

Civile Sent. Sez. 3 Num. 23641 Anno 2019

Presidente: GRAZIOSI CHIARA

Relatore: GORGONI MARILENA

Data pubblicazione: 24/09/2019

SENTENZA

•
• sul ricorso iscritto al n. 19760-2017 R.G. proposto da:

DE BONA S.R.L., quale società incorporante la società DE BONA FVG, in persona
del legale rappresentante Gaetano De Bona, rappresentata e difesa dall'Avv.
del 19 del 1998 Mario Calgaro e dall'Avv. Paolo Panariti, con domicilio eletto in Roma presso lo

RG n. 19760-2017

Studio di quest'ultimo, via Celimontana, n. 38;

– ricorrente –

contro

BANCO BPM S.P.A., già Banco Popolare – Società Cooperativa, e, per esso, ALBA LEASING S.P.A., in persona del suo procuratore speciale Alessandra Vanzo, nella sua qualità di mandataria/procuratrice di BANCA ITALEASE (ora BANCO BPM S.P.A.), rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Brugnattelli e dall'Avv. Luca Filippo Andrea Szego, con domicilio eletto in Roma presso lo Studio legale Ichino-Brugnattelli e Associati, viale delle Milizie, n. 1

– controricorrente e ricorrente incidentale –

avverso la sentenza n. 267/17 della Corte d'Appello di Trieste, depositata il 15/05/2017, notificata per mezzo Pec il 29/05/2017

Udita la relazione svolta nella Pubblica Udienda dal Consigliere Marilena Gorgoni

Udite le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Alberto Cardino, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale

Udito l'Avv. Paolo Panariti per DE BONA S.R.L.

Udito l'Avv. Luca Filippo Andrea Szego per BANCO POPOLARE SOC. COOP, già BANCA ITALEASE S.P.A.

FATTI DI CAUSA

De Bona S.r.L. ricorre per la cassazione della sentenza n. 267/2017 della Corte d'Appello di Trieste, pubblicata il 15/05/2017, affidandosi a due motivi.

Resiste e propone ricorso incidentale Banco BPM S.p.A., già Banca Italease S.p.A., basato su un solo motivo.

La società ricorrente espone che la società De Bona FVG, incorporata per fusione, era stata condannata dal Tribunale di Trieste, con sentenza n. 474/2015, a corrispondere alla Banca Italease S.p.A. euro 214.440,00, al netto di Iva, per l'illegittima occupazione, dal 20 giugno 2012 al 7 ottobre 2013, dell'immobile sito in Trieste, via Flavia 104.

La somma oggetto della condanna era stata determinata tenendo conto dell'ammontare dei canoni mensili detratto quanto la società locatrice, la Lucioli S.p.A., aveva versato alla banca.

L'immobile, infatti, era stato ottenuto in locazione finanziaria dalla Luciolicar S.p.A., poi era stato concesso in sublocazione dalla società detentrici alla Lucioli S.p.A., previa autorizzazione della banca locatrice; successivamente la società Lucioli S.p.A. aveva ceduto l'azienda, comprendente il contratto di sublocazione, all'attuale ricorrente; la Società Luciolicar S.p.A. aveva poi ceduto il contratto di locazione finanziaria all'attuale ricorrente.

La Luciolicar S.p.A. era risultata inadempiente rispetto al pagamento dei canoni di locazione e la Banca Italease aveva risolto il contratto in data 20 giugno 2012.

L'attuale ricorrente, che deteneva l'immobile in forza della cessione del contratto di locazione finanziaria, lo aveva restituito il 7 ottobre 2013.

Di qui la richiesta rivoltagli, da parte della banca locatrice, di pagamento dell'indennità di occupazione nel periodo compreso tra la data di risoluzione del contratto e quella di effettivo rilascio dell'immobile.

Ritenendo che la determinazione dell'indennità di occupazione fosse stata erroneamente determinata, tenuto conto del canone mensile di sublocazione, il quale non era stato determinato solo in ragione del corrispettivo per il godimento dell'immobile, ma anche quale corrispettivo per la cessione del contratto di *leasing*, la società ricorrente impugnava la sentenza di prime cure dinanzi alla

Corte d'Appello di Trieste, la quale, con la sentenza gravata, rigettava l'appello e confermava integralmente la decisione del Tribunale di Trieste.

