



Repubblica Italiana
CORTE DI APPELLO DI GENOVA
Sez. I Civile
In nome del Popolo Italiano

La Corte, composta dai magistrati:

Margherita Zuccolini	Presidente
Massimo Caiazzo	Consigliere
Roberto Bellè	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento n. 755/2015 di reclamo *ex art.18 e 162, co. 3, l.fall.* promosso da

INCOMARBO S.R.L. (C.F.: 00053350450) - difesa dall'avv. Piero Fillioley (C.F.: FLLPRI76P05D969C; PEC: avv.pierofillioley@sicurezzapostale.it) ed elettivamente domiciliata in Genova, Via Assarotti 12/10/A, presso l'Avv. Massimo Ciconte, giusta procura a margine del ricorso per reclamo

RECLAMANTE

CONTRO

FALLIMENTO INCOMARBO S.R.L. – in persona dei curatori dott. Florio Bertilorenzi e Giuseppe Innocenti, autorizzati alla costituzione in giudizio con decreto del g.d. in data 11.2.2016, difeso dall'avv. Danilo Galletti (C.F.: GLLDNL70H30A944G; PEC: danilo.galletti@ordineavvbopec.it) per procura alle lite in calce alla memoria di costituzione in sede di reclamo

RECLAMATO



CONTRO

SOCIETA' CONSORTILE CONSORZIO MARMO APUANO A R.L. – rappresentata e difesa dall'avv. Dea Fini (C.F.: FNIDEA82H70G628P; PEC: avv.dea.fini@pcert.postecert.it) e presso lo studio della medesima in Massa, Viale E. Chiesa 15 elettivamente domiciliata giusta delega in calce all'istanza di fallimento

RECLAMATA

E

LANZA LUCA – BONDIELLI BEATRICE – MONACI EMANUELA – BISCARDI ESCAVAZIONI DI BISCARDI ARCHIMEDE – MARISPED S.N.C. – ROSSI NORBERTO – rappresentati e difesi dagli avv.ti Elisabetta Galeazzi (C.F.: GLZLBT56L60E463F) e Emanuela Monaci (C.F.: MNCMNL55H67F023W; PEC: avvemanuelamonaci@cnfpec.it) presso lo studio delle quali, in Massa, Piazza De Gasperi 15, sono elettivamente domiciliati, giusta delega posta in calce alla memoria di intervento

INTERVENUTI

con la partecipazione del

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI GENOVA

Conclusioni delle parti

Per la reclamante:

“revocare la dichiarazione di fallimento di Incomarbo s.r.l. (...) emanando ogni conseguente provvedimento di legge, - revocare il decreto di dichiarazione di inammissibilità del concordato preventivo r.g. c.p. 11/2015 del 17.11.2015 (...) e per l'effetto rimettere gli atti al Tribunale di Massa (...) affinché dichiarati aperta la procedura di concordato preventivo ed assuma i conseguenti provvedimenti; - in subordine, revocare il decreto di dichiarazione di inammissibilità del concordato preventivo r.g. c.p.



5/2015, notificato in data 31.8.2015 e per l'effetto rimettere gli atti al Tribunale di Massa (...) affinché dichiarati aperta la procedura di concordato preventivo ed assume i conseguenti provvedimenti; condannare gli intimati istanti per il fallimento alla refusione delle spese del procedimento istruttorio prefallimentare e del giudizio di impugnazione”

Per il Fallimento Incomarbo:

“1) dichiarare inammissibile/rigettare il reclamo, confermando il/i decreto/i e la sentenza di fallimento opposti; 2) con sentenza provvisoriamente esecutiva; 3) con vittoria di spese, diritti ed onorari”

Per la Società Consortile Consorzio Marmo Apuano a r.l.:

“precisate le circostanze dedotte, si rimette alla decisione che questa Ill.ma Corte d'Appello riterrà opportuna”

Per gli intervenuti:

“revocare la dichiarazione di fallimento della Incomarbo s.r.l. e rinviare gli atti al Tribunale di Massa (...) affinché venga dichiarata l'apertura del concordato preventivo, come da domanda formulata da Incomarbo s.r.l. (r.g. c.p. 11/2015) o, in subordine, come da domanda modificata in data 28.8.2015 (r.g. c.p. 5/2015)”

Per il Procuratore Generale:

“conclude chiedendo il rigetto del reclamo”.

in fatto e diritto

1.

Il Tribunale di Massa, con **decreto del 29 luglio 2015, depositato il 31.8.2015**, ha dichiarato inammissibile una prima proposta di concordato preventivo avanzata da Incomarbo s.r.l. e ciò sulla base di due presupposti. Il primo consisteva nel non essere stata, tale proposta, con il relativo piano, espressamente deliberata dall'organo amministrativo, che aveva deliberato soltanto la precedente presentazione del concordato c.d. in bianco. Il secondo motivo consisteva nel fatto che per il credito del Comune di Massa, estraneo alla transazione fiscale proposta e munito di privilegio inferiore ai crediti tributari in essa contemplati, era stato previsto un soddisfacimento al 100 % a fronte di un pagamento in minor percentuale dei crediti tributari e ciò in violazione dell'art. 182-ter, co. 1, l. fall.



