



Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

SSMS NR7
N. 9440/15



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE 2ª CIVILE

Riunito in camera di consiglio nelle persone dei giudici:

- dott.ssa Caterina Macchi presidente rel.
- dott. Guido Macripò giudice
- dott. Federico Rolfi giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio ex art. 9 d.lgs. 270/99 promosso da

in liquidazione, rappresentata e difesa dagli avv. Remo Danovi, Mario Battaglia e Matia Barnaba Maggioni,

CONTRO

in amministrazione straordinaria ora in persona del Commissario straordinario avv. Marcello Parrinello, nominato con DM 20 aprile 2012, già in persona del commissario giudiziale nominato con la sentenza di accertamento dello stato di insolvenza dr. Giovanni Massoli,

CONVENUTA

dr. Giovanni Massoli, avv. Gino Da Pozzo, dr. Marco Mistò, nella loro qualità di commissari giudiziali della procedura di concordato preventivo revocata

CONVENUTI NON COSTITUITI

CONVENUTA

CONVENUTA CONTUMACE

Pubblico Ministero

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

NON COSTITUITO

Oggetto : opposizione a sentenza di accertamento dello stato di insolvenza

Conclusioni delle parti:

Per l'attrice:” Piaccia al Tribunale, ogni contraria istanza ed eccezione respinta, previa ogni più opportuna declaratoria e dato atto delle risultanze della CTU depositata,

- accogliere l'opposizione /reclamo e per l'effetto:
 - a) revocare e annullare il decreto del Tribunale di Milano 9 febbraio 2012;
 - b) dichiarare l'illegittimità dello stesso decreto e la mancanza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso proposto ex art. 173 lf dai commissari giudiziali;
 - c) annullare e revocare la sentenza del Tribunale di Milano 9 febbraio 2012 n. 118/2012 dichiarativa dello stato di insolvenza della soc. G.D.M. s.p.a. in liq., per la preesistente legittima procedura di concordato preventivo;
 - d) ordinare la prosecuzione della procedura di concordato;
 - e) disporre ogni altro più opportuno provvedimento.

Con il favore delle spese e dei compensi di causa. Fatto salvo ogni altro diritto.

In via istruttoria, in subordine e per mero tuziorismo, si chiede di acquisire tutta la documentazione esistente nell'ambito della procedura di concordato.”

Per la Procedura di amministrazione straordinaria di : l'esponente chiede che “il Tribunale adito - respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa – voglia rigettare integralmente il ricorso/reclamo presentato dai Liquidatori di G.D.M. s.p.a. in liquidazione avverso il decreto del Tribunale di Milano del 9-2-2012 con il quale è stata disposta la revoca dell'ammissione al concordato preventivo della medesima società, nonché l'opposizione proposta avverso la sentenza n. 118 del 9-2-2012 con la quale il Tribunale di Milano ha dichiarato ai sensi e per gli effetti dell'art. 8 d.lgs. 270/99 lo stato di insolvenza della G.D.M. s.p.a. in liquidazione. Con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese e competenze del presente giudizio”.

Per **Lactalis Nestlé Prodotti Freschi Italia s.r.l.**, non presente all'udienza di precisazione delle conclusioni, si riportano le conclusioni della comparsa di costituzione: la predetta società “ Si costituisce in giudizio rimettendosi alle decisioni dell'Ill.mo Tribunale di Milano”.





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

MOTIVI DELLA DECISIONE

I - Il procedimento ex art. 161 lf e la presente vicenda processuale.

Appare funzionale ad una ordinata trattazione del merito della controversia sintetizzare in premessa una ricostruzione in chiave prettamente cronologica dei momenti salienti di sviluppo della procedura concordataria cui (in seguito) aveva ottenuto l'ammissione; ammissione poi revocata ex art. 173 lf dal Tribunale di Milano, che ha con sentenza accertato lo stato di insolvenza ex art. 8 d.lgs. 270/99.

ha depositato al Tribunale di Milano in data 5 aprile 2011 ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, formulando una articolata proposta di natura liquidatoria. Il Tribunale ha dichiarato aperta la procedura concordataria con decreto in data 21 aprile 2011, nominando una terna di commissari giudiziali e fissando la data del 30 settembre 2011 per l'adunanza dei creditori, successivamente rinviata su richiesta dei commissari al 25 novembre 2011 e poi al 25 gennaio 2012. Il piano concordatario veniva aggiornato con memoria depositata il 15 novembre 2011. In pari data i commissari giudiziali depositavano relazione ex art. 173 lf: il contraddittorio sul contenuto della quale veniva assicurato alla società mediante il deposito di memoria e documenti. Il tribunale infine disponeva espressa riconvocazione delle parti e del Ministero dello Sviluppo Economico in relazione alla sussistenza dei requisiti dimensionali di cui all'art. 2 d.lgs. 270/99. Con decreto depositato in data 9 febbraio 2012 e sentenza in pari data il Tribunale: revocava l'ammissione della società al concordato preventivo; accertava lo stato di insolvenza nominando quale commissario giudiziale il dr. Giovanni Massoli, indicato dal Ministero competente ex art. 7 comma III d.lgs. cit. e già facente parte del collegio commissariale della procedura concordataria revocata. La presente causa è stata correttamente introdotta mediante evocazione in giudizio della Procedura in persona del commissario giudiziale nominato in sentenza; il contraddittorio è stato altresì regolarmente instaurato nei confronti dei soggetti che, precedentemente, avevano depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento di (

). L'atto di citazione è stato notificato anche ai commissari giudiziali della procedura concordataria revocata. Solo si è costituita, dichiarando di rimettersi alla decisione del Tribunale; i difensori della predetta convenuta hanno presenziato solo alle prime udienze istruttorie. Di viene in questa sede dichiarata la contumacia. Il Pubblico Ministero non ha partecipato al giudizio. Con decreto in data 6 aprile 2012 il tribunale di Milano ha dichiarato aperta la procedura di

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

amministrazione straordinaria ex art. 30 d.lgs. 270/99; con decreto del 20 aprile 2012 il Ministero dello Sviluppo Economico ha nominato l'avv. Marcello Parrinello quale Commissario straordinario. La Procedura di amministrazione straordinaria si è dunque costituita nel presente giudizio depositando comparsa in data 10 luglio 2012, in coerenza con il disposto dell'art. 34 I comma d.lgs. cit., a termini del quale se il decreto di apertura della procedura di amministrazione straordinaria è emesso mentre è in corso il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, il commissario straordinario interviene nel giudizio in sostituzione del commissario giudiziale nominato per la fase c.d. di osservazione.

L'oggetto della presente controversia è costituito dalla richiesta di revoca della sentenza di accertamento dello stato di insolvenza, richiesta fondata sulla deduzione di vizi del decreto, del quale è correlativamente richiesta la revoca, con il quale il Tribunale ha revocato ex art. 173 lf l'ammissione di concordato preventivo; non sussiste contestazione né in ordine allo stato di insolvenza, né alla presenza dei requisiti dimensionali previsti per la sottoposizione ad amministrazione straordinaria della società.

