

Civile Ord. Sez. 1 Num. 3017 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 31/01/2019

ORDINANZA

sul ricorso 20376/2013 proposto da:

C. J. e C. I.

Wolters Kluwer Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Tagliamento n. 76, presso lo studio dell'avvocato Tarsitano Fausto, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Besseghini Katja, Maschietto Eva, giusta procura in calce del ricorso;

-ricorrente -

contro

ORD
1581
2018

1

A.

Unicredit s.p.a., e per essa quale mandataria Unicredit Credit Management Bank s.p.a. (già denominata Unicredito Gestione Crediti S.p.a. - Banca per la Gestione dei Crediti), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata, in Roma, viale Bruno Buozzi n. 77, presso lo studio dell'avvocato Tornabuoni Filippo, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Dalmaso Gianmaria, giusta procura in calce del controricorso;

-controricorrente -

contro

Ardizzone Dario, in proprio, elettivamente domiciliato in Roma, via Toscana n.30, presso lo studio degli avvocati Menici e Ardizzone, rappresentato e difeso da se medesimo;

-controricorrente -

contro

Fallimento Package s.r.l.;

-intimato-

avverso il decreto del TRIBUNALE di TORTONA, depositato il 28/06/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/09/2018 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA.

FATTI DI CAUSA

1.- La s.r.l. Wolters Kluwer Italia ha presentato domanda di ammissione in chirografo al passivo del Fallimento della s.r.l.

Package, per credito derivante dallo svolgimento di un rapporto di distribuzione commerciale di propri prodotti, a suo tempo in essere con la società di poi fallita.

Il giudice delegato alla procedura ha ammesso il credito come da richiesta.

2.- La s.p.a. Unicredit (e, per essa, la s.p.a. Unicredit Credit Management Bank), pure creditore ammesso al chirografo dello stato passivo del Fallimento della s.r.l. Package, ha peraltro proposto avanti al Tribunale di Tortona ricorso ex art. 98 comma 3 legge fall. nei confronti dell'accoglimento della domanda formulata dalla Wolters Kluwer.

Ad avviso di Unicredit, il giudice delegato aveva errato nell'ammettere la pretesa della Wolters Kluwert al chirografo, perché questa rappresentava invece un'ipotesi di finanziamento dei soci ai sensi della norma dell'art. 2467 cod. civ., con conseguente sua postergazione rispetto al soddisfacimento degli altri creditori.

Nel costituirsi in giudizio Wolters Kluwer, oltre a chiedere il rigetto dell'impugnazione proposta nei suoi confronti, ha anche formulato impugnazione incidentale nei confronti dell'ammissione del credito di Unicredit, rilevando che la relativa pretesa si manifestava in realtà sfornita di prova adeguata.

Nel procedimento è poi intervenuto l'avvocato Dario Ardizzone, anche egli creditore ammesso al passivo della Package, a sostegno dell'iniziativa assunta da Unicredit.

Il curatore del Fallimento non si è costituito.

3.- Con decreto depositato il 28 giugno 2013, il Tribunale di Tortona ha accolto l'impugnazione principale, stabilendo che «il credito di Wolters Kluwer sia postergato rispetto a quello degli altri creditori, trattandosi di finanziamento soci»; ha invece dichiarato

«inammissibile l'impugnazione incidentale» formulata da Wolters Kluwer Italia».

3.1.- Sotto il primo profilo, il Tribunale ha in specie rilevato che «WKI è socia di Package»; che, «prima della dichiarazione di fallimento, WKI era unica fornitrice dei prodotti informatici venduti da Package sul mercato, e ciò in esclusiva dal 2008»; che «il patrimonio netto di Package era pari a € 108.000,00, come da ultimo bilancio approvato»; che il «credito di WKI nei confronti di Package si è incrementato negli anni fino a € 441.038,44 al 31.12.2008, a € 707.124,42 al 31.12.2009, a € 594.617,38 al 31.12.2010, a € 1.308.041,00 al 31.12.2011 e a € 1.543.750,17 al 31.12.2012»; che in tale modo WKI ha continuato a vedere crescere la misura del proprio credito, «nonostante la sproporzione notevole tra il valore dell'insoluto e il patrimonio netto della società» debitrice.

