

Tribunale di Milano, Sez. II , 19 luglio 2011, dechr.

MASSIME

Il sindacato circa la correttezza della divisione in classi va effettuato in concreto, valutando la sussistenza di indici rivelatori della loro artificiosa formazione, dovendosi in particolare ritenere illegittima la creazione di un insieme (nella specie composto da creditori intercompany) mirante alla precostituzione di un gruppo a priori assenziente.

Costituiscono atti di frode le operazioni di depauperamento del patrimonio del debitore prive, in un'ottica ex ante, di giustificazione economica, quando, per entità e collocazione temporale, abbiano inciso sull'ammontare dell'attivo e del passivo concordatari.

Al liquidatore giudiziale non compete la legittimazione a esperire l'azione di responsabilità verso gli amministratori della società debitrice, quantomeno nel caso in cui difetti una preventiva delibera assembleare in tal senso.

IL TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE SECONDA CIVILE

Riunito in persona dei Magistrati:

Dott. Fernando Ciampi presidente

Dott. Francesca Mammone giudice

Dott. Roberto Fontana giudice rel.

ha pronunciato il seguente:

DECRETO EX ART.180, COMMA 4, L. FALL.

Visto il ricorso del 18/6/2011 per l'omologazione del concordato preventivo proposto da N. N. s.p.a. in liquidazione;

rilevato che la società è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo sulla base di una proposta, preceduta da istanza di transazione fiscale *ex art. 182 ter l. fall.*, prevedente il soddisfacimento integrale dei crediti di lavoro e dei crediti IVA e il soddisfacimento in misura percentuale delle seguenti classi: professionisti 58%, istituti previdenziali 10%, erario per crediti diversi dall'IVA 10%, fornitori 5%, banche 3,4% con destinazione ai fornitori di tutte le risorse che dovessero liberarsi per effetto della contestazione vittoriosa di crediti e delle relative transazioni" con copertura del fabbisogno concordatario per l'importo di €5.247.657 sulla base delle risorse interne della società e per €3.258.532 sulla base della nuova finanza assicurata dall'assuntore C. s.p.a.;

rilevato che con atti del 30/3/2011 e 6/4/2011 la ricorrente ha modificato sostanzialmente la proposta di concordato preventivo con l'introduzione di nuove classi e la perdita da parte di C. s.p.a. della posizione di assuntore prevedendosi in particolare, nella definitiva formulazione, da un canto il pagamento integrale dei crediti di lavoro (pari ad €2.500.807,02) e dei crediti dei professionisti (pari ad €2.226.779,04) e il soddisfacimento dei crediti relativi alla classe degli artigiani e delle cooperative (pari ad €927.400,82) nella misura del 36,82%, dei crediti relativi alla classe comprensiva di Erario ed Enti Previdenziali (pari ad €6.945.255,49) nella misura dell' 11%, dei crediti relativi alla classe dei creditori chirografari diversi da banche (pari ad €21.950.248,70) nella misura del 5%, dei crediti relativi alla classe formata dalle società intercompany (pari ad €1.333.452,00) nella misura del 4% e dei crediti relativi alla classe della banche chirografarie (pari ad €24.350.285,53) nella misura del 3,54% e, dall'altro canto, l'affitto e l'acquisto dell'azienda, compresi in essa i crediti (ad eccezione della disponibilità liquida e del credito P. B.) e le partecipazioni in S. s.p.a., R. S. s.p.a. e O. D. s.r.l., da parte di C. s.p.a. con impegno da parte di quest'ultima a versare l'ulteriore importo di €2.941.188,00 a copertura del fabbisogno concordatario;

rilevato che nella relazione *ex art. 172 l. fall.* i commissari giudiziali hanno rettificato la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari diversi dalle banche nel 3,15%;