ha parallelamente instaurato avanti alla Corte d'Appello di Milano un altro procedimento volto alla revoca del decreto ex art. 173 lf, in considerazione della previsione della competenza della Corte territoriale contenuta nel II comma del predetto articolo per l'ipotesi in cui, sussistendo non solo i presupposti per la revoca della procedura concordataria ma anche quelli di cui agli artt. 1 e 5 lf, venga dichiarato il fallimento. Detta iniziativa processuale - comprensibilmente determinata da dubbi interpretativi in ordine alla individuazione dell'ufficio giudiziario competente causati dalla mancata modifica dell'art. 9 d.lgs. 270/99 in occasione della riforma dell'art. 18 lf introdotta con d.lgs. 5/2006 - si è conclusa con la sentenza n. 3217/12 del 10 ottobre 2012, con la quale la Corte d'Appello ha dichiarato *"la propria incompetenza funzionale per essere invece competente il Tribunale di Milano"*. La sentenza è passata in giudicato. I principi affermati dalla Corte, in relazione alla inconfigurabilità di una competenza sull'impugnazione del decreto pronunciato ex art. 173 lf distinta da quella sulla revoca della sentenza che ha accertato i presupposti di cui all'art. 8 d.lgs. 270/99, sono peraltro del tutto coerenti con il consolidato assetto interpretativo della giurisprudenza di legittimità formatosi in relazione alla inammissibilità del reclamo nei confronti del decreto di revoca del concordato preventivo ove non proposto anche avverso la successiva pronuncia di fallimento. Al riguardo, viene utilmente in considerazione quanto recentemente ribadito dalla sentenza della Suprema Corte n. 12185/14 : *"Le Sezioni Unite di questa Corte, ribadendo la giurisprudenza formatasi a seguito della riforma del concordato preventivo operata*

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

dalla novellazione della legge fallimentare del 2006 e del 2007 ha rilevato (sia pure in relazione ad un caso di inammissibilità del concordato, ma gli stessi principi sono applicabili anche al caso di revoca come nella fattispecie in esame) lo stretto nesso intercorrente fra l'esito negativo dell'istanza di concordato - nelle diverse fasi dell'ammissione e dell'omologazione - e la dichiarazione di fallimento, da cui discende: "che il ricorso contro il decreto del tribunale che neghi l'ingresso alla procedura di concordato preventivo è inammissibile quando è inscindibilmente connesso alla successiva e consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento (anche non contestuale), dovendo in tal caso farsi valere i vizi del decreto mediante l'impugnazione della sentenza" (C. 11/3586, che a sua volta richiama C. 10/8186); che le questioni attinenti al decreto di inammissibilità devono "essere dedotte con la stessa impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto il predetto rapporto si atteggia come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento all'esito negativo della prima procedura) e di assorbimento (dei vizi del predetto diniego in motivi di impugnazione della seconda), che determina una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti" (C. 12/18190, che a sua volta richiama C. 11/3059); che il decreto di annullamento del concordato preventivo non è autonomamente impugnabile mancando il necessario interesse, e ciò in quanto l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non potrebbe avere alcuna incidenza sulla validità e l'efficacia della sentenza di fallimento, potendo questa essere revocata soltanto all'esito ed in accoglimento di apposito reclamo (C. 12/2671). Ed è proprio quest'ultimo profilo che appare di specifico rilievo, atteso che l'indispensabile interesse al ricorso in tema di concordato presuppone inevitabilmente l'esito positivo di quello contro la dichiarazione di fallimento, risultando del tutto inutile in caso contrario l'eventuale accoglimento del primo ricorso, non consentendo tale esito alcuna possibilità di incidenza sugli effetti di una non più contestabile sentenza di fallimento (Cass. sez. un. 1521/13)."

Tomando, e conclusivamente, allo sviluppo del presente giudizio, si deve riferire che, depositate memorie e documenti, il giudice istruttore assegnatario del fascicolo ha disatteso la richiesta attorea di acquisizione di tutta la documentazione contenuta nel fascicolo della procedura concordataria ed ha disposto consulenza tecnica d'ufficio, avente oggetto sul quale si tornerà diffusamente. In data 20 settembre 2013, avanti a nuovo giudice istruttore è stato conferito l'incarico al CTU dr. Carlo Pagliughi, il quale è stato autorizzato ad avvalersi di ausiliario nella persona del dr. Luca Franceschi. L'attività del consulente si è svolta nel rispetto del contraddittorio delle parti e si è conclusa con il deposito in data 21 luglio 2014 di ampio elaborato peritale. La trattazione del procedimento è proseguita, con ulteriore e ripetuta riasse-





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

gnazione del fascicolo per avvicendamenti nella titolarità del ruolo, sino all'udienza di precisazioni delle conclusioni, cui hanno presenziato i difensori dell'attrice e della Procedura convenuta, insistendo per l'accoglimento delle rispettive conclusioni come riportate in epigrafe. Decorsi i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche, la causa è giunta alla fase decisoria collegiale.

II) La fisionomia essenziale della proposta concordataria.

Appare opportuno ora dare sintetico conto della proposta concordataria, nella sua formulazione e contenuto, in funzione di una migliore rappresentazione delle motivazioni del decreto pronunciato ex art. 173 lf, delle ragioni di impugnazione proposte dall'odierna attrice, delle opposte conclusioni della Procedura convenuta e, infine, delle valutazioni di questo tribunale.

ha proposto un concordato per cessio bonorum, prospettando mediante la liquidazione del proprio patrimonio il soddisfacimento integrale delle spese e dei crediti prededecibili, di quelli di rango privilegiato, e dei creditori chirografari in percentuale stimata nel 45,68%. La società operava nel settore della grande distribuzione organizzata, e gestiva, alla data di deposito del ricorso, 17 punti vendita in Calabria e in Sicilia, annoveranti supermercati in franchising a marchio , ipermercati a marchio , ipermercati a marchio

condotti in affitto di azienda. Il soddisfacimento dei creditori era prospettato mediante la realizzazione di un piano imperniato sui cardini essenziali: della prosecuzione temporanea dell'attività di impresa - che vedeva in forze a quel momento 708 unità lavorative - in vista della individuazione di un soggetto imprenditoriale disponibile ad rendersene cessionario, della cessione del magazzino, della liquidazione di un articolato patrimonio immobiliare, del realizzo di crediti , della cessione della partecipazione totalitaria in (a sua volta controllante di altre due società), titolare della proprietà di altra parte del patrimonio immobiliare facente capo al gruppo. Il fabbisogno era stimato in circa € 79.499.000; l'esposizione debitoria complessiva indicata in € 111.656.000 circa.

Nei mesi successivi all'apertura della procedura, la società ha effettivamente stipulato un contratto di affitto di azienda accompagnato da offerta irrevocabile di acquisto, previa autorizzazione ex art. 167 II comma lf, avente ad oggetto 15 punti vendita; nella memoria di aggiornamento della proposta depositata il 15 novembre 2011 dà conto, tra l'altro, di alcune vicende che avevano caratterizzato l'esecuzione del contratto di affitto di azienda, nonché illustra alcune appostazioni rettificative del passivo e dell'attivo, indicando per l'effetto come ragionevolmente conseguibile una percentuale di soddisfacimento del ceto chirografario del 41,64%.

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

III) La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo e i motivi di opposizione ex art. 9 d.lgs. 270/99.

Nel contesto di tale complesso sviluppo di vicende gestorie dell'impresa, i commissari giudiziali, all'esito delle attività di ricostruzione delle cause del dissesto imposte dal dettato dell'art. 172 lf, hanno depositato una relazione ex art. 173 lf sottoponendo alla valutazione del Collegio varie condotte dell'imprenditore; tre di esse sono state ritenute rilevanti dal Tribunale alla stregua del disposto dell'art. 173 I comma lf.

La terna commissariale:

- premessa una ricostruzione dell'operazione di fusione con indebitamento attuata nell'anno 2007, dalla quale si è originata la società in concordato (operazione sulla quale si ritornerà diffusamente), ha ritenuto, in fatto, non supportata da idoneo riscontro documentale l'effettiva erogazione a in data 5 giugno 2007 di un mutuo ipotecario da parte di Banca Italease s.p.a. per l'ammontare di € 25.925.000,00 e, in diritto, inficiato da nullità il contratto di mutuo medesimo (come anche il precedente contratto di mutuo chirografario per importo di 28.000.000 risalente al gennaio dello stesso anno e stipulato da): con la duplice conseguenza della qualificabilità del debito assistito da garanzia reale verso Italease in termini di passività inesistente, e della attribuibilità allo stesso di impatto quantitativamente tale da assorbire significativa parte della garanzia patrimoniale, in pari misura sottratta ai creditori;
- ha segnalato l'esistenza di contenzioso con l'Agenzia delle Entrate non enunciato nel ricorso ex art. 161 lf quale condotta volta a sottostimare il fabbisogno concordatario;
- ha altresì segnalato la sussistenza di altre controversie giudiziali pendenti, con dipendenti e un fornitore, non indicate nella proposta e non sostenibili con gli stanziamenti previsti nei fondi rischi appostati nel piano, del quale doveva quindi ritenersi verosimilmente compromessa la fattibilità; nell'alveo di tali contestazioni, ha anche ritenuto che fosse stata esposta una passività inesistente.