Sulla base di questi elementi, il Tribunale ha ritenuto che il comportamento di WKI abbia «dato luogo a un vero e proprio finanziamento nei confronti di Package» ai sensi della norma dell'art. 2467 cod. civ. Ai fini di questa disposizione – si è così rilevato – per «finanziamento» «deve intendersi non solo la messa a disposizione di una somma di danaro, ma qualunque forma di agevolazione finanziaria»; «tra le condotte agevolatorie» così prese in considerazione – si è poi aggiunto – «rientra anche una fornitura quando, per le condizioni contrattuali in cui versa la società debitrice, è probabile il mancato pagamento del corrispettivo, secondo il disposto del comma 2 dell'art. 2467».

Non vale opporre – si è altresì proseguito – che la partecipazione di WKI al capitale di Package abbia raggiunto soltanto il 4% del capitale sociale: «la *ratio* della disposizione è quella di evitare il concorso tra soci finanziatori e creditori a fonte di una evidente asimmetria

informativa» tra gli uni e gli altri; tale *ratio* - («per i maggiori diritti informativi facenti capo ai soci» della s.r.l. «a prescindere dall'entità della partecipazione societaria») - «sussiste senza differenziazioni tra soci di maggioranza e soci di minoranza».

Neppure ha pregio – si è ulteriormente precisato – la circostanza che, a un certo punto, sia emersa la volontà di WKI di «recuperare il proprio credito»: «la valutazione di cui all'art. 2467 cod. civ. deve essere svolta sul piano oggettivo (come sproporzione tra l'ammontare del credito del socio e il patrimonio netto della società)». «Questo tipo di valutazione, di natura oggettiva, nulla ha a che vedere con l'analisi del fondamento causale dell'attribuzione o la ricostruzione della volontà delle parti»: secondo quanto sottolineato dalla sentenza di Cass., 24 luglio 2007, n. 16393, la norma dell'art. 2467 cod. civ. ha un introdotto, «per le imprese che siano entrate o stiano per entrare in una situazione di crisi, un principio di corretto finanziamento», la cui violazione determina una «riqualificazione imperativa» dell'operazione in termini di «prestito postergato».

3.2.- Il Tribunale ha motivato la dichiarazione dell'inammissibilità dell'impugnazione incidentale svolta da WKI nei confronti dell'ammissione del credito di Unicredit, rilevando che, nel procedimento di cui agli artt. 98 s. legge fall., «l'oggetto del contendere è definito dal credito in contestazione».

Perciò, «non è consentito (fatta salva la proposizione di tempestivo e separato procedimento) far valere ragioni di fondatezza o di infondatezza di una pretesa creditoria del tutto diversa» da quella in contestazione. Del resto, in tale procedimento resta pure esclusa la possibilità di proporre domande riconvenzionali, «incompatibili con le

esigenze di celerità che ispirano la disciplina dell'accertamento del passivo».

4.- La s.r.l. Wolters Kluver ha presentato ricorso per cassazione avverso il decreto del Tribunale di Tortona. Il ricorso è affidato a due motivi.

Resistono Unicredit (e, per essa, Unicredit Credit Management Bank) e l'avvocato Dario Ardizzone, con distinti controricorsi.

Non ha svolto difese il Fallimento della s.r.l. Package.

La ricorrente e la controricorrente Unicredit hanno inoltre depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

5.1.- Il primo motivo di ricorso denuncia violazione della norma dell'art. 2467 comma 2 cod. civ., con riferimento alla definizione del perimento oggettivo delle fattispecie che vi vengono a ricadere.

Secondo l'avviso della ricorrente, la nozione rilevante di «finanziamento» riguarda propriamente le ipotesi di «mutuo, anticipazione e apertura di credito». In tale nozione, tuttavia, potrebbero essere fatte rientrare anche delle ipotesi ulteriori, a condizione che rappresentino delle «forme indirette di finanziamento dissimulate da altri rapporti obbligatori, ad esempio contratti commerciali di fornitura, di appalto e simili».