rilevato che il 4/5/2011 i commissari giudiziali hanno comunicato i seguenti risultati della votazione dei creditori: nella classe artigiani voti favorevoli per un importo di € 592.643,13 pari al 79,03%; nella classe Erario ed Enti Previdenziali nessun voto favorevole; nella classe creditori chirografari voti favorevoli per un importo di € 7.083.920,73 pari al 29,172%; nella classe creditori

intercompany voti favorevoli per un importo di € 1.333.452,00 pari al 100%; nella classe creditori bancari voti favorevoli per un importo di € 23.188.532,60 pari al 95,229%;

rilevato che nel termine fissato ex art. 179 l. fall. hanno proposto opposizione all'omologa del concordato preventivo il Fallimento S. C. s.r.l., la C. P. s.p.a., E. E. s.p.a. e l'Agenzia delle Entrate;

rilevato che: - il Fallimento S. C. s.r.l. ha fondato l'opposizione sull'esistenza di atti in frode ai creditori, identificati nelle operazioni esaminate dai commissari giudiziali nel capitolo VI della relazione ex art. 172 l. fall. ("operazione G." del 23/12/2008, "operazione F. I." del 23/12/2008, "operazione S." del 29/1/2007, "operazione C. M." del 11/5/2007, "operazione R. B. S." nell'esercizio 2006, "operazione E." dell'aprile e settembre 2004, oltre "operazione S." del dicembre 2008, "operazione N. N." e "operazione N. I." negli esercizi 2005-2007) e sulla convenienza dell'apertura della procedura fallimentare con riferimento alla possibilità di esercizio da parte del curatore fallimentare di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori per danni quantificati dai commissari giudiziali tra € 18.200.000 e € 30.300.000;

- C. P. s.p.a. ha dedotto, oltre alla non convenienza del concordato preventivo con riferimento alla possibilità di esercizio dell'azione di responsabilità, l'illegittimità della costituzione della classe "società intercompany" introdotta con la modifica del 30/3/2011, formata dai due creditori precedentemente inseriti nella classe "fornitori chirografari", prospettandone, alla luce della sua incidenza irrisoria sul fabbisogno concordatario e del peso decisivo al suo interno del credito della E. s.r.l. in liquidazione controllata dalla società proponente il concordato, la natura puramente strumentale ai fini della precostituzione di una maggioranza di classi che altrimenti non sarebbe stata raggiunta;

- E. E. s.p.a. ha proposto opposizione contestando la violazione dell'art. 182 *ter* l. fall., non risultando previsto il pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute operate e non versate, ed affermando la non convenienza del concordato rispetto al fallimento;

- l'Agenzia delle Entrate ha altresì contestato la violazione del criterio dell'omogeneità di posizione giuridica ed interesse economico di cui all'art. 160 l. fall. con riferimento all'inserimento in un'unica classe di tutti i crediti previdenziali ed erariali sia privilegiati sia chirografari;

rilevato che all'udienza del 30/6/2011 il P.M. si è opposto all'omologazione del concordato proponendo tutti i motivi di opposizione già svolti dai creditori dissenzienti e soffermandosi in

particolare sulla “artificiosità e strumentalità” nel caso in esame della classe intercompany chiaramente tesa a realizzare un “disegno manipolatore delle maggioranze” tale da potersi qualificare la sua previsione come “atto in frode ex art. 173 l. fall.”;

rilevato che la ricorrente con memoria di replica del 4/7/2011 ha contestato la fondatezza dei motivi di opposizione, deducendo essenzialmente che l’azione di responsabilità è esercitabile anche in caso di omologa del concordato, che la costituzione della classe intercompany, a cui è stato riservato un trattamento differenziato, è legittima e rispondente alla best practice concordataria e che, in linea generale, il soddisfacimento integrale dei crediti per IVA e per ritenute operate e non versate è previsto solo nell’ipotesi di proposta di transazione fiscale, che sarebbe però facoltativa, e che, nel caso in esame, la questione sarebbe comunque superata dal fatto che le risorse destinate al soddisfacimento dei crediti erariali e previdenziali sono tutte esogene rispetto alle attività della società;

rilevato che in data 7/7/2011 la ricorrente ha depositato “parere pro-veritate” del prof. L. S. e del prof. M. F.” in ordine alla legittimità della formazione di una classe dei crediti intercompany;

