

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 1/2017

INDICE:

1. Tribunale di Milano, sez. XII, 20 maggio 2016.....2
Contratto di factoring e onere di ricerca documentale in capo al factor
2. Corte d'Appello di Milano, sez. IV, 9 novembre 2016, n. 4160.....10
Contratto di factoring e revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal terzo
3. Cassazione Civile, sez. I, 2 ottobre 2015, n. 1971618
Contratto di factoring e pagamenti del debitore ceduto successivi al fallimento del cedente
4. Tribunale di Milano, sez. VI, 1 settembre 2016, n. 9855.....25
Efficacia delle Istruzioni della Banca d'Italia nell'ambito della disciplina antiusura
5. Tribunale di Milano, sez. XII, 18 gennaio 2017.....34
Interessi corrispettivi e di mora e loro rilevanza ai fini della disciplina antiusura
6. Cassazione Civile, sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26778.....40
Poste private e data certa del timbro ai sensi dell'art. 2704 c.c.
7. T.A.R. Roma, sez. II, 12 ottobre 2016, n. 10178.....45
Giurisdizione e società in house

1. Tribunale di Milano, sez. XII, 20 maggio 2016

Contratto di *factoring* – Cessione *pro soluto* – Debitore ceduto – Situazione economico finanziaria – Ricerca documentale – Onere in capo al *factor*

Il factor è tenuto ad acquisire autonomamente le necessarie informazioni per valutare il grado di solvibilità dei debitori ceduti nel settore di riferimento. Si tratta di un onere di ricerca documentale che, con particolare riferimento ai debiti assunti dalla clientela del cedente in epoca anteriore al perfezionamento del contratto di factoring, grava sul factor e che non può, invece, essere inopinatamente trasferito sul fornitore in base alla generica affermazione per cui il primo è in grado di assumere cognizione della pregressa situazione economico-finanziaria dei debitori ceduti esclusivamente sulla base delle ufficiali informazioni tratte da banche dati di pubblico dominio.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
DODICESIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Angelo Claudio Ricciardi ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 86172/2013 promossa da:

[cedente] con il patrocinio di (omissis) e di (omissis) elettivamente domiciliato in (omissis) presso il difensore avv. (omissis)

ATTORE/I

contro

[factor] con il patrocinio dell'avv. (omissis) e dell'avv. (omissis) elettivamente domiciliato in (omissis) presso il difensore avv. (omissis)

CONVENUTO/I

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza del 11 dicembre 2015

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Tribunale rilevato che:

- la domanda attorea di condanna della convenuta al risarcimento dei danni per complessivi Euro 368.939,62 derivanti dall'inadempimento della cessionaria è infondata;
- più esattamente, l'attrice (cedente) ha agito nei confronti di [factor] s.p.a. a titolo risarcitorio esclusivamente per la somma di Euro 221.663,14, pari al corrispettivo – rimasto impagato – delle forniture effettuate in favore della [debitore ceduto] eccedenti il plafond a suo tempo accordato dal Factor: l'attrice ha infatti sostenuto che "...se [factor] avesse immediatamente comunicato alla cedente l'esistenza di insoluti della [debitore ceduto] del dott. (omissis) avrebbe immediatamente bloccato l'approvvigionamento della farmacia al magazzino di [debitore ceduto];
- contenendo notevolmente il debito della farmacia cliente e, comunque, mantenendolo nei limiti del plafond garantito..." (pag. 20 atto di cit.);

- con riferimento alle somme residue di Euro 111.218,61 e di Euro 24.947,82, l'attrice ha invece agito per la condanna di controparte all'adempimento, asserendo che [factor] è manifestamente inadempiente per non aver corrisposto il corrispettivo per la cessione dei crediti pro soluto del cliente [debitore ceduto] pari ad Euro 111.218,61, per cui non è intervenuta alcuna decadenza, oltre a non aver corrisposto la somma ancora dovuta per la cessione dei crediti del cedente [cedente] pari ad Euro 24.947,80..." (ibidem);
- ora, la domanda risarcitoria relativa alla somma di Euro 221.663.14 (per lucro cessante) non merita accoglimento;
- la convenuta (cessionaria) ha prodotto la documentazione attestante l'invio alla cedente dei sintetici rapporti periodici (settimanali e mensili) relativi alla posizione dei quattro debitori ceduti, attestanti, con riferimento ai crediti ceduti, l'ammontare e la tempistica dei pagamenti effettuati dai debitori;
- si tratta dei documenti prodotti sub n. 20 e 22 conv.;
- l'attrice non ha contestato la sussistenza e la ricezione di queste comunicazioni periodiche, limitandosi, invece, a sollevare contestazioni sulla funzionalità della piattaforma digitale rimessa a disposizione dal cessionario per consentire alla cedente di monitorare la posizione dei debitori ceduti;
- inoltre, i piani di rientro perfezionati dalla cessionaria con alcuni dei debitori ceduti erano pacificamente a conoscenza della cedente;
- quest'ultima, infatti, ha confermato che, dopo aver prestato il consenso ai piani di rientro concordati con i debitori, la cessionaria era solita invitare la cedente a sollecitare ai propri clienti il rispetto delle nuove scadenze, ciò che avveniva sovente con la temporanea sospensione delle nuove forniture fino al regolare adempimento delle obbligazioni assunte dai farmacisti in difficoltà;
- tanto, premesso, l'attrice non può dunque lamentare il mancato guadagno dovuto agli inadempimenti dei propri clienti alla violazione, da parte della cessionaria, degli obblighi informativi attinenti all'aggravamento della situazione economica dei debitori ceduti;
- la domanda risarcitoria deve pertanto essere rigettata;
- le ulteriori domande di condanna della convenuta al pagamento delle somme di Euro 111.218,61 e di Euro 24.947,82, dovute a titolo di anticipazione dei crediti ceduti, meritano invece accoglimento:
- come si vedrà in relazione alla domanda riconvenzionale della convenuta, non può imputarsi al cedente alcun inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di cessione contestati dal Factor per invocare la decadenza *ex tunc* della garanzia;
- ne deriva che la convenuta deve essere condannata al pagamento della complessiva somma di Euro 136.160,43, oltre interessi ex D.lgs. n. 231 del 2002 dalle singole scadenze al saldo effettivo;
- come si diceva, la convenuta ha chiesto la condanna dell'attrice al pagamento della somma di Euro 1.062.261,49 successivamente ridotta ad Euro 682.800,40 (cfr. verbale di udienza del 18 giugno 2015) sul presupposto della decadenza *ex tunc* della garanzia pro soluto a seguito della grave violazione, da parte di [cedente] s.p.a., degli obblighi di collaborazione pattuiti con il contratto di cessione (cfr. art. 7. 3 del contratto di cessione e 9 lett. a) dell'Appendice);
- in relazione alla posizione della [cedente] la cessionaria ha infatti lamentato la violazione di quegli obblighi in ragione:
 - a) dell'esistenza di sette insoluti per complessivi Euro 289.938,58 maturati dal 1 febbraio 2012 al 2 giugno 2012 relativi a fatture emesse da [cedente] s.p.a. prima dell'inizio delle cessioni (la prima fattura oggetto di cessione è stata identificata dalla cessionaria in quella emessa il 29 febbraio 2012);
 - b) dell'esistenza di una fattura di Euro 54.664,95 "...non ceduta a [factor], con palese violazione del principio di globalità della cessione ...";
 - c) di un addebito registrato il 7 gennaio 2013 per assegno insoluto a carico del debitore per Euro 50.012,22 che, al pari dei precedenti, non sarebbe stato segnalato alla cessionaria;
- con riferimento alla posizione della [debitore ceduto] la cessionaria ha lamentato:
 - a) L'esistenza di insoluti in relazione a fatture emesse in data anteriore alla cessione della prima fattura (8 ottobre 2011): fattura per Euro 21.608,96 del 31 gennaio 2011; rimasta insoluta fino a novembre 2011, e fattura per Euro 82.857,59 del 10 settembre 2011;
 - b) l'emissione di sedici note di credito e di tre fatture mai cedute a [factor] (fatture n. 68673 e n. 68861 del 2011; fattura n. 26 del 2012);

– in relazione alla posizione della [*debitore ceduto*] la convenuta ha lamentato:

- a) l'esistenza di quattro fatture emesse nel febbraio 2011 e, quindi, in data anteriore alla cessione dei crediti (prima fattura ceduta del 7 maggio 2011) delle quali la cedente non aveva informato la controparte;
- b) l'esistenza di sette note di credito non segnalate;

– con riferimento, infine, alla posizione della [*cedente*] la convenuta ha lamentato:

- a) l'esistenza di un insoluto precedente la cessione del quale non era stata data comunicazione a [*factor*] (doc. 16 conv.);

- b) numerose note di credito non segnalate alla cessionaria;

– in sintesi, le circostanze che, secondo la prospettazione della convenuta, integrerebbero gli estremi del grave inadempimento della cedente sarebbero dunque costituiti da:

- a) omessa comunicazione, nella fase precontrattuale antecedente al contratto di cessione, dell'esistenza di insoluti pregressi relativi ai debitori ceduti;

– al riguardo, la convenuta, ha sottolineato che quando ad una società di factoring viene richiesto di prestare la garanzia pro – soluto rispetto ad un determinato debitore, e quindi di assumere un rischio proprio, il Factor si trova ad operare valutazioni di varia natura alcune delle quali riguardanti la situazione economico finanziaria dei debitori sulla base di informazioni tratte prevalentemente da banche dati.

Il Factor non ha solitamente rapporti diretti pregressi con il debitore e quindi una sua conoscenza diretta del medesimo, a differenza di quanto può avvenire per il Fornitore che, come nel caso di specie, aveva precedenti rapporti di fornitura con tutti i debitori ceduti.

Ed è evidente che l'andamento di pregressi rapporti tra fornitore e debitore fornisce informazioni preziose sulla situazione e solvibilità del debitore.

Per questa ragione, il contratto dispone obblighi informativi particolarmente stringenti per il cedente che deve dare di propria iniziativa al Factor “ogni notizia di rilievo circa la solvibilità dei debitori e, in genere, ogni loro eccezione, pretesa, reclamo domanda giudiziale o stragiudiziale, nonché eventuali rapporti pregressi, ivi compresi ritardati pagamenti dei debitori e controversie in corso, anche non attinenti al rapporto commerciale”.

Appare evidente che un pregresso insoluto (ancor più se derivante da un assegno insoluto) è una notizia fondamentale per le opportune valutazioni da parte del Factor sia per la concessione del plafond pro – soluto sia ai fini della sua eventuale modifica o revoca.

E, del resto, il comportamento del cedente che, pur consapevole del fatto che un debitore non abbia puntualmente adempiuto alle precedenti obbligazioni, taccia la circostanza al Factor al fine di ottenerne la concessione di una garanzia che non sarebbe stata concessa se degli insoluti si fosse avuta tempestiva notizia, è ancor prima che un inadempimento contrattuale un comportamento gravemente contrario alla buona fede.

Appare quindi del tutto logico che i contratti di factoring prevedano quale conseguenza della violazione degli obblighi di informazione la decadenza dalla garanzia pro – soluto.

- b) tardiva consegna delle copie delle fatture relative ai crediti scaduti, dell'intera documentazione costitutiva, probatoria ed accessoria dei crediti nonché delle copie dei contratti, degli ordini, delle conferme d'ordine e dei piani di fatturazione;

– in particolare, la cedente - secondo la prospettazione della convenuta - avrebbe violato il termine di trenta giorni previsto dall'art. 7 delle condizioni generali del contratto di cessione, in quanto le richieste formulate dalla cessionaria il 12 settembre 2012 ed il 29 ottobre 2012 (docc. 12 e 13 att.) sarebbero state evase solo il 25 gennaio 2013 (doc. 14 att.);

- c) esistenza di fatture non cedute e di note di credito non comunicate alla cessionaria;

– i superiori di motivi di doglianza sono infondati;

– con riferimento al profilo sub a) occorre infatti sottolineare quanto segue;

– l'impresa di factor svolge professionalmente l'attività di acquisto dei crediti non ancora esigibili che le imprese venditrici vantano presso la propria clientela, preoccupandosi poi di riscuoterli, anticipazione all'impresa cedente in tutto o in parte l'importo, oppure compiendo, come nel caso di specie, all'operazione di assicurazione, nei casi in cui il Factor acquista il credito pro soluto, assumendosi, cioè, il rischio dell'insolvenza del debitore;

- si tratta, pertanto di un'attività professionale svolta da società commerciali (nella specie: s.p.a.) sovente in via esclusiva e con riferimento a crediti di rilevantissimi importi;
- il Factor è pertanto, un soggetto tenuto ad acquisire autonomamente le necessarie informazioni per valutare il grado di solvibilità dei debitori ceduti nel settore di riferimento (nella specie: settore farmaceutico);
- esso, inoltre, nella fase precontrattuale, può legittimamente richiedere al cedente (Fornitore) le scritture contabili relative ai rapporti pregressi del fornitore con i debitori ceduti, per accertare la presenza, la frequenza e la rilevanza di eventuali insoluti e, in definitiva, al fine di valutare l'affidabilità economica della clientela del cedente;
- successivamente, con la stipulazione del contratto di factoring, l'interesse del Factor ad ottenere dalla controparte "...copie ed estratti autentici delle scritture contabili relative ai crediti oggetto di cessione, delle comunicazioni bancarie di accredito del corrispettivo e delle eventuali garanzie..." diventa poi un vero e proprio diritto contrattuale, come si desume dalla clausola n. 7 del contratto di cessione;
- si tratta, pertanto di un onere di ricerca documentale che, con particolare riferimento ai debiti assunti dalla clientela del cedente in epoca anteriore al perfezionamento del contratto di factoring, grava sul Factor e che non può, invece, essere inopinatamente trasferito sul Fornitore in base alla generica affermazione per cui il primo è in grado di assumere cognizione della pregressa situazione economico finanziaria dei debitori ceduti esclusivamente sulla base delle ufficiali informazioni tratte da banche dati di pubblico dominio;
- nell'ipotesi, poi, che in sede precontrattuale il (potenziale) Fornitore si rifiuti di consegnare alla controparte la copia della documentazione contabile relativa ai pregressi rapporti commerciali con i debitori in via di cessione, il Factor può infatti decidere di non concludere il contratto di factoring per evitare il rischio di garantire per debitori dei quali ignora incolpevolmente l'affidabilità commerciale;
- nella specie, l'onere del Factor di verifica dell'affidabilità commerciale dei (futuri) debitori ceduti era facilitato dalla presenza di un numero assolutamente circoscritto di debitori operanti, inoltre, nel medesimo settore di riferimento (farmacie);
- in secondo luogo, va sottolineato che, dalla conclusione del contratto di factoring (27 aprile 2011) fino ai primi mesi del 2013 (la lettera di comunicazione della decadenza dalla garanzia è del 22 maggio 2013, doc. 7 conv.), il Factor aveva potuto direttamente valutare l'affidabilità commerciale dei debitori ceduti, maturando un autonomo giudizio sulla solvibilità dei medesimi;
- inoltre, i ritardi e le difficoltà di pagamento da parte delle farmacie cedute, oltre a costituire un fatto notorio nel settore commerciale in esame in ragione del ritardo dei rimborsi da parte delle (*omissis*) costituivano un'alea costante, di fatto accettata dal Factor come emerge dalla prospettazione delle parti e dalla ripetuta formulazione, da parte dei debitori ceduti in difficoltà, di piani di rientro accettati dalla stessa cessionaria;
- ne deriva che il primo motivo di doglianza è palesemente infondato;
- con riferimento al secondo motivo, va premesso che il termine di trenta giorni previsto dall'art. 7 delle Condizioni generali del contratto di cessione ha senz'altro natura perentoria;
- la richiesta viene infatti formulata dal Factor per valutare l'opportunità o la necessità di intraprendere nei confronti dei debitori ceduti le azioni di condanna al pagamento dei corrispettivi delle forniture eseguite dal cedente;
- non può, quindi, immaginarsi che quel termine possa essere ordinario, vertendosi in casi di urgenza e, sovente, di indifferibilità nell'esercizio delle opportune azioni giudiziali ovvero – in prima battuta – trattandosi di casi in cui è necessario per il Factor valutare la eventuale revoca o la limitazione del plafond di credito per le cessioni future;
- non v'è dubbio che, nella presente fattispecie, quel termine non sia stato formalmente rispettato, in quanto le richieste formulate dal Factor il 12 settembre 2011 (con riferimento alla posizione della [*cedente*] doc. 12 att.) ed il 29 ottobre 2011 (in ordine alla posizione della Farmacia [*debitore ceduto*] doc. 13 att.) sono state soddisfatte dall'attrice solo il 25 gennaio 2013 (doc. 14 att.);
- sennonché la valutazione della asserita gravità di questo inadempimento non può prescindere dalla più ampia e complessiva ricostruzione dei rapporti tra le parti nel corso del rapporto di factoring;

- tale ricostruzione induce a ritenere che la cessionaria aveva di fatto tollerato il ritardo nell’invio della documentazione richiesta;
- in primo luogo come già sottolineato dalla difesa attorea, non era inusuale che “...a causa della crisi finanziaria e dei ritardi nel rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale in favore dei farmacisti ceduti, questi ultimi ritardassero i pagamenti per i crediti di [cedente] ceduti a [factor]...”
- la stessa presenza di insoluti anteriori alla stipulazione del contratto di factoring e che la convenuta avrebbe potuto e dovuto conoscere, nella sua qualità di operatore professionale, attivandosi per acquisire dalla cedente le dovute informazioni sull’affidabilità dei debitori ceduti, attestano la natura quasi fisiologica dei ritardi nell’adempimento ed il fatto che tale circostanza, ove contenuta in limiti ragionevoli, era connaturata al settore merceologico di riferimento;
- si tratta, pertanto, di accertare il momento in cui la natura occasionale e/o fisiologica degli insoluti o dei ritardi si sia aggravata al punto da richiedere, nell’ambito degli obblighi contrattuali a carico del Fornitore, una tempestiva attività informativa in favore della controparte idonea ad evitare il mantenimento di un plafond di credito ormai sproorzionato rispetto alle mutate condizioni di solvibilità dei debitori ceduti;
- in relazione alla Farmacia [debitore ceduto] è sufficiente rilevare che, dopo la richiesta della documentazione ex art. 7 del contratto di Factoring datata 12 settembre 2012, la convenuta aveva ricevuto dal debitore un piano di rientro – la cui formulazione definitiva risale al 2 novembre 2012 (doc. 21 att.) – nonché i relativi (parziali) pagamenti fino al 16 gennaio 2013 (doc. 23 att.);
- è pertanto evidente che la stessa cessionaria non aveva coltivato e sollecitato nei mesi successivi l’iniziale richiesta del 12 settembre 2012 perché, nelle more, aveva raggiunto con la Farmacia [debitore ceduto] un accordo sulla rateizzazione del dovuto;
- la stessa esistenza di continui scambi telefonici tra i responsabili delle tre parti interessate (il titolare della Farmacia, i funzionari di [cedente] e addetto di [factor]) – prospettata dalla difesa attorea e puntualizzata nei capitoli di prova testimoniale – non è stata di fatto contestata dalla difesa della controparte;
- essa è indice univoco della intervenuta valutazione, da parte del Factor, del fatto che la consistente situazione debitoria della [debitore ceduto] entrava comunque in un’alea ancora accettabile, tale da non richiedere, fino al definitivo inadempimento del debitore, l’esercizio di azioni giudiziali per le quali il possesso della documentazione a suo tempo richiesta poteva essere indispensabile;
- solo con il parziale pagamento, in data 16 gennaio 2013, della prima rata prevista dal piano di rientro proposto dalla [debitore ceduto] la situazione era precipitata ed il 25 gennaio 2013 l’attrice aveva quindi inviato alla controparte, la documentazione necessaria;
- in sintesi, il ritardo nella trasmissione della documentazione era stato di fatto pienamente tollerato dal Factor, il quale aveva continuato a fare affidamento – anche nei suoi rapporti con il Fornitore – sulla probabilità che il debitore ceduto rientrasse dalla sua esposizione debitoria;
- analoghe considerazioni devono formularsi con riferimento alla posizione della [cedente];
- in relazione alla posizione della [debitore ceduto] motivi di doglianza allegati dalla convenuta sono parimenti infondati;
- l’attrice ha infatti motivato l’esistenza dell’insoluto sul presupposto che la fattura n. 68569 del 17 dicembre 2011 (con scadenza al 17 Febbraio 2012) era stata dalla medesima erroneamente ricompresa tra quelle oggetto della cessione decorrente, con riferimento al predetto debitore, solo dal 31 dicembre 2011;
- a seguito dell’accertamento di questo errore evidenziato dalla cessionaria solo il 4 maggio 2012 (doc. 34 att.) la cedente aveva annullato il RIB a carico del debitore;
- il fatto, poi che alla scadenza il debitore non avesse pagato alla cessionaria il corrispettivo, è circostanza riconducibile alla situazione di difficoltà della [debitore ceduto] è inidonea ad attribuire alla cedente la volontà di dissimulare alla controparte l’esistenza dell’insoluto;
- infine, dalla lettura della scheda contabile prodotta dalla convenuta sub doc. 16 emerge che le note di credito emesse dal Fornitore e che non sarebbero state mai segnalate al Factor sono relative importi assolutamente irrisori (relative a resi) e, cioè, il più delle volte inferiori ad Euro 100.00;
- non sussistono, pertanto, gli estremi del grave inadempimento alla luce degli ingenti importi inerenti alle cessioni;

- con riferimento, infine, alla posizione della [*debitore ceduto*] vanno richiamate – in ordine al motivo di doglianza indicato sub lett. a) – le argomentazioni sopra svolte in ordine al potere dovere del Factor di documentarsi prima della stipulazione del contratto di cessione sugli insoluti pregressi del debitore:
- per quanto concerne, poi, l'addebito di Euro 54.664,95 (di cui alla lett. b), l'attrice ha riferito trattarsi di un addebito per interessi relativi a forniture antecedenti alla cessione e, come tali, rientranti anch'esse nell'originario onere informativo gravante sul Factor in via precontrattuale;
- infine, con riferimento all'omessa segnalazione dell'addebito di Euro 50.012,22 del 7 gennaio 2013, si tratta di un insoluto registrato quando ormai i rapporti tra le parti si erano definitivamente deteriorati con l'invio, da parte della cessionaria, delle lettere di contestazione e di decadenza dalla garanzia;
- in definitiva, la domanda riconvenzionale di condanna, dell'attrice alla restituzione delle anticipazioni a suo tempo concesse non merita accoglimento;
- le spese processuali seguono al soccombenza e si liquidano come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando ex art. 281 sexies c.p.c., ogni altra domanda od eccezione rigettata, così

dispone:

- 1) condanna la convenuta al pagamento, in favore dell'attrice, della somma di Euro 136.166,43, oltre interessi ex D.lgv. n. 231 del 2002 dalle singole scadenze al saldo effettivo;
- 2) rigetta le domande riconvenzionali della convenuta;
- 3) condanna la convenuta alla rifusione, in favore della attrice, delle spese processuali che si liquidano in complessivi Euro 15.000,00, di cui Euro 2.000,00 per spese ed Euro 13.000,00 per compenso, oltre a CPA, spese generali ed IVA dovuta.

Milano, 20 maggio 2016

* * *

IL CASO

La pronuncia in esame origina dall'azione promossa da una società operante nel campo farmaceutico nei confronti di una società di factoring, con la quale ha stipulato un contratto di factoring con garanzia pro soluto. Più precisamente, l'azione ha ad oggetto: i) la richiesta di risarcimento dei danni causati dalla violazione degli obblighi informativi sussistenti in capo al factor e attinenti l'aggravamento della situazione economica dei debitori insolventi; ed ii) la richiesta di pagamento delle somme dovute quale corrispettivo della cessione dei crediti.