Non si menzionano ulteriori contenuti della relazione dei commissari, in quanto disattesi dal tribunale nel provvedimento di arresto della procedura concordataria; l'attrice invero li ha resi oggetto di trattazione nel suo atto introduttivo, ma essa si palesa del tutto superflua.

L'attrice ha dunque impugnato la sentenza di accertamento dello stato di insolvenza contestando articolatamente in fatto e in diritto tutto il contenuto motivazionale del decreto pronunciato ex art. 173 lf.

u





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

In particolare ha ricostruito il procedimento di fusione con indebitamento dal quale, nell'aprile 2007, era nata la società, ne ha affermato la regolarità formale e la legittimità sostanziale, ha insistito sul carattere reale e non simulato delle sopra menzionate operazioni di mutuo, ha sottolineato la piena sostenibilità economica e finanziaria dell'operazione di fusione, escludendo che essa potesse qualificarsi come elemento causale o concausale della crisi, insorta a tre anni di distanza dalla nascita di e determinata da fattori di mercato sia specifici sia generali; ha conseguentemente contestato sul piano oggettivo che alla mancata specifica illustrazione di tali vicende nel ricorso ex art. 161 l.f. fosse attribuibile valenza decettiva nei confronti del ceto creditorio, e che l'omissione rivestisse soggettivamente carattere doloso. Ha contestato sotto ogni profilo anche la qualificazione fraudolenta attribuita dai commissari giudiziali e dal Tribunale alla mancata indicazione della sussistenza di debiti erariali in contenzioso e alla omessa indicazione di talune controversie giudiziali, ed anche respinto la dedotta inesistenza di una passività ricompresa nella proposta.

La Procedura opposta ha contrastato ogni conclusione attorea, soffermandosi ampiamente, e prevalentemente, sulle tematiche concernenti l'operazione di fusione, della quale ha ritenuto il carattere fraudolento, di contrarietà alla disciplina di cui all'art. 2501 bis c.c., di insostenibilità economica; ha sottolineato al riguardo la sussistenza di tutti i presupposti previsti dall'art. 173 I comma l.f.; ha fatto proprie le motivazioni espresse dal Tribunale anche con riferimento alla mancata indicazione nel ricorso delle posizioni debitorie segnalate dai commissari giudiziali.

IV) La valutazione delle ragioni di opposizione riferite all'operazione di fusione.

Delle tre ragioni di revoca, la prima costituisce di gran lunga il tema centrale, per rilevanza e complessità, non solo del provvedimento del tribunale, ma anche delle argomentazioni difensive delle parti, come pure dell'attività istruttoria compiuta in corso di giudizio.

Il Collegio ha infatti ritenuto che il finanziamento ipotecario del giugno 2007 non fosse mai stato erogato alla società in concordato bensì al socio (decreto ex art. 173 l.f. pag. 5), che l'operazione di fusione con indebitamento avesse di per sé gravato il patrimonio sociale di un debito sorto per un interesse estraneo a quello imprenditoriale, che la costituzione stessa della società veicolo fosse caratterizzata da fittizietà e strumentalità alla predetta finalità illecita, che l'operazione avesse apportato un contributo causale decisivo al determinarsi del dissesto della società (pag. 6 e 7), che le predette circostanze fossero state volontariamente sottaciute nel ricorso ex art. 161 l.f., solo sommariamente indicativo della mera esistenza di un'operazione di fusione quale fatto genetico della società proponente.





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Si rende dunque necessaria una specifica illustrazione in fatto dell'operazione di fusione posta in essere nel 2007 che, come accennato, costituisce la matrice generativa della stessa

La ricostruzione della fisionomia e delle modalità esecutive di tale fusione hanno costituito i primi temi di indagine affidati al CTU nel corso della fase istruttoria. In punto di fatto, detta ricostruzione non è stata oggetto di contestazione delle parti e risulta pienamente convincente, quanto a completezza di indagine sul piano sia del metodo che del merito; ciò rende superflua una esposizione analitica dei medesimi fatti come operata dal Tribunale nel decreto di revoca pronunciato ex art. 173 lf. Un secondo, cruciale profilo, del pari oggetto di incarico peritale, riguarda, come si vedrà, la verifica della sostenibilità dell'operazione di fusione. Di tali dati andrà poi focalizzato il portato sul piano giuridico, in funzione della loro effettiva qualificabilità come atti di frode scoperti dai commissari giudiziali.

Appare opportuno a titolo di premessa dare indicazione degli elementi informativi che la società proponente ha offerto nel ricorso ex art. 161 lf con riguardo all'operazione in oggetto.

Il capitolo I.3 del ricorso ex art. 161 lf depositato in data 5 aprile 2011, intitolato "attività e cronistoria", espone che "L'attuale *[redacted]*, come si dirà in seguito, è frutto di una fusione avvenuta nel 2007 tra *[redacted]* e *[redacted]* (...); prosegue illustrando che tale ultima società, costituita nel 1984, dal 1991 vedeva il capitale suddiviso tra il sig. *[redacted]*, titolare del 40% delle azioni, e la famiglia *[redacted]*, titolare del 60%; offre sintetica indicazione della fase di espansione che, in particolare a partire dall'anno 2005, aveva contraddistinto l'attività di *[redacted]* anche quale franchisee del gruppo *[redacted]*, sviluppatasi mediante l'apertura di 17 strutture di vendita tra Calabria e Sicilia orientale; séguita esponendo che nel 2007

[redacted] aveva subito una modifica dell'assetto societario: "Infatti il socio possessore del 40% della *[redacted]* mette in vendita la propria quota che nel gennaio dello stesso anno viene acquistata dalla *[redacted]* di proprietà della famiglia *[redacted]* che attua una fusione inversa con *[redacted]* nale s.p.a. nel luglio del 2007, facendo nascere l'attuale soggetto giuridico integralmente controllato dalla famiglia *[redacted]*"

I commissari giudiziali, nella prima parte della loro relazione, avevano illustrato che: il capitale sociale di *[redacted]* era detenuto mediante intestazione fiduciaria a *[redacted]* delle azioni dei soci *[redacted]* come anche del socio *[redacted]*; l'operazione di fusione era stata posta in essere al fine di determinare l'acquisto dell'intero capitale





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

da parte della famiglia Montesano; detta operazione si era modellata secondo lo schema della fusione con indebitamento, infatti essa si era realizzata mediante la costituzione di una società veicolo () da parte della medesima fiduciaria aveva acquistato il 40% del capitale sociale di (società target dell'operazione) riconducibile agli ; era quindi avvenuta l'approvazione del progetto di fusione per unione tra veicolo e target, rispettivamente da parte dell'amministratore unico della prima e del cda della seconda; il progetto era stato depositato al registro delle imprese in data 8 febbraio 2007; le società avevano poi adottato le rispettive delibere assembleari il 12 e 13 febbraio 2007; l'atto di fusione era stato perfezionato il 23 aprile 2007, per atto del notaio Binacchi di Milano, e aveva determinato la nascita della attuale

L'operazione risultava compiuta mediante ricorso a fonte di finanziamento bancario, essendo stato stipulato un contratto di mutuo chirografario tra e la società veicolo per l'importo di € 28.000.000,00 con previsione di rimborso in 18 mesi e costituzione di pegno sulle quote del 60% della società target in favore della mutuante. Una volta perfezionata la fusione, in data 5 giugno 2007 il consiglio di amministrazione di aveva stipulato con Banca Italease s.p.a. un contratto di mutuo fondiario ventennale al fine di trasformare l'indebitamento chirografario a breve termine apportato dalla società veicolo.

