

Chiusura del concordato preventivo e fallimento successivo

Tribunale Napoli Nord, 29 aprile 2016. Pres. Caria – Est. Arminio Salvatore Rabuano

Concordato preventivo – Omologazione – Pendenza della procedura dopo il decreto – Insussistenza

Il vigente art. 181 l. fall. stabilisce che la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione. Ciò significa che, una volta pronunciata l'omologazione, non può più parlarsi di pendenza della procedura di concordato preventivo.

Concordato preventivo – Omologazione – Fallimento successivo – Condizioni di ammissibilità

Il sistema normativo ricostruito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha confermato la possibilità giuridica, ossia in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione e, quindi, anche in assenza di risoluzione [o annullamento], di dichiarare il fallimento dopo l'omologa del concordato nel caso in cui risulti, tramite una valutazione ex post e in concreto svolta dal tribunale in sede di giudizio prefallimentare e in eventuale antitesi rispetto al giudizio ex ante e in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l'accordo non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato.

(Massime a cura di Luca Caravella – Riproduzione riservata)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NAPOLI NORD
III sezione civile

Riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

Dott. E. Caria	Presidente
Dott.A.S. Rabuano	Giudice est.
Dott.ssa M. G. Lamonica	Giudice

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Oggetto: sentenza dichiarativa di fallimento

Nei procedimenti riuniti recanti i seguenti n. R.G. pre-fall. 196/14 , 307/14 e 308/14 su ricorsi presentati da:
omissis

FATTI RILEVANTI

E

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.Procedura di concordato preventivo e giudizio prefallimentare.

1.1.Procedura di concordato preventivo.

In data 10.10.2011 la E. Italia s.p.a. depositava presso il tribunale di Santa Maria Capua Vetere ricorso ex artt. 160 ss. r.d. 267/42 per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Il tribunale con decreto del 23.11.2011 dichiarava aperta al procedura di concordato preventivo della E. Italia s.p.a. designando giudice delegato il dott. Scoppa e Commissario giudiziale il Prof. M. C. con fissazione dell'adunanza dei creditori per il giorno 13.1.2012.

In data 10.01.2012 il commissario giudiziale depositava la relazione ai sensi degli artt. 172 e 173 R.D. 267/42 con la quale esprimeva parere negativo rispetto alla fattibilità del piano concordatario e segnalava l'esistenza dei presupposti previsti dall'art. 173 R.D. 267/42 per la revoca del provvedimento di apertura della procedura concordataria.

Il tribunale con decreto del 10.01.2012 fissava l'udienza del 27.01.2012 per la revoca dell'ammissione che era rinviata d'ufficio all'1.02.2012.

La società E. Italia s.p.a. procedeva alla modifica della proposta concordataria con il ricorso depositato in data 12.01.2012, con dichiarazioni verbalizzate nel corso dell'udienza del 13.01.2012, con il ricorso depositato in data 23.01.2012 e con atto depositato in data 30.01.2012.

In data 27.01.2012 il commissario giudiziale depositava la propria relazione con la quale riteneva superati i rilievi di inammissibilità.

Nel corso dell'udienza dell'1.02.2012 il tribunale di Santa Maria Capua Vetere, preso atto della relazione e delle conclusioni del commissario giudiziale, disponeva il non luogo a procedere sulla istanza di revoca dell'ammissione e fissava per il voto l'adunanza del 23.02.2012.

Il collegio rileva, nell'esaminare il testo definitivo del piano e della proposta formata da E. s.p.a. (cfr. pag. 26 e ss. del ricorso del 10.10.11, pag. 59 e ss. piano 23.01.2012) che era stata programmata la liquidazione, la cui attività era riservata sin dalla fase endoconcordataria alla stessa società proponente, di determinati elementi patrimoniali e finanziari e la prosecuzione dell'impresa con la previsione del soddisfacimento del ceto creditorio tramite le risorse economiche derivante dalle predette operazioni.

Elementi essenziali per la esatta individuazione del piano e conseguentemente della proposta sono: 1)la previsione nel programma concordatario dell'attività di liquidazione; 2)l'oggetto della proposta che prevedeva il soddisfacimento delle pretese economiche dei creditori non tramite la datio in solutum consistente nel trasferimento agli stessi della proprietà degli elementi dell'attivo patrimoniale ma tramite il pagamento, nelle percentuali indicate, con il denaro derivante, in parte, dalla liquidazione degli elementi patrimoniali e finanziari della società E. s.p.a. e, in parte, dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

In sintesi, il piano e la proposta prevedevano:

- 1.liquidazione parziale del patrimonio della società E. Italia s.p.a.;
- 2.pagamento delle spese dirette di procedura, stimate nel piano in euro 1.000.000;

