

Civile Sent. Sez. 1 Num. 16347 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 21/06/2018

SENTENZA

sul ricorso 20033/2014 proposto da:

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via L. Caro n.62, presso lo studio dell'avvocato Ciccotti Simone, rappresentata e difesa dall'avvocato Zanotti Riccardo, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

146
2018

Lucchini S.p.a. in Amministrazione Straordinaria, in persona del Commissario Straordinario pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Salaria n. 259, presso lo studio dell'avvocato Passalacqua Marco, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Arato Marco, Varni Elisabetta, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di LIVORNO, del 02/07/2014;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/05/2018 dal cons. TERRUSI FRANCESCO;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale ZENO IMMACOLATA che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione dei motivi terzo e sesto (rigetto del motivo secondo, assorbiti i restanti);
udito, per la ricorrente, l'Avvocato S. Ciccotti, con delega, che ha chiesto l'accoglimento;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato M. Passalacqua che ha chiesto il rigetto.

Fatti di causa

La Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (d'ora in poi solo banca o MPS) ha proposto ricorso per cassazione, sorretto da sette motivi, avverso il decreto col quale il tribunale di Livorno ha respinto la sua opposizione allo stato passivo della Lucchini s.p.a. in amministrazione straordinaria.

Per quel che è possibile dedurre dal decreto e dalle comuni premesse degli scritti difensivi, la banca aveva chiesto l'ammissione di due crediti: (i)

l'uno, per euro 114.098.032,14, al chirografo, a titolo di finanziamento; (ii) l'altro, per euro 1.949.891,91, in prededuzione e in via condizionata a titolo di eventuale regresso, per pregresse fideiussioni non ancora escusse e asserite "fee". Il giudice delegato aveva ammesso il primo credito per la minor somma di euro 107.079.816,36, sul rilievo che la banca non aveva decurtato le ultime due tranches di strumenti finanziari di partecipazione (SFP) al capitale, e aveva ammesso il secondo per il minor importo di euro 1.845.460,60 (poiché nel resto la garanzia era da considerare scaduta), in via condizionale ma al chirografo, per difetto dei presupposti della prededuzione.

Il tribunale di Livorno ha respinto l'opposizione, osservando che in base agli accordi, la linea di finanziamento accordata dalla banca in correlazione col sottoscritto *facility agreement* avrebbe dovuto convertirsi in strumenti partecipativi (art. 2436, sesto comma, cod. civ.) allorché questi fossero stati emessi, e l'emissione si sarebbe dovuta considerare automaticamente effettuata "alla data in cui il c.d.a. avesse comunicato ai titolari la situazione interinale esercitando, pertanto, la delega all'emissione di SFP per l'importo di volta in volta indicato con delibera dello stesso c.d.a.". Era dunque emerso che "la Lucchini aveva emesso la seconda tranche di SFP in data 27-9-2012 (..) in favore di MPS (..), nonché la terza tranche di SFP in data 20-11-2012 (..), con comunicazione alla banca in data 13-12-2012", e in base al regolamento di emissione gli importi, deliberati dal consiglio di amministrazione e comunicati alla banca, dovevano essere dedotti dal credito totale, essendosi trattato di poste attive

in favore di Lucchini senza bisogno di ulteriore accettazione da parte della banca stessa.

Quanto alla garanzia fideiussoria rilasciata anteriormente all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il tribunale ha osservato che la prededuzione non poteva operare, avendo l'accordo natura esclusivamente privatistica e non essendo qualificabile come procedura concorsuale; inoltre, a proposito del credito da regresso, non era stato assolto l'onere probatorio circa il pagamento del debito principale, e in ogni caso il fideiussore, che avesse pagato dopo la dichiarazione di insolvenza, non avrebbe potuto esercitare il regresso al di fuori del concorso.

L'intimata ha replicato con controricorso.

Le parti hanno depositato memorie.

Ragioni della decisione

1. - La ricorrente censura coi primi due mezzi la statuizione inerente la sorte del credito da finanziamento.

