

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI
Prima Sezione Civile

riunita in camera di consiglio in persona dei magistrati:

- | | |
|---------------------------------|----------------------------|
| - dr.ssa Maria Rosaria Cultrera | - Presidente - |
| - dr.ssa Marianna Lopiano | - Consigliere - |
| - dr. Pasquale Serrao d'Aquino | - Consigliere - Relatore - |

sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 13.1. 2016, ha deliberato la presente

SENTENZA

nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento del Tribunale di Torre Annunziata n. 35/2015 del 26/06/2015, depositata in cancelleria in data 25/06/2015, notificata il 03/02/2014 ed avverso il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo n. 10/2014 (Tribunale di Torre Annunziata) del 25/06/2015, depositato in data 25/06/2015,

La "**BATTILORO Forniture Elettriche Generali S.r.l.**" (di seguito anche "BATTILORO" o "ricorrente"), avente sede in Torre del Greco (NA) alla via Cavallerizzi n. 51/F, codice fiscale e numero d'iscrizione al Registro delle Imprese della CCIAA di Napoli 01819660638, partita I.V.A. 01271911214, in persona del proprio amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore* Sig. Giampiero Battiloro, nato a Torre del Greco (NA), il 05/06/1965 ed ivi domiciliato alla via Cavallerizzi n. 41, codice fiscale: BTT GPR 65H05 L259V, rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Iannace (codice fiscale NNCCLR77005A783B), giusta mandato in calce del ricorso ex art. 161 L.F., avvcarloiannace@puntopec.it - fax 0824 29270, di seguito anche solo Battiloro S.r.l.;

PARTE RECLAMANTE

Contro

La **Curatela del Fallimento Battiloro Forniture Elettriche Generali S.r.l. n. 35/2015**, in persona del curatore nominato Dott. Domenico De Falco con studio in Boscoreale (NA) alla via Matteotti n. 10, PEC: tanf352015@procedurepec.it, fax 081 8581848,



PARTE RECLAMATA

nonché contro

La **Società Giosy's Bright S.r.l.**, C.F. e P.Iva 02267610612 con sede in Roma (RM) al Viale Liegi n. 42 - cap 00198 - Numero REA RM 131.8723, in persona del legale rappresentante pro tempore Sig. Sasso Giuseppe, nato ad Alife (CE) il 18/03/1952 - C.F. SSSGPP52C18A200I, rappresentata e difesa dall'Avv. Valentina Pelliccia, (C.F. PLLVNT76D50C495R) unitamente alla quale elettivamente domicilia in Napoli (cap 80138) al Corso Umberto I n. 284 - PEC: pellicciavalentina@legalmail.i,

PARTE RECLAMATA

ed, inoltre

La **Società Assel s.c.a.r.l.**, PI 03247681210, in persona del legale rappresentante Giuseppe Coppola, domiciliato per la carica presso la sede della società in Casalnuovo di Napoli, via Nazionale delle Puglie Km 134, elettivamente domiciliato in Napoli al Centro Direzionale Isola E 4, presso lo studio dell'Avv. Virginia Paone C.F. PNAVGN74E67F839L, - pec.virginiapaone@avvocatinapoli.legalmail.it e fax 081 265918

PARTE RECLAMATA

Svolgimento del processo e motivi della decisione

- I. Può richiamarsi la corretta esposizione dei fatti processuali operata da parte reclamante:
1. pendente innanzi al Tribunale di Torre Annunziata ricorso di fallimento in danno alla proponente ad opera della società Giosy's Bright Srl, la Battiloro depositava ricorso ex art. 161 LF contenente il piano e la proposta di concordato corredata di tutta la documentazione richiesta *ex lege*;
 2. il Tribunale, rilevato che il ricorso ex art. 160 LF era stato presentato nel contesto di una procedura prefallimentare e che la documentazione a corredo soddisfaceva le condizioni prescritte dagli artt. 160 e 161 LF, emetteva provvedimento di sospensione del ricorso di fallimento e dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo proposta dalla Battiloro Srl;
 3. la ricorrente depositava tempestivamente la somma di € 50.000,00



