data 10.12.2014 ha ceduto parzialmente il proprio credito a SPEM SPA per € 751.973,75, restando creditrice del residuo importo di € 1.843.920,64 (credito per la quale l'opponente è stata ammessa al voto). SPEM contestualmente ha compensato (in parte) il proprio credito da cessione con un debito da canoni di locazione per € 698.105,52. Questa operazione straordinaria è stata attenzionata in sede di proposta modificativa quale oggetto di futura azione revocatoria ordinaria nei confronti di SPEM, ma non era menzionata nella proposta originaria.

Peraltro, come osserva, l'ulteriore decettività dell'operazione è data dal fatto che IR ha acquistato partecipazioni di scarso o inesistente valore (le azioni di EB HOLDING detenute da VALEDO) che sono state oggetto di integrale svalutazione nel bilancio al 31.12.2014, sicché il danno per la massa non è stato solo la compensazione operata dal cessionario SPEM, ma anche il debito assunto nei confronti di VALEDO e per operazioni la cui contropartita era il riacquisto di azioni EB HOLDING prive di alcun valore. Le ragioni di questa dissennata operazione sono spiegate nella relazione commissariale, nella quale si dà atto che la ricorrente, a seguito dei chiarimenti richiesti dal collegio dei Commissari, ha depositato una nota in data 02.03.2016. In detta nota si rappresentava che VALEDO era parte integrante dell'aumento di capitale di EB HOLDING partito a fine esercizio 2012 (4,5 milioni di Euro su 20 complessivi), avvenuto "family and friends senza perizie" (pag. 53 relaz.) con attribuzione di azioni privilegiate, aucap rispetto al quale VALEDO nel corso dell'esercizio 2013 aveva esercitato il diritto di recesso. A seguito del progetto di quotazione di EB HOLDING (pesantemente in perdita già all'epoca dei fatti), VALEDO non aveva inteso convertire le proprie azioni privilegiate in azioni ordinarie (diversamente dagli altri sottoscrittori dell'aucap) e aveva ottenuto la retrocessione dell'intero pacchetto sottoscritto maggiorato degli interessi, con assunzioni di garanzie a carico della società immobiliare del gruppo, attuale ricorrente.

La seconda operazione, sempre in data 20.03.2014, è consistita in cessione di crediti di fornitori di EB HOLDING, per il cui pagamento IR si è resa garante e ha anche iscritto ipoteca su propri beni immobili, operazione resa opportuna dall'avvenuto acquisto da parte di VALEDO dei beni forniti a EB HOLDING (all'epoca ESSERE E BENESSERE) per complessivi € 402.278,00. L'operazione ha creato un debito privilegiato di garanzia iscritto tra i conti d'ordine, menzionato effettivamente nella proposta originaria quale fondo rischi, benché non fosse stata chiarita affatto la genesi del debito.



La terza operazione descritta dal ricorrente e ripresa nella relazione commissariale è stata posta in essere in data 14.10.2014, quindi dopo la redazione del piano attestato (1.08.2014) ed è consistita nel rilascio di fideiussione di IR a favore di VALEDO per debiti contratti da altra società del gruppo FDC (ESSERE BENESSERE), sino alla concorrenza di un milione di Euro, ulteriore operazione inserita nei conti d'ordine e nel fondo rischi nella proposta concordataria originaria, anch'essa fonte di iscrizione ipotecaria, senza indicazione di come e perché si fosse generata tale obbligazione di garanzia.

La quarta operazione è il rilascio, sempre in data 14.10.2014, di una fideiussione nei confronti di altra società ALES GROUPE, avente identica natura e funzione (garanzia nei confronti di ESSERE BENESSERE sino alla concorrenza di € 551.666,93), benché senza iscrizione di ipotecaria, operazione straordinaria non esplicitata nella proposta originaria.

