



1181.18

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

C I

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

ANTONIO DIDONE

Presidente

Concordato
preventivo - fusione
per incorporazione -
attestazione -
modalità

FRANCESCO A. GENOVESE

Consigliere

Ud. 25/10/2017 PU

MASSIMO FERRO

Consigliere

Cron. *lisi*

R.G.N. 20483/2014

FRANCESCO TERRUSI

Consigliere - Rel.

ALDO ANGELO DOLMETTA

Consigliere

SENTENZA

sul ricorso 20483/2014 proposto da:

Fallimento Comauto S.p.a., in persona del Curatore dott.ssa Paola Lorenzetti, elettivamente domiciliato in Roma, Via Filippo Corridoni n.25, presso lo studio dell'avvocato Gratteri Luca, che lo rappresenta e difende, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

724
2017

Comauto S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma Viale G. Mazzini n.142, presso lo studio dell'avvocato Misiani Claudio, rappresentata e difesa dagli avvocati De Benedictis Marco, Spadaro Marco, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

nonchè contro

Bottaro Giampiero, Gallaro Francesco, L'Automobile Club Siracusa (A.C.I.), Trovato Bartolomeo, Uccello Paolo,

- intimati -

avverso la sentenza n. 1087/2014 della CORTE D'APPELLO di CATANIA, depositata il 18/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/10/2017 dal cons. FRANCESCO TERRUSI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per l'accoglimento del secondo motivo di ricorso;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato Luca Gratteri che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

uditi, per la controricorrente, gli Avvocati Marco De Benedictis e Marco Spadaro che hanno chiesto il rigetto.

Fatti di causa

La corte d'appello di Catania, con sentenza in data 18-7-2014, notificata il 4-8-2014, annullava la sentenza dichiarativa del fallimento di Comauto s.p.a. e rimetteva le parti dinanzi al tribunale

di Siracusa per la prosecuzione della procedura di concordato preventivo.

Per quanto ancora rileva, la corte d'appello non riteneva ostativo alla fattibilità giuridica del concordato lo schema prescelto dalla proponente, incentrato sulla cessione liquidatoria di tutte le attività, ivi compreso un complesso immobiliare in parte di proprietà di una società terza datrice di ipoteca, Cumara s.r.l., controllata da Comauto al 90 % e da incorporare in conseguenza di una prospettata fusione.

La curatela del fallimento ha proposto ricorso per cassazione deducendo due motivi.

La Comauto s.p.a. ha replicato con controricorso.

Non hanno svolto difese i creditori istanti.

La ricorrente e la società Comauto hanno infine depositato memorie.

Ragioni della decisione

1. La difesa della resistente, nella memoria ex art. 378 cod. proc. civ., ha proposto diverse eccezioni, ma, contrariamente a quanto eccepito, debbono essere nella specie ravvisati tanto la legittimazione, quanto l'interesse al ricorso in capo alla curatela del fallimento. Difatti, questa Corte ha già enunciato il principio (ribadito anche da Cass. Sez. U n. 1418-12, richiamata nel controricorso) per il quale è ordinariamente ammissibile il ricorso per cassazione proposto dal curatore avverso la sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento, in quanto il fallimento viene meno, con la conseguente decadenza dei suoi organi, soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza di revoca.

E' ovvio che resta sempre salva la verifica, nel singolo caso, dell'esistenza dell'interesse dello stesso curatore ad agire o a

contraddire (come con formula tralaticia precisato nelle ulteriormente citate Cass. n. 4632-09 e n. 4707-11, ambedue pronunciate in fattispecie assoggettate alla disciplina di cui al d.lgs. n. 5 del 2006).

Ma questo rileva in termini consonanti a tutte le ordinarie azioni e impugnazioni, secondo i principi dettati dall'art. 100 cod. proc. civ. Donde rimarcare tale circostanza a niente serve, dal momento che non risultano in concreto prospettati fatti dai quali potersi desumere il venir meno dell'interesse ordinariamente discendente dalla revoca della sentenza di fallimento.

Invero l'esigenza di certezza giuridica espressa nel generale principio di conservazione degli effetti degli atti legalmente compiuti nelle procedure concorsuali - ricavabile già dall'art. 21, primo comma, legge fall., testo originario, e oggi riprodotto nel vigente art. 18, quindicesimo comma - comporta che, in relazione alla costituzione dei rapporti processuali attinenti ai soggetti sottoposti a tali procedure, l'apertura delle stesse, con la nomina dei loro organi sulla base di un provvedimento formalmente idoneo, e la immissione di questi nel possesso e nella gestione del patrimonio, integrano complessivamente un "fatto giuridico" di per sé idoneo a radicare la legittimazione processuale, attiva e passiva, di detti organi in relazione ai rapporti giuridici che ne formano oggetto; ciò a prescindere dalla validità intrinseca del predetto provvedimento e finché questo non venga rimosso o annullato con pronuncia giurisdizionale passata in giudicato, la quale renda non più perseguibile la procedura con efficacia *ex nunc* (cfr. Cass. Sez. U n. 27346-09).