Nelle more del deposito del decreto come sopra deliberato, la ricorrente presentava un atto integrativo della proposta concordataria, che tuttavia non veniva valutato dal Tribunale.

In data **12.9.2015** Incomarbo presentava una **nuova proposta di concordato preventivo**. Essa veniva poi **parzialmente modificata in data 19.10.2015**, in esito ai rilievi del Tribunale con cui la società veniva altresì convocata in camera di consiglio per le decisioni ai sensi dell'art. 162 l. fall. Nel medesimo contesto temporale il Pubblico Ministero presentava richiesta di fallimento.

Con **decreto e sentenza del 24.11.2015** anche tale concordato veniva dichiarato inammissibile e veniva pronunciato il fallimento di Incomarbo.

Nel decreto di inammissibilità il Tribunale riteneva che la domanda di concordato presentasse due vizi di legittimità consistenti, il primo, nella mancata considerazione del credito chirografario, pur sussidiario (in quanto gravante in via preliminare sul condebitore Incomarbo Immobiliare s.r.l.) verso Carispe, poi ceduto ad Intesa S. Paolo ed oggetto di esecuzione forzata sui beni di Incomarbo Immobiliare gravati da ipoteca a favore dell'istituto creditore; rilievo coniugato dal Tribunale con quello in ordine all'inadeguata rappresentazione del rischio correlato all'esposizione debitoria verso Banca Intesa che ne derivava.

Da altro punto di vista il Tribunale riteneva che il concordato fosse inammissibile per non avere sufficientemente esplicitato, in sede di attestazione, i rischi sottesi al contenzioso in essere, anche sotto il profilo delle spese in caso di soccombenza.

In relazione alla riconnessa sentenza dichiarativa di fallimento il Tribunale osservava che, per quanto il credito dell'istante Società Consortile Marmo Apuano a r.l. fosse contestato, vi era richiesta del Pubblico Ministero, sufficiente a sorreggere la pronuncia.

Avverso i tre provvedimenti sopra indicati (ovverosia il decreto di inammissibilità del primo concordato, il decreto di inammissibilità del secondo concordato e la sentenza dichiarativa di fallimento) veniva proposto **reclamo** da Incomarbo s.r.l., la quale insisteva, *in primis* per la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento e la remissione degli atti al Tribunale per l'ammissione del secondo concordato preventivo proposto o, in subordine, per l'ammissione del primo concordato.



Con un primo motivo di reclamo Incomarbo sosteneva che l'istanza della Società Consortile Marmo Apuano a r.l. fosse inammissibile, perché il Presidente di essa aveva agito senza autorizzazione dell'assemblea dei soci, nonostante egli, quale *ex* socio ed *ex* amministratore di Incomarbo, agisse in conflitto di interessi. Autorizzazione che, in subordine, avrebbe dovuto essere data quanto meno del Consiglio di Amministrazione. Da altro punto di vista veniva rilevato come il credito di C.M.A. fosse stato contabilizzato in sede concordataria a fini puramente cautelativi, laddove esso era contestato ed oggetto di un duplice contenzioso, in parte direttamente radicato in sede giudiziaria ed in parte ivi giunto per impugnazione di un lodo arbitrale definita in rito; contenzioso non sfociato in provvedimenti di merito favorevoli a C.M.A. D'altra parte, sosteneva la reclamante, non vi sarebbero in atti elementi idonei ad una valutazione favorevole incidentale rispetto al credito della predetta C.M.A. In conseguenza di ciò mancava una valida istanza di fallimento, in quanto il Pubblico Ministero, all'udienza, si era rimesso alle valutazioni del Tribunale, così in sostanza rinunciando alla propria iniziativa e non insistendo nella medesima.

I successivi motivi proposti da Incomarbo si fondano invece sul presupposto che l'erronea dichiarazione di inammissibilità del concordato pregiudichi, per il nesso di prevenzione che caratterizza il sistema dei rapporti tra concordato e fallimento, la dichiarazione di fallimento poi intervenuta.

Oltre a ciò e sempre in via generale, la reclamante ha sostenuto che fosse illegittima la rilevazione, rispetto alla seconda proposta di concordato ed al fine di dichiararne l'inammissibilità, di profili non rilevati rispetto alla prima proposta, senza che fossero intervenuti mutamenti di fatto o sopravvenienze normative.

Con riferimento, in punto di merito, al mancato inserimento di Banca Intesa nell'elenco dei creditori, la reclamante affermava che il Tribunale, fondando le proprie argomentazioni su una prognosi di incapienza dei beni immobili di Incomarbo Immobiliare avesse invaso un campo, quello della fattibilità economica, che gli era precluso. D'altra parte era infondato l'assunto secondo cui Banca Intesa dovesse essere ammessa al voto, in quanto essa era pur sempre titolare di una garanzia immobiliare, sebbene su beni di terzi, laddove l'art. 177, co. 2, l. fall. non prevedeva più, come era in



passato, che la prelazione insistesse su beni del debitore. Ciò posto, la reclamante sosteneva che non vi fosse ragione, né in base ai principi contabili, né in base alle regole civilistiche e fallimentari, di inserire il credito di Banca Intesa, anche tenuto conto che, in sede di integrazione successiva ai rilievi del Tribunale si era previsto il pagamento del credito chirografario dell'istituto bancario per la parte di esso che eccedeva rispetto a quanto a soddisfarsi sul ricavato dell'esecuzione forzata in corso contro Incomarbo Immobiliare.