Col primo mezzo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., 2697 cod. civ. e 99 legge fall., in quanto spettava alla procedura dimostrare l'esistenza di fatti tesi a giustificare la decurtazione del credito vantato *ex adverso*, e i documenti giustificativi della decurtazione erano stati prodotti tardivamente, dopo la costituzione dinanzi al tribunale, con la memoria autorizzata del 24-6-2014. A dire della ricorrente, la documentazione prodotta tempestivamente non autorizzava a ritenere provata l'emissione da parte della Lucchini della seconda e della terza tranche degli SFP.



Col secondo mezzo la banca denuncia l'omesso esame di fatti decisivi (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.), e segnatamente del fatto che essa opponente non aveva nessun obbligo di decurtare alcunché dagli importi richiesti in sede di ammissione al passivo, in quanto mai aveva ricevuto le due tranches di SFP ai quali il tribunale aveva fatto riferimento, e comunque in quanto la controparte non aveva conferito data certa ai predetti SFP.

2. - I primi due motivi sono in parte inammissibili - perché, sotto spoglie di riferimenti ai criteri distributivi dell'onere della prova e alle norme processuali afferenti, si traducono in censure in fatto - e in parte comunque infondati.

2.1. - La difesa della ricorrente ha dato implicita conferma della circostanza che al fondo dell'emissione degli strumenti partecipativi era stato concordato un meccanismo di conversione della linea di finanziamento, ai sensi dell'art. 2346, sesto comma, cod. civ.

Se ne deduce che - come postulato dalla difesa della procedura - l'operazione era funzionale ad attribuire alle banche (tra le quali MPS) gli SFP contestualmente alla riduzione pro quota dell'esposizione debitoria della società.

La norma codicistica rende legittimo plasmare gli strumenti finanziari partecipativi, dotati di diritti patrimoniali e amministrativi, a fronte di apporti, giacché lascia all'autonomia statutaria la facoltà di disciplinarne sia le modalità che le condizioni di emissione.

La variabilità causale dell'operazione a base dell'emissione degli strumenti partecipativi implica che essi ben possano rappresentare un

investimento in capitale di rischio nel senso implicitamente ritenuto dal tribunale di Livorno.

2.2. - Ora il tribunale – per quanto utilizzando in modo ambivalente e inappropriato il termine “emissione” sia in rapporto alla banca che in rapporto alla società Lucchini – ha accertato che gli SFP erano stati emessi (dalla società) anche in relazione alle seconda e alla terza tranche, e ricevuti dalla banca in conformità alla specifica pattuizione contenuta nel regolamento sottoscritto dalle parti, in base al quale l’emissione dovevasi intendere già specificamente concordata sì da non necessitare di ulteriore accettazione.

La ricorrente contesta che in base al regolamento le due tranche di SFP potessero considerarsi automaticamente suscettibili di emissione in tal modo. Ma al riguardo il ricorso non soddisfa il fine di autosufficienza, atteso che il testo del regolamento non risulta riportato neppure nei tratti salienti.

E’ poi generica e parimenti assertiva l’affermazione secondo la quale la documentazione utilizzata dal tribunale, onde pervenire alla detta conclusione, era quella tardivamente prodotta in sede di opposizione, posto che, invece, anche il giudice delegato aveva ritenuto il credito decurtabile in ragione delle menzionate tranche di strumenti partecipativi.

2.3. - Quanto al secondo motivo, niente conforta l’assunto della ricorrente secondo cui le suddette due tranche non erano state ricevute.

Ben vero la genericità della censura neppure consente di comprendere in qual senso MPS abbia impiegato il termine “ricevuti” a fronte di strumenti partecipativi la cui emissione il tribunale ha stabilito

essere stata già previamente concordata tra le parti. In ogni caso, in relazione agli oneri di specificità di cui all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., la ricorrente non ha puntualizzato quale specifico fatto il tribunale avrebbe dovuto esaminare onde giungere alla postulata diversa conclusione.

I primi due motivi di ricorso, tra loro connessi, vanno dunque rigettati.

3. - Inammissibili, per difetto di autosufficienza, sono i motivi terzo, quarto e quinto.

