

**PARTE III**  
*Giurisprudenza*



# **SENTENZA DI OMOLOGAZIONE DI CONCORDATO FALLIMENTARE CON ASSUNZIONE**

**REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale civile di Sulmona, riunito in Camera di Consiglio e composto dai signori magistrati:

Dott.ssa Bianca Maria Serafini Presidente

Dott. Luigi D'Orazio Giudice rel. est.

Dott. Roberto Amatore Giudice

ha pronunciato la seguente

## **SENTENZA**

Omissis

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con ricorso depositato in data 22 settembre 2004 la C. s.r.l., dichiarata fallita con sentenza emessa dall'intestato Tribunale in data 22/26-10-1996, essendo divenuto esecutivo lo stato passivo in data 20-1-2000, proponeva ai creditori un concordato del seguente tenore:

- 1 - pagamento integrale delle spese di procedura e del compenso del curatore al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato fallimentare;
- 2 - pagamento integrale dei creditori in prededuzione, privilegiati ed ipotecari negli importi risultanti dallo stato passivo al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato;
- 3 - pagamento dei creditori chirografari nella misura del 5 % al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato fallimentare;
- 4 - assunzione del concordato da parte della società E. s.r.l., cui sarebbero state trasferite le attività acquisite e tutte le azioni di revocatoria, di recupero, simulazione ed altro, sotto la condizione del concordato. La società E., che sottoscriveva l'istanza di concordato, si sarebbe accollata il debito della BNL in sede privilegiata (€ 2.667.454,89) in corso di definitivo perfezionamento a mezzo cessione del credito ed avrebbe prestato fideiussione bancaria fino alla concorrenza della somma di € 400.000,00 destinata, unitamente alle somme liquide e disponibili presso il curatore, detratto il compenso, al pagamento dei rimanenti creditori privilegiati e del 5 % dei chirografari. Inoltre l'assuntrice garantiva il patrimonio falli-

mentare fino al totale e completo soddisfacimento dei crediti e trasferimento dei beni alla società assuntrice a seguito della verifica dell'esatto e puntuale adempimento del Concordato Fallimentare.

Il passivo della società ammontava ad € 3.249.635,58 per crediti assistiti da privilegio, ipoteche, ivi compresi i crediti in prededuzione e le insinuazioni tardive, ad € 1.998.694,04 per crediti chirografari, ivi comprese le insinuazioni tardive e ad € 40.000,00 per spese di procedura presumibili.

Pertanto, l'onere concordatario era così suddiviso: € 3.249.635,58 per creditori privilegiati, ipotecari e prededuzioni, oltre al 5 % del ceto chirografario (€ 99.934,70) ed alle spese di procedura pari ad € 40.000,00 circa, per un totale di € 3.389.570,28.

L'attivo ammontava ad € 2.922.284,50, di cui € 2.582.284,50 per immobili, macchinari ed attrezzature, ed € 340.000,00 per somme disponibili.

Nella proposta si evidenziava la convenienza del concordato per i creditori chirografari che non avrebbero mai potuto recuperare una somma superiore al 5 % con le aste fallimentari, in considerazione dei tempi lunghi necessari per le liquidazioni e dell'attivo fallimentare che sarebbe stato assorbito solo dai creditori privilegiati ed ipotecari e dalle spese di procedura.

L'onere concordatario sarebbe stato, quindi, soddisfatto integralmente nel seguente modo: alla somma dei crediti privilegiati ed in prededuzione (€ 3.249.635,58) doveva essere sottratto il credito privilegiato della Banca Nazione del Lavoro in virtù di acollo del debito da parte della società assuntrice (€ 2.667.454,89), per un residuo credito privilegiato di € 582.180,69. A tale somma dovevano aggiungersi quelle relative alla prededuzione per le spese di procedura (€ 40.000,00) ed al 5 % del chirografo (€ 99.934,70 pari al 5 % dell'importo di € 1.998.694,04).

Pertanto l'onere concordatario era costituito dalla somma di € 582.180,69 (pari al residuo credito privilegiato), dal 5 % del chirografo (€ 99.934,70) e dal compenso del curatore (€ 40.000,00), per una somma totale di € **772.115,39**.

Tale somma (€ 772.115,39) sarebbe stata garantita dalla fideiussione bancaria fino alla concorrenza di € 400.000,00 e dalle somme disponibili dalla curatela per oltre € 300.000,00 e dalla notoria solvibilità della società assuntrice, desumibile anche dai bilanci prodotti.

Con decreto del 27-9-2004 il G.D., a norma dell'art. 125 l.f., chiedeva il parere del curatore e del comitato dei creditori, rilevando che il parere del curatore doveva precedere quello del comitato dei creditori, in modo da consentire a questi ultimi di valutare la proposta di concordato alla stregua delle osservazioni del curatore fondate sulla conoscenza di tutti i dati rilevanti. Nel

prefato provvedimento il g.d. evidenziava che il pagamento dei creditori privilegiati e delle spese di prededuzione doveva avvenire

immediatamente dopo la sentenza e non al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione e che l'assuttore doveva obbligarsi al pagamento anche dei creditori concorsuali non insinuati al passivo.

La C. s.r.l. e la Euurospin s.p.a. in data 11-11-2004 precisavano la domanda di concordato prevedendo che "il pagamento integrale delle spese di procedura, del compenso al curatore, dei creditori in prededuzione, dei creditori privilegiati, ipotecari e chirografari nei termini di cui alla proposta stessa sarà effettuato immediatamente dopo il deposito e la comunicazione della sentenza e non al passaggio in giudicato della predetta sentenza".

Inoltre, si aggiungeva che "l'assuttore E. risponderà anche delle spese di assistenza legale al fallito nel procedimento per la omologazione del concordato" e che "la società a garanzia dell'adempimento assunto con la proposta di concordato deposita libretto nominativo a suo nome di € 400.000,00". La società E. chiariva anche "che sarà obbligata al pagamento anche di eventuali crediti concorsuali non insinuati al passivo e sempre nella misura percentuale prevista dalla proposta".

Il curatore esprimeva parere favorevole all'omologa del concordato in data 25-1-2005.

In data 1-2-2005 il g.d. disponeva che il curatore provvedesse all'interpello del comitato dei creditori, al quale assegnava termine di *giorni quindici* dalla ricezione della richiesta per esporre le loro deduzioni, con l'avvertimento che il mancato riscontro nel termine sarebbe stato inteso espressione tacita di parere favorevole (silenzio-assenso)".

Il curatore in data 3-2-2005 comunicava ai membri del comitato ad esprimere le loro valutazioni con parere scritto "in considerazione dell'importanza per la procedura della proposta", precisando che "comunque decorso vanamente il termine di *dieci giorni* dal ricevimento del presente avviso, il silenzio sarà ritenuto espressione tacita di parere favorevole".

Il Presidente del Comitato dei Creditori, Sig. M. C., quale liquidatore della P. V. s.r.l., riceveva la comunicazione in data 5-2-2005 (data apposta sul timbro postale della ricevuta di ritorno della raccomandata) e in data 24-2-2005 esprimeva parere contrario all'accoglimento della proposta di concordato, in quanto nei brevi termini assegnati per la dichiarazione di voto non gli erano state comunicate le condizioni della proposta di concordato.

Con provvedimento in data 14-3-2005 il G.D. ordinava al curatore di dare immediata comunicazione della proposta di concordato a tutti i credito-

ri, mediante lettera raccomandata, con l'indicazione dei pareri del curatore e del comitato dei creditori, fissando il termine di giorni 30 per far pervenire in cancelleria eventuali dichiarazioni di dissenso e disponendo la sospensione della liquidazione.

In data 10-5-2005 pervenivano presso la Cancelleria del Tribunale le espressioni di dissenso della B. m. s.a.s. (lire 3.776.697, ossia € 1.950,50) e di M. C., quale liquidatore della P. V. s.r.l. (lire 2.527.393, ossia € 1.305,28), che giudicavano non conveniente la proposta di concordato per "il valore troppo basso attribuito all'immobile".

