

IL TRIBUNALE DI BRESCIA

SEZIONE SPEC. IMPRESA

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Signori

DOTT. RAFFAELE DEL PORTO	PRESIDENTE
DOTT.SSA ANGELINA A. BALDISSERA	GIUDICE
DOTT. STEFANO FRANCHIONI	GIUDICE REL.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento di opposizione allo stato passivo iscritto al n. 22347 del ruolo generale dell'anno 2014

vertente tra

Banca Popolare di Bergamo s.p.a.

-ricorrente-

con l'avv. Massimo Iolita, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Brescia, Via Malta 7/C, giusta procura a margine del ricorso

e

Fallimento F.T. Immobiliare s.r.l.

-resistente-

con l'avv. Fabio Chiarini, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Brescia, Via Aldo Moro n. 44, giusta procura in calce alla memoria di costituzione

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con domanda di insinuazione trasmessa al curatore in data 23.06.2014, Banca Popolare di Bergamo s.p.a. esponeva di essere creditrice di Smac

s.r.l. per gli importi di € 38.448,01, quale saldo debitore per capitale ed interessi del conto corrente n. 182/78545 al 15.05.2014 (data di fallimento di F.T. Immobiliare), di € 377.618,08 quale saldo debitore per capitale ed interessi del mutuo ipotecario n. 182/1013430 al 15.05.2014 e di € 3.020,66 quale saldo debitore per capitale ed interessi degli insoluti addebitati sul predetto conto corrente al 15.05.2014, rapporti così garantiti dalla fallita F.T. Immobiliare s.r.l.: fideiussione generica rilasciata in data 01.09.2008 sino alla concorrenza di € 286.000,00; ipoteca volontaria concessa in data 05.08.2011 sino alla concorrenza di € 800.000,00 su cespiti in Paratico (BS). Chiedeva pertanto di essere ammessa al passivo del fallimento F.T. Immobiliare in via chirografaria per la somma di € 286.000,00 e che venisse accertata e riconosciuta ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 52 l.f. la piena validità, efficacia ed opponibilità alla procedura della sopra citata ipoteca nonché il diritto della banca di soddisfarsi in via ipotecaria sul ricavato della vendita dei beni gravati dalla garanzia per il credito di € 377.618,08 oltre interessi *ex artt.* 2855 c.c. e 54 l.f..

Nel progetto di stato passivo il curatore proponeva l'ammissione del credito per € 377.618,08 categoria ipotecari come richiesto e per € 41.468,67 categoria chirografari "quale saldo delle partite debitorie maturate dalla società Smac s.r.l. garantita attraverso la sottoscrizione di una fideiussione omnibus da parte della società fallita".

Il giudice delegato, con decreto del 19.11.2014, disponeva l'ammissione per € 41.468,67 categoria chirografari, mentre non riconosceva l'ipoteca "valutandosi di atto estraneo all'oggetto sociale e comunque revocabile *ex art.* 2901 c.c.".

Contro tale decisione propone opposizione ai sensi dell'art. 98 l.f. la banca insistendo per l'ammissione al passivo del fallimento in via privilegiata ipotecaria per € 377.618,08 ed in via chirografaria per € 286.000,00.

Si costituiva il fallimento chiedendo dichiararsi inammissibili le domande di insinuazione proposte dalla banca in quanto non creditrice diretta del fallimento; in via subordinata e/o alternativa dichiararsi nullo, annullabile, inefficacia e/o viziato l'atto di concessione d'ipoteca per cui è causa in quanto estraneo all'oggetto sociale della poi fallita, viziato da conflitto d'interessi e comunque revocabile *ex art. 66 l.f.* e per l'effetto rigettare l'opposizione confermando il provvedimento del g.d..

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal fallimento. Secondo la resistente i titolari di diritti di prelazione ipotecaria su beni immobili compresi nel fallimento e costituiti in garanzia per crediti vantati verso terzi, non potrebbero avvalersi del procedimento di verifica di cui all'art. 52 l.f., "il quale non sottopone a concorso la posizione soggettiva del terzo che non è creditore diretto del fallito".

Sul punto il tribunale, pur consapevole che recentemente la Cassazione ha ribadito l'orientamento richiamato dal resistente (Cass. civ., 09.02.2016, n. 2540), ritiene maggiormente condivisibile il principio espresso da Cass. civ., 25.06.2003, n. 10072 nel regime antecedente alla riforma del 2006: dovendo le ragioni ipotecarie del creditore iscritto essere in ogni caso "verificate" dagli organi del fallimento, deve ritenersi che non è precluso al creditore ipotecario di richiedere al giudice delegato, in via preventiva, una pronuncia di accertamento della sua prelazione ipotecaria.