Si riporta ora il quesito che il giudice istruttore ha formulato al CTU:

"Il CTU, esaminati gli atti di causa, esaminati i documenti prodotti in atti e le informazioni disponibili presso terzi con particolare riferimento alle previsioni in ordine all'andamento del mercato, esaminata nel contraddittorio tra le parti tramite i relativi consulenti la documentazione contabile e aziendale rilevante ai fini della valutazione demandatagli, esaminato altresì ogni altro documento richiesto dal CTU alle parti e da queste prodotto con il consenso ex art. 198 c.p.c.:

- a) descriva le modalità di svolgimento dell'operazione di acquisto del 40% di da parte di e di successiva fusione tra le due società;*
- b) illustri in particolare quali siano state, in base alla documentazione disponibile, le ragioni industriali sottostanti all'operazione;*
- c) dica se la documentazione di corredo alla predetta operazione conteneva dati in grado di fornire informazioni sulle previsioni relative all'andamento gestionale e finanziario futuro della società risultante dalla fusione. In caso affermativo, dica se tali dati previsionali erano attendibili;*
- d) indichi quale fosse, alla luce delle informazioni all'epoca disponibili, il prevedibile andamento reddituale, patrimoniale e finanziario di , in assenza della predetta operazione di fusione con indebitamento;*
- e) dica, tenuto conto di quanto accertato in risposta al precedente quesito, se l'operazione di fusione con indebitamento fosse sostenibile per , oppure vi ha arrecato pregiudizio".*

/s





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Con riferimento al punto a), il CTU ha offerto una ricostruzione di estrema puntualità, corroborata in ogni passaggio da specifici riscontri documentali, in parte già disponibili prima della revoca del concordato preventivo, in parte successivamente acquisiti.

E' in tal modo confermato che il capitale di (così per maggiore chiarezza di farà riferimento alla società target della fusione, attesa l'identità degli acronimi di tutti i soggetti societari coinvolti) era riferito per il 40% a , e , e per il 60% alla famiglia , suddivisa tra tre membri della famiglia (

deteneva il 25%; il 15%; , moglie di

, il 20%). Entrambe le famiglie detenevano le proprie partecipazioni nel capitale di , in misura assolutamente prevalente, per il tramite della società fiduciaria , detentrici cumulativamente del 97,78% del capitale sociale, in forza di singoli e distinti mandati fiduciari rilasciati da ciascun membro delle due famiglie. Il restante 2,22% del capitale di era detenuto direttamente da .

La ricostruzione che segue è tratta direttamente da passaggi dell'elaborato peritale, pagg. da 21 a 26, cui più ampiamente si rinvia anche con riferimento all'elencazione e alla produzione in allegato delle fonti documentali esaminate.

veniva costituita in data 6 dicembre 2006. Anch'essa è stata costituita da parte di (operante in qualità di fiduciaria dei soci) in base a distinti mandati fiduciari. I fiducianti nello specifico sono: con una partecipazione del 25%; con una partecipazione del 41,67%;

con una partecipazione del 33,33%.

In data 18 gennaio 2007 la neo costituita (quale parte mutuataria) stipula un contratto di finanziamento con l'istituto Banca Italease s.p.a. (cfr. allegato n. 6 alla memoria difensiva di del 07.12.2011 nell'ambito del procedimento ex art. 173 l.f.), alle seguenti condizioni:

- Capitale finanziato: Euro 28 milioni;
- Spese di istruttoria (poste a carico della parte mutuataria): Euro 30 mila;
- Tasso di interesse: Euribor a tre mesi lettera maggiorato di 0,85 punti (alla data di stipula del contratto il tasso era pari a 4,625%);

- Durata: "da estinguersi in 18 mesi meno un giorno".

al punto n. 11 sono indicate le garanzie concesse dalla parte mutuataria. Le principali sono:

- la costituzione in pegno del 60% delle azioni di ;
- l'impegno a effettuare la fusione tra e ;
- l'impegno a non attivare "fino ad avvenuta fusione altre linee di credito e/o finanziamenti su altre Banche, se non finalizzate all'estinzione del presente finanziamento".





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Italease mette dunque a disposizione di una somma netta pari a Euro 27.970.000 (Euro 28 milioni – somma mutuata – meno Euro 30.000 – le spese di istruttoria -) per consentire “di provvedere all'immediato pagamento del prezzo delle azioni a favore dei venditori” (che nel caso di specie sono i componenti prima richiamati della famiglia).

Sempre in data 18 gennaio 2007, con scrittura privata autenticata a rogito notaio Dott. Colombo di Milano (cfr. allegato n. 6 alla memoria difensiva di del 07.12.2011 nell'ambito del procedimento ex art. 173 l.f.), registrato presso l'Agenzia delle Entrate con n. 691/serie 2, costituisce un pegno a favore di Italease sulle azioni rappresentanti il 60% del capitale sociale di

Su istruzione dell'amministratore unico della società veicolo, (la quale, si ricorda, è pacificamente socio fiduciario di al 100%) ha richiesto alla Banca di bonificare l'importo oggetto di mutuo direttamente alle parti venditrici, vale a dire alla stessa

, per la quota fiduciariamente detenuta delle partecipazioni degli , ma anche a quanto alla quota non intestata fiduciariamente. In data 22 gennaio 2007 Italease procede dunque a bonificare secondo le indicazioni ricevute (cfr. allegato n. 6 alla memoria difensiva di del 07.12.2011 nell'ambito del procedimento ex art. 173 l.f.) gli importi di cui sopra si è detto e precisamente:

- Euro 1.554.973,34, relativo alla cessione della partecipazione pari al 2,22% detenute da
- Euro 26.415.026,66, relativo alla cessione della partecipazione pari al 37,78% detenute dalla (in via fiduciaria per conto della famiglia).

La somma bonificata è pari a complessivi Euro 27.970.000 (al riguardo si veda l'estratto conto fornito da Italease che riporta le movimentazioni in uscita dell'

presente nei documenti di corredo dell'allegato n. 6 alla memoria difensiva di del 07.12.2011 nell'ambito del procedimento ex art. 173 l.f.).

In pari data ha luogo il Consiglio di Amministrazione di che, tra l'altro, prende atto delle dimissioni date sempre il 22 gennaio 2007 dai signori e

(“in concomitanza con la vendita della partecipazione azionaria detenuta dai signori”).

Si desume inoltre dall'esame del fissato bollato relativo alla cessione delle azioni da parte di a favore di che sempre il 22 gennaio 2007 quest'ultima è diventata proprietaria del 40% del capitale di





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

La fusione oggetto di esame è dunque stata sostenuta da un'operazione di finanziamento realmente effettuata, finalizzata ad assicurare alla società veicolo, che ha stipulato il mutuo e contratto la relativa obbligazione restitutoria, i mezzi finanziari per acquistare la partecipazione in [redacted] facente capo ai soci [redacted], i quali hanno ricevuto il pagamento; in tale operazione [redacted] ha svolto plurime funzioni, cumulando la qualità di fiduciaria di tutta la compagine sociale di [redacted], e di socia fiduciaria al 100% per conto dei [redacted] nella società veicolo: ma tutti gli atti compiuti da [redacted] trovano ragione giustificatrice negli specifici mandati conferitile, e non è emerso alcun elemento di conferma della ritenuta "fittizietà" del finanziamento, che era stata argomentata anche con riferimento all'accredito del prezzo ai soggetti venditori delle partecipazioni azionarie direttamente da parte dell'istituto mutuante. Costituisce, invero, insegnamento costante della giurisprudenza di legittimità che per perfezionare il contratto di mutuo non sia necessario che la somma mutuata sia consegnata direttamente al mutuatario, ma solo che sia messa a sua disposizione, e che quindi - a seguito di accordi intercorsi tra quest'ultimo ed il mutuante - essa possa essere poi consegnata ad altra persona di cui eventualmente il mutuatario sia debitore e nei confronti del quale egli intenda adempiere all'obbligazione (così Cass. 17221/04; 3823/01; 47/01; 8634/99).