La prima e la quarta operazione sono state del tutto sottaciute nella proposta originaria, mentre la seconda e la terza - che hanno fatto sorgere due debiti da garanzia privilegiati senza corrispettivo nei confronti di VALEDO - sono state sottaciute quanto alla loro portata realmente o anche solo potenzialmente decettiva del consenso dei creditori. La proposta di concordato menzionava, difatti (come si è visto), solo fondi rischi privilegiati di IR quale terzo datore di ipoteca nei confronti di VALEDO SRL per le iscrizioni delle due menzionate ipoteche senza analisi delle operazioni sottostanti.

1.2 – Stanti tali premesse si esamina prima l'opposizione di AHID, la quale assume l'inesistenza delle condizioni per l'omologa del concordato, non essendo stata la stessa considerata tra i creditori ammessi al voto.

L'opposizione, come correttamente dedotto dal ricorrente, è inammissibile, in quanto l'esclusione di un creditore dal voto non è legittimante all'opposizione ove l'ammissione al voto di detto creditore non avrebbe influito sulle maggioranze. Il collegio dei Commissari giudiziali ha effettuato la cd. "prova di resistenza", ipotizzando lo scenario che si sarebbe verificato nel caso in cui il supposto creditore AHID, il cui credito ammonta pacificamente a 7 milioni di Euro (volontariamente postergato al soddisfacimento del credito di 8,5 milioni di Euro vantato da BANCA POPOLARE DI MILANO nei confronti di FDC ora in fallimento), fosse stato inserito nell'elenco dei votanti. Il creditore, ove fosse stato ammesso al voto, avrebbe contribuito al quorum di votanti incrementando lo stesso quorum da € 12.147.617,76 ad € 19.147.617,76, portando così il quorum della maggioranza ad € 9.573.808,88. Essendo la maggioranza dei creditori favorevoli pari ad € 10.000.187,76 l'eventuale inserimento dell'opponente tra i votanti non avrebbe avuto alcuna influenza sulle operazioni di voto, perché il concordato sarebbe stato in ogni caso approvato.

L'opposizione è, quindi, inammissibile. E' assorbito l'esame degli ulteriori e plurimi motivi di infondatezza dell'opposizione articolati dal ricorrente, anche in punto carenza di interesse all'opposizione, non essendo stati indicati specifici motivi di opposizione, oltre a quello menzionato.

1.3 – Decisamente più complessa è la questione che solleva la quale deduce fatti che avrebbero dovuto indurre il collegio dei Commissari giudiziali a introdurre procedimento ex art. 173 l. fall., in quanto le suddette operazioni straordinarie compiute nel 2014 costituirebbero atti in frode dei creditori.

1.3.1 - Essendo pacifico che il procedimento ex art. 173 l. fall. non è stato incardinato, né i commissari giudiziali hanno valutato opportuno incardinarlo neanche successivamente in pendenza del procedimento di omologa, confermando in data 7.11.2016 il proprio parere favorevole finale, si pone il problema di valutare se questi fatti possano essere valutati quali



fatti ostativi all'omologa del concordato sul presupposto che, ove tali fatti fossero stati veicolati in un formale procedimento ex art. 173 l. fall. – e questo anche in fase successiva alla votazione dei creditori - avrebbero potuto condurre alla revoca della proposta di concordato.