Con specifico riferimento alla seconda domanda attorea, il factor propone domanda riconvenzionale, lamentando che la violazione da parte del cedente degli obblighi di collaborazione pattuiti con il contratto di cessione abbia determinato la decadenza dalla garanzia pro soluto. Oggetto di specifica doglianza da parte del factor è l'omessa comunicazione dell'esistenza di insoluti pregressi relativi ai debitori ceduti. Dalla violazione di tali obblighi informativi deriverebbe l'esonero del factor al pagamento del corrispettivo dovuto in ragione della cessione dei crediti.

Il Tribunale di Milano, respingendo la prima domanda proposta dal cedente, dedica ampia motivazione al mancato accoglimento della domanda riconvenzionale. Il rigetto di tale domanda ed il conseguente accoglimento della seconda domanda attorea trovano fondamento nel riconoscimento in capo al factor di un onere di ricerca documentale sul grado di solvibilità dei debitori ceduti. In particolare, il Tribunale assume il factor quale operatore professionale qualificato e pone a suo carico l'onere di acquisire autonomamente le informazioni necessarie a valutare la situazione economico-finanziaria del debitore.

COMMENTO

La sentenza in commento definisce un aspetto peculiare del contratto di *factoring*, vale a dire l'oggetto degli obblighi informativi gravanti su ciascuna delle parti. Tali obblighi acquistano un'importanza centrale, in quanto finalizzati a colmare un'asimmetria informativa sussistente tra cedente e cessionario. Se da un lato, infatti, il cedente dispone di informazioni dettagliate circa i propri debitori, dall'altro il factor si trova costretto ad assumere cognizione della situazione economica dei debitori ceduti esclusivamente sulla base di banche dati di pubblico dominio.

Tale squilibrio informativo acquisisce particolare rilievo in tutte le operazioni in cui alle società di *factoring* viene richiesto di assumere un rischio proprio attraverso la prestazione di una garanzia pro soluto.

In tal senso, nelle condizioni generali dei contratti di *factoring* maggiormente riscontrabili nella prassi sono contemplati stringenti obblighi informativi a carico del cedente¹.

La ratio sottesa alla previsione di tali obblighi è la conoscenza diretta che il cedente può vantare nei confronti dei debitori ceduti a differenza del factor. Ai fini della valutazione dell'affidabilità economica della clientela, risulta determinante per il factor disporre di tutte le informazioni rilevanti di cui il cedente può disporre². L'inosservanza di tali obblighi viene sanzionata con la decadenza della garanzia pro soluto, qualora eventualmente prestata³.

Il Tribunale di Milano, pur riconoscendo la violazione in capo al cedente degli obblighi contemplati dal contratto di *factoring* sottoscritto, supera il dato letterale degli impegni assunti dal cedente con l'accettazione delle condizioni generali, escludendo la decadenza della garanzia pro soluto.

Il convincimento del giudice, che accoglie la domanda attorea e rigetta la riconvenzionale promossa dal factor, si fonda proprio sulla definizione di factor quale soggetto che esercita un'attività professionale qualificata.

La natura di operatore professionale – secondo l'interpretazione del Tribunale – impone al factor di acquisire autonomamente le informazioni circa la situazione economico finanziaria dei debitori già in fase precontrattuale,

¹ Di regola, proprio per permettere al factor di valutare quali rapporti rendere oggetto di *factoring*, le condizioni generali di contratto prevedono che il fornitore debba osservare obblighi informativi stringenti in merito alla situazione economico-finanziaria dei propri debitori (BUSSANI, *Contratti moderni factoring franchising leasing*, in SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 68). Inoltre, il fornitore assume l'impegno di informare il factor di tutte le notizie ed i fatti di sua conoscenza riguardanti le modificazioni intervenute nella situazione economica e finanziaria dei debitori (v. art. 7 delle Condizioni generali Assifact: "il fornitore è tenuto a collaborare in ogni modo con il factor, fornendo d'iniziativa ogni notizia di rilievo in suo possesso riguardante la solvibilità dei debitori ceduti, ogni loro eccezione, pretesa, reclamo, domanda giudiziale o stragiudiziale, nonché eventuali rapporti pregressi ivi compresi ritardati pagamenti dei debitori e controversie in corso, anche non attinenti al rapporto commerciale. Dovrà inoltre comunicare l'esistenza di rapporti pregressi con i debitori offerti in cessione e le eventuali controversie allo stato esistenti. A semplice richiesta del factor, il fornitore dovrà fornire a proprie spese copie ed estratti anche autentici delle scritture contabili in qualsiasi modo attinenti al rapporto di factoring, nonché sottoscrivere ogni documento che attesti la cessione dei crediti e delle eventuali garanzie che li assistono, utile per l'incasso dei crediti stessi e delle somme accessorie, anche in via giudiziale o stragiudiziale"). Tale previsione è contemplata anche nel contratto di *factoring* oggetto della sentenza in commento.

² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, n. 3249, in *inexplorer.it* (in tema di accesso ai documenti amministrativi); Cass. civ., sez. III, 21 aprile 1983, n. 2747, in *Giust. civ. Mass.*, 1983 (che sancisce l'obbligo del cedente di consegna dei documenti al cessionario).

³ DOLMETTA – PORTALE, *Problemi della pratica cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1999, 76. Sugli obblighi informativi gravanti sulle parti, la disciplina civilistica in tema di garanzia sulla solvenza prevede che fuori dall'ipotesi di cessione utilizzata come prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1198 c.c.), il cedente non è tenuto a rispondere dell'adempimento, né della solvenza del ceduto. L'art. 1267 c.c. stabilisce però una rigida disciplina per il caso di assunzione convenzionale della garanzia per la solvenza. Tale disciplina – posta in funzione di tutela del cedente e quindi inderogabile per eccesso – si sostanzia nel riconoscere come valida solo la garanzia che abbia per scopo la reintegrazione, anche totale, dell'originaria posizione del cessionario, non anche quella che tenda a consentirgli di lucrare comunque vantaggi patrimoniali dall'operazione posta in essere. Perciò, il cedente risponde solo nei limiti di quanto ha ricevuto, a parte l'obbligo di risarcire i danni, corrispondere gli interessi e rimborsare le spese. Inoltre, la garanzia cessa (art. 1267, comma 2, c.c.) nel caso in cui il cessionario non abbia vigilato diligentemente sulla persistenza della capacità patrimoniale del ceduto a soddisfare il credito e non abbia in conseguenza di ciò fruito della gamma di poteri che l'ordinamento appresta a tutela della posizione creditoria (ad esempio, la decadenza dal beneficio del termine).

in quanto grava sul medesimo un vero e proprio onere di ricerca documentale con particolare riferimento ai debiti assunti dalla clientela del cedente in epoca anteriore al contratto di factoring.

La sentenza in commento ridefinisce pertanto la posizione del factor, sancendo in capo al medesimo l'esistenza di un onere di ricerca documentale. Al cessionario viene imposta una partecipazione attiva nella ricerca ed acquisizione di tutte quelle informazioni necessarie allo svolgimento della propria attività professionale di acquisto dei crediti⁴. In particolare, il giudice riconosce in capo al factor il diritto–dovere di richiedere al cedente quanto sia necessario per valutare l'affidabilità economica dei debitori (inter alia, richiedere copia di scritture contabili e di comunicazioni bancarie di accredito del corrispettivo e delle eventuali garanzie). A tal proposito, la sentenza specifica che l'eventuale inadempimento degli obblighi informativi previsti nei contratti di factoring costituisce una circostanza che il factor può prendere in considerazione ai soli fini della valutazione dell'opportunità di concludere il contratto stesso. Il diritto di rivalsa nei confronti del cedente sarà, infatti, da ritenersi precluso con la conclusione del contratto, ossia anche qualora il factor abbia assunto la garanzia pro soluto nei confronti di debitori dei quali ignori – seppur incolpevolmente – l'affidabilità commerciale.

Avv. Massimo Di Muro

massimo.dimuro@munaricavani.it

⁴ Cfr., in tema di cessione *pro solvendo*, PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, 289, secondo il quale “il cessionario può (come creditore) e deve (come garantito), vigilare sui mutamenti patrimoniali del debitore, sul mutamento della possibilità dell'adempimento della prestazione da parte del debitore, pena l'estinzione della garanzia” (nello stesso senso BUSSANI, *op. cit.*, 114).

2. Corte d'Appello di Milano, sez. IV, 9 novembre 2016, n. 4160

* * *

Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Atti a titolo oneroso – Pagamenti di debiti del fallito eseguiti da un terzo – Mezzo anomalo di adempimento – Revocabilità

(L. Fall., art. 67, comma 1, n. 2; L. 21 febbraio 1991, n. 52, art. 6)

Sono soggetti a revocatoria fallimentare quei pagamenti che, sebbene effettuati dal terzo e non direttamente dalla società debitrice poi fallita, risultino effettuati per conto di quest'ultima dal terzo che, prima della dichiarazione di fallimento, si è rivalso nei confronti della fallita stessa, decurtando le somme versate dal prezzo pattuito per l'acquisto del ramo d'azienda della fallita.

È esclusa l'applicazione del beneficio di esenzione dalla revocatoria fallimentare previsto dall'art. 6 della L. 52/91, qualora i pagamenti posti in essere dalla società debitrice fallita siano diretti ad estinguere l'originario debito ceduto al factor, reso successivamente oggetto di un accordo transattivo tra debitore fallito e factor che abbia prodotto effetti novativi nei confronti dell'originario rapporto creditorio.

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione quarta civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Mariano Del Prete	Presidente
dr. Rossano Taraborrelli	Consigliere
dr. Monica Fagnoni	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente SENTENZA nella causa iscritta al n. r.g. 623/2012 promossa in grado d'appello da:

FALLIMENTO [*debitore ceduto*] C.F. (*omissis*) in persona del curatore Avv. (*omissis*) elettivamente domiciliato in (*omissis*) presso lo studio dell'avv. (*omissis*), che lo rappresenta e difende come da delega in atti.

APPELLANTE

CONTRO

[*factor*] C.F. (*omissis*) in persona del legale rappresentante pro tempore elettivamente domiciliato in (*omissis*) presso lo studio dell'avv. (*omissis*), che lo rappresenta e difende come da delega in atti

APPELLATO

avente ad oggetto: Azione revocatoria fallimentare (artt. 67 e ss.) sulle seguenti conclusioni.

Per l'appellante Fallimento [*debitore ceduto*].

In totale riforma della sentenza del Tribunale di Milano n. 8999/2011 del 20 giugno 2011 – 5 luglio 2011:

1) Revocare, ai sensi dell'art. 67 I comma n. 2 l.f., in quanto atti estintivi di debiti esigibili della fallita [*debitore ceduto*] non effettuati con mezzi normali, i pagamenti di complessivi € 890.652,00 effettuati dalla [*controllante del debitore ceduto*] in favore della convenuta, nell'anno anteriore al fallimento della [*debitore ceduto*]. Per l'effetto, condannare la convenuta a pagare al fallimento la somma di € 890.652,00 oltre interessi dalla domanda al saldo.

2) Dichiarare inefficaci, ai sensi dell'art. 44 della legge fallimentare, in quanto riferibili alla fallita [*debitore ceduto*], i pagamenti di complessivi € 507.513,50 effettuati dalla [*controllante del debitore ceduto*] in favore della

convenuta, dopo la dichiarazione di fallimento della [debitore ceduto]. Per l'effetto, condannare la convenuta a pagare al fallimento la somma di € 507.513,50 oltre interessi dalle date dei singoli pagamenti.

3) Spese legali rifuse, per entrambi i gradi del giudizio.

Per l'appellata e appellante incidentale [factor].

A) Respingersi l'appello avverso, in subordine accogliere l'appello incidentale condizionato della [factor] e/o le questioni assorbite ed in ogni caso respingersi le domande tutte proposte nel presente giudizio dal Curatore del fallimento della [debitore ceduto] contro la [factor].

B) Col favore delle spese ed onorari di causa.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione, notificato il 2.4.2010, il Curatore del fallimento della [conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Milano, la [factor], chiedendo la declaratoria di inefficacia e la revoca, ai sensi dell'art. 67, primo comma n. 2 L.Fall., di pagamenti avvenuti con mezzi non normali che la [factor] avrebbe ricevuto dalla [controllante del debitore ceduto] (per l'ammontare di € 809.652,00), società controllante della [debitore ceduto], nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento di quest'ultima, nonché la declaratoria di inefficacia, ex art. 44 L.Fall., di pagamenti successivi alla dichiarazione di fallimento effettuati dalla [controllante del debitore ceduto] a favore della stessa [factor] (corrispondenti a € 507.513,50). Domandava, per l'effetto, di condannare la convenuta al pagamento di tali somme oltre interessi dalla domanda al saldo.

In tale giudizio si costituiva [factor], contestando sotto ogni profilo la fondatezza delle domande avversarie e chiedendone pertanto il rigetto, con vittoria di spese ed onorari.

Con la sentenza n. 8999/2011 del 5.7.2011 il Tribunale di Milano respingeva tutte le domande di parte attrice nei confronti di [factor], condannandola alla rifusione delle spese di lite.

Avverso la sentenza su indicata proponeva appello il Fallimento [debitore ceduto], lamentando il mancato accoglimento delle domande revocatorie e pertanto chiedendo, in primo luogo, di revocare, ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2 L.Fall., in quanto atti estintivi di debiti esigibili dalla fallita non effettuati con mezzi normali, i pagamenti di complessivi € 809.652,00 eseguiti dalla [debitore ceduto] nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, con conseguente condanna della convenuta al pagamento di tale somma, e, in secondo luogo, domandando l'applicazione dell'art. 44 L.Fall. al fine di ottenere la dichiarazione di inefficacia dei pagamenti effettuati dalla [controllante del debitore ceduto] in favore di [factor] dopo la dichiarazione di fallimento della [debitore ceduto] e per l'effetto condannare la convenuta al pagamento di € 507.513,50.

[factor], costituitasi in giudizio, domandava respingersi l'appello avverso e, in via subordinata, come appello incidentale, in caso di anche parziale accoglimento della domanda del fallimento chiedeva il riconoscimento a proprio favore dei pagamenti anteriori alla cessione d'azienda, per complessivi € 371.105,00, i quali non sarebbero stati revocabili, diversamente da quanto affermato dal giudice di prime cure in punto di motivazione, né ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2 L. Fall., né sotto il profilo dell'art. 67, secondo comma L.Fall. Domandava, poi, in via ulteriormente subordinata, l'accoglimento delle questioni assorbite, con riferimento all'esenzione di [factor] dalla revocatoria e della declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 6, L. 21 febbraio 1991, n. 52, all'infondatezza delle domanda di inefficacia e revocatoria in relazione al momento della "fuoriuscita patrimoniale rilevante", e all'inesistenza di pagamenti con mezzi non normali.

All'udienza del 16.06.2016 le parti precisavano le conclusioni come sopra riportate e la Corte tratteneva la causa in decisione assegnando alle parti i termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

Motivi della decisione

A parere della Corte è necessario, preliminarmente, ricostruire brevemente i fatti di causa. In particolare, in data 8/06/2005 [cedente] cedeva a [factor] il proprio credito nei confronti di [debitore ceduto], mediante lo schema del contratto di factoring; in data 9/07/2007 veniva stipulato un accordo transattivo tra [debitore

ceduto] in bonis e [*factor*], avente ad oggetto tale credito. Con quest'ultimo accordo la [*debitore ceduto*] si impegnava a pagare a [*factor*] il complessivo importo di € 1.896.636,72 in ventuno rate mensili decorrenti dal 12 luglio 2007. In tale contesto, si collocavano i pagamenti di cui parte appellante chiedeva la revoca. Difatti le rate da novembre 2007 a marzo 2008 (per la somma complessiva di € 371.105,00), venivano corrisposte non da [*debitore ceduto*], bensì da [*controllante del debitore ceduto*], società controllante di quest'ultima, e ciò antecedentemente al contratto di cessione di ramo d'azienda da [*debitore ceduto*] a [*controllante del debitore ceduto*], stipulato poi effettivamente in data 11.3.2008, e comprendente anche la posizione debitoria oggetto dell'accordo transattivo.

Il prezzo della cessione del ramo d'azienda da [*debitore ceduto*] a [*controllante del debitore ceduto*] veniva così determinato: partendo dal valore dell'attivo del ramo ceduto pari a € 1.800.000,00, dedotta la somma di € 1.027.851,50, corrispondente al debito ancora da saldare a favore di [*factor*], dedotto il TFR maturato pari a € 151.601,00 si giungeva all'importo di € 620.547,50 di cui € 371.105,00 già corrisposti a seguito del pagamento delle rate del debito dal novembre 2007 a marzo 2008 di cui si è detto in precedenza, ed € 250.000,00 corrisposte a titolo di caparra confirmatoria: così facendo al momento della stipula del contratto definitivo di cessione nessuna somma transitava dall'acquirente [*controllante del debitore ceduto*] alla venditrice [*debitore ceduto*]; [*controllante del debitore ceduto*] provvedeva dopo la stipula del contratto di cessione, a pagare le rate residue del debito nei confronti di [*factor*].

Con sentenza n. 509/2008 emessa in data 27/10/2008 il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento di [*debitore ceduto*].

Il primo motivo di appello concerne la lamentata erronea individuazione da parte del Giudice di primo grado delle parti tra cui era intervenuto il contratto di factoring: specificatamente, il giudice di prime cure aveva ritenuto che tale contratto fosse intercorso tra la società poi fallita e la convenuta, laddove invece la stipula riguardava [*factor*] e [*cedente*]. Seppur risulta formalmente fondato quanto riportato da parte appellante (doc. 5 parte appellata), la Corte ritiene che tale erronea individuazione da parte del Tribunale non possa aver in alcun modo falsato la prospettiva della fattispecie, come invece lamenta la parte, posto che tale affermazione non ha assunto poi alcuna rilevanza ai fini decisori ed anzi non è stata posta a fondamento delle statuizioni svolte dal Giudice di primo grado relativamente alla revocabilità dei pagamenti impugnati.

Merita invece accoglimento la doglianza principale relativa ai pagamenti effettuati a favore di [*factor*] da [*controllante del debitore ceduto*] come riferibili alla società fallita e, conseguentemente alla loro revocabilità ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2, L. Fall. e dell'art. 44 L. Fall..

In particolare, l'art. 67, primo comma, n. 2 L. Fall. precitato prevede che possano essere dichiarati inefficaci "gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento". Nel caso di specie, si tratterebbe dei pagamenti eseguiti da [*controllante del debitore ceduto*] a favore di [*factor*] (e provati attraverso produzione dei bonifici, doc. 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 parte appellante) nel periodo compreso tra il 10.11.2007 e il 27.10.2008. Tali pagamenti, pur se effettuati da un terzo e non direttamente dalla società fallita, motivo che, a dire della convenuta, escluderebbe la possibile declaratoria di inefficacia degli stessi, sono, in realtà, a parere di questa Corte, pagamenti riferibili al patrimonio della [*debitore ceduto*], in quanto somme imputate al corrispettivo per la cessione del ramo d'azienda. Ciò è dimostrato inequivocabilmente, non solo dal contratto di cessione (doc. 3 parte appellata), che, da un lato, individuava espressamente tale debito tra le passività cedute a carico della cessionaria (art. 2.4.2), prevedendo che tutte le altre passività non esplicitate restassero invece a capo alla cedente, e che, dall'altro, calcolava tale debito a deduzione e quindi in diminuzione del valore del ramo d'azienda e del prezzo della stessa, ma anche dalla corrispondenza intercorsa tra [*controllante del debitore ceduto*] e la [*debitore ceduto*] (doc. 6 parte appellante), nella quale si dava conto che gli avvenuti pagamenti delle rate dei mesi di novembre, dicembre 2007 e gennaio 2008, così come i successivi pagamenti rateali fino a marzo 2008 erano stati effettuati "per conto della [*debitore ceduto*]" e "a saldo del prezzo d'acquisto del ramo d'azienda in oggetto", oltre che per esplicita ammissione di parte convenuta che nella comparsa di risposta di primo grado (pag.

3) riconosceva come i versamenti effettuati a favore di [factor] fossero stati “scomputati dal prezzo di cessione di azienda, determinando per la cedente un minor incasso di denaro”.

La Corte condivide, dunque, sulla base degli elementi predetti, l'assunto di parte appellante in base al quale il pagamento del debito non sarebbe stato corrisposto dalla [controllante del debitore ceduto] con proprie risorse e per un proprio specifico interesse, ma, sostanzialmente, con denaro della fallita in quanto scomputato dal prezzo di acquisto del ramo d'azienda.

Non concorda, quindi, questa Corte, con le conclusioni del Giudice di prime cure, il quale, in primo luogo, ha ritenuto del tutto irrilevante e anzi normale che nella determinazione del prezzo di cessione si sia tenuto conto di tutto il passivo, posto che, dalla lettura dei documenti, emerge in realtà come l'unica posizione debitoria ceduta riguardasse quella nei confronti di [factor] (oltre il TFR), e che, in secondo luogo, ha escluso qualsiasi possibile incidenza di tale operazione sul patrimonio della fallita, in virtù del fatto che l'acquirente dell'azienda avrebbe soddisfatto, conformemente a quanto disposto dall'art. 2560 c.c., un debito anche proprio. Non risulta infatti confacente al caso di specie il richiamo all'art. 2560 c.c., poiché nell'ambito dell'atto di cessione sono state prese in considerazione, e sono state detratte dal pezzo di cessione, non tutte le passività risultanti dai libri contabili, ma solamente quelle espressamente individuate. Ma ciò che più rileva, a giudizio di questa Corte, al fine di escludere che tale pagamento sia stato un effetto della cessione la quale, in applicazione del dettato normativo, determinerebbe un passaggio di posizione giuridiche sia attive che passive, è il fatto che i pagamenti siano in parte stati eseguiti con mesi di anticipo rispetto alla stipula del contratto di cessione tra società fallita e controllante, con ciò venendosi la cessione a configurare unicamente come uno strumento volto a formalizzare cartolarmente l'estinzione di un debito sorto precedentemente all'atto di cessione stesso. A tale proposito, consolidata giurisprudenza di legittimità afferma come la revocatoria fallimentare del pagamento di debiti del fallito ex art. 67 L.Fall. sia esperibile anche quando il pagamento sia stato effettuato da un terzo, purché questi abbia pagato il debito con danaro dell'imprenditore poi fallito, ovvero con danaro proprio, sempre che abbia esercitato azione di rivalsa prima dell'apertura della procedura concorsuale¹. Nel caso di specie, dunque, i pagamenti eseguiti da [controllante del debitore ceduto] antecedentemente alla dichiarazione di fallimento risultano revocabili ai sensi dell'art. 67 comma 1 n. 2, L.Fall. poiché non effettuati dalla stessa in qualità di cessionario d'azienda, corresponsabile in solido in base all'art. 2560 c.c.², ma in quanto operati per conto della [debitore ceduto] e rivalendosi poi nei confronti della stessa mediante la decurtazione del prezzo di cessione.

Risultano inoltre integrati anche gli altri presupposti richiesti dalla disposizione citata: il compimento dell'atto nel periodo sospetto e l'esecuzione dello stesso tramite mezzi anormali. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza di legittimità³ è ferma nel ribadire che occorre una valutazione del complessivo meccanismo posto in essere dalle parti per determinare l'effetto estintivo dell'obbligazione pecuniaria, e che quindi sono da considerarsi anormali quei mezzi di pagamento in cui il denaro non è strumento di immediata e diretta soluzione, bensì solo mezzo indiretto di un adempimento che altro non è se non l'effetto terminale di altri negozi secondo un procedimento non usuale nelle ordinarie transazioni commerciali.

In particolare, la Corte di Cassazione⁴ ha affermato che, a norma dell'art. 67 L.Fall., il pagamento può essere revocato solo se integrante un c.d. "pagamento anormale" del debitore, che è realizzato se, di fatto, il terzo abbia eseguito il pagamento per conto del debitore, utilizzando parte del prezzo di cessione a suo favore.