Il G.D. in data 23-6-2005 prendeva atto che erano pervenute nei termini solo due dichiarazioni di dissenso dei creditori ammessi in via chirografaria ( per complessivi € **3.255,79**), mentre tutti gli altri creditori non avevano fatto pervenire comunicazioni rappresentative di dissenso. Si dichiaravano, quindi, raggiunte le maggioranze di cui all'art. 128 l.f. per numero (103 su 105 creditori) e per somme ed approvato il concordato.

Con ordinanza del 23-6-2005 il G.D. ex art. 129 l.f. dichiarava aperto il giudizio di omologazione e fissava per la comparizione delle parti dinanzi a sé l'udienza del 13-7-2005.

L'ordinanza veniva pubblicata per affissione in data 28-6-2005 La causa veniva quindi iscritta a ruolo il 29-6-2005 dalla C s.r.l. che si costituiva in giudizio.

Con atto di opposizione notificato al curatore della procedura ed alla fallita C. s.r.l. in data 6-7-2005 e depositato in Cancelleria il 7-7-2005 la B. m. s.a.s., in persona del legale rappresentante Sig. Claudio M., evidenziava i seguenti motivi di opposizione: 1) erronea indicazione della dichiarazione di voto, in quanto sarebbe stata illegittima la procedura tesa alla formazione del silenzio assenso del comitato dei creditori in caso di mancato riscontro alla comunicazione del curatore entro giorni quindici; peraltro, il curatore aveva ridotto a giorni 15 il girono fissato dal g.d. in giorni 10; 2) illegittimità ed incompletezza della comunicazione della proposta di concordato in quanto non recante le condizioni di esecuzione dello stesso né la percentuale di riparto in favore dei creditori chirografari; 4) evidente incongruità dei valori dell'attivo fallimentare. L'opponente chiedeva, pertanto, disporsi CTU sul valore dell'immobile acquisito alla massa fallimentare.

Con atto di opposizione notificato al curatore della procedura ed alla fallita C. s.r.l. in data 5-7-2005 e depositato in Cancelleria l'8-7-2005 la Signora T. A. chiedeva il rigetto del concordato.

In particolare, l'opponente evidenziava che la ditta T. A., dichiarata fallita dal Tribunale di Sulmona in data 26-6-1998 (sentenza n. 707/98) e la C.

s.r.l. costituivano un unico centro amministrativo e gestionale, ove la C. era l'unico centro di imputazione. Ditalchè, la proposta concordataria, in ragione della unicità gestionale prefata, avrebbe dovuto ricomprendere anche tutti i creditori in privilegio ed in chirografo (questi nella misura del 25 % e non del 5 % proposto) del fallimento T., con la dichiarazione della "estensione dello stato passivo della ditta T. A. in quello della C. s.r.l.". La Signora T. aveva accettato di gestire l'impresa individuale sotto il controllo effettivo della C. s.r.l. "solo perché giovane coniuge di Corrado Pietro (socio della Co. s.r.l. e della C. s.r.l.)".

Aperto il giudizio di omologazione, il giudice istruttore procedeva agli incumbenti di cui all'art 180 e 183 c.p.c., sentendo il curatore che, in precedenza, aveva depositato il proprio parere motivato. Non era presente il Presidente del Comitato dei Creditori.

Precisate le conclusioni, il giudice istruttore si riservava di riferire in camera di consiglio per la decisione della causa dopo l'assunzione del parere del P.M.

## **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Ad avviso del Tribunale sussistono i requisiti per omologare il concordato presentato dalla C. s.r.l., società dichiarata fallita dall'intestato Tribunale in data 26-10-1996.

Preliminarmente il Collegio deve valutare come incida sul presente procedimento la novella al codice di rito, atteso che il giudizio deve reputarsi soggetto al nuovo rito in quanto la causa è stata iscritta a ruolo dopo il 1° maggio 1995 ed anche dopo il d.l. n. 238/95.

Ad avviso del Tribunale, premesso che pacificamente la cognizione sulla causa spetta al giudice collegiale attesa l'espressa riserva contenuta nell'art. 50 *bis* c.p.c., la trattazione della causa così come "organizzata" dal giudice istruttore appare corretta. Infatti alla udienza fissata *ex art.* 129 l.fall. deve riconoscersi l'idoneità a convertirsi in udienza *ex art.* 180 c.p.c. così come novellato. Qualora poi il debitore si costituisca, occorre procedere alla trattazione come peraltro è disposto espressamente nella legge fallimentare ove si richiama l'invocabilità dell'art. 183 c.p.c.. A seguito della costituzione del debitore, correttamente il giudice istruttore, in presenza di questioni preliminari di rito, ha autorizzato il ricorrente a precisare le conclusioni all'udienza *ex art.* 183 c.p.c. per poi riferire immediatamente la causa in camera di consiglio.

Invero, non dovendo più essere fissata l'udienza di discussione dinanzi al Collegio ( a meno che non vi sia specifica istanza delle parti), il G.I. deve

limitarsi a trattenerne la causa in decisione dinanzi al Collegio, senza concedere i termini per il deposito delle comparse conclusionali, collidendo tali termini, già prima delle modifiche apportate con la legge 353/90, con il brevissimo termine di 10 giorni previsto per la rimessione della causa al Collegio ex art. 129 l.f. (cfr. Tribunale Napoli, 7 gennaio 2000, in *Giur. Napoletana*, 2000, 319).

Verificata dunque l'aderenza al modello legale delle scelte operate dal giudice istruttore, occorre esaminare la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 124 l.fall. Anzitutto, vanno esaminate le opposizioni proposte dalla B. m. s.a.s. e da T. A. e le eccezioni preliminari sollevate dalla C. s.r.l. nella comparsa di costituzione.

Privo di pregio è il primo motivo di impugnazione fondato sulla pretesa illegittimità del procedimento di silenzio-assenso seguito dal g.d. per l'acquisizione del parere del Comitato dei Creditori. Infatti, si ritiene in giurisprudenza che non è necessario che il parere del comitato dei creditori si formi collegialmente, nel corso di una riunione del comitato stesso, potendo esso essere rappresentato da dichiarazioni assunte singolarmente o, anche, dal silenzio assenso ove la richiesta del parere contenga un termine per la risposta e l'avvertimento che la mancanza di essa va considerata assenso alla proposta che si sottopone al giudizio (Tribunale Roma, 12-11- 1992, in *I Fall.*, 1993, p.653; Cass. Civ., 14 luglio 1987, n. 6121; Cass. Civ., 11 marzo 1987, n. 2523). Del resto, sarebbe strano che, mentre l'approvazione del concordato può conseguirsi con il semplice implicito consenso dei creditori chirografari ex art. 125 l.f. (è sufficiente che gli stessi non facciano pervenire in Cancelleria la loro dichiarazione di dissenso), il parere del Comitato dei Creditori deve obbligatoriamente essere espresso per iscritto, non potendo desumersi il consenso dalla semplice inerzia dell'organo concorsuale. La piena validità del silenzioassenso del comitato dei creditori è confortata dalle diverse conseguenze che derivano dal comportamento dei creditori e da quello del comitato, in quanto nel primo caso il concordato è approvato, con effetti sostanziali decisivi per la procedura, mentre nella seconda ipotesi trattasi di un semplice parere consultivo.