In ogni caso Incomarbo affermava che negli atti concordatari la situazione inerente il credito predetto fosse stata pienamente rappresentata per ogni utile valutazione dei creditori.

Con un diverso motivo la reclamante sosteneva che la relazione dell'attestatore fosse sufficientemente motivata rispetto al fondo rischi ed alle condizioni delle cause in corso cui esso si riferiva.

Ulteriori difese venivano dispiegate al fine di sostenere l'infondatezza degli altri rilievi sollevati con il decreto di convocazione per la declaratoria di inammissibilità del secondo concordato e poi rimasti assorbiti nella pronuncia del Tribunale.

Con altro motivo di reclamo Incomarbo sosteneva poi che la sentenza dichiarativa di fallimento fosse illegittima anche per l'erronea declaratoria di inammissibilità della prima proposta concordataria, non essendo fondato né il rilievo in ordine alla necessità che la proposta fosse munita di apposita delibera dell'organo amministrativo, allorquando essa già vi era per la fase "in bianco", mentre in relazione all'erroneo trattamento dei crediti fiscali rispetto al credito del Comune di Massa, vi era stata modifica della proposta, nel senso propugnato dal Tribunale, che era stata depositata in cancelleria prima del deposito del decreto di inammissibilità e che in esso era stata indebitamente non considerata.

Le difese si concludevano sottolineandosi la maggiore convenienza per i creditori delle proposte concordatarie rispetto all'alternativa fallimentare.

Il reclamo veniva resistito dal Fallimento di Incomarbo s.r.l., su tutti i profili prospettati dalla reclamante, aggiungendo anche altri motivi di inammissibilità del concordato non esaminati dal Tribunale.



Si costituiva anche il Consorzio Marmo Apuano, contestando il reclamo nella parte che riguardava la propria legittimazione rispetto alla richiesta di fallimento e rimettendosi a giustizia con riferimento alle questioni di merito.

Alcuni creditori, meglio indicati in epigrafe e componenti – tre di essi – il comitato dei creditori del Fallimento Incomarbo, intervenivano in fase di gravame in adesione alle difese della reclamante, sottolineando in particolare la maggior convenienza per il ceto creditorio delle alternative concordatarie proposte.

Il Procuratore Generale trasmetteva parere scritto in cui concludeva per la reiezione del reclamo.

Svolta la discussione e concesso un primo rinvio per il deposito di documenti, in esito ad ulteriore discussione orale il procedimento veniva trattenuto in decisione.

2.

La questione sulla sussistenza di istanze per la dichiarazione di fallimento provenienti da soggetti legittimati è logicamente preliminare.

Le censure di Incomarbo s.r.l. sul punto vanno tuttavia disattese.

2.1

La richiesta del Pubblico Ministero è stata avanzata, su segnalazione dell'insolvenza da parte del Tribunale, dopo la declaratoria di inammissibilità del primo concordato.

Alla successiva udienza del 29.10.2015 il Pubblico Ministero, comparso, ha dichiarato di rimettersi alle valutazioni del Tribunale.

La Corte ritiene tuttavia che tale posizione non possa essere intesa come rinuncia alla precedente istanza.

Si deve infatti considerare che il Pubblico Ministero ha così concluso verbalizzando immediatamente dopo l'istanza del difensore della Incomarbo con cui si chiedeva che fosse esaminata preliminarmente la nuova domanda di concordato preventivo nel frattempo modificata.

Il senso di quella remissione a giustizia non era dunque quello di una rinuncia alla già formulata istanza di fallimento, ma quello che nulla ostava, per il Pubblico Ministero,



affinché il Tribunale esaminasse prima l'istanza di concordato; ferma restando l'istanza di fallimento nel caso l'alternativa concordataria fosse stata sfavorevolmente valutata dal Tribunale stesso.

Ciò anche perché una rinuncia all'istanza necessita di una prova certa, laddove la remissione alle valutazioni del Tribunale, che evidentemente contempla tra i possibili esiti anche l'ipotesi del fallimento, non può attribuirsi *tout court* un tale significato.

Il Tribunale, nel provvedere, non ha quindi agito d'ufficio, come gli è impedito dalla normativa, ma ha dato corso, in esito alla valutazione sfavorevole sul concordato, ad una delle due alternative che il Pubblico Ministero, dopo avere richiesto il fallimento, ha lasciato aperte attraverso la formula della remissione "alle valutazioni del Tribunale"; alternative consistenti appunto nell'ammissione del concordato, ove il Tribunale lo avesse ritenuto o nella dichiarazione di fallimento, ove per qualsiasi ragione il Tribunale non avesse avallato l'iniziativa concordataria.