Ulteriore conferma della ricostruzione del CTU può leggersi nella motivazione posta dal Pubblico Ministero a fondamento della richiesta di archiviazione, accolta dal GIP, con riferimento al medesimo nucleo fattuale: in essa (riportata a pag. 11 dell'elaborato peritale) si legge "Deducevano i commissari che gli amministratori della società avevano realizzato una grave operazione di depauperamento del patrimonio sociale, nell'ambito di una acquisizione di partecipazioni sociali attraverso un c.d. leveraged buy out. L'ipotesi di accusa non ha trovato fondamento. La G.d.F. con nota del 29.12.2011 ha evidenziato come sul piano finanziario non siano riscontrabili anomalie, il pagamento degli importi essendo regolarmente affluito ai venditori". Il CTU, infine, conferma che per effetto della fusione per unione il finanziamento concesso da Banca Italease pari a nominali € 28 milioni in linea capitale, che era contabilizzato tra le passività di [redacted] è confluito nella contabilità di [redacted] all'atto della fusione, e che in data 5 giugno 2007 il predetto finanziamento residuo è stato consolidato in un contratto di mutuo ipotecario dell'importo di Euro 26 milioni. Tale accordo tra [redacted] e [redacted] ha comportato la ristrutturazione dell'originaria scadenza del finanziamento (18 mesi) in 20 anni (con rimborso mediante n. 80 rate trimestrali). A garanzia delle obbligazioni assunte, è stata concessa ipoteca di primo grado sul fabbricato ubicato a [redacted] e su un'unità immobiliare facente

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

parte del parco commerciale Le _____ sito in _____ (si osserva a tale proposito che il contratto di mutuo era allegato al ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria).

Anche in questo caso l'insussistenza di accredito di somme sui conti di _____ costituisce non già un'anomalia bensì un elemento coerente con gli antecedenti che contraddistinguono la fattispecie, essendo chiaro - come peraltro espressamente indicato nella determina del cda di _____ in data 7 maggio 2007 (allegata al contratto di mutuo prodotto sub VI - 29 in allegato al ricorso ex art. 161 l.f) - che la stipulazione del mutuo fosse finalizzata all'estinzione del preesistente debito chirografario contratto dalla società veicolo, ormai fusa per unione in _____.

Escluso il carattere "fittizio" dell'operazione come fin qui descritta, ulteriori approfondimenti si impongono, come già anticipato, in relazione alla sostenibilità della stessa, alla luce degli elementi di fatto conoscibili all'epoca della sua attuazione. A ciò sono dedicate le analisi condotte dal CTU nei capitoli IV e V dell'elaborato. Si tornerà più avanti su quanto invece è oggetto dei punti b) e c) del quesito.

Il CTU ha dedicato i menzionati capitoli ad una argomentata ricostruzione del prevedibile andamento reddituale, patrimoniale e finanziario di _____ in assenza della fusione, e al carattere sostenibile, o al contrario, pregiudizievole dell'operazione medesima. L'analisi ha condivisibilmente valorizzato gli ampi apporti dei consulenti di parte, e si è sviluppata secondo due direttrici, per entrambe utilizzando esclusivamente dati informativi tratti da evidenze documentali preesistenti al perfezionamento dell'operazione di fusione (23 aprile 2007). Il CTU (si veda la parte dell'elaborato che va da pag. 46 a pag. 64), ha dunque da un lato analizzato l'andamento reddituale, la struttura patrimoniale, i flussi di cassa, gli indicatori di struttura e di solvibilità finanziaria della società target tra il 2004 e il 2006, dall'altro ha elaborato le prospettive reddituali ed economico-patrimoniali della stessa _____ per il triennio 2007-2009, con dettagliata illustrazione delle ipotesi di conto economico e di stato patrimoniale utilizzate per sviluppare tale elaborazione. Appare opportuno riportare integralmente tali conclusioni, al riguardo delle quali questo Tribunale sottolinea il carattere del tutto prudentiale delle assunzioni di partenza.

(...)"Il percorso individuato per dare risposta al Quesito ed allineato rispetto all'impostazione metodologica assunta dai CT delle Parti, risulta articolato nei seguenti profili:





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

□ *il primo profilo concerne la verifica delle condizioni di economicità dell'impresa a fine anno 2006 al fine di rilevare lo stato dell'equilibrio economico e finanziario di ante operazione di fusione. Ciò consente di riscontrare quale fosse all'epoca la capacità reddituale e di generazione dei flussi di cassa consolidata e dimostrata storicamente dall'impresa. Da queste evidenze è così possibile successivamente desumere gli elementi per rispondere all'ultimo punto del Quesito;*

□ *il secondo profilo attiene alla stima della possibile evoluzione dell'andamento economico finanziario dell'impresa. Esso è sicuramente un metodo più "incerto" in quanto comporta la formulazione di ipotesi di lavoro che, tenuto conto della limitata base dati informativa a disposizione, possono rendere l'attività di proiezione un "esercizio teorico". Nel caso di specie, lo scrivente ha però adottato ipotesi di lavoro conservative nel simulare l'evoluzione del business dell'impresa. La proiezione dei risultati è stata effettuata partendo dai dati economici e patrimoniali al 31.12.2006 ipotizzando un andamento inerziale dell'attività della società, assumendo che la fusione di cui si è discusso non avesse mai avuto luogo, e che il mercato dei consumi fosse in contrazione. Le proiezioni hanno riguardato un arco temporale triennale (2007 – 2009).*

Sul fondamento dei risultati ottenuti rispetto ad entrambi i profili summenzionati, si possono trarre le seguenti conclusioni:

a) dal punto di vista reddituale, la società era all'epoca prevedibilmente in grado di generare risultati di esercizio positivi e un EBITDA superiore a Euro 6,6 milioni;

b) le linee evolutive dell'andamento patrimoniale e finanziario della società manifestavano prevedibili condizioni di equilibrio, in linea con la situazione accertabile con riferimento agli esercizi precedenti all'operazione di cui è causa".

Tali motivate conclusioni costituiscono la base della risposta all'ultima parte del quesito.

In essa il CTU ha fatto interagire le predette ricostruzioni con gli effetti generati dalla fusione: l'elaborazione, anche in questo caso particolarmente analitica, ha riguardato le previsioni economiche, patrimoniali e finanziarie come modificate dagli effetti della fusione, il cui tratto caratterizzante, come è ormai chiaro, è costituito dall'assunzione da parte della nuova dell'ingente debito finanziario a breve termine apportato dalla società veicolo, poi consolidato in debito ipotecario a lungo termine. Il consulente ha dunque concluso che "Tenuto conto delle ipotesi conservative adottate per la costruzione delle previsioni economico finanziarie di per gli esercizi 2007 – 2009, non sono emersi elementi che facciano pre-

./





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

supporre che in un'ottica ex ante l'operazione di fusione avrebbe generato significativi impatti negativi sull'equilibrio economico e finanziario dell'impresa, tanto che:

-gli effetti economici conseguenti alla fusione in un'ottica ex ante sono risultati sostenibili;

-gli effetti finanziari (connessi al finanziamento Italease) conseguenti alla fusione in un'ottica ex ante sono risultati sostenibili."

