



TRIBUNALE DI UDINE

- 2^a sezione civile -

Decreto

Il Tribunale di Udine, 2^a sezione civile, riunito in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

dott. Francesco Venier

Presidente;

dott. Anna Maria Antonini

Giudice;

dott. Andrea Zuliani

Giudice rel.;

nel procedimento di opposizione allo stato passivo iscritto al n° 1739/2016 R.A.C.C. promosso da _____ con l'avvocato _____

contro

il decreto del giudice delegato, dott. Lorenzo Massarelli, che ha reso esecutivo, in data 11.3.2016, lo stato passivo integrativo del _____,

del quale è curatore la dott.ssa Francesca Linda, costituitasi nel presente procedimento di opposizione con l'avvocato _____.

sentito il giudice relatore;

rilevato che:

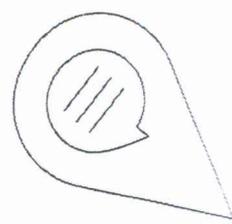
a) parte ricorrente si oppone al diniego del rango prededucibile richiesto per il credito di € 28.899 derivante da un contratto di subappalto avente ad oggetto i lavori di impiantistica elettrica su un edificio destinato a biblioteca pubblica del Comune di San Michele al Tagliamento (credito ammesso in chirografo, insieme ad altri crediti vantati dalla ricorrente e per i quali qui non sorge contestazione);

b) la richiesta della prededuzione è alternativamente motivata dalla parte:

b1) con riferimento al fatto che il contratto di subappalto era pendente nel momento in cui _____ depositò in Tribunale domanda di concordato preventivo con riserva di presentare la proposta ed il piano ed avrebbe avuto parziale esecuzione anche dopo quel momento; dalla permanenza del rapporto contrattuale dopo l'avvio della procedura concorsuale minore si inferisce l'obbligo della società subcommittente di rispettare integralmente i propri obblighi anche con riguardo al pagamento del corrispettivo per le prestazioni precedentemente eseguite dal subappaltatore, perché il contratto d'appalto non è un contratto di durata e, quindi, non sarebbe possibile considerare separatamente le opere eseguite *ante* e quelle eseguite *post* avvio della procedura, ammettendo in prededuzione solo queste ultime;

b2) con riferimento al contenuto dell'art. 118 del decreto legisl. n° 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici all'epoca vigente, nel frattempo abrogato dall'art. 216 del decreto legisl. n° 50 del 2016, che contiene all'art. 105 le corrispondenti – ma non uguali – disposizioni), che condiziona alla previa verifica del pagamento del subappaltatore il pagamento del credito maturato nei confronti della stazione appaltante dall'affidatario di lavori pubblici, dal che si dovrebbe desumere che il pagamento del subappaltatore è funzionale all'interesse della massa dei creditori e, quindi, della procedura concorsuale;

c) il giudice delegato ha respinto la domanda con la seguente motivazione: "Esclusa la prededuzione richiesta in quanto si tratta di crediti per prestazioni eseguite prima della presentazione della prima domanda di concordato preventivo; vero che il rapporto giuridico tra le



Fallimentari e Società.it

parti è rimasto pendente anche dopo l'avvio del procedimento concorsuale, e che ciò avrebbe comportato la necessità di pagare in prededuzione tutte le prestazioni maturate fino a completare il sinallagma; ma ciò solo nell'ambito del piano di concordato che doveva essere ammesso ed omologato, e non sempre e comunque, anche nel successivo fallimento, in mancanza peraltro del requisito cronologico. del resto, l'appalto è stato risolto dal committente principale e non ha generato crediti per la procedura”;

d) parte ricorrente contesta la correttezza di tale motivazione e ribadisce, approfondendoli, gli argomenti a sostegno del pieno accoglimento della sua domanda;

e) parte resistente chiede il rigetto dell'opposizione, illustrando a sua volta gli argomenti a sostegno del diniego della prededuzione e negando la sussistenza in concreto di un interesse della massa al riconoscimento di tale rango al credito della ricorrente;

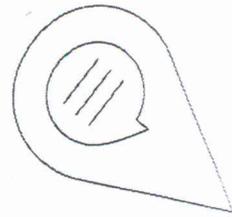
ritenuto che l'opposizione è infondata e deve essere respinta alla stregua dei seguenti