Nel caso di specie, è già stato ampiamente dato conto di come tale condizione sia stata soddisfatta, attraverso l'imputazione del valore del debito al prezzo della cessione d'azienda. Del resto come affermato dalla giurisprudenza della Cassazione⁵, al fine della esperibilità dell'azione revocatoria ex art. 67, comma 1, n. 2, L.Fall., il pagamento eseguito dal terzo deve considerarsi anormale quando l'effetto solutorio del

¹ Tra le altre, Cass. Civ., Sez. I, 17/04/2007, n. 9143 e, da ultimo, Cass. Civ., Sez. I, 31/03/2016, n. 2592.

² Cass. Civ., Sez. I, 28/10/1988, n. 5857.

³ Cass. Civ. Sez. I., 8/03/1995, n. 2706.

⁴ Cass. Civ., Sez. I., 28/10/1988, n. 5857.

⁵ Cass. Civ., Sez. I, 14/01/2016, n. 506.

debito del fallito si sia realizzato attraverso un diverso negozio utilizzato dalle parti, in via mediata e indiretta, per eludere la "par condicio". Si devono, a questo punto, affrontare le eccezioni sollevate da parte appellata, concernenti l'esenzione della [factor] dalla revocatoria e dalla declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 6, l. 21 febbraio 1991, n. 52 e, in subordine, l'infondatezza delle domande d'inefficacia al momento della "fuoriuscita patrimoniale" rilevante.

La Corte non ritiene di aderire alle tesi di parte appellata. Difatti, non può trovare in questa sede applicazione l'art. 6 della legge 52/1991, che, nell'ambito dei rapporti di factoring, esclude la soggezione del pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario, alla revocatoria prevista dall'art. 67 L.Fall.: seppur fu stipulato contratto di cessione di credito tra [cedente] e la [factor], il debito di cui si tratta e il cui pagamento è assoggettato a revocatoria, trova fondamento non in tale contratto, bensì nel successivo contratto di transazione intercorso tra le parti in giudizio, il quale, per esplicita previsione delle parti (art. 6 dell'accordo transattivo) assumeva carattere novativo, determinando, di conseguenza, un'estinzione del credito originario con la perdita delle garanzie e dei rimedi ad esso collegati. Neppure risulta condivisibile, a giudizio di questa Corte, l'eccezione formulata dalla [factor] relativamente al momento in cui si sarebbe verificata la fuoriuscita patrimoniale pregiudizievole della par condicio creditorum. Parte appellata afferma che, se il pregiudizio deriva, come sostenuto da controparte, dallo scomputo del valore del debito dal prezzo di cessione del ramo d'azienda, allora è al momento della conclusione del contratto di cessione, vale a dire nel marzo del 2008, che si sarebbe verificata un'incidenza pregiudizievole sul patrimonio della [debitore ceduto], e non nel momento dei singoli pagamenti. L'effetto estintivo del debito e, di conseguenza, l'incidenza pregiudizievole sul patrimonio della società poi fallita si è realizzato solamente nel momento in cui [controllante del debitore ceduto] ha proceduto ad eseguire i diversi pagamenti rateali a favore della convenuta per conto della propria controllata. A tale proposito, la Corte richiama la giurisprudenza di legittimità⁶ in materia di acollo non liberatorio, la quale ha avuto modo di precisare come l'effetto estintivo delle obbligazioni si verifichi automaticamente con il pagamento eseguito dal terzo (avente effetto liberatorio anche per il debitore).

Per quanto concerne, inoltre, l'appello incidentale svolto da parte appellata relativamente alla revocabilità dei pagamenti effettuati in data anteriore alla cessione del ramo d'azienda (del valore di € 371.105,00), esso deve essere, del pari, respinto, essendo già stato affermato da questa Corte come non si trattasse di debiti di cui la [controllante del debitore ceduto] era chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2560 c.c., e che, di conseguenza, erano anch'essi pagamenti frutto del meccanismo di "deconto del prezzo di vendita", e, in quanto tali, riferibili in realtà al patrimonio della società poi fallita.

Pertanto, sulla base degli elementi sopra indicati, e in assenza di qualsivoglia elemento probatorio volto ad escludere la presunzione di scientia decoctionis in capo alla convenuta, i pagamenti impugnati (corrispondenti alla somma di € 809.652,00) risultano inequivocabilmente soggetti, a giudizio di questa Corte, alla revocabilità ex art. 67, primo comma, n. 2 L.Fall.

L'appello è fondato anche per quanto concerne la declaratoria di inefficacia ex art. 44 L.Fall. dei pagamenti effettuati da [controllante del debitore ceduto] successivamente alla dichiarazione di fallimento, i quali ammontavano alla somma di € 507.513,50. Anche tali pagamenti, difatti, risultano riferibili alla società fallita mediante il meccanismo di provvista indiretta e mediata sul patrimonio di [debitore ceduto], di cui si è dato conto in precedenza. A maggior ragione, dunque, i pagamenti eseguiti successivamente alla dichiarazione di fallimento da parte di [controllante del debitore ceduto] a favore di [factor] e riferibili, sulla base degli elementi su esposti, alla società poi fallita, sono stati compiuti in pregiudizio alla massa e, pertanto, sono soggetti alla declaratoria di inefficacia ex art. 44 L.Fall. A tale proposito, questa Corte ritiene di aderire alla recente giurisprudenza di legittimità⁷, la quale si è assestata ormai su un consolidato orientamento secondo il quale "il principio della "par condicio creditorum", la cui salvaguardia costituisce la "ratio" della sottrazione al fallito della disponibilità dei suoi beni, è violato non solo dai pagamenti eseguiti dal debitore successivamente alla dichiarazione di fallimento, ma da qualsiasi atto estintivo di un debito a lui riferibile, sia pur indirettamente, in quanto effettuato con suo denaro o per suo incarico o in

⁶ Cass. Civ. Sez. I, 14/02/2000, n. 1611.

⁷ Cass. Civ., Sez. I, 31/03/2011, n. 7508.

suo luogo [...] Il terzo debitore che esegue il pagamento dopo la dichiarazione di fallimento estingue, infatti, oltre al suo debito nei confronti del creditore assegnatario, anche il debito del fallito, e lo fa con mezzi provenienti dal patrimonio di quest'ultimo.”

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Fallimento della [debitore ceduto] contro [factor] avverso la sentenza n. 8999/2011 emessa dal Tribunale di Milano in data 05.07.2011, in contraddittorio fra le parti, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

– In riforma della sentenza n. 8999/2011 emessa dal Tribunale di Milano in data 5.07.2011, revoca, ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2 L.Fall., i pagamenti di complessivi € 890.652,00 effettuati dalla [controllante del debitore ceduto] in favore di [factor], e, per l'effetto, condanna la convenuta a pagare al fallimento la somma di € 890.652,00 oltre interessi dalla data della domanda al saldo, nonché, ai sensi dell'art. 44 della legge fallimentare, in quanto riferibili alla fallita [debitore ceduto], revoca i pagamenti di complessivi € 507.513,50 effettuati dalla [controllante del debitore ceduto] in favore della [factor], e, per l'effetto, condanna la convenuta a pagare al fallimento la somma di € 507.513,50 oltre interessi dalla data della domanda al saldo;

– Condanna [factor] al pagamento delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio in favore del Fallimento [debitore ceduto] che liquida, quanto al primo, nella somma di € 15.667,98 oltre accessori di legge e, quanto al secondo, nella somma di € 22.917,00 oltre al rimborso per spese generali nella misura del 15%, IVA, se dovuta, e CPA.

Così deciso in Milano, il 12/10/2016

Il Consigliere est.

* * *

Il Presidente

IL CASO

Successivamente alla stipula di un contratto di factoring, il debitore ceduto conclude un accordo transattivo con il factor mediante il quale si impegna a rientrare dalla propria esposizione attraverso la corresponsione di rate mensili. Le prime cinque rate vengono versate non direttamente dal debitore ceduto, bensì dalla sua controllante – terza rispetto al contratto di factoring – che, dopo il pagamento della quinta rata, acquista dal debitore ceduto un ramo d'azienda, al cui interno è ricompreso anche il debito nei confronti del factor. Il corrispettivo della cessione viene pattiziamente decurtato della somma corrispondente alle cinque rate già pagate dalla controllante al factor. A seguito del fallimento del debitore ceduto, il curatore fallimentare adisce il Tribunale al fine di far dichiarare l'inefficacia di tutti i pagamenti effettuati in favore del factor dalla società cessionaria del ramo d'azienda, ovvero sia dei pagamenti avvenuti nell'anno anteriore al fallimento del debitore ceduto ex art. 67, comma 1, n. 2, L.F., sia di quelli successivi al fallimento ex art. 44 L.F. In conseguenza del rigetto di tutte le domande attrici, il curatore propone appello, accolto in toto dalla Corte, che dispone la revoca sia dei pagamenti effettuati nell'anno anteriore la dichiarazione di fallimento, sia di quelli compiuti in data successiva, condannando la società di factoring al pagamento di quanto ricevuto.

Diversamente da quanto sostenuto dal giudice di prime cure, la Corte ritiene provato che i pagamenti posti in essere dalla società cessionaria siano attribuibili al patrimonio del debitore fallito. Determinante in tal senso è l'imputazione di detti pagamenti al corrispettivo per la cessione del ramo d'azienda, da cui è derivata una proporzionale riduzione del prezzo pattuito.

La Corte d'Appello esclude inoltre che il factor possa beneficiare dell'esclusione della revocatoria ex art. 67 L.F. prevista per i pagamenti effettuati in suo favore da parte del debitore fallito ai sensi dell'art. 6 Legge 52/1991, poiché tali pagamenti non sono stati effettuati in adempimento degli originari debiti ceduti attraverso il contratto di factoring, bensì in esecuzione dell'accordo transattivo concluso tra il factor e il debitore ceduto il quale ha prodotto effetti novativi rispetto all'originario rapporto di credito.

COMMENTO

La sentenza in esame affronta due distinte tematiche: la revocabilità – a norma dell'art. 67, comma 1 n. 2) – di pagamenti posti in essere da un soggetto terzo che, al momento della corresponsione, non risulta obbligato in proprio ad estinguere i debiti del debitore ceduto; nonché, l'applicabilità dell'esenzione della revocatoria ex art. 67 L.F. sancita dall'art. 6 Legge 52/1991 per i pagamenti posti in essere nell'ambito di un contratto di factoring dal debitore ceduto dichiarato fallito.

Con riferimento alla prima questione, deve preliminarmente osservarsi che i pagamenti posti in essere da un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio (quale è nel caso di specie la società controllante) e indirizzati ad estinguere i debiti dell'imprenditore fallito non sono in linea di principio idonei ad intaccare i diritti del ceto creditorio, avente unicamente ad oggetto il patrimonio del fallito. Fintantoché i pagamenti compiuti sono riconducibili alla sfera patrimoniale di soggetti altri rispetto al fallito, l'azione revocatoria fallimentare – strumento volto alla dichiarazione di inefficacia dei soli atti compiuti dall'imprenditore a ridosso della dichiarazione di fallimento in pregiudizio della par condicio creditorum⁸ – non sarebbe esperibile in quanto si sarebbe in presenza di pagamenti che non interessano la massa fallimentare. La revocabilità dei pagamenti posti in essere dal terzo sarebbe limitata alle sole ipotesi in cui ricorressero – anche in via alternativa – le seguenti condizioni: che i pagamenti siano stati direttamente compiuti con denaro del fallito, ovvero, che il terzo, a seguito del pagamento dei debiti con denaro proprio, abbia esercitato nei confronti del fallito azione di rivalsa prima della apertura della procedura concorsuale⁹.

Nella pronuncia in commento la Corte ritiene che sussista la seconda delle ipotesi: prima della dichiarazione di fallimento, la controllante avrebbe effettuato pagamenti per conto del fallito, rivalendosi poi nei confronti dello stesso mediante decurtazione dal prezzo per la cessione del ramo d'azienda. Rilievo marginale viene invece attribuito alla non corrispondenza tra l'autore materiale dei pagamenti (la società controllante del debitore ceduto) e il soggetto titolare dei debiti alla cui estinzione i pagamenti erano volti. La Corte invece esclude che le rate siano state versate dal terzo in ragione di un proprio specifico interesse (quale, per esempio, l'adempimento di un proprio obbligo di garanzia¹⁰), o in ragione della responsabilità solidale che l'art. 2560 c.c. stabilisce in capo al cessionario per i debiti dell'azienda ceduta, entrambe circostanze che avrebbero giustificato l'esenzione dalla revocatoria ex art. 67 L.F.¹¹

Con riferimento invece alla questione concernente l'assoggettabilità dei pagamenti oggetto di giudizio alla revocatoria fallimentare, la Corte ritiene non possa trovare applicazione l'art. 6 Legge 52/1991. L'accordo transattivo concluso tra il factor ed il debitore ceduto ha prodotto un effetto novativo del rapporto creditorio originario. Nello

⁸ Cass. civ., sez. I, 23 dicembre 2015, n. 25928, in *IFallimentarista.it*; Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1999, n. 7275, in *Giur. it.*, 1999, 2315; Cass. civ., sez. I, 2 maggio 1996, n. 4040, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 653; Cass. civ., 13 aprile 1989, n. 1785, in *Fallimento*, 1990, 18; Trib. Lecce, 2 agosto 2016, n. 3690, in *insexplorer.it*.

⁹ Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2016, n. 2592, in *insexplorer.it*; Cass. civ., sez. I, 23 dicembre 2015, n. 25928, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2007, n. 9143, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 4; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 142, in *Fallimento*, 2003, 580; Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2001, n. 14869, in *Fallimento*, 2002, 849; Cass. civ., 10 luglio 1999, n. 7525, in *Fallimento*, 2000, 64; Cass. civ., I sez., 21 aprile 1966, n. 1013, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 97 (con nota di VASSALLI); Trib. Monza, 20 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 1251 (con osservazioni critiche di CECCHERINI).

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 6 maggio 2011, n. 10004, in *IFallimentarista.it*, 2012, 232; Cass. civ., sez. I, 12 agosto 2009, n. 18234, in *IFallimentarista.it*, 2010, 622.

¹¹ Trib. Milano, 5 luglio 2011, in *IFallimentarista.it*, 2012, 357; Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 1988, n. 5857, in *Giust. civ. Mass.*, 1988.

specifico, siffatto effetto novativo si è riverberato sul credito oggetto di cessione da parte del cedente in favore del cessionario, estinguendolo e, conseguentemente, determinando la perdita delle garanzie e dei rimedi ad esso collegati. In ultima analisi si deve pertanto ritenere che la mancata esenzione da revocatoria fallimentare dei pagamenti non discenda nel caso di specie da una limitazione dell'ambito di applicabilità del beneficio di cui all'art. 6 Legge 52/1991, bensì dal riconoscimento dell'autonomia negoziale delle parti, debitore ceduto e factor, racchiusa nell'accordo transattivo da questi stipulato ed espressamente volto a novare i rapporti tra loro intercorrenti.

Avv. Alessandra Fossati
alessandra.fossati@munaricavani.it

Dott. Riccardo Malaguti
riccardo.malaguti@munaricavani.it

3. Cassazione Civile, sez. I, 2 ottobre 2015, n. 19716

Contratto di *factoring* – Fallimento del cedente – Atti successivi alla dichiarazione – Pagamento al cedente fallito dopo il fallimento – Azione di inefficacia ex art. 44 L. Fall. – *Causa vendendi*

(L. 21 febbraio 1991, n. 52, artt. 5 e 7; L. Fall., art. 44)

Il contratto di factoring, ove postuli una cessione dei crediti a titolo oneroso in favore del factor, attribuisce a quest'ultimo la titolarità dei crediti medesimi e, quindi, la legittimazione alla loro riscossione in nome e per conto proprio, e non in qualità di semplice mandatario del cedente, sicché il pagamento eseguito dal debitore ceduto si configura quale adempimento di un debito non del cedente verso il factor ma proprio del debitore ceduto verso quest'ultimo, per cui, seppur eseguito dopo il fallimento del cedente, non comporta alcuna sottrazione di risorse alla massa e non è sanzionato con l'inefficacia prevista dall'art. 44 L. Fall.

* * *

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CECCHERINI Aldo

Dott. NAPPI Aniello

Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria

Dott. CRISTIANO Magda

Dott. MERCOLINO Guido

– Presidente –

– Consigliere –

– Consigliere –

– Consigliere –

– rel. Consigliere –

ha pronunciato la seguente sentenza:

sul ricorso proposto da:

[*factor*], in persona del direttore p.t. della filiale di (*omissis*), elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso l'avv. (*omissis*), unitamente all'avv. (*omissis*) del foro di (*omissis*), dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del ricorso – (*omissis*);

– ricorrente –

contro

FALLIMENTO (*cedente*), in persona del curatore p.t. (*omissis*), elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso l'avv. (*omissis*), dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del controricorso, (*omissis*);

– controricorrente e ricorrente incidentale –

e

[*debitore ceduto*], in persona del Commissario straordinario p.t, elettivamente domiciliato in (*omissis*), presso l'avv. (*omissis*), dal quale, unitamente all'avv. (*omissis*), è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale in calce al controricorso;

– controricorrente –

avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma n. 2498/07, pubblicata il 4 giugno 2007.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'8 aprile 2015 dal Consigliere Dott. Mercolino Guido;

uditi l'avv. (omissis) per la ricorrente, l'avv. (omissis) per delega del difensore del fallimento e l'avv. (omissis) per il [debitore ceduto];
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. (omissis), il quale ha concluso per la dichiarazione d'inammissibilità ed in subordine per il rigetto del ricorso principale, nonché per il rigetto del ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – Il curatore del fallimento della [cedente] convenne in giudizio il [factor] ed il [debitore ceduto], per sentir dichiarare l'inefficacia del contratto di factoring stipulato il 3 settembre 1992 tra la società fallita ed il [factor] e delle conseguenti cessioni dei crediti vantati dall' [cedente] nei confronti del [debitore ceduto], ai sensi del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 67, comma 1, n. 2, ovvero l'inefficacia delle cessioni dei crediti e dei versamenti effettuati sul conto corrente della società fallita, ai sensi dell'art. 67, comma 2, della L. Fall., o ancora l'inefficacia dei versamenti effettuati sul conto successivamente alla dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 44 della L. Fall.

1.1. – Con sentenza del 17 febbraio 2003, il Tribunale di Roma rigettò le domande.

2. – L'impugnazione proposta dal curatore del fallimento è stata parzialmente accolta dalla Corte d'Appello di Roma, che con sentenza del 4 giugno 2007 ha condannato la [factor], al pagamento della somma di Euro 191.403,14, oltre interessi.

A fondamento della decisione, la Corte ha escluso la natura solutoria del contratto di factoring e delle conseguenti cessioni di credito, osservando che lo schema negoziale concordato tra le parti corrispondeva a quello previsto dalla L. 21 febbraio 1991, n. 52, il quale prevedeva la cessione a titolo oneroso dei crediti contro la concessione di anticipazioni da addebitarsi su un conto corrente intestato al cedente, ed il successivo accredito allo stesso delle somme pagate dal terzo debitore, non era volto ad estinguere debiti dell' [cedente] nei confronti della [factor], ma a procurare alla società fallita risorse finanziarie da utilizzare immediatamente nell'attività imprenditoriale e da restituire successivamente al factor, il quale si occupava dell'attività di riscossione, addebitando in conto corrente i relativi costi. Premesso che soltanto in appello era stato dedotto che le somme anticipate confluivano in un conto corrente bancario intestato all'[cedente], per essere destinate al soddisfacimento di crediti vantati dalla [factor], ha rilevato che tale circostanza, confermata da una sentenza depositata soltanto in sede di precisazione delle conclusioni, non era stata fatta valere né provata in primo grado, essendo emersa nel corso della c.t.u. da una lettera della [factor] concernente l'accredito sul conto corrente di una somma pagata dal (debitore ceduto) ed utilizzata a decurtazione dell'esposizione dell'[cedente].

Precisato inoltre che l'esclusione della finalità solutoria delle cessioni di credito comportava il superamento della questione concernente l'anormalità delle stesse come mezzi di pagamento, la Corte ha riconosciuto invece il carattere solutorio dell'accredito sul conto corrente delle somme versate dal terzo debitore, in quanto destinato a ridurre l'esposizione derivante dalle anticipazioni erogate e gli altri crediti del factor. Ha tuttavia escluso la fondatezza della domanda proposta ai sensi dell'art. 67, comma 2, della L. Fall., ritenendo irrilevanti, ai fini della prova della *scientia decoctionis*, le mere risultanze del conto corrente, in quanto attinenti allo svolgimento del rapporto di factoring, ed insufficiente l'unico indizio costituito dall'accertata pendenza di numerose procedure esecutive nei confronti della società fallita.

La Corte ha ritenuto invece fondata la domanda proposta ai sensi dell'art. 44 della L. Fall., osservando che una parte delle somme dovute dal [debitore ceduto], essendo state pagate successivamente alla dichiarazione di fallimento, non avrebbero potuto essere accreditate sul conto corrente a decurtazione dei crediti del factor, ma avrebbero dovuto essere versate al curatore, per poi chiedere in sede concorsuale la soddisfazione dei predetti crediti.

3. – Avverso la predetta sentenza la [factor] ha proposto ricorso per cassazione, articolato in due motivi, illustrati anche con memoria.

Hanno resistito con contro ricorsi il [debitore ceduto] ed il curatore del fallimento, il quale ha proposto ricorso incidentale, affidato ad un solo motivo, anch'esso illustrato con memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I. – Preliminarmente, va disposta, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., la riunione del ricorso incidentale al ricorso principale, trattandosi d'impugnazioni iscritte a ruolo separatamente, ma aventi ad oggetto la medesima sentenza.

2. – Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c., anche in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, osservando che, nell'accogliere la domanda proposta ai sensi dell'art. 44 della L. Fall., la Corte di merito non ha considerato che la stessa non aveva ad oggetto pagamenti, ma somme non meglio precisate, movimentate sul conto corrente in cui venivano annotate le operazioni contabili inerenti al rapporto di factoring, le quali erano state legittimamente incassate dal [factor] ed accreditate sul conto in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto.

2.1. – Il motivo è infondato.

Premesso che il vizio di ultrapetizione non è deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, riflettendo un *error in procedendo*, in ordine al quale questa Corte è giudice anche del fatto e può quindi procedere direttamente all'accertamento dell'eventuale violazione della legge processuale sulla base degli atti di causa, indipendentemente dalla motivazione adottata dal giudice di merito (cfr. Cass., Sez. 3[^], 31 luglio 2012, n. 13683; Cass., Sez. 1[^], 8 marzo 2007, n. 5351), si osserva che nelle conclusioni dell'atto di citazione in primo grado il curatore aveva chiesto, tra l'altro, la dichiarazione d'inefficacia, ai sensi dell'art. 44 della L. Fall., di tutti i versamenti effettuati sul conto della società fallita dopo la dichiarazione di fallimento, così come eventualmente risultanti dagli estratti conto, e, per l'effetto, la condanna dei convenuti al pagamento dei relativi importi, in quanto movimentati sul conto corrente indicato in data successiva alla dichiarazione di fallimento. La lettura combinata delle predette richieste, ribadite nell'atto di appello, evidenzia chiaramente, nonostante l'uso di espressioni atecniche, l'intento del curatore di ottenere la revoca degli accrediti effettuati sul conto corrente intestato all' [cedente] a seguito dei pagamenti eseguiti dal Comune, qualificati in narrativa come atti estintivi del debito derivante dalle anticipazioni compiute dal [factor] in favore della società fallita. Può dunque escludersi che nell'accogliere la predetta domanda, alla luce dell'accertata destinazione delle somme accreditate alla soddisfazione dei crediti del factor, in violazione della *par condicio creditorum*, la sentenza impugnata sia incorsa in ultrapetizione, essendo tale vizio ravvisabile esclusivamente nel caso in cui il giudice di merito, in contrasto con il principio dispositivo, abbia alterato gli elementi obiettivi dell'azione, sostituendo i fatti costitutivi della pretesa [causa petendi] oppure emettendo un provvedimento diverso da quello richiesto [petitum immediato], o ancora attribuendo o negando un bene della vita diverso da quello conteso [petitum mediato] (cfr. Cass., Sez. lav., 11 gennaio 2011, n. 455; Cass., Sez. 3[^], 31 gennaio 2011, n. 2297; 11 ottobre 2006, n. 21745).

3. – Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 44 della L. Fall., e della L. n. 52 del 1991, artt. 5 e 7, anche in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, sostenendo che, nel dichiarare inefficaci i pagamenti effettuati dal [debitore ceduto] dopo la dichiarazione di fallimento, la sentenza impugnata non ha considerato che nel contratto di factoring l'anticipazione dell'importo dei crediti ha luogo contro il trasferimento della titolarità degli stessi, che sopravvive anche allo scioglimento del contratto, con la conseguenza che il factor non è legittimato ad esigerne l'adempimento in qualità di semplice *mandatario in rem propriam*, e può trattenere le somme versate dal debitore ceduto anche dopo la dichiarazione di fallimento. La circostanza che, ove le cessioni vadano a buon fine, l'importo dei crediti riscossi dal factor venga da lui trattenuto a titolo di corrispettivo dei costi concordati dell'operazione e delle anticipazioni versate, conferma d'altronde che nel contratto di factoring prevale la causa di scambio, in virtù della quale le cessioni notificate al debitore ceduto o da lui accettate prima della dichiarazione di fallimento devono ritenersi opponibili alla procedura, indipendentemente dalla circostanza che il credito sia stato riscosso in epoca successiva. Nessun rilievo può assumere, in contrario, l'annotazione nel conto corrente dei pagamenti effettuati dal debitore ceduto, la quale non fa sorgere a carico del factor un debito nei confronti del cedente, ma costituisce un mero adempimento contabile inquadrabile nelle operazioni in conto corrente, e non dà luogo neppure ad una compensazione in senso proprio, la quale presuppone l'esistenza

di crediti e debiti reciproci derivanti da rapporti diversi. In ogni caso, ai sensi della L. n. 52 del 1991, art. 5, la cessione dei crediti è opponibile al fallimento del cedente anche in caso di avvenuta notifica o accettazione, fatta eccezione soltanto per l'ipotesi prevista dall'art. 7 della medesima legge.

3.1. – Il motivo è fondato.

Questa Corte ha infatti affermato che, anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 52 del 1991, il contratto di *factoring* si configura come una convenzione atipica, il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad un altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivanti dall'esercizio dell'impresa, *pro soluto* o *pro solvendo*, con effetto traslativo variabile nel tempo a seconda del modo di atteggiarsi dell'accordo, in quanto riconducibile al momento dello scambio dei consensi nel caso in cui la cessione sia globale ed abbia ad oggetto crediti esistenti, ovvero al momento in cui gli stessi vengano ad esistenza se si tratta di crediti futuri, o ancora al momento del perfezionamento della cessione, qualora la convenzione preveda la necessità di trasmettere i singoli crediti con distinti negozi. Com'è noto, le funzioni economiche del contratto sono molteplici, essendo lo stesso caratterizzato di regola dalla compresenza di plurime operazioni, quali appunto la cessione di uno o più crediti (con le possibili varianti del finanziamento in favore dell'impresa, attraverso anticipazioni o smobilizzi, e dell'assunzione del rischio dell'insolvenza) e l'assunzione da parte del factor di obbligazioni non strettamente inerenti alla cessione, aventi ad oggetto la gestione dei crediti; è stato tuttavia precisato che la qualificazione del contratto non dipende dagli effetti pratico-economici, ma da quelli giuridici, dovendosi accertare il risultato concreto perseguito dalle parti, e, segnatamente, se le stesse abbiano optato per la *causa vendendi* o per la *causa mandati* o per altra ancora e se la cessione del credito abbia funzione di garanzia ovvero funzione solutoria, nonché se vi sia stato trasferimento dei crediti ovvero se le parti abbiano voluto soltanto il conferimento di un mandato *in rem propriam* (cfr. Cass., Sez. 3[^], 6 luglio 2009, n. 15797; 11 maggio 2007, n. 10833; Cass., Sez. 1[^], 7 marzo 2008, n. 6192).

Nel procedere alla predetta verifica, ai fini dell'assoggettamento delle cessioni a revocatoria ai sensi dell'art. 67 della L. Fall., la sentenza impugnata ha espressamente affermato che il contratto di *factoring* stipulato tra la società fallita ed il [factor], nella sua struttura ed operatività, risultava del tutto conforme allo schema negoziale disciplinato dalla L. n. 52 del 1991, la cui applicazione, postulando che le cessioni abbiano avuto luogo *vendendi causa*, implica logicamente l'esclusione della configurabilità di un mandato; tale qualificazione trova ulteriore conferma nel rilievo della sentenza impugnata, anch'esso funzionale all'esclusione della natura solutoria delle cessioni e non censurato in questa sede, secondo cui le stesse dovevano considerarsi cessioni a titolo oneroso con corrispettivo effettivamente corrisposto per mezzo degli accrediti sul conto corrente, indipendentemente dalla circostanza che l'anticipazione dell'importo dei crediti ceduti desse luogo a corrispondenti addebiti a carico della società cedente. Il riconoscimento dell'efficacia traslativa delle cessioni, comportando l'attribuzione al factor della titolarità dei crediti ceduti, e quindi della legittimazione a procedere alla loro riscossione in nome e per conto proprio, anziché in qualità di semplice mandatario della società fallita, si pone peraltro in contrasto con la successiva affermazione della sentenza impugnata, secondo cui l'accreditamento in conto corrente dei pagamenti effettuati dal debitore ceduto successivamente alla dichiarazione di fallimento è configuratale come atto estintivo del debito della cedente, inefficace ai sensi dell'art. 44 della L. Fall.. In quanto effettuati dal (debitore ceduto) per un debito proprio e senza rivalsa nei confronti della società fallita, i predetti pagamenti non erano infatti riconducibili alla sfera di quest'ultima, essendo volti ad estinguere un credito vantato da un soggetto diverso e non comportando alcuna sottrazione di risorse alla massa dei creditori. Nessun rilievo può assumere, a tal fine, la circostanza che la dichiarazione di fallimento abbia comportato, ai sensi dell'art. 78 della L. Fall., lo scioglimento del contratto di *factoring*, non estendendosi tale effetto alle cessioni dei crediti già intervenute tra le parti, che, in quanto opponibili alla massa dei creditori, ai sensi della L. n. 52 del 1991, art. 5, attribuivano al [factor] la legittimazione a riscuotere in proprio i crediti ceduti, per la cui contestazione sarebbero risultate necessarie l'allegazione e la prova dei presupposti prescritti dall'art. 7 della medesima legge ai fini della dichiarazione d'inefficacia delle cessioni. Irrilevante è altresì la circostanza che, in virtù della clausola contrattuale che prevedeva la regolamentazione in conto corrente delle reciproche posizioni di dare e avere, le somme riscosse fossero destinate a rifluire sul conto intestato all'[cedente], per essere compensato con quello annotato a debito di questa ultima in relazione alle

anticipazioni effettuate dal *[factor]*: in proposito, infatti, questa Corte ha già avuto modo di precisare che la circostanza che il finanziamento sia compensabile con le somme giacenti sul conto non contraddice affatto il ruolo, che le anticipazioni possono assumere, di pagamento del corrispettivo, giacché, dovendo la pattuizione essere riguardata nel suo risultato finale, resta in linea con gli intenti negoziali delle parti che, una volta andata a buon fine la cessione, in tutto o in parte, il credito riscosso dal factor venga da lui ritenuto in relazione alle anticipazioni versate e agli altri costi preventivamente concordati dall'operazione, la quale svolge, così, unitamente al ruolo di finanziamento assunto nella fase iniziale del rapporto, quello finale di versamento del corrispettivo della cessione, laddove nel caso di mancata esazione dei crediti il cedente è tenuto al rimborso di quelle anticipazioni (cfr. Cass., Sez. 1[^], 3 dicembre 2012, n. 21603; 18 gennaio 2001, n. 684).

4. – Con l'unico motivo del ricorso incidentale, il curatore del fallimento lamenta la violazione dell'art. 67, comma 2, della L. Fall., nonché l'omessa e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, pur riconoscendo la natura solutoria degli accreditamenti in conto corrente, ne ha escluso la revocabilità per la mancata dimostrazione della *scientia decoctionis*, senza tener conto degli indizi emergenti dalla documentazione prodotta, e segnatamente delle numerose procedure esecutive pendenti a carico della società fallita fin dal 1991, della natura del *[factor]*, che in qualità d'istituto bancario era costantemente aggiornato sulla solvibilità dei propri clienti, dell'inattendibilità dei bilanci dell'*[cedente]* relativi agli anni 1990–1992, dai quali risultavano utili meramente fittizi, e della consistente esposizione debitoria della società fallita nei confronti del *[factor]*.

4.1. – Il motivo è inammissibile.

La conoscenza dello stato d'insolvenza dell'*[cedente]* da parte del *[factor]*, ai fini della revocatoria dei versamenti effettuati sul conto corrente della società fallita, è stata adeguatamente giustificata dalla Corte distrettuale attraverso il rilievo dell'irrelevanza delle risultanze del conto stesso, in quanto attinenti allo svolgimento del rapporto di factoring e di per sé inidonee a rivelare lo stato di salute dell'impresa, nonché dell'insufficienza dell'unico elemento indiziario addotto, costituito dalla pendenza di numerose procedure esecutive a carico della società fallita. Nel contestare tale apprezzamento, giuridicamente corretto ed immune da vizi logici, il controricorrente si limita ad insistere sull'efficacia indiziaria degli elementi addotti, senza essere in grado d'indicare le lacune o le carenze argomentative del ragionamento seguito nella sentenza impugnata, in tal modo dimostrando di voler sollecitare, attraverso l'apparente deduzione dei vizi di violazione di legge e difetto di motivazione, una rivisitazione del giudizio di merito, non consentita a questa Corte, alla quale non spetta il riesame dell'intera vicenda processuale, ma solo il controllo della correttezza giuridica e della coerenza logica delle argomentazioni svolte dal giudice di merito, cui competono, in via esclusiva, l'individuazione delle fonti del proprio convincimento ed il controllo della loro attendibilità e concludenza, nonché la scelta, tra le complessive risultanze processuali, di quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. 1[^], 4 novembre 2013, n. 24679; Cass., Sez. 5[^], 16 dicembre 2011, n. 27197; Cass., Sez. lav., 19 marzo 2009, n. 6694).

5. – Il ricorso principale va pertanto accolto, nei limiti segnati dalle censure proposte con il secondo motivo, con la conseguente cassazione della sentenza impugnata, mentre il ricorso incidentale va dichiarato inammissibile, e la causa va rinviata alla Corte d'Appello di Roma, che provvedere, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta il primo motivo del ricorso principale, accoglie il secondo, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia la causa alla Corte d'Appello di Roma, anche per la liquidazione delle spese processuali.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Prima Sezione Civile, il 8 aprile 2015.

Depositato in Cancelleria il 2 ottobre 2015

* * *

IL CASO

La società cedente, poi fallita, e la società di factoring stipulano un contratto di factoring in esecuzione del quale la prima trasferisce alla seconda dei crediti che la stessa vanta nei confronti di un ente territoriale pubblico. A titolo di corrispettivo, il factor concede delle anticipazioni sui crediti ricevuti e accredita volta per volta le somme che vengono pagate dai debitori ceduti.

A seguito della sentenza dichiarativa di fallimento della società cedente, il curatore fallimentare agisce in giudizio al fine di far dichiarare l'inefficacia del contratto di factoring e delle successive cessioni. In conseguenza del rigetto della domanda, il curatore propone appello dinanzi alla Corte territoriale, la quale accoglie parzialmente l'impugnazione e condanna il factor cessionario, ai sensi dell'art. 44 L. Fall., al pagamento di una somma corrispondente ai pagamenti effettuati dal debitore ceduto in data successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

La Corte ritiene che, sebbene sia da escludersi la natura solutoria delle cessioni di credito, l'accreditamento delle somme versate dal debitore sia destinato a ridurre l'esposizione debitoria del cedente nei confronti del cessionario, con conseguente inefficacia delle cessioni ex art. 44 L. Fall.

A differenti conclusioni perviene la Corte di Cassazione, la quale censura il ragionamento della Corte territoriale. Secondo la Suprema Corte, lo schema negoziale disciplinato dalla L. 52/1991 postula il carattere solutorio delle cessioni di credito ogni qualvolta queste avvengano – come nel caso di specie – a titolo oneroso. Dalla efficacia traslativa delle suddette cessioni, deriva il trasferimento della titolarità dei crediti dal cedente al factor, il quale, non essendo appunto semplice mandatario del cedente, può procedere alla loro riscossione in suo nome e per suo conto. Da quanto affermato discende l'ulteriore conseguenza per cui i pagamenti effettuati dal debitore ceduto dopo la sentenza di fallimento non comportano alcuna sottrazione alla massa dei creditori del fallito, in quanto non più riconducibili alla sua sfera patrimoniale.

COMMENTO

La sentenza si inserisce all'interno del dibattito concernente la natura giuridica e, più precisamente, l'essenza della funzione economico-sociale che l'operazione di factoring persegue. Come noto, il contratto di factoring presenta, accanto a un nucleo essenziale rappresentato dalla cessione da parte di un imprenditore della titolarità dei crediti derivanti dall'esercizio dell'impresa (con la possibilità di prevedere anticipazioni o smobilizzi per finalità di finanziamento), la compresenza di plurime operazioni aventi a oggetto la gestione dei crediti ceduti¹.

Nel corso degli anni in dottrina e in giurisprudenza vi è stato un acceso dibattito circa la sussistenza o meno di effetti traslativi derivanti dal perfezionamento di un contratto di factoring. Secondo parte della dottrina², il factoring sarebbe essenzialmente riconducibile allo schema tipico del contratto di mandato di gestione dei crediti (causa mandati), eventualmente collegato ad un contratto di finanziamento o di garanzia. Si tratterebbe, più precisamente, di un contratto mediante il quale il cedente conferisce al factor il mandato a compiere in nome proprio e nel proprio interesse atti giuridici di gestione dei crediti. Secondo tale ricostruzione, i crediti verrebbero ceduti solo formalmente, e solo nei limiti in cui tale cessione sia necessaria per consentire al factor di svolgere l'attività gestoria (contabilizzazione, gestione, recupero crediti, ecc.), a sua volta finalizzata al realizzo dei crediti stessi. Conseguentemente, la cessione dei crediti sarebbe da inquadrarsi nell'ambito di quanto disposto dall'art.

¹ BAUSILIO, *Contratti atipici*, Padova, 2002. In giurispr., v. Cass. civ., sez. III, 24 giugno 2003, n. 10004, in *Nuova giur. comm.* 2004, 158; Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2001, n. 684, in *Contratti* 2001, 564 (con nota di VAGLIO); Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2000, n. 4654, in *Fallimento* 2001, 515 (con nota di INZITARI).

² GABRIELLI – LENER, *I contratti del mercato finanziario*, II, in RESCIGNO – GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, Milano, 2011, 1683 ss.; DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1999, 567. In Giurisprudenza, App. Milano, 24 aprile 2007, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2008, 610; App. Lecce, 17 settembre 2001, in *Arch. Civ.*, 2002, 581; Trib. Genova, in *Fallimento*, 2000, 250.

1719 c.c., ossia quale mezzo necessario per l'esecuzione del mandato da parte del factor—mandatario. Proprio in considerazione della funzione meramente strumentale che viene riconosciuta alla cessione, tale primo orientamento dottrinale esclude che il factoring produca effetti traslativi pieni e definitivi.

Altra parte della dottrina³ ritiene invece che il factoring integri un contratto di scambio con causa di vendita (causa vendendi), caratterizzato cioè dal trasferimento della titolarità dei crediti dal cedente al cessionario. Dietro pagamento del corrispettivo, infatti, il factor acquisisce la piena e definitiva proprietà dei crediti ceduti, divenendo inoltre unico titolare alla loro riscossione. Contrariamente alla prima ricostruzione, chi aderisce a questa impostazione ritiene che tutte le altre attività normalmente previste nelle operazioni di factoring (inter alia, contabilizzazione, gestione, recupero dei crediti, ecc.) non siano meramente accessorie all'operazione, ma costituiscano esercizio di diritti che il factor ha acquisito in ragione del perfezionamento della cessione.

In ogni caso, secondo costante giurisprudenza di legittimità, l'accertamento della qualificazione giuridica del contratto di factoring concluso dalle parti dipende esclusivamente dal risultato concreto che le stesse intendono perseguire attraverso la cessione⁴. Questa, infatti, può essere alternativamente stipulata in funzione di garanzia ovvero in funzione solutoria.

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte prende una netta posizione all'interno del suddetto dibattito, stabilendo che ogniqualevolta un'operazione di factoring postuli una cessione di crediti a titolo oneroso, si deve ritenere perfezionata la cessione della titolarità dei crediti medesimi, nonché l'acquisto del diritto iure proprio alla loro riscossione in capo al factor⁵. Da queste premesse, la Corte fa inoltre discendere la logica conseguenza per cui i successivi pagamenti effettuati dal terzo debitore ceduto non siano configurabili quali atti estintivi del debito del cedente nei confronti del factor, bensì quali atti volti ad estinguere un credito vantato direttamente dal cessionario nei confronti del debitore ceduto. Pertanto, anche nel caso in cui tali pagamenti vengano eseguiti in data successiva alla dichiarazione di fallimento del cedente, il curatore non sarà legittimato a farne dichiarare l'inefficacia a norma dell'art. 44 L. Fall.

La ratio di tale ultima conseguenza è di agevole comprensione se si considera che, qualora il contratto di factoring si sia perfezionato in data antecedente alla sentenza dichiarativa di fallimento, i crediti in tal modo definitivamente trasferiti in capo al cessionario non sono ricompresi nella massa fallimentare⁶. Appare pertanto condivisibile la conclusione per cui i pagamenti effettuati dal ceduto in favore del factor non possano essere sanzionati dall'inefficacia prevista dall'art. 44 L. Fall., essendo tale strumento unicamente volto alla ricostruzione del patrimonio originario del fallito⁷.

Avv. Alessandra Fossati

alessandra.fossati@munaricavani.it

Dott. Riccardo Malaguti

riccardo.malaguti@munaricavani.it

³ ALBANESE – ZEROLI, *Leasing e factoring*, Milano, 2011, 230 ss; BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising e leasing*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 91 ss.; DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1999, 126; ID, *La nuova disciplina della cessione dei crediti (factoring)* in MUNARI (cur.), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, 83, il quale già prima dell'entrata in vigore della L. n. 52/1991 ravvisa nel contratto di factoring una causa vendendi. In giurispr., v. Trib. Genova, in *Fallimento*, 1995, 315 con nota di Messina; Trib. Milano, in *Dir. Fall.*, 2005, 798.

⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2012, n. 21603, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2012, 12; Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2009, n. 15797, in *Dir. e giust. online* 2009; Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2008, n. 6192, in *Foro.it* 2009, 395 (con nota di FABIANI).

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2000, n. 4654, in *Fallimento* 2001, 515 (con nota di INZITARI).

⁶ Cfr. Trib. Salerno, sez. III, 2 febbraio 2016, n. 435, in *IlFallimentarista.it* 2016.

⁷ FERRO, *La legge fallimentare – commentario teorico–pratico*, II, Padova, 2011, 531; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, II, Milano, 2008, 410. In giurispr., v. Cass. civ., sez. VI, 19 luglio 2016, n. 14737, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

4. Tribunale di Milano, sez. VI, 1 settembre 2016, n. 9855

Contratto di conto corrente – Interessi bancari – Usura – Determinazione del TEG – Istruzioni della Banca d'Italia – Efficacia

(L. 108/1996)

Le Istruzioni della Banca d'Italia hanno natura di norme tecniche previste ed autorizzate dalla disciplina regolamentare, necessarie per l'applicazione di tutta la normativa anti-usura.

Sebbene il giudice non sia vincolato al rispetto di queste Istruzioni quali fonti di diritto, tenuto conto della complessiva struttura della disciplina antiusura e del peculiare ruolo in essa attribuito a dette Istruzioni, un eventuale calcolo del TEG applicato ad un determinato rapporto bancario effettuato in modo difforme rispetto alle medesime condurrebbe ad un risultato inattendibile e, dunque, in ultima analisi ingiusto.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Antonio S. Stefani, ha pronunciato la seguente SENTENZA nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 39147/2013 promossa da:

[*correntista*], con il patrocinio di (*omissis*), (*omissis*) e di (*omissis*), domiciliata in (*omissis*), presso l'avv. (*omissis*)
– parte attrice –

nei confronti di:

[*istituto di credito*], con il patrocinio dell'avv. (*omissis*), domiciliato in (*omissis*), presso il difensore
– parte convenuta –

Conclusioni di parte attrice

Piaccia all'illustre Giudice, “contrariis rejectis”:

In via principale

– accertare e dichiarare l'invalidità (nullità e/o annullabilità) e/o l'illegittimità totale e/o parziale del contratto di conto corrente n. (*omissis*), oggetto dei rapporti tra [*correntista*] e [*istituto di credito*], particolarmente in relazione alle clausole di pattuizione dell'interesse usurario (oggettivo e/o soggettivo) e anatocistico trimestrale e del tasso di interesse ultralegale; e, per l'effetto, accertare e dichiarare (accertamento anche di natura costitutiva) l'applicazione da parte della banca convenuta di interessi non dovuti di natura ultralegale e/o anatocistici e/o usurari, ovvero, lo sviluppo e l'evoluzione del rapporto di conto corrente nonché l'esatta determinazione delle poste attive e/o passive e quindi l'indebito appostamento di somme a debito nel rapporto di conto corrente con l'accertamento dei reali saldi periodici (diversi da quelli erroneamente ottenuti in conseguenza dell'illegittima appostazione) per un importo complessivo di euro 49.791,12, di cui euro 230,66 per usura oggettiva, euro 43.442,19 per usura soggettiva ed euro 6.118,27 per anatocismo nei trimestri non affetti da usura, ovvero per la maggiore somma di euro 114.557,63, di cui euro 101.991,81 per interessi debitori, euro 8.612,98 per commissioni massimo scoperto ed euro 3.952,84 per spese, ovvero ancora per la diversa maggiore o minore somma

che a qualsiasi titolo (interessi usurari e/o anatocistici, e/o debitori, commissioni e spese) emergerà dall'istruttoria e, conseguentemente, condannare [istituto di credito], in persona del legale rappresentante "pro tempore", a) a rettificare il saldo attuale del contratto di conto corrente così come risultante dall'accertamento delle progressive poste attive/passive; b) a restituire le somme indebitamente addebitate e/o riscosse così come sopra accertate e dichiarate a titolo di danno emergente, oltre gli interessi dal fatto al saldo in favore della società attrice e oltre il risarcimento delle spese per la perizia prodotta del lucro cessante per una somma non inferiore a quella determinata per il danno emergente, ovvero per quella diversa maggiore o minore somma che verrà stabilita in corso di causa anche con l'ausilio di criteri equitativi, e oltre ogni eventuale e ulteriore danno patrimoniale, non patrimoniale e morale subito dalla società attrice in conseguenza degli illeciti addebiti in conto corrente da parte della banca convenuta nella misura che sarà provata in corso di causa o liquidata in via equitativa dal Giudice; ordinare alla banca convenuta, qualora non vi avesse già provveduto spontaneamente, di effettuare la corretta segnalazione del presente procedimento in Centrale dei Rischi sotto la voce "stato del rapporto" contestato, ai sensi del 13° e 14° aggiornamento della Circolare Banca D'Italia 11.2.1991 n. 139 e successive modifiche e integrazioni; infine, condannare [istituto di credito] alla rifusione delle spese sostenute da parte attrice per attivare il tentativo di mediazione.

