

Civile Ord. Sez. 1 Num. 18729 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: CENICCOLA ALDO

Data pubblicazione: 13/07/2018

sul ricorso n. 3144\2013 proposto da

NOVELL s.r.l. (CF 03530130172) in persona del legale rapp.te p.t., nella qualità di proponente il concordato fallimentare del Fallimento Marifarma s.r.l., rapp.ta e difesa per procura in calce al ricorso dall'avv. Claudio Tatozzi e dall'avv. Pietro Sarrocco, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla v. Pasubio n. 4

- ricorrente -

contro

UNICREDIT s.p.a. (CF 00348170101) in persona del legale rapp.te p.t., rapp.ta e difesa per procura in calce al controricorso dagli avv. Gaetano De Simone, Maria Rosaria De Simone e Antonio de Simone, unitamente agli avv. Elio Ludini e Fabrizio Ludini, elettivamente domiciliati presso lo studio di questi ultimi in Roma alla v. Alberico II° n. 33

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1011/2012 depositata in data 21.3.2012 dalla Corte di Appello di Napoli;

OKL.
603
2018

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 dal relatore dr. Aldo Ceniccola.

Rilevato che:

Con sentenza n. 1011 del 21.3.2012 la Corte di Appello di Napoli in riforma della sentenza emessa dal Tribunale di S. Maria C.V. in data 14.5.2007 ed accogliendo l'appello proposto dalla Unicredit s.p.a. rigettava l'azione revocatoria ex art. 67, comma 1, n. 2 l.fall. e l'azione di inefficacia ex art. 167 e 168 l.fall. proposte dal Fallimento Marifarma s.r.l. ed in parziale accoglimento dell'appello incidentale e dell'azione revocatoria ex art. 67, co. 2, l.fall. dichiarava l'inefficacia dei pagamenti ricevuti dalla banca, condannando quest'ultima al pagamento di € 62.982,18 oltre interessi legali dalla domanda fino al saldo.

Osservava la Corte, per quanto ancora di interesse, che le operazioni compiute dalla società poi fallita nel secondo anno antecedente il decreto di ammissione al concordato preventivo lungi dal configurare, come ritenuto dal primo giudice, delle cessioni di credito in funzione solutoria, costituivano invece delle cessioni con funzione di garanzia ovvero mandati irrevocabili all'incasso con medesima funzione, in quanto erano state caratterizzate dall'addebito alla Marifarma s.r.l. degli insoluti dei crediti ceduti.

Con riferimento, poi, all'azione revocatoria promossa dalla curatela ai sensi dell'art. 67, co. 2, l.fall. osservava che l'unico serio indizio della conoscenza dello stato di insolvenza poteva essere identificato nell'emissione, su richiesta della banca, del decreto ingiuntivo del 29.6.1993 e dunque solo da tale data poteva ritenersi sussistente la "scientia decoctionis" della banca, sicchè potevano essere revocate solo le rimesse avvenute in epoca successiva per un importo complessivo pari ad € 62.982,18.

Infine, quanto ai pagamenti avvenuti nel corso della procedura di concordato preventivo, poiché risultava che essi erano avvenuti dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato ma prima del

relativo decreto di apertura, gli stessi potevano essere aggrediti con l'azione revocatoria ex art. 67 e non con quella di inefficacia ai sensi degli artt. 167 e 168 l.fall., in quanto la linea di confine tra le due fattispecie è rappresentata non dalla domanda ma dal decreto di ammissione alla procedura concorsuale alternativa al fallimento.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione la Novell s.r.l., nella qualità di proponente del concordato fallimentare del Fallimento Marifarma s.r.l. attraverso tre mezzi; resiste la Unicredit s.p.a. mediante controricorso; quest'ultima ha depositato memoria.

Considerato che:

Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 67, comma 1, n. 2, l.fall., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., avendo la Corte di Appello erroneamente considerato compatibile la cessione di credito o il mandato all'incasso, in funzione di garanzia, con la possibilità della banca, effettivamente sussistente nel caso concreto, di procedere al riaddebito degli insoluti dei crediti ceduti, venendo al contrario in rilievo nel caso di specie un sistema per consentire alla banca di intercettare flussi di denaro destinati da terzi all'impresa senza dover subire il rischio dell'insoluto ed ottenere dunque in modo anomalo il soddisfacimento del proprio credito.