L'espressa previsione del silenzio-assenso per i creditori di cui all'art. 128 comma 2 ° l.f. ("i creditori che non fanno pervenire la loro dichiarazione nel termine indicato nell'art. 125 si ritengono consenzienti") non può determinare l'illegittimità del silenzio-assenso del Comitato dei Creditori perché non disciplinato dalla legge. E' evidente che se il silenzio-assenso vale per i creditori e, quindi, per la approvazione del concordato, la stessa procedura non può non essere valida per i limitati fini dell'acquisizione di un



parere favorevole meramente consultivo. Né il procedimento di silenzio-assenso può essere inficiato dalla riduzione del termine concesso ai membri del comitato per rispondere da quindici giorni (provvedimento del g.d.) a dieci giorni (lettera del curatore), in quanto il termine, seppure ristretto, consentiva la possibilità di esprimere un parere motivato, mentre la procedura deve svolgersi con la dovuta celerità in ragione degli interessi coinvolti e della sospensione dell'attività di liquidazione. Tra l'altro, in realtà il Presidente del Comitato ha ricevuto la comunicazione in data 5-2-2005 ed ha risposto negativamente il 24-2-2005, sicchè ha usufruito di ben 19 giorni e non del più ristretto termine di quindici giorni fissato dal g.d.. Inoltre, il g.d. solo in data 14-3-2005 ha dato ordine al curatore di comunicare ai creditori la proposta di concordato ed i pareri del curatore e del comitato dei creditori, sicchè vi era tutto il tempo anche per gli altri membri del comitato di far pervenire il parere per iscritto.

Anche il secondo motivo di impugnazione presentato dalla Bottega M. s.a.s. è privo di fondamento. Invero, il curatore ha comunicato al Comitato dei Creditori di esprimere le loro valutazioni sulla "proposta di concordato fallimentare presentata dalla C. s.r.l.". La legge non prevede alcun obbligo di comunicazione della proposta al Comitato dei Creditori da parte del Curatore, in quanto è onere del Comitato, organo della procedura, recarsi in Cancelleria per verificare il contenuto della domanda di concordato e la percentuale di crediti chirografari che saranno soddisfatti. Infatti, l'art. 125 l.f. si limita a stabilire che "sulla proposta di concordato il giudice chiede il parere del curatore e del comitato dei creditori". Inoltre, l'art. 41 comma 4° l.f. prevede che "il comitato ed ogni membro possono sempre ispezionare le scritture contabili e i documenti del fallimento, ed hanno diritto di chiedere notizie al curatore ed al fallito".

D'altra parte l'art. 125 l.f. stabilisce che il g.d., solo se ritiene la proposta conveniente, "ne ordina la comunicazione immediata con l'indicazione dei suddetti pareri, mediante lettera raccomandata ai creditori". Soltanto in tal caso è, quindi, previsto l'obbligo del curatore di comunicazione della proposta ai creditori. A tale incumbente il Curatore ha ritualmente provveduto come risulta dalla documentazione relativo al concordato fallimentare.

Il terzo motivo di doglianza sull'asserita incongruità del valore di stima dei beni acquisiti alla massa non può essere condivisa. L'opponente lamenta una incomprensibile riduzione del valore dei beni dall'anno 1996 al 2005. Invero, l'Ing. Angelo Di Felice nel corso del concordato preventivo (nell'anno 1996 con 4 relazioni consecutive ed integrative) ha stimato gli immobili in complessive lire 7.320.000.000, di cui lire 4.700.000.000 per beni

immobili costituenti il complesso commerciale Città Castello in Roccacasale di proprietà della C. s.r.l., lire 1.070.000.000 per macchinari, impianti, attrezzature ed arredi in dotazione al complesso prefato, lire 1.180.000.000 per beni immobili ubicati in Bugnara e Roccacasale, offerti in garanzia alla procedura di concordato e di proprietà della Co. s.r.l., lire 150.000.000 per l'avviamento commerciale e lire 220.000.000 per giacenze di magazzino. Tuttavia, dalla somma totale deve essere espunta quella relativa ai beni immobili di proprietà della Co. s.r.l. (lire 1.180.000.000), in quanto, per giurisprudenza consolidata, le garanzie concesse in sede di concordato con cessione dei beni da terzi restano attratte nel successivo fallimento solo se il concordato è stato omologato con sentenza passata in giudicato. In caso contrario, e nella specie v'è stata la dichiarazione di fallimento nel corso della procedura di concordato preventivo per il mancato raggiungimento delle maggioranze in sede di votazione, i beni vanno restituiti al proprietario che li aveva concessi in garanzia.

Infatti, per giurisprudenza consolidata (Cass. Civ., 27 febbraio 2003, n. 2961; Cass. Civ., 3670/2001; Cass. Civ., 2174/1993), i beni concessi in garanzia da terzi per l'ammissione al concordato restano vincolati anche nel successivo fallimento, seguito alla risoluzione del concordato ex art. 186 l.f., nei limiti della percentuale concordataria, *solo se v'è stata la sentenza di omologazione del concordato*. Invero, non è rilevante che la risoluzione del concordato sia o meno ascrivibile ad inadempienze dei fideiussori o a quella del debitore, in quanto ciò che conta è che l'evento risolutivo si sia concretamente verificato, sicchè le conseguenze che ne derivano, per ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, sono nel concordato preventivo pari a quelle del concordato fallimentare in termini di *sopravvivenza di efficacia delle garanzie prestate* (cfr. art. 140 comma 3° l.f. "i creditori anteriori conservano le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato e non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso").

Si è sostenuto che analoghi argomenti valgono anche per il concordato con cessione dei beni. Infatti, a seguito della risoluzione del concordato preventivo per cessio bonorum assistito dalla garanzia fornita da un terzo mediante rilascio di mandato irrevocabile a vendere un cespite a favore dei creditori, a prescindere dalla sussistenza di un formale inadempimento, la garanzia è dovuta anche nel successivo fallimento, nei limiti della percentuale concordataria (Cass. Civ., 14 marzo 2001, n. 3670, in Foro It., 2001, I, 2226). Tale pronuncia ha ribadito, nel concordato con cessione dei beni, l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione che, risolvendo un venten-

nale conflitto giurisprudenziale, avevano preso posizione sulla questione della sorte delle garanzie prestate per l'adempimento del concordato (per garanzia) nell'ipotesi di risoluzione e successiva dichiarazione di fallimento, pervenendo alla conclusione della permanenza delle garanzie anche nel successivo fallimento (Cass. Civ., SS.UU., 18 febbraio 1997, n. 1482, in Foro It., 1997, I, 727). La risoluzione travolge i soli effetti processuali del concordato e, quindi, non pone nel nulla l'effetto, determinato dalla sentenza di omologazione, di vincolare la garanzia ai crediti concorsuali, seppure nei limiti della percentuale concordataria.

Le Sezioni Unite hanno affermato che *le garanzie offerte* per l'adempimento del concordato preventivo, che in nessun caso possono equipararsi alle fideiussioni di diritto comune, sono costituite in funzione del concordato e *non diventano efficaci senza la sentenza di omologazione*. Anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto che l'omologazione del concordato preventivo è l'evento – presupposto cui è ricollegata la produzione degli effetti obbligatori in capo al garante: con la conseguenza che la successiva eliminazione del presupposto – omologazione (come in caso di risoluzione del concordato) non può incidere sulla esistenza, validità ed efficacia del negozio di garanzia (Tribunale Roma, 17 agosto 2004, in Redazione Giuffrè, 2005).

In caso contrario, *in assenza dell'omologazione, le garanzie offerte perdono efficacia* con conseguente diritto del terzo alla restituzione dei beni. Infatti, La Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che nel corso della procedura, *prima della sentenza di omologazione* del concordato preventivo può intervenire il fallimento (art. 173 l.f.), *ma in tal caso non è ancora acquisita la garanzia per il procedimento* che diventa efficace solo a seguito sia dell'approvazione fornita dai due terzi (oggi maggioranza semplice) dei creditori chirografari ammessi al voto (art. 177 l.f., ora modificato) sia dal controllo esercitato dal tribunale sul “se le garanzie offerte diano la sicurezza dell'adempimento” (art. 181 primo comma n. 3 l.f., ora modificato dal D.L. 25/2005, convertito in legge 80/2005).

Pertanto, il valore degli immobili siti in Roccacasale e delle attrezzature è pari ad lire 6.140.000.000 (ossia € 7.320.000.000 – 1.180.000.000), ossia **€ 3.171.045,36**.