(*omissis*)

Si chiede che venga ordinata alla [istituto di credito] l'esibizione in giudizio, ai sensi dell'art. 210 CPC, di tutti gli estratti conto scalari relativi al contratto di conto corrente n. (*omissis*), il contratto di conto corrente per cui è causa nonché di ogni altra documentazione relativa al rapporto di conto corrente in questione.

In ogni caso, con vittoria di spese, diritti e onorari di causa oltre IVA e CPA.

Conclusioni di parte convenuta

(*omissis*)

Nel merito,

- respingere tutte le domande attoree;
- per l'effetto, confermare la legittimità degli addebiti effettuati dalla banca sul conto corrente oggetto di controversia, a titolo di interessi, competenze, spese, commissioni, nonché delle valute applicate dall'istituto di credito alle operazioni poste in essere dalla società correntista e dichiarare che [istituto di credito] nulla deve alla [istituto di credito], a nessun titolo;

(*omissis*)

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

(*omissis*)

2. Oggetto della presente causa è il conto corrente n. (*omissis*) intrattenuto dalla società attrice presso la filiale di [istituto di credito] (*omissis*) di via (*omissis*) a (*omissis*).

In relazione a tale rapporto parte attrice ha in primo luogo lamentato l'applicazione di interessi oggettivamente usurari nel III trimestre 2010 e soggettivamente usurari in altri 7 trimestri (cfr. pag. 11 della citazione).

La doglianza si basa sulla consulenza contabile stragiudiziale prodotta sub doc. 1.

Tale relazione, però, per la determinazione del TEG applicato dalla Banca sul rapporto in questione ha utilizzato una formula (v. pag. 7 e 10) diversa rispetto a quella contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia e cioè:

$$\frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{Numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri su base annua} \times 100}{\text{Accordato}}$$

Numeri debitori

Accordato

La natura e l'efficacia di dette Istruzioni costituiscono questioni controverse; in particolare alcune decisioni, specie pronunciate in sede penale, anche dalla Suprema Corte⁸, hanno affermato che le Istruzioni non costituiscono fonte di diritto e, alla stregua delle circolari amministrative, possono essere disapplicate dal giudice ove ritenute contrarie alla legge.

Ora, è evidente che le Istruzioni della Banca d'Italia non sono comprese nell'elenco delle fonti di cui all'art. 1 delle preleggi, ma non è corretto qualificarle nella materia in questione come mere circolari.

In primo luogo è opportuno ricordare che le Istruzioni della B.I. sono una tipologia di atto ben conosciuta nel settore bancario, giacché l'art. 4 TUB prevede in via generale che la Banca d'Italia, quale autorità creditizia, possa impartire istruzioni nei confronti degli intermediari; si pensi, ad es. alle Istruzioni di Vigilanza o a quelle per le segnalazioni in Centrale rischi. Non si tratta, quindi, di atti interni rivolti alla auto-organizzazione di organi ed uffici sottoposti, secondo lo schema tipico delle circolari.

Inoltre esse trovano una collocazione peculiare all'interno dell'architettura della normativa anti-usura. Questa è stata posta, a livello di norme primarie, dalla legge 108/1996, che ha tra l'altro modificato l'art. 644 c.p.: il terzo comma di tale norma prevede ora che la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari e l'art. 2, comma 4, legge n. 108/1996, precisa che tale limite è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla G.U., aumentato della metà (tale misura è stata poi modificata dall'art. 8, decreto-legge n. 70/2011, conv. da legge n. 106/2011). Il comma 1 del citato art. 2 attribuisce al Ministro del tesoro la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio per ciascuna tipologia di operazione, come classificate annualmente sempre con decreto del Ministro del tesoro, sentita la Banca d'Italia (cfr. comma 2).

Tali decreti annuali, fin dal primo emanato in data 23/9/1996, hanno sempre demandato alla Banca d'Italia la rilevazione dei tassi effettivi globali medi.

Inoltre, i vari d.m. trimestrali con i quali sono resi pubblici i dati rilevati, all'art. 3 hanno sempre disposto, a partire dal primo d.m. 22/3/1997, che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia, si attengono ai criteri di calcolo indicati nelle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia.

E' quindi coerente con l'ordinamento bancario e con l'incarico ricevuto dal Ministro del tesoro il fatto che la Banca d'Italia abbia emanato Istruzioni per la rilevazione del TEG, attesa l'ineludibile esigenza di raccogliere dagli intermediari dati tra loro coerenti ed omogenei in modo da poterli raffrontare e conglobare al fine di determinarne il valore medio.

Analogamente, quando, occorre confrontare il TEG applicato da una Banca ad un determinato rapporto con il tasso soglia del periodo, al fine di accertare la natura usuraria o meno del tasso applicato, ricorre la medesima esigenza, logica e metodologica, di omogeneità tra le grandezze da raffrontare. Non avrebbe, infatti, alcuna attendibilità scientifica il risultato derivante da un confronto operato tra un TEG calcolato con la modalità A ed un tasso soglia basato su un TEGM calcolato con una differente modalità B. Ciò tanto più tenendo conto delle gravi conseguenze, in campo penale e civile, che derivano dal superamento del tasso soglia.

Peraltro, proprio in forza del meccanismo che lega il TEG al tasso soglia, appare miope l'intento di chi opera al fine di innalzare il valore del TEG – ad esempio computando oneri non connessi all'erogazione del credito o utilizzando formule che conducano ad un risultato più elevato – giacché in realtà l'aumento del TEG a livello di sistema comporta anche l'aumento del tasso soglia, con l'effetto di ridurre l'efficacia anti-usura della normativa.

Si consideri, ancora, che il d.m. 1/7/2009, emanato a seguito della novella di cui alla legge n. 2/2009, ha espressamente previsto la revisione delle Istruzioni in parola per tenere conto delle modifiche normative introdotte in materia di computo della commissione di affidamento fondi. Il legislatore secondario ha così fornito, ove ritenuto necessario, una chiara indicazione all'organo tecnico per assicurare la conformità alla nuova legge delle Istruzioni in parola, senza peraltro disporre alcunché in ordine alla formula già adottata dalla Banca d'Italia per il calcolo del TEG.

⁸ V. ad es. Cass. pen. n. 12028/2010 e n. 46669/2011.

Pertanto, dette Istruzioni in primo luogo rispondono alla elementare, ma ineludibile, esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare ed hanno altresì natura di norme tecniche previste ed autorizzate dalla disciplina regolamentare, necessarie per l'applicazione di tutta la normativa anti-usura.

In conclusione, quindi, è vero che il giudice non è vincolato al rispetto delle Istruzioni della Banca d'Italia quali fonti di diritto. Ma occorre essere consapevoli che, tenuto conto della complessiva struttura della disciplina antiusura e del peculiare ruolo in essa attribuito a dette Istruzioni, un eventuale calcolo del TEG applicato ad un determinato rapporto bancario effettuato in modo difforme rispetto alle Istruzioni in parola condurrebbe ad un risultato inattendibile e, dunque, in ultima analisi ingiusto.

Evidente è altresì il fatto che il calcolo del TEG operato di volta in volta secondo differenti formule matematiche, oppure computando oneri diversi, pregiudicherebbe seriamente la certezza della normativa di settore e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, con ulteriori conseguenze negative circa la possibilità degli operatori economici di effettuare ponderate e consapevoli scelte contrattuali e di mercato.

Nel merito, la questione del computo nel TEG delle commissioni, remunerazioni e spese collegate all'erogazione del credito – prevista dall'art. 644, quarto comma, c.p. – richiede necessariamente l'esercizio di discrezionalità tecnica per la definizione della relativa formula matematica e a tal fine la scelta operata dalla Banca d'Italia appare congrua e ragionevole, nell'ambito della ricordata discrezionalità.

In particolare il fatto di non aver semplicemente sommato, per i rapporti di conto corrente, gli oneri applicati alla misura percentuale dell'interesse debitore è giustificato dalla diversità con cui si calcolano dette competenze. Infatti mentre gli oneri sono semplicemente annotati in conto nella loro misura assoluta, gli interessi sono invece calcolati giorno per giorno sulla base dei numeri debitori. Inoltre il secondo addendo della formula sopra riportata assolve alla funzione di spalmare sull'anno gli oneri, in modo da evitare che alcune spese concentrate in un trimestre – ad esempio quelle di istruttoria fido – possano comportare un improprio innalzamento del TEGM e quindi del tasso soglia⁹. Ragionevole appare anche la scelta di riportare detti oneri all'importo del fido accordato, giacché è quello l'importo del credito concesso, cui fa espresso riferimento il citato art. 644 c.p., indipendentemente dall'utilizzato. Non si ravvisano dunque gli estremi per disattendere o disapplicare dette Istruzioni.

Conseguentemente non può tenersi conto di calcoli effettuati sulla base di formule differenti e quindi l'allegazione della parte risulta palesemente infondata, di modo che non vi era motivo di disporre c.t.u. sul punto, atteso che tale indagine avrebbe avuto natura meramente esplorativa.

Quanto esposto rileva anche ai fini di disattendere la censura relativa all'usura soggettiva, dal momento che essa è stata ritenuta in via automatica ogni volta che il TEG, come sopra calcolato, abbia superato il TEGM pur senza raggiungere il tasso soglia, di modo che una volta affermata l'inattendibilità del TEG calcolato dalla parte diviene inattendibile anche la connessa doglianza circa l'usura soggettiva.

3. Parte attrice ha altresì contestato l'applicazione della commissione di massimo scoperto, in quanto non pattuita. La doglianza è infondata perché la Banca convenuta ha prodotto sub doc. 2 il contratto di apertura del c/c in data 6/4/1999, firmato dal cliente, che prevede chiaramente la voce “commissione trimestrale sul massimo scoperto: 0,125”. Tale onere quindi risulta correttamente pattuito, con riferimento alla sua misura, alla periodicità e alla base di calcolo, diversamente da quanto ritenuto da parte attrice.

Nessuno storno deve perciò essere operato a tale titolo.

4. Del tutto generica è la doglianza relativa alle valute applicate (cfr. pag. 15 della citazione) in quanto la parte non ha fatto riferimento ad alcuna annotazione specifica, né ad una precisa tipologia di operazioni, e nemmeno ha indicato la diversa valuta ritenuta corretta, limitandosi ad una trattazione astratta dell'argomento, senza riferimenti al caso di specie. L'allegazione è quindi ininfluenza.

5. La censura relativa all'applicazione di interessi anatocistici è fondata per il periodo fino al 30/6/2000.

⁹ Cfr. il “Resoconto sulla consultazione della disciplina in materia di usura – 2009”, operato dalla Banca d'Italia prima della emanazione delle Istruzioni dell'agosto 2009, pag. 7, pubblicato all'indirizzo web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc_conclude/raccolta/2009/istruzioni_teg/Istr_usura_ago_09-resoconto.pdf. Si vedano in particolare le pagg. 6 e 7.

L'art. 7, secondo comma, del contratto di c/c rispecchia il testo delle n.u.b. di uso generalizzato all'epoca e prevede che in caso di conto anche saltuariamente passivo gli interessi passivi siano contabilizzati trimestralmente, ferma restando invece la periodicità annuale per la capitalizzazione degli interessi creditori, stabilita dal primo comma.

Per quanto riguarda la nullità di tale clausola contrattuale, che comportava la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, si richiama il consolidato principio di diritto che si fonda sul divieto sancito dall'art. 1283 c.c. e sull'inesistenza di un diverso uso di tipo normativo nei rapporti tra banche e clienti, come costantemente affermato a partire dalle sentenze Cass. 16/3/1999, n. 2374 e Cass. 11/11/1999, n. 12507 e successivamente sempre confermato (v. ad es. Cass. 15706/2001, Cass. 1281/2002 e Cass. s.u. 4/11/2004, n. 21095). Una volta affermata la vigenza del divieto, non vi è motivo per discriminare tra diverse periodicità di capitalizzazione degli interessi passivi, di modo che rimane preclusa anche la capitalizzazione annuale degli interessi debitori (v. in questo senso Cass. s.u. 24418/2010).

Nel corso del rapporto è sopravvenuto il d.lgs. 342/1999 (in G.U. 4/10/1999), il cui art. 25, comma 2, ha modificato l'art. 120 TUB con l'aggiunta del comma 2, prevedendo espressamente la possibilità di applicare interessi sugli interessi nell'ambito dell'attività bancaria e così derogando implicitamente al divieto posto dall'art. 1283 c.c. Le modalità e i criteri per la produzione di tali interessi anatocistici sono state demandate al CICR, che ha provveduto con la delibera del 9/2/2000 (in G.U. 22/2/2000).

Il citato art. 25 contemplava in origine anche un comma 3, il quale conteneva due norme:

- la sanatoria di validità delle clausole anatocistiche contenute nei contratti di c/c già stipulati;
- la delega al CICR per stabilire modalità e tempi di adeguamento dei contratti in corso.

Dopo l'emanazione della delibera CICR citata, con la sentenza 9-17/10/2000, n. 425, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3, d.lgs. 342/1999, per eccesso di delega, in quanto la normativa primaria delegante non legittimava "una disciplina retroattiva e genericamente validante" delle clausole anatocistiche. Va rilevato che in detta sentenza nessuna censura viene mossa alla seconda norma contenuta nell'art. 25, comma 3, in esame e cioè alla delega conferita al CICR per stabilire modalità e tempi di adeguamento dei contratti in corso. E' noto che le sentenze, anche della Consulta, devono essere interpretate complessivamente, non limitandosi al dispositivo, ma considerandolo alla luce della motivazione esposta. Si deve quindi concludere che nessun profilo di incostituzionalità sussiste in merito alla possibilità di adeguare i contratti in corso alla nuova normativa. Tenendo conto di ciò, pur dopo la caducazione del comma 3 dell'art. 25 cit., l'interpretazione sistematica impone allora di ritenere tuttora legittima la delibera CICR 9/2/2000 anche nella parte in cui ha dettato la disciplina transitoria per l'adeguamento dei contratti in essere (cfr. art. 7), perché tale facoltà trova fondamento nell'ampia delega conferita dall'art. 25, comma 2, d. lgs. 342/1999, laddove la norma ha attribuito al CICR il potere di dettare "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi". Nel caso di specie la Banca ha allegato e documentato di aver dato corretta attuazione alla citata delibera, mediante pubblicazione della modifica contrattuale sulla G.U. (v. doc. 4 conv.). Ai sensi dell'art. 7, commi 2 e 3, della delibera in questione nella fattispecie non occorre una nuova sottoscrizione del contratto, dal momento che la modifica inserita non è peggiorativa rispetto alle condizioni applicate in precedenza. Infatti da una capitalizzazione solo annuale degli interessi a credito e invece trimestrale per quelli a debito si è passati ad una pari periodicità trimestrale per entrambi. In proposito si deve tenere presente che l'art. 7, comma 2, della citata delibera CICR richiede espressamente di effettuare la valutazione di peggioramento delle nuove condizioni contrattuali con riferimento non alle condizioni legali, ma a quelle di fatto applicate dalla Banca in precedenza. Pertanto è infondata la tesi che afferma il peggioramento delle condizioni – e quindi la necessità della loro approvazione – considerando il previgente divieto di anatocismo.

Da ciò deriva che la Banca ha lecitamente applicato l'anatocismo dal 1/7/2000.

Il conto è stato quindi ricalcolato, tramite c.t.u., eliminando l'anatocismo per il limitato periodo dal 6/4/1999 fino al 30/6/2000 e con inserimento in conto del monte interessi precedentemente maturato alla data del 30/9/2000, prima scadenza trimestrale successiva all'adeguamento.

A tal fine è stata disposta c.t.u., affidata al commercialista rag. (*omissis*), che ha depositato relazione scritta in data 27/1/2015.

Il c.t.u., operando correttamente secondo il criterio legale sopra indicato, ha eliminato l'effetto anatocistico degli interessi passivi fino al 30/6/2000 e ciò ha determinato una differenza a credito del correntista per euro 875,47 (v. pag. 5).

6. Tuttavia la Banca convenuta si è costituita tempestivamente ed ha eccepito la prescrizione degli indebiti pagati con rimesse solutorie, in conformità al principio di diritto espresso da Cass. s.u. 24418/2010. Nel quesito conferito al c.t.u. è stato quindi disposto che restano fermi gli addebiti, pure se indebiti, ove pagati con rimesse solutorie. Il termine è stato correttamente individuato dal c.t.u. nel 21/2/2003, data corrispondente a 10 anni prima della notifica dell'istanza di mediazione che ha effetto interruttivo (v. pag. 6).

Il c.t.u. ha quindi accertato, sulla base del criterio del saldo disponibile di cui all'allegato 7, che tutti gli addebiti per interessi anteriori al 21/2/2003 sono stati pagati con successive rimesse di natura solutoria, perché effettuate su sconto scoperto (cfr. pag. 5).

Nel caso di specie, non è quindi possibile procedere alla rettifica del saldo del conto e alla conseguente ripetizione perché ciò è impedito dalla fondatezza dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca.

Il ctp di parte attrice ha chiesto che la prescrizione decorresse dalla chiusura del conto. La richiesta è infondata perché in conformità al principio di diritto espresso dalla citata sentenza delle S.U. 24418/2010 le rimesse solutorie rappresentano altrettanti pagamenti, di modo che il termine di prescrizione per la ripetizione dell'eventuale indebitto decorre dalla data di effettuazione della singola rimessa.

7. Parte attrice ha anche svolto una generica allegazione relativa ai danni subiti a causa dell'addebito di somme non dovute (cfr. pagg. 26–28). Si tratta, in effetti, di un florilegio di clausole di stile e di generiche allegazioni che non offrono alcun riferimento al caso concreto. Nulla ha provato sul punto la parte, di modo che la domanda non può essere accolta.

8. Infine parte attrice ha chiesto di ordinare alla Banca di segnalare il rapporto in Centrale Rischi come contestato. Al riguardo però in corso di causa la parte non ha mai allegato, né documentato, che la banca non abbia effettuato tale segnalazione. Essa comunque non può essere ordinata in sentenza perché con la decisione cessa lo stato di rapporto contestato.

9. Nel caso di specie non vi è soccombenza reciproca, né ricorrono le altre ipotesi previste nell'art. 92 c.p.c. per derogare al principio della soccombenza per la liquidazione delle spese, ivi comprese quelle di c.t.u., operata in dispositivo in base ai parametri medi indicati dal d.m. 55/2014 per le cause di valore indeterminabile e di media complessità.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in composizione monocratica VI sezione civile definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

(*omissis*);

2) in accoglimento dell'eccezione sollevata da parte convenuta – [*istituto di credito*] – dichiara prescritta l'azione di ripetizione di indebitto svolta da parte attrice – [*correntista*] – relativamente agli interessi anatocistici passivi;

3) rigetta le altre domande di parte attrice;

4) condanna parte attrice a rimborsare in favore di parte convenuta le spese di giudizio, che liquida in € 10.343,00 per compensi, oltre 15% per spese generali, CPA ed IVA;

5) pone le spese di c.t.u. in via definitiva a carico di parte attrice.

Milano, 5 agosto 2016

* * *

IL CASO

La controversia da cui scaturisce la sentenza in esame concerne un contratto di conto corrente stipulato tra un istituto di credito ed un'azienda artigiana attiva nel settore meccanico. Ad adire il Tribunale di Milano è la società correntista la quale, lamentando l'applicazione di interessi usurari sugli addebiti operati dalla banca, chiede che sia dichiarata la nullità del summenzionato contratto e che la banca venga condannata alla restituzione delle somme – a suo avviso – ingiustamente addebitate.

A fondamento della propria domanda, la società attrice allega una consulenza contabile che individua il TEG, "Tasso Effettivo Globale"¹, mediante l'applicazione di una formula differente rispetto a quella contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia. Nodo cruciale della controversia è, dunque, la natura giuridica di dette Istruzioni e, più precisamente, la loro necessaria applicazione ai fini del calcolo della soglia oltre la quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'art. 644 c.p.²

Il Giudice di Milano ritiene che tali Istruzioni non siano da considerarsi alla stregua di mere circolari amministrative, ma rivestano piuttosto la qualifica di "norme tecniche autorizzate", la cui efficacia vincolante discende dalla specifica ratio sottesa alla disciplina antiusura e dal peculiare ruolo che essa attribuisce loro. Da ciò consegue che, ai fini del calcolo del TEG, sono da ritenersi inammissibili formule differenti da quelle disposte dalla Banca d'Italia.

Il Tribunale di Milano pertanto rigetta integralmente le domande di parte attrice.

COMMENTO

La pronuncia in esame, tra le varie tematiche affrontate, prende una chiara posizione nella controversa questione circa l'efficacia delle Istruzioni della Banca d'Italia ai fini della determinazione della soglia oltre la quale gli interessi sono da considerarsi usurari. Sebbene la giurisprudenza sia stata più volte chiamata a pronunciarsi sul tema, avendo dovuto anche affrontare – in via preliminare – sul piano della costituzionalità il problema del

¹ Il TEG è un indicatore che rappresenta il costo complessivo di un determinato finanziamento e viene impiegato nella verifica della soglia oltre la quale gli interessi sono usurari.

² V. art. 644 c.p.: "1. Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000.

2. Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

3. La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

4. Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.

5. Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà:

1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare;

2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari;

3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno;

4) se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale;

5) se il reato è commesso da una persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.

6. Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni?".

rapporto tra la norma di legge e la normativa secondaria³, la disciplina del delitto di usura presenta ancora diverse zone d'ombra. Se è vero che l'Autorità Giudiziaria è da ritenersi l'unico soggetto legittimato a valutare il carattere usurario degli interessi applicati ad un determinato rapporto contrattuale, la Banca d'Italia svolge un ruolo fondamentale nella determinazione dei tassi soglia ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. I decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che su base trimestrale rilevano i tassi effettivi globali medi, hanno da sempre attribuito alla Banca d'Italia la competenza a svolgere in concreto tale rilevazione⁴ sulla base dei metodi di calcolo da quest'ultima stabiliti nelle Istruzioni emanate il 29 agosto 2009⁵. Inoltre i suddetti decreti prescrivono che banche e intermediari finanziari sono tenuti a compiere la verifica circa il rispetto della soglia antiusura adottando i medesimi criteri di calcolo individuati dalla Banca d'Italia. Tra le operazioni di finanziamento per le quali è sancito il rispetto del tasso di soglia oltre il quale gli interessi si considerano usurari rientra anche il factoring⁶. Nel caso di specie un correntista aveva lamentato l'applicazione di interessi usurari calcolati applicando una formula differente rispetto a quanto prescritto dalle Istruzioni della Banca d'Italia.

Sulla scorta del principio di riserva di legge in materia penale, la decisione prende le mosse dalla ricostruzione della natura giuridica delle Istruzioni ai fini della valutazione della sussistenza del reato di usura.

All'interno del panorama giurisprudenziale si è creata un'accesa disputa che vede contrapporsi due opposti orientamenti che, seppur partendo da premesse condivise concernenti la natura delle Istruzioni, divergono con riguardo alla efficacia delle medesime e, più in particolare, al grado di discrezionalità da riconoscersi in capo al giudice nella loro applicazione.

Secondo l'orientamento della Corte di Cassazione in sede penale⁷, il mancato annovero delle Istruzioni della Banca d'Italia tra le fonti di diritto ai sensi dell'art. 1 delle preleggi, comporta che tali Istruzioni siano da considerarsi alla stregua di mere circolari amministrative. Da ciò deriva la facoltà del giudice di disapplicare il contenuto dispositivo delle Istruzioni qualora lo ritenga contrario alla legge.