Al riguardo si osserva, ancorché tale questione non sia stata trattata nelle difese delle parti, che non può considerarsi discriminante in fase di omologa del concordato preventivo il fatto che vengano poste all'attenzione del Tribunale circostanze ostative all'omologa, riguardo alle quali il Commissario giudiziale non abbia formalmente introdotto un procedimento di revoca della proposta di concordato. Il commissario giudiziale, quando introduce il procedimento di revoca della proposta concordataria, non assume formalmente il ruolo di parte del procedimento concordatario, ma solleva all'attenzione del Tribunale fatti originariamente non conosciuti o, comunque, non esaminati dall'ufficio (ancorché verificatisi dopo l'apertura della procedura), fonte di revoca della domanda di concordato. Questo poterdovere dell'organo commissariale sussiste anche successivamente all'adunanza dei creditori e all'approvazione del concordato da parte dei creditori, come reso evidente dall'ultimo comma dell'art. 173 l. fall., che consente l'incardinazione di questo procedimento “se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”. Se, quindi, questi fatti possono essere portati all'attenzione del Tribunale anche in fase di omologa dall'organo commissariale, previo incardinamento di un procedimento ex art. 173 l. fall. all'interno del (o contestualmente al) procedimento di omologa, questo avviene perché si sollecita il potere officioso del Tribunale di revocare la domanda di concordato. Ritenere che tali fatti non possano essere rilevati dal Tribunale in sede di omologa per il solo fatto che il procedimento di revoca non sia stato incardinato, vieppiù in un caso in cui su questi fatti si è sviluppato un contraddittorio pieno, significa far prevalere il dato puramente formale della mancanza dell'atto di impulso dell'organo commissariale (che continua a non essere parte nel procedimento ex art. 173 l. fall.) sul dato sostanziale che i fatti sono stati comunque portati all'attenzione del giudice. Per di più, se si tratta di fatti potenzialmente ostativi all'omologa, non rileva affatto che la conoscenza di tali fatti avvenga per iniziativa dell'organo commissariale o dei creditori oppositori, perché ciò che rileva è che il fatto ostativo all'omologa sia al contempo atto potenzialmente fonte di revoca della proposta concordataria e che venga portato all'attenzione dell'ufficio.

Del resto, proprio il fatto che circostanze ostative alla prosecuzione del procedimento concordatario perché indiziarie o sintomatiche di atti in frode (che avrebbero dovuto condurre alla revoca della proposta, con arresto della procedura concordataria) possano essere portate all'attenzione del Tribunale anche in fase successiva alla votazione dei creditori, a termini dell'art. 173, ult. co., l. fall., dimostra che si tratta di circostanze, al contempo, ostative all'omologa del concordato, fase distinta rispetto all'approvazione dei creditori. E non si vede come possa essere omologato un concordato relativamente al quale vengano prospettati atti in frode solo per il fatto (formale) che il Commissario giudiziale non abbia promosso il procedimento ex art. 173 l. fall., perché questi fatti, ove conosciuti dall'ufficio, determinano il rigetto della domanda di omologa negli stessi termini in cui avrebbero provocato la revoca della domanda di concordato, arrestando in ogni caso il procedimento concordatario, benché dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori.

Deve, quindi, concludersi che, ove fatti di frode (che avrebbero condotto all'apertura di un procedimento ex art. 173 l. fall.) vengano portati all'attenzione dell'ufficio da un creditore o da un interessato opponente in sede di giudizio di omologa, gli stessi costituiscono circostanze ostative all'omologa stessa, perché in ogni caso le stesse potrebbero essere oggetto di rilievo officioso da parte dell'ufficio al fine della declaratoria di inammissibilità o



della revoca della proposta di concordato.

1.3.2 - Detto questo, i fatti indicati dall'opponente e ripercorsi *supra* 1.1 costituiscono atti in frode dei creditori.

VALEDO ha acquisito tra il marzo 2014 e l'ottobre 2014, in spregio dello stesso piano attestato e, comunque, al di fuori dello stesso, il rango di creditore privilegiato ipotecario di IR senza alcun corrispettivo. IR ha svolto questo ruolo di garante perché era il soggetto maggiormente solvibile. Per quanto l'operazione si spieghi in una logica del gruppo FDC, volta inizialmente a salvare la quotazione di EB HOLDING (all'epoca ESSERE BENESSERE) e successivamente a salvaguardare la continuità aziendale, non sono emersi specifici vantaggi compensativi in favore di IR, diversamente da quanto genericamente deduce il ricorrente in memoria in data 27.10.2016, secondo cui tali vantaggi si sarebbero "estrinsecati, per esempio, nella conduzione degli immobili sociali da parte delle varie Società del Gruppo, percependo nel corso dei rapporti locatizi i relativi ingenti canoni" (pag. 6 mem. cit.), senza prospettazione di quale sarebbe stata questa specifica utilità. Di fatto, queste operazioni hanno aumentato le passività e hanno persino alterato la *par condicio*. Né tali operazioni sono state descritte nella proposta iniziale nella loro portata effettiva, se non come meri conti d'ordine e fonte di fondi rischi al privilegio.