- 3.suddivisione dei creditori concordatari in dieci classi per posizione giuridica e interessi economici omogenei, con pagamento in misura differenziata a seconda della classe di appartenenza;
- 4.trasferimento alla gestione concordataria, a incremento della massa attiva destinata al soddisfacimento dei creditori, dell'intero capitale della società Itaca s.p.a., in cui la E. Italia s.p.a. deteneva una partecipazione pari al 42% con impegno sottoscritto da tutti i soci della suddetta società e subordinato risolutivamente alla sola omologa del concordato;
- 5.liberazione della proponente E. Italia s.p.a. dai debiti concordatari con l'esecuzione del concordato;
- 6.ristrutturazione dell'azienda con prosecuzione senza soluzione di continuità dell'attività di impresa;
- 7.trasferimento dalla gestione concordataria, a incremento della massa attiva destinata al soddisfacimento dei creditori, della somma di euro 5.000.000 rinveniente dalla continuazione della impresa. Il versamento era previsto in quattro rate annuali di pari importo scadenti a partire dal 31.12.2015;
- 8.mantenimento del contratto di leasing immobiliare relativo al complesso sito in Cinisello Balsamo in capo alla gestione corrente in prosecuzione con contestuale riconoscimento della somma di euro 2.500.000 a favore della massa attiva destinata al soddisfacimento dei creditori, nonché del maggior realizzo eventualmente ricavato dalla liquidazione della relativa attività. Il versamento era previsto in quattro rate annuali di pari importo scadenti a partire dal 31.12.2015;
- 9.mantenimento a carico della gestione corrente di una parte del passivo antecedente al decreto di ammissione alla procedura, costituito da obbligazioni di varia natura (debiti privilegiati verso dipendenti, verso enti previdenziali, acconti ricevuti di clienti ecc.) il cui regolare soddisfacimento era reputato indispensabile per la prosecuzione dell'attività d'impresa. I crediti indicati nel piano come "in prosecuzione" non erano stati inclusi in nessuna classe concordataria essendo destinati ad essere soddisfatti mediante risorse esterne alla massa concordataria;
- 10.realizzazione del piano entro un termine massimo di sette anni dal provvedimento di omologazione;
- 11.disponibilità della E. a modificare il proprio organo di controllo interno (collegio sindacale) mediante la sostituzione di uno dei tre membri che lo componevano con un professionista indicato dal tribunale. La proposta concordataria otteneva la maggioranza dei consensi dei creditori votanti in tutte le classi e anche per massa complessiva dei crediti, quindi, il tribunale con decreto 9-10.05.2012 omologava il concordato.

1.2.Giudizio prefallimentare.

Con ricorso depositato in data 12.06.14, la società E. Italia s.p.a. domandava al tribunale di Santa Maria Capua Vetere dichiararsi il proprio fallimento, in particolare, come ribadito nel corso dell'udienza del 29.03.2016 innanzi al tribunale di Napoli Nord, essa chiariva che con il concordato era prevista una fase in continuità e una fase liquidatoria nella gestione dell'impresa e che il ricorso di apertura della procedura concorsuale di liquidazione giudiziale doveva riguardare E. quale unico soggetto giuridico.

Il tribunale di Santa Maria Capua Vetere con ordinanza dichiarava il proprio difetto di competenza e trasmetteva gli atti al tribunale di Napoli Nord rilevando che la E. s.p.a. aveva la propria sede legale in Orta di

Atella, comune situato nel circondario di Napoli Nord precisando che la procedura di concordato preventivo si era formalmente conclusa con l'omologazione dell'accordo in data 10 maggio 2012.

Il tribunale di Napoli Nord con decreto del 28 maggio 2014 con la seguente motivazione: *“Nel caso di specie in particolare, di fronte al denunciato inadempimento del concordato da parte del debitore, l'accoglibilità o inaccoglibilità dell'istanza di fallimento, alla luce del suddetto principio, presuppone in via astratta una preliminare decisione in ordine all'eventuale risoluzione (o annullamento) del concordato (anche alla luce del fatto che esso prevede per garantire parte delle fonti del fabbisogno concordatario la continuità aziendale della società e non il suo fallimento) decisione alla quale può procedere nel caso che ci occupa solamente il tribunale rimettente. Essendo quest'ultimo stato correttamente adito con la domanda di concordato (e art. 161 LF, avendo la E. Italia s.p.a. sede in Orta di Atella, comune che prima dell'entrata in funzione del tribunale di Napoli Nord -13 settembre 2013- rientrava nel circondario del tribunale di Santa Maria C.V.) e stante il richiamato interesse dei creditori alla concentrazione delle procedure”* disponeva ai sensi dell'art. 45 c.p.c. la remissione dei fascicoli alla Corte Suprema di Cassazione per l'indicazione del giudice competente a giudicare sul ricorso.