³ La Suprema Corte si è più volte pronunciata in favore della costituzionalità dell'articolo 2 L. n. 108/1996 nella parte in cui rimette ad organi di natura amministrativa la determinazione del tasso soglia oltre il quale si configura il delitto di usura di cui all'art. 644 c.p. La Corte ha pertanto escluso che tale circostanza costituisca una violazione del principio di riserva di legge in materia penale. La *ratio* che sottende tale approccio è da rinvenirsi nell'elevato grado di dettaglio con cui la delega legislativa stabilisce quale debba essere il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, riservando al Ministero del Tesoro il solo compito di "fotografare" l'andamento dei tassi finanziari secondo rigorosi criteri tecnici (Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro it.* 2010, 382; Cass. pen., sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148, in *Cass. pen.*, 2004, 5876). Il principio di riserva di legge in materia penale, quale corollario del principio di legalità, prescrive che reati, pene e misure di sicurezza non possano avere altra fonte se non la legge. Tale principio, richiamato anche dall'art. 1 c.p., gode di copertura costituzionale, laddove l'art. 25, comma 2, Cost. sancisce che: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". La funzione della norma è evidentemente garantistica, in quanto mira ad assicurare che le norme vigenti in materia penale siano sola espressione del Parlamento, quale organo maggiormente rappresentativo della volontà popolare (FIORE C. – FIORE S., *Diritto Penale – Parte Generale*, V, Milano, 2016). E' opinione della dottrina maggioritaria che si dovrebbe parlare più correttamente di riserva di legge "tendenzialmente assoluta", intendendo con tale locuzione evidenziare che non è in contrasto con il precetto costituzionale il rinvio operato dalla norma primaria alle norme regolamentari di rango inferiore al fine di introdurre delle mere "specificazioni tecniche" sulla base di specifici criteri dalla stessa indicati (PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015).

⁴ V. Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento del Tesoro Direzione V, 26 settembre 2016, art. 3.3.

⁵ Banca d'Italia, *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, Gazzetta Ufficiale del 29 agosto 2009, n. 200.

⁶ Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento del Tesoro Direzione V, *Classificazione delle operazioni creditizie per categorie omogenee ai fini della rilevazione dei tassi effettivi globali medi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari*, 26 settembre 2016; Banca d'Italia, *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, luglio 2016, 5, Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 2016, n. 185.

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, in *ildirittoamministrativo.it* (con nota di TROMBETTA, *Il Decreto-Sviluppo modifica i criteri di individuazione del tasso-soglia in tema di usura: non si applica il principio di retroattività di cui all'art. 2 co. 3 c.p.*); Cass. pen., sez. II, 14 maggio 2010, n. 28743, in *Cass. pen.* 2011, 2254; Cass. pen., 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro.it* 2010, 7-8, 382; Cass. pen., sez. II, 18 marzo 2003, n. 20148, in *Cass. pen.* 2004, 2876. In Dottrina si veda MARCELLI, *Le azioni legali e il rischio di usura dopo la sentenza Cass. pen. 46669/11. Prime riflessioni*, in *il Caso.it*, 1 novembre 2013.

Di altro avviso risulta la pronuncia in commento che si inserisce nel solco di una giurisprudenza che riconosce a dette Istruzioni la natura di “norme tecniche autorizzate”⁸. Pur condividendo che le Istruzioni non sono fonti del diritto, questo secondo orientamento ritiene che tali atti godano di efficacia vincolante e non siano pertanto assimilabili a mere circolari amministrative.

Le Istruzioni hanno natura di norme tecniche previste ed autorizzate dalla disciplina regolamentare, necessaria per l'applicazione della normativa anti-usura. Diversamente dalle circolari, le Istruzioni, lungi dall'essere meri atti interni volti all'auto-organizzazione di uffici e organi, rappresentano una differente tipologia di atto, di diffusa applicazione in materia bancaria, la cui competenza generale è attribuita alla Banca d'Italia, quale autorità creditizia, dal TUB (art. 4).

Le Istruzioni hanno altresì un peculiare ruolo nella disciplina antiusura: sebbene l'art. 2 della Legge 108 del 1996 stabilisca che i tassi effettivi globali medi trimestrali vengano determinati dal Ministero del Tesoro (oggi Dipartimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze), sentita la Banca d'Italia, i decreti ministeriali ne hanno da sempre demandato a quest'ultima la rilevazione, attesa l'esigenza di raccogliere dagli intermediari dati coerenti ed omogenei per determinare con attendibilità il valore medio di riferimento.

Quando il giudice è chiamato ad accertare la natura usuraria del tasso applicato da una banca ad un determinato rapporto, attraverso il confronto tra il TEG applicato dalla stessa con il tasso soglia del periodo di riferimento, dovrà utilizzare identiche modalità di calcolo al fine di garantire l'omogeneità dei risultati ottenuti. In caso contrario, il risultato del confronto sarebbe, sotto il profilo tecnico, del tutto inattendibile causando un grave pregiudizio alla valutazione delle scelte contrattuali di mercato degli operatori economici e, sotto il profilo giuridico, “ingiusto” in quanto contrario alle disposizioni previste dalla disciplina antiusura e pregiudizievole della certezza normativa.

Avv. Massimo Di Muro

massimo.dimuro@munaricavani.it

Dott. Riccardo Malaguti

riccardo.malaguti@munaricavani.it

⁸ Cfr. Trib. Monza, sez. I, 20 luglio 2016, n. 2205, in *Redaz. Giuffrè* 2016; Trib. Milano, 3 giugno 2014, n. 7234, in *insletter.com* (con nota di DAMINELLI); conf. Trib. Avezzano, 21 gennaio 2015, in *Redaz. Giuffrè* 2015; Trib. Milano, 21 ottobre 2014, in *Il Quot. Giur. Wolters Kluwer* 2015 (con nota di DENTIS).

5. Tribunale di Milano, sez. XII, 18 gennaio 2017

Contratto di *factoring* – Interessi – Usura – Somma di interesse corrispettivo e interesse di mora – Inammissibilità

(L. 108/1996; art. 1384 Codice Civile)

La pretesa di sommare, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia previsto dalla normativa antiusura (L. 108/1996), gli interessi corrispettivi e quelli di mora non ha alcun fondamento giuridico e matematico, posto che i secondi si applicano soltanto nel caso di inadempimento del debitore, in sostituzione di quelli corrispettivi.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
DODICESIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Carlo Maddaloni
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 10924/2014 promossa da:
[cedente], C.F. (omissis), con il patrocinio dell'avv. (omissis)

OPPONENTE

contro

[factor], C.F. (omissis), con il patrocinio dell'avv. (omissis)

OPPOSTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE in fatto e diritto

La [cedente] ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo n. 44379\2013 ottenuto in forma provvisoriamente esecutiva dalla [factor] per il pagamento della somma di euro 1.124.528,56 oltre accessori, in forza di un contratto di factoring stipulato con la detta società.

Nel ricorso si esponeva che tra la deducente e la [cedente] era stato stipulato, in data 31-7-2009, un contratto di factoring avente ad oggetto la cessione di crediti vantati nei confronti della [debitore ceduto], che era stato chiesto il rimborso della somma pari al prezzo anticipato dei crediti ceduti oltre interessi, che il debito era stato espressamente riconosciuto dalla cedente, e che era stato chiesto, senza esito, il pagamento delle dette anticipazioni al cedente.

L'opponente (omissis) nel merito ha chiesto la revoca del decreto opposto, lamentando come parte ricorrente avesse applicato interessi e commissioni superiori ai tassi soglia stabiliti dalla legge 108\1996, ed ha chiesto pertanto di accertare la non debenza di dette somme, da compensarsi con quelle dovute alla banca.

(omissis)

Nel merito, l'opposizione si dimostra parimenti infondata.

La [cedente] in data 15-10-2012 riconosceva espressamente l'esistenza di un debito nei confronti della [factor] nella misura di euro 960.000,00 proponendo una dilazione di pagamento (doc. 3 opposta).

Con dichiarazione sottoscritta il 15-1-2013 (doc. 4 opposta), la [cedente] riconosceva di essere debitrice nei confronti della odierna opposta della somma di euro 997.707,02 oltre interessi dall'1-1-2013, proponendo il pagamento del dovuto in sei rate, la prima delle quali scadente il 15-4-2013.

In data 15 aprile 2013 (dc.5 opposta) la [cedente] comunicava l'impossibilità di onorare il pagamento della prima rata stabilita nella proposta di pagamento rateale.

(*omissis*)

L'opponente lamenta come la [factor] abbia durante tutto il corso del rapporto applicato interessi superiori al tasso soglia ex legge 108\1996, come emergerebbe sommando il tasso di mora, quello nominale, le spese e le penalità a qualsiasi titolo, ciò sulla base dei criteri affermati dalla sentenza della Suprema Corte n. 350\2013.

Osserva il tribunale come la pretesa di sommare, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, gli interessi corrispettivi e quelli di mora non abbia alcun fondamento giuridico e matematico, posto che i secondi si applicano soltanto nel caso di inadempimento del debitore, in sostituzione di quelli corrispettivi.

I primi si applicano soltanto sul capitale residuo, al fine di determinare la quota interessi della rata di leasing, mentre i secondi soltanto sul capitale scaduto e non pagato, in sostituzione di quelli corrispettivi. Non può quindi configurarsi alcuna contemporanea applicazione dei due tassi.

Contrariamente a quanto sostiene l'opponente, la pronuncia n. 350/2013 della Suprema Corte non contiene alcuna statuizione che possa confortare la tesi sostenuta in giudizio dalla medesima, posto che i Giudici Supremi hanno unicamente affermato il principio secondo cui le disposizioni sul tasso soglia riguardano anche gli interessi di mora.

In linea di diritto, l'argomento posto dall'attrice a fondamento della richiesta di accertare il carattere usurario degli interessi pattuiti è pertanto infondato.

La censura relativa all'asserito superamento del tasso previsto dalla legge 108 del 1996, è stata peraltro introdotta nel processo in modo del tutto generico, essendosi limitata l'opponente a prospettare la necessità di una ricostruzione dell'intero rapporto contabile, per accertare il superamento del c.d. tasso soglia.

Oltre alla tempestiva allegazione, manca peraltro anche la prova degli elementi sui quali dovrebbe fondarsi la asserita usurarietà degli interessi pattuiti, non potendo rimettersi ad un consulente tecnico nominato d'ufficio il compito di ricercare ed individuare quelle circostanze di fatto che gli oppositori avrebbero dovuto indicare.

(*omissis*)

Né può ritenersi che il motivo di opposizione in esame assuma fondamento in relazione all'ulteriore assunto dell'opponente, secondo cui la prova dell'applicazione di interessi usurari e commissioni non pattuite emergerebbe dal confronto tra la somma di euro 960.000,00 pari al debito riconosciuto il 15-10-2012 e l'importo chiesto con il ricorso per decreto ingiuntivo, calcolato al 15-10-2013, pari ad euro 1.124.528,56, dal quale emergerebbe un addebito di euro 164.528,56, pari ad un tasso di interesse del 17,14%.

Ciò determinerebbe, secondo l'opponente, la non debenza di tutti gli interessi e le commissioni addebitate dal factor, per un importo variabile, a seconda delle tre diverse modalità di calcolo suggerite dal proprio perito, da un minimo di euro 530.591,28 ad un massimo di euro 1.137.752,63.

A prescindere dal fatto che la stessa [cedente], in linea di fatto, ha smentito il suddetto dato contabile, dal momento che, con la comunicazioni del 15-1-2013, quantificava il proprio debito alla data del 31-12-2012 nella misura di euro 997.707,02 oltre ulteriori interessi e commissioni a far tempo dall'1-1-2013, deve rilevarsi come sia pacifico che quelli applicati dalla [factor] siano interessi di mora.

Osserva il tribunale come il principio, secondo il quale anche gli interessi di mora possono essere pattuiti in misura usuraria, affermato non solo dalla Suprema Corte (sentenza 350 del 2013), ma anche dalla Corte Costituzionale (sentenza 29 del 2002), che in tal modo interpretano il d.l. 394 del 2000, che, con riferimento alla disciplina dell'usura ha fatto espresso riferimento agli interessi a qualunque titolo convenuti, merita certamente di essere condiviso.

Va tuttavia rilevato come il tasso soglia istituito dalla legge 108\96 al fine di rendere oggettiva la nozione di usura, viene allo stato rilevato trimestralmente con esclusivo riferimento ai tassi corrispettivi.

Nessuna rilevazione viene eseguita per gli interessi di mora, che hanno una natura ontologicamente diversa da quella degli interessi corrispettivi, posto che sono destinati ad essere applicati solo in via

meramente eventuale, nel caso di inadempimento della parte debitrice, ed hanno una funzione non corrispettiva ma risarcitoria del danno derivante al creditore, sì che la loro quantificazione dipende da una serie di fattori non direttamente collegate al costo del denaro, che al contrario è il parametro che verosimilmente maggiormente influenza la determinazione del corrispettivo per l'erogazione del credito. Mancando, come detto, qualsiasi rilevazione ufficiale per gli interessi di mora, sarebbe privo di giustificazione logica e giuridica, assumere come parametro il taeg rilevato per gli interessi corrispettivi, trattandosi di due entità non omogenee.

Deve pertanto ritenersi che sino a quando il Ministero delle Finanze non disporrà una rilevazione di un TEGM specifico per gli interessi di mora, per questi non sia possibile una determinazione oggettiva del limite oltre il quale divengono usurari.

L'impossibilità di procedere ad un accertamento circa il carattere oggettivamente usurario degli interessi di mora non priva il debitore di qualsiasi rimedio, dal momento che, attesa la funzione risarcitoria che deve riconoscersi a tali interessi, e la riconducibilità degli stessi all'istituto della clausola penale, nulla osta a che il debitore si avvalga, ricorrendone i presupposti della manifesta eccessività del suo ammontare in relazione all'interesse del creditore all'adempimento, del rimedio posto dall'art. 1384 c.c. (Cass. 23273\2010).

Tenuto conto, nella fattispecie in esame, che il profilo della eccessività della penale rappresentata dagli interessi moratori non viene neppure prospettato, ed esclusa la possibilità di accertare il carattere oggettivamente usurario con il confronto con il tasso soglia rilevato per gli interessi corrispettivi, ne discende l'infondatezza della pretesa dell'opponente diretta ad accertare la nullità della clausole relativa alla pattuizione degli interessi di mora, e di quella diretta ad accertare la conseguente gratuità del contratto ed a ottenere la restituzione di tutti gli interessi versati alla concedente.

Per le ragioni che precedono, l'opposizione deve essere respinta ed il decreto opposto va confermato.

Tenuto conto dell'esito del giudizio, le spese processuali sostenute dalla parte opposta, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico dell'opponente.

P.Q.M.

Il tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa istanza:

- a) respinge l'opposizione e tutte le domande proposte dalla [cedente], e conferma il decreto ingiuntivo opposto n. 44379\2013;
- b) condanna l'opponente al rimborso in favore della parte opposta delle spese processuali, liquidate in euro 16.306,00 per compenso oltre 15% rimborso spese forfettarie.

Milano, 18 gennaio 2017

Il Giudice
dott. Carlo Maddaloni

* * *

IL CASO

A fronte del mancato rimborso delle somme anticipate dal factor al cedente nell'ambito di un contratto di factoring, il cessionario agisce in giudizio, ottenendo un decreto ingiuntivo per la restituzione delle citate somme, oltre interessi.

Il cedente propone opposizione avverso il decreto ingiuntivo lamentando, inter alia, che il factor avrebbe applicato interessi usurari nel corso dell'intero rapporto. Ad opinione del cedente, dal confronto tra l'importo degli anticipi originariamente effettuati dal factor, così come riconosciuti dal cedente, e l'importo richiesto nel procedimento monitorio, emerge che il factor starebbe richiedendo il pagamento sia degli interessi di mora sia degli interessi corrispettivi, la cui somma determina il superamento del tasso soglia istituito dalla L. 108/1996.

Il giudice respinge l'opposizione e conferma il decreto ingiuntivo, ritenendo del tutto infondata, sia sul piano giuridico sia su quello matematico, la pretesa di invocare il superamento del tasso soglia attraverso la sommatoria dei due

tassi di interesse. Gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori, avendo natura e perseguendo finalità distinte – remunerativa i primi, risarcitoria i secondi – non solo risultano dovuti in via alternativa tra loro, ma si applicano anche a valori differenti. Ne consegue pertanto che la valutazione circa il carattere eventualmente usurario deve essere condotta in via separata per i due tipi di interessi: per quanto concerne i soli interessi corrispettivi, la disamina andrà condotta alla luce del tasso soglia di cui alla L. 108/1996; per quanto concerne gli interessi di mora, invece, stante la loro assimilazione alla clausola penale, a norma dell'art. 1384 c.c., sarà possibile ricorrere ai principi in tema di manifesta eccessività dell'ammontare della penale rispetto all'interesse del creditore all'adempimento.

COMMENTO

La pronuncia in esame, confermando la più recente giurisprudenza di merito¹, confuta la tesi della cumulatività tra interessi moratori e corrispettivi ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia oltre il quale gli interessi sono da considerarsi usurari ai sensi della L. 108/1996.

A fare da sfondo al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sotteso alla sentenza de qua è la più ampia e controversa quaestio concernente l'assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina antiusura e, conseguentemente, l'individuazione dei meccanismi di calcolo degli stessi.

Le incertezze in materia discendono direttamente dall'intervento operato dal Legislatore del 1996 all'art. 644 c.p. che, nella sua attuale formulazione, al primo comma sembra riferirsi ai soli interessi corrispettivi, laddove invece al quarto comma, attraverso l'inclusione delle "spese" nel computo degli interessi dovuti, pare prescrivere una valutazione omnicomprendente che tenga conto anche degli interessi moratori². Neppure il successivo intervento chiarificatore operato con la Legge di interpretazione autentica n. 24 del 28 febbraio 2001, che ha definito usurari gli interessi richiesti in misura superiore al limite di legge "a qualunque titolo" (art. 1, comma 3, L. 108/1996), ha permesso di superare i dubbi interpretativi. Da tali interventi normativi è disceso il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale che, sebbene dimostrando incertezze con riferimento all'applicabilità agli interessi moratori del medesimo indice di usurarietà previsto per gli interessi corrispettivi, afferma la sostanziale equiparazione delle due categorie ai fini della L. 108/1996³. Questo indirizzo si è consolidato con la sentenza della Corte di Cassazione del 9 gennaio 2013, n. 350⁴, che ha sancito che anche gli interessi moratori rilevano ai fini della valutazione dell'usuraietà degli interessi applicati ad un contratto di mutuo, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p.⁵

Dall'applicabilità della L. 108/1996 agli interessi di mora deriverebbe altresì il dovere di valutare il loro eventuale carattere usurario alla luce del tasso soglia⁶, anche attraverso il ricorso alla sommatoria con gli interessi corrispettivi⁷. Il fondamento giuridico di tale ricostruzione sarebbe da ricercarsi nella sostanziale e funzionale

¹ Trib. Bari, sez. IV, 1 luglio 2016, n. 3674; Trib. Napoli Nord, 20 giugno 2016, n. 939; Trib. Milano, sez. VI, 8 marzo 2016, n. 3021; Trib. Trento, 18 febbraio 2016, n. 161; Trib. Milano, sez. VI, 27 ottobre 2015, n. 11997; Trib. Reggio Emilia, sez. II, 6 ottobre 2015, n. 1297; Trib. Roma, sez. IX, 7 maggio 2015, tutte in *iusexplorer.it*; Trib. Roma, sez. IV, 16 settembre 2014, n. 41860, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

² RAPISARDA, *Interessi usurari e meritevolezza delle clausole di riequilibrio nel contratto di leasing immobiliare*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 853.

³ Cfr., *inter alia*, Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 602 e Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 603, in *neldiritto.it*; Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4; Cass. civ., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 620 (con nota di DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*).

⁴ Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, in *italgiure.giustizia.it*.

⁵ La Suprema Corte richiama sul punto Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, I, 934 (con nota di PALMIERI, *Interessi usurari: una nuova partenza*), dove si afferma che: "il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi «a qualunque titolo convenuti» rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori".

⁶ LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corr. giur.*, 2002, 1084 ss. In giurisprudenza v. Trib. Reggio Emilia, sez. II, 25 agosto 2015, n. 1158 in *iusexplorer.it*; Trib. Udine, sez. II, 26 settembre 2014, in *unijuris.it*; Trib. Padova, 13 maggio 2014, in *dirittobancario.it*.

⁷ Trib. Chieti, 23 aprile 2015, n. 230, in *iusexplorer.it*; Trib. Roma, 27 febbraio 2015, in *dirittobancario.it*; Trib. Bari, sez. III, 12 dicembre 2014, in *iusexplorer.it*.

unitarietà delle due categorie di interessi, entrambe rispondenti alla medesima funzione “reintegrativa”, che si rende necessaria ogniqualvolta un soggetto si sia privato della disponibilità di capitale in favore di un altro soggetto⁸.

Alla teoria della c.d. unitarietà degli interessi⁹, si contrappone la c.d. impostazione dogmatica tradizionale, supportata dalla Banca d'Italia e diffusa nella giurisprudenza di merito, che esclude il ricorso al cumulo, proprio in ragione delle diversità di carattere ontologico e funzionale tra interessi corrispettivi e moratori¹⁰. Una funzione propriamente “indennitaria” è configurabile solo per gli interessi corrispettivi, i quali sono volti a remunerare il creditore per il godimento che il debitore ha del denaro; gli interessi moratori, invece, perseguono la differente funzione risarcitoria del ritardo con cui il creditore riceve il pagamento dovutogli dal debitore¹¹.

A questo secondo orientamento deve essere ricondotta la decisione in commento. Osserva il Tribunale che la pretesa di valutare il superamento del tasso soglia attraverso la sommatoria di interessi corrispettivi e moratori è priva di fondamento da un punto di vista sia giuridico sia matematico: non solo si tratta di interessi alternativi tra loro, dal momento che il tasso di mora si sostituisce a quello corrispettivo a partire dal momento in cui la parte debitrice si rende inadempiente, ma anche produttivi di grandezze disomogenee in quanto risultanti dall'applicazione a valori differenti. Non si può infatti trascurare che, mentre gli interessi corrispettivi si applicano al residuo capitale dovuto, quelli moratori invece si calcolano alla sola parte di rate rimaste insolute.

A dimostrazione del fatto che gli interessi di mora non hanno natura di corrispettivo del costo del denaro ma di anticipata quantificazione del danno da inadempimento, il Tribunale adduce che questi non concorrono alla determinazione del Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM), il quale – come visto nel commento sub 4 – rappresenta la media rilevata trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Banca d'Italia dei tassi ordinariamente impiegati da istituti di credito per operazioni economiche omogenee¹². Privo di fondamento economico sarebbe pertanto il confronto del tasso di mora, la cui determinazione non è influenzata da fattori attinenti al normale prezzo del credito, con il tasso soglia previsto dalla legge antiusura. Medesime conclusioni valgono a fortiori qualora tale confronto avvenga attraverso il cumulo con gli interessi corrispettivi.

Il Tribunale precisa che, sebbene la mancanza di una rilevazione di un TEGM specifico per gli interessi di mora da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze renda impossibile una determinazione oggettiva del limite oltre il quale si devono considerare usurari, non si deve intendere preclusa qualsiasi forma di controllo sugli stessi.

⁸ Trib. Trani, 10 marzo 2014, in *expartecreditoris.it*. In dottrina v. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 504; FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGERI, Napoli, 2004, 168 ss.; AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 339 ss.

⁹ CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1, 2016, 93 ss.