La fusione realizzata nel 2007 non ha generato, su un piano oggettivo, effetti economici e finanziari cui possa attribuirsi una efficacia causale nella determinazione dell'insolvenza; il CTU ha confermato come esistente la capacità prospettica di soddisfare i fabbisogni finanziari senza compromettere la situazione di equilibrio finanziario strutturale e, nel replicare alle osservazioni dei CTP (pag. 94), ha ribadito che l'EBITDA, l'EBIT e il risultato di esercizio di nel periodo 2004-2006 sono sempre stati positivi, e per importo non irrilevante, che i flussi di cassa generati nel medesimo periodo sono stati pari a € 22.5 milioni, che era in atto un progetto di espansione in Sicilia posto in essere dal management di (

in sinergia con il gruppo (oggetto di specifica analisi a pagg. 53-55) che confermava la ragionevole aspettativa di un ulteriore sviluppo prospettico per il triennio successivo.

L'insolvenza di , come ampiamente illustrato dalla società stessa in tutti i propri atti difensivi, appare dunque ricollegarsi a fattori esogeni, legati sia al mercato geografico di riferimento e alla non prevedibile decisione assunta da nel 2010 di uscire completamente dall'area dell'Italia meridionale, sia alla progressiva contrazione dei consumi determinata dalla crisi generale che ha investito ogni settore economico e produttivo a partire dagli anni 2009-2010.

La fattispecie deve ora essere esaminata approfonditamente sotto ulteriore angolatura.

Sia i rilievi contenuti nel decreto di revoca dell'ammissione alla procedura concordataria, sia le eccezioni sostenute dalla Procedura convenuta prospettano infatti una lesività intrinseca dell'operazione di fusione, che sarebbe infatti connotata da illiceità *ex se*; nelle proprie difese finali la Procedura, in parte modificando l'originario impianto argomentativo, sottolinea particolarmente queste argomentazioni, contestando la rilevanza degli accertamenti peritali non tanto perchè inadeguatamente condotti (le critiche al contenuto della CTU sono prive di reale consistenza, e persuasivamente confutate dal CTU stesso nelle replica alle osservazioni dei CTP, come si è già rilevato), ma in quanto aventi ad oggetto temi - in particolare la valutazione di sostenibilità della fusione in un'ottica ex ante - erroneamente ritenuti significativi dal giudice istruttore. Occorre dunque tornare ancora sulla fisionomia dell'operazione.





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

La fusione con indebitamento da cui è nata l'attuale è stata determinata dall'intendimen-
to dei tre soci della famiglia Montesano di evitare che il 40% del capitale di

fosse ceduto dai due soci Arcidiaco a terzi soggetti. E' pacifico in causa che nel 2006 gli
Arcidiaco intendessero vendere la partecipazione; al riguardo risulta infatti pervenuta a

e a (soci, come si ricorda, di) da parte di fiduciaria

estera (, tramite) un'offerta di acquisto delle partecipazioni fa-

centi capo ai predetti soci per un importo di € 28.000.000,00. E' altresì vero che (

qui nella sua qualità di fiduciaria dei) ha risposto all'offerta dichiarando di voler

esercitare la prelazione statutariamente accordata ai soci (doc. 3 convenuta) e che, diversa-

mente, la soluzione giuridica adottata è stata poi quella della fusione con indebitamento. Detta

operazione è dunque stata determinata - si ribadisce che ciò, in termini fattuali, è incontestato

in causa - dalla volontà dei di impedire la circolazione di una quota estremamente

significativa del capitale, anche se non maggioritaria, verso soggetti non identificati. Non si è

al cospetto di una fusione funzionale all'acquisizione del controllo di una società da parte di

altra società per fini di integrazione delle attività produttive rispettivamente esercitate; non vi

è, infatti, un piano industriale che sorregge l'operazione; nella documentazione di corredo alla

fusione non sono state offerte informazioni circa l'andamento gestionale e finanziario futuro

della società risultante dalla fusione, e in tal senso sono anche le risultanze della consulenza

d'ufficio, quanto ai quesiti formulati sub) e c). La valutazione di illiceità sostenuta dalla Pro-

cedura poggia sulla ritenuta sussistenza di un divieto di traslazione sul patrimonio della nuova

società di un debito qualificato come debito personale dei Montesano. Che il debito fosse sta-

to contratto dalla società veicolo e non costituisca debito personale di terzi è tema già affron-

tato e chiarito. La questione viene prospettata qui sotto altra luce, intendendo la parte conve-

nuta sottolineare che l'illiceità deriverebbe di per sé dall'insussistenza di una ragione indu-

striale sottesa alla fusione.

L'analisi di tale prospettazione richiede di accennare ad alcune problematiche generali della

fusione con indebitamento nel diritto vigente; ma ciò senza dimenticare che oggetto della pre-

sente decisione non è una statuizione diretta sulla validità o invalidità della fusione medesi-

ma, bensì l'esistenza o meno di ragioni di arresto della procedura concordataria qualificabili

come atti in frode.

E' dunque utile rammentare, in estrema sintesi, che l'approccio al tema proposto si deve misu-

rare, in primo luogo, con la considerazione della sussistenza di un dibattito interpretativo nel

quale, anche prima dell'introduzione dell'art. 2501 bis c.c., l'opzione contraria all'ammissibili-

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

tà nel diritto italiano della fusione con indebitamento è sempre coesistita con opzioni opposte, ed invero maggioritarie. I dati normativi con i quali attualmente gli interpreti debbono confrontarsi, sono peraltro costituiti dall' introduzione nel diritto societario dell'art. 2501 bis c.c. - avvenuta in coerenza con il disposto dell'art. 7 comma I lett. d) d.lgs. 366/01, che ha annoverato tra i principi della delega al governo quello di prevedere che le fusioni tra società una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comporta violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie di cui all'art. 2358 c.c. - e con la disciplina contenuta nell'art. 2358 c.c., che per l'appunto vieta la prestazione di assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie.

In via generale la questione in esame deve essere obiettivamente focalizzata evitando di ritenere aprioristicamente che costituisca un fenomeno in sè anomalo il fatto che l'acquisto di un bene produttivo con mezzi di terzi, e dunque anche di una partecipazione nel capitale di una società, possa essere effettuato nella previsione e con l'intento di restituire capitale e interessi, anche in via esclusiva, con i proventi del bene acquistato. Va ulteriormente ricordato che è stato ampiamente confermato in causa che il finanziamento finalizzato all'acquisto della partecipazione di proprietà degli è stato richiesto ed ottenuto dalla società veicolo, in epoca preesistente alla fusione ed è confluito nella contabilità della nuova per effetto della fusione tra la società veicolo e la società bersaglio; sotto tale profilo la fattispecie, oltre risultare coerente con uno schema usuale (la società veicolo è normalmente costituita ad hoc, non è dotata di significativo capitale, fa ricorso al credito per sostenere l'acquisto e si obbliga a costituire un diritto reale di garanzia sulle azioni della società bersaglio; per effetto della fusione il debito graverà sulla società scaturita dalla fusione), nemmeno appare palesemente contrastante - come invece opinato dalla convenuta - con il divieto, indirizzato dall'art. 2358 c.c. agli amministratori della società bersaglio, di concessione di prestiti e garanzie finalizzati all'acquisto di azioni proprie, atteso che nessuna garanzia è stata concessa da

L'esistenza stessa della disciplina di cui all'art. 2501 bis c.c., peraltro, non solo ha tolto fondamento ad approcci integralmente contrari alla ammissibilità della fusione con indebitamento, ma offre ulteriori ragioni di riflessione, direttamente connessi alle caratteristiche della fattispecie qui in esame. Appare infatti corretto ritenere, e su ciò le parti sembrano convenire seppur per inoltrarsi poi in percorsi valutativi opposti, che detto articolo non abbia ad oggetto la disciplina di qualunque fattispecie di fusione con indebitamento, ma solo quelle mediante le quali un soggetto mira ad ottenere il controllo, non disponendone dunque in precedenza, di una società; in tale senso appare deporre il dato testuale del primo comma, che seleziona il