La Corte di Cassazione con ordinanza 2695/16 nel precisare che *“L'art. 181 legge fallim., come sostituito dall'art. 2 comma 1 lett. i), d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005 n. 80, stabilisce che “la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione”. Ciò significa che una volta pronunciata l'omologazione non può più parlarsi di pendenza della procedura di concordato preventivo. Conseguentemente non può trovare applicazione, nella fattispecie in esame, il principio di unicità della procedura concorsuale: principio effettivamente affermato da questa Corte nei precedenti richiamati dal Tribunale di Napoli Nord (Cass. 15440/2011, 8152/1997, 3269/1996, 3064/1994) ma con riguardo alla necessaria individuazione di un solo giudice competente allorché, appunto, pendano contemporaneamente due procedure concorsuali anche di diversa natura (Cass. 15440/2011 e 8152/1997, cit., riguardano la pendenza di procedura fallimentare e procedura di ammissione al concordato preventivo; Cass. 3269/1996 la pendenza di fallimento e concordato preventivo non ancora omologato)”* dichiarava la competenza del tribunale di Napoli Nord.

MOTIVAZIONE

1. Ricorso di fallimento.

Con il ricorso presentato ai sensi dell'art. 6 L.F. E. Italia s.p.a. ha domandato dichiararsi il proprio fallimento precisando, nel corso dell'udienza del 29.03.2016 che *“il proposto auto fallimento seppur afferente ai rapporti e alle risorse alla gestione in prosecuzione tenendo conto che è afferente a un unico soggetto giuridico in relazione al quale vi è unicamente una contabilità separata, come il ricorso di auto fallimento sia giuridicamente riferibile alla società nella sua globalità e fermo restando, per come anche rilevato dall'avv. Corvino codifensore della società ricorrente, l'impatto della dichiarazione di fallimento rispetto al concordato in fase liquidatoria, riferibile pur in assenza di risoluzione dello stesso ad una unica società”*.

Il ricorso di fallimento è stato presentato anche dai seguenti creditori le cui pretese economiche non sono state contestate dalla *omissis*.

2. Ammissibilità del ricorso di fallimento e della dichiarazione di fallimento senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo.

Il collegio ritiene ammissibile la dichiarazione di fallimento senza la previa risoluzione del concordato preventivo omologato.

Si deve osservare, preliminarmente, che sotto il profilo dell'esame storico della legislazione sul concordato preventivo è stata sostenuta sempre la tesi che ammetteva la dichiarazione di fallimento dopo l'omologazione del concordato e nella relativa fase esecutiva.

2.1. L'art. 34 L. 1903 n. 197 prevedeva che *"1. Non è ammessa domanda di risoluzione del concordato per suo inadempimento. 2. Tuttavia se dopo escussi i fideiussori ed sperimentate le altre garanzie costituite, il concordato non sia completamente eseguito, ciascun creditore può chiedere la dichiarazione di fallimento del debitore inadempiente. 3. Dichiarato il fallimento, si applica la disposizione dei due ultimi alinea dell'articolo precedente"*.

La relazione Bolaffio (pag. 67) evidenziava: *"È in ossequio al conseguimento della uguaglianza dei creditori, fondamento di ogni giudizio concorsuale, che il progetto non ammette la risoluzione del concordato per suo inadempimento. La cessazione della procedura con la scelta della definizione amichevole in luogo della liquidazione forzata è avvenuta per tutti e deve quindi rimaner ferma o venir meno di fronte a tutti. L'indole processuale dell'istituto giustifica questa soluzione, ed esclude vi si applichino i principi delle obbligazioni contrattuali, e più precisamente la condizione risolutiva tacita. Accogliendo il principio del cod. di comm. Patrio, che concede la risoluzione del concordato nell'interesse individuale di chi lo domanda (art. 843) si disconosce il carattere collettivo del concordato e si crea la disuguaglianza tra i creditori. Si distrugge in sostanza ciò che a mezzo del concordato si è ottenuto! L'ammettere poi a risoluzione generale del concordato, ove concorra a chiederla la stessa maggioranza necessaria a deliberarlo, è disconoscere l'indole coattiva del concordato anche pei creditori dissenzienti ormai vincolati dalla deliberazione omologata dall'assemblea; è rendere impossibile la domanda collettiva, se il debitore, sia pure in buona fede, ha disinteressato tanti creditori quanti bastano perché i rimanenti non raggiungano la maggioranza"*

Si precisava, inoltre, che il principale movente del legislatore di eliminare la risoluzione del concordato preventivo per il suo inadempimento era di impedire che *"in seguito a tale evento, i creditori si ritenessero svincolati dalla comunione concordataria, concedendo così, a profitto dei più solleciti e meno scrupolosi (vigilanti bus, non dormienti bus, iura succurrunt!) libera mano agli acquisti di diritti di proprietà, legalizzati dalla colpa del debitore"*. Si voleva escludere una soluzione di continuità con la conseguenza che *"la comunione creditoria manteneva i suoi effetti anche nell'interregno, e cioè fra l'inadempimento verificatosi e il suo accertamento a mezzo della dichiarazione di fallimento, con l'implicita necessaria revocazione delle immunità fallimentare. L'interferenza di una pronuncia di risoluzione, non solo è superflua, ma dannosa, appunto perché interrompe la provvida continuità della comunione dei creditori sorta dall'apertura del giudizio di concordato preventivo"*.