Tale somma si avvicina a quella valutata nel luglio 2005 dal Geom. Filiberto Di Tommaso, per conto degli organi della procedura, pari ad **€ 2.217.827,52**. In questa valutazione il Geom. Di Tommaso ha tenuto conto del coefficiente di vetustà pari al 30 % del valore dell'immobile, ossia € 852.363,23. Ditalchè gli immobili sono stati valutati **€ 3.070.190,75**, con la detrazione suddetta per la vetustà.

Non v'è allora notevole differenza rispetto alla valutazione effettuata nel 1996 dall'Ing. D. F., che ha stimato gli immobili, senza avviamento commerciale, senza i macchinari e senza giacenze di magazzino, in lire 4.700.000.000, pari ad € 2.427.374,42. Può, quindi, essere utilizzata la stima effettuata dal Geom. F. D. T., in quanto più recente (luglio 2005) e più consona agli effettivi valori di mercato della realtà locale. Del resto il curatore, nel suo articolato parere, ha messo in luce, sulla base di dati fattuali relativi alle concrete esperienze di vendite all'asta di immobili di procedure concorsuali espletate dinanzi al Tribunale di Sulmona, che le aspettative di realizzo sono state costantemente deluse. L'esame dei motivi relativi all'opposizione presentata da T. A. deve essere preceduta dalla decisione in ordine alle eccezioni preliminari sollevate dalla società fallita. L'eccezione di inammissibilità dell'opposizione per non essere stata la stessa proposta con atto di citazione non merita accoglimento.

Invero, la Suprema Corte (Cass. Civ., 6 settembre 1990, n. 9201), con riferimento specifico, però, al concordato preventivo, ha ritenuto che l'art. 180 comma 2° l.f., nello stabilire che i creditori che intendono opporsi all'omologazione del concordato "devono notificare l'opposizione al debitore ed al commissario giudiziale", nulla dispone quanto alla forma dell'opposizione medesima e perciò deve farsi riferimento all'ordinaria disciplina del codice di rito, che prevede l'atto di citazione quale forma comune di instaurazione del giudizio, se non sia diversamente disposto.

Tale opinione, pacifica in dottrina ed in giurisprudenza, trova puntuale riscontro nel rinvio che l'art. 180 l.f. fa agli artt. 183 e seguenti del c.p.c. ai fini dello svolgimento del giudizio di opposizione. Né la tesi prefata è contraddetta dalla previsione del termine (perentorio) di costituzione di cinque giorni prima dell'udienza, che è conforme, anzi, al sistema della vocatio mediante citazione, in cui la costituzione in giudizio realizza l'inserimento della parte nel processo. L'art. 180 l.f., imponendo l'osservanza solo di tale termine, esclude chiaramente che siano applicabili i termini di comparizione di cui all'art. 163 bis c.p.c.. La dottrina più autorevole sostiene che la forma dell'opposizione debba essere la citazione, rilevando come la vocativo in ius sia presente anche nell'opposizione ex art. 129 l.f., in quanto la domanda deve proporsi proprio con quell'invito a comparire ad udienza fissa, sancito nel 1° comma dell'art. 163 c.p.c.. L'udienza fissa, nel giudizio de quo, è quella stabilita dal g.d. nell'ordinanza del 1° comma, secondo periodo, dell'art. 129 l.f.. L'opposizione non può, quindi, presentarsi con ricorso, in quanto ciò sarebbe incompatibile dall'onere per l'opponente di costituirsi in cancelleria almeno cinque giorni prima dell'udienza, formalità questa che

non è mai richiesta quando vi è presentazione immediata della domanda all'ufficio giurisdizionale. Tuttavia, la distinzione tra atto di citazione e deposito del ricorso non pare comportare conseguenze di rilievo, tanto più che, nella specie, l'opponente ha provveduto a notificare l'opposizione sia alla società fallita che al curatore ed ha indicato nell'atto anche la data fissata dal g.d. per la comparizione delle parti (13 luglio 2005).

Deve rigettarsi anche l'eccezione di decadenza della T. per il mancato deposito nei cinque giorni liberi prima dell'udienza. In realtà, l'art. 155 c.p.c. prevede che "nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno e l'ora iniziali. Pertanto, poiché l'opponente si è costituita depositando l'opposizione in cancelleria in data 8-7-2005, la costituzione è tempestiva. Del resto, l'art. 155 c.p.c. detta una disciplina uniforme per ogni categoria di termini. Inoltre, il principio per cui il dies a quo non è computato nel termine, mentre è calcolato nel termine il dies ad quem, nonché i giorni festivi, comporta che il giorno finale della distantia temporis coincide con l'ultimo giorno utile per il compimento dell'atto.

Va precisato che la disciplina dettata per il computo dei termini da un determinato giorno in avanti trova applicazione anche per il computo dei termini c.d. a ritroso, cioè che decorrono all'indietro, nei quali il dies ad quem (ossia il giorno dell'udienza) assume il ruolo di giorno iniziale e, quindi, non viene calcolato, mentre si tiene conto del giorno iniziale (Cass. Civ., 97/2807; Cass. Civ., 95/26). Quando il legislatore ha inteso disporre che tra l'atto e l'udienza decorressero i c.d. giorni liberi, ove non devono computarsi nel termine né il dies a quo né il dies ad quem, lo ha espressamente previsto (artt. 163 bis, 342 c.p.c. e 190 c.p.c. previgente). Del pari deve respingersi l'eccezione di improcedibilità dell'opposizione, per essere stata la stessa promossa dalla società fallita e non dal curatore del fallimento. Invero, l'art. 43 c.p.c. prevede che "nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore". Pertanto, per giurisprudenza consolidata, solo il curatore ha la capacità processuale tranne il caso in cui si verta in tema di diritti personalissimi del fallito (Cass. Civ., 14 ottobre 1998, n. 10146) e l'ipotesi di inerzia degli organi della procedura.

La Suprema Corte, anche recentemente, ha ribadito che l'eccezionale legittimazione processuale suppletiva del fallito sussiste nel caso nel caso di inerzia dell'amministrazione fallimentare, sicchè tale legittimazione è ammissibile solo quando l'inerzia sia stata determinata da un totale disinteresse degli organi fallimentari e non anche quando consegua ad una negativa valutazione di questi ultimi circa la convenienza della controversia (Cass.

Civ., 22 luglio 2005, n. 15369; Cass. Civ., 16 dicembre 2004, n. 23435; Cass. Civ., 21 maggio 2004, n. 9710; Cass. Civ., 26 settembre 1997, n. 9456)). Orbene, l'opponente non soltanto non ha provato l'inerzia degli organi fallimentari a presentare l'opposizione al concordato ex art. 129 l.f., ma non ha neppure allegato tale circostanza. Tuttavia, si rileva che alla dichiarazione di fallimento consegue una perdita della capacità processuale relativa, che può essere eccepita solo dal curatore nell'interesse della massa dei creditori. Pertanto, se il fallito, nell'inerzia del curatore, agisce in giudizio o propone impugnazione avverso una sentenza pronunciata nei suoi confronti, non può essere rilevato né d'ufficio né su eccezione di controparte un difetto di capacità processuale (Cass. Civ., 29 maggio 1999, n. 5238; Cass. Civ., 14 febbraio 1995, n. 1576). Non può peraltro trovare applicazione la decisione richiamata dalla società fallita, per cui l'impossibilità da parte del giudice di rilevare d'ufficio l'incapacità processuale del fallito viene meno nel caso in cui quest'ultimo intenda tutelare personalmente e direttamente, beni o rapporti già acquisiti al fallimento, di cui nel processo in corso gli organi fallimentari abbiano già dimostrato concretamente di volersi interessare, dovendosi in questa ipotesi, rilevare, anche d'ufficio, il difetto di legittimazione processuale del fallito (Cass. Civ., 12 novembre 1993, n. 11191).