Inoltre tali operazioni hanno comportato l'acquisto di partecipazioni di nullo valore (le azioni EB HOLDING, già svalutate nell'esercizio al 31.12.2014) a fronte di acquisizione di debiti nei confronti proprio dell'attuale opponente (per effetto di cessione da parte di VALEDO), nonché foriera della compensazione operata da SPEM, che ha sottratto risorse (canoni) all'attivo, nonché l'emersione di ulteriori conti d'ordine (comunque passività) nei confronti di ALES GROUPE.

1.3.3 – La questione che si pone - sulla quale insistono specificamente ricorrente e opponente - è se tali atti di frode possano essere ostativi all'omologazione (negli stessi termini in cui sarebbero forieri della revoca della domanda di concordato ex art. 173 l. fall.), una volta che i creditori abbiano votato e approvato la proposta.

La questione riguarda il contenuto e la struttura che possono avere gli atti in frode, nonché la funzione degli stessi nella logica del concordato preventivo.

Si afferma nella giurisprudenza di legittimità che gli atti di frode vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata, purchè siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla sola consapevole volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione (Cass., Sez. I, 9 luglio 2014, n. 17191). E', quindi, l'influenza di tali atti sulla formazione del giudizio e del conseguente consenso dei creditori che determina la natura di atto in frode (Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 12533; Cass., Sez. I, 18 aprile 2014, n. 9050; Cass., Sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387). Questi fatti parrebbero assumere in detti precedenti una connotazione di "danno" e non di "pericolo", nel senso che ove tale valenza decettiva fosse venuta meno, per il fatto che gli stessi venissero disvelati dal ricorrente (benché originariamente sottaciuti) e ripresi nella relazione commissariale ex art. 172 l. fall. (come in effetti avvenuto), gli stessi perderebbero di connotazione fraudolenta, perché il rischio di potenziale inganno sarebbe venuto meno, avendo i creditori accettato la proposta concordataria non "vista e piaciuta", ma previa analisi e accettazione dei profili di frode da



parte del ceto creditorio.

Secondo questa lettura, propugnata dal ricorrente, i creditori sarebbero arbitri di valutare la portata decettiva delle informazioni originariamente a loro veicolate e che, laddove questa portata decettiva fosse stata rimossa da un atto successivo del proponente (integrazione della proposta), non sarebbe più possibile per il tribunale esaminare tali fatti quali ostativi all'omologa, come esaminatosi *supra* 1.3.1. Attitudine decettiva che, secondo il ricorrente, dovrebbe ritenersi definitivamente superata per il fatto che i creditori hanno approvato la proposta concordataria e che tale approvazione sia stata fatta nella piena consapevolezza della sussistenza, consistenza, portata e valenza giuridica di tali atti compiuti dalla ricorrente nel corso dell'esercizio 2014.

Questa conclusione non è condivisa dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., Sez. I, 26 giugno 2014 n. 14552), secondo cui l'accertamento 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 l. fall., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano stati resi edotti di quell'accertamento.