- (cinquantamila/00), pari al 50% delle spese di giustizia indicate dal Tribunale;
4. nella proposta si prevedeva il pagamento integrale dei creditori privilegiati, ed una percentuale pari al 20,54% dei creditori chirografari, con prospettiva per questi ultimi, con l'instaurare di contenziosi nei confronti degli istituti di credito, di un pagamento del 35,47% il pagamento integrale delle spese di giustizia prospettate in € 80.000,00.
 5. i termini di pagamento venivano individuati per le date del 31/03/2016 e/o fino al 31/08/2018. La proposta prevedeva la cessione dei beni di proprietà e la riscossione dei crediti aziendali.
 6. con propria relazione il commissario nominato, dott. Domenico De Falco esprimeva parere favorevole al piano di concordato ed alla proposta presentata della ricorrente.
 7. all'adunanza dei creditori per la votazione da parte dei creditori, si riscontrava il voto favorevole della maggioranza dei creditori ammessi.
 8. con decreto emesso dal Tribunale di Torre Annunziata – Gruppo B della Sezione Civile emesso in data 29/04/2015, e depositato il 04/05/2015, il Collegio ammetteva il voto del fideiussore Gaio Carmela e non ammetteva, per l'intero, il credito relativo alla Banca BCP e MPS statuendo: *"rilevato che il presente concordato risulta essere stato approvato e che, pertanto, deve darsi corso alla procedura, P.Q.M. letto l'art. 180 L.F. fissa innanzi al dott. Palessandolo la relativa udienza per il 28/05/2015, ore 12:00..."*.
 9. con reclamo ex art. 67 la società Assel si opponeva alla richiesta di omologazione del concordato deducendo, in estrema sintesi, l'illegittimità del voto del fideiussore.
 10. con memoria difensiva in opposizione all'omologa del concordato ex art. 180 L.F., secondo comma, la Giosy's Bright si opponeva all'omologazione del concordato proposto dalla Battiloro dolendosi del fatto che era stata ammessa alla votazione anche la Sig.ra Gaio Carmela, fideiussore della Battiloro, che intervenuta a mezzo del delegato dott. Mario Iengo, esprimeva voto favorevole.
 11. con decreto del 25 giugno 2015 il Tribunale di Torre Annunziata, in composizione collegiale, respingeva il concordato proposto dalla società Battiloro statuendo, con un unico motivo, che il fideiussore del debitore (proponente nel concordato preventivo) non escusso non possa essere ammesso al voto.
 12. con sentenza n. 36 del 25 giugno 2015, il Tribunale di Torre Annunziata dichiarava il fallimento della Battiloro S.r.l.
- I.2. Proposto tempestivo reclamo da parte della fallita, si sono costituiti i reclamati epigrafi, curatore e creditori della società reclamante, chiedendo il rigetto del reclamo.
- II. Ciò premesso, deve osservarsi che il reclamo, avente ad oggetto la sentenza di fallimento



ed il decreto di revoca dell'ammissione al concordato preventivo epigrafati, si sostanzia in un unico motivo con il quale la parte lamenta l'erronea esclusione dalla partecipazione al voto dei fideiussori, anche se non ancora escussi (Battiloro Giampiero, Gaio Carmela, Autiero Flavia) sulla scorta dei seguenti argomenti:

- l'art. 174 l.f. prevede il diritto di intervento dei coobbligati in via di regresso, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso;
- il concordato incide sul patrimonio del fideiussore, in quanto la sua azione di regresso subisce la medesima falcidia degli altri creditori;
- l'art. 168 l.f. preclude anche al fideiussore di agire in giudizio e di proporre azioni esecutive;
- i creditori insoddisfatti per il pagamento solo percentuale dei loro crediti in sede di concordato possono rivalersi sul fideiussore, ma questi non può esercitare né l'azione di regresso ai sensi dell'art. 1299 e 1950 c.c., né far valere in surroga i diritti del creditore ex art. 1949 e 1203 c.c.;
- il credito dei fideiussori è già esistente alla data del decreto di ammissione, perché già scaduto;
- in ogni caso dovrebbero essere ammessi anche i crediti condizionali (art. 55, ult. comma e 169 l.f.);
- il legislatore ammette che possano votare soggetti che potrebbero essere privi della qualità di creditore dopo la votazione come i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva. (art. 127 l.f.) ed i titolari di crediti oggetto di contestazione (art. 176 l.f.)
- il fideiussore titolare di un diritto di pegno o d'ipoteca a garanzia dell'azione di regresso, partecipa al voto *anche se non escusso* come si desume da gli artt. 169 l.f. e 63 l.f., La tesi della reclamante è infondata.