Peraltro, si precisava che l'art. 7 della legge sul concordato preventivo nel prevedere il divieto di intraprendere atti di esecuzione forzata fino a che

la sentenza d'omologazione del concordato fosse definitivamente esecutiva limitava questo divieto alla fase di pendenza della procedura riconoscendo ai creditori, implicitamente, dopo l'omologazione e in caso di inadempimento alle prescrizioni concordatarie del debitore, il diritto, nei limiti delle loro pretese conformate con l'accordo giudiziale, di agire esecutivamente.

Si richiamava la relazione Bolaffio che specificava la funzione della norma che era quella di *“impedire ogni atto giudiziale che diminuisca la sostanza del debitore e modifichi la condizione rispettiva dei creditori”*, quindi, si osservava in letteratura che essa *“non ha più nessuna ragione di essere quando quella sostanza è stata constatata ed è stata fissata la condizione rispettiva dei creditori”*.

Tale interpretazione dell'art. 7 cit. tuttavia non era condivisa unanimemente in dottrina, invero, alcuni autori sostenevano che il divieto previsto dalla disposizione in esame si protraeva fino alla completa esecuzione della procedura concordataria, fase in cui il rispetto del principio della par condicio creditorum non permetteva ad alcuno di essi di riscuotere il proprio credito con pregiudizio degli altri sul patrimonio del comune debitore, con il riconoscimento, ai sensi dell'art. 34 cit., ai singoli creditori del diritto di richiedere il fallimento del commerciante dissestato garantendo, tra l'apertura della procedura di concordato preventivo e il fallimento, la continuità della *“comunione dei creditori”* e la par condicio creditorum.

Era affermata autorevolmente in dottrina anche l'opinione secondo cui la dichiarazione di fallimento determinava (come precisato dallo stesso autore che sosteneva tale tesi *“per via storta”* ammettendo implicitamente la forzatura ermeneutica) la risoluzione del concordato, rilevandosi che l'art. 20 della legge del 1903 stabiliva che quando il concordato preventivo non era omologato si dichiarava il fallimento con la conseguenza che nel caso in cui fosse dichiarato il fallimento sarebbe caduto il concordato.

Si precisava, quindi, che l'art. 34 cit. doveva essere interpretato nel senso che non era ammesso che un creditore potesse ottenere la risoluzione del proprio accordo isolatamente dagli altri e senza che per conseguenza si aprisse il fallimento.

2.2.L'art. 24 della legge del 1930 n. 995 alinea 5 disponeva: *“Dalla data dell'omologazione del concordato da parte del tribunale, anche quando contro la sentenza di omologazione sia proposto gravame, decorrono i termini fissati nel concordato per la esecuzione degli obblighi assunti. Alle scadenze stabilite per i pagamenti, se il giudizio sia tuttora pendente, le somme dovute debbono essere depositate presso un istituto di credito designato dal giudice delegato. Si applica al concordato preventivo la prima parte dell'art. 18 della presente legge. Con la sentenza che risolve il concordato il tribunale dichiara il fallimento. È abrogato l'art 34 della legge 24 maggio 1903 n. 197”*.

Sotto l'imperio della normativa in esame si sosteneva autorevolmente in dottrina che l'azione di risoluzione, contro il concordatario per l'inadempimento o inesatto adempimento delle obbligazioni scaturenti dal concordato preventivo, era un nuovo e distinto potere facoltativo di ciascun creditore che, tuttavia, non escludeva altri diritti e, in particolare, il primo e principale diritto consistente nell'esercitare l'azione contrattuale, nascente dal concordato, diretta all'esatto adempimento del medesimo nell'interesse collettivo della massa creditoria, ossia a

conseguire la percentuale stabilita. Si riconosceva l'azione esecutiva per l'adempimento delle obbligazioni che costituivano *"l'effetto più logico e naturale"* dell'efficacia obbligatoria del concordato.

Si osservava, inoltre, che il fallimento, seguendo al concordato preventivo, senza ledere alcun diritto del debitore lasciava salva la par condicio creditorum.

Peraltro, in letteratura, si sosteneva che la sentenza di omologazione era una condicio iuris sospensiva per la eseguibilità del concordato e che l'inadempimento era condizione risolutiva dello stesso concordato.

Si riconosceva che a carico del concordatario potesse esser dichiarato un secondo fallimento senza che fosse stato annullato o risolto il concordato preventivo anteriore anche tramite l'interpretazione analogica dell'ultimo comma dell'art. 845 del codice del commercio del 1882 c.c. che, in tema di concordato fallimentare, espressamente prevedeva che: *"Le disposizioni di questo articolo si applicano anche nel caso che sia dichiarato un secondo fallimento senza che sia stato annullato o risolto il concordato anteriore"*

Questa disposizione fondava la tesi della configurabilità sul piano concettuale di una nuova insolvenza successiva all'omologa del concordato fallimentare che giustificava una nuova dichiarazione di fallimento.

