

Il Tribunale di Reggio Emilia

Sezione fallimentare

riunito in camera di consiglio e così composto:

dottorosa Rosaria Savastano	Presidente
dottor Luciano Varotti	Giudice Rel.
dottor Giovanni Fanticini	Giudice

ha emesso il seguente

DECRETO

L'oggetto del presente procedimento consiste nello stabilire se la procedura di concordato preventivo con richiesta di termine, inizia-ta su ricorso della A. r. Spa (quotata sul MTA di borsa italiana), debba essere revocata, e – per il caso di risposta negativa – se alla società ricorrente possa essere concessa la proroga del termine per la presentazione del piano e della proposta.

All'udienza del 28 febbraio 2013 la A. si è costituita depositando memoria e sollevando varie eccezioni, che vengono prese in esame nella motivazione che segue.

In ordine all'inammissibilità del (sub)procedimento previsto dall'articolo 173 della legge fallimentare, osserva il tribunale che le eccezioni della società non sono fondate.

Infatti, è ben vero che non vi è ancora un concordato preventivo aperto, posto che il decreto ex articolo 163 non è stato ancora emesso e che il ricorso ex articolo 161 sesto comma potrebbe anche preludere alla presentazione di un accordo di ristrutturazione.

Tuttavia è evidente che il procedimento che inizia con il deposito del ricorso contenente la domanda di un termine instaura un procedimento di indubbia natura concorsuale, giacché esso possiede incontestabilmente i tratti caratteristici di tali procedure: ossia il fatto di svolgersi, sotto la direzione o la sorveglianza di un'autorità estranea alle parti (creditori e debitore), su tutto il patrimonio del debitore e nell'interesse di tutti i creditori, al fine di realizzare la garanzia patrimoniale generica del primo (articolo 2740 codice civile) nel rispetto della pari condizione dei secondi (articolo 2741 codice civile). Donde le norme che prevedono il blocco delle azioni esecutive e cautelari, la vigilanza sugli atti di gestione e le autorizzazioni del tribunale per il compimento di alcuni atti.

D'altra parte, è la stessa lettera dell'articolo 161 sesto comma a prevedere che il termine per il deposito del piano concordatario, della proposta e della documentazione occorrente è chiesto dall'imprenditore con un ricorso «contenente la domanda di concordato»: espressione che porta a ritenere che con la presentazione del ricorso l'imprenditore si trovi già in procedura concorsuale.

Sulla scorta di tale osservazioni, è d'obbligo concludere che – volta che penda il procedimento iniziato con la domanda di termine – uno strumento per l'interruzione della procedura esecutiva collettiva, laddove vengano successivamente meno i presupposti per il mantenimento della stessa, deve necessariamente esistere.

Opinare diversamente significa riconoscere che, anche quando tali condizioni vengano meno o l'imprenditore incorra in gravi violazioni, il tribunale ed i creditori dovrebbero per forza rimanere inerti ed attendere il decorso del termine concesso.

Ora, la norma che consente al tribunale di interrompere il procedimento instaurato con la domanda di termine è individuabile, a parere del tribunale, nell'articolo 161 ottavo comma.

Tale disposizione (peraltro richiamata anche dalla resistete a pagina 16 della memoria, anche se a fini difensivi) prevede l'instaurazione di un (sub)procedimento diretto alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di termine, ove l'imprenditore violi gli obblighi di informazione posti a suo carico.

Tuttavia, è evidente che se l'attivazione del (sub)procedimento per l'inammissibilità del ricorso è possibile in caso di violazione degli obblighi informativi, a maggior ragione tale rimedio è azionabile laddove vi siano (o siano comunque prospettabili) violazioni sostanziali degli obblighi posti dalla legge a carico dell'impresa. E tra questi sicuramente rientrano gli atti appresso indicati alle lettere da a) ad f).