¹⁰ FIORE, *Interessi corrispettivi, interessi di mora, usura nel contratto di mutuo*, in *Relazione tenuta presso il Trib. Nola*, 11 aprile 2014; SILVIETTI, *I contratti bancari. Parte Generale*, in *Tratt. Cottino*, VI, *La banca: l'impresa e i contratti*, a cura di CALANDRA BUONAURO, PERASSI, SILVIETTI, Padova, 2001, 433; SCOZZAFAVA, *Gli interessi di capitali*, Milano, 2001; VANONI, *Il contratto di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. impr.*, 1999, 523 ss. In giurisprudenza, si v. Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28204, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, 1820; Trib. Roma, 11 maggio 2016, nn. 9554 e 9553; Trib. Roma, 2 ottobre 2015; Trib. Roma, 25 giugno 2015; Trib. Bologna, 17 febbraio 2015, in *dirittobancario.it*; Trib. Brescia, ord., 16 gennaio 2014, in *ilsolo24ore.com*; Trib. Verona, 9 aprile 2014; Trib. Milano, 22 maggio 2014, in *ilsolo24ore.com*. Le medesime osservazioni si trovano inoltre a fondamento di importanti decisioni dell'Arbitrato Bancario Finanziario, *inter alia*: Decisione Coll. Coord., 30 aprile 2014, n. 2666, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 482 ss. (con nota di VOLPE); Decisione Coll. Coord., 28 marzo 2014, n. 1875; Decisione Napoli, 20 novembre 2013, n. 5877.

¹¹ Cfr. Trib. Verona, 28 aprile 2014 e Trib. Treviso, 11 aprile 2014, entrambe in *ilcaso.it*.

¹² Si legge infatti nei *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura* della Banca d'Italia del 3 luglio 2013 che “gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG perché non sono dovuti dal momento dell'erogazione del credito, ma solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente. L'esclusione evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo. Infatti essendo gli interessi moratori più alti per compensare la banca del mancato adempimento, se inclusi nel TEG medio potrebbero determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela. Tale impostazione è coerente con la disciplina comunitaria sul credito al consumo che esclude dal calcolo del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) le somme pagate per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora”. Conferma si può trovare inoltre nelle *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura* del 2009 dove la Banca d'Italia espressamente indica che “sono esclusi gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo”.

Attesa la riconducibilità degli interessi moratori alla clausola penale¹³, il debitore, ove costretto a pagare interessi che nel loro ammontare risultano eccessivi rispetto all'interesse del creditore alla loro corresponsione, potrà fare ricorso al rimedio previsto dall'art. 1384 c.c.: dal momento che la determinazione convenzionale degli interessi moratori integra una liquidazione preventiva e forfettaria del danno risarcibile, la previsione di interessi in misura eccessiva potrà essere oggetto di riduzione in via equitativa da parte del giudice, al pari che si trattasse di una clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c.

In conclusione, è opinione del Tribunale che la sentenza 350/2013 della Cassazione sia da interpretarsi nel senso che entrambe le tipologie di interessi sono soggette ad un controllo di usurarietà – e non già che queste debbano essere sommate al fine della verifica del rispetto del tasso soglia – il quale dovrà essere effettuato singolarmente per ciascuna categoria, dal momento che, in caso di inadempimento del debitore e conseguente applicazione di un tasso di mora, questo si sostituirà – e non si aggiungerà – a quello dovuto a titolo di interessi corrispettivi.

Avv. Paolo Preda

paolo.preda@munaricavani.it

Dott. Riccardo Malaguti

riccardo.malaguti@munaricavani.it

¹³ DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, 2000, 627 ss.; CARBONE, *Usura civile: individuato il "tasso soglia"*, in *Corr. giur.*, 1997, 510 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 18 novembre 2010, n. 23273, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1464; Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2001, n. 8481, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1230; Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1996, n. 6298, in *Giur. it.* 1997, I, 1257; Trib. Napoli, 12 febbraio 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, 137; Trib. Roma, 1 febbraio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1082 (con nota di LAMORGESE).

6. Cassazione Civile, sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26778

Documento e prova documentale – Scrittura privata non autenticata – Data della scrittura privata – Data certa – Timbro postale

(art. 2704 Codice Civile; D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261)

Anche imprese private, munite di apposita licenza dell'Amministrazione, possono svolgere servizi postali e curare ed eseguire la trasmissione della corrispondenza ad eccezione degli atti giudiziari ma in questo caso il timbro datario apposto sul plico consegnato dal mittente non può valere a rendere certa la data di ricezione, trattandosi di un'attività resa da un soggetto privato il cui personale dipendente non risulta munito di poteri pubblicitari di certificazione della data di ricezione della corrispondenza trattata.

* * *

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BERNABAI Renato	– rel. Presidente –
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria	– Consigliere –
Dott. CRISTIANO Magda	– Consigliere –
Dott. FERRO Massimo	– Consigliere –
Dott. TERRUSI Francesco	– Consigliere –

ha pronunciato la seguente sentenza:

sul ricorso (*omissis*) proposto daLa [*Ricorrente*], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. (*omissis*), elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. (*omissis*), in (*omissis*), via (*omissis*)

– ricorrente –

contro

il [*Fallimento*], in persona del curatore *pro tempore*;

– intimato –

avverso

il decreto del Tribunale di Catania, depositato il giorno 8 aprile 2010 nel procedimento iscritto al n.r.g. 6385/2009;

Sentita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 6 ottobre 2016 dal Presidente relatore dott. Renato Bernabai;

udito l'avv. (*omissis*) per la ricorrente;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale dott. CARDINO Alberto, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La [*Ricorrente*] impugna il decreto del Tribunale di Catania depositato il giorno 8 aprile 2009, che respinse la sua opposizione allo stato passivo del [*Fallimento*], dal quale era stato escluso un suo credito di circa 100 mila euro, vantato in ragione di una polizza fideiussoria sottoscritta dalla società poi fallita.

Secondo il tribunale tutta la documentazione prodotta dalla [Ricorrente] era priva di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, non soccorrendo come prova il timbro apposto dal gestore di un servizio di posta privata su alcune lettere scambiate tra il terzo garantito e la [Ricorrente].

Il ricorso è affidato ad un unico motivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo la [Ricorrente] denuncia la violazione dell'art. 2704 c.c. e del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, avendo il tribunale erroneamente ritenuto che il timbro apposto dal gestore di un servizio di posta privata non fosse idoneo a conferire data certa alle missive sulle quali risultava apposto.

2. Il motivo è infondato.

Trova applicazione nella vicenda in esame l'art. 2704 c.c., comma 1 che consente nei confronti dei terzi la prova della data della scrittura privata – che non sia stata autenticata, né registrata, né riprodotta in atti pubblici – dal giorno in cui si sia verificata la morte o la sopravvenuta impossibilità fisica di chi l'ha sottoscritta, ovvero un fatto che stabilisca “in modo egualmente certo” l'anteriorità della formazione del documento.

Ora, secondo il risalente orientamento di questa Corte, formatosi quando il servizio postale era espletato in via esclusiva dallo Stato tramite sue aziende (D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, artt. 1 e 3 Codice Postale) e le persone addette ai servizi postali erano considerate pubblici ufficiali ovvero incaricati di pubblico servizio, secondo le funzioni loro affidate (art. 12 Codice postale), se la scrittura privata non autenticata forma un unico corpo con il foglio sul quale è stato impresso un timbro postale, la data risultante da quest'ultimo deve ritenersi come data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita (Cass. 1 ottobre 1999, n. 10873; Cass. 23 aprile 2003, n. 6472; Cass. 14 giugno 2007, n. 13912; Cass. 28 maggio 2012, n. 8438).

Com'è noto, peraltro, oggi il D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, emanato in attuazione della direttiva 97/67/CE che ha liberalizzato i servizi postali, da un lato, consente alle imprese private che abbiano ottenuto apposita licenza dall'Amministrazione (art. 5, comma 1 D.Lgs. cit.), di svolgere l'attività di “fornitore di un servizio postale” e, dall'altro, ha previsto che per esigenze di ordine pubblico siano affidati in via esclusiva al “fornitore del servizio universale”, *id est* all'organismo che fornisce l'intero servizio postale su tutto il territorio nazionale – oggi Poste Italiane s.p.a. – soltanto i servizi inerenti le notificazioni o le comunicazioni di atti a mezzo posta, connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla L. 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni (art. 4, lett. a) D.Lgs. cit.).

Ne consegue che tutti i fornitori di servizi postali all'attualità possono certamente eseguire “invii postali”, cioè curare la trasmissione della corrispondenza – fatta eccezione per gli atti giudiziari –, ma l'eventuale timbro datario apposto sul plico consegnato dal mittente non può valere a rendere certa la data di ricezione, trattandosi qui di una attività d'impresa resa da un soggetto privato, il cui personale dipendente non risulta munito di poteri pubblicistici di certificazione della data di ricezione della corrispondenza trattata.

Nella vicenda all'esame di questa Corte, allora, correttamente il Tribunale etneo ha ritenuto che il timbro datario apposto su talune lettere da una società privata, che aveva curato l'inoltro della corrispondenza fra l'odierno ricorrente e un terzo, fosse inidoneo a dimostrare, ai sensi dell'art. 2704 c.c., comma 1 la certezza della data di formazione di tali atti nei confronti del curatore fallimentare, non trattandosi di un fatto equipollente a quelli richiamati in via esemplificativa dalla cennata norma, cioè di una circostanza oggettiva, esterna alle parti, idonea a stabilire “in modo egualmente certo” quando fosse stato formato il documento.

3. Nulla sulle spese.

PQM

La Corte respinge il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 6 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 22 dicembre 2016

* * *

IL CASO

Un creditore propone domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società debitrice per un credito pari a Euro 100.000, 00. Dal momento che la domanda è respinta dal Giudice Delegato, viene proposta opposizione dinanzi al Tribunale di Catania avverso lo stato passivo. Il Tribunale di Catania rigetta l'opposizione, ritenendo che la documentazione prodotta dall'opponente è inopponibile alla curatela poiché priva di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, adducendo che il timbro postale apposto da un gestore di un servizio di posta privata su alcune lettere scambiate tra il debitore e il creditore non assurge a prova decisiva di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. Contro tale decreto viene proposto ricorso in Cassazione, la quale, respingendolo, condivide la tesi del Tribunale di Catania. La Suprema Corte, infatti, rammenta che a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 e della conseguente liberalizzazione dei servizi postali, questi ultimi sono garantiti ed erogati sia da fornitori di un servizio postale, sia da fornitori del servizio universale a cui sono riservati i servizi inerenti le notificazioni o le comunicazioni di atti a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari. La Corte di Cassazione respinge il ricorso della creditrice concludendo che il timbro datario apposto da un soggetto privato, il cui personale dipendente è privo di poteri pubblicistici di certificazione, non può valere a rendere certa la data di ricezione di un plico consegnato dal mittente su cui vi è apposto un timbro datario.

COMMENTO

La pronuncia in esame, resa in sede di accertamento dello stato passivo e di individuazione dell'antioriorità del credito rispetto alla dichiarazione di fallimento, si interroga sulla rilevanza del timbro postale apposto sulle scritture al fine di valutarne l'idoneità a conferire data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. all'atto contenuto nelle stesse.

La sentenza della Suprema Corte in commento si inserisce nel filone giurisprudenziale in tema di data certa e timbri postali, ma apporta degli importanti chiarimenti soprattutto alla luce della dicotomia servizio universale – servizi non riservati introdotta dalla Direttiva 97/67/CE del 15 dicembre 1997, recepita e trasposta in Italia tramite il D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, di cui si dirà a breve.

Prima di esaminare il ragionamento condotto dalla Corte di Cassazione circa la certezza della data provata tramite timbro postale, è necessario svolgere alcune brevi riflessioni preliminari e prodromiche con riferimento alla disciplina di cui all'art. 2704 c.c. e della relativa applicabilità in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo.

Ai sensi dell'art. 2704 c.c., la data della scrittura privata priva di sottoscrizione autenticata è certa e computabile nei confronti dei terzi, oltre che nelle ipotesi di attestazione formale o di certezza incontestabili fornita da eventi speciali (registrazione dell'atto, morte o sopravvenuta impossibilità fisica del sottoscrittore, riproduzione in atti pubblici), anche "dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo ugualmente certo l'antioriorità della formazione del documento".

Tale norma, al suo primo comma, enuclea una serie di fatti tipizzati, cui si attribuisce il valore di conferire certezza alla data dell'atto, ai quali segue una clausola generale secondo cui sono idonee anche le circostanze equivalenti a quelle esplicitamente nominate dal legislatore¹. Tutti questi fatti – tipizzati e non – sono idonei a provare

¹ Si ricorda che i fatti che stabiliscono "in modo ugualmente certo l'antioriorità della formazione del documento" sono sottoposti al vaglio di un giudizio di equipollenza rimesso al libero apprezzamento del giudice, integrando un giudizio di fatto caso per caso teso a valutare la sussistenza e l'attitudine a stabilire la certezza della data del documento, dovendo in tal caso ricorrere due requisiti: 1) il carattere obiettivo del fatto; 2) l'estraneità rispetto al soggetto che lo invoca, nel duplice senso che deve essere sottratto alla sua disponibilità e, altresì, a lui non riconducibile. In giurispr., v. Cass. civ., sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 2299, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 175; Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2009, n. 7964, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 563; Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2004, n.

l'anteriorità della formazione di una scrittura rispetto a un dato momento. Pertanto, il riferimento temporale non è il momento genetico della scrittura, bensì un momento diverso e successivo che viene assunto come data certa poiché logicamente posteriore².

Ai fini dell'opponibilità ai terzi della scrittura privata priva di sottoscrizione autenticata (e fuori dai casi di produzione di uno degli eventi tipizzati nella prima parte dell'art. 2704 c.c.) il fatto equivalente deve provare incontrovertibilmente l'anteriorità della formazione della scrittura, cioè l'anteriorità dell'apposizione delle sottoscrizioni³.

Sebbene la Suprema Corte affermi correttamente che nel caso sottoposto alla sua attenzione trovi applicazione l'art. 2704 c.c., ciò che non è esplicitato è l'applicabilità dell'art. 2704 c.c. nei confronti del curatore in sede di accertamento del passivo. La problematica concernente la data certa e la qualifica da attribuire al curatore segnatamente al procedimento di verifica dello stato passivo è stata definitivamente risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴. Secondo questo indirizzo, ormai accolto con univocità dalla giurisprudenza, nel giudizio di ammissione al passivo, ai fini dell'opponibilità di scritture private comprovanti il credito, il curatore assume una posizione di terzietà con conseguente applicazione dell'art. 2704 c.c.⁵ Perciò, in sede di formazione del passivo, il curatore fallimentare è considerato terzo sia nei confronti dei creditori del fallito che propongono l'insinuazione, sia rispetto allo stesso fallito, con la conseguenza per i creditori di dover dimostrare la certezza della data nelle scritture allegare come prova del proprio credito⁶.

Posta l'applicabilità dell'art. 2704 c.c. alla fattispecie in esame, la Suprema Corte enuclea le ragioni per cui il timbro postale di una posta privata non è un fatto che stabilisce "in modo egualmente certo l'anteriorità del documento".

La Corte di Cassazione motiva il rigetto del ricorso richiamando il risalente e costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale, se la scrittura privata non autenticata forma un unico corpo con il foglio sul quale è apposto un timbro postale, la data risultante deve effettivamente considerarsi certa⁷. Tale automaticità nel riconoscimento della data certa se supportata da timbro postale - sottolinea la Corte - risiede nel fatto che in passato il servizio postale era espletato in via esclusiva dallo Stato e i soggetti addetti ai servizi postali, di conseguenza, agivano in veste di pubblici ufficiali ovvero incaricati di pubblico servizio. La timbratura apposta sul plico del mittente, pertanto, era considerata alla stregua di un'attestazione autentica comprovante che il documento fosse stato inviato nel medesimo giorno corrispondente all'apposizione del timbro.

5561, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Cass. civ., sez. II, 7 giugno 2003, n. 10702, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7; Cass. civ., sez. II, 1 ottobre 1999, n. 10873, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2000, 369; Cass., 26 maggio 1997, n. 4646, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 839; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 1993, n. 1016, in *Giur. it.*, 1994, I, 786;

² BORDIGA, *Osservazioni a Trib. Milano, 11 agosto 2004*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2006, II, 531; GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Osservazioni a Trib. Napoli, 1 dicembre 2011*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2013, II, 105; ZANICHELLI, *Timbro postale e data certa, commento a Trib. Roma, 10 aprile 2001*, in *Fallimento*, 2002, 435.

³ BORDIGA, *Osservazioni a Trib. Milano, 11 agosto 2004*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2006, II, 533; DOLMETTA, *La data certa*, Milano, 1986, 164.

⁴ Cass. civ., S.S.U.U., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, II, 400.

⁵ AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 373; DOLMETTA, *La data certa*, Milano, 1986, 75; GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Osservazioni a Trib. Napoli, 1 dicembre 2011*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2013, II, 103; RANIELI, *Osservazioni a Cass. civ. S.S.U.U., 20 febbraio 2013, n. 4213, in tema di opponibilità della data certa nel procedimento di verifica del passivo*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 407; ROSAPEPE, *L'accertamento del passivo*, in *Trattato Buonocore – Bassi*, Padova, 2011, 61; ZANICHELLI, *Timbro postale e data certa, commento a Trib. Roma, 10 aprile 2011*, in *Fallimento*, 2002, 435.

⁶ Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. Civ.*, 2011, 656; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it.*, 2011, 67; Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4770, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass. civ., sez. VI, 22 novembre 2007, n. 24320, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11; Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1580; Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2001, n. 6465, in *Foro it.*, 2001, 3542.

⁷ In giurispr., v. *ex multis* Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2015, n. 17335, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 1; Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2012, n. 8438, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 681; Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2007, n. 13912, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6; Cass. civ., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 21814, in *Giust. civ.*, 2007, 92; Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2004, n. 5561, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Cass. civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10873, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2000, II, 369.

Con l'entrata in vigore del D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261⁸, il mercato interno dei servizi postali è stato liberalizzato introducendo, anche per imprese private munite di apposita licenza dell'Amministrazione (art. 5 del D.lgs. 261/1999), la possibilità di offrire al pubblico servizi postali non riservati, affiancandosi al fornitore di servizi universali¹⁰ (in Italia, Poste Italiane S.p.A.). In altri termini, i fornitori di servizio postale non possono prestare quei "servizi riservati" che, per ragioni di ordine pubblico, sono affidati in via esclusiva al fornitore di servizio universale, chiamato a garantire un servizio continuo, equo e non discriminatorio su tutto il territorio nazionale. Tra i servizi riservati figurano, in particolare, i servizi inerenti le notificazioni o le comunicazioni di atti a mezzo posta, connesse con le procedure amministrative e giudiziarie.

Alla luce di queste novità introdotte nel settore dei servizi postali, la Suprema Corte rigetta ricorso, applicando il costante principio per cui, in tema di validità di timbro postale come fatto idoneo a provare l'antiorità della formazione del documento, dovevano ricorrere due elementi: l'apposizione del timbro su di un foglio formante un corpo unico con la scrittura privata non autenticata, e l'esecuzione del timbro da parte di un soggetto dotato della qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Conseguentemente, stante la differenziazione tra servizio universale e servizi non riservati, tutti i fornitori di servizi postali non riservati possono compiere degli invii postali, ma l'eventuale timbro datario non vale a rendere data certa della ricezione, in quanto effettuato da personale dipendente privo di poteri pubblicistici di certificazione della data di ricezione.

Avv. Gianluca Reggioli
gianluca.reggioli@munaricavani.it

Dott.ssa Alessandra Bellani
alessandra.bellani@munaricavani.it

⁸ Tale decreto recepisce la Direttiva 97/67/CE del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio.

⁹ D.lgs. 261/1999, Art. 5 – Licenza individuale: “1. L’offerta al pubblico di singoli servizi non riservati, che rientrano nel campo di applicazione del servizio universale, è soggetta al rilascio di licenza individuale. 2. Il rilascio della licenza individuale, tenuto conto della situazione del mercato e dell’organizzazione dei servizi postali, può essere subordinato a specifici obblighi del servizio universale con riguardo anche alla qualità, alla disponibilità ed all’esecuzione dei servizi in questione. 3. Il termine per il rilascio della licenza individuale o per il rifiuto è di 90 giorni; in caso di richiesta di chiarimenti o di documenti, il termine è sospeso fino al ricevimento di questi ultimi. 4. Con regolamento del Ministro delle comunicazioni, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono determinati i requisiti e per il rilascio delle licenze individuali, gli obblighi a carico dei titolari delle licenze stesse, le modalità dei controlli presso le sedi di attività ed, in caso di violazione degli obblighi, le procedure di diffida, nonché di sospensione e di revoca della licenza individuale. Le disposizioni di cui al predetto regolamento garantiscono il rispetto dei principi di obiettività, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza”.

¹⁰ D.lgs. 261/1999, Art. 4 – Servizi riservati: “1. Al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa, il cui prezzo sia inferiore al quintuplo della tariffa pubblica applicata ad un invio di corrispondenza del primo livello di peso della categoria normalizzata più rapida, a condizione che il peso degli oggetti sia inferiore a 350 grammi. 2. La riserva di cui al comma 1 comprende ciascuna fase in sé considerata. 3. La posta transfrontaliera comprende gli oggetti che fanno parte della riserva da inviare all'estero o da ricevere dall'estero. 4. Relativamente alla fase di recapito, sono compresi tra gli invii di corrispondenza di cui al comma 1 quelli generati mediante utilizzo di tecnologie telematiche. 5. Indipendentemente dai limiti di prezzo e di peso, sono compresi nella riserva di cui al comma 1 gli invii raccomandati attinenti alle procedure amministrative e giudiziarie; per procedure amministrative si intendono le procedure riguardanti l'attività della pubblica amministrazione e le gare ad evidenza pubblica”.

Osservatorio della giurisprudenza in materia di *factoring*

N. 1/2017

7. T.A.R. Roma, sez. II, 12 ottobre 2016, n. 10178

Contabilità Generale dello Stato – Accredimento sulla piattaforma di certificazione dei crediti ai fini della cessione dei crediti – Diritto soggettivo

(Art. 9, commi 3-*bis* e 3-*ter*, D.l. 29 novembre 2008, n. 185; art. 1, comma 2, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 7, comma 7-*ter*, D.l. 8 aprile 2013, n. 35)

Dal momento che il procedimento di accredimento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato è analiticamente e integralmente regolato dalla legge, mentre all'Amministrazione non compete alcuna discrezionalità né amministrativa né tecnica, bensì soltanto di verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione, cui consegue l'obbligo di garanzia in caso di cessione, sia la posizione degli enti che si accreditano sulla piattaforma, sia quella dei creditori che intendono avvalersi della certificazione ai fini della cessione dei crediti, ha natura e consistenza di diritto soggettivo.

* * *

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2589 del 2016, proposto da:

[*creditore*], in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati (*omissis*), con domicilio eletto presso lo studio (*omissis*) in (*omissis*);

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Consorzio (*omissis*), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato (*omissis*), con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (*omissis*) in (*omissis*);
(*omissis*), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

– della nota del Ministero dell'Economia e delle Finanze prot. (*omissis*) del (*omissis*), con la quale è stato dato riscontro negativo all'istanza avente ad oggetto le certificazioni di credito n. (*omissis*) e n. (*omissis*) ai sensi dell'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 185/2008 e s.m.i., in favore della (*omissis*) (*creditore*), da parte del [*Consorzio*] – (*debitore*);

– di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente;

nonché per il risarcimento dei danni subiti dalla società in ragione del ritardo con il quale è stato emanato il provvedimento impugnato; nonché, in subordine, per il risarcimento e/o l'indennizzo dei danni subiti dalla società per essere stata indotta a confidare nella certificazione dei crediti conseguita e a rinunciare ai decreti ingiuntivi già ottenuti. (*omissis*)

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, operante nel settore della produzione, dell'acquisto e della vendita di energia elettrica, ha fornito energia elettrica al [Consorto], emettendo fatture con periodicità mensile. [Consorto], tuttavia, non ha provveduto al pagamento del dovuto, salvo alcuni acconti. [Creditore], perciò, si è vista costretta a presentare due ricorsi per decreto ingiuntivo, rispettivamente in data 20.9.2012 per euro 5.511.898,93 e in data 4 aprile 2014, per euro 2.647.976,01.