Inoltre, sulla base dell'art. 857 co. 1 n. 3 del codice del commercio che prevedeva come reato l'omessa presentazione della dichiarazione di cui all'art. 686 entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti da parte del debitore, si riconosceva il potere dello stesso commerciante, nel caso in cui rilevasse l'impossibilità di adempiere le obbligazioni contratte in virtù del concordato, di domandare la dichiarazione del proprio fallimento al fine di evitare le esecuzioni individuali dei creditori.

2.3.L'art. 186 R.D. 267/42 nel suo testo originario prevedeva: *"1.Si applicano al concordato preventivo le disposizioni degli artt. 137 e 138, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale.2.Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'art. 160 comma secondo n. 2 questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento.3.Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento"*.

La disposizione in esame era interpretata in dottrina nel senso che perfezionatosi il concordato il fallimento poteva dichiararsi solo tramite la risoluzione che doveva domandarsi al tribunale entro il termine di un anno dall'ultimo adempimento. Tuttavia, si precisava, che decorso il termine per la risoluzione del concordato il tribunale poteva dichiarare il fallimento in ragione di una nuova insolvenza verificatasi in occasione di una nuova attività commerciale o della prosecuzione o riattivazione di quella precedente. Il dissesto, eliminato con il concordato preventivo, non poteva provocare l'apertura del processo fallimentare salva la risoluzione perché l'eventuale inadempimento delle obbligazioni concordatarie, decorso l'anno, non potevano considerarsi come manifestazioni di insolvenza prevista dall'art. 5 L.F. che doveva essere posta in relazione ad un'attività commerciale laddove, nel caso di non assolvimento degli obblighi di concordato si trattava di mancato soddisfacimento di obbligazioni derivanti da un provvedimento giudiziale e quindi di una situazione non parificabile alla insolvenza.

2.4. Il testo attuale dell'art. 186 R.D. 267/42, sostituito dall'[art. 17, comma 1, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169](#), a decorrere dal 1° gennaio 2008 ha eliminato l'ultimo comma secondo cui con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento.

Il tribunale osserva che la riforma dettata dal [D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5](#) modificando gli artt. [6](#) e [147](#) della [legge fallimentare](#), nella parte in cui prevedevano la dichiarazione di fallimento d'ufficio, aveva tacitamente abrogato, per incompatibilità, le altre disposizioni della [legge fallimentare](#) che, nella formulazione successiva al citato [D.Lgs. n. 5 del 2006](#) ma anteriore al cd. decreto correttivo, D.Lgs. n. 169 del 2006, prevedevano ancora la dichiarazione d'ufficio del fallimento (cfr. Cass. n. 20757/2012 con specifico riferimento all' [art. 186 L. Fall.](#), Cass. 12 agosto 2009, n. 18236 e Cass. 2 aprile 2010, n. 8186, con riferimento alle ipotesi di cui agli [artt. 162 e 163 L. Fall.](#), nonché Cass. 10 aprile 2012, n. 5657 con riferimento all' [art. 173 L. Fall.](#)).

L'art. 186 L. Fall, nella sua formulazione originaria prevedeva una dichiarazione d'ufficio.

L'abrogazione espressa della dichiarazione di fallimento d'ufficio ad opera del decreto correttivo n. 169/2007, che ha riscritto l' [art. 186 L. Fall.](#), ha valore meramente ricognitivo di una abrogazione implicita che è stata indotta nel precedente testo dell'articolo dal [D.Lgs. n. 5 del 2006](#), che ha riformulato l'[art. 6 L. Fall.](#) in modo da rendere incompatibile la sopravvivenza dell'istituto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo e che ha perciò superato il disarmonico vecchio testo normativo divenuto incoerente sia con la abrogazione dell'istituto della dichiarazione di fallimento d'ufficio sia con il mutamento dei presupposti della procedura di concordato preventivo potendo questa essere aperta anche in presenza di uno stato di crisi.

Con riferimento al testo attuale delle norme della legge fallimentare, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 184, 186 L.F. si evince che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto con il quale il tribunale ha disposto l'apertura della procedura, vincolo che può essere sciolto solo in conseguenza della sentenza con la quale è disposta la risoluzione o l'annullamento del concordato.

L'art. 184 L.F. non prevede come corollario dell'effetto esdebitatorio del concordato preventivo la limitazione dei diritti del creditore di ottenere, in caso di inadempimento del debitore, la realizzazione coattiva degli obblighi assunti e di agire esecutivamente, sia in forma individuale sia in forma collettiva, per la realizzazione della propria pretesa come conformata con il concordato.

Le disposizioni in esame non stabiliscono espressamente, in assenza di risoluzione, il divieto di dichiarare il fallimento dell'imprenditore nel caso in cui, nella fase esecutiva del concordato, si manifesti l'incapacità di pagare i debiti anteriori al concordato ovvero insorga una nuova insolvenza per incapacità di pagare i debiti contratti dopo l'apertura della procedura e l'omologa dello stesso concordato.