La Corte territoriale riteneva, infatti, che il danno da occupazione illegittima fosse stato correttamente determinato dal giudice di prime cure sulla base del c.d. danno figurativo e, in particolare, avendo presente il valore locativo del bene in considerazione della perdita della disponibilità dello stesso da parte del proprietario e dell'impossibilità di conseguirne un utile, in relazione alla sua natura normalmente fruttifera; precisava che il criterio del valore locativo non era stato oggetto di impugnazione, che non era necessario ricorrere ad una CTU per determinare il valore locativo dell'immobile, atteso che esso emergeva *ex actis*, che la determinazione del corrispettivo contenuta nel contratto di cessione del contratto di *leasing* era diversa dal valore locativo dell'immobile e che l'accordo di cessione del contratto di *leasing*, intercorrendo tra altre parti, cui la Banca Italease era rimasta estranea, non poteva esserle opposto.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Ricorso principale di De Bona S.r.L.

1. Con il primo motivo la società De Bona censura la sentenza impugnata per: a) violazione e falsa applicazione dell'art. 2056 in relazione all'art. 1226 cc.; b) motivazione contraddittoria e illogica in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.; c) omesso esame di un fatto decisivo, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

La società ricorrente precisava che aveva detenuto, dal 17/02/2011 al 7/10/2003, l'immobile in forza di contratto di cessione del contratto di locazione finanziaria stipulato con la società Luciolicar S.p.A. — cessione non autorizzata dalla Banca Italease — che aveva pagato il canone di locazione a Luciolicar fino al febbraio 2012, quando aveva appreso che la società dante causa si era resa gravemente inadempiente nei confronti della banca, la quale, di conseguenza, aveva risolto il contratto, che aveva riconosciuto di aver detenuto illegittimamente l'immobile dalla data di risoluzione del contratto fino alla data del rilascio e che era consapevole di dover corrispondere alla banca il danno figurativo pari al canone di locazione ai valori correnti di mercato; contestava,

RG n. 19760-2017

però, la debenza di un danno determinato tenendo conto del canone di sublocazione finanziaria ammontante ad euro 21.420,00 mensili, al netto dell'IVA, perché tale canone non sarebbe solo parametrato al corrispettivo del godimento del bene, ma anche al corrispettivo per il trasferimento del diritto di proprietà. Il *leasing* essendo di tipo traslativo, quindi, un contratto in cui il trasferimento del diritto di proprietà del bene ottenuto in locazione all'utilizzatore non costituiva una mera eventualità rimessa all'esercizio del diritto di opzione, ma la sorte programmata dalle parti in sede di conclusione del contratto – qualificazione non contestata dalla banca – prevedeva evidentemente che il canone di locazione fosse determinato in misura tale da tener conto dell'effetto traslativo finale, rapportandoli (anche) alla quota di parte del prezzo per conseguire il diritto di proprietà. Pertanto, la Corte territoriale non avrebbe dovuto prendere tale canone come parametro per il calcolo del risarcimento del danno da occupazione illegittima

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2729, 2697 e 1227 c.c. per omessa ammissione della CTU, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Dovendo determinare il valore locativo dell'immobile locato, quale parametro di determinazione del danno figurativo, anziché erroneamente farlo coincidere con il canone di locazione finanziaria traslativa, il giudice a quo avrebbe dovuto disporre una consulenza tecnica preventiva per determinarlo.

Ricorso incidentale di Italease

3. La ricorrente incidentale denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 100 c.p.c. nonché dell'art. 2909 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

La tesi della Banca Italease è che la Corte d'Appello avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il gravame perché proposto da una società priva di legittimazione ad agire, in quanto cancellata dal registro delle imprese.

L'attuale ricorrente per cassazione è la società De Bona S.r.L. incorporante la società De Bona FVG con atto di fusione del 12/11/2014. Pertanto, l'appello proposto dalla società De Bona FVG, in data 17/01/2016, era stato introdotto da

una società estinta, perché cancellata dal registro delle imprese in data 31/12/2014.