MOTIVI:

1) La questione relativa alla pendenza del rapporto contrattuale nel momento in cui _____ l'presentò domanda di concordato c.d. in bianco è stata correttamente inquadrata nel provvedimento del giudice delegato. Infatti, ha sicuramente ragione parte ricorrente laddove sostiene che il contratto d'appalto sopravvive alla domanda di concordato proposta dal committente (come sopravvivono tutti i contratti pendenti, a meno che non intervenga lo scioglimento autorizzato dal giudice ai sensi dell'art. 169-bis legge fall.) e che tale sopravvivenza comporta l'obbligo del committente di pagare alle naturali scadenze i debiti maturati nei confronti dell'appaltatore,

anche se riferiti a prestazioni rese anteriormente alla presentazione della domanda. Infatti, non essendo il contratto d'appalto d'opera un contratto di durata, non sarebbe corretto separare la quota dell'unitario corrispettivo maturata ante domanda di concordato da quella maturata successivamente e attribuire alla prima natura concorsuale e solo alla seconda rango prededucibile. Esatto è anche il conseguente rilievo secondo cui l'appaltatore *in bonis*, a fronte del mancato pagamento del corrispettivo maturato e divenuto esigibile secondo il programma contrattuale, può legittimamente opporre al committente in concordato l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e rifiutare la sua prestazione. Ma ciò non è affatto sufficiente per riconoscere al credito maturato prima della domanda di concordato il collocamento in prededuzione nel fallimento dichiarato successivamente al mancato perfezionamento della procedura di concordato (nel caso di specie, per non essere seguita la presentazione della proposta e del piano nel termine all'uopo concesso e per essere stata dichiarata inammissibile l'autonoma domanda presentata dopo la scadenza del termine).

Com'è noto, a parte i casi di esplicita qualificazione legislativa, "sono considerati crediti prededucibili quelli ... sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali" (art. 111, comma 2°, legge fall.). Nel caso di specie, il credito di _____" riferito alle prestazioni rese prima della domanda di concordato proposta da _____ sicuramente non è sorto "in occasione" di una procedura concorsuale, appunto perché maturato quando quella "procedura" (pur dovendosi senz'altro attribuire tale nome anche alla situazione conseguente alla mera presentazione e pubblicazione della domanda c.d. in bianco) ancora non esisteva. Ma nemmeno si può sostenere che il credito della ricorrente sia sorto "in funzione" della



Firmato Da: VENIER FRANCESCO Emesso Da: Postecom CA3 Serial#: 76671 - Firmato Da: ZULIANI ANDREA Emesso Da: ArubaPEC S.p.A. NG CA 3 Serial#: 3b2ddd8344d3e75340ca4289a937efe1

Fa

procedura di (pre)concordato, posto che il contratto di subappalto venne concluso e le prestazioni parziali della subappaltatrice vennero rese a prescindere da qualsiasi riferimento alla futura domanda di concordato, della quale nemmeno risulta che fosse venuta a conoscenza prima della sua pubblicazione. Il credito della ricorrente nella (abortita) procedura di concordato non era dunque prededucibile *ab origine*, ovvero sia in considerazione del tempo in cui o dello scopo per cui esso era sorto, bensì lo era divenuto in seguito, per effetto della prosecuzione del rapporto contrattuale in pendenza della procedura di concordato.

Ebbene, è del tutto pacifico che tale rapporto contrattuale era invece già sciolto al momento della dichiarazione di fallimento, la quale ne avrebbe comunque provocato lo scioglimento, in mancanza di dichiarazione di volontà di subentro del curatore debitamente autorizzata (art. 81 legge fall.). Pertanto, in questo caso, la ragione per cui il credito sarebbe stato prededucibile nel concordato (la naturale *presa in carico* del rapporto contrattuale in capo alla società ormai coinvolta nella procedura concorsuale, in mancanza di scioglimento ex art. 169-bis legge fall.) non è comune alla procedura concorsuale maggiore, posto che quel rapporto contrattuale non era più pendente al momento della dichiarazione di fallimento (e, comunque, non sarebbe proseguito, in mancanza di specifica autorizzazione ex art. 81 legge fall.).