L'art. 168 della legge fall. peraltro fissa il divieto per i creditori concorsuali di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo sia divenuto definitivo (cfr. Cass. 6166/03).

Lo scopo del divieto fissato dalla disposizione in parola è di evitare, nella fase di perfezionamento del concordato, la disgregazione del patrimonio

del debitore e di assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di parità del concorso nell'eventualità che al concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento.

Occorre osservare, inoltre, che con il decreto di omologazione, che può essere pronunciata soltanto dopo una serie di valutazioni positive da parte del tribunale la situazione dei creditori muta radicalmente.

Il concordato, infatti, diviene obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura (art. 184 legge fall.) e deve essere eseguito secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione (arg. ex art. 185 legge, fall).

Diventano operative le prescrizioni previste con il concordato e il legislatore tutela i creditori attribuendo al commissario giudiziale il potere di sorveglianza sull'adempimento del concordato (art. 185 legge fall.) imponendogli di riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori stessi.

Se il debitore non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione il tribunale pronuncia, su istanza dei soggetti legittimati, la risoluzione e, se sussistono i presupposti processuali e sostanziali, dichiara il fallimento del debitore.

Si osserva, inoltre, che dopo l'omologazione del concordato, come esposto in dottrina, non può affermarsi, in caso di impossibilità dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni, che il concordato preventivo abbia "rimosso" lo stato d'insolvenza e, comunque, non preclude che possa verificarsi una nuova insolvenza.

Lo stesso orientamento è seguito dalla Corte Costituzionale con la sentenza 2004/106 secondo cui: *"Il giudice rimettente - premesso che il vincolo nascente dal concordato omologato continua a sussistere, qualora non sia stata tempestivamente chiesta la sua risoluzione e questa non sia stata pronunciata, nei confronti di tutti i creditori anteriori al decreto di ammissione al concordato, abbiano o non, costoro, partecipato alla procedura e ne abbiano, oppure non, avuto notizia, e premesso, altresì, che "la mancata risoluzione del concordato ne rende ancora possibile l'attuazione e importa la permanenza dell'accordo transattivo tra debitore e creditori" - osserva che è per tale ragione che "gli artt. 137 e 186 del R.D. n. 267 del 1942 indicano come unico strumento di riapertura del fallimento (per il concordato fallimentare) o di dichiarazione di fallimento (per il concordato preventivo) la pronuncia tempestiva di risoluzione"; sicché il creditore pretermesso dalla procedura di concordato subirebbe - per non averne potuto chiedere tempestivamente la risoluzione - un deteriore trattamento, lesivo anche del suo diritto di difesa, rispetto al creditore che abbia avuto notizia del concordato, e che, quindi, ne abbia potuto chiedere tempestivamente la risoluzione, in quanto gli sarebbe preclusa la possibilità di instare per il fallimento del suo debitore nel caso di inadempimento. Osserva la Corte che, se la premessa dalla quale muove il rimettente è certamente corretta ed è condivisa dall'unanime dottrina e giurisprudenza, altrettanto certo è che la conseguenza trattata - e cioè che la dichiarazione di fallimento presuppone in ogni caso, quando si tratti di insolvenza relativa ad obbligazioni anteriori al concordato, la risoluzione di quest'ultimo - non è necessitata dal tenore delle norme; indubbio è, poi, come risulta dai pochissimi precedenti (di merito) citati, che non può parlarsi in proposito di "diritto vivente", tanto più se si considera che la dottrina dominante sostiene l'opposta soluzione. In*

effetti, la lettera delle norme sospettate di incostituzionalità è inequivoca nel sancire, da un lato, che "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato" (art. 184 del R.D. n. 267 del 1942) e, dall'altro lato, che tale obbligatorio può venire meno solo a seguito della risoluzione o dell'annullamento, in quanto "con la sentenza che risolve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento" (art. 186 del R.D. n. 267 del 1942); dichiarazione che retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e che determina, ovviamente, l'ammissione al passivo dei crediti anteriori per l'intero loro ammontare e non già nella misura "falcidiata" dal concordato. La tesi, pertanto, secondo la quale l'assenza della risoluzione del concordato impedirebbe non soltanto tale dichiarazione di fallimento "in consecuzione", ma anche una autonoma dichiarazione di fallimento - la quale, ferma l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura, prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa - non è affatto imposta dalla legge (e, tanto meno, dal "diritto vivente"), bensì è frutto di una interpretazione che privilegia un - rispettabile ma opinabile - profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente "quella" insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all' art. 5 del R.D. n. 267 del 1942, ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura. È del tutto evidente che il giudice rimettente - investito, ex art. 18 del R.D. n. 267 del 1942, della questione della legittimità della dichiarazione di fallimento - ben potrebbe, e dovrebbe, adottare una interpretazione conforme a Costituzione in luogo di quella "sistematica" che egli ritiene confliggente con le evocate norme costituzionali; sicché, ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, dovrebbe verificare se l'inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi dell' art. 5 del R.D. n. 267 del 1942, e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento".