In tale arresto la Suprema Corte ha osservato che tale principio di diritto “non vale, certo, a reintrodurre il giudizio di meritevolezza” relativo alla condotta dell'imprenditore ma perché mira comunque a colpire comportamenti reticenti ostativi alla formazione di un consenso informato del ceto creditorio e idonei di per sé ad avere efficacia decettiva del consenso. E questa idoneità decettiva degli atti fraudolenti come descritti è anticipata anche al solo momento della “potenzialità decettiva”, per cui assume rilievo ai fini della revoca dell'ammissione al concordato anche ove l'inganno dei creditori non si sia effettivamente realizzato (“*occorre puntualizzare che la fraudolenza degli atti posti in essere dal debitore, se implica, come già detto, una loro potenzialità decettiva nei riguardi dei creditori, non per questo assume rilievo, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, solo ove l'inganno dei creditori si sia effettivamente realizzato e si possa quindi dimostrare che, in concreto, i creditori medesimi hanno espresso il loro voto in base ad una falsa rappresentazione della realtà*”). Questa tutela “anticipata” del ceto creditorio attribuita al tribunale, la quale legittima l'esperimento del rimedio della revoca del concordato anche dopo la approvazione della proposta da parte del ceto creditorio, colpisce “il comportamento fraudolento del debitore” in sé e “non l'effettiva consumazione della frode”. Aggiunge il Supremo Giudice, inoltre, che “*se così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito*” (Cass., 14552/14, cit.).

In altri termini, ciò che rileva è il tentativo di frode posto in essere dall'imprenditore che intende ad accedere alla proposta di concordato posto in essere all'atto del deposito della proposta di concordato, indipendentemente dal fatto che questa proposta sia stata successivamente emendata da una integrazione con integrale disvelamento degli atti sottaciuti. Il tentativo di frode nei confronti dei creditori opera alla stregua di una sorta di evento di pericolo, che colpisce anticipatamente l'imprenditore concordante indipendentemente dalla



successiva rimozione delle circostanze che avrebbero condotto alla revoca della proposta. L'esistenza o l'accertamento di atti in frode da parte del commissario giudiziale non vale a eliminare la loro valenza potenzialmente decettiva, negli stessi termini della consumazione di un reato o evento di "pericolo" (se non di "attentato"), ovvero con funzione generalpreventiva e questo ancorché i creditori abbiano votato favorevolmente la proposta medesima. La soglia di attenzione dell'ordinamento per gli atti in frode, come enunciata dalla Suprema Corte, è anticipata a un momento anche di mera potenziale decettività, la quale può essere rilevata dal Tribunale indipendentemente dall'avvenuta approvazione del concordato.

1.3.4 - Tale rigoroso orientamento della Suprema Corte merita condivisione per le ragioni che seguono.

1.3.4.1 - Se si favorisse l'interpretazione secondo cui sarebbe sempre possibile sanare la condotta fraudolenta iniziale (ove vi sia prova che questa omissione sia voluta e venga rimossa per effetto di induzione nell'imprenditore alla *disclosure* per effetto dei rilievi dell'organo commissariale), si favorirebbero condotte opportunistiche che subordinerebbero la manifestazione di queste condotte al puro caso in cui l'organo commissariale "scoprisse" tali condotte. Attribuire a un mero evento occasionale la formulazione di una corretta formulazione della proposta di concordato preventivo significa incentivare condotte non virtuose, incentrate su dinamiche di asimmetria informativa (l'imprenditore concordante spera che i creditori non si accorgano di atti in loro frode), che inducono a fenomeni di selezione avversa (dare meno informazioni ai creditori o informazioni incomplete per acquisire un vantaggio competitivo a favore del proponente, vantaggio che non si verificherebbe in caso di informazione completa). Una condotta opportunistica che non preveda sanzioni di alcun genere a carico del proponente favorirebbe l'imprenditore in ogni caso a scapito dei creditori. Difatti, se l'imprenditore concordante non venisse "scoperto", egli lucrerebbe un vantaggio competitivo rispetto alla massa dei creditori perché non metterebbe loro a disposizione le risorse celate. Se, viceversa, venisse scoperto, non rischierebbe nulla, perché offrirebbe ai creditori (tardivamente) quello che avrebbe dovuto offrire sin dall'origine.