2.2

Infondate sono peraltro anche le difese con le quali si mette in dubbio che a sorreggere la dichiarazione di fallimento potesse essere l'istanza del Consorzio Marmo.

2.2.1

Intanto non è fondata l'eccezione in ordine al fatto che il Consorzio Marmo non potesse agire in persona del presidente Andrea Bondielli, in quanto *ex* amministratore della Incomarbo s.r.l., in forte conflittualità e contenzioso con essa.

Tale ultima circostanza è indubbia, ma nulla ha a che vedere, riguardando un soggetto terzo (la Incomarbo, appunto), con il conflitto di interessi tra l'amministratore e l'ente da esso rappresentato.

Da quest'ultimo punto di vista, poi, ciò che può rilevare sono interessi propri dell'amministratore, non riconnessi ad ipotesi di mero fatto, ma giuridicamente rilevanti in quanto attinenti a ben precise situazioni soggettive che siano potenzialmente destinate ad essere privilegiate e che risultino di per sé contrarie rispetto a concomitanti situazioni soggettive societarie.

ILCASO.it



In proposito sfugge quali siano tali situazioni in specifico conflitto giuridico tra il Bondielli e l'ente da lui rappresentato.

L'intento di rivalsa o la speranza di una considerazione più benevola delle proprie responsabilità (quale *ex* amministratore della Incomarbo) da parte degli organi fallimentari, rispetto a quanto potesse derivare dalle iniziative della Incomarbo *in bonis*, ammesso che a ciò ci volesse riferire, sono in ogni caso situazioni di mero fatto, qualificabili sostanzialmente come illazioni o illustrazioni di irrilevanti moti dell'animo e comunque non individuano pretese del Bondielli nei riguardi del Consorzio Marmo o viceversa.

Tali circostanze quindi (premessi tra l'altro come non sia contestato che la facoltà di dare mandato ai difensori spettasse per Statuto al presidente dell'ente e premesso altresì che sul punto vi è stata anche ratifica da parte del consiglio di amministrazione - v. verbale del 12.2.1016, prodotto in fase di reclamo), potendo avere importanza soltanto sotto puramente ipotetici profili di opportunità inerenti il rapporto fiduciario del tutto interno all'ente, non valgono di certo a ricostruire una posizione di incapacità processuale in capo al Bondielli e, conseguentemente, di invalidità dell'azione processuale intentata dal Consorzio.

2.2.2

Non fondate sono anche le questioni in ordine all'insussistenza di crediti del Consorzio Marmo.

Nel ricorso per concordato sono riportati crediti del predetto Consorzio per euro 137.643,00.

Si prende atto che, secondo quanto allegato in sede di reclamo, ciò sarebbe avvenuto per cautela, ma si tratta di difesa poco compatibile con il fatto che nella relazione *ex* art. 161, co. 3, l. fall., proveniente da soggetto in necessaria posizione di terzietà cui è rimessa, sotto sanzione penale, l'attestazione di "veridicità" dei dati aziendali, quel credito sia parimenti riportato senza alcuna riserva.

Oltre a ciò si deve considerare che il contenzioso pendente concerne i crediti di euro 72.256,59 (già in sede arbitrale ed ora in Corte d'Appello), di euro 2.781,66 e di euro



27.816,60 (causa pendente presso il Tribunale di Massa), per un totale di euro 102.754,85, inferiore al credito riportato nel ricorso per concordato e nell'istanza di fallimento, facendosi in effetti riferimento, in quest'ultima anche ad altri atti di esercizio di pretese creditorie.

Ciò posto, poiché nella fase prefallimentare vi è cognizione incidentale sul credito ai limitati fini di verifica della legittimazione (Cass. 22 maggio 2014, n. 11421 e Cass. SS.UU. 21 gennaio 2013, n. 1521) va detto che, a fronte del predetto inserimento del credito complessivo nel passivo concordatario, con asseverazione nei termini di cui si è detto, Incomarbo non poteva limitarsi, in sede prefallimentare o anche in questa sede di reclamo ed almeno per la parte che eccede il contenzioso in essere, a sole generiche contestazioni, essendo suo onere – lo si ripete, a fronte delle altre risultanze ammissive ed asseverative di cui si è detto - specificare i motivi per cui quel credito, afferente comunque alla partecipazione ad un Consorzio che non è in sé contestata, dovesse essere ritenuto inesistente.

3.

Procedendo in ordine logico, va altresì disattesa la difesa preliminare di Incomarbo secondo cui i vizi della domanda di concordato sulla cui base è stata dichiarata l'inammissibilità della seconda proposta non avrebbero potuto più essere rilevati, perché già contenuti nella prima proposta di concordato, dichiarata inammissibile, ma per ragioni diverse.

Una tale preclusione non è infatti prevista dall'ordinamento, né può essere riportata agli effetti di un ipotetico giudicato, formandosi il giudicato di rigetto sulle ragioni che hanno fondato la pronuncia o su quanto con essa assolutamente incompatibile e non su altro (Cass. 16 maggio 2006, n. 11356) ed essendo di logica evidente che *“il giudicato non si forma, nemmeno implicitamente, sugli aspetti del rapporto che non hanno costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice, cioè di un accertamento effettivo, specifico e concreto, come accade allorquando la decisione sia stata adottata alla stregua del principio della "ragione più liquida", basandosi la soluzione della causa su una o più questioni assorbenti”* (Cass. 17 marzo 2015, n. 5264).