Pertanto, seguendo l'insegnamento della Consulta, il collegio rileva che le norme costituzionali di cui agli artt. 2, 24 Cost. consentono di affermare che nella fase esecutiva del concordato i creditori hanno il diritto, scaduti i termini per l'adempimento, di agire per ottenere l'esecuzione delle prestazioni oggetto degli obblighi concordatari e di esperire, per la tutela delle proprie pretese economiche, l'azione esecutiva individuale e collettiva.

Sotto il profilo economico, inoltre, si deve rilevare che nel corso del concordato l'impresa continua a esistere e possono sempre verificarsi circostanze che determinano l'impossibilità di realizzare le previsioni del concordato e la conseguente impossibilità di soddisfare le pretese, sia pure conformate con la procedura concordataria, dei creditori.

Il collegio osserva, inoltre, che la compatibilità tra concordato preventivo omologato e dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale concorsuale sia confermato dall'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione a sezioni unite con la sentenza 2015 n. 9935 la quale ha affermato che "In pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, il fallimento

dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del pubblico ministero, può essere dichiarato soltanto quando ricorrono gli eventi previsti dalla *L. Fall.*, artt. 162, 173, 179 e 180, e cioè, rispettivamente, quando la domanda di concordato sia stata dichiarata inammissibile, quando sia stata revocata l'ammissione alla procedura, quando la proposta di concordato non sia stata approvata e quando, all'esito del giudizio di omologazione, sia stato respinto il concordato; la dichiarazione di fallimento, peraltro, non sussistendo un rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra le procedure, non è esclusa durante le eventuali fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo", pertanto, implicitamente è stata ammessa la dichiarazione di fallimento dopo l'omologa, quando, ai sensi dell'art. 181 la stessa procedura sia stata definita con il decreto di omologa (cfr. Cassazione che con ordinanza n. 2695/16 riconoscendo la competenza del tribunale di Napoli Nord sull'istanza di fallimento presentata da E. Italia s.p.a. ha affermato "L'art. 181 legge fallim. Come sostituito dall'art. 2 comma 1, lett. i), d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005 n. 80 stabilisce che la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione. Ciò significa che, una volta pronunciata l'omologazione, non può più parlarsi di pendenza della procedura di concordato preventivo").

Si deve rilevare che è coerente con il sistema normativo ricostruito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la possibilità giuridica di dichiarare il fallimento dopo l'omologa del concordato nel caso in cui risulti, tramite una valutazione *ex post* e in concreto svolta dal tribunale in sede di giudizio prefallimentare e in eventuale antitesi rispetto al giudizio *ex ante* e in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l'accordo non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato.

Permane, nella fase esecutiva del concordato, l'obbligo ai sensi dell'art. 217 co. 1 n. 4 L.F. dell'imprenditore di richiedere la dichiarazione del proprio fallimento per evitare di aggravare il dissesto la cui violazione è sanzionata con la pena della reclusione.

Neppure può sostenersi che ammettendo la dichiarazione di fallimento su ricorso di un singolo creditore, titolare di pretese di limitato ammontare, si consenta allo stesso di tenere comportamenti di *hold out* in danno della maggioranza dei creditori e si attribuisca allo stesso il potere di eludere il disposto dell'art. 180 co. 4 L.F. e ottenere, dopo l'omologa del concordato, la pronuncia di apertura della procedura fallimentare.

Invero, il creditore che presenta istanza di fallimento ovvero il debitore dovranno allegare e dimostrare che nonostante la conformazione tramite il concordato dei rapporti obbligatori tra imprenditore e propri creditori permanga o sia sopravvenuta la situazione di insolvenza del debitore.

In conclusione, è coerente con l'attuale sistema normativo, che ricollega all'omologa dell' "accordo" tra l'imprenditore-debitore e i propri creditori l'effetto esdebitatorio, riconoscere ai creditori, in applicazione degli artt. 2, 24 Cost e in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione, il diritto di agire, nella fase di esecuzione dello stesso concordato, per realizzare le loro pretese.

3.Presupposti soggettivi per la dichiarazione di fallimento.

Il ricorso di fallimento presentato dalla società E. Italia s.p.a. e dai dipendenti della stessa è fondato.

Le istanze riguardano la E. Italia s.p.a. quale unico soggetto giuridico titolare dell'impresa come evidenziato nel corso dell'udienza del 29.03.2016 dallo stesso debitore secondo cui *“il proposto auto fallimento seppur afferente ai rapporti e alle risorse alla gestione in prosecuzione tenendo conto che è afferente a un unico soggetto giuridico in relazione al quale vi è unicamente una contabilità separata, come il ricorso di auto fallimento sia giuridicamente riferibile alla società nella sua globalità e fermo restando, per come anche rilevato dall'avv. Corvino codifensore della società ricorrente, l'impatto della dichiarazione di fallimento rispetto al concordato in fase liquidatoria, riferibile pur in assenza di risoluzione dello stesso ad una unica società”*.