In conclusione, nonostante il richiamo all'articolo 173 del regio decreto 16 marzo 1942 n° 267, contenuto nel decreto di fissazione udienza, è palese che il presente procedimento è stato iniziato a norma dell'articolo 162 secondo e terzo comma (richiamato dall'articolo 161 ottavo comma).

Con l'ulteriore conseguenza che non occorre la partecipazione del pubblico ministero, né dei creditori.

Nel merito.

La fattispecie in decisione non costituisce un caso isolato nella giurisprudenza di questo tribunale.

Ritiene pertanto il Collegio di dover motivare in maniera più diffusa di quanto il caso in sé richieda, al fine di enunciare alcuni principi utilizzabili anche in altri procedimenti concorsuali.

In punto di fatto rileva il collegio – in base alla relazione dell'ausiliario ed alla memoria difensiva depositata all'udienza del 28 febbraio 2013 – che gli atti compiuti dalla A. r. Spa in base ai quali potrebbe essere pronunciato il decreto di inammissibilità della procedura o di revoca della concessione del termine, sono i seguenti: (a) trasferimento ad E. Spa (società controllata che opera nel campo della produzione e commercializzazione di inseguitori solari digitali biassiali e di strutture semifisse orientabili per la movimentazione di pannelli solari) di euro 35.800,00, affinché quest'ultima potesse provvedere al pagamento di alcune società che svolgono vigilanza sugli impianti fotovoltaici; (b) pagamento alla controllata H. c., sempre nell'interesse di E. Spa, di euro 11.041,25 al fine di garantire l'erogazione di energia elettrica ai servizi ausiliari connessi agli impianti fv; (c) versamento a favore di E. Spa di euro

58.400,00, affinché quest'ultima potesse provvedere al pagamento delle retribuzioni dei propri dipendenti relative ai mesi di ottobre, novembre e dicembre 2012; (d) pagamento ad E. Spa di 11.000,00 per acconto su acquisto di materiale; (e) pagamento di euro 30.400,00 per contributi Inps relativi al mese di novembre 2012; (f) pagamento di euro 10.000,00 per il riscatto di una autovettura in leasing.

Così riassunti i fatti addebitati alla A., conviene subito passare all'esame di una questione fondamentale, che consiste nello stabilire il limite del divieto di pagamento dei crediti pregressi posto a carico dell'imprenditore in concordato preventivo.

Al riguardo, si è già detto sopra che il decreto ex articolo 161 sesto comma, pur non provocando l'apertura del concordato preventivo, determina comunque l'inizio di una procedura collettiva, nella quale la concorsualità è caratterizzata da un momento conservativo del patrimonio del debitore (mediante il blocco delle azioni esecutive e cautelari) e da uno dinamico (consistente nella gestione prudente e provvisoria dell'impresa, finalizzata alla formulazione di una pro-posta di soddisfazione basata su un piano).

È chiaro dunque che il divieto di pagamento dei creditori pregressi va letto alla luce di tale duplice finalità.

In linea generale, ritiene il tribunale che il divieto di pagamento sia senz'altro sussistente per tutte quelle situazioni giuridiche che si sono definitivamente cristallizzate in un semplice rapporto di credito/debito e che sono ormai avulse da qualsiasi rapporto giuridico (previamente estinto od esaurito).

Ricorrendo tale ipotesi (ad es.: il credito per una fornitura di beni effettuata anteriormente all'iscrizione del ricorso) è sicuramente vietato all'imprenditore procedere a pagamento (senza autorizzazione del tribunale).

Diversamente va detto per i rapporti giuridici pendenti nei quali le prestazioni delle parti non sono ancora eseguite o compiutamente eseguite. Riguardo a questi ultimi, ritiene il tribunale che, laddove il rapporto prosegua (nel corso del termine assegnato o nel successivo concordato preventivo) e laddove la proposta concordataria non preveda la risoluzione del contratto (come pure potrebbe prospettare il ricorso concordatario, ai sensi dell'articolo 160), non vi sia – di regola – divieto di pagamento dei crediti pregressi, a meno che il rapporto sinallagmatico non sia caratterizzato da un contratto di durata dal quale sorgono coppie di prestazioni di per sé isolabili sotto il profilo funzionale ed economico (fattispecie che ricorre, ad es., nei contratti di somministrazione, dove ad ogni singola erogazione corrisponde un prezzo da pagare ragguagliato alla prestazione stessa ed indipendente, funzionalmente ed economicamente, dalle prestazioni pregresse e future).