Può semmai discutersi se, alla luce della nuova formulazione dell'art. 52 l.f., il quale ha esteso l'accertamento secondo le regole del concorso ad "*ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare*" senza esplicita esclusione dei diritti costituiti dal terzo non debitore (ed anzi innovando rispetto alla precedente formula che contemplava unicamente l'accertamento dei crediti), la proposizione della relativa domanda di accertamento non si configuri ora come un onere in capo quest'ultimo: detta questione è tuttavia, nel caso in esame, accademica, ancorchè – va rilevato – non sia chiaro, nella prospettiva del recente arresto della Suprema Corte, in quale sede la curatela possa contestare la validità ed efficacia delle garanzie nonché la misura della partecipazione al concorso (così tribunale di Brescia nel procedimento di opposizione allo stato passivo iscritto al n. 8194 del ruolo generale dell'anno 2014).

Verificata l'ammissibilità della domanda di accertamento proposta dalla banca, va esaminato il rilievo preliminare svolto da quest'ultima per cui il giudice, in assenza di eccezioni da parte del curatore, non avrebbe potuto escludere, a motivo della sua revocabilità, la garanzia di un credito per il quale è stata iscritta ipoteca volontaria, trattandosi di eccezione in senso stretto come tale rilevabile solo ad istanza di parte.

Detto rilievo deve ritenersi superato dalla proposizione dell'eccezione da parte della curatela nella presente sede di opposizione, giudizio nel quale "non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 cod. proc. civ. in materia di "ius novorum", con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore" (ex *multis* Cass. civ. 14.12.2016, n. 25728).

Venendo al merito, il resistente ha innanzitutto insistito per la declaratoria di nullità, annullabilità o inefficacia dell'atto di concessione dell'ipoteca in quanto estraneo all'oggetto sociale della poi fallita.

Il rilievo è fondato per i motivi che seguono.

In data 15.07.2011 la banca concedeva a Smac s.r.l., titolare della totalità della quote di F.T., la somma di € 400.000,00 a titolo di mutuo, con l'intervento della stessa F.T. quale terza datrice d'ipoteca per l'importo di € 800.000,00. La controllata ha dunque garantito l'esatto adempimento dell'obbligazione contratta dalla controllante.

L'atto compiuto dagli amministratori in nome della società è estraneo all'oggetto sociale se non è idoneo in concreto a soddisfare un interesse economico, sia pure mediato ed indiretto, ma giuridicamente rilevante della società, non essendo sufficiente il criterio dell'astratta previsione, nello statuto, del tipo di atto posto in essere (Cass. civ., 12.12.2016, n. 25409, Cass. civ., 11.12.2006, n. 26325). L'astratta previsione contenuta nello statuto di F.T. per cui “la società potrà concedere [...] garanzie anche reali ogni qualvolta sarà ritenuto opportuno ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale” non è dunque in sé rilevante, dovendosi accertare se in concreto la dazione della garanzia rispondesse ad un interesse economico della società.

Nel caso in esame la concessione di un'ipoteca a garanzia di debiti della controllante deve ritenersi atto estraneo all'attività tipica di F.T., di carattere prettamente operativo avendo la stessa ad oggetto la “compravendita di aree edificabili ed immobili, la costruzione di immobili ad uso di civile abitazione, industriale e commerciale e la loro ristrutturazione, l'acquisto, la

vendita, la conduzione, l'affitto di fondi agricoli in genere, la gestione di aziende agricole". Non risulta che, in concreto, la concessione dell'ipoteca rispondesse ad un interesse economico, seppur indiretto, della poi fallita. Deve anzi ritenersi che l'operazione sia stata effettuata ad esclusivo beneficio della controllante Smac s.r.l. la quale, grazie alla concessione dell'ipoteca da parte della controllata F.T., ha ottenuto a mutuo la somma di € 400.000,00, importo utilizzato per rientrare (parzialmente) dalla propria esposizione debitoria maturata nei confronti di vari istituti di credito, tra cui la stessa Banca Popolare di Bergamo.

Ai sensi dell'art. 2384 c.c. il "potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale" (primo comma); le "limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società". La banca ha richiamato detto articolo per evidenziare come, a seguito dell'abrogazione dell'art. 2384-bis c.c.1, le disposizioni attualmente vigenti non prevedano più la rilevanza "esterna" dell'oggetto sociale rispetto ai poteri degli amministratori, cosicché il compimento di atti esorbitanti i limiti dello stesso assumerebbero esclusivamente valore interno alla società, "senza dare luogo a conseguenze opponibili nei confronti dei terzi e dunque a sanzioni, quali la nullità dell'atto".