Sussistono i limiti dimensionali di cui all'art. 1 co. 2 L.F. atteso che, nel corso del triennio antecedente il deposito dell'istanza ex art. 6 L.F., la E. Italia s.p.a. ha superato i requisiti dimensionali fissati dalla legge.

4. Stato di insolvenza della E. Italia s.p.a.

Sussiste lo stato di insolvenza della società E. Italia s.p.a.

La società istante per l'autofallimento precisava le origini dello stato di insolvenza deducendo che *“Per effetto della apertura della procedura di concordato il modello di gestione commerciale è stato caratterizzato da: 1) obbligo di dover effettuare acquisti senza l'ordinaria dilazione dei pagamenti delle forniture e conseguenziale vincolo ad effettuare acquisti con pagamenti pronto cassa; 2) conseguente difficoltà ad acquistare i volumi di merci necessari per sostenere la domanda da parte della clientela, e spesso impossibilità di rifornirsi attraverso i tradizionali canali di approvvigionamento; 3) perdita di competitività dell'offerta aziendale a seguito del drastico minore assortimento dei punti di vendita; ciò ha comportato un sostanzioso calo delle vendite nonché una significativa contrazione della marginalità media. Tale modello è stato reso ancor più oneroso ed inefficiente in considerazione del fatto che sino alla data di Omologazione (maggio 2012) tutti i fornitori primari non hanno sottoscritto alcun accordo commerciale ed, anche intervenuta l'omologazione, molti di essi hanno deciso di aspettare la chiusura dell'anno prima di procedere alla definizione di nuovi accordi. Tale stato di cose, in estrema sintesi, ha fortemente inciso sulla capacità dell'impresa di adeguatamente reagire anche e soprattutto in una fase di congiuntura economica certamente non favorevole. Tali eventi parzialmente giustificano i risultati economici assolutamente insoddisfacenti nonché la lenta ripresa dei fatturati che ancora oggi risultano del tutto insoddisfacenti. Le perdite sono state generate fondamentalmente da due fattori negativi: fatturato e marginalità. Ma, soprattutto, le perdite sono nate dalla esigenza sopportata dalla Gestione in prosecuzione del mantenimento in vita dei Punti di vendita successivamente dismessi dalla Liquidazione con ricavo a vantaggio della massa dei creditori. Il ricavo delle liquidazioni effettuate dal Liquidatore e dal commissario, di circa euro 4.800.000 è fronteggiato da costi a carico della Gestione in Prosecuzione non inferiori ad euro 7.000.000. la necessità di mantenere le percentuali promesse ai creditori nella Liquidazione ha portato ad un impoverimento della Prosecuzione. La crisi della Gestione in Prosecuzione non si sarebbe avuta se nella parte liquidatoria del concordato fossero state promesse ai creditori percentuali inferiori.*

Inoltre, la gestione in prosecuzione ha pagato buona parte dei creditori privilegiati per un importo non inferiore ad euro 3.000.000”.

Lo stato di insolvenza della E. Italia s.p.a emerge anche dall'inadempimento delle obbligazioni nei confronti dei dipendenti istanti per il fallimento.

P. Q. M.

Visti gli artt. 1, 5, 6, 9, 15, 16 e 17 L. Fall.;

DICHIARA

Il fallimento di:

E. Italia s.p.a. in liquidazione, in persona del r.l.p.t., C.F. 02663091219 con sede in Orta di Atella, via R. Murolo n. 3;

ORDINA

Che il curatore proceda, secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, all'immediata apposizione dei sigilli su tutti i beni mobili che si trovino presso la sede principale dell'impresa nonché su tutti gli altri beni dei falliti, ovunque essi si trovino, a norma dell'art. 84 della legge fallimentare;

NOMINA

Giudice delegato il dr.

NOMINA

In ragione della particolare complessità della procedura fallimentare con riguardo sia all'acquisizione e alla liquidazione dell'attivo sia all'accertamento del passivo, il seguente collegio di curatori;
omissis

ORDINA

Al legale rappresentante della società fallita di depositare in cancelleria, entro tre giorni, i bilanci, le scritture fiscali e contabili obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori;

STABILISCE

Che l'adunanza dei creditori e l'esame dello stato passivo dinanzi al Giudice Delegato, avverrà il giorno 11.10.2016 ore 15.00;

ASSEGNA

Ai creditori ed ai terzi che vantino diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di giorni 30 prima dell'adunanza di cui sopra, per la presentazione delle domande di insinuazione, da inviare a mezzo PEC all'indirizzo del curatore, con l'annessa documentazione, in formato PDF;

DISPONE

Che a cura della cancelleria siano eseguite le formalità di cui all'art. 17 L. Fall.

Così deciso in Aversa, 13 aprile 2016.

Il giudice est.

Dott. A. S. Rabuano

Il Presidente
Dott. E. Caria