La Cassazione, infatti, nell'enunciare il principio ha precisato che l'interesse degli organi fallimentari deve manifestarsi non con l'indicazione, in sede fallimentare, di un programma di possibile recupero di somme portate dal decreto ingiuntivo opposto (in favore della società poi dichiarata fallita era stato emesso un decreto ingiuntivo successivamente opposto), ma con un'attività processuale qualificata e specifica (ossia nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo). Nella specie, la curatela non ha manifestato la concreta esplicitazione dell'interesse nell'ambito dell'opposizione al giudizio di omologazione, sicché l'eccezione di difetto di legittimazione processuale della società fallita poteva essere fatto valere solo dal curatore nell'interesse della massa dei creditori.

Merita, invece, accoglimento l'eccezione di difetto di legittimazione attiva di T. A.. L'art. 129 comma 2° l.f. stabilisce che "i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono fare opposizione". La Suprema Corte ritiene che i creditori non ammessi al passivo, anche se hanno proposto opposizione contro tale esclusione, non possono opporsi all'omologazione del concordato fallimentare, in quanto legittimati all'opposizione sono solo i creditori dissenzienti aventi diritto al voto nel concordato e, quindi, ex art. 127 l.f., i soli creditori ammessi al passivo, anche se con riserva o in via provvisoria (Appello Bologna, 13 maggio 1986, in *Giur. It.*, 1986, I, 2, 580). Né la legit-



timazione dei creditori, non ammessi al passivo, ad opporsi all'omologazione può fondarsi sul disposto dell'art. 136 comma 2 ° l.f., poiché, anche ad ammettere che tra i creditori contestati siano da ricomprendere anche quelli non ammessi al passivo, ma tuttora opposenti, a tale categoria di creditori la legge attribuisce, nella sola fase di esecuzione del concordato, il solo diritto all'accantonamento delle somme, se dovute e nella misura accertata in conseguenza del passaggio in giudicato della relativa sentenza (Cass. Civ., 27 giugno 2002, n. 9405). Nella specie né la T. né il curatore della procedura omonima hanno mai presentato istanza di ammissione al passivo. La T., peraltro, non può essere considerata neppure "interessata" all'opposizione. Invero, l'opponente sostiene che la ditta T. A., insieme con la ditta Corraro Pietro, faceva parte del gruppo societario controllato dalla C. s.r.l., con un ruolo del tutto subalterno alla C. della quale eseguiva tutte le disposizioni, ed ha articolato prova testimoniale sul punto. Muovendo da tali premesse la T. ha chiesto che lo stato passivo del proprio fallimento fosse riunito allo stato passivo della C. s.r.l. con l'obbligo per quest'ultimo fallimento di pagare anche per intero i creditori privilegiati e nella misura del 25 % i creditori chirografari del primo fallimento. In realtà anche a volere ammettere l'esistenza del gruppo societario suddetto ( ma si dovrebbe provare la sussistenza della direzione unitaria), per costante giurisprudenza di legittimità il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta, alle quali continuano a far capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le distinte e rispettive imprese (Cass. Civ., sez. lav., 12 marzo 1996, n. 2008).

L'autonomia delle singole società esplica i suoi effetti anche nel campo penalistico, dove si ritiene che, facendo applicazione del principio del vantaggio compensativo, il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione sussiste anche nel caso di imprese collegate tra loro, qualora gli atti di disposizione patrimoniale, privi di seria contropartita, siano eseguiti a favore di una società del medesimo gruppo (Cass. Pen., 5 giugno 2003, in Foro It., 2004, II, 528; Cass. Pen., 1 luglio 2002, n. 29896; Tribunale Piacenza, 9 giugno 2003, in Riv. Pen., 2003, 1018). Pertanto, la figura del gruppo di società sul piano giuridico non si traduce nella creazione di un centro autonomo di interessi rispetto alle società collegate ciascuna delle quali è, pertanto, titolare di un'autonoma sfera patrimoniale, sicchè, ai fini della dichiarazione di fallimento, la verifica dello stato di insolvenza deve essere compiuta con esclusivo riferimento alla reale situazione delle singole società (Tribunale Salerno, 24 settembre 1998, in Dir. Fall., 1999, II, 415). Può, quindi, al più

configurarsi una responsabilità della società controllante o degli amministratori di questa per i danni arrecati ai soci ed ai creditori delle società controllate, nel caso in cui gli atti di disposizione pregiudizievoli per queste ultime, compiuti su direttiva della società controllante, non siano giustificati da un *vantaggio compensativo*, un tempo di natura giurisprudenziale ed attualmente previsto dal legislatore nell'art. 2497 c.c.. Invero, il curatore del fallimento di una società fallita, facente parte di un gruppo di imprese, può agire in responsabilità nei confronti degli amministratori della società controllante che, abusando della direzione unitaria e della posizione di supremazia, abbiano indotto gli organi amministrativi della controllata a compiere operazioni dannose o, sul piano omissivo, a non porre in essere attività doverose (Tribunale Milano, 22 gennaio 2001, in *Il Fall.*, 2001, 1143). Del resto, il trasferimento dello stato passivo da un fallimento ad un altro non è previsto da alcuna norma di legge, tanto che anche in caso di estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili vengono create masse di beni distinte e stati passivi distinti. I fallimenti dei soci illimitatamente responsabili, pur conseguendo al fallimento della società, rimangono autonomi e distinti sia rispetto al fallimento sociale sia tra loro (Tribunale Napoli, 29 ottobre 1967, in *D. g.*, 1969, 310). Di conseguenza va tenuta distinta, anche se viene eseguita contestualmente, la verifica dei crediti per le singole masse passive (Cass. Civ., 54/1229; Tribunale Lanciano, 22 marzo 1983, in *Giur. It.*, 1983, I, 2, 513). La modifica dello stato passivo dichiarato esecutivo, poi, può avvenire solo con gli strumenti di impugnazione ordinaria di cui agli artt. 98 e 100 l.f. (opposizione allo stato passivo ed impugnazione di crediti ammessi) oppure con la revocazione ex art. 102 l.f..

L'interesse che consente la proposizione dell'opposizione non può essere di mero fatto, ma deve essere giuridico, nel senso che il concordato deve incidere sulla posizione del soggetto per legittimarlo all'opposizione. Autorevole dottrina richiede per la sussistenza dell'interesse prefato la compresenza di due requisiti: uno oggettivo rappresentato dallo svantaggio che il concordato implica per l'opponente, e l'altro soggettivo, costituito dalla titolarità del potere processuale di essere pagato in sede di distribuzione del ricavato dopo la liquidazione dell'attivo. Ebbene, la T. non si trova in alcune delle due condizioni suddette e, quindi, non è legittimata all'impugnazione neppure quale "interessata".

Si evidenzia che il fallimento della ditta T. A. è stato dichiarato il 26-6-1998, in via del tutto autonoma e distinta, a distanza di due anni dal fallimento della C. s.r.l. che era stata ammessa anche alla procedura di concordato preventivo. Tra l'altro, in presenza di un gruppo societario, le società C.



s.r.l. e T. A., sussistendo connessione finanziaria, amministrativa ed organizzativa, avrebbero potuto promuovere un concordato di gruppo, come è consentito dalla giurisprudenza di merito. Invero, è ammissibile la proposizione di un unico ricorso per l'ammissione al concordato preventivo da parte di società o imprese individuali costituenti un gruppo, con conseguente unitarietà di procedure anche in relazione all'adunanza dei creditori (Tribunale Cotona, 28 maggio 1999, in Giust. Civ., 2000, I, 1533; Tribunale Roma, 16 dicembre 1997, in Giur. Merito, 1998, 643, in Dir. Fall., 1998, II, 778; Tribunale Terni, 19 maggio 1997, in Il Fall., 1998, 290; Tribunale Perugia, 3 marzo 1995, in Foro It., 1995, I, 1952; Tribunale Ivrea, 21 febbraio 1995, in Il Fall., 1995, 969; Tribunale Crotona, 28 maggio 1999, in Dir. e prat. soc., 1999, f. 17, 84 ) Ebbene, il concordato preventivo è stato chiesto solo dalla C. s.r.l.