¹ Art. 2384-bis c.c.: "L'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non può essere opposta ai terzi in buona fede".

Tale tesi non può essere condivisa. Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, la riforma ha unificato la disciplina prevista per l'opponibilità degli atti compiuti in violazione dei limiti al potere rappresentativo (art. 2384 c.c.) e quella riguardante gli atti estranei all'oggetto sociale (già disciplinata dall'art. 2384-bis c.c.): in entrambi i casi l'opponibilità ai terzi è ora prevista in ipotesi di *exceptio doli*, da intendersi quale consapevolezza di una stipulazione potenzialmente generatrice di danno per la società (Cass. civ., 08.11.2000, n. 14509; Cass. civ., 10.08.1988, n. 4914).

Nel caso in esame, in capo alla banca, deve ritenersi sussistente tale consapevolezza. Sul punto si richiama quanto sopra evidenziato: l'adempimento del contratto di mutuo è stato garantito da ipoteca concessa da società controllata al 100% dalla mutuataria; la terza datrice svolgeva attività eminentemente operativa nel settore immobiliare, da cui l'evidente estraneità dell'operazione *de qua* rispetto all'attività commerciale caratteristica; la provvista derivante dal contratto di mutuo è stata (in parte) utilizzata dalla controllante per ridurre l'indebitamento nei confronti della stessa ricorrente (saldo a debito residuo alla data del 30.06.2011: € 202.091,44; saldo a debito residuo alla data del 31.07.2011: € 102.127,50). Era dunque evidente come F.T. stesse gravando il proprio patrimonio immobiliare della garanzie reale *de qua* (del valore di € 800.000,00) a beneficio esclusivo della controllante.

Alla luce di quanto sopra, deve dichiararsi l'inefficacia dell'atto di concessione dell'ipoteca in quanto estraneo all'oggetto sociale di F.T..

Restano assorbiti gli ulteriori profili di invalidità/inefficacia dell'atto sollevati dalla curatela.

In merito alla seconda doglianza avanzata dalla ricorrente (il credito al rango chirografario è stato ammesso per l'importo di € 41.468,67 anziché per la maggior somma di € 286.000,00) si osserva quanto segue.

In data 01.09.2008 F.T. si costituiva fideiussore di Smac sino alla concorrenza di € 286.000,00 “per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta banca [Banca Popolare di Bergamo], dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto nominativo o a chi gli fosse subentrato, quali, ad esempio, finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di credito, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli, su crediti o su merci, sconto o negoziazione di titoli cambiari o documenti, rilascio di garanzia terzi, depositi cauzionati, riporti, compravendita titoli e cambi, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi”.

Trattasi dunque di fideiussione c.d. *omnibus*, sulla cui validità/efficacia il fallimento non ha mosso contestazioni, idonea, per la sua ampiezza, a garantire anche l'adempimento del contratto di mutuo del 15.07.2011.

Deve pertanto accogliersi, in parte *qua*, l'opposizione promossa dalla banca ed ammettere il credito di quest'ultima in via chirografaria sino alla concorrenza della garanzia fideiussoria prestata da F.T., pari, come detto, ad € 286.000,00 (somma inferiore ai crediti complessivi vantati dalla banca nei confronti di Smac).

L'esito e le ragioni della decisione (che vedono la banca soccombente sulla questione di maggior rilievo) giustificano la condanna della ricorrente alla rifusione dei due terzi delle spese di lite sostenute dal fallimento nel presente giudizio, liquidate per l'intero in € 11.472,00 (riconosciute le sole

fasi di studio, introduttiva e decisionale) a titolo di compenso professionale.
Compensate le spese per il residuo terzo.

P.Q.M.

il tribunale, in parziale accoglimento del ricorso promosso *ex art.* 98 l.f. da Banca Popolare di Bergamo s.p.a., a modifica dell'impugnato decreto del g.d. del 19.11.2014,

ammette Banca Popolare di Bergamo s.p.a. allo stato passivo del fallimento F.T. Immobiliare s.r.l. per l'importo complessivo di € 286.000,00 in via chirografaria;

rigetta per il resto l'opposizione proposta da Banca Popolare di Bergamo s.p.a.;

condanna Banca Popolare di Bergamo s.p.a. a rifondere al fallimento F.T. Immobiliare s.r.l. i due terzi delle spese di lite liquidate per l'intero in € 11.472,00, oltre al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15% e ad accessori di legge.

Brescia, camera di consiglio del 28.04.2017

Il presidente

dott. Raffaele Del Porto