OSSERVA

1. Riguardo alla previsione di una classe dei crediti intercompany non vi è dubbio che, in astratto e in linea generale, nell’ambito della relativa discrezionalità che contraddistingue l’individuazione delle classi nella proposta concordataria, possa trattarsi di una scelta legittima alla luce dei criteri di cui all’art. 160 l. fall.

Ma, ovviamente, come con enfasi si ammette nello stesso parere pro-veritate depositato in atti, laddove si precisa che la formazione della classe non deve comunque derivare “dalla cosciente volontà di formare una classe solo per forzare il raggiungimento della maggioranza delle classi”, la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così inequivoco (limite in sostanza riconducibile alla figura dell’abuso del diritto), non può che compiersi, quantomeno quando una siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all’omologa, esaminando l’atto nel contesto in cui è stato posto in essere e valutando in particolare, secondo il normale procedimento logico-presuntivo, se dall’insieme delle circostanze

evidenziate come sintomatiche della deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l'operare di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta soltanto a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze.

In altri termini, a prescindere dalla prospettiva generale che s'intenda privilegiare nella ricostruzione dell'istituto delle classi (quella incentrata sulle condizioni di legittimazione del principio maggioritario ai fini della falcidia concordataria o quella dello strumento di flessibilizzazione dei trattamenti offerti ai creditori), una volta appurato che non è legittima la creazione di una classe come escamotage finalizzato alla precostituzione di un gruppo di creditori a priori assenziente (incrementando artificialmente il "peso specifico" dei suoi componenti altrimenti destinato a "diluirsi" nella generalità di una più ampia categoria di creditori), il percorso valutativo non può fermarsi alla constatazione che i componenti della classe creata presentino dei tratti astrattamente idonei a distinguerli dagli altri creditori secondo il criterio dell'interesse economico, dovendosi scandagliare (quando ovviamente si è in presenza di elementi indiziari di un abuso dello strumento) quale sia l'effettivo scopo perseguito, ben potendosi peraltro verificare che anche alcuni dei tratti differenziatori (come ad esempio la diversificazione del trattamento) siano a loro volta realizzati artificialmente *ex post* in quanto privi di ragionevole giustificazione tecnica nell'economia complessiva della proposta concordataria.

Ciò premesso, nel caso in esame depongono in concreto per la strumentalità della previsione della classe dei crediti intercompany i seguenti rilievi.

Nell'originaria proposta di concordato le due società intercompany erano inserite nella unitaria classe dei fornitori chirografari per la quale era previsto il soddisfacimento nella misura del 5%.

Il 31/3/2011, nell'ambito della modifica della proposta, le due società sono state inserite in un'autonoma classe con una previsione di soddisfacimento nella misura del 4%.

Ebbene, la costituzione di una autonoma classe di crediti intercompany chirografari potrebbe in astratto rispondere alla finalità (in tal senso apprezzabile) di evitare che gli altri creditori chirografari siano "annegati" in una classe di creditori chirografari dominata dai creditori direttamente o indirettamente riconducibili all'influenza diretta o indiretta della società che ha proposto il concordato.

Non è questo però il caso, ed anzi si verifica l'ipotesi inversa, posto che nell'ipotesi in esame i crediti delle società intercompany ammontano ad € 1.333.452,00 mentre i crediti dei creditori chirografari diversi da banche ammontano ad € 21.950.248,70.