Se si desse all'imprenditore la possibilità di "provare" a far passare una soluzione che occulti operazioni distrattive o preferenziali, salvo che questi venisse "scoperto" dall'organo di vigilanza, con la certezza dell'irrelevanza di questa condotta iniziale ove i creditori approvino la proposta, questi verrebbe incentivato a occultare le condotte fraudolente per tentare di lucrare il vantaggio che tale condotta offre all'imprenditore a discapito dei creditori non informati. Conclusione vieppiù inaccettabile ove il sistema di adesione alla proposta si forma (come nel caso di specie) nelle forme del silenzio assenso, con cui si valorizzano favorevolmente le manifestazioni di astensione dal voto, che possono apparire equivoche in termini di chiara espressione di un consenso informato. E' come dire che la proposta può essere inizialmente squilibrata in favore del debitore ma che potrebbe essere riportata in equilibrio *secundum eventum litis*.

Il peggioramento generale delle condizioni di trattamento dei creditori conseguirebbe, pertanto, all'incentivazione di comportamenti opportunistici degli imprenditori concordanti a porre in essere condotte omissive a loro vantaggio in danno del ceto creditorio, posto che il tardivo ravvedimento non avrebbe per il debitore alcun costo.

La tutela dai comportamenti fraudolenti è quindi "anticipata" - nella lettura data dalla Suprema Corte - al solo "potenziale" effetto decettivo, con efficacia generalpreventiva in danno dei suddetti comportamenti opportunistici degli imprenditori concordanti. Questa natura "anticipata" o di "potenziale" decettività spiega, come nota la Suprema Corte, per quale motivo il procedimento di revoca possa essere posto in essere dopo l'approvazione della



proposta da parte dei creditori. In questa fase possono sicuramente essere veicolati comportamenti precedentemente ignoti e successivamente scoperti che, per la strutturazione del procedimento concordatario, non possono comportare la regressione alla fase del voto, che involge unicamente mutamenti sostanziali della proposta che attengono al giudizio di fattibilità della proposta (art. 179, comma 2, l. fall.). Ma se il giudizio dei creditori prescinde da tali circostanze non è perché tali fatti siano scoperti *dopo* la votazione, ma anche perché *prescindono* dalla votazione, indipendentemente dal momento della scoperta.

1.3.4.2 – Vi è una ulteriore ragione per sostenere questa interpretazione.

Ove si ritenesse che la completa ostensione delle cause che avrebbero condotto alla revoca della proposta precludesse la revoca stessa, ciò equivarrebbe a sostenere che i creditori, oltre a votare sulla convenienza della proposta, rinuncerebbero a far valere il procedimento di revoca della proposta per i fatti che sono stati oggetto di analisi nella relazione commissariale.

Ma i creditori non sono parti del procedimento di revoca del concordato ex art. 173 l. fall., perché tale procedimento non è a loro rivolto. Gli stessi non possono, quindi, disporre del superiore interesse a che le condotte decettive non vengano poste in essere e questo momento va determinato al momento in cui viene confezionata la proposta concordataria, perché rileva di per sé indipendentemente dal fatto che i creditori sappiano di queste condotte e votino la proposta. E questo spiega ulteriormente perché l'art. 173, ult. co. l. fall. consenta l'esercizio di questo *“potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito”* (Cass., 14552/14, loc. cit.).