Né sarebbe possibile invocare, per sostenere la prededuzione nel fallimento, la consecuzione tra le procedure concorsuali. Ciò, non tanto perché nel caso di specie vi fu uno iato temporale tra dichiarazione di inammissibilità della prima domanda di concordato (rimasta priva di proposta e piano nel termine concesso), dichiarazione

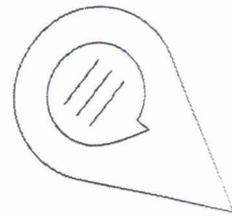
di inammissibilità della seconda domanda di concordato e dichiarazione di fallimento. La difesa di parte ricorrente ha infatti ricordato il ben noto orientamento della Corte Suprema secondo cui un intervallo di tempo tra le più procedure non esclude il presupposto della consecuzione tra di loro, che si ravvisa allorché si tratti di vicende processuali tutte riconducibili ad una medesima situazione di dissesto economico (Cass. 16.4.2003, n° 6019; Cass. 28.11.2008, n° 28445; Cass. 14.3.2014, n° 6031; Cass. 9.9.2016, n° 17911). Pertanto, nel caso di specie, si ravvisa una consecuzione tra procedura di (pre)concordato e fallimento e, tuttavia, essa non giova alla causa della pretesa prededuzione del credito della ricorrente.

Infatti, la consecuzione tra procedure è istituto di creazione giurisprudenziale – e ora di esplicita previsione legislativa (v., in particolare, art. 69-bis, comma 2°, legge fall.) – il cui scopo è, da un lato, quello di conservare l'efficacia delle azioni recuperatorie tipiche del fallimento (evitando che la durata della procedura minore ne alteri artificialmente l'ambito cronologico rilevante), dall'altro lato, quello di garantire una posizione di particolare tutela – al di fuori del concorso dei creditori già incappati nello stato di crisi ormai ufficializzato dal loro debitore – a coloro che sono disposti a *continuare a fare credito* a quel medesimo debitore nonostante il suo stato di crisi (molto spesso declinato nei termini di una palese insolvenza). In questo senso, la consecuzione di procedure è l'espressione di un *favor* per la procedura concorsuale minore, di cui cerca di garantire le condizioni di esistenza, da un lato, limitandone gli effetti di alterazione della *par condicio creditorum* nell'eventuale successivo fallimento e, dall'altro lato, rassicurando i terzi al cui credito l'imprenditore in crisi ha bisogno di ricorrere (in particolar modo laddove vi sia la prospettiva di continuità

nell'esercizio dell'impresa). Ed è appunto alla luce e nei limiti di questa equilibrata *ratio* di favore per la procedura minore che vanno tratte le conseguenze normative dell'istituto della consecuzione.

Se questo è vero, con riferimento al caso di specie, non si ravvisano ragioni sufficienti per collocare in prededuzione nel fallimento di "██████████" il credito maturato da ██████████ per prestazioni rese prima della presentazione della domanda di concordato. Infatti, ragionando in senso contrario, si attribuirebbero alla domanda di concordato effetti gravemente lesivi della *par condicio creditorum*, perché verrebbero automaticamente sottratti al concorso, anche nel successivo fallimento, a scapito di tutti gli altri creditori, crediti ormai maturati e che sarebbero invece sicuramente concorsuali in caso di immediata dichiarazione di fallimento, né ciò sarebbe giustificato dalla necessità di facilitare la prosecuzione del rapporto contrattuale tra l'appaltatore *in bonis* e il committente in concordato, essendo a tal fine evidentemente sufficiente garantire la prededuzione ai crediti maturati *dopo* la domanda di concordato, per i quali soltanto si pone anche un'esigenza di tutela del legittimo affidamento del contraente *in bonis*.

In una prospettiva prettamente di disciplina dell'insolvenza dell'imprenditore, non vi è dubbio, pertanto, che la soluzione più corretta e coerente ai principi è quella per cui – in caso di appalto pendente al momento della domanda di concordato, ma non pendente al momento della successiva dichiarazione di fallimento, o nel quale comunque non sia subentrato il curatore fallimentare – il corrispettivo maturato fino alla domanda di concordato è da considerare prededucibile nel concordato, ma concorsuale nel successivo fallimento. Tale soluzione deve tuttavia farsi carico, sul piano della