Deve quindi procedersi alla disamina delle censure consegnate ai singoli motivi.

2. Col primo motivo la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 160, 161 e 162 legge fall. e omessa o insufficiente valutazione di una situazione di fatto decisiva, censura la sentenza per aver mancato di cogliere la principale ragione di inammissibilità della proposta di concordato, costituita dal fatto che era stata prevista la fusione per incorporazione della società Cumara nella società controllante Comauto, richiedente il concordato, con apporto di un immobile, da parte della incorporata, sul quale era stata iscritta un'ipoteca a garanzia di debiti della controllante. In tal guisa l'unico immobile di Cumara era stato pignorato da Unicredit s.p.a., creditore ipotecario, e tale vicenda - vale a dire l'esercizio dell'azione esecutiva individuale sui beni dell'incorporanda - non era stata presa in considerazione né dall'attestazione del professionista né dalla sentenza emessa in sede di reclamo.

3. La censura, incentrata sull'aver la sentenza mancato di svolgere un effettivo controllo sulla congruità della relazione degli attestatori, è fondata.

3.1. Deve osservarsi che, diversamente da quanto (ancora) eccepito dalla difesa di Comauto, la doglianza della curatela fallimentare non si infrange col nuovo testo dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., poiché è tesa a denunciare l'omessa disamina di un fatto storico potenzialmente decisivo in vista del sindacato di fattibilità giuridica della proposta e del piano concordatario.

Ciò è in sintonia con quanto affermato da questa Corte a proposito dell'attuale confine della censura motivazionale (v. Cass. Sez. U n. 8053-14), per le conseguenze che ne derivano in termini di corretta applicazione delle norme giuridiche coinvolte nel procedimento inferenziale di sussunzione.

Il fatto storico, indicato nel primo motivo di ricorso, attiene alla evenienza della vendita coattiva del bene di proprietà di Cumara s.r.l., logicamente conseguente al pignoramento che si dice eseguito (e sulla cui effettività non v'è contrasto tra le parti) dal creditore ipotecario. L'evenienza anzidetta – si sostiene – non era stata presa in esame dalle attestazioni.

3.2. Ora un simile fatto possiede indubbia rilevanza, giacché è pacifico che la proposta, accompagnata dalle più volte integrate relazioni di cui all'art. 161 legge fall., era stata nelle distinte versioni sempre basata sulla liquidazione del complesso immobiliare in un unico contesto, col supporto attuativo di un'operazione di fusione tra le società proprietarie - la controllata Cumara e la controllante Comauto -, e col fine di destinare il ricavato della vendita (unitaria) al soddisfacimento dei creditori di questa seconda società.

La legge (art. 2504-bis cod. civ.) connette gli effetti della fusione all'espletamento delle formalità pubblicitarie, con le note conseguenze sul piano dell'imputazione dei rapporti e con l'esito dell'accentramento del patrimonio sulla società incorporante.

Ciò è conforme alle caratteristiche dell'operazione come vicenda evolutivo-modificativa del soggetto giuridico in un nuovo assetto organizzativo (v. per le fusioni successive alla riforma del 2003, Cass. n. 3820-13, Cass. n. 12119-17, entrambe nel solco della precisazione offerta da Cass. Sez. U n. 19698-10,)), ma implica anche che i beni restano infine aggregati nel patrimonio dell'incorporante con tutti i pesi che anteriormente li gravavano, e con la soggezione alle procedure esecutive in atto.

L'esecuzione individuale, introdotta col pignoramento operato dal creditore ipotecario della società incorporanda prima dell'operazione straordinaria che si sarebbe dovuta eseguire

nell'ottica concordataria, ha avuto a oggetto (ovviamente) un bene di proprietà di quella società, che aveva assunto la posizione del terzo datore di ipoteca per i debiti di Comauto. Dunque non era impedita dall'effetto protettivo di cui all'art. 168 legge fall., essendo questo effetto limitato al patrimonio del debitore (Comauto) proponente il concordato.

3.3. Altra è invece la questione che è stata prospettata dalla resistente Comauto nella già menzionata memoria ex art. 378 cod. proc. civ., e che fa leva sull'avere la società Cumara presentato a sua volta, nelle more del giudizio di cassazione, una domanda prenotativa di concordato preventivo.