La ricorrente censura la decisione del tribunale in relazione alla sorte della "domanda di ammissione in prededuzione ex art. 111 legge fall. in merito alla garanzia fideiussoria in favore della RFI s.p.a. per l'importo di euro 13.149,13 rilasciata successivamente all'accordo di ristrutturazione (..) regolarmente omologato da parte del tribunale di Milano e nell'ambito del predetto accordo di ristrutturazione".

Nello specifico denuncia (i) col terzo motivo l'omissione di pronuncia del tribunale di Livorno su tale domanda, (ii) col quarto motivo, in subordine, la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., 2697 cod. civ. e 99, 111, 182-bis e 182-quater legge fall., non avendo il tribunale valutato che i debiti verso gli istituti di credito, sorti in esecuzione degli accordi, sono assistiti da prededuzione, (iii) col quinto motivo, ancora in subordine, l'omesso esame di quanto al riguardo emergente dal provvedimento di omologazione citato.

Sennonché è essenziale notare che, a fronte delle censure della banca aventi come presupposto che dinanzi al tribunale fosse stata fatta valere



una simile pretesa, dal decreto niente al riguardo risulta. E questa Corte ha da tempo chiarito che, in tema di ricorso per cassazione, qualora una determinata questione - che implichi accertamenti di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella decisione impugnata, il ricorrente che proponga la suddetta questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche di indicare, per il principio di autosufficienza, in quale modo e in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa (v. per tutte Cass. n. 22540-06, Cass. n. 12992-10).

Il ricorso del MPS non soddisfa minimamente simile onere.

4. - Il sesto e il settimo motivo sono invece relativi alla sorte della "domanda di ammissione in prededuzione ex art. 111 l.f. (..) per ciò che concerne le garanzie fideiussorie rilasciate da parte della banca MPS già precedentemente all'accordo di ristrutturazione ed oggetto della domanda di ammissione al passivo".

Segnatamente, col sesto motivo la banca deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., 2697 cod. civ. e 99, 111, 182-bis e 182-quater legge fall., poiché le dette fideiussioni avevano rappresentato un sostegno finanziario fondamentale nell'evoluzione delle vicende societarie, sia prima che dopo l'accordo di ristrutturazione, ed erano state espressamente indicate anche nel *facility agreement* del 21-12-2011,

2



al punto che gran parte dei contratti di fornitura così garantiti erano stati poi integralmente eseguiti senza richiesta alcuna da parte dei creditori. In relazione alle fideiussioni, dunque, sebbene non essendo state ancora escusse, non poteva il tribunale (secondo la ricorrente) negare l'ammissione in prededuzione sull'erroneo rilievo di non poter qualificare l'accordo di ristrutturazione come procedura concorsuale.

Col settimo mezzo la banca denuncia l'omesso esame del fatto decisivo che le fideiussioni erano state appunto rilasciate precedentemente all'accordo di ristrutturazione in termini funzionali al perseguimento dell'attività d'impresa.

5. - Questi motivi sono inammissibili e in ogni caso sono infondati, anche se è necessario correggere la motivazione del tribunale quanto al profilo attinente alla qualificazione giuridica degli accordi di ristrutturazione.

5.1. - Questa Corte ha chiarito che l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis legge fall. appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla sua disciplina che presuppone, da un lato, forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata (in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione) e, dall'altro, effetti protettivi (quali i meccanismi di protezione temporanea e l'esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione), tipici dei procedimenti concorsuali (cfr Cass. n. 1182-18, Cass. n. 1896-18).

↓

L'appartenenza al novero delle procedure concorsuali è stata ancor più di recente ribadita in rapporto all'applicabilità dell'art. 162 legge fall. (v. Cass. n. 9087-18).

Essa trova conferma in dati normativi non equivoci: non solo nell' art. 23, comma 43, del d.l. n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 111 del 2011, che (come opportunamente evidenziato da Cass. n. 9087-18) consente agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza l'accesso " alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter " legge fall., ma anche nell'art. 27 del d.m. n. 140 del 2012, recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte dell'organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia. Questa norma invero prende in considerazione anche e proprio l'accordo di ristrutturazione nell'ambito delle attività di "assistenza in procedure concorsuali", imponendo di parametrare al valore della pratica in funzione del totale delle passività "la liquidazione di incarichi di assistenza al debitore nel periodo preconcorsuale e, altresì, nel corso di una procedura di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione di debiti e di amministrazione straordinaria", secondo quanto indicato dal riquadro 9 della tabella C per i dottori commercialisti ed esperti contabili.

Il dato normativo nazionale conforta, dunque, l'evoluzione dell'istituto, sempre più delineato sul piano degli strumenti procedimentali di regolazione della crisi di impresa alternativi al fallimento, ed è coerente con quanto desumibile dal diritto dell'Unione europea, oramai nettamente orientato a inscrivere a tutti gli effetti gli accordi di ristrutturazione tra le

procedure concorsuali pubbliche (art. 1 del Regolamento (UE) 2015/848 sull'insolvenza transfrontaliera). Ciò in relazione alle caratteristiche della concorsualità considerate all'uopo rilevanti. Invero l'art. 2 del Regolamento (UE) 2015/848 stabilisce che è "procedura concorsuale" quella "che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura".

5.2. – E' dunque erronea (e in parte anche anacronistica) la tesi ancora dal tribunale di Livorno sostenuta, secondo la quale l'accordo di ristrutturazione dei debiti sarebbe da concludere tra gli accordi meri di diritto privato.

6. - Tuttavia i motivi di ricorso qui sviluppati dalla banca, ove non inammissibili ancora una volta e risolutivamente per difetto di autosufficienza, si palesano infondati quanto al presupposto.

Sono certamente prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 legge fall., i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182-quater, primo comma, legge fall.). Questa Corte ha invero di recente chiarito che la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati" in esecuzione dell'accordo omologato è coessenziale al fatto che si tratti di crediti annoverabili nella suddetta categoria, sicché, una volta accertata la presenza di tali crediti e omologato l'accordo, la prededucibilità consegue senza che il tribunale debba svolgere una nuova verifica di funzionalità dell'accordo medesimo, insita

nell'omologazione, e quale che sia la tipologia di finanziamento adottata, anche diversa dal mutuo (nella specie una fideiussione), stante l'ampiezza della previsione e la sua *ratio* compensativa del rischio del finanziatore realizzata con la prededucibilità del relativo credito (v. Cass. n. 2627-18).

Però tale principio, affermato proprio in relazione a una distinta controversia tra le medesime parti e più volte richiamato dalla ricorrente nella memoria di cui all'art. 378 cod. proc. civ., non giova nel caso di specie, poiché è vero che nella tipologia dei "finanziamenti" va compresa anche la fideiussione, ed è vero che, ai sensi dell'art. 182-quater, secondo comma, sono parificati ai crediti di cui al primo comma quelli derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (qualora i finanziamenti siano previsti dall'accordo di ristrutturazione e l'accordo sia omologato); e tuttavia non è men vero che l'ambito del principio resta correlato al fatto – ben evidenziato nell'*incipit* della motivazione di Cass. n. 2627-18 – che la fideiussione sia stata alfine escussa.

Nel caso concreto la stessa ricorrente assume che le fideiussioni da essa prestate non erano (e non sono) state mai escuse. E tanto è dirimente, perché la mancata escussione è ostativa di per sé alla domanda tesa a far valere la pretesa, benché meno in prededuzione. Difatti prima dell'escussione non esiste il credito del fideiussore nei confronti del debitore principale; e il fideiussore non può essere in tal guisa ammesso al passivo neppure con riserva (v. Cass. n. 19609-17, nonché ex *aliis* Cass. n. 613-13).

7. – In conclusione, il ricorso è rigettato.

Le spese seguono la soccombenza.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alle spese processuali, che liquida in euro 15.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre accessori e rimborso forfetario di spese generali nella percentuale di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile, addì 16 maggio 2018.

Il Presidente