In relazione a questa seconda tipologia di ipotesi, rileva la ricorrente che occorre comunque verificare, rispetto alle fattispecie concrete prese di volta in volta in esame, la sussistenza o meno di «circostanze indicative di un eventuale ... finanziamento». E aggiunge che, a tale fine, deve in ogni caso emergere «l'esistenza di una comune volontà delle parti di dare luogo a un "finanziamento"»

mediante riqualificazione di un preesistente credito acceso per un diverso titolo». Ché, altrimenti, l'applicazione dell'art. 2467 cod. civ. «non appare giustificata»: «non essendo imposto al creditore alcun obbligo di sollecitare l'adempimento del debitore», non può pensarsi di sanzionare il caso della «mera condotta passiva del socio di fronte a un proprio credito».

5.2.- Nello svolgimento di questa verifica si annida – prosegue il motivo – l'errore di base in cui è caduto il decreto piemontese. Questo ha ravvisato la sussistenza di un finanziamento indiretto «esclusivamente sulla scorta della sproporzione tra il credito commerciale maturato dalla concedente WKI e il patrimonio netto della concessionaria Package». Negata «ogni rilevanza» all'«elemento causale» del rapporto intercorso tra le parti, il Tribunale ha in pari tempo trascurato di accertare la «volontà negoziale sottesa al rapporto creditorio», anche omettendo di tenere conto di «circostanze assai pregnanti» in proposito.

Tra queste si debbono tenere in speciale considerazione – sottolinea il motivo – la «longevità del rapporto di concessione sussistente tra le parti in causa», corrente (dapprima, con il dante causa di WKI) fin dal '98; la misura della partecipazione detenuta da WKI in Package, montate solo al 4% del capitale; l'appostazione del rapporto nelle scritture contabili come credito commerciale e non come finanziamento; l'intendimento e la «comune volontà» delle parti; l'aver la concedente WKI tentato «con ogni mezzo il recupero stragiudiziale del credito, azionando solo *in extremis*, con lettera del 23 febbraio 2012 la clausola risolutiva espressa contenuta nei contratti di distribuzione».

6.- Il motivo non può essere accolto.

In proposito va rilevato, prima di tutto, come non risulti condivisibile l'impostazione fatta propria dal ricorrente, come intesa a limitare l'applicazione della regola di postergazione di cui all'art. 2467 cod. civ. alla categoria dei contratti di credito (tali appunto essendo le figure di mutuo, apertura di credito e anticipazione bancaria, a cui il ricorrente fa esplicito richiamo), con il conseguente esaurimento delle ipotesi rilevanti di c.d. finanziamento indiretto a casi di dissimulazione - ovvero occultamento - di simili figure.

Nei fatti, il ricorrente non propone alcuna ragione a sostegno dell'affermata identificazione del «finanziamento», a cui fa espresso riferimento la norma dell'art. 2467 cod. civ., nel novero delle operazioni di credito. Una simile identificazione, però, non potrebbe certo essere ritenuta automatica, né comunque scontata.

In realtà, nel contesto del diritto vigente il termine «finanziamento» non assume un significato univoco e costante; soprattutto, non viene a ridursi senz'altro a formula equivalente di quella di «contratti di credito».

Basta pensare, a titolo di esempio, alla norma dell'art. 47 comma 1 del testo unico bancario che alla formula «finanziamento e servizi» assegna portata indicativa di tutte le «attività che le banche possono svolgere in via ordinaria» (tra cui, appunto, quelle di «rilascio di garanzie», di «credito commerciale incluso il "forfaiting"», di «cessioni di credito *pro soluto* e *pro solvendo*», di cui all'art. 1, comma 2 lett. f. TUB; sul punto v. Cass., 15 maggio 2018, n. 11878). Oppure al «finanziamento destinato a uno specifico affare» di cui alla norma dell'art. 2447 *decies* cod. civ., nel cui alveo la dottrina pacificamente ricomprende, oltre ai contratti di credito, le strutture negoziali di stampo partecipativo (dal c.d. mutuo parziario all'associazione in partecipazione, alla cointeressenza) e pure le

operazioni le operazioni di finanza strutturata (quali quelle di cartolarizzazione e quelle di *leveraged*). O ancora alla norma dell'art. 106, comma 1, del testo unico bancario: nel lungo elenco di operazioni, con cui la normativa secondaria dà corpo alla formula «finanziamento sotto qualsiasi forma» di cui alla legge, tra le altre compaiono infatti le operazioni di «rilascio di garanzie», di «acquisto di crediti a titolo oneroso», di «apertura di credito documentaria», di «avallo» e «girata» (cfr. art. 2 d.m. Economia e finanze, 2 aprile 2015, n. 53).