Codesta prospettazione potrebbe avere una sua rilevanza in vista della concreta incidenza effettuale della carenza attestativa sopra detta, ma gli è che si palesa incentrata su un fatto nuovo e sopravvenuto, insondabile in questa sede per i noti limiti cognitivi del giudizio di legittimità. Per cui è semmai anche attorno a tale fatto che dovrà essere svolta una coerente disamina da parte del giudice del rinvio. Elemento essenziale resta in vero che il corrispondente profilo problematico dell'incidenza dell'esecuzione individuale sui beni della società incorporanda, per quanto sottolineato dal tribunale di Siracusa in stretta correlazione con le asserite carenze dell'attestazione del professionista, non è stato considerato punto dalla sentenza impugnata. E una simile manchevolezza non consente di riscontrare in nome di quale specifico criterio sia stata affermata la fattibilità giuridica del piano concordatario, volta che tale piano - ancora si ripete - prevedeva la vendita, in unico contesto, e a scopo di soddisfacimento dei creditori della proponente, di un complesso immobiliare composto da beni anche di proprietà di un terzo, al momento già pignorati da uno dei suoi creditori individuali.

4. Col secondo motivo, la curatela denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2740, 2501-ter, 2504-bis e 2505-bis cod. civ., nonché degli artt. 162, 184 e 111 legge fall., e l'omessa o insufficiente valutazione di una situazione di fatto decisiva, per avere la corte d'appello illogicamente risolto l'ulteriore problema discendente dalla prospettata fusione, stante che i creditori dell'incorporanda – tra i quali era appunto annoverabile Unicredit s.p.a., con rango ipotecario per oltre tre milioni di euro - all'esito dell'aggregazione patrimoniale non sarebbero stati incisi dalla falcidia.

Sostiene la ricorrente che, nella diversa prospettiva avallata dalla corte distrettuale, i creditori di Cumara, società maggiormente patrimonializzata rispetto alla Comauto, si sarebbero trovati a concorrere, invece, con i creditori di Comauto, su un patrimonio unico non più capiente.

5. Nei sensi che seguono, anche il secondo motivo è fondato.

5.1. Dal ricorso emerge che il tribunale aveva tra l'altro sottolineato, quanto alla riferita articolazione della proposta e del piano, che a fronte del voto favorevole dei creditori concordatari era rimasta infine "inascoltata" la platea dei creditori dell'altra società che si sarebbe venuta a fondere.

Tale considerazione era stata fatta dal tribunale, per quel che dal ricorso risulta, a ulteriore riprova delle carenze dell'attestazione.

La corte d'appello, valutando la relazione come immune da criticità, ha esaurito la questione in un duplice modo.

Da un lato, ha ritenuto che l'esigenza di tutela dei creditori dell'incorporanda Cumara fosse stata rappresentata dal tribunale "in linea meramente teorica", senza "riscontro fattuale", poiché la consistenza del passivo della società incorporata era tale « da far venir meno la necessità di far luogo – agli effetti della fattibilità

giuridica del concordato – alla indicazione di “un piano di rientro delle passività del terzo (..)” », che si sarebbero poi inesorabilmente confuse con quelle della proponente; e ciò in ragione della specifica posizione dei creditori di Cumara, per un ammontare complessivo di circa 150.000,00 euro, uno dei quali, di maggior consistenza, avente rango privilegiato coperto dall’iscrizione ipotecaria sull’immobile.

Dall’altro, ha osservato che in ogni caso la posizione dei creditori di Cumara, di numero e consistenza non significativa, poteva trovare tutela nell’ambito del procedimento di fusione, in base all’esercizio del diritto di opposizione.

5.2. Sennonché così argomentando l’impugnata sentenza non appare aver centrato il punto rilevante, giacché la fusione per incorporazione costituiva un elemento essenziale per l’attuazione del concordato, e tuttavia, con la confusione dei patrimoni, avrebbe imposto ai creditori dell’incorporata di concorrere con quelli dell’incorporante.

Anche qui va precisato che la memoria depositata dalla resistente va leva su un fatto nuovo, costituito dall’asserita circostanza che la fusione sarebbe stata, senza opposizioni, *medio tempore* deliberata dalla stessa società incorporanda.

Ma neppure questa circostanza, giustappunto asserita e non ammessa dalla controparte, può essere apprezzata dalla Corte, attesi i già sottolineati limiti della sua cognizione.

Donde i fatti condizionanti il giudizio da svolgere in questa sede di legittimità restano, infine, quelli emergenti dalla sentenza.