Fallimenti@Societa.it

disciplina generale dei contratti, della difficoltà data dalla considerazione che il contratto d'appalto non è un contratto di durata, sicché non sembrerebbe consentito frazionare in base ad un criterio cronologico la prestazione che è l'oggetto unitario dell'obbligazione dell'appaltatore, assoggettando i due segmenti ad un diverso regime per quanto riguarda la tutela del corrispettivo credito. Ma tale difficoltà non appare insuperabile, se si pensa che, anche con riferimento alla risoluzione del contratto, la ribadita affermazione dell'unitarietà dell'obbligazione dell'appaltatore non impedisce che essa operi, *quoad effectum*, sostanzialmente *ex nunc*, in analogia a quella che è la regola posta dal legislatore per i contratti "ad esecuzione continuata e periodica" (art. 1458 c.c.; v. Cass. 30.6.2015, n° 13405). Con particolare riguardo all'ambito del diritto concorsuale, deve pertanto considerarsi ancora valida la decisione adottata da Cass. 17.6.1995, n° 6852 in un'ipotesi di consecuzione tra amministrazione controllata e fallimento e imperniata sulla circostanza che, in quel caso (come in questo), era stato "pattuito il pagamento per stati di avanzamento". Ma con la precisazione che la scindibilità del credito dell'appaltatore ai fini del concorso non è determinata dalla previsione di pagamenti per stati di avanzamento, ma scaturisce direttamente dai limiti intrinseci alla *ratio* della consecuzione delle procedure. Gli stati di avanzamento saranno comunque utili e rilevanti al fine di provare quali siano, in concreto, le prestazioni rese (e i corrispettivi maturati) prima e quelle rese dopo la domanda di concordato.

Sotto quest'ultimo profilo fattuale, si deve osservare che in data 27.2.2015 venne siglato un S.A.L. specificamente relativo al rapporto di subappalto che attribuiva a [REDACTED] un credito maturato di € 21.700 (importo esposto, infatti, nella fattura n° 35 emessa in pari

data: doc. n° 2 allegato alla domanda di insinuazione al passivo, a sua volta doc. n° 1 allegato al ricorso in opposizione). Tuttavia, in data 13.3.2015, ovvero una settimana esatta prima della domanda di concordato (20.3.2015), un S.A.L. relativo al rapporto tra [redacted] e committente principale esponeva lavori relativi agli impianti elettrici (tutti eseguiti dalla ricorrente) per € 28.672,82, importo quasi identico a quello oggetto di domanda di ammissione in predeuzione (v. doc. n° 2 di parte resistente). In mancanza di specifiche contestazioni sul contenuto di quest'ultimo documento contabile, si deve presumere che anche le prestazioni ulteriori, fatturate da [redacted] il 15.9.2015, per € 7.199, siano state eseguite entro il 20.3.2015 e si deve conseguentemente concludere, in base ai principi esposti, che all'intero credito deve essere negato il rango di credito prededucibile nella procedura fallimentare.

2) Per consolidare tale decisione occorre tuttavia affrontare e risolvere l'ulteriore questione sollevata nella domanda di insinuazione e, sia pure di sfuggita, anche nel ricorso in opposizione, ovvero quella della possibile derivazione del rango prededucibile del credito del subappaltatore di opere pubbliche dalla disciplina contenuta nell'art. 118, in particolare comma 3°, del Codice dei contratti pubblici vigente all'epoca dei fatti. La tesi è che, poiché la disciplina dell'appalto pubblico condiziona(va) il pagamento all'appaltatore alla trasmissione delle fatture quietanziate del subappaltatore, il pagamento di quest'ultimo da parte del curatore sarebbe da considerare *in funzione* degli interessi della massa dei creditori e, quindi, il credito del subappaltatore non potrebbe che essere considerato prededucibile ai sensi dell'art. 111, comma 2°, legge fall. Tale impostazione è stata in effetti fatta propria da Cass. 5.3.2012, n° 3402 e in apparenza