La costituzione della classe dei crediti intercompany chirografari potrebbe allora essere una conseguenza dell'esigenza di differenziazione del trattamento da essi riservato rispetto agli altri creditori, posto che normalmente ai creditori infragruppo, quando non si arriva alla soluzione drastica della postergazione, si richiede comunque una maggiore sacrificio al fine di liberare risorse essenziali nell'architettura della soluzione concordataria proposta.

Nel caso in esame è tuttavia evidente che questa non può essere la ragione della costituzione della classe in questione, dal momento che la riduzione di un punto della percentuale di soddisfacimento di questi creditori rispetto alla percentuale inizialmente proposta (dal 5% al 4%) comporta l'insignificante liberazione di risorse per € 13.300 pari allo 0,13% del fabbisogno concordatario (e peraltro la proposta su cui hanno votato i creditori, a seguito delle rettifiche apportate ai conteggi dai commissari giudiziali nella relazione *ex art. 172 l. fall.* ed incidenti sull'ammontare dei crediti dei fornitori chirografari, esclude ogni benché minima liberazione di risorse, risultando la percentuale del 3,15% prevista per questi ultimi addirittura inferiore a quella offerta ai creditori intercompany).

In questo quadro il fatto che all'interno della nuova classe creata il credito della società sotto il diretto controllo della proponente il concordato rappresenti l'80% dell'ammontare totale dei crediti e il fatto che il voto di questa classe sia risultato decisivo ai fini dell'approvazione del concordato, assicurando il raggiungimento della maggioranza delle classi, sono elementi che depongono univocamente nel senso che la costituzione della classe era finalizzata unicamente all'ottenimento di questo risultato.

La ricorrente afferma che contrasterebbe con questa ricostruzione la non prevedibilità del voto dei creditori.

E' tuttavia sufficiente al riguardo osservare che il voto favorevole della classe dei creditori bancari era pressoché scontata (tenuto conto del ruolo delle fondazioni bancarie nella compagine sociale di N. N. s.p.a., del ruolo che esponenti di massimo livello delle tre principali banche creditrici hanno avuto nell'amministrazione della società, come si evince dall'evoluzione della composizione del consiglio d'amministrazione risultante dalla relazione dei commissari giudiziali, e del fatto -

notorio quantomeno nel circuito degli operatori coinvolti in questa vicenda, compresi gli organi giudiziari - che l'iniziativa stessa della soluzione concordataria è di matrice sostanzialmente bancaria), che scontato era pure il voto negativo della classe Erario ed Enti Previdenziali, che altamente probabile era il voto favorevole della classe Artigiani e Cooperative (a cui è proposto il soddisfacimento nella misura del 36,8% a fronte dell'originario 5% offerto a tali creditori compresi nella classe più ampia dei fornitori) per comprendere che la creazione della classe dei creditori intercompany era volta esclusivamente a neutralizzare le conseguenze dell'orientamento nettamente negativo dei fornitori chirografari (che era certamente facilmente percepibile per il tipo di trattamento proposto e posto che in questa classe i voti favorevoli non hanno raggiunto il 30%).

Quindi, in assenza di fatti sopravvenuti che possano offrire una plausibile giustificazione tecnica dell'espunzione *ex novo* dei due creditori intercompany, in epoca successiva alla presentazione del ricorso, dalla classe dei fornitori chirografari con creazione di una nuova ed autonoma classe, l'insieme di tutte le circostanze sopra evidenziate delinea un quadro d'indizi gravi, univoci e concordanti idoneo a provare che si è trattato in realtà di un "ripensamento" ad *usum delphini* del debitore volto a determinare artificiosamente il risultato della maggioranza delle classi, che altrimenti non si sarebbe verificato, e che la riduzione di un punto della percentuale di soddisfacimento proposta, insignificante sul piano economico, altro non sia stata che un artificio meramente strumentale ad offrire una parvenza di legittimità e funzionalità dell'operazione.