Non si vedono, d'altra parte, ragioni per assegnare - con riguardo alla materia qui specificamente in esame - un significato ristretto al lemma «finanziamento». Tanto più che anche la proposizione normativa, che è adottata dalla norma dell'art. 2467 comma 2, esprime un'indicazione meramente generica, e dunque propriamente aperta, di «finanziamento dei soci a favore della società», dichiarandone la rilevanza «in qualsiasi forma» gli stessi vengano «effettuati».

Come ha rilevato una dottrina - ponendosi peraltro nel contesto di una letteratura che nel suo complesso risulta decisamente orientata nella medesima direzione -, nell'ambito della detta frase «l'espressione "forma" non va certo intesa nel senso di cui agli artt. 1350 ss. ... o 2699 ss.» cod. civ., quanto «piuttosto nel senso di titolo o causa, per cui l'aggettivo "qualsiasi" intende ricomprendere nella sfera operativa dell'art. 2467 ogni atto ... il quale comporti un'attribuzione patrimoniale compatibile con l'obbligo di futuro rimborso della medesima».

7.- Neppure può essere seguita l'altra affermazione portante della tesi del ricorrente, per cui - in punto di riconduzione della fattispecie concreta alla figura di finanziamento postergato ex art. 2467 cod.

civ. – il Tribunale di Tortona si sarebbe comunque basato solamente sulla sproporzione corrente tra la misura del credito della Wolters Kluver e quella del patrimonio della società di poi fallita.

Al riguardo, appare opportuno osservare in via preliminare che la censura, così proposta dal ricorrente, non integra gli estremi del c.d. vizio di sussunzione, come tale riconducibile alla violazione di legge di cui al n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ. (cfr., da ultimo, Cass., 31 maggio 2018, n. 13747), posto che la conformazione di tale vizio suppone che l'«accertamento in fatto operato dal giudice di merito sia considerato fermo e indiscusso» (Cass., 13 marzo 2018, n. 6035). Nella specie, ~~la~~ ricorrente tende piuttosto a rimettere in discussione la ricostruzione del fatto materiale che è stata effettuata dal giudice: che è attività riservata esclusivamente al potere del giudice di merito ed è perciò sindacabile unicamente sotto il profilo del vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. (nelle specie non dedotto).

Ora, la motivazione in concreto sviluppata dal Tribunale non risulta in qualche modo affetta da mancanze o difetti del genere (cfr. sopra, n. 3.1., spec. primo capoverso). Nel rilevare la sproporzione tra montante del debito e patrimonio del debitore, il Tribunale ha anche sottolineato, e in modo particolare, la sussistenza di un rapporto contrattuale «in esclusiva», che per concorde volontà delle parti è proseguito per anni e anni; e che è stato caratterizzato, inoltre, dalla circostanza che alla fornitura dei prodotti non faceva riscontro il pagamento del relativo corrispettivo, con conseguente accumulo progressivo e lievitazione del debito: neppure fatto oggetto, peraltro, di atti di rigore da parte del creditore.

In buona sostanza, dunque, l'agevolazione finanziaria è consistita, nella specie, in un servizio di fornitura in esclusiva effettuato da un

socio a favore della società e significativamente protrattosi nel tempo, senza che a fronte della sua continuativa esecuzione abbia fatto riscontro una qualche attività di pagamento da parte del soggetto societario che dei beni, via via così forniti, si è avvantaggiato. Rispetto a questo tipo di situazione si nota, in dottrina, come si debba «rimproverare al socio di non aver immediatamente percepito la somma dovutagli, per metterla eventualmente a disposizione della società come conferimento, e aver preferito invece, nonostante la situazione di crisi, lasciarla a disposizione della società come finanziamento»: secondo la valutazione compiuta dal Tribunale, questa situazione si è nella specie reiterata per anni.