4. Pur dovendo, di norma, il ricorso incidentale essere esaminato dopo quello principale, nel caso di specie, in considerazione dell'eccezione con esso sollevata, la quale pone in discussione l'interesse a ricorrere del ricorrente principale e quindi tende a paralizzare la domanda avversaria sul piano pregiudiziale della mancanza di una condizione dell'azione, il suo scrutinio deve precedere la valutazione del ricorso principale.

Per chiarire i termini della questione sottoposta all'attenzione di questa Corte regolatrice occorre partire dall'art. 2504 *bis*, comma 1, c.c., nel testo che risulta dopo la riforma attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003, applicabile al tempo dei fatti, il quale prevede che la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

Questa Corte regolatrice con la pronuncia a Sezioni Unite 8/02/2006, n.2637, al solo scopo di risolvere una questione di giurisdizione, e, quindi, con un *obiter dictum*, ha inquadrato per la prima volta l'operazione di fusione di società tra le vicende meramente modificative dell'atto costitutivo, ponendosi in contrasto con il tradizionale e monolitico orientamento precedente, secondo il quale la fusione comporterebbe, al contrario, l'estinzione della società e la conseguente successione a titolo universale del soggetto incorporante (nella fusione per incorporazione) o risultante dalla fusione (nella fusione paritaria) in tutti i rapporti sostanziali e processuali trasmissibili: soluzione quest'ultima che non era stata scalfita neppure dall'entrata in vigore della riforma organica delle società di capitali e società cooperative che aveva modificato il riferito art. 2504 bis c.c. Se ne trova conferma nelle pronunce Cass. 07/01/2004, n. 50; Cass. 16/01/2004, n. 554; Cass. 18/03/2005, n. 5973; Cass. 06/05/2005, n. 9432; Cass. 25/01/2006, n. 1413, che avevano seguito l'orientamento tradizionale, nonostante l'intervenuta modifica normativa: segno di una certa difficoltà o riluttanza a cogliere le novità della riforma non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale, che aveva indotto la dottrina a parlare della fusione estintiva come di un dogma infrangibile.

Proprio dal tenore dell'art. 2504 bis c.c. questa Corte regolatrice ha tratto il convincimento che il legislatore abbia voluto escludere che la fusione per incorporazione comportasse l'estinzione della società incorporata e la creazione di un nuovo soggetto giuridico ed attuare l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

Tale tesi definita modificazionista si è pensato trovasse un ulteriore e più sicuro riscontro normativo nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che, all'art. 29, prescrive che "nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli eri partecipanti alla fusione" e, all'art. 42, che "il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti dalla fusione, dalla trasformazione, dalla scissione".

Il risvolto processuale del superamento della tesi della successione a titolo universale della società incorporante deve essere valutato con riferimento ad una serie di conseguenze che se ne erano tratte al fine di verificarne la eventuale sopravvivenza: a) la necessità di notificazione alla società incorporante della citazione introduttiva del giudizio promosso contro la società incorporata, dopo la verifica della fusione (Cass. 23/03/2001, n. 4180); b) la nullità dell'atto di appello proposto nei confronti di società incorporata nelle more del giudizio di primo grado (Cass. 06/12/1984, n. 6404; Cass. 09/04/1998, n. 3694); l'interruzione del processo, ex art.300 c.p.c., conseguente alla fusione di società (Cass. 22/06/1999, n. 6298; Cass. 02/08/2001, n. 10595); la estinzione del mandato *ad litem* conferito dall'incorporata, con conseguente difetto di potere rappresentativo in capo al difensore ai fini della proposizione dell'impugnazione a nome della società incorporante, in caso di incorporazione nel corso della causa di primo grado (Cass. 27/01/1994, n.833); l'inaammissibilità del ricorso per cassazione proposto, dopo il perfezionamento della fusione, da società incorporata, in quanto proveniente da soggetto inesistente (Cass. 02/04/2002, n. 4679); la nullità del ricorso notificato, per la riassunzione del giudizio di rinvio, alla società incorporata in luogo della incorporante (Cass. 19/09/1991, n. 9777).