Ricorrendo tale ultima ipotesi, deve ritenersi che – anche in caso di prosecuzione del rapporto contrattuale – sia inibito all'imprenditore in procedura effettuare pagamenti pregressi che riguardino prestazioni eseguite anteriormente alla pubblicità nel registro imprese.

L'interpretazione del dettato normativo sopra proposta non è nuova ma trae evidente spunto dalla ricostruzione del regime dei rapporti pendenti nell'ambito della abrogata procedura di amministrazione

controllata (anch'essa procedura concorsuale a vocazione risanatoria), operata dalla Cassazione con la famosa sentenza SU 22 maggio 1996 n° 4715.

Da quanto sopra esposto, volendo accedere ad una valutazione benevola dei fatti addebitati alla società in procedura, può osservarsi che – a tutto concedere – potrebbero essere considerati legittimi: i) il pagamento dei contributi Inps relativi al mese di novembre 2012 per euro 30.400,00, peraltro effettuato in prossimità del deposito del ricorso (memoria difensiva, pagina 24), in quanto connesso ad attività lavorative di carattere subordinato che, di per sé, non sono separabili in coppie di prestazioni funzionalmente ed economicamente scindibili, e ii) il pagamento sub f).

Gli altri casi sopra elencati integrano invece una indubbia violazione delle norme che disciplinano il concorso.

Sol che si rileggano le precedenti lettere da a) a d), è agevole notare che – per quei casi – non si è trattato di pagamenti effettuati dalla A. in favore di creditori pregressi, quanto di finanziamenti o di trasferimenti di somme di danaro posti in essere, nell'ambito di un gruppo societario, dalla capogruppo in favore delle società partecipate, al fine di sopperire alle esigenze di cassa di queste ultime.

Ritiene il tribunale che a tale ipotesi non possano applicarsi i principi sopra esposti in tema di rapporti pendenti.

Per contro, il tema è quello della legittimità dei trasferimenti infragruppo di risorse e della riconducibilità di essi alle ipotesi previste dall'articolo 161 ottavo comma legge fallimentare.

Orbene, senza entrare approfonditamente nella materia (in quanto una disamina completa del problema della definizione di gruppo societario, della applicabilità estensiva o analogica dell'articolo 80 del decreto legislativo n° 270 del 1999 e dei finanziamenti infragruppo non è qui possibile fare), ritiene il collegio di poter affermare che, se – di regola – in una situazione economica e finanziaria fisiologica il trasferimento di somme di danaro tra società del gruppo non contrasti con divieti di legge, nell'ipotesi in cui una o tutte le società del gruppo si trovino in situazione di insolvenza (come nel caso che ci occupa) l'attività di trasferimento debba essere qualificata come di straordinaria amministrazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 161 settimo comma.

È infatti indubbio che la decisione circa l'erogazione del finanziamento o circa il trasferimento di somme infragruppo involga un delicato giudizio sulla corrispondenza dell'atto ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (articolo 2497 primo comma codice civile), sul bilanciamento degli interessi di tutte le società coinvolte (articolo 2497 ter), sugli eventuali vantaggi compensativi (articolo 2497 primo comma secondo periodo) e sulla certezza o sulla probabilità o possibilità che la società erogante riceva una seria ed incontestabile contropartita a seguito del finanziamento predetto.

E mentre nelle società in bonis tali valutazioni sono interamente rimesse agli amministratori (e possono essere considerate di ordinaria amministrazione), è evidente che nelle società sottoposte a procedura

concorsuale tali atti, per le pesanti ripercussioni che possono generare sull'andamento della procedura e sul ceto creditorio, devono necessariamente passare al vaglio dell'autorità giudiziaria.