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

"caso della fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra" entro un novero di fattispecie evidentemente più vasto e non illecito; e ciò al fine di imporre una disciplina più stringente, attesi i pregnanti obblighi informativi dettati dai commi successivi, all'ipotesi in cui la fusione abbia quale finalità l'acquisizione del controllo, così configurandosi un intento di specifica tutela degli interessi degli azionisti di minoranza della società bersaglio. La fusione oggetto di indagine appare verosimilmente esulare dunque dall'ambito di applicazione dell'art. 2501 bis c.c., per l'essenziale ragione che essa non è stata posta in essere per acquisire il controllo della società bersaglio. La famiglia , ove le partecipazioni al capitale facenti capo ai suoi tre membri possano essere riguardate unitariamente ancorché non sia provata la sussistenza di alcun un patto parasociale tra i soci, già controllava ; ove viceversa dette partecipazioni debbano essere separatamente considerate, del pari nessuno dei singoli soci avrebbe acquisito il controllo per effetto della fusione. Se ne deduce, in definitiva, che l'operazione in esame risulta riconducibile alla tipologia delle fusioni con indebitamento, ma essa appare soggiacere alla disciplina generale delle fusioni societarie e non a quella dell'art. 2501 bis c.c., con la conseguenza della inapplicabilità dell'apparato prescrittivo dei commi da II a IV di tale norma (indicazione nel progetto di fusione delle risorse finanziarie previste per il soddisfacimento dei debiti della società risultante dalla fusione; indicazione nella relazione degli amministratori delle ragioni che giustificano l'operazione e predisposizione di un piano economico e finanziario con l'indicazione delle risorse con le quali si prevede di rimborsare il prestito e degli obiettivi che si intendono raggiungere; relazione degli esperti che attestino la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione). Aggiuntivamente, non può essere disconosciuto in fatto che l'odierna attrice, sin dalla fase concordataria, ha costantemente correlato la finalità della fusione alla volontà dei Montesano di evitare che la circolazione verso terzi di una partecipazione molto elevata al capitale sociale introducesse elementi di destabilizzazione nella gestione societaria e nel rapporto con il franchisor , in una fase temporale che aveva visto l'avvio di una articolata serie di importanti operazioni di sviluppo nella Sicilia Orientale mediante l'apertura di ipermercati in franchising; l'effettiva esistenza, ragionevolezza e fattibilità di questi progetti di espansione è stata confermata dal CTU, come si è già rilevato.

Riassuntivamente, si deve quindi considerare che: lo strumento utilizzato può fondatamente dirsi tipologicamente lecito, non appare discostarsi da uno schema tipico, non appare porsi in contrasto con il divieto di assistenza finanziaria all'acquisto di azioni proprie, non appare assoggettabile alla disciplina specifica dell'art. 2501 bis c.c., non risulta sorretto da una finalità

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

manifestamente irragionevole o estranea alla conservazione della società; i suoi effetti secondo un'ottica ex ante erano sostenibili sul piano economico e finanziario.

Tutte le considerazioni sin qui svolte debbono ora essere nuovamente riguardate, in modo da giungere ad individuarne la rilevanza rispetto al dettato dell'art. 173 I comma lf.

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla pronuncia n. 13817/11, esclusa ogni valutazione che valga a reintrodurre di fatto un requisito di meritevolezza della condotta del debitore, gli atti di frode vanno intesi, sul piano oggettivo, come condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente 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, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole volontarietà della condotta (cfr. recentemente Cass. 17191/14). Rilevano peraltro anche tutte quelle condotte che, pur essendo state dichiarate dal proponente, siano consistite in comportamenti depauperativi del patrimonio posti in essere con la finalità di avvalersi dello strumento concordatario ponendo i creditori di fronte a una situazione di pregiudicate garanzie patrimoniali (cfr. Cass. 12533/14; 9050/14; 3543/14).

Nel caso di specie, in primo luogo si deve decisamente dubitare, per le ragioni illustrate, che la fusione si presenti in sé come illecita (sotto tutte le diverse angolature che si sono dianzi esaminate) e che per questo - come sostenuto dalla Procedura - possa esserle attribuita una sorta di idoneità depauperativa intrinseca; non appare dunque confermato, in tale prospettiva, che l'omessa inclusione nel ricorso ex art. 161 lf di una illustrazione dettagliata delle modalità di realizzazione della fusione possa aver rivestito una valenza decettiva sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori, e si deve concludere che l'enunciazione dei fatti (nei termini testualmente riportati al punto III della presente sentenza) fosse sufficiente; si nota per inciso, da ultimo, l'ininfluenza dell'erronea qualificazione della fusione come inversa, e non come fusione per unione, riportata nel ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

Gli accertamenti demandati al CTU in ordine alla sostenibilità in concreto della fusione in un'ottica ex ante recuperano dunque, all'evidenza, tutta la loro pertinenza al tema controverso; ma anche sotto tale profilo, non sono emerse né la sussistenza sul piano oggettivo di alcuna efficacia causale della fusione sulla determinazione del dissesto, né la configurabilità, in termini minimamente circostanziati, di condotte degli amministratori correlate alla deliberazione

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

e all'esecuzione della fusione che siano per la società e i creditori causa di danno risarcibile. Sul piano soggettivo, gli stessi elementi convincono della insussistenza in capo al debitore di una consapevole condotta volta ad occultare ai creditori elementi significativi per la formazione del consenso; la assai marcata separazione temporale (oltre quattro anni) tra la fusione e la presentazione della domanda concordataria corrobora, invero, tale conclusione.

V) Gli ulteriori motivi di opposizione.

A fondamento del decreto di revoca ex art. 173 l.f. il Tribunale ha altresì posto l'esistenza di passività tributarie non dichiarate dal debitore. Va osservato, a titolo di premessa, che tale profilo è stato ampiamente analizzato dalla parte attrice nell'atto introduttivo, ma solo tangenzialmente affrontato dalla Procedura convenuta; il successivo sviluppo del giudizio non ha apportato elementi ulteriori, né di natura istruttoria, né di tipo argomentativo.

A pagina 26 del ricorso ex art. 161 l.f. la società ha esposto debiti tributari, analiticamente descritti, per € 708.229; in prosieguo, il ricorso indica anche lo stanziamento di un fondo rischi di complessivi € 1.300.000, per sanzioni, interessi e cartelle esattoriali pervenute. I commissari hanno rilevato l'esistenza di una pretesa creditoria dell'Agenzia delle Entrate pari a € 5.238.017,92, oggetto di contenzioso pendente in grado di legittimità, non indicato dalla società ricorrente. I commissari stessi hanno dato atto (pag. 20 della relazione ex art. 173 l.f.) che era documentato l'esito vittorioso per [] nel doppio grado di merito, ed anche l'ottenimento di un provvedimento di sospensione della riscossione del debito suddetto; le argomentazioni addotte a sostegno del gravame da parte dell'Agenzia, contumace in primo grado, sono state delibate come "particolarmente deboli" dal collegio commissariale.

L'odierna attrice ha rimarcato la natura solo potenziale di tale passività e il carattere non doloso della sua mancata indicazione nella proposta, sottolineando a comprova di ciò che nell'ampio materiale documentale prodotto a corredo del ricorso ex art. 161 l.f. era annoverato anche il controricorso depositato nell'interesse dalla società avanti alla Corte di Cassazione.