Decisivo rilievo è stato attribuito sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina al fatto che il legislatore abbia sostituito l'aggettivo "estinte", usato *ante*

riformam per riferirsi alle società incorporate, con quello di "società partecipanti alla fusione": il che ha privato di sostrato argomentativo la tesi della successione a titolo universale implicante l'estinzione della società incorporata.

Parimenti dirimente è risultata l'espressione "proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione". Essa ha contribuito a far ritenere, proprio perché nulla prevede in termini di estinzione della società incorporata, che la società incorporante, in quanto centro unitario di imputazione dei rapporti preesistenti, cioè di tutte le posizioni attive e passive già facenti capo all'incorporata, abbia anche la legittimazione attiva e passiva della prima come soggetto che prosegue l'attività della seconda. Più in particolare, non ci sarebbe alterità soggettiva tra la società incorporata e quella risultante dalla fusione – "risolvendosi (come è già stato rilevato indottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo": Cass., Sez. Un., 8/02 2006, n. 2637, cit. – potendo la relazione tra le stesse essere ricostruita in termini di integrazione reciproca, giusta il rilievo che i singoli rapporti si integrano nel patrimonio unificato e conservano il loro nesso di derivazione dalla fonte originaria, verificandosi una variazione soggettiva meramente formale che non estingue un soggetto e correlativamente non ne crea uno nuovo.

Le soluzioni adottate dopo l'intervento delle Sezioni Unite sono di segno opposto rispetto alle precedenti, giacché affermano il perdurare della legittimazione processuale in capo alla società che, nel corso del giudizio, venga incorporata in (o fusa con) un'altra: Cass. 16/09/2016, n. 18188, relativa alla legittimazione attiva dell'incorporata a proporre appello; Cass. 18/11/2014, n. 24498, sulla legittimazione passiva dell'incorporata a ricevere un atto di appello; Cass. 18/04/2012, n. 6058, ha confermato la sentenza emessa nei confronti dell'incorporata, pur essendosi la fusione già perfezionata nel corso del giudizio. 10

Ai fini che qui interessano, la prosecuzione riguarda anche i rapporti processuali, allo scopo di evitare, in funzione del principio del giusto processo, l'interruzione dei processi in corso che coinvolgano la società incorporata (Cass. 15/02/2013, n. 3820). 9

Entro tale cornice di riferimento si colloca la vicenda per cui è causa, ove si pone una questione più specifica: se la società incorporata conservi legittimazione processuale attiva dopo la sua cancellazione dal registro delle imprese.

Il *quid pluris* è, dunque, rappresentato proprio dalla cancellazione dal registro delle imprese.

Per mettere in chiaro i termini del problema è necessario tener presente che un conto sono le esigenze di tutela della controparte processuale che non può essere gravata di un onere di controllo continuo delle risultanze del registro delle imprese, di qui la legittimità della chiamata in giudizio della società incorporata, costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte, anche ove cancellata dal registro delle imprese (cfr., tra le più recenti, Cass. 12/02/2019, n.4042); altro è invece la pretesa della società incorporata, già cancellatasi dal registro delle imprese, di conservare una legittimazione processuale attiva, come è avvenuto in questo caso, procrastinando l'esistenza in vita di una società estinta fino alla cessazione dei rapporti che la riguardano con correlativa proroga praticamente *sine die* dei suoi organi rappresentativi.

Proprio perché come si è detto – e come è stato ribadito da questa Corte (Cass., Sez. Un., 17/09/2010, n. 19698; Cass., Sez. Un., 14/09/2010, n. 19509) – l'incorporazione per fusione non estingue della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto, bensì dà vita ad una unificazione partitaria mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione (Cass., Sez. Un., 08/02/2006, n. 2637). Ciò che si determina a seguito della fusione per incorporazione è soltanto un fenomeno evolutivo-modificativo della società, cui non è correlata l'estinzione di un soggetto e la creazione di un altro. Vi è piena convergenza di opinioni circa il fatto che la cancellazione dal registro delle imprese della società incorporata sia diversa da quella risultante dalla cessazione o dal completamento delle attività di liquidazione, in base alla considerazione che, "nell'incorporazione per fusione, la società incorporante, già prima della citata novella del 2003, partecipando essa stessa alla fusione, non è mai totalmente distinta dalla parte già costituita, onde quel tipo di operazione dipende interamente dalla volontà degli stessi organi delle due società che ne

sono protagoniste, ivi compresa l'incorporante che è destinata a subentrare nella posizione processuale dell'incorporata" (Cass., Sez. Un., 13/03/2013, n. 6070).

Il dubbio è rappresentato dall'entità o meglio dagli effetti processuali collegati a tale differenza.

Va precisato che, a fronte di un cospicuo numero di pronunce che si è occupato della legittimazione processuale passiva della società incorporata, in ben poche occasioni questa Corte regolatrice ha approfondito la questione degli effetti della incorporazione sulla legittimazione attiva della società incorporata, cancellata dal registro delle imprese (cfr. *infra*).

Le prime hanno adombrato l'idea della permanenza della legittimazione processuale attiva e passiva della società incorporata perché non estinta, assumendo che l'evento della cancellazione non avrebbe rilievo dirimente, qualora fosse stato determinato dalla fusione: Cass. 16/09/2016, n. 18188; Cass. 18/11/2014, n. 2449.

Le seconde distinguono secondo che in questione vi sia oppure no la tutela dell'affidamento della controparte processuale, la quale, ignorando l'avvenuta fusione con conseguente cancellazione della società incorporata, agisca nei confronti di quest'ultima (l'esigenza di tutelare la controparte incolpevolmente ignara della fusione comporta che il dovere di indirizzare l'impugnazione nei confronti del nuovo soggetto effettivamente legittimato resta subordinato alla conoscibilità dell'evento, secondo criteri di normale diligenza, senza che assuma alcun rilievo l'iscrizione della fusione nel registro delle imprese, non operando in campo processuale la presunzione di conoscenza che la legge ricollega all'effettuazione di tale adempimento: Cass. 07/07/2008, n.18615), da quella in cui la società incorporata prima ottenga la cancellazione dal registro delle imprese e poi proponga appello, così venendo *contra factum proprium*. Quest'ultima ipotesi "non troverebbe giustificazione nella logica del sistema, come innovato dalla legge del 2003, in quanto la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato se, per un verso, giustifica l'originario ricorrente ad insistere nel vedere realizzate, a carico della società incorporata, le sue pretese, per altro verso, non autorizza quest'ultima a mantenere una propria individualità anche dopo l'avvenuta fusione e la cancellazione dal registro delle

RG n. 19760-2017

imprese (art. 2495 c.c.), al punto da far valere la persistenza di una propria autonoma legittimazione attiva": Cass. 11/02/2013, n. 3820, Cass. 24/05/2019, n. 14177.

Per esigenze di precisione va detto che le pronunce successive alla n. 3820/2013, che per la prima volta ha affrontato la questione per cui è causa, hanno sempre fatto salva la *regula iuris* pronunciata da quest'ultima, nel senso che hanno sempre sottolineato che il caso concreto esaminato non contemplava l'ipotesi di una società incorporata cancellatasi dal registro delle imprese che avesse preteso di spendere la propria legittimazione processuale attiva.

Questa Corte ritiene, dunque, che debba essere dato seguito al principio secondo il quale la fusione per incorporazione pur non determinando un fenomeno successorio, correlato alla estinzione della società incorporata e alla creazione di un nuovo soggetto giuridico, la società incorporante, non consenta per ciò solo la conservazione della legittimazione processuale da parte della società incorporata, se non nella misura in cui vi sia l'esigenza di tutelare l'affidamento della controparte che ignori l'avvenuta fusione.

Di conseguenza, il ricorso incidentale di Banco Bpm S.p.A. deve essere accolto, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

Ricorso principale

Il ricorso principale è inammissibile.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso principale, accoglie il ricorso incidentale, cassa la sentenza d'Appello, compensa tra le parti le spese di giudizio anche relativamente al processo d'appello, dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma.

PQM

La Corte dichiara inammissibile il ricorso incidentale, accoglie il ricorso incidentale e cassa la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese di lite anche relativamente al processo d'Appello, ai sensi dell'art. 385, comma 2, c.p.c.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater* del d.p.r. 115 del 2002, dà atto della

RG n. 19760-2017

sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso articolo 13.

Così deciso nella camera di Consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione in data 07/06/2019.