ILCASO.it



4.

Venendo al merito, è decisiva, rispetto all'ammissibilità del concordato, la questione inerente il creditore Carispe (*rectius*, Intesa San Paolo).

4.1

Risulta che, in esito a scissione societaria, il credito Carifi (poi Carispe ed ora e di seguito nel testo Intesa San Paolo, in forza di successive cessioni), munito di garanzia immobiliare, sia stato imputato alla nuova società Incomarbo Immobiliare s.r.l., conferitaria altresì dei corrispondenti immobili.

Carifi, in allora, manifestò tuttavia l'intento di non liberare il debitore originario Incomarbo.

E' stata quindi intentata da Intesa San Paolo esecuzione forzata immobiliare, ancora in corso, nei confronti degli *ex*-soci di Incomarbo Immobiliare (*medio tempore* cessata), al fine di realizzare il diritto sui predetti immobili ipotecati.

4.2

In diritto, dal punto di vista civilistico, la situazione che si è venuta a creare va riportata, come sostiene anche la reclamante, sul punto in linea con il Tribunale, ad un'ipotesi di accollo (a carico di Incomarbo Immobiliare) non liberatorio (per Incomarbo), regolato dall'art. 1268, co. 2, c.c.

Non convince l'assunto del Fallimento, secondo cui non vi sarebbe alcun beneficio d'ordine, stante il fatto che l'art. 2506-*quater*, u.c., c.c. non lo prevede, in quanto nulla esclude che, in concreto, la configurazione del rapporto obbligatorio consequenziale alla scissione possa seguire le linee di cui agli artt. 1273 e 1268 c.c.

Difatti l'atto di scissione di cui alle produzioni aggiuntive eseguite in sede di reclamo riporta un espresso accollo in capo alla neo-costituita Immobiliare Incomarbo s.r.l. e nelle comunicazioni di Carifi di diniego della liberazione della Incomarbo è implicita l'adesione ad esso (con gli effetti di cui all'art. 1268, co. 2, c.c.: Cass. 8 febbraio 2012, n.



1758; Cass. 24 febbraio 2010, n. 4482), pur esplicitandosi il diniego di liberazione debitore originario.

L'effetto, secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, è quello del crearsi di una solidarietà passiva, con sussidiarietà (nel senso che la richiesta va fatta prima al nuovo debitore *ex art. 1268, co. 2, c.c.*), ma senza necessità di preventiva escussione (Cass. 4482/2010, cit., Cass. 24 maggio 2004, n. 9982, fino a Cass. 6 marzo 1969, n. 734).

Si aderisce quindi alla corrispondente ricostruzione contenuta nel decreto di inammissibilità del concordato qui impugnato.

4.3

Sempre in diritto, ma dal punto di vista concorsuale, la trasposizione non può che avvenire sulla base del raccordo della configurazione di cui sopra con le norme, destinate appunto a tali dinamiche civilistiche, dalla legge fallimentare.

Non ha alcun rilievo pertanto l'insistenza delle difese di Incomarbo su regole contabili e sulla modalità di trattamento di tali evenienze in bilanci o situazioni patrimoniali. Essendo peraltro pacifico che la richiesta ad Incomarbo Immobiliare s.r.l. vi è stata, pendendo addirittura esecuzione, la situazione si presenta ormai come quella di una solidarietà semplice.

Ciò senza neppure che si debba argomentare, come fa il Fallimento, sulla possibilità di esercizio del regresso da parte del coobbligato Incomarbo Immobiliare s.r.l., risultando sul punto appaiono fondate le difese di Incomarbo secondo cui la propria solidarietà sarebbe a tutela di un interesse ormai esclusivo dell'altro coobbligato (cui con la scissione erano stati attribuiti i beni), sicché non vi è possibilità, né quindi rischio, di regresso.

Fisiologicamente, una tale situazione è destinata a comportare la partecipazione integrale al concorso del creditore, in attuazione lineare, attraverso il disposto dell'art. 61, co. 1, l. fall., della regola della solidarietà, tale per cui quel credito, non essendo stato pagato in alcuna parte prima del concordato, partecipa alla procedura per intero.

Dovendosi tenere conto, per quanto sopra detto, che il beneficio della previa richiesta è già stato osservato e dunque, per quanto occorrer possa, non vi è più alcuna condizione all'esercizio del diritto verso il coobbligato in procedura.



4.4

Incomarbo, in tutte le proprie difese ed ancora in sede di reclamo (v. pag. 24, punto 3.5. in fine), nega che Banca Intesa sia legittimata a partecipare al concorso per l'intero proprio credito e, nell'ultima modificazione della proposta, ove infine si prende in considerazione quel credito, esso è indicato in misura di 121.161,00 euro (pari alla differenza tra il credito della banca di euro 1.711.161,00 e la base d'asta dell'esecuzione immobiliare fissata in euro 1.590.000,00) da soddisfare in moneta concorsuale.