Osserva il Collegio che, se da un lato la mancata indicazione di un così ingente importo suscita stupore e appare in sé stesso elemento indiziario di un silenzio consapevole, altri, molteplici elementi valgono a neutralizzarne siffatta valenza. Milita in tal senso quanto correttamente rappresentato dai commissari stessi: si tratta di debito non esigibile per effetto del provvedimento di sospensione ottenuto da [], oggetto di controversia vinta integralmente in primo e secondo grado dalla società, della quale è prospettato come ragionevole anche un definitivo





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

esito vittorioso. La connotazione marcatamente favorevole alla società dello scenario processuale dianzi descritto mal si concilia con una consapevole volontà omissiva, finalizzata a disorientare i creditori sottostimando il reale passivo privilegiato erariale. La produzione del controricorso tra gli allegati della domanda concordataria è stata interpretata dal collegio della revoca ex art. 173 lf come un espediente, ma tale lettura è in misura preponderante determinata dall'impianto interpretativo che ha sostenuto la decisione con riferimento all'operazione di fusione, così che l'omissione di cui ora si discute costituirebbe una estrinsecazione ulteriore di un medesimo atteggiamento sistematico di stampo fraudolento. A tale riguardo non possono che essere richiamate tutte le considerazioni sopra svolte con riferimento alla non ricorrenza dei caratteri della frode. Non si ritengono, conseguentemente, sussistenti i presupposti della mancata indicazione dolosa di una posta passiva. Appare opportuno sottolineare che, escluso il ricorrere di ipotesi dolosa, l'incremento del passivo privilegiato in misura pari al credito oggetto di contenzioso non avrebbe determinato l'azzeramento delle possibilità di soddisfacimento del ceto chirografario, tema che, infatti, non è mai stato contestato nè nel procedimento ex art. 173 lf nè in questo giudizio; già nella proposta originaria, ma anche nella sua integrazione depositata in cancelleria lo stesso giorno in cui i commissari depositavano la loro relazione ex art. 173 lf (rinvenibile quale doc. III allegato al primo faldone di documenti depositati al momento dell'iscrizione a ruolo della presente causa), la società quantifica l'attivo in misura che consente il soddisfacimento del ceto chirografario con risorse stimate in € 24.698.493 (su un totale pari a € 79.099,188), in percentuale indicata nel 41,64%; percentuale che sarebbe rimasta apprezzabile, e quindi ben lontana da scenari di dubbia idoneità soddisfattiva della proposta, anche in caso di incremento del passivo privilegiato secondo l'intera misura del credito erariale contestato; l'importo dei complessivi oneri prededucibili e dei crediti privilegiati, inclusi i fondi rischi al privilegio (nel cui contesto - si nota ulteriormente - nella memoria integrativa la società aveva incrementato da € 1.000.000 a € 3.000.000 il fondo per debiti erariali) ammontava infatti a € 52.000.000 circa.

Si osserva infine che i commissari indicano anche un'altra componente di debito tributario non contemplato nel ricorso ex art. 161 lf, che sembra essere stata considerata rilevante dal Tribunale nel decreto ex art. 173 lf; si tratta tuttavia di debito per IVA portato - il fatto è incontestato - da cartella esattoriale notificata il 17 maggio 2011 e dunque successivamente alla data di deposito del ricorso per concordato preventivo; ciò dispensa da qualsivoglia ulteriore approfondimento.

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Non sussistono ragioni per esaminare le ulteriori fattispecie riferite ad altre passività erariali che l'attrice ha illustrato nel proprio atto di citazione, trattandosi di situazioni che il tribunale non ha ritenuto rilevanti.

A non diverse conclusioni, fondate sul medesimo ordine di rilievi, si perviene con riferimento alla mancata indicazione di altre passività potenziali derivanti da contenzioso in corso.

Va sottolineato al riguardo che l'organo commissariale aveva dedotto la rilevanza di tali omissioni in correlazione alla inadeguatezza dei fondi rischi per contenzioso pendente, prospettando che potesse esserne conseguentemente pregiudicata la fattibilità del piano; anche la motivazione del Tribunale riprende e fa propria tale valutazione.

Appare sufficiente considerare, al riguardo, che le rettifiche del passivo che valgano ad incidere sulla fattibilità economica del piano non costituiscono oggetto di indagine del Tribunale, bensì di valutazione riservata al ceto creditorio a mezzo del voto e, susistendone i presupposti, dell'opposizione all'omologa. La relazione ex art. 173 lf non evidenzia, come si è già avuto modo di notare con riferimento ai debiti erariali, cause di inammissibilità della proposta alla stregua del disposto dell'ultimo comma dell'art. 173 lf sotto il profilo del venir meno della fattibilità giuridica (si deve notare, invero, che sia la relazione sia il provvedimento di revoca sono precedenti alla esplicitazione della distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica da parte della Suprema Corte con la sentenza a SS.UU. n. 1521/13). Anche in questo caso, sottolineato che la proponente non ha affatto omesso l'appostazione di fondi rischi specifici per contenzioso pendente (si tratta di € 1.000.000 per controversie legali, € 2.500.000 per controversie di lavoro direttamente riconducibili alla cessione dei rami di azienda ovvero alla cessazione di alcuni di essi, oltre ad un ulteriore fondo di € 1.000.000 per rischi diversi), non vi è alcuna specifica prova della insufficienza di tali appostazioni prudenziali, e tantomeno della compromissione della fattibilità giuridica per il caso di esito totalmente sfavorevole del contenzioso che i commissari hanno ritenuto non illustrato. Può osservarsi altresì che detto contenzioso è stato introdotto in parte prevalente con atti notificati nell'imminenza del deposito della domanda di concordato (esclusa di per sè, evidentemente, qualsiasi rilevanza di tutti i ricorsi notificati invece in epoca successiva: tali sono svariati ricorsi ex art. 414 c.p.c. menzionati dai commissari giudiziali in una nota integrativa della relazione, e considerati dal Tribunale, a pag. 9 del decreto di revoca, quale ulteriore conferma di un contegno programmaticamente omissivo); questa circostanza va inquadrata nel contesto di una particolare

Firmato Da: BARBATA AGOSTINO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: e5a39





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

complessità della proposta, e tali fattori unitariamente considerati rendono del tutto dubitabile il carattere doloso della mancata indicazione specifica della pendenza di tali cause.

Manca, infine, di qualsiasi supporto confermativo la contestazione dell'avvenuta esposizione di una passività inesistente. Solo l'attrice ha affrontato specificamente il tema nei propri atti difensivi: si tratta di posizione debitoria verso _____, traente titolo da un documentato contratto di assistenza e consulenza, che l'odierna opponente afferma essere proseguito anche dopo la cessazione dalla carica di direttore generale, pure rivestita dal predetto. Tanto è sufficiente, in mancanza di elementi di segno opposto, ad escludere che sia provata la condotta dolosa denunciata.

L'opposizione, per la ragioni illustrate, risulta fondata e deve essere accolta.

Il tribunale revoca dunque la sentenza con la quale è stata dichiarata l'insolvenza di _____ in liquidazione e in amministrazione straordinaria nonché il decreto pronunciato ex art. 173 l.f. e dispone la prosecuzione della procedura di concordato preventivo.

Il regime delle spese processuali deve essere regolato considerando la particolare complessità e la parziale novità delle questioni trattate, nonché lo sviluppo interpretativo, prevalentemente successivo al deposito della sentenza impugnata, che ha avuto l'istituto della revoca ex art. 173 l.f. nella giurisprudenza di legittimità. Si dispone pertanto la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

Le spese di CTU vengono definitivamente poste a carico dell'attrice e della Procedura convenuta nella misura di un mezzo ciascuna.

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni contraria eccezione e deduzione disattesa, così decide:

- 1) in accoglimento dell'opposizione, revoca la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza di _____ in liquidazione e in amministrazione straordinaria pronunciata dal Tribunale di Milano in data 9 febbraio 2012 nonché il decreto pronunciato ex art. 173 l.f. in pari data, e dispone la prosecuzione della procedura di concordato preventivo;
- 2) pone definitivamente a carico dell'attrice e della Procedura convenuta le spese di CTU nella misura di un mezzo ciascuna;





Sentenza n. 9440/2015 pubbl. il 14/08/2015

RG n. 14637/2012

Repert. n. 8347/2015 del 14/08/2015

RG n. 14637/2012

3) compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Milano, il 19 giugno 2015.

Il presidente est.

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
dr. Agostino BARBATA