(decreto di ammissione del 12-9-1995). Inoltre, nel periodo in cui la C. s.r.l. è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, nel periodo successivo alla dichiarazione di fallimento della stessa, la Ditta T. A. ha continuato ad operare in piena autonomia, visto che la C. era ormai sotto il controllo degli organi concorsuali – Commissario Giudiziale e g.d. - (seppure solo sotto il limitato profilo dell'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione) e successivamente del curatore. Ben diverso è, invece, il caso affrontato dalla giurisprudenza nell'ipotesi di un concordato fallimentare proposto soltanto da alcuni dei soci con riguardo ad una società in nome collettivo irregolare, dichiara fallita unitamente ai suoi soci, in cui il socio escluso è stato considerato legittimato ad opporsi in proprio, senza l'intermediazione del curatore, all'omologazione del concordato avendo allegato un concreto interesse patrimoniale contrastante con quello dei proponenti (Cass. Civ., 23 maggio 1990, n. 4669).

In questa ipotesi i soci oppositori vantavano un interesse che poggiava su un fondamento patrimoniale serio e concreto, in quanto gli stessi si lamentavano dell'inammissibilità della proposta per difetto della maggioranza assoluta del capitale sociale ex art. 152 l.f. e del mancato accertamento in ordine alle consistenze dei beni relativi alle distinte masse fallimentari ed alla separazione degli immobili fra i soci riguardo a quelli personali di ciascuno di loro e rispetto a quelli di pertinenza della società. E' evidente la differenza con il caso in esame.

Le prove testimoniali e la richiesta ex art. 210 c.p.c. presentate dall'opponente T., per le ragioni suesposte, sono irrilevanti ai fini del decidere. Tra l'altro i capitoli di prova sono del tutto generici e non consentirebbero al Collegio di accertare l'effettiva sussistenza della "direzione unitaria".

Non merita accoglimento neppure la doglianza della società fallita per l'omessa citazione in giudizio dell'assuntore E. con la conseguente richiesta di dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione. Infatti, la Cassazione ritiene che in sede di omologazione di concordato preventivo, il garante del concordato non è parte necessaria del giudizio, in quanto la comparizione dei fideiussori è prevista solo in relazione all'eventuale risoluzione del concordato medesimo (Cass. Civ., 2 giugno 1994, n. 5350).

Pur con le dovute distinzioni, in quanto l'assuntore diventa coobbligato del fallito e cessionario delle relative attività, lo stesso principio deve valere anche in questa ipotesi. Del resto, l'art. 137 l.f. stabilisce che il Tribunale, ai fini della risoluzione, "deve sentire il fallito ed i fideiussori", tra i quali si ritiene debba rientrare anche l'assuntore. Le figure del fideiussore e dell'assuntore, sul piano processuale, sembrano seguire la medesima direzione. La giurisprudenza, inoltre, sostiene la carenza di un interesse rilevante del fideiussore e dell'assuntore ad impugnare la sentenza di omologazione, in quanto la stessa esplica nei loro confronti effetti solo riflessi ed indiretti, trattandosi di parti eventuali del giudizio, e non di parti necessarie (Cass. Civ., 4-1-1978, in G.C., 1979; II, 27; Appello Torino, 8-7-1954, Foro Pad., 1954, II, 44; Appello Bari, 23-1-1988, in Il Fall., 1988, 515; Tribunale Roma, 12-6-1957, in Dir. Fall., 1957, II, 664). Peraltro, la E. è parte nel giudizio di omologazione, come risulta dalla comparsa di costituzione in data 28-6-2005 a firma dei legali ("Il concordato fallimentare proposto dalla società C. s.r.l. con la garanzia e l'assunzione della E. s.r.l. va omologato...") e dal verbale di udienza del 18-1-2005 ("E' presente l'Avv. Di Gravio per la C. s.r.l. e l'E. s.p.a. il quale si riporta alla comparsa di costituzione ...").

Orbene, le opposizioni costituiscono unitamente al giudizio di omologazione un processo unitario, con uno stesso oggetto, rappresentato dalla legittimità dell'intero procedimento di concordato e dalla convenienza dello stesso. Tale unitarietà dipende, quindi, dall'oggetto del giudizio, prospettato dagli oppositori con segno negativo, proprio perché le opposizioni concernono quella medesima illegittimità o non convenienza del concordato, che è considerata in termini positivi nell'omologazione. Pertanto, l'avvenuta costituzione della E. s.r.l., ora s.p.a., nel giudizio di omologazione spiega i suoi effetti anche nei giudizi di opposizione che, come affermato da autorevole dottrina, rampollano dall'omologazione. Inoltre, poiché la Cassazione (5350/94), come già detto, ha stabilito che il garante non è parte necessaria nel giudizio, analoghe considerazioni devono valere per l'assuntore, in considerazione della sua posizione di terzietà rispetto al debitore concordatario ed ai suoi creditori, e della facoltà di sollevare tutte le eccezioni che spetta-

no al curatore fallimentare. Al contrario il fideiussore risponde del debito altrui, senza poter invocare la peculiare posizione di terzietà dell'assuntore.

A questo punto si può passare all'esame della domanda di concordato sia sotto il profilo della legittimità dell'intera procedura sia in relazione alla convenienza dello stesso per la massa dei creditori. In primo luogo va affrontata la verifica delle *condizioni di legittimità*. La domanda e la successiva integrazione sono state ritualmente presentate dopo il deposito dello stato passivo (la domanda porta la firma della Signora D.P., amministratore unico della C. s.r.l., e del legale rappresentante della E. s.p.a.). La proposta contiene analiticamente la misura del pagamento dei crediti chirografari e indica il tempo del pagamento. L'*iter* procedimentale si è svolto correttamente: i componenti del comitato dei creditori hanno espresso il parere (silenzio-assenso); le comunicazioni a tutti i creditori sono state regolarmente effettuate.

Le maggioranze sono state raggiunte (ex art. 128 l.f. maggioranza numerica dei creditori aventi diritto al voto che rappresenti almeno i due terzi della somma dei loro crediti).

All'udienza ex art. 129 l.f. la norma prevede che il giudice senta le parti costituite, il presidente del comitato dei creditori ed il fallito, ma la giurisprudenza di merito ritiene che la conseguenza della omessa audizione del curatore, del Presidente del comitato dei creditori e del fallito non possa essere la nullità del procedimento, ove gli stessi siano stati messi in grado di comparire (Tribunale Napoli, 7 gennaio 2000, in *Giur. Napoletana*, 2000, 318). Va evidenziato in merito, che il Presidente del Comitato dei Creditori, Sig. M. C., quale liquidatore della P. V. s.r.l., pur non comparendo nel giudizio di omologazione nella sua veste di liquidatore della menzionata società, ha però presentato opposizione ex art. 129 l.f. quale legale rappresentante della B. m. s.a.s.. Tra l'altro, già in precedenza lo stesso aveva espresso il proprio dissenso rispetto al concordato sia in sede di votazioni per la B. m. s.a.s. e nella veste di liquidatore della P. V. s.r.l., sia quale Presidente del Comitato dei Creditori in data 24-2-2005. Pertanto, la sua audizione all'udienza del 13 luglio 2005 ed alla successiva del 18-1-2006 era del tutto irrilevante, tenendo conto anche dell'opposizione formulata dalla Bottega M. s.a.s.. Quanto all'istituto del concordato con assuntore si rileva che è caratterizzato da due elementi: l'uno obbligatorio (accollo dell'obbligo di adempiere il concordato) e l'altro traslativo (cessione all'assuntore delle attività fallimentari). Con riferimento alla *convenienza* del concordato rispetto alla liquidazione fallimentare si è espresso il curatore il quale ha osservato come la soluzione concordataria sia preferibile atteso che la massa attiva potrebbe essere di disagiata liquidazione e comunque non sarebbe sufficiente a sod-

disfare il ceto chirografario nella percentuale offerta dalla società assuntrice. Infatti l'attivo è costituito dalla proprietà di un immobile che è stato valutato dal Geom. Di Tommaso € **2.217.827,52**. Si è già argomentato, anche con il conforto del dettagliato ed analitico parere del curatore, sulla attendibilità del valore espresso dal coadiutore della procedura. A tale somma deve essere aggiunta quella depositata sul libretto del fallimento (€ 391.998).