In tale ultima modifica alla proposta, la soddisfazione dei creditori chirografari destinati a concorrere con tale credito è indicata in misura del 26,6% (nel *worst case* in cui Banca Intesa riceva soddisfazione nell'esecuzione contro il coobbligato in misura pari alla prima base d'asta) o del 42,8 % (nel *best case* – ritenuto come proprio dalla proposta/piano - in cui il credito di Banca Intesa sia integralmente soddisfatto da quel procedimento).

Indicandosi genericamente come “rischio” un possibile incremento del passivo, in ragione dei concreti esiti dell'esecuzione forzata stessa

4.4.1

Presupposto dell'impostazione di Incomarbo è che Banca Intesa non partecipi al concordato con il proprio intero credito e che essa neppure sia ammessa, per tale intero credito, al voto.

Sebbene oggetto del decidere in questa sede non siano in senso stretto le questioni sul voto, il punto va affrontato, perché funzionale ad un corretto inquadramento complessivo della capacità informativa della domanda di concordato rispetto ai creditori. La ricorrente argomenta dal fatto che l'art. 177, co. 2, prima parte, l. fall., prevede *tout court* che i creditori muniti di diritti di prelazione non partecipino al voto, senza che sia stata riproposta, nella versione della norma introdotta con il d. l. 35/2005, la precisazione che la prelazione debba insistere “sui beni del debitore”, sicché dovrebbe ritenersi che anche i titolari di privilegi speciali su beni di terzi restino esclusi dal voto.

Quale che sia l'interpretazione da attribuire a tale modifica normativa, essa non può riguardare la proposta di Incomarbo.



Tale proposta non prevede infatti un pagamento integrale di Banca Intesa, ma prospetta tale ipotesi come esito di una cessione dei beni pignorati presso il terzo coobbligato pari almeno all'ammontare di tale credito.

In caso contrario prospettandosi una soddisfazione parziaria presso il terzo coobbligato ed altra soddisfazione parziaria ed in moneta concorsuale, all'interno del concordato.

Certamente non ricorre quindi l'ipotesi di cui all'art. 177, co. 2, l. fall., perché la soddisfazione integrale all'esterno del concordato è solo una possibile evenienza e non oggetto di un obbligo o di una promessa dell'imprenditore che, sul realizzo dell'esecuzione contro il terzo, non può in alcun modo interferire.

Ma neppure può dirsi che l'ipotesi si riporti a quella di cui all'art. 160, co. 2 e 177, co. 3, l. fall. e che dunque Banca Intesa partecipi al voto per la quota che, nella proposta, si pronostica resti insoddisfatta nel peggiore degli scenari ivi ipotizzati.

Affinché possa dirsi che quello sia il regime applicabile, dovrebbe potersi affermare che il caso della garanzia su beni di un coobbligato sia assimilabile a quello regolato dai citati artt. 160 co. 2 e 177 co.3, che è da riferire, evidentemente ed *in primis*, ai diritti di prelazione su beni dell'imprenditore.

Ma ciò non è, in quanto rispetto al titolare di diritti di prelazione sui beni del debitore, il sistema di cui alle predette norme, comporta la disposizione del solo diritto alla soddisfazione integrale di una parte del credito munito di prelazione, mentre il titolare di diritti di prelazione sui beni di un terzo, in una proposta come quella di specie, viene in sostanza a disporre del diritto alla solidarietà debitoria sull'intero credito dell'imprenditore in concordato, che resterebbe condizionata alla mancanza di un sufficiente realizzo verso il terzo coobbligato e limitata, verso il coobbligato in concordato, alla sola differenza tra l'ammontare del credito e quanto ricavato dalla procedura contro il terzo.

Si introduce in tale modo un condizionamento all'esercizio della solidarietà che le regole concorsuali non ammettono neppure nel caso del beneficio di escussione, visto che *ex art.* 55, co. 3, l. fall. e 169 l. fall., dovrebbe comunque considerarsi l'intero credito e procedere quanto meno in via di accantonamento.



Il fenomeno giuridico non ha nulla a che vedere con quello del pagamento dei creditori titolari di prelazione nei soli limiti del presumibile realizzo liquidatorio e dunque è fuor di luogo il richiamo ad una votazione da condurre nei termini di cui all'art. 177, co. 3, l.fall. Viceversa, disponendosi in tal caso di una qualità (diritto) che insiste sull'intero credito verso l'imprenditore in procedura, quale assicurato dall'art. 61 l. fall., in mancanza di un previo accordo con il creditore (che nel caso di specie non c'è stato, essendosi fatto riferimento solo nel corso della trattazione del reclamo ad abboccamenti con il legale della banca, comunque postumi e poi non fatti oggetto di migliori precisazioni o aggiornamenti e dunque da aversi per non definiti) il diritto di voto spetta in misura pari all'intero ammontare per il quale ricorre la solidarietà: dovendosi altresì curare, proprio perché vi è disposizione a maggioranza di un diritto esclusivo del singolo creditore, che, qualora tale credito non raggiunga il quorum del 20 % di cui all'art. 180, co. 4, l. fall., sia formata – come indicato dal Tribunale - un'apposita classe utile all'esercizio del *cram down*.