1.3.4.3 – Una ulteriore ragione, ancora, è insita nello stesso contenuto giuridico che ha l'atto in frode. Questo atto non ha rilevanza di per sé solo per il fatto che lo stesso venga dichiarato o meno nella proposta di concordato, ma per il fatto che lo stesso abbia attitudine decettiva nei confronti della massa dei creditori. L'atto in frode giuridicamente non si differenzia da quello che è il contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c., ossia un atto giuridico o negoziale che, pur formalmente posto in essere secondo un tipo negoziale lecito, ha la funzione di perseguire una causa concreta diversa da quella astratta e illecita, facendo connotare l'operazione negoziale di contenuti giuridici ulteriori rispetto a quelli dichiarati, comuni ad entrambe le parti. L'emersione di questa causa concreta ovvero la conclamata deviazione dalla struttura tipica dell'operazione negoziale sottostante fa emergere la causa illecita, con conseguente nullità dell'operazione negoziale per illiceità della causa, rilevabile di ufficio dal giudice. La ragione del rilievo officioso sta proprio nel fatto che non può darsi copertura privatistica ad atti che, secondo l'ordinamento non potrebbero essere posti in essere e che, ove ne venga accertata la deviazione della causa tipica in modo tale da modificare la struttura causale astratta del contratto, le attribuiscono una diversa configurazione causale che ne determina la nullità (Cass., Sez. III, 11 settembre 2014, n. 19161; in tema di rapporti finanziari Cass., Sez. III, 3 aprile 2014, n. 7776; Cass., Sez. VI – 3, Ord. 8 febbraio 2012, n. 1875). Se questa emersione della causa concreta delle operazioni negoziali consente al giudice di attribuire a un atto giuridico o negoziale (di ufficio) una connotazione diversa rispetto a quella prospettata dalle parti ai fini della nullità dell'atto, non si vede come questa connotazione - ove la stessa riguardi una proposta negoziale che contenga quell'atto in frode - possa essere inibita dal giudizio favorevole dato da coloro che intendano aderire alla proposta negoziale che contenga quell'atto in frode. E questo soprattutto in un caso, come il procedimento di concordato preventivo, che ha conservato una fase di controllo officioso



della legittimità dell'accordo, tanto che prevede non solo una fase di omologa del concordato successiva all'approvazione da parte dei creditori, ma anche una fase di revoca della proposta dopo l'approvazione stessa, indipendentemente da quella che è stata la posizione del ceto creditorio sulla proposta.

Pur non trattandosi di atti nulli, bensì di atti revocabili, è evidente la frode alla legge, non esplicitata in sede di redazione della proposta. La frode ha riguardato atti che hanno influito sulla composizione dell'attivo, del passivo e sulla graduazione dei crediti che, nel caso di specie, priva o, quanto meno, attenua il rischio imprenditoriale per la parte *in bonis* (VALEDO, SPEM, ALES GROUPE) scaricandolo sulla società, poi in concordato, quindi in danno della massa degli altri creditori. Questa frode, in quanto costitutiva dello stesso fabbisogno concordatario e delle modalità di confezionamento del piano nonché della proposta, può, pertanto, essere valorizzata come ostativa all'omologa indipendentemente dall'approvazione della proposta di concordato.

1.3.5 – Una rilevante ricaduta sistematica di questa interpretazione è che nessuna modifica della proposta possa essere valorizzata al fine di considerare irrilevante l'atto di frode per avvenuta comunicazione tardiva al ceto creditorio, salvo che questo avvenga spontaneamente per effetto del comportamento del ricorrente. In quest'ultimo caso – altamente improbabile – il comportamento del ricorrente non indotto da ragioni esterne non potrebbe ritenersi sintomatico della volontà, o quanto meno della consapevolezza di intercettare decettivamente la volontà dei creditori. Negli altri casi questa “potenziale” decettività colpisce la formulazione dell'originaria proposta e non è scriminata da una modifica successiva della stessa.

Questa “potenziale” decettività, che prescinde dalla effettiva consumazione della frode, non può neanche essere sanata da modifiche della proposta che mirassero a eliminare in termini economici gli effetti dell'originario *deficit* informativo e il potenziale “danno” per la massa. Se la proposta modificata aggiungesse alla proposta originaria le utilità che erano state originariamente sottrarre ai creditori (con la depurazione di debiti o garanzie fittizie e/o revocabili, ovvero con il recupero all'attivo delle attività disperse), questo non sarebbe comunque sufficiente, posto che ciò che rileva è la mera potenziale frode che non è legata a un concetto di consumazione e, quindi, di danno e non può essere sanata *ex post* dal tardivo “recupero” delle attività originariamente sottratte. Circostanza, peraltro, non sussistente nel caso di specie perché queste utilità non vengono misurate in termini economici. All'imprenditore non resterebbe che la proposizione di una nuova proposta di concordato.