Si aggiunga che, laddove si avallasse l'idea che sia sufficiente una qualunque anche minima differenziazione di trattamento, indipendentemente da una sua apprezzabile rilevanza sul piano economico, per giustificare la creazione di una classe autonoma (laddove la differenziazione di trattamento dovrebbe semmai seguire, e non precedere, la obiettiva esistenza di differenziati interessi economici dei creditori), si svuoterebbe di ogni significato la previsione dell'art. 160, comma 1, lett. c), posto che, in tal modo, il debitore non incontrerebbe di fatto alcun limite nel costituire a suo piacimento, in modo del tutto arbitrario, un'articolazione di classi funzionale a manipolare il risultato della votazione.

In conclusione, nel caso di specie la costituzione della classe dei creditori intercompany, in quanto operazione finalizzata, per le ragioni fin qui evidenziate, ad alterare il risultato del voto, deve giudicarsi illegittima integrando, per il segnalato abuso, una violazione del principio della buona fede, che, come principio generale operante in tutti i rapporti tra privati, esplica la sua funzione

anche nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa alternativi al fallimento, quale argine all'abuso delle facoltà che la legge riconosce al debitore proponente il concordato.

Ne discende che il voto favorevole dei due creditori intercompany, non potendo essere considerato come voto espresso all'interno di una classe autonoma, va computato nella classe unitaria dei fornitori in cui erano essi originariamente inseriti, con la conseguenza che, non potendo la loro favorevole espressione di voto mutare l'esito negativo del voto di questa classe (l'aggiunta di due voti favorevoli per un importo di 1.333.452,00 comportando solo lo spostamento delle percentuale di voti favorevoli dal 29,172% al 32,859%), il risultato finale sia quello dell'approvazione del concordato solo da parte di due classi su quattro, con il mancato raggiungimento, quindi, della maggioranza delle classi.

2. La conclusione a cui si è pervenuti esaminando il motivo di opposizione attinente alla costituzione della classe dei creditori intercompany, su cui in particolare si è incentrata l'opposizione del P.M., è senza dubbio assorbente.

Si ritiene tuttavia opportuno evidenziare, senza procedere all'esame di tutti gli ulteriori motivi di opposizione formulati, come, alla luce della puntuale ricostruzione operata per la prima volta dai commissari giudiziali nel paragrafo sesto della relazione *ex art.* 172 l. fall. e richiamata nell'atto di opposizione del Fallimento S. C. s.r.l. e nella memoria del P.M., le operazioni ivi descritte (e valorizzate nella prospettiva comparativa tra procedura concordataria e fallimentare in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità), integrino chiaramente atti di frode ai sensi dell'art. 173, comma 1, l. fall., trattandosi di operazioni volontarie di depauperamento della società prive, anche in un'ottica *ex ante*, di una giustificazione economica, ed incidenti in modo rilevante, sia per la loro entità che per la loro collocazione temporale, sull'attuale situazione patrimoniale della debitrice.

Appare sufficiente al riguardo citare, in via esemplificativa, due delle operazioni descritte dai commissari giudiziali (risultando del tutto evidente, per le modalità con cui sono state realizzate, che si è trattato di atti di depauperamento patrimoniale posti in essere con piena consapevolezza degli effetti da parte degli amministratori):

- la c.d. "operazione G." : essa si è tradotta nell'acquisto il 23 dicembre 2008 da parte di N. N. s.p.a., che già deteneva il 54,69% delle azioni di G. s.p.a., di 1.575.000 azioni di tale società al prezzo di € 5.880.000,00, equivalente ad € 3,733 per azione, superiore di quasi 2,1 volte al valore

determinato nella perizia di valutazione delle azioni G. in sede di conferimento in conto aumento di capitale di N. N. s.p.a. il 31/7/2007 (€ 1,812 per azione), ancorché il patrimonio netto della s.p.a., nel periodo intercorrente le due operazioni, si fosse pressoché azzerato per effetto di perdite superiori a 13 milioni di euro, per cui, come evidenziato dai commissari giudiziali, il prezzo di € 5.880.000,00 eccedeva di € 4.279.473,75 il valore reale delle azioni acquistate;