In altri termini, secondo il ricorrente, la Corte territoriale, dopo aver correttamente posto in evidenza che nel caso in esame la Banca provvedeva a riaddebitare gli insoluti alla cedente, avrebbe erroneamente qualificato la fattispecie in esame come cessione in garanzia o mandato irrevocabile all'incasso (con la medesima funzione), in quanto il meccanismo del riaddebito automatico degli insoluti sarebbe del tutto estraneo alla struttura tipica di quei due istituti: sarebbe radicalmente assente nel mandato irrevocabile all'incasso e sarebbe presente nella cessione del credito ma solo dopo la preventiva ed infruttuosa escussione del debitore ceduto (mancante nel caso in esame).

Il motivo è fondato.

In realtà, esaminando la sentenza impugnata, emerge come la Corte territoriale abbia desunto unicamente dalla previsione contrattuale del riaddebito degli insoluti la funzione di garanzia della cessione (come tale non revocabile ai sensi del n. 2 dell'art. 67 l.fall.), evidenziando che se le anticipazioni avessero avuto funzione solutoria dei singoli crediti oggetto delle stesse, la banca non avrebbe potuto riaddebitare alla Marifarma gli insoluti dei crediti ceduti.

Al contrario deve osservarsi che il meccanismo del riaddebito dei costi costituisce un naturale riflesso della qualificazione della cessione come "pro solvendo" che, in quanto diretta alla estinzione di una obbligazione del cedente come effetto finale di un negozio giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello in virtù del quale il pagamento è dovuto, integra un mezzo non normale per il pagamento stesso (Cass. n. 23261 del 2014 e n. 15955 del 2005).

Posto che il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria di cui all'art. 67 l.fall. si computa dalla data della cessione e non da quella del pagamento, quale che sia la natura e la funzione dell'atto (Cass. n. 575 del 1995), deve rilevarsi che anche la cessione di credito "pro solvendo", che si perfeziona col solo consenso dei contraenti, produce immediatamente l'effetto reale tipico di trasferire al cessionario la titolarità del credito (indipendentemente dal fatto che il contratto venga stipulato in funzione solutoria o a scopo di garanzia), benché l'effetto liberatorio del cedente si realizzi solo al momento del pagamento da parte del terzo.

Considerato, dunque, che nella cessione "pro solvendo" il credito viene immediatamente trasferito al cessionario al momento della cessione, l'unico discrimine, rilevante al fine di stabilire le condizioni di assoggettamento alla revocatoria fallimentare, è costituito dalla verifica dello scopo pratico perseguito dalle parti.

E' stato infatti ulteriormente precisato che *"poiché la cessione di credito è un negozio a causa variabile - potendo essere stipulata anche a fine di*

garanzia, oltre che di pagamento - e poiché sono diverse le condizioni di assoggettabilità a revocatoria fallimentare dei pagamenti e delle garanzie, l'effettiva funzione solutoria della cessione "pro solvendo" di un credito va accertata in concreto, in ragione della sua eventuale destinazione all'estinzione o alla riduzione di una pregressa esposizione passiva: destinazione che peraltro dipende unicamente dal contesto oggettivo e soggettivo della cessione stessa, e non già da quello del successivo pagamento del credito ceduto" (cfr. Cass. n. 15955 del 2005).

La sentenza impugnata va pertanto cassata con rinvio, perché i giudici del merito accertino in concreto, indipendentemente dalla presenza del meccanismo del riaddebito dei costi, se la cessione controversa ebbe, alla luce del contesto oggettivo e soggettivo in cui venne stipulata, effettivamente funzione solutoria o di garanzia, tenendo conto dell'enunciato principio.

Con il secondo motivo il ricorrente si duole della violazione dell'art. 67, comma 2, l.fall. in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5, avendo la Corte omissa di valorizzare, in relazione alla "scientia decoctionis", la qualità di operatore professionale e qualificato della convenuta in relazione ai vari elementi indicati dal fallimento (quali l'entità degli effetti insoluti e protestati, le risultanze dell'elaborato peritale e dei bilanci, le segnalazioni presso la Centrale dei Rischi) dai quali poteva desumersi la conoscenza dello stato di insolvenza anche per il periodo anteriore al 29.6.1993.

Il motivo è infondato.