III: La Corte osserva che la partecipazione al voto del fideiussore nel concordato preventivo è controversa in dottrina ed in giurisprudenza.

L'art. 174 l.f. testualmente prevede solo che i coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso partecipino all'adunanza dei creditori ("*possono intervenire anche i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso*");

Parte della giurisprudenza (Trib. Ariano Irpino 24 aprile 2013, in www.ilcaso.it, I, 8925; Trib. Bergamo, 20 febbraio 2014, in www.ilcaso.it, I, 10282, anche un precedente di questa



stessa Corte, App. Napoli, Sez. I civ., 15 luglio 2011) , e la dottrina minoritaria riconoscono al fideiussore il diritto di voto affermando che, (a) in base agli artt. 169 e 55 l.fall., il debito del debitore principale ed il debito del fideiussore devono ritenersi scaduti al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese della domanda di concordato. Ne consegue che il fideiussore è pertanto costretto a soddisfare per l'intero il creditore garantito; pertanto, non solo ha il diritto di insinuarsi al passivo fallimentare, ma deve (necessariamente) avere anche il diritto di votare nel concordato.

(b) Aggiungono che il fideiussore, non potendo agire esecutivamente verso il debitore, subisce gli effetti dell'ammissione del debitore principale alla procedura di concordato preventivo, non potendo certo esso agire esecutivamente nei confronti dello stesso (anche qualora già pagato il creditore garantito) e rimanendo comunque soggetto alla falcidia concordataria per quanto riguarda l'eventuale credito di regresso o di rivalsa, per cui va riconosciuto il diritto di voto del fideiussore.

(c) Ancora, il fideiussore deve votare in quanto la legittimazione al voto spetta a tutti i creditori concorsuali ed i coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso, pur in mancanza dell'escussione, possono essere qualificati come creditori "concorsuali".

(d) Specificamente il fideiussore - creditore ipotecario (inseriti nell'elenco dei creditori privilegiati ex art. 161 l.fall., in quanto titolare di iscrizione ipotecaria sui beni immobili del debitore) è chiaramente ammesso al concorso con i creditori e come tale, vota, sebbene - come tutti i creditori privilegiati - possa essere ammesso al voto solo in caso di rinuncia al privilegio o nei limiti della quota non soddisfatta del credito (art. 177, commi 2 e 3, l.fall.).

Altra parte della giurisprudenza (Trib. Bergamo Decreto, 20 febbraio 2014; Trib. Padova 7 luglio 2014, in www.ilcaso.it, I, 10853. Trib. Avellino Decreto, 30 maggio 2014, Fallimento, 2015, 3, 343 e la prevalente dottrina), invece, ritengono che i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso, pur potendo partecipare all'adunanza, non siano legittimati al voto se non abbiano subito l'escussione e pagato il debito garantito, e ciò in quanto:

(a) sia l'art. 174 che l'art. 177 l.f. prevedono espressamente solo un diritto di intervento del fideiussore sul piano informativo, escludendolo dal piano deliberativo-

(b) fino al momento del pagamento, il fideiussore non diventa creditore del debitore ammesso a procedura di concordato preventivo, così da non poter essere ammesso al voto; a



supporto di questa conclusione; in proposito si ricorda che i fideiussori che non abbiano provveduto al pagamento del creditore principale non possono essere ammessi con riserva al passivo del fallimento del debitore fallito, quali creditori condizionali ex art. 55, comma 3, l.fall.:

(c) come sottolinea parte della giurisprudenza e della dottrina, vi è un concreto rischio di una duplicazione o moltiplicazione di voti in relazione allo stesso credito (quello del creditore garantito e quello dei fideiussori, coobbligati e obbligati in via di regresso).

Il fideiussore, inoltre, può essere ammesso al voto solo in sostituzione del creditore principale, quando sia stato escusso. Solo in tal caso, non essendo ammesso l'originario creditore, per effetto dell'estinzione del suo credito; egli vota, quindi, quando è divenuto creditore effettivo del debitore principale: non vi è, pertanto, duplicazione, ma sostituzione nel voto, senza pregiudizio per gli altri creditori.

Tali aspetti appaiono dirimenti rispetto al riconoscimento della qualità di creditore condizionale al fideiussore non escusso, pur riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità (così Cass. Sez. 1, n. 3439 del 10/07/1978: *"Il fideiussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale, per il combinato disposto degli artt 61, comma secondo e 55 comma terzo legge fallimentare, è considerato creditore condizionale per quanto attiene all'eventuale esercizio delle azioni di regresso nei confronti del debitore fallito, onde va ammesso al concorso dei creditori con riserva, la quale potrà ritenersi sciolta soltanto se e quando si sia verificato l'integrale soddisfacimento (ex parte creditoris e non debitoris) delle ragioni del creditore nel corso della procedura fallimentare"*; (conf. Sez. 1, n. 7222 del 12/07/1990, conf. Sez. 1, n. 6355 del 27/06/1998).

Ancora, non è un ostacolo neppure il fatto che, ai sensi dell'art. 63 l.f. il fideiussore - creditore ipotecario sia considerato dalla legge fallimentare un creditore concorsuale: innanzitutto trattandosi, di un credito privilegiato, non è ammesso al voto; se dovesse rinunciare al privilegio si troverebbe nelle medesime condizioni del fideiussore comune e, pertanto, come tale non dovrebbe votare. Diversamente da quanto sostenuto da una dottrina, quindi, neppure l'art. 63 l.f., per il richiamo disposto dall'art. 169 l.f. costituisce un dato letterale favorevole al voto del fideiussore, continuando a rimanere anche tali norme neutre rispetto alla questione del voto.



In conclusione, non è nella individuazione della natura concorsuale o meno del credito del fideiussore non escusso o nella sua eventuale natura di credito condizionale che va ricercata la ratio del voto (o della sua esclusione) nel concordato, ma, come si è detto, nella circostanza che ammettendo al voto i fideiussori che non sono stati escussi, ai fini del voto il passivo sarebbe incrementato per quante fideiussioni sono state prestate: se su debiti dell'impresa di per 100, n. 50 hanno una duplice fideiussione, sarebbero ammessi al voto 50 per crediti non garantiti e 50x3 (50 i creditori principali e 50+50 i due fideiussori), con evidente alterazione delle maggioranze. L'ammissione provvisoria dei crediti contestati (art. 176 l.f.) invece, trova una ragionevole spiegazione nella volontà di non escludere creditori che, secondo una previsione del giudice delegato, potrebbero essere successivamente ammessi, cercando in tal modo di far coincidere i votanti con coloro che poi costituiranno il passivo definitivo; ciò secondo una prognosi del GD che, peraltro, può, e non deve, ammetterli.

La non coincidenza tra crediti ammessi al passivo e votanti che si verifica in caso di esclusione successiva è una eventualità collegata ad un errore di prognosi, così come tale non corrispondenza si verificherebbe anche in caso di una loro radicale esclusione, mentre l'ammissione del fideiussore non escusso altererebbe tale coincidenza in assolutamente certo.

Per questi motivi, essendo stato correttamente escluso il diritto di voto dei fideiussori non escussi, il reclamo va rigettato.

IV. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate per i creditori istanti tempestivamente costituiti come da dispositivo.

V. Al rigetto integrale del reclamo segue l'obbligo ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater del T.U. delle spese di giustizia (d.p.r. 115/2002) di versamento di un importo pari a quello dovuto per l'impugnazione.

P.Q.M.

nel procedimento iscritto al n. 1086/2015 del ruolo generale della volontaria giurisdizione ed avente ad oggetto, reclamo ex art. 18 L.F.:

- rigetta il reclamo;
- condanna la parte reclamante **Battiloro Forniture Elettriche Generali s.r.l.** alla rifusione delle spese del giudizio di reclamo in favore di **Giosy's Bright S.r.l.** ed **Assel s.c.a.r.l.** in persona dei l.r.p.t., che liquida in € 1.800,00, per ciascuna di esse, oltre spese generali 15%, Iva e Cassa Previdenza, se dovute;
- nulla per le spese di giudizio del fallimento;



- dichiara la parte reclamante tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione;

Così deciso in Napoli, il 20 gennaio 2016

Il Consigliere estensore
(dr. Pasquale Serrao d'Aquino)

Il Presidente
(dr.ssa Maria Rosaria Cultrera)

IL CASO.it