1.3.5.1 - Potrebbe sembrare effettivamente distonico (se non persino contrario all'economia processuale) che il rigetto dell'omologa per atti in frode tardivamente disvelati e la eventuale successiva riproposizione di altra proposta giunga a moltiplicare le procedure di concordato. Se, difatti, l'imprenditore potesse procedere al deposito di una nuova proposta, non si comprenderebbe per quale motivo l'imprenditore non possa fare nel corso del procedimento quello che dovrebbe fare successivamente.

Ma appare evidente che la nuova proposta di concordato non potrebbe essere considerata una mera ripetizione o “doppione” della precedente. E questo - indipendentemente e prescindendo dal rischio di un abuso dello strumento concordatario - perché la nuova proposta interverrebbe in un momento del tutto differente e a situazione imprenditoriale e giuridica completamente mutata rispetto a quella precedente. Si pensi alla protezione dalle azioni esecutive (decorrente da un momento del tutto differente, il che muta radicalmente la prospettiva iniziale), alla opponibilità delle garanzie, nonché alla natura concorsuale di crediti che nella proposta erano trattati come crediti estranei o posteriori (come, nel caso di



specie, il contestato credito “prededucibile” del *leasing* risolto in epoca successiva al deposito della domanda di concordato).

Condividendosi le motivazioni espresse dall’opponente deve ritenersi che gli atti di frode possano essere rilevati dopo la votazione favorevole dei creditori e indipendentemente dalla medesima.

1.3.6 – Non vi è dubbio alcuno che i fatti esaminati costituiscano atti di frode come detto *supra* 1.3.2. Il concordato non può, pertanto, essere omologato, avendo il ricorrente posto in essere plurimi atti in frode nell’esercizio 2014 non evidenziati nella proposta di concordato in data 30.10.2015.

E’ assorbito l’esame degli ulteriori profili dell’opposizione di Si dà atto, come rilevato in sede di udienza, che gli opposenti non hanno chiesto il fallimento del ricorrente. Né è parte del presente procedimento alcun creditore istante per il fallimento.

L’opposizione di va, pertanto, accolta, con conseguente rigetto della domanda di omologa.

2 – Le spese seguono la soccombenza tra IR e e sono liquidate come da dispositivo. Analogamente, le spese tra IR e AHID seguono anch’esse la soccombenza e sono poste a carico di AHID, liquidate come da dispositivo.

P. Q. M.

Il tribunale, decidendo sull’omologa della domanda di concordato preventivo presentata da IMMOBILIARE SPA IN LIQUIDAZIONE CON S.U. e sulle opposizioni di ALLIANCE HEALTCARE ITALIA DISTRIBUZIONE SPA e DISTRIBUZIONE SPA, così provvede:

1 – dichiara inammissibile l’opposizione promossa da ALLIANCE HEALTCARE ITALIA DISTRIBUZIONE SPA e, in accoglimento dell’opposizione promossa da DISTRIBUZIONE SPA, rigetta la domanda di omologa del concordato preventivo proposto da IMMOBILIARE S.P.A. A S.U. IN LIQUIDAZIONE CON S.U. (C.F. 03989590967);

2 - condanna IMMOBILIARE SPA IN LIQUIDAZIONE CON S.U. al pagamento delle spese del procedimento di omologa in favore di DISTRIBUZIONE SPA, che liquida in complessivi € 8.000,00 per compensi, oltre 15% spese generali, IVA e CPA.; condanna ALLIANCE HEALTCARE ITALIA DISTRIBUZIONE SPA al pagamento delle medesime spese in favore di IMMOBILIARE SPA IN LIQUIDAZIONE CON S.U., che liquida in complessivi € 6.000,00 per compensi, oltre 15% spese generali, oltre IVA e CPA come per legge.

Milano, 10 novembre 2016

Il Giudice Est.
dott. Filippo D’Aquino

Il Presidente
dott. Alida Paluchowski