- la c.d. “operazione S.”: essa è così riassumibile sulla base della relazione dei commissari giudiziali: in data 29 gennaio 2007 N. N. s.p.a. (rappresentata da M. C.) prendeva in locazione dalla società S. s.r.l., con un contratto standard di anni 6 + 6 e senza alcuna opzione di acquisto, un immobile in Milano, Via xxx n. 77, costituito da un ampio opificio e una rilevante zona ad uso ufficio, che versava in stato di abbandono e necessitava di un’ampia ristrutturazione, pattuendo un canone annuo di € 1.440.000, pari al 7% del valore dell’immobile e prevedendo che al termine della locazione le migliorie, le modifiche e le addizioni, così come gli impianti di sicurezza e di trasmissione dati sarebbero rimasti in capo alla parte locatrice, senza alcun obbligo di indennizzo e senza peraltro alcuna opzione di acquisto a favore della locataria; il successivo 2 febbraio 2007 S. S.r.l. sottoscriveva con L. s.r.l. (società riconducibile alla famiglia C.) un contratto preliminare di compravendita dell’immobile, ad un corrispettivo di € 21.100.000,00, e G. s.p.a. e N. N. s.p.a. si rendevano garanti nei confronti di S. s.r.l. delle obbligazioni assunte da L. s.r.l. nel contratto di compravendita, ancorché con la stessa non avessero alcun rapporto societario, né alcun palese interesse economico che potesse legittimare il rilascio della predetta garanzia; come evidenziato dai commissari, con questa operazione L. s.r.l. avrebbe acquistato la proprietà dell’immobile, in realtà “pagato” da N. N., in circa 17 anni (che diventano 20 anni con l’impatto degli oneri finanziari) e ristrutturato - a proprie spese - senza alcun diritto d’indennizzo; il contratto di compravendita però non si perfezionava e quindi in data 21 giugno 2007 S. s.r.l. otteneva un decreto ingiuntivo nei confronti di N. N. s.p.a. (oltre che dell’altro garante), per € 5.000.000,00; N. N. s.r.l. non ha mai occupato l’area locata, né ha mai avviato i lavori di ristrutturazione, e il contratto di locazione si concludeva con una risoluzione consensuale in data 22 dicembre 2008, conseguentemente all’accollo da parte di C. M. s.r.l. (società pure riconducibile alla famiglia C.) del debito di N. N. s.p.a. verso la locatrice S. s.r.l. di € 2.536.546,00; a fronte dell’accollo del debito, N. N. S.p.a. trasferiva a C. M. S.r.l. (rappresentata da Massimo C.) il 93% del capitale sociale della A. S.a.m. (società di diritto monegasco ancora oggi operante nel settore immobiliare) che era stato acquistato da N. N. s.p.a. al prezzo di € 2.400.000 e che nel bilancio al 31/12/2007 presentava un patrimonio netto di €. 2.055.00; la conseguenza dell’intera operazione è che N. N. s.p.a, ponendo

in essere una serie di atti privi nella sua prospettiva di un' apprezzabile giustificazione economica, ha pagato un anticipo di canone di locazione a S. s.r.l. di € 423.132,00, ha subito un decreto ingiuntivo per € 5.000.000 notificatole da S. s.r.l. ed ha trasferito alla C. M. s.r.l. una società d'intermediazione immobiliare ancora oggi operante senza incassare alcunché.

Va rilevato che queste operazioni sono state "accertate" *ex post* dai commissari giudiziali, non contenendo il ricorso per ammissione alla procedura di concordato alcun accenno ad esse.

