

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE****PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta da

Oggetto:

Francesco Antonio GENOVESE - Presidente -
Guido MERCOLINO - Consigliere Rel. -
Francesco TERRUSI - Consigliere -
Rosario CAIAZZO - Consigliere -
Paola VELLA - Consigliere -

fallimento

R.G.N. 8093/2018

Cron.

CC - 2/02/2022

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 8093/2018 R.G. proposto da
KEY HOTELS S.R.L. in liquidazione, in per sona del liquidatore p.t. Antonella
Colombo, rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Zucca, con domicilio eletto in
Roma, via Monte Verde, n. 62, presso lo studio dell'Avv. Giorgio Marcelli;

- *ricorrente* -

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., in persona del legale rappre-
sentante p.t. Irene Corazza, in qualità di rappresentante della SIENA NPL
2018 S.R.L., rappresentata e difesa dall'Avv. Marco Verdi, con domicilio eletto
in Roma, viale Giulio Cesare, n. 78, presso lo studio dell'Avv. Luca Scocchera;

- *controricorrente* -

e

FALLIMENTO DELLA KEY HOTEL S.R.L. in liquidazione;

- *intimato* -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano n. 769/18, depositata il



14 febbraio 2018.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 2 febbraio 2022 dal Consigliere Guido Mercolino.

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza del 14 febbraio 2018, la Corte d'appello di Milano ha rigettato il reclamo proposto dalla Key Hotels S.r.l. in liquidazione avverso la sentenza emessa dal Tribunale di Milano il 14 settembre 2017, che aveva dichiarato il fallimento della reclamante, su ricorso della Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a.

Premesso che a sostegno dell'istanza era stata prodotta una scrittura con cui la Key Hotels aveva prestato fideiussione in favore della Banca per il credito derivante da un rapporto di conto corrente intrattenuto con un terzo, e precisato che la reclamante si era limitata a contestare l'entità della somma dovuta, in ordine alla quale aveva peraltro formulato un'offerta di pagamento rateale della somma di Euro 200.000,00, a titolo transattivo, la Corte ha innanzitutto escluso che l'istanza di fallimento presupponesse un accertamento definitivo del credito in sede giudiziale o un titolo esecutivo, ritenendo sufficiente un accertamento incidentale, ai fini della verifica della legittimazione dell'istante.

Quanto allo stato d'insolvenza, rilevato che lo stesso deve consistere in uno stato d'impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime nell'incapacità di produrre beni con un margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze d'impresa, nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, ha precisato che, allorquando la società si trovi in stato di liquidazione, non proponendosi l'impresa di restare sul mercato, la verifica deve avere ad oggetto l'idoneità degli elementi attivi del patrimonio sociale ad assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, non solo attraverso la comparazione dell'attivo con il passivo, ma anche mediante la valutazione della composizione di entrambi, al fine di stabilire se i tempi della liquidazione possano essere contenuti in limiti idonei a rendere concretamente apprezzabile il sod-



disfacimento stesso. Ciò posto, ed accertato che la società debitrice era stata posta in liquidazione, ha osservato che la maggiore posta attiva del patrimonio sociale era costituita da immobilizzazioni finanziarie, consistenti nella partecipazione ad una società in cui era stato conferito un ramo d'azienda, per il quale la Key Hotels non era riuscita a trovare acquirenti nel corso di due anni e dieci mesi, e la cui alienazione era divenuta il fine della sua attività nella fase di liquidazione. Ha aggiunto che, sebbene l'ammontare complessivo dei crediti iscritti in bilancio risultasse superiore a quello dei debiti, gli importi dei primi non erano stati acquisiti, né erano state in alcun modo incrementate le liquidità. Ha ritenuto pertanto che la società debitrice non fosse in grado di soddisfare il credito della Banca né di procedere in tempi certi alla liquidazione degli elementi più consistenti del proprio patrimonio e di assicurare con il ricavato l'eguale ed integrale soddisfacimento dei diritti dei creditori. Ha rilevato inoltre che la Key Hotels non era neppure in grado di pagare l'importo delle cartelle esattoriali emesse nei suoi confronti, complessivamente pari ad Euro 700.000,00 circa, concludendo che l'elevato valore della partecipazione sociale di cui era titolare la debitrice non escludeva la sua incapacità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

2. Avverso la predetta sentenza la Key Hotels ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi, illustrati anche con memoria. La Banca MPS ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria. Il curatore del fallimento non ha svolto attività difensiva.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la nullità della sentenza e del procedimento per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., rilevando che la sentenza impugnata ha omesso di esaminare l'eccezione di nullità della fideiussione da essa proposta in sede di gravame. Premesso infatti di aver sostenuto che gli artt. 2, 6 e 8 della fideiussione prestata in favore della Banca riproducevano le clausole riportate nelle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, le quali si ponevano in contrasto con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, come accertato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, afferma che la dichiarazione di nullità della fideiussione



avrebbe comportato una riduzione di un terzo dell'ammontare delle passività e della metà del rapporto tra le stesse e le attività, con la conseguente esclusione dello stato d'insolvenza.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 5 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza, ha conferito rilievo al tempo occorrente per la liquidazione del ramo di azienda da essa conferito nella società partecipata. Premesso infatti che, ove la società si trovi in stato di liquidazione, la valutazione relativa allo stato d'insolvenza deve avere ad oggetto esclusivamente l'idoneità degli elementi attivi del patrimonio sociale a garantire l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori, osserva che, come accertato dalla sentenza impugnata, l'ammontare delle attività risultava superiore a quello delle passività, indipendentemente dall'invalidità della fideiussione, affermando comunque che la fase di liquidazione, la cui durata risultava assolutamente ragionevole, si era svolta regolarmente ed in conformità della legge. Precisato che la determinazione dei tempi e dei modi della liquidazione spetta ai soci, la cui volontà non può essere sostituita dall'intervento del giudice, dal momento che la legge non impone il rispetto di tempi contingentati, ma solo l'eguale ed integrale soddisfazione dei creditori, sostiene che il rilievo conferito ai tempi di realizzazione dell'attivo comporterebbe il venir meno di ogni differenza tra le società in liquidazione e quelle operative, per le quali l'esercizio dell'impresa deve garantire flussi di liquidità tali da assicurare la puntuale soddisfazione dei creditori.

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta, in via subordinata, la violazione dell'art. 132, secondo comma, n. 4 cod. proc. civ., rilevando che, nell'escludere la possibilità di una liquidazione in tempi brevi delle immobilizzazioni finanziarie, la Corte d'appello ha ommesso d'indicare gli elementi dai quali ha tratto il relativo convincimento.

4. Il primo motivo è fondato.

E' infatti pacifico che all'udienza dell'11 gennaio 2018, dinanzi alla Corte d'appello, la società ricorrente aveva espressamente eccepito la nullità della fideiussione rilasciata in favore della Banca MPS, in quanto riproduttiva degli



artt. 2, 6 e 8 delle condizioni uniformi unilateralmente predisposte dall'ABI, dichiarate illegittime dalla Banca d'Italia, in quanto contrastanti con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, richiamando il principio di diritto enunciato da una recente pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte, secondo cui i contratti di fideiussione stipulati a valle d'intese restrittive della concorrenza dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in quanto contrastanti con l'art. 2, comma secondo, lett. a), della legge n. 287 cit. con l'art. e 101 del TFUE, devono considerarsi a loro volta nulli, ai sensi degli artt. 2, comma terzo, della medesima legge e dell'art. 1419 cod. civ., limitatamente alle clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 30/12/2021, n. 41994).

In quanto attinente all'esistenza del credito allegato a sostegno dell'istanza di fallimento, e quindi alla legittimazione della Banca, la cui contestazione, già sollevata in primo grado, era stata ribadita dalla ricorrente con il primo motivo di reclamo, tale eccezione non poteva ritenersi preclusa dalla mancata proposizione nell'atto di gravame, essendo volta a far valere la nullità dell'atto costitutivo del credito azionato, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, purché desumibile da fatti ritualmente introdotti o comunque acquisiti agli atti di causa. Come già ripetutamente affermato da questa Corte, infatti, il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di una pretesa che presupponga la validità ed efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione, e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato tali validità ed efficacia, né le parti ne abbiano discusso, trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ai sensi dello art. 345 cod. proc. civ. (cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242 e 26243; Cass., Sez. VI, 15/09/2020, n. 19161; Cass., Sez. III, 19/07/2018, n. 19251).

E' noto d'altronde che la dichiarazione di fallimento, pur non richiedendo un definitivo accertamento del credito dedotto a sostegno della relativa



istanza, né l'esecutività del relativo titolo, presuppone, compatibilmente con il carattere sommario del rito, un'autonoma delibazione incidentale, da parte del tribunale fallimentare, circa la sussistenza di detto credito, quale necessario postulato della verifica della legittimazione del creditore a chiedere il fallimento: in tale ambito, il giudice è tenuto quindi valutare non solo le allegazioni e le produzioni della parte istante, ma anche i fatti rappresentati dal debitore, che valgano a dimostrare l'insussistenza dell'obbligazione addotta o la sua intervenuta estinzione (cfr. Cass., Sez. Un., 23/01/2013, n. 1521; Cass., Sez. I, 27/10/2020, n. 23494; 28/11/2018, n. 30827). Tale accertamento nella specie non può ritenersi compiutamente effettuato, essendosi la Corte territoriale limitata, nel confermare la legittimazione della creditrice istante, a dare atto dell'avvenuta produzione in giudizio della scrittura con cui la Key Hotels aveva prestato fideiussione in favore della Banca MPS per i debiti contratti da un terzo e della documentazione relativa al rapporto di conto corrente da quest'ultimo intrattenuto con la Banca, dal quale derivava l'obbligazione allegata a sostegno dell'istanza di fallimento, senza prendere in esame l'eccezione di nullità della fideiussione per contrasto con l'art. 2 della legge n. 287 del 1990, sollevata dalla ricorrente in sede di reclamo. Non merita consenso, al riguardo, la tesi sostenuta dalla difesa della controricorrente, secondo cui la dichiarazione di nullità della fideiussione risultava preclusa dalla mancata allegazione di un pregiudizio subito dalla reclamante, la cui eccezione doveva pertanto ritenersi inammissibile, per difetto d'interesse: indipendentemente dall'entità del credito allegato a sostegno dell'istanza di fallimento, idoneo ad incidere in misura rilevante sull'ammontare complessivo delle passività risultanti dai bilanci della debitrice, e quindi sulla configurabilità dello stato d'insolvenza, è proprio l'incidenza della dedotta invalidità sulla legittimazione della Banca a proporre l'istanza di fallimento a giustificare l'affermazione della sussistenza del predetto interesse, e quindi dell'ammissibilità dell'eccezione sollevata dalla ricorrente, in ordine alla quale la Corte d'appello ha ommesso di adottare qualsiasi statuizione.

5. La sentenza impugnata va pertanto cassata, in accoglimento del primo motivo d'impugnazione, restando assorbiti il secondo ed il terzo motivo, aventi ad oggetto la configurabilità dello stato d'insolvenza, in relazione sia



all'inoperatività della società ricorrente che al tempo occorrente per pervenire alla liquidazione delle attività.

La causa va conseguentemente rinviata alla Corte d'appello di Milano, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbiti il secondo ed il terzo, cassa la sentenza impugnata, e rinvia alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 2/02/2022

Il Presidente