A ciò non osta il fatto che l'articolo 182 quinquies preveda un intervento autorizzativo del tribunale solo per talune tipologie di atti (assunzione di finanziamenti per la continuazione aziendale, pagamento di crediti pregressi, ecc...) e non per altre, tra le quali potrebbero (apparentemente) rientrare i finanziamenti infragruppo.

Infatti, per come si atteggia la concorsualità nel concordato preventivo con richiesta di termine (concorsualità caratterizzata, come si è detto, da un momento conservativo del patrimonio del debitore e da uno dinamico, consistente nella gestione prudente e provvisoria dell'impresa), il trasferimento di fondi infragruppo si pone quale atto idoneo a turbare gravemente tale assetto, con ripercussioni analoghe a quelle che nell'ambito del concordato preventivo (aperto ex articolo 163) sono previste dall'articolo 168 legge fallimentare, ove – per l'appunto – tra gli atti da sottoporre alla autorizzazione del tribunale si trovano «i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, ecc..., e in genere tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione».

Pertanto, volta che si riconosca che il trasferimento di fondi infragruppo è atto idoneo ad incidere sul concorso è altresì d'obbligo concludere per la sua natura di atto di straordinaria amministrazione: donde l'obbligo di chiedere autorizzazione al tribunale (che verrà data – ovviamente – quando ricorra anche l'urgenza di provvedere).

E tale autorizzazione appare, nel caso che ci occupa, a maggior ragione necessaria, posto che – come ben sottolinea l'ausiliario nominato dal tribunale nella sua relazione n° 659 del 25 febbraio 2013 – la società non ha adottato alcuna convenzione con la controllata E. Spa che detti regole certe per il riequilibrio economico o finanziario dei trasferimenti effettuati in favore della controllata.

Nella sua difesa la A. ha sottolineato che i fondi utilizzati per il finanziamento della controllata E. Spa sarebbero stati nuovamente immessi nella casse sociali dal proprio socio di riferimento, Av. Sa.

Ora, è vero che la ratio delle disposizioni normative che prevedono l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato (articoli 168, 173) è quella della tutela del ceto creditorio, con la conseguenza che, laddove non vi sia danno, la mancanza di autorizzazione non può portare alla revoca del concordato preventivo.

Tuttavia, tale rilievo non sembra avere pregio nella presente fattispecie, posto che la A. non ha chiarito a che titolo sarebbe avvenuta l'immissione di finanza da parte del socio Av. e, in parti-colare, se a tale immissione segua un obbligo di restituzione (col che il tema del danno ai creditori tornerebbe in rilievo), oppure no.

Da ultimo, sebbene le sopra esposte considerazioni rendano superfluo l'esame della richiesta di proroga del termine, pare al tribunale opportuno prendere in considerazione anche tale domanda.

Sul punto osserva il Collegio che la A. Spa (già K. Spa), su ricorso di un creditore, è stata convocata per la prima volta davanti al giudice relatore in un procedimento prefallimentare in data 23 aprile 2012.

Tale giudizio camerale, a seguito di vari rinvii, è pervenuto all'udienza del 18 dicembre 2012, mentre nel frattempo sono stati depositati altri ricorsi per la dichiarazione di fallimento, poi riuniti al primo.

All'udienza predetta la A. ha presentato ricorso ex articolo 161 sesto comma.

Dalle relazioni dell'ausiliario nominato, dottor F. C., è emerso che la richiesta di termine ex articolo 161 sesto comma nasce in un contesto economico finanziario già pieno di incognite, essendo caratterizzato: (a) dalla sostanziale insolvenza del cliente Avele. Sa (debitore di euro 6 milioni circa verso A. ed appartenente allo stesso gruppo della Av. Sa); (b) dall'impugnazione dei bilanci consolidati 2009 e 2010 da parte della Consob; (c) da un'indagine penale in corso presso la procura della repubblica di Milano in ordine al reato di cui all'articolo 640 secondo comma n° 1 del codice penale; (d) dalla delicata situazione concernente i lavoratori subordinati della controllata I. Srl.