Pertanto esse sono atti di frode certamente sanzionabili ai sensi dell'art. 173 l. fall. anche alla stregua di quell'orientamento iper-restrittivo secondo cui l'esposizione nella proposta di concordato delle pregresse condotte fraudolentemente depauperative del patrimonio potrebbe contribuire a farle considerare irrilevanti ai fini della suddetta norma.

A questo si aggiunga inoltre come sia difficilmente contestabile la maggior convenienza della procedura fallimentare rispetto a quella di concordato preventivo, pur prevedendosi in questo il versamento di € 3.000.000 a titolo di nuova finanza per la copertura del fabbisogno concordatario.

E' infatti da considerare, da un canto, che il liquidatore giudiziale è privo della legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società ammessa alla procedura di concordato preventivo per cessione dei beni, quantomeno nei casi in cui la relativa proposizione non sia stata deliberata dall'assemblea, al fine di ricomprenderla nell'attivo concordatario, in tal senso deponendo sia la sua funzione di mero mandatario per la liquidazione dei beni oggetto della cessione (per i limiti della legittimazione processuale del liquidatore nel concordato preventivo cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5515), sia la previsione dell'art. 2394 *bis* c.c. che, nel dettare una disciplina speciale in ordine alla legittimazione degli organi delle procedure concorsuali al fine dell'esercizio dell'azione di responsabilità, non contiene alcun riferimento al liquidatore giudiziale.

Peraltro, anche a voler ritenere che quando la cessione abbia per oggetto genericamente tutte le attività della debitrice, tra queste rientri anche l'eventuale azione di responsabilità non ancora deliberata, è da escludersi in ogni caso, alla luce del carattere eccezionale delle previsioni di cui all'art. 2394 *bis* c.c. e dell'art. 147 l. fall., che il liquidatore possa esercitarla senza la deliberazione dell'assemblea.

D'altro canto si deve osservare che nel caso in esame, a fronte di danni da *mala gestio* e per assunzione di nuove obbligazioni dopo la perdita del capitale sociale quantificati dai commissari giudiziali in complessivi € 28.650.000, la valutazione delle possibilità di realizzo nell'ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità da parte del curatore fallimentare non può essere circoscritta alla verifica della condizione patrimoniale degli amministratori con deleghe, posto che la responsabilità, quantomeno sotto il profilo della culpa in vigilando, non può non investire, per la natura e l'entità delle operazioni censurate, tutti gli altri consiglieri d'amministrazione e i componenti del collegio sindacale in carica nell'arco temporale di oltre cinque anni in cui esse sono state poste in essere.

Non secondario in questa prospettiva appare il rilievo che alcuni dei consiglieri d'amministrazione erano espressione delle fondazioni bancarie presenti nella compagine sociale e che oggi essi rivestono ruoli di vertice in grandi banche, per cui sarebbe riduttiva una valutazione incentrata esclusivamente sulle consistenze dei personali patrimoni immobiliari.

Va aggiunto che se, come normalmente si afferma, i creditori sono i migliori giudici della convenienza, nel caso in esame è significativo che ca. il 70% dei fornitori abbia votato contro la proposta concordataria e che la maggioranza dei crediti sia stata raggiunta solo con il voto delle banche le cui valutazioni è ragionevole presumere che, in questo caso, alla luce degli elementi ora evidenziati, siano state più complesse rispetto alla stretta valutazione prognostica delle possibili percentuali d'incasso nelle due procedure.

Si tratta certamente di circostanze non decisive ai fini del cram down, ma che in ogni caso appaiono deporre in senso convergente rispetto alle considerazioni svolte in ordine alle potenzialità recuperative dell'azione di responsabilità.

La domanda di omologazione va pertanto rigettata.

P. Q. M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente decidendo nel giudizio di omologa relativo al concordato preventivo proposto da N. N. s.p.a. in liquidazione ed iscritto al n. 40377/2011 R.G., così provvede:

rigetta la domanda di omologa del concordato preventivo proposto da N. N. s.p.a. in liquidazione.

Milano, 7/7/2011