Solo osservandosi, in chiusura, che non ha rilievo il richiamo della reclamante a Cass. SS. UU. 16 febbraio 2015, n. 3022, la quale si limita a evidenziare che gli artt. 160 e 177 l. fall., dopo le riforme della legge fallimentare, non riportano più la precisazione in ordine al fatto che la prelazione riguardi i beni del debitore, mancando invece in quella pronuncia qualsiasi ulteriore argomentazione ed approfondimento sul rilievo da attribuire a tale innovazione, risultando quest'ultima estranea *ratione temporis* alla fattispecie ivi coinvolta e non necessaria rispetto alla successiva *ratio decidendi* adottata.

4.5

Ciò posto, in sostanza, il piano di Incomarbo, fondato sulle attese riconnesse all'esecuzione forzata contro il coobbligato, comporta un'aleatorietà soddisfattiva, in relazione agli effettivi esiti di tale procedimento parallelo sia per Banca Intesa (la cui necessità di soddisfazione in sede concordataria potrebbe come detto essere superiore a quella variamente pronosticata, se gli esiti dell'esecuzione fossero meno favorevoli), sia per i chirografari con essa concorrenti (che potrebbero dover dividere l'attivo concordatario loro destinato con un maggior credito di tale istituto bancario).



La definizione di un piano così impostato non può però che fondarsi su presupposti del tutto diversi da quelli prospettati, ovvero sia riconoscendo esplicitamente la partecipazione al concordato del creditore garantito dalla solidarietà per l'intero credito, in linea con il disposto dell'art. 61 l. fall., necessariamente in via chirografaria, perché nessuna prelazione vi è sui beni dell'imprenditore in concordato e quindi non può essere diversamente.

Correlativamente calcolando *in primis* la misura della soddisfazione dei creditori chirografari concorrenti con esso sulla base delle sole risorse concordatarie.

Salvo poi esporsi, in aggiunta e non in diminuzione, i probabili benefici rivenienti dall'esecuzione contro il terzo, al fine di prospettare anche gli scenari progressivamente più favorevoli che potrebbero manifestarsi.

Denegando pervicacemente la partecipazione di Intesa San Paolo al concordato per il proprio intero credito ed impostando la soddisfazione indicata per i creditori chirografari destinati a concorrere con la banca su un valore (la base d'asta della parallela esecuzione immobiliare o il valore di stima dei beni sottoposti a vendita) del tutto ipotetico, si è invece finito per costruire un impianto che risulta non solo, come detto, finalizzato ad ottenere effetti devianti sulla partecipazione al voto e potenzialmente anche sulla fase di opposizione, ma anche tale da risultare decettivo in quanto basato sulla prospettazione di un certo livello di soddisfazione, laddove, in linea con il disposto dell'art. 61 l. fall., la proposta doveva strutturarsi non sulla base di una quantificazione probabilistica della soddisfazione, ma considerando l'immanenza sul concordato dell'intero credito di Banca Intesa.

A quest'ultimo proposito non potendosi neppure fare valido riferimento al fondo di salvaguardia, atteso che l'importo di euro 90.000,00 risulta indicato per tutti i rischi, ivi comprese le cause ed i costi sopravvenuti, con genericità di previsione ed assenza di ogni analisi sul punto specifico anche nella relazione asseverativa (in riferimento a Banca Intesa, di cui in realtà l'attestatore dà *tout court* per scontata la soddisfazione integrale verso il coobbligato - v. pag. 37 della relazione 10.9.2015 – confermando poi, nella successiva integrazione, un generico giudizio di “poco probabile” per il rischio in questione) che non vale di certo a costituire corretto esercizio di informazione.



E' ben vero che, quanto meno il voto e il regime concreto della fase di opposizione non sono disponibili alla parte e permetterebbero una conduzione secondo legge da parte degli organi della procedura, in sede di successiva trattazione giudiziale.

Tuttavia, il combinarsi della netta contrarietà della proponente rispetto al regolare assetto di tali ulteriori fasi (manifestata sostenendo che non sia corretta la partecipazione al voto in misura integrale di Intesa San Paolo) con la prospettazione fuorviante di una soddisfazione dei creditori concorrenti secondo le modalità di cui si è detto, rende l'intero impianto concordatario giuridicamente inaccettabile sotto il profilo informativo, come sostenuto dal Tribunale e nelle difese del fallimento, con violazione *ab origine* dell'art. 161, co. 2 l. fall., ed in particolare delle disposizioni delle lettere c) (elenco dei creditori, che deve essere veridico e giuridicamente corretto) ed e) (modalità e tempi di adempimento della proposta, per tali intendendosi una legittima e non decettiva esposizione dell'impegno concordatario e della soddisfazione di base ad esso riconnessa, esplicitandosi come mero effetto esterno, progressivamente probabile, ma nel suo concreto realizzarsi caratterizzato da ampie ed incontrollabili varianti quantitative, imprevedibili con esattezza e sulle quali l'imprenditore in nulla può concretamente interferire, l'aumento di tale soddisfazione).