La Corte territoriale ha correttamente preso in considerazione i singoli elementi prospettati dal ricorrente e motivato, in relazione a ciascuno, circa la loro inidoneità a fondare un giudizio positivo circa la concreta sussistenza della "scientia decoctionis" in capo alla banca: ha in particolare evidenziato che le risultanze della Centrale Rischi non erano state prodotte né ne era stato indicato il contenuto; che le risultanze dei bilanci, per altro prodotti solo con l'appello incidentale e trascurando il

giudizio preliminare circa la loro indispensabilità ex art. 345 c.p.c., non segnalavano alcuna condizione di insolvenza, emergendo una situazione di sostanziale equilibrio; che dalla ricostruzione compiuta dal c.t.u. emergeva come il saldo del conto corrente ordinario fosse stato anche per periodi prolungati in attivo nel corso degli ultimi due anni antecedenti l'ammissione al concordato preventivo.

Deve pertanto ribadirsi il consolidato orientamento di questa Corte secondo il quale *"in tema di elemento soggettivo dell'azione revocatoria proposta ex art. 67, secondo comma, legge fall., la "scientia decoctionis" in capo al terzo, come effettiva conoscenza dello stato di insolvenza, è oggetto di apprezzamento del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato, potendosi formare il relativo convincimento anche attraverso il ricorso alla presunzione, alla luce del parametro della comune prudenza ed avvedutezza e della normale ed ordinaria diligenza, con rilevanza peculiare della condizione professionale dell'"accipiens" e del contesto nel quale gli atti solutori si sono realizzati"* (cfr. da ultimo Cass. n. 3081 del 2018).

Il terzo motivo evidenzia la violazione degli artt. 167 e 168 l.fall., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., essendo le disposizioni degli artt. 167 e 168 l.fall. destinate ad operare fin dal momento del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

Il motivo è fondato.

Sulla questione va in effetti segnalato il precedente contenuto in Cass. n. 22601 del 2017 secondo il quale *"gli effetti del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata retroagiscono, in forza del combinato disposto degli artt. 188, comma 2 (vigente ratione temporis), 167 e 168 l.fall., alla data di presentazione della domanda di ammissione, essendo i detti effetti di moratoria generale dei debiti d'impresa per tutta la durata della procedura funzionali al rispetto della par condicio creditorum. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'inefficacia del pagamento*



preferenziale, relativo a debito pregresso, effettuato dall'impresa dopo la presentazione della domanda di ammissione all'amministrazione controllata, poi sfociata nel fallimento, ma prima dell'adozione del decreto di ammissione)".

La pronuncia ha dunque esteso all'amministrazione controllata un principio considerato pacifico (e che poteva non apparire tale in tema di amministrazione controllata a causa dell'equivoco disposto contenuto nell'art. 188 co. 2) e cioè che in tema di concordato preventivo gli effetti del decreto di apertura sono retrodatati al momento della domanda.

Tale principio deve essere in questa sede ribadito, con specifico riferimento al concordato preventivo.

L'art. 167 l.fall. si limita a dichiarare l'inefficacia degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza autorizzazione "durante la procedura" senza fare riferimento al decreto di ammissione; l'art. 168 l.fall., parallelamente ma più precisamente, fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore "dalla data della presentazione del ricorso": le due norme sono accomunate dalla medesima "ratio", presupponendo la regola, funzionale al principio della "par condicio creditorum", di moratoria di tutti i pagamenti per tutto il tempo della procedura.

E dunque, comune essendo lo scopo sotteso a tali disposizioni, la diversa formulazione letterale (il fatto cioè, che la prima norma usi l'espressione "durante la procedura" e la seconda più incisivamente faccia riferimento alla "data della presentazione della domanda") non appare decisiva, dovendosi semmai ritenere che la sanzione di inefficacia riguardi anche i pagamenti compiuti prima del decreto di ammissione in considerazione dell'esigenza di evitare che, nel tempo intercorrente tra la data della domanda e quella del decreto di ammissione, si verificino diminuzioni dell'attivo e deroghe alla "par condicio" che rischierebbero d'altronde di modificare le condizioni di ammissione esposte dal piano sottoposto all'esame del Tribunale.

L'accoglimento del primo e del terzo motivo del ricorso impongono di cassare la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di Appello di Napoli che, in diversa composizione, provvederà a statuire anche riguardo alle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il secondo motivo, accoglie il primo ed il terzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Napoli, in diversa composizione, per statuire anche sulle spese della fase di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 marzo 2018.