5.3. Ora il contesto patrimoniale delle due società era, proprio in base alla sentenza, asimmetrico, attesa la incontrovertita maggiore patrimonializzazione dell’incorporanda; e secondo il tribunale

l'attestazione di fattibilità era stata assunta senza previamente ascoltare la platea dei creditori di questa.

Poiché in ordine a tale profilo niente di diverso risulta dalla decisione resa in sede di reclamo, non è razionale concludere che l'aggregazione dell'unico bene dell'incorporanda sarebbe stata comunque idonea a mantenere una prospettiva di soddisfacimento dei creditori accertati.

Tale rilievo, praticamente teso a sostenere l'equivalenza delle condizioni, o, come dice la sentenza, la non alterazione della massa patrimoniale destinata al soddisfacimento dei creditori, rimane apodittico ove si consideri che, in termini generali, la fusione può pregiudicare la posizione dei creditori delle società partecipanti proprio perché, attuata la fusione, tutti concorrono sull'unico patrimonio risultante dall'unificazione.

5.4. La motivazione della corte territoriale è poi anche contraddittoria a misura della pur rilevata possibilità di opposizione alla fusione da parte dei creditori dell'incorporanda.

Al tal riguardo, la mancanza di precedenti di questa Corte induce a puntualizzare che codesta possibilità imponeva alla corte d'appello di affrontare la questione della idoneità delle attestazioni di cui all'art. 161 legge fall.

Diversamente da quanto obiettato dalla controricorrente, la posizione dei creditori di Cumara non era irrilevante ai fini dell'ammissibilità della proposta, attesa la maggiore solidità patrimoniale di questa società. E in linea generale è un fatto che gli interessi dei creditori della società incorporanda possono minare il giudizio di fattibilità giuridica del concordato, nella misura in cui sono appunto presidiati dalla disciplina societaria e dalla facoltà di fare

opposizione alla fusione. L'opposizione possiede invero effetto sospensivo del procedimento per tutte le società partecipanti.

Non giova che – come pur si dice nel controricorso - i creditori di Cumara fossero esposti al concorso con i creditori di Comauto per garanzie fideiussorie prestate (se ben si comprende) da Cumara in favore della controllante. Tale circostanza, peraltro non riscontrata in sentenza, nulla toglie al fatto che la platea dei creditori di Cumara era rimasta, in base al decreto del tribunale dichiarativo dell'inammissibilità del concordato, "inascoltata".

Ora in base all'art. 2503 cod. civ. la fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502-bis, salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione di cui all'art. 2501-ter, terzo comma.

Il rispetto di questo termine non è necessario ove consti il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso o il deposito delle somme corrispondenti presso una banca.

In mera alternativa è previsto dalla disciplina societaria che la relazione degli esperti (art. 2501-sexies) sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori.

Con il che, se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori possono fare opposizione nel suddetto termine di sessanta giorni, con effetto automaticamente sospensivo della fusione, e salva l'applicazione dell'art. 2445 ult. comma, cod. civ.

5.5. A tale complesso di regole era (ed è) soggetta la fattispecie che qui rileva, dal momento che, per il caso di operazioni

straordinarie (trasformazione, fusione o scissione), il regime giuridico attuale non contempla, a differenza di quanto per il futuro stabilito dalla legge delega per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che l'opposizione dei creditori possa essere proposta unicamente nella sede del controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria.

Da qui la fondamentale conseguenza di doversi infine risolvere il coordinamento tra le previsioni normative nel contesto del regime di diritto societario, oggi saldamente attestato sull'art. 2503 cod. civ.

La posizione assunta dai creditori di Cumara poteva quindi da questo punto di vista condizionare la fattibilità in concreto di un concordato del tipo di quello in esame, incentrato su un'ipotesi di fusione tra società diversamente patrimonializzate. E proprio questo rendeva decisivo stabilire se e come la platea di quei creditori, in grado di impedire gli effetti della fusione, fosse stata considerata nell'attestazione.

Su tale questione l'impugnata sentenza, che pur ha ritenuto la completezza della relazione degli attestatori, non offre alcun serio elemento valutativo, così da risultarne minato il giudizio finale di concreta realizzabilità della prospettazione formulata nel piano concordatario.

6. In conclusione, la sentenza va cassata sotto entrambi i profili.

Segue il rinvio alla medesima corte d'appello di Catania la quale, in diversa composizione, rinnoverà l'esame attenendosi ai principi di diritto esposti.

La corte d'appello provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

p.q.m.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello di Catania.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 25 ottobre 2017.

Il Consigliere estensore
[Handwritten signature]

Il Presidente
[Handwritten signature]