semplicemente ribadita – ma, a ben vedere, precisata – da Cass. 16.2.2016, n° 3003. Ciò nonostante, ad avviso di questo tribunale, l'impostazione non è condivisibile e si può confidare che la Corte Suprema la voglia riconsiderare nel prossimo futuro. Sembra, infatti, che si sia smarrita la sostanziale differenza che corre tra “crediti sorti ... in funzione delle procedure concorsuali” e *pagamenti* funzionali alla miglior soddisfazione della massa dei creditori. L'art. 111, comma 2°, legge fall. riconosce la prededuzione a determinati crediti in ragione di come o quando sono *sorti*, non certo in ragione di come o quando devono essere pagati. *Come e quando* i debiti del fallito devono essere pagati sarà *la conseguenza* del rango attribuito ai corrispondenti crediti, non certo *la causa* di quella attribuzione. Sicuramente non è accettabile desumere la prededuzione del credito del subappaltatore sulla base del mero contenuto astratto dell'art. 118, comma 3°, d. legisl. n° 163 del 2006, come sembrerebbe fare, nella parte motiva, la sentenza n° 3402 del 2012 (che però poi dimostra di essere andata al di là delle intenzioni, in quanto rinvia la causa al giudice fallimentare per verificare se sussista in concreto “l'effettiva sospensione da parte della stazione appaltante del pagamento del credito di spettanza della società fallita”; e, sia detto per inciso, nel caso di specie parte resistente ha prodotto, sia pure tardivamente all'udienza del 26.9.2016, lettera in cui il Comune di San Michele al Tagliamento dichiara la “disponibilità ... di liquidare il credito direttamente alla Curatela senza subordinare lo stesso al pagamento o all'ammissione del credito residuo vantato dall'_____”). Ma anche nel caso in cui sussistesse, in concreto, tale sospensione del pagamento da parte della stazione appaltante (e a prescindere da qualsiasi riserva sulla legittimità di tale comportamento laddove il creditore non sia più

l'imprenditore insolvente, bensì il curatore fallimentare che agisce quale terzo pubblico ufficiale preposto alla tutela degli interessi della massa dei creditori del fallito), non si vede come da tale accidentale circostanza postfallimentare (e comunque di sicuro successiva al momento in cui il credito è sorto) possa scaturire, *a posteriori*, il rango di credito prededucibile del credito del subappaltatore. Il carattere paradossale di tale ipotesi risulta evidente già nel fatto che il riconoscimento della prededucazione viene motivato con riguardo non all'interesse del creditore che ne beneficia, bensì all'interesse degli altri creditori, che vengono avvantaggiati dalla *liberazione* del credito del fallito verso la stazione appaltante. Ed è proprio il paradosso che aiuta a comprendere qual è l'errore di prospettiva che sta alla base della tesi qui rifiutata: si tratta di un'indebita commistione tra tematiche proprie dell'accertamento del passivo e tematiche che attengono alla gestione dell'attivo. Nell'accertamento del passivo ogni creditore pone la propria domanda e cura i propri interessi particolari. La gestione dell'attivo spetta agli organi fallimentari e, *in primis*, al curatore fallimentare, nell'interesse della massa. Nulla esclude che il curatore, debitamente autorizzato dal comitato dei creditori e dal giudice delegato, decida di utilizzare parte dell'attivo per effettuare un pagamento in deroga alle regole e ai tempi del concorso, qualora sia evidente che ciò è la condizione necessaria per la miglior soddisfazione anche degli altri creditori. Ma ciò attiene alla migliore gestione e alla più efficiente valorizzazione dell'attivo fallimentare, senza alcuna necessità di alterare i principi e le norme che presidiano l'accertamento dello stato passivo.

3) Poiché la presente decisione contrasta quanto desumibile da alcuni recenti arresti della Corte di Cassazione, sussiste il presupposto

per l'integrale compensazione delle spese di lite (art. 92, comma 2°,
c.p.c.).

P. Q. M.

visto l'art. 99 legge fallimentare;

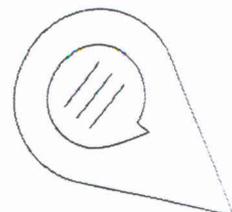
respinge l'opposizione, perché infondata;

dichiara interamente compensate le spese di lite.

Così deciso in Udine, nella camera di consiglio del 2.2.2017.

Il Presidente.

(dott. Francesco Venier)



Fallimenti e Società.it

Firmato Da: VENIER FRANCESCO Emesso Da: Postecom CA3 Serial#: 76671 - Firmato Da: ZULIANI ANDREA Emesso Da: ArubaPEC S.p.A. NG CA 3 Serial#: 3b2ddd834d3e75340ca4289a937efe1