Si ha quindi violazione di norme che attengono alla legittimità informativa e di strutturazione giuridica della proposta e che non riguardano - come sostiene infondatamente la reclamante - la fattibilità economica del piano.

4.6

Quanto sopra, che ripercorre con altro taglio motivazionale la sostanza di quanto già ritenuto sul punto dal Tribunale, risulta assorbente di ogni altra questione, sicché non vi è luogo a disaminare ulteriori possibili profili di inammissibilità del concordato menzionati dal primo giudice o proposti con le difese del Fallimento.

5.

Né può accogliersi la difesa di Incomarbo secondo cui potrebbero essere ancora oggetto di disamina, attraverso il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento, le



questioni sulla cui base era stata dichiarata inammissibile la prima proposta concordataria.

5.1

Intanto, a quest'ultimo proposito si osserva che le ragioni di illegittimità sulla cui base si conferma la declaratoria di inammissibilità della seconda proposta sussistevano anche rispetto alla prima proposta, in cui il credito di Intesa San Paolo non era stato considerato neppure in parte come rientrante nell'ambito di quelli destinati a soddisfazione endoconcordataria.

Stante anche la menzionata assenza di vincoli derivanti dal mancato rilievo del vizio rispetto alla prima proposta (v. *supra*, punto 3), va da sé che la sussistenza di esso renderebbe comunque inammissibile anche l'originaria domanda di concordato.

5.2

In ogni caso ed ancor prima, la reiezione del concordato senza effetti decisori (che si hanno solo ove si neghi la sussistenza dei requisiti sostanziali di accesso – ad es. la natura di impresa commerciale fallibile - o la giurisdizione: *arg.* da Cass. 8 maggio 2014, n. 9998 e Cass. 15 gennaio 2016, n. 653), qualora non sia immediatamente seguita da sentenza dichiarativa di fallimento, esaurisce in sé i propri effetti, senza che l'originaria domanda, ormai respinta, possa assumere *ex novo* un qualche rilievo giuridico.

Ciò in quanto, per il mancare della preclusione che deriverebbe da un sopravvenuto fallimento, resta consentita la riproposizione della domanda di concordato.

Poiché il diritto di proporre il concordato, per il singolo imprenditore, è poi necessariamente unico, esso resta inscindibile in una pluralità di contestuali domande di esercizio di esso da parte del medesimo soggetto: sicché la reiezione di una proposta consente la proposizione di un'altra fino a quando non sia dichiarato il fallimento, ma non permette, nel caso di esito sfavorevole anche di tale ultima domanda, di impugnare il susseguente fallimento per ragioni afferenti ad altra precedente e già conclusa (in senso negativo) iniziativa concordataria del medesimo imprenditore.



6.

In chiusura si rileva come siano del tutto inaccoglibili le difese svolte dai creditori intervenuti, in ripresa peraltro dell'ultimo motivo di difesa già svolto dalla Incomarbo s.r.l., con riferimento al fatto che la proposta concordataria sarebbe per essi preferibile e più conveniente.

Si tratta di evenienza, quella della maggior convenienza, che è ben possibile, quanto meno a livello di proposte e prognosi, ma ciò non consente, per ragioni di legittimità destinate inevitabilmente a prevalere, di dare corso ad una proposta che si ritenga, per ragioni giuridiche, non ammissibile.

7.

Il reclamo va quindi respinto.

8.

Segue, secondo soccombenza, la condanna della reclamante a rifondere le spese del grado a favore delle parti resistenti.

Soccombenti, rispetto al fallimento, sono anche i creditori intervenuti in adesione al reclamo (Cass. 23 febbraio 2007, n. 4213) e dunque va disposta, ai sensi del vigente art. 92 c.p.c. (in assenza anche di una *“assoluta novità della questione trattata”*, atteso che l'estraneità del tema della convenienza rispetto a quello della legittima strutturazione della domanda – profilo cui attengono essenzialmente le difese svolte con l'intervento predetto, per il resto contenendo un mero rinvio al reclamo – non è certamente tale) la loro condanna alle spese. La posizione marginale e vicaria delle difese dispiegate dagli intervenuti giustifica peraltro il contenimento, nei loro riguardi, sui parametri minimi di tariffa.

P.Q.M.

respinge

il reclamo proposto da Incomarbo s.r.l.;

condanna



Incomarbo s.r.l. a rifondere al Fallimento Incomarbo s.r.l. ed alla Società Consortile Consorzio Marmo Apuano a r.l. le spese della fase di reclamo che liquida, quanto al Fallimento, in euro 10.000,00 e, quanto alla Società Consortile, in euro 3.500,00, oltre spese generali, iva e cpa;

condanna

gli intervenuti a rifondere al Fallimento Incomarbo s.r.l. le spese della fase di reclamo, che liquida in euro 2.350,00, oltre spese generali, iva e cpa.

Sussistono a carico della reclamante Incomarbo s.r.l. i presupposti per il raddoppio del contributo unificato, ex art.1, comma 17, L. n. 228/2012.

Genova, 21.4.2016

Il cons. relatore
Roberto Bellè

Il Presidente
Margherita Zuccolini

IL CASO.it