8.- Ciò posto, rimane ancora da rilevare come non vengano a incrinare la correttezza della soluzione adottata dal Tribunale di Tortona le circostanze indicate dal ricorrente (e sintetizzate nel precedente n. 5) come fattori ostativi dell'applicazione della regola di postergazione stabilita dalla norma dell'art. 2467 cod. civ.

Non vale a escludere l'applicazione di questa disposizione, in particolare, la modestia della misura della partecipazione sociale di Wolters Kluver nella s.r.l. Package.

La norma, infatti, non distingue tra soci e soci; in coerenza con ciò, la *ratio* della previsione non si lega – ha rilevato la giurisprudenza di questa Corte – al peso delle quote possedute dal socio, quanto piuttosto al potere di informarsi degli «affari sociali» di cui istituzionalmente dispone, ex art. 2476 cod. civ., il socio delle s.r.l. (Cass., 20 giugno 2018, n. 16291) e che di regola non ha, invece, il comune creditore (fuor dalla ravvisata presenza di patti e situazioni particolari). A ben vedere, del resto, la previsione dell'art. 2467 ha come suo termine di riferimento ultimo il divieto fissato dalla norma

dell'art. 218 legge fall., tendendo per l'appunto a impedire, come si è rilevato in dottrina, che la società «proseguia la sua attività quando ormai», posta l'entità della crisi che l'attraversa, «il relativo rischio verrebbe trasferito a carico dei creditori».

Nemmeno può essere ritenuto fattore di esonero dall'applicazione della regola di postergazione la circostanza che il creditore abbia, a un certo punto, deciso di interrompere il rapporto di fornitura e anche promosso azioni recuperatorie. L'azione postuma non leva, evidentemente, il rilievo quantitativo e qualitativo del pregresso. Come si è visto (nel precedente n. 7), d'altra parte, la «longevità» del rapporto di fornitura – lungi dall'ergersi a scriminante dell'applicazione della regola di postergazione, secondo quanto afferma il ricorrente – si pone invece come fattore di reiterazione e incremento del meccanismo di agevolazione che la norma dell'art. 2467 intende propriamente colpire.

9.- Il secondo motivo riprende il tema dell'impugnazione incidentale presentata, in sede di costituzione nel giudizio ex art. 98 comma 1 legge fall., da Wolters Kluver nei confronti di Unicredit, creditore a sua volta impugnante in via principale.

Afferma in proposito il ricorrente che ha errato il Tribunale a dichiarare inammissibile questa impugnazione, perché «questa costituiva impugnativa incidentale tardiva ai sensi dell'art. 334 cod. proc. civ.», che è disposizione da «ritenersi di portata generale e perciò applicabile anche al giudizio di impugnazione ex artt. 98 legge fall.».

10.- Il motivo non può essere accolto.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, nel giudizio di opposizione il curatore fallimentare, pur potendo formulare anche nuove eccezioni, non può proporre

domande riconvenzionali, ostandovi sia le esigenze di celerità che ispirano la disciplina di accertamento del passivo fallimentare, sia il disposto dell'art. 99 comma 7 legge fall. (cfr. Cass., 22 marzo 2010, n. 6900; Cass., 4 luglio 2012, n. 11146; Cass., 31 luglio 2017, n. 19003). E tali ragioni non possono non valere, evidentemente, anche per il creditore resistente all'impugnazione promossa nei suoi confronti da altro creditore.

Non appare centrato, d'altra parte, il richiamo portato dal ricorrente alla norma dell'art. 334 cod. proc. civ. Va considerato che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il giudizio di opposizione di cui all'art. 98 legge fall. ha sì natura impugnatoria, ma struttura propria e molto diversa dallo schema propriamente proposto dall'appello (cfr., per tutte, Cass., 12 agosto 2016, n. 17086).

10.- In conclusione, il ricorso dev'essere respinto.

Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso. Condanna ~~la~~ ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida nella somma di € 10.200,00 (di cui € 200,00 per esborsi) a favore della s.p.a. Unicredit e nella somma di € 10.200,00 (di cui € 200,00 sempre per esborsi) a favore di Dario Ardizzone.

Dà atto, ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.p.r. n. 115/2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a mente del comma 1 *bis* dell'art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione