

02948/2021



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

MAGDA CRISTIANO

MARCO VANNUCCI

MASSIMO FERRO

GUIDO MERCOLINO

ALBERTO PAZZI

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere - Rel.

Oggetto

Concordato fallimentare -
computabilità del voto del
creditore proponente il
concordato e della società
da questi controllata

Ud. 04/11/2020 CC

Cron. *2968*

R.G.N. 15316/2018

ORDINANZA

c. d. c. d.

sul ricorso n. 15316/2018 proposto da:

(omissis) s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo Studio
(omissis), rappresentata e difesa dagli Avvocati (omissis)
(omissis) giusta procura in calce al
ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento della società (omissis) s.p.a., in persona dei curatori (omissis)
(omissis), domiciliato
in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di
Cassazione, rappresentato e difeso dagli Avvocati (omissis)
(omissis) giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

nonché contro

*ORD
4023
2020*

(omissis) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in I (omissis) presso lo studio dell'Avvocato (omissis), che la rappresenta e difende, unitamente agli Avvocati (omissis) ed I (omissis), giusta procura in calce alla memoria ex art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.;

- *controricorrente* -

(omissis) s.p.a., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis) (omissis) S.c.a.r.l., (omissis) S.r.l., (omissis), Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione;

- *intimati* -

a cui sono stati riuniti:

il ricorso n. 15335/2018 proposto da:

(omissis) s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo Studio (omissis), rappresentata e difesa dagli Avvocati (omissis), (omissis) giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento della società (omissis) s.p.a., in persona dei curatori (omissis) (omissis) domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dagli Avvocati (omissis) e (omissis) giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

nonché contro

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo studio dell'Avvocato (omissis), che la rappresenta e difende,

unitamente agli Avvocati (omissis) , giusta procura in calce alla memoria ex art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.;

- *controricorrente* -

(omissis) s.p.a., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis)
(omissis) S.c.a.r.l., (omissis) S.r.l., (omissis) ,
Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione;

- *intimati* -

il ricorso n. 15346/2018 proposto da:

(omissis) s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in l (omissis) , presso lo Studio
(omissis) , rappresentata e difesa dagli Avvocati (omissis)
(omissis) , giusta procura in calce al
ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento della società (omissis) s.p.a., in persona dei curatori (omissis)
(omissis) , domiciliato
in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di
Cassazione, rappresentato e difeso dagli Avvocati (omissis)
(omissis) giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

nonché contro

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in (omissis) , presso lo
studio dell'Avvocato (omissis) , che la rappresenta e difende,
unitamente agli Avvocati (omissis) , giusta
procura in calce alla memoria ex art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.;

- *controricorrente* -

(omissis) s.p.a., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis)
(omissis) S.c.a.r.l., (omissis) S.r.l., (omissis),
Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione;
- intimati -

e il ricorso successivo proposto da:

(omissis) s.c.a.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in (omissis)
(omissis), presso lo studio dell'Avvocato (omissis)
(omissis), che lo rappresenta e difende, unitamente agli Avvocati
(omissis), giusta
procura in calce alla memoria di costituzione;

- ricorrente -

contro

(omissis) s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo Studio
(omissis), rappresentata e difesa dagli Avvocati (omissis),
(omissis) giusta procura in calce al
controricorso;

- controricorrente -

nonché contro

Fallimento di (omissis) s.p.a., in persona dei curatori (omissis)
(omissis), domiciliato in Roma, Piazza
Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione,
rappresentato e difeso dagli Avvocati (omissis)
(omissis) giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

nonché contro

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo

studio dell'Avvocato (omissis) , che la rappresenta e difende, unitamente agli Avvocati (omissis) , giusta procura in calce alla memoria ex art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.;

- *controricorrente* -

(omissis) s.p.a., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis) S.r.l., (omissis) (omissis) . Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione;

- *intimati* -

avverso i decreti n. 374/2018, 375/2018 e 376/2018 della Corte d'appello di L'Aquila del 16/4/2018;

udita la relazione delle cause svolta nella camera di consiglio del 4/11/2020 dal cons. Alberto Pazzi.

RILEVATO CHE:

1. Nell'ambito del fallimento di (omissis) s.p.a. (compagine inizialmente nata come consorzio di Comuni per la gestione di rifiuti solidi urbani e successivamente trasformatasi in società per azioni interamente partecipata da enti pubblici territoriali) il creditore chirografario (omissis) s.p.a. presentava una proposta di concordato fallimentare, a cui si aggiungevano in seguito altre due proposte, avanzate rispettivamente da (omissis) s.c.a r.l. e (omissis) s.r.l..

Esaurite le operazioni di voto, la curatela, nel redigere la relazione ex art. 129 l. fall., attestava che la proposta di (omissis) s.p.a. aveva riportato il voto favorevole del 73,87% dei creditori, contro il 43,37% della proposta (omissis) s.r.l. e il 26,01% della proposta (omissis) s.c.a r.l..

Il Tribunale di Teramo, a fronte di una serie di opposizioni all'omologa del concordato richiesta da (omissis) s.p.a., innanzitutto considerava irrilevante il conflitto d'interesse denunciato al fine di evidenziare

l'illegittimità delle operazioni di voto, in quanto la proposta di ^(omissis) s.p.a. era stata approvata con il voto determinante di ^(omissis) s.p.a., controllata dalla stessa ^(omissis) s.p.a.; questo conflitto, secondo il giudice di *prime cure*, non comportava l'esclusione dal voto del creditore, in mancanza di un'espressa norma al riguardo, ma imponeva di verificare in concreto il carattere non pregiudizievole della proposta rispetto alle altre, appurando se essa avesse comportato la violazione delle regole di massimizzazione del profitto o delle utilità ritraibili dai creditori ovvero la dilatazione dei tempi di soddisfacimento dei crediti concorsuali.

Pregiudizio che nel caso di specie non sussisteva, potendosi così procedere all'omologa del concordato malgrado il suffragio ottenuto fosse influenzato in maniera determinante dal voto del creditore proponente e della sua controllata.

Il Tribunale, inoltre, riteneva che i rapporti concessori (attraverso cui la società fallita aveva affidato in gestione il proprio patrimonio a soggetti terzi per l'espletamento di una funzione di pubblica rilevanza finalizzata allo svolgimento, nella Provincia di Teramo, del servizio di trattamento e smaltimento dei rifiuti solidi urbani) dovessero essere considerati alla stregua di appalti pubblici, rimanessero regolati dall'art. 81 l. fall., che ne prevedeva lo scioglimento, e fossero di conseguenza venuti meno al momento della dichiarazione di fallimento di ^(omissis) s.p.a..

Il Tribunale, infine, reputava che i beni strumentali al servizio pubblico relativo al ciclo dei rifiuti appartenessero al patrimonio indisponibile e fossero di conseguenza alienabili in favore di soggetti terzi, anche privati, con il limite della indisponibilità funzionale.

In virtù di questi argomenti il Tribunale di Teramo respingeva tutte le opposizioni presentate avverso la domanda di omologazione del concordato avanzata da ^(omissis) s.p.a., fra cui quelle della stessa società

fallita, di ^(omissis) s.c.a r.l. e di ^(omissis) s.r.l., e approvava – con decreto del 28 luglio 2017 - il concordato fallimentare.

2. Il fallimento di ^(omissis) s.p.a., ^(omissis) s.c.a r.l. e ^(omissis) s.r.l. proponevano separati reclami avverso tale decreto dinnanzi alla Corte d'appello di L'Aquila, ex art. 131 l. fall..

I reclami, benché non riuniti tra loro, erano trattati contestualmente e rigettati dalla corte distrettuale con distinti decreti depositati il 16 aprile 2018.

3. Con il decreto n. 374/2018, la corte rigettava il reclamo presentato dalla fallita ^(omissis) s.p.a., la quale si era opposta all'omologa della proposta di concordato di ^(omissis) s.p.a. sostenendo la sua inammissibilità, a causa dell'impossibilità di alienare i beni immobili e gli impianti strumentali al servizio pubblico relativo al ciclo dei rifiuti. A questo proposito il collegio del reclamo riteneva di condividere l'opinione già espressa dal Tribunale, secondo cui il vincolo di inalienabilità previsto dall'art. 2-*bis*, comma 1, L.R.A. 8 gennaio 1993, n. 3, era ormai venuto a scadenza e i beni costituenti il patrimonio della fallita erano assoggettati alla disciplina prevista dall'art. 826 cod. civ., sicché gli stessi erano pienamente commerciabili per esigenze economico-commerciali dell'ente a cui erano stati trasferiti (e dunque pure per far fronte alle responsabilità patrimoniali nei confronti dei creditori), anche mediante strumenti di diritto comune, fatto salvo il rispetto della destinazione alla pubblica utilità o al pubblico servizio a cui risultavano asserviti.

Ha proposto ricorso per cassazione contro questo decreto ^(omissis) s.r.l., affidandosi a un unico motivo.

Il fallimento di ^(omissis) s.p.a. e ^(omissis) s.p.a. hanno resistito con controricorso.

Gli intimati ((omissis) s.c.a r.l., (omissis) (omissis) s.r.l., (omissis) s.r.l., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis) s.p.a., Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di L'Aquila e Procura generale della Repubblica presso la Suprema Corte di Cassazione non hanno svolto difese. (omissis) s.r.l. e (omissis) s.p.a. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ..

4. Con il decreto n. 375/2018, la corte distrettuale rigettava il reclamo presentato da (omissis) s.r.l., escludendo che le operazioni di voto si fossero svolte in maniera illegittima in ragione del conflitto di interessi in cui si trovavano (omissis) s.p.a. e (omissis) s.p.a., il suffragio delle quali era risultato determinante per l'approvazione del concordato.

Le limitazioni contemplate dagli artt. 127, commi 5 e 6, 177 e 163, comma 6, l. fall. non erano – secondo il collegio del reclamo – applicabili né direttamente, né in via analogica o estensiva, per assenza di omogeneità dei presupposti dei casi espressamente contemplati da tale disciplina normativa con le caratteristiche della fattispecie in esame.

A parere della Corte di merito il legislatore aveva individuato, nel novero di una pluralità di possibili situazioni di conflitto di interesse, soltanto alcune ipotesi per cui aveva tipizzato un'incompatibilità con l'oggetto della votazione, mentre per altre nulla aveva previsto, *"evidentemente ritenendole tali da non giustificare a priori la drasticità dell'espropriazione del diritto di voto"*.

In questi ultimi casi la repressione dell'abuso del voto rimaneva affidata all'impugnazione della decisione collettiva, onde verificare in concreto la sussistenza di un comportamento abusivo, la sua incidenza sulla formazione della decisione maggioritaria e il pregiudizio arrecato all'interesse comune.

Rispetto alla fattispecie in esame la Corte d'appello riteneva che il conflitto di interessi denunciato fosse tale solo in astratto, mentre doveva essere escluso in concreto un abuso del diritto di voto, poiché l'omologazione della proposta di (omissis) s.p.a. disposta dal Tribunale corrispondeva agli interessi del ceto creditorio, a motivo della non equivalenza (rispetto alla prosecuzione della procedura fallimentare) o sostanziale equivalenza (rispetto all'omologazione della proposta (omissis) s.r.l.) delle alternative praticabili.

Ha proposto ricorso per cassazione contro questa pronuncia (omissis) s.r.l., onde far valere quattro motivi di impugnazione.

Il fallimento di (omissis) s.p.a. e (omissis) s.p.a. hanno resistito con controricorso.

Gli intimati (omissis) s.c.a r.l., (omissis) (omissis) s.r.l., (omissis) s.r.l., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis) s.p.a., Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di L'Aquila e Procura generale della Repubblica presso la Suprema Corte di Cassazione non hanno svolto difese.

(omissis) s.r.l. e (omissis) s.p.a. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ..

5. Infine, con il decreto n. 376/2018, la corte di merito rigettava il reclamo presentato da (omissis) s.c.a r.l., con una motivazione di tenore coincidente nella sua prima parte con quella del decreto n. 376/2018.

La Corte osservava, inoltre, che il contratto di concessione di servizi si distingue dall'appalto di servizi per la differente modalità di remunerazione della prestazione offerta dal privato, a carico del quale rimane, interamente o prevalentemente, il rischio della gestione economica del servizio stesso.

Ciò posto, i giudici distrettuali ritenevano che il contratto di gestione della volumetria della discarica di Grasciano 1 stipulato in data 7 febbraio 2014 avesse natura di concessione di servizi e fosse regolato – in mancanza di una disciplina che regoli il fallimento dell'appaltante in relazione ai contratti pubblici o assimilati, al di là dell'elemento distintivo del trasferimento del rischio esistente fra concessione e appalto di servizi e stanti invece le affinità tra le caratteristiche della concessione e quelle dell'appalto – dalla disciplina generale prevista dall'art. 81 l. fall., di modo che lo stesso doveva considerarsi sciolto *ope legis* per effetto del fallimento della concedente, in ragione dell'*intuitus personae* su cui si fondava il rapporto.

Per la cassazione di questo decreto hanno proposto ricorso il (omissis) (omissis) s.c.a r.l., affidandosi a due motivi di impugnazione, e (omissis) s.r.l., al fine di far valere quattro motivi di impugnazione del tutto sovrapponibili a quelli proposti con l'impugnazione del decreto n. 375/2018; (omissis) s.p.a. ha resistito ad entrambi i ricorsi, mentre il fallimento di (omissis) s.p.a. e (omissis) s.r.l. hanno resistito al solo ricorso di (omissis) s.c.a r.l..

Gli intimati (omissis) s.r.l., (omissis) s.r.l., Comune di Mosciano Sant'Angelo, (omissis) s.p.a., Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di L'Aquila e Procura generale della Repubblica presso la Suprema Corte di Cassazione non hanno svolto difese.

(omissis) s.c.a r.l., (omissis) s.r.l. e (omissis) s.p.a. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ..

CONSIDERATO CHE:

6. Va rilevato in premessa che, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., i tre separati reclami avanzati da (omissis) s.p.a., (omissis) s.r.l. e (omissis)

(omissis) s.c.a.r.l. avverso il medesimo provvedimento, di omologa del concordato fallimentare proposto da (omissis) s.p.a., avrebbero dovuto essere riuniti dalla Corte d'appello dell'Aquila.

Non avendo la corte del merito a ciò provveduto, va disposta in questa sede, anche al fine di evitare possibili contrasti fra giudicati, la riunione al ricorso n. 15316/2018, notificato per primo ed avente ad oggetto l'impugnazione del decreto n. 374/018, di tutti gli ulteriori ricorsi proposti contro i distinti decreti di rigetto emessi dal giudice *a quo*, in violazione dell'articolo citato, in luogo dell'unico decreto che avrebbe dovuto essere pronunciato sui reclami.

7. Tanto premesso, in ordine logico, vanno prioritariamente esaminati i motivi del ricorso di (omissis) s.r.l e del ricorso di (omissis) (omissis) s.c.a r.l., da trattarsi congiuntamente in quanto fra loro sovrapponibili, che lamentano che la Corte d'appello abbia ritenuto il concordato proposto da (omissis) validamente approvato dalla maggioranza dei creditori, trascurando di apprezzare la situazione di conflitto di interesse che impediva alla proponente e alla società da questa controllata di partecipare al voto ed escludendo che alla fattispecie potessero applicarsi gli artt. 127, commi 5 e 6, e 177 l. fall.

I motivi sono fondati.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno avuto occasione di chiarire (Cass., Sez. U., 17186/2018) che l'autonomia negoziale, intesa quale intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui, trova in ambito concordatario una limitazione rispetto alla minoranza in ragione della necessità di realizzare un interesse comune a tutti i partecipanti.

Questa limitazione non tollera, però, che la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi

componenti, di un conflitto di interessi, che deve essere quindi neutralizzato.

Il contrasto di carattere immanente - *"coessenziale alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri"* - fra chi formula la proposta di concordato e i creditori che questa proposta sono chiamati ad accettare fa sì che il silenzio dell'art. 127, comma 5, l. fall. debba essere inteso come implicita esclusione dal suffragio del creditore proponente.

Pertanto, nel concordato fallimentare, benché manchi una previsione di carattere generale sul conflitto di interessi, come succede invece nell'ambito delle società (nel senso previsto dall' art. 2373 cod. civ. per la società per azioni e dall'art. 2479-ter cod. civ. per quella a responsabilità limitata), dato che l'art. 127, commi 5 e 6, l. fall. indica soltanto alcune ipotesi di esclusione dal voto dettate dall'esigenza di neutralizzare un conflitto in atto tra l'interesse comune della massa e quello del singolo, il divieto di voto deve essere esteso anche a tutti gli altri casi, anche se non espressamente disciplinati, in cui sussiste la medesima situazione di contrasto, come accade tra il creditore che abbia formulato la proposta di concordato e i restanti creditori del fallito.

Ne discende che il disposto dell'art. 127, comma 6, l. fall. deve essere interpretato in maniera estensiva, in modo che la regola sia applicabile *"non soltanto alle ipotesi di conflitto di interessi menzionate al comma precedente, ma anche a tutte le ipotesi di esclusione dal voto per conflitto di interessi"*.

"L'estensione dell'esclusione dal voto alle società correlate, infatti, si giustifica per la considerazione che la loro volontà (voto) è efficacemente condizionata o condizionabile dai soggetti che direttamente versano in situazione di conflitto, e non vi è alcuna ragione per ritenere che tale logica valga esclusivamente quanto al conflitto

d'interesse dei creditori congiunti del fallito, e non anche quanto a quello del creditore proponente".

La regola in discorso, dunque, vale anche per il caso, non espressamente previsto ma evidente, "(se è esatto quanto sopra osservato sull'immanente conflitto di interesse tra proponente e accettante anche nel concordato fallimentare) della società che propone il concordato e delle società ad essa correlate".

Nell'ambito del concordato fallimentare devono perciò ritenersi escluse dal voto e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sottoposte a comune controllo, poiché l'art. 127, comma 6, l. fall. contiene una disciplina applicabile in via estensiva a tutte le ipotesi di conflitto tra l'interesse comune della massa e quello del singolo creditore.

8. La decisione della Corte d'appello di tenere in conto, ai fini dell'omologa, i suffragi espressi sia dalla stessa proponente ^(omissis) s.p.a., creditrice della fallita, sia dalla sua controllata ^(omissis) s.p.a. (compagine che si era avvalsa ai fini del voto non solo del credito ammesso in sede chirografaria, ma anche del proprio credito privilegiato, grazie alla rinuncia alla prelazione) non è coerente con i principi appena illustrati. Si impone perciò la cassazione di tutti i provvedimenti impugnati, che hanno ritenuto approvata la proposta concordataria avanzata da ^(omissis) s.p.a. computando anche suffragi che andavano, invece, esclusi dal novero della votazione.

Poiché il Tribunale, all'interno del provvedimento di omologa (pag. 58), ha registrato che la proposta di ^(omissis) s.p.a., eliminando dai crediti ammessi al voto quelli della stessa creditrice proponente e della sua controllata ^(omissis) s.p.a., aveva raggiunto una percentuale di consensi inferiore a quella conseguita da quella di ^(omissis) s.r.l., non risultano necessari ulteriori accertamenti in fatto e questa Corte può decidere nel

merito ai sensi dell'art. 384, comma 2, cod. proc. civ., respingendo il ricorso per omologa presentato da ^(omissis) s.p.a. (l'unico ad essere stato oggetto della deliberazione del tribunale) che, stante il disposto dell'art. 128 comma 4 l. fall., non poteva ritenersi approvato.

9. Gli ulteriori motivi proposti da ^(omissis) s.c.a r.l. e ^(omissis) s.r.l. nei rispettivi ricorsi avverso i decreti n. 374, 375 e 376 rimangono assorbiti, avendo le parti ricorrenti conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno ed essendo pertanto divenuta superflua, per sopravvenuto difetto di interesse, la pronuncia sugli stessi.

10. Le spese, tanto del giudizio di legittimità quanto del doppio grado dei giudizi di merito, vanno integralmente compensate, a mente del combinato disposto degli artt. 385, comma 2, e 92, comma 2, cod. proc. civ., tenuto conto del mutamento della giurisprudenza di questa Corte sulla questione dirimente, intervenuto in epoca successiva alla presentazione dei ricorsi per cassazione.

P.Q.M.

La Corte dispone la riunione al presente procedimento (n. R.G. 15316/2018) dei ricorsi distinti ai numeri R.G. 15335/2018 e 15346/2018; accoglie il primo motivo dei ricorsi presentati da ^(omissis) s.r.l. contro i decreti n. 375/018 e 376/018 nonché il primo motivo del ricorso presentato da ^(omissis) s.c.a r.l. contro il decreto n. 376/018; dichiara assorbiti tutti gli altri motivi dei ricorsi, cassa i provvedimenti impugnati e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso per omologa presentato da ^(omissis) s.p.a.

Compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio di legittimità e dei precedenti giudizi di merito.

Così deciso in Roma in data 4 novembre 2020.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE



14

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il 08 FEB 2021

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia Barone