Su tale ultimo punto conviene riportare quanto descritto dall'ausiliario nella prima relazione n° 461 dell'11 febbraio 2013: «I rapporti tra I. e [A.] appaiono il risultato di scelte non chiare: senza che esista alcun contratto riguardante "l'azienda I." i contratti di lavoro di 15 dei 48 dipendenti di I. sono stati trasferiti alla [A.]; senza soluzione di continuità [A.] li ha impiegati per proseguire le attività ordinarie di I. nei capannoni e con i beni strumentali di questa; gli altri 33 dipendenti sono stati posti in cassa integrazione straordinaria in deroga per cessazione attività. Sebbene [A.] emetta mensilmente la fattura per il riaddebito degli oneri del personale "prestato" ad I. (insieme all'addebito dei compensi per le attività generali di gestione affidati alla controllante – come avviene anche per le altre partecipate-), il fatto che questa non sia nelle condizioni di saldare quelle fornite di servizi rafforza alcuni dubbi circa l'effettiva natura e le possibili conseguenze del rapporto con I. (ci si riferisce: i) al pericolo che tale situazione possa essere vista come intermediazione di manodopera, ii) alle conseguenze dell'accesso ad ammortizzatori sociali per cessazione di attività che in realtà non v'è stata o non risultava così chiara nei suoi contorni e iii) alla possibilità che i creditori di I. possano sostenere di essere creditori anche di [A.] o viceversa)».

I dubbi rappresentati dall'ausiliario, sia verbalmente che con scambio di email sia ai vertici aziendali che ai consulenti, non hanno portato ad alcuna concreta iniziativa da parte di A. (i cui organi gestori hanno manifestato un certo immobilismo, venuto meno solo alla fine del mese di gennaio 2013).

Alla luce delle pregresse considerazioni, pare al tribunale che non vi siano giustificati motivi che consentano la proroga del termine assegnato.

In conclusione, per quanto sopra esposto va revocata la concessione di termine alla A. Spa.

Va rigettata l'istanza diretta ad ottenere la proroga del termine.

Va liquidato il compenso all'ausiliario in base al decreto del presidente della repubblica n° 115 del 2002 ed all'articolo 2 del decreto ministeriale 30 maggio 2002, sulla base dell'attivo e del passivo sociale e con

raddoppio del compenso (ai sensi dell'articolo 51 del decreto del presidente della repubblica n° 115/2002), in considerazione dell'eccezionale importanza, complessità e difficoltà delle indagini espletate dall'ausiliario (desumibili dalla motivazione sopra riportata).

Con separata sentenza vengono decisi i ricorsi per la dichiarazione di fallimento della A. r. Spa, per i quali il tribunale si era riservato di decidere alla scadenza del termine assegnato (si veda decreto 21 dicembre 2012).

P.Q.M.

visto l'articolo 161 6° comma del regio decreto 16 marzo 1942 n° 267, così provvede:

I. revoca il termine concesso alla A. r. Spa per la presentazione del piano e della proposta concordataria e della documentazione di cui all'articolo, 160 commi 2 e 3;

II. rigetta, in ogni caso, l'istanza di proroga del termine per la presentazione della proposta concordataria, del piano e della documentazione di cui all'articolo, 160 commi 2 e 3;

III. liquida all'ausiliario nominato il compenso finale per l'opera prestata nella misura di euro 30.000,00, oltre al c.p. ed all'i.v.a.;

IV. provvede separatamente in ordine ai ricorsi per la dichiarazione di fallimento.

Così deciso in Reggio Emilia il 6 marzo 2013, nella camera di consiglio della sezione fallimentare.

Il presidente

Rosaria Savastano