Lo stato passivo depositato ed integrato con le domande tardive ex art. 101 l.f. presenta crediti ammessi in privilegio ed in prededuzione per € **3.304.282,30** e in chirografo per Euro **1.987.505,38**, sì che il totale dei crediti è di € **5.291.787,68**.

I crediti da soddisfare con il concordato sono rappresentati da quelli privilegiati pari ad € 3.304.282,30 e dal 5 % di quelli chirografari pari ad € 99.375,27, oltre alle spese di procedura ancora da liquidare. La somma da pagare è, quindi, quella di € **3.403.657,57**.

A fronte di un attivo pari ad € 2.217.827,52 (relativo, invero, solo agli immobili, con esclusione dell'avviamento, delle attrezzature e delle giacenze di magazzino, con valori che però non si discostano di molto da quello accertato dal Geom. Di Tommaso), v'è un passivo concordatario di molto superiore (€ 3.403.657,57 oltre le spese di procedura).

L'assuntore, invece, si è obbligato a pagare l'intero passivo concordatario, parte mediante accollo del debito della Banca Nazionale del Lavoro (€ 2.667.454,89) e parte con pagamenti (€ 736.202,68) da effettuare utilizzando l'attivo della procedura (€ 391.998,00) e con il denaro depositato su libretto intestato alla E. e consegnato al curatore (€ 400.00,00).

L'altro aspetto vantaggioso per i creditori chirografari è costituito dalla *immediata percezione* delle somme dovute subito dopo la pronuncia della sentenza di omologazione, senza dover attendere i tempi lunghi delle numerose aste dell'esecuzione immobiliare.

Infatti, il controllo di merito non concerne solo il mero raffronto tra la percentuale offerta ai creditori chirografari e quella prevedibilmente realizzabile mediante liquidazione fallimentare dell'attivo, ma anche i *tempi del pagamento*, raffrontati a quelli in genere più lunghi della liquidazione, e la *serietà delle garanzie offerte*.

La Banca Nazionale del Lavoro ha ceduto il suo credito dell'importo di € 2.667.454,89 in privilegio alla E. con atto pubblico 28-10-2004 del Notaio dott. Luca Amato. Pertanto, il credito in privilegio è sceso ad € 636.827,41. L'importo complessivo dell'onere concordatario è, allora, all'attualità pari ad € **736.202,68** (636.827,41 + il 5 % del chirografo pari ad € 99.375,27). Tale onere potrà essere soddisfatto con l'attivo della procedura (€ **391.998,00**) e

con la somma depositata dalla E. sul libretto intestato alla procedura (€ **400.000,00**), con un una differenza in attivo di € 55.795,32.

Ditalchè, mentre con la liquidazione dei beni, si otterrebbe la somma di € 2.609.825,52 (€ 2.217.827,52 + 391.998,00), le somme versate complessivamente dall'assuntore ammonterebbero ad € 3.403.657,57 (€ 2.667.454,89 per accollo del debito BNL in privilegio + € 736.202,68 per il privilegio residuo e per il 5 % del chirografo).

Per la ragioni suindicate il Collegio ritiene irrilevante la CTU sul valore degli immobili della procedura richiesta dall'opponente B. m. s.a.s.

Non può in alcun modo essere condivisa la tesi sostenuta dalla T. per cui con la cessione del credito della B.N.L. alla E. s.p.a. l'onere concordatario dovrebbe essere ricalcolato e ridotto, in ragione della "trasformazione" del credito della BNL (€ 2.667.454,89), ceduto alla E., da privilegiato in chirografario. Invero, pur muovendo da un principio di diritto corretto, le conclusioni cui giunge la T. non colgono nel segno. Infatti, l'opponente ritiene correttamente che la cessione del credito effettuata dopo la dichiarazione di fallimento non è opponibile alla curatela ed alla massa dei creditori in quanto il cessionario deve presentare domanda di ammissione al passivo tardiva ex art. 101 l.f.. L'assunto è condivisibile e trova costante applicazione giurisprudenziale. Si ritiene, infatti, che il subingresso di un soggetto ad un altro nella titolarità di un credito concorsuale già ammesso al passivo in seno ad una procedura fallimentare non dispensa il nuovo creditore dall'onere di presentare domanda di insinuazione ex art. 101 l.f., a prescindere dalla causa del subingresso (cessione di credito ovvero surrogazione ex lege in favore del terzo che abbia eseguito il pagamento), poiché la definitiva ammissione al passivo fallimentare, risultando finalizzata alla realizzazione del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, postula una valutazione del credito non nella sua astratta oggettività, ma riferita ad un ben determinato soggetto, la cui concreta individuazione non è irrilevante per il debitore che, in caso di errore, è esposto al rischio della mancata liberazione dall'obbligazione (Cass. Civ., 2 luglio 1998, n. 6469).

Invero, la cessione di un credito già ammesso al passivo fallimentare, notificata al fallimento dopo la formazione dello stato passivo e prima della redazione del piano di riparto, può essere fatta valere nei confronti del fallimento stesso solo attraverso l'insinuazione tardiva ex art. 101 l.f., non essendo sufficiente la mera notificazione al curatore e dovendosi provvedere al controllo, da parte del giudice fallimentare, dell'effettività (non della validità) della cessione e dell'insussistenza di cause preclusive del credito, rispetto al fallimento, in relazione al suo nuovo titolare (Cass. Civ., 22 febbraio

1995, n. 1997, in *Il Fall.*, 1995, 948; Cass. Civ., 4 dicembre 1991, n. 12999; Cass. Civ., 9 dicembre 1991, n. 13221).

Inoltre, l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, a norma dell'art. 2843 c.c., ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei debitori concorrenti ex art. 45 l.f., ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione in data anteriore alla dichiarazione di fallimento (Cass. Civ., 21 marzo 2003, n. 4137, in *Il Fall.*, 2004, 164; Cass. Civ., 9 settembre 2004, n. 18188; Cass. Civ., 7 maggio 1992, n. 5420, in *Il Fall.*, 1992, 1009). Anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto che il creditore surrogatosi ex art. 1203 c.c. nei diritti del creditore fallimentare non può opporre al fallimento l'ipoteca che assisteva il credito originario ove abbia provveduto alla annotazione di trasferimento dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2843 dopo la sentenza dichiarativa di fallimento (Tribunale Bergamo, 18 luglio 2001, in *Gius* 2002, 2356; Tribunale Milano, 3 maggio 1993, in *banca borsa tit. cred.* 1994, II, 438). Pertanto, l'annotazione in data anteriore al fallimento è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale (Cass. Civ., 97/9023). La natura di pubblicità costitutiva riconosciuta all'annotazione sta in realtà ad indicare che l'annotazione prevista dalla norma in commento è necessaria per l'efficacia della trasmissione o del vincolo non tra le parti, ma nei soli confronti dei terzi, in deroga alla norma degli artt. 1265 e 2914 n. 2 c.c.. Va, peraltro, osservato che parte della giurisprudenza, seppure minoritaria, è di contrario avviso e ritiene che l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca in favore del terzo datore solvens è efficace anche se eseguita successivamente al fallimento del debitore garantito, in quanto, comportando la sostituzione nell'iscrizione originaria che assisteva il creditore ipotecato surrogato e non la creazione di una nuova ipoteca, non rappresenta un atto pregiudizievole per la massa (Cass. Civ., 25 luglio 1992, n. 8983, in *Il Fall.*, 1993, 55; Tribunale Monza, 28 febbraio 2002, in *Il Fall.*, 2002, 1367). Infatti, se è vero che l'annotazione d'ipoteca ha anche valore di pubblicità costitutiva – accessoria all'iscrizione originaria dell'ipoteca – e deve perciò essere ricompresa tra “le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la dichiarazione di fallimento”, alle quali fa riferimento l'art. 45 l.f., non è meno vero che l'inopponibilità ivi prevista riguarda gli atti di disposizione suscettibili di recare pregiudizio al fallimento e cioè alla massa dei creditori. Nella fattispecie esaminata dalla Corte – terzo datore di ipoteca che si surroga ex lege nel diritto di credito – l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca comportava



la sostituzione nell'iscrizione originaria ( e perciò anche nel grado) che assisteva il credito del creditore ipotecario surrogato e non la creazione di una nuova ipoteca e cioè di un atto pregiudizievole per il fallimento.

L'opponente, quindi, aderendo alla tesi giurisprudenziale maggioritaria, ritiene che il credito privilegiato si sia ridotto, a seguito della cessione del credito alla E., ad € 636.827,41, mentre il credito chirografario aumenterà, a seguito della sicura insinuazione tardiva al passivo ex art. 101 l.f. della E., che ha perso il privilegio, ad € 4.654.960,27 (1.987.505,38 + 2.667.454,89). Il passivo concordatario sarebbe così costituito da € 636.827,41 in via privilegiata ed € 232.748,01 (5 % del chirografo) in via chirografaria, per un totale di € 869.575,42. Da tale somma dovrebbe detrarsi l'attivo della procedura ( € 391.998,00) per un residuo fabbisogno di € 477.577,42 a fronte di un patrimonio immobiliare della curatela di € 2.217.827,52. In realtà, però, con la cessione del credito la E. ha soltanto eliminato dal passivo del privilegio l'enorme somma di € 2.667.454,89, riducendo il privilegio alla modesta somma di € 636.827,41. La cessione del credito si è perfezionata dopo la presentazione da parte della C. s.r.l. della domanda di concordato sottoscritta anche dalla E. s.p.a. quale assuntrice. Pertanto, tale cessione (che non è stata prodotta in atti) ha costituito l'inizio della attuazione del concordato da parte dell'assuntore. Del resto l'E. non ha presentato domanda di ammissione tardiva al passivo, né la presenterà in futuro stante la sua qualità di assuntore del concordato. La Banca Nazionale del Lavoro, inoltre, non ha presentato dichiarazione di desistenza e non ha, quindi, ancora perso la qualità di creditore del fallimento. Infatti, la domanda del creditore originario (B.N.L.) di ammissione al passivo del credito conserva il suo valore fino al provvedimento finale del giudice delegato (decreto) o del tribunale (sentenza) ex art. 101 l.f.. Le obiezioni della T. avrebbero avuto fondamento se la cessione del credito si fosse perfezionata con un creditore diverso dall'assuntore, perché in tal caso il cessionario avrebbe potuto presentare domanda di ammissione tardiva al passivo perdendo però il privilegio.

Sussistono quindi i presupposti per l'omologazione del concordato fallimentare proposto dalla società fallita ove si osservi che in ordine all'adempimento la E. ha versato la somma di € 400.000,00 su libretto nominativo presso la Banca di Roma consegnato al curatore (cfr., parere del curatore in data 13-7-2005).

Tuttavia, poiché, allo stato, non v'è la certezza (anche se il pagamento della Banca Nazionale del Lavoro, il deposito della somma di € 400.000,00 in possesso del curatore e i dati di bilancio della E. s.r.l., ora s.p.a., – in essi si evidenzia un aumento del valore delle immobilizzazioni

per terreni e fabbricati da € 9.282.389 nel 2002 ad € 15.024.996 nel 2003, delle immobilizzazioni materiali in corso da € 15.344.437 ad € 25.542.904, dell'utile di esercizio da € 2.228.361 ad € 4.136.057, dei ricavi delle vendite da € 220.816.633 ad € 281.225.912 - rendono altamente probabile che ciò avverrà) che l'assuntore eseguirà il concordato nei termini e nelle misure proposte, questo va omologato senza disporre il trasferimento immediato all'assuntore della proprietà dei beni acquisiti alla massa al momento del deposito della sentenza di omologazione, con contestuale immediata liberazione della società fallita, così che l'accollo da parte dell'assuntore dei debiti della fallita risulti essere cumulativo, anziché privativo, con persistenza del rapporto di solidarietà fino alla integrale esecuzione del concordato, a garanzia dei creditori. L'effetto traslativo reale e la liberazione della società fallita avrà luogo soltanto ad avvenuta integrale esecuzione del concordato, verificata e dichiarata dal giudice delegato con decreto, ai sensi dell'art. 136 l.f.. Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese di giudizio.

Non vi sono i presupposti per la condanna ex art. 96 c.p.c. degli opposenti, in quanto non è emerso dagli atti che i soccombenti abbiano omesso quel minimo di diligenza che avrebbe loro consentito di avvedersi dell'infondatezza delle proprie pretese (Cass. Civ., 94/1592; Cass. Civ., 89/1788) .

Quanto agli aspetti fiscali la Cassazione ha stabilito che in tema di irpeg e di ilor, la chiusura concordataria del fallimento, con accollo dei relativi impegni da parte di un terzo assuntore e dietro cessione al medesimo di tutte le attività fallimentari, secondo le previsioni di cui all'art. 124 l.f., priva tali attività della consistenza di residui attivi dell'impresa fallita, e non ne consente la tassazione quali redditi dell'impresa stessa a norma dell'art. 125 del d.p.r. n. 917 del 1986 (Cass. Civ., 11 dicembre 2000, n. 15568).

### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Sulmona, definitivamente pronunciando sul ricorso per omologazione presentato dalla C. s.r.l. con atto depositato in data 29 giugno 2005, e sulle opposizioni presentate dalla B. m. s.a.s. e da T. A., con l'intervento del P.M., così provvede:

- 1 - omologa il concordato fallimentare presentato dalla C. s.r.l. alle seguenti condizioni: pagamento integrale delle spese di procedura, del compenso al curatore e dei crediti privilegiati immediatamente dopo il deposito della sentenza di omologazione; pagamento del 5 % del ceto chirografario nello stesso termine; assunzione del concordato da parte della E.



s.p.a., con sede in Pomezia, Via Laurentina, con accollo cumulativo dei debiti e liberazione della fallita ad avvenuta esecuzione del concordato, verificata ed accertata dal giudice delegato, ai sensi dell'art. 136 l.f.; trasferimento in proprietà all'assuntore dei beni acquisiti alla massa al momento dell'avvenuta esecuzione del concordato, accertata nei modi di cui sopra;

- 2 - dispone che i versamenti ai creditori avvengano da parte del curatore con espressa autorizzazione alla acquisizione dei fondi presenti nel libretto intestato alla procedura e delle somme che si trovano sul libretto di deposito n. 559316 intestato alla E. Lazio s.p.a. e consegnato al curatore Avv. E. D. L., con saldo di € 400.000,00; dispone che all'esito del deposito della presente sentenza il curatore proceda a depositare il conto della gestione e quindi la richiesta di liquidazione del compenso;
- 3 - demanda al giudice delegato il compito di dare le ulteriori eventuali disposizioni ed in particolare di disporre il trasferimento della attività all'assuntore con il decreto di cui all'art. 136 l.fall.;
- 4 - compensa interamente tra le parti le spese di giudizio;
- 5 - sentenza esecutiva per legge.

Così deciso in camera di consiglio il 8-2-2006

Il Giudice rel. est.

Luigi D'Orazio

Il Presidente f.f.

Bianca Maria Serafini