Il Tribunale di Torino emetteva due decreti ingiuntivi. Avverso uno di essi, veniva proposta opposizione mentre il secondo, non opposto, diventava definitivo.

In forza del primo decreto ingiuntivo, la società promuoveva diverse azioni esecutive, sia quale creditore procedente, sia come creditore intervenuto in altri procedimenti esecutivi pendenti dinanzi al Tribunale di Avezzano.

Nelle more dei giudizi innanzi richiamati le parti concordavano di addivenire ad una soluzione transattiva, in ragione della possibilità di utilizzare il procedimento di certificazione dei crediti, ai sensi del d.l. n. 66/2014, così come successivamente modificato e integrato.

A tal fine, in data 19.6.2014, il [Consorto] otteneva l'abilitazione al rilascio della certificazione dei crediti, sul presupposto della registrazione e dell'accreditamento nell'indice delle pubbliche amministrazioni (IPA).

In ragione di tanto, il [Consorto] invitava l'odierna ricorrente ad avvalersi di tale strumento per il soddisfacimento dei propri crediti.

Secondo il procedimento stabilito dalla normativa in materia (in specie, l'art. 9, comma 3*bis* del d.l. n. 185/2008; art. 7, comma 3 del d.l. n. 35/2013; art. 37, comma 1, del d.l. n. 66/2014), la società presentava formale istanza telematica per la certificazione dei crediti, ricorrendo alla piattaforma elettronica predisposta dal MEF – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

Ai fini della compilazione dell'istanza telematica, era richiesto di dichiarare che “*per la medesima ragione di credito non sono pendenti procedimenti giurisdizionali?*”.

Conseguentemente, con atto notificato in data 5 agosto 2014, la [creditore] dichiarava di rinunciare al decreto ingiuntivo n. (*omissis*) del Tribunale di Torino.

In pari data provvedeva quindi a presentare per il tramite della piattaforma elettronica formale istanza per la certificazione del credito nei confronti di [Consorto], relativamente all'importo di euro 2.647.976,01 (importo di cui al decreto ingiuntivo non opposto, cui la società aveva rinunciato).

In data 3.9.2014, il [Consorto] rilasciava la certificazione di credito, attestando che il credito di cui sopra “*è certo, liquido ed esigibile alla data della presente certificazione?*”.

In data 30.10.2014, la [creditore] presentava, per il tramite della piattaforma elettronica, formale istanza per la certificazione del credito di euro 5.511.898,93 nei confronti di [Consorto].

In data 7.11.2014 le società sottoscrivevano una scrittura privata di transazione, in forza della quale si impegnavano a rinunciare a tutti i giudizi pendenti ([creditore], dal canto suo, rinunciava all'importo di euro 1.100.000, al fine di pervenire alla pronta chiusura della vicenda).

In pari data [Consorto] rilasciava la certificazione di credito n. (*omissis*), relativamente all'importo di euro 5.511.898,93.

A questo punto [creditore] si rivolgeva alla [factor] per la cessione *pro soluto* dei crediti certificati, come previsto dalla normativa.

Tuttavia, la società di *factoring* non riusciva a portare a termine il procedimento.

Perdurando la situazione ed essendo scaduto il termine per il pagamento del primo credito certificato, la [creditore] sollecitava il [Consorto] a provvedere.

In precedenza, sia [creditore] che il [Consorto] avevano presentato due distinte istanze al Ministero dell'Economia e delle Finanze, affinché lo stesso provvedesse a sbloccare la procedura.

In particolare, [creditore] inviava due solleciti, il 18.6.2015 e il 18.11.2015.

Solo a seguito di tale diffida il Ministero ha adottato la nota oggetto della presente impugnativa.

In essa si afferma che [*Consorzio*] non rientra tra gli enti pubblici destinatari della procedura in esame e che la società avrebbe ottenuto l'accreditamento sulla piattaforma elettronica ai soli fini della comunicazione dei propri debiti commerciali.

In particolare, secondo il Ministero, [*Consorzio*] non rientra tra le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, ma tra le amministrazioni pubbliche individuate dall'ISTAT, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della l. n. 196/2009.

Con il presente ricorso la società [*creditore*] è quindi insorta, deducendo, in primo luogo, l'esistenza di gravi carenze istruttorie che intervengono a conclusione di un procedimento in cui la società è stata indotta a rinunciare ai decreti ingiuntivi già ottenuti e che ha determinato un notevole ritardo nel soddisfacimento dei crediti, tuttora insoluti.

Secondo la [*creditore*], il [*Consorzio*] deve essere accreditato sulla PCC ai sensi dell'art. 7, comma 7^{ter} del d.l. n. 35/2013, ai soli fini della comunicazione dei propri debiti commerciali.

La ricorrente evidenzia però che il Ministero non ha spiegato perché [*Consorzio*] non possa essere considerata una pubblica amministrazione ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 165/2001.

In particolare, l'art. 1, comma 2, di tale decreto annovera, tra le pubbliche amministrazioni, anche i comuni e i loro consorzi.

Prima della costituzione del [*Consorzio*] in forma di s.p.a., i trenta comuni soci erano riuniti in consorzio per garantire lo svolgimento del servizio idrico integrato che, come noto, è un servizio pubblico locale.

Per tali consorzi, costituiti ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267/2000, è espressamente prevista la possibilità di trasformazione in s.p.a., ai sensi dell'art. 115 del medesimo d.lgs.

Il consorzio si è poi effettivamente trasformato in società per azioni, seguendo le previsioni di legge, ed operando in continuità nella gestione del pubblico servizio.

La società costituisce, anzi, un ente *in house* dei comuni che lo costituiscono.

[*Creditore*] ritiene pertanto che [*Consorzio*] rientri a pieno titolo tra le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, e che quindi ad esso si applichi la disciplina sulla certificazione dei crediti ai sensi dell'art. 9, comma 3^{bis}, del d.l. n. 185/2008.

La ricorrente evidenzia comunque di essere stata indotta dall'amministrazione a fare affidamento sul pagamento del proprio credito per il tramite del sistema di certificazione normativamente previsto.

[*Consorzio*] ha infatti ottenuto l'abilitazione al rilascio delle certificazioni e, successivamente, ha potuto certificare i crediti vantati dalla [*creditore*].

A norma dell'art. 4, comma 5, del d.m. 25 giugno 2012, la piattaforma assicura l'univoca identificazione di tutti i soggetti coinvolti nella certificazione telematica e nella eventuale cessione dei crediti certificati o oggetto di anticipazione, mediante attestazione del relativo flusso dati di interscambio con i detti soggetti e un livello di certezza e sicurezza adeguato alla vigente normativa in materia.

Inoltre, nei moduli generati dal sistema, non è mai comparsa alcuna alternativa che indicasse che [*Consorzio*] avrebbe ottenuto l'abilitazione ai soli fini di comunicazione dati o trasparenza.

Il provvedimento impugnato risulta gravemente sviato in quanto pretende di negare ogni valenza e/o efficacia alle certificazioni già rilasciate, senza peraltro provvedere esplicitamente all'annullamento e/o alla revoca delle stesse e degli atti che le hanno precedute e senza provvedere ad indennizzare i soggetti direttamente interessati.

Il provvedimento impugnato soggiunge che la certificazione di credito ottenuta sulla piattaforma non comporterebbe alcuna competenza da parte degli uffici ministeriali in merito all'attività estintiva dell'obbligazione, laddove invece, ai sensi dell'art. 37, comma 1, del d.l. n. 66/2014, i crediti certificati mediante la piattaforma elettronica sono assistiti dalla garanzia dello Stato, dal momento dell'effettuazione delle operazioni di cessione, ovvero di ridefinizione di cui al successivo comma 3.

Parte ricorrente avanza infine un'istanza di risarcimento danni in quanto la mancata tempestiva risposta alle richieste di intervento dalla stessa presentate, oltre che da [*Consorzio*], e il sostanziale ritiro delle certificazioni ottenute, hanno comportato l'impossibilità per la società di ottenere il pagamento dei crediti certificati nei tempi previsti.

Inoltre, [*creditore*] è stata indotta non solo a fare affidamento sulla certificazione conseguita ma anche a rinunciare a due decreti ingiuntivi già ottenuti.

Si è costituito in resistenza il Ministero, mentre [*Consorzio*] si è costituita per sostenere le pretese di [*creditore*].

Il Ministero ha rappresentato che in ordine all'accreditamento sulla Piattaforma Certificazione Crediti sono configurabili due distinti ambiti soggettivi, a ciascuno dei quali corrispondono obblighi diversi, come di seguito riportato:

1) amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, accreditate in PCC sia ai fini della comunicazione dei propri debiti commerciali, che ai fini degli obblighi di certificazione dei crediti (art. 9, comma 3*bis*, del d.l. n. 185/2008 e s.m.i., operate con il d.l. n. 35/2013, articoli 7 e 7*bis*, quest'ultimo inserito dall'articolo 27, comma 1, del d.l. n. 66/2014);

2) amministrazioni pubbliche individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, della l. n. 196/2009, le quali sono accreditate in PCC ai soli fini della comunicazione, mensile ed annuale, dei propri debiti commerciali (art. 7, comma 7*ter*, del d.l. n. 35/2013).

Mentre gli enti della prima tipologia risultano destinatari di tutte le regole previste in materia di certificazione dei crediti commerciali, gli altri, invece, sono tenuti unicamente al rispetto degli obblighi di comunicazione dei propri debiti commerciali e non possono rilasciare alcuna certificazione in PCC.

[*Consorzio*] appartiene alla seconda tipologia di enti sopra descritti e, pertanto, il MEF ha ritenuto che la società non possa avvalersi dello strumento della PCC per la certificazione dei crediti.

Infatti, ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 35 dell'8 aprile 2013 le amministrazioni pubbliche che possono procedere alla certificazione dei crediti sono soltanto quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in virtù dell'espresso richiamo del medesimo art. 7 all'art. 9, commi 3*bis* e 3*ter* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185.

La distinzione tra le amministrazioni che possono certificare e quelle che non possono certificare è anche presente:

– nei paragrafi 3.2 (pag. 27) e 8.1.3 (pag. 78) della guida all'uso della piattaforma per le P.A. (denominata Raccolta guide utente P.A.);

– nei paragrafi 2.2 (pag. 18) e 6.1.3 (pag. 52) della guida all'uso della piattaforma destinata ai creditori (denominata Raccolta guide utente creditore).

Tale documentazione elettronica è disponibile sul sito del Ministero.

Pertanto, la responsabilità in relazione all'errata certificazione rilasciata ricade esclusivamente sul [*Consorzio*] che non si è attenuto alle norme di legge ed ha ritenuto erroneamente di essere qualificabile tra le amministrazioni pubbliche che possono rilasciare la certificazione.

Al fine di escludere che un consorzio tra comuni, che assuma la forma di società per azioni a capitale pubblico, possa essere incluso nell'ambito delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, la difesa erariale richiama il parere n. 706 del 2011 con il quale il Consiglio di Stato ha affrontato la tematica inerente la qualificazione giuridica degli enti organizzati in forma societaria, ed ha escluso il loro inserimento tra le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs n. 165/2011.

Il Ministero evidenzia poi di avere dato immediato riscontro alle istanze di [*creditore*] e che, comunque, non vi è stata alcuna induzione della società a confidare nella certificazione, ben potendo la stessa dedurre, in base alla normativa sopra illustrata, che [*Consorzio*] non rientra tra le pubbliche amministrazioni ammesse alla certificazione dei crediti.

In ogni caso, non si configura alcun danno attuale nei confronti di [*creditore*] che, a garanzia dei propri crediti, potrà agire nuovamente in sede monitoria nei confronti di [*Consorzio*].

Con ordinanza n. 1398 del 24 marzo 2016, l'istanza cautelare è stata respinta.

La società [*creditore*] ha presentato ulteriori memorie, in vista della pubblica udienza del 5 ottobre 2016.

In particolare, ha richiamato la giurisprudenza relativa all'affidamento *in house* nonché quella che ha recentemente riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio di una società *in house* (Cass. civ., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283).

Nella medesima prospettiva, il giudice ordinario ha escluso l'assoggettabilità al fallimento di [Consortizio] riconoscendo che tale ente, benché costituito in società per azioni, non svolge un'attività commerciale ma gestisce il servizio pubblico locale al di fuori di logiche concorrenziali e senza perseguire interessi privatistici.

Parte ricorrente ha quindi meglio articolato la domanda di risarcimento del danno significando che spettava al Ministero predisporre e gestire la piattaforma elettronica garantendo l'univoca identificazione di tutti i soggetti coinvolti. Nel caso di specie, esso ha permesso a [Consortizio] di addivenire alla certificazione dei crediti.

La società ha subito un danno ingentissimo per effetto della mancata liquidità della somma di cui trattasi e ritiene che, ai fini della quantificazione del danno da ritardo, debbano applicarsi gli interessi previsti dal d.lgs. n. 231/2002 per le transazioni commerciali.

Ribadisce che, nella fase estintiva dell'obbligazione, sono imputabili al Ministero sia l'impossibilità di pervenire alla cessione del credito certificato, sia il mancato ottenimento della garanzia dello Stato, sia, infine, l'impossibilità per la società di ottenere il dovuto pagamento.

Il ricorso, infine, è stato assunto in decisione alla pubblica udienza del 5 ottobre 2016.

2. Il ricorso – come indicato dal Collegio nel corso dell'udienza pubblica ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. – è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sia in ordine all'azione impugnatoria, sia in ordine all'azione risarcitoria.

2.1. Sotto un primo profilo, è agevole rilevare che la nota impugnata non è un provvedimento amministrativo in quanto, con essa, il Ministero (in risposta alla diffida con cui [creditore] lo aveva sollecitato ad intraprendere “ogni iniziativa utile ad addivenire al pagamento dei crediti certificati?”), si è limitato a negare la sussistenza di un obbligo di assumere “iniziativa operative”, poiché “l'attività estintiva dell'obbligazione non rientra in alcun modo nella sfera di competenza di questo Ministero”.

Dall'esame della disciplina contenuta negli artt. 9, comma 3bis e 3ter, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv., con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), nell'articolo 7 del d.l. 8 aprile 2013, n. 35 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64), nonché, infine, nell'art. 37 del d.l. 24 giugno 2014, n. 66 (conv. in l. n. 89/2014), si ricava che il procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti e di prestazione della garanzia dello Stato, è analiticamente e integralmente regolato dalla legge mentre all'amministrazione non compete alcuna discrezionalità né amministrativa, né tecnica, bensì soltanto di verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione, cui consegue l'obbligo di garanzia in caso di cessione, secondo l'articolato meccanismo previsto dalle disposizioni testé richiamate.

Il Collegio reputa pertanto che sia la posizione degli enti che si accreditano sulla piattaforma, sia quella dei creditori che intendono avvalersi della certificazione ai fini della cessione dei crediti, abbia natura e consistenza di diritto soggettivo.

Ne deriva che, anche nel caso di specie, il Ministero non ha esercitato alcun “potere”, bensì si è limitato a negare la propria posizione debitoria, sulla scorta di quella che ritiene essere la corretta interpretazione del richiamato compendio normativo.

È poi evidente che la qualificazione del [Consortizio] non dipende da una scelta discrezionale del Ministero, ma dall'effettiva natura di tale organismo e dalla possibilità di includerlo tra gli enti pubblici nominativamente indicati dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, cui fa riferimento l'art. 37, comma 1, del cit. d.l. n. 66/2014.

Va ancora soggiunto che, nel caso di specie, non è nemmeno possibile individuare un formale provvedimento di natura “lato sensu” abilitativa, in quanto, secondo la documentazione esibita in giudizio da [creditore], l'accREDITamento del [Consortizio] sulla piattaforma è stato reso possibile da una anodina mail del 19.6.2014, proveniente dall'indirizzo certificazionecredititesoro.it, a firma di una impersonale “assistenza certificazione crediti”, la quale ha consentito al [Consortizio] di utilizzare tutte le funzioni presenti sulla piattaforma.

Ad ogni buon conto, l'accertamento della titolarità, da parte di [Consortizio], del diritto di conseguire la certificazione, e, correlativamente, di quello della società ricorrente di avvalersi della garanzia dello Stato ai fini della cessione dei crediti certificati, spetta al giudice ordinario, trattandosi di diritti soggettivi.

2.2. A non diversa conclusione deve poi giungersi per quanto riguarda la domanda risarcitoria.

Il danno lamentato da [creditore] deriva infatti non già da un'attività di natura provvedimentoale bensì da un comportamento, consistente (in tesi) nella negligente predisposizione della piattaforma da parte del Ministero e nella conseguente lesione dell'affidamento riposto da [creditore] nella validità e spendibilità della certificazione rilasciata da [Consorzio].

Anche in questo caso, poiché la *causa petendi* dell'azione di danno non è l'illegittimità di un provvedimento amministrativo bensì l'illiceità della complessiva condotta dell'amministrazione, la giurisdizione spetta al giudice ordinario (cfr. Cass. civ., SS. UU., 23 marzo 2011, n. 6595).

3. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Appare tuttavia equo – in considerazione della novità della fattispecie – compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio e gli onorari di difesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in premessa, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Indica, quale giudice nazionale munito di giurisdizione, l'autorità giudiziaria ordinaria, innanzi alla quale il giudizio potrà essere riassunto ai sensi dell'art. 11 c.p.a.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati: Antonino Savo Amodio, Presidente; Silvia Martino, Consigliere, Estensore; Roberto Caponigro, Consigliere

Depositata in segreteria il 12 ottobre 2016

* * *

IL CASO

La sentenza scaturisce da una controversia relativa alla portata applicativa del perimetro soggettivo della normativa in materia di certificazione dei crediti della pubblica amministrazione di cui all'art. 9bis del D.l. 185/2008, come successivamente modificato ed integrato.

La società ricorrente adisce il giudice amministrativo, chiedendo l'annullamento della nota con la quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, gestore della piattaforma elettronica di certificazione dei crediti, ha escluso la validità e spendibilità delle certificazioni dei propri crediti, rilasciate a suo favore dall'ente debitore, consorzio tra comuni avente la forma di società per azioni a capitale interamente pubblico.

Secondo la ricostruzione operata dal Ministero, il consorzio non sarebbe qualificabile in termini di pubblica amministrazione secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. 165/2001; diversamente, lo stesso sarebbe destinatario della disciplina in materia di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti ai fini della sola comunicazione dei propri debiti commerciali, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 7ter, D.l. 35/2013.

Stando a quanto dedotto dalla ricorrente, il mancato completamento della procedura di certificazione preclude il perfezionamento della cessione pro soluto dei crediti assistita dalla garanzia dello Stato prevista dalla normativa in materia.

A supporto delle proprie domande, e della possibilità di qualificare il consorzio, ente in house degli enti pubblici locali che lo costituiscono, in termini di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.lgs. 165/2001, la ricorrente richiama, inter alia, la sentenza con cui il giudice ordinario ha escluso l'assoggettabilità a fallimento del consorzio, pur costituito in forma di società per azioni, in quanto esercente un servizio pubblico locale.

Il Tribunale amministrativo dichiara l'inammissibilità del ricorso, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la posizione degli enti che si accreditano sulla piattaforma di certificazione dei crediti e quella dei creditori che della certificazione intendono avvalersi abbia la consistenza di diritto soggettivo, non già di interesse legittimo. Il giudice amministrativo perviene a tale conclusione rilevando come il procedimento di accreditamento sulla piattaforma di certificazione dei crediti sia analiticamente e integralmente regolato dalla legge, senza lasciare alcuna discrezionalità (né amministrativa né tecnica) all'Amministrazione, che sarà chiamata solo a verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione. Conseguentemente, il Ministero non ha esercitato alcun potere discrezionale con la nota oggetto di impugnazione.

COMMENTO

La sentenza in esame offre interessanti spunti di riflessione, più per il percorso argomentativo seguito che per le conclusioni cui giunge.

Benché il giudice abbia declinato la propria giurisdizione – e non si sia dunque pronunciato sul merito – avendo inquadrato le posizioni giuridiche controverse nella categoria dei diritti soggettivi piuttosto che degli interessi legittimi, il provvedimento costituisce l'occasione per soffermarsi su temi su cui il legislatore è di recente intervenuto con il D.lgs. 175/2016 (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”).

Gli interrogativi circa la riconducibilità delle società in house al novero delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. 165/2001, cui consegue l'applicabilità della disciplina in materia di certificazione dei crediti della pubblica amministrazione – con le ricadute di legge in termini di garanzia dello Stato in ipotesi di cessione ad una banca o ad intermediario finanziario – e la assoggettabilità delle stesse al fallimento e alle altre procedure concorsuali si inscrivono nel dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, concernente la natura giuridica delle società pubbliche.

La normativa di riferimento in materia di certificazione dei crediti della p.a. è contenuta nell'art. 9, comma 3-bis, D.l. 185/2008 e s.m.i., che prevede l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di certificare, su istanza dei creditori di somme dovute per somministrazioni, forniture e appalti, che i crediti siano certi, liquidi ed esigibili, ovvero a rilevarne l'inesigibilità o l'inesistenza.

La definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di certificazione dei crediti costituisce il risultato di un faticoso susseguirsi di interventi normativi, che hanno condotto ad una progressiva dilatazione del novero degli enti titolari del potere/dovere di certificazione, oggi individuati nelle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. 165/2001¹. Allo stato, sono abilitati al rilascio della certificazione:

- *tutte le amministrazioni statali, centrali e periferiche, inclusi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative;*
- *le regioni e le province autonome;*
- *gli enti locali (comuni, province, città metropolitane, comunità montane e isolate e loro consorzi e associazioni)²;*

¹ L'iniziale previsione di una mera facoltà di certificazione in capo alle sole regioni ed enti locali, da esercitarsi, peraltro, in via transitoria (art. 9, commi 3-bis e 3-ter, D.l. 185/2008) è stata quasi subito estesa agli enti del Servizio Sanitario Nazionale (art. 31, comma 1ter, D.l. 78/2010, conv. dalla L. 122/2010).

Quindi, la certificazione del credito ha assunto i connotati della definitività ed obbligatorietà a carico (nuovamente) delle sole regioni ed enti locali, restando invece esclusi gli enti del S.S.N. (art. 13, L. 183/2011); successivamente, l'obbligatorietà è stata estesa a tutte le amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali (art. 12, comma 11 *quinquies*, D.l. 16/2012, conv. in L. 44/2012) e, infine, anche agli enti del S.S.N. (art. 13bis D.l. 52/2012, conv. in L. 94/2012).

Solo in tempi recenti il legislatore ha delineato l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di certificazione dei crediti, mediante un espresso riferimento alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs. 165/2001 (art. 27, comma 2, D.l. 66/2014).

² Con specifico riferimento alle regioni e agli enti locali, il legislatore pone un espresso divieto di rilasciare la certificazione del credito, a pena di nullità della medesima: (i) agli enti locali commissariati per fenomeni di infiltrazione mafiosa o

- gli enti del Servizio Sanitario Nazionale;
- le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni;
- tutte le altre P.A., quali, in particolare, aziende e amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, istituzioni universitarie, Istituti autonomi case popolari, enti pubblici non economici regionali e locali, ARAN e Agenzie pubbliche³.

Il D.lgs. 165/2001 non contempla le società pubbliche, le quali, stando ad una interpretazione restrittiva del dato normativo, resterebbero escluse dall'ambito di applicazione della normativa de qua.

La questione della riconducibilità di tali società alla categoria degli enti pubblici ha attratto, a più riprese, l'attenzione degli interpreti e del legislatore, a partire fin dagli anni Ottanta, quando la maggior parte degli enti pubblici economici è stata oggetto di c.d. "privatizzazione formale", trasformandosi in società di diritto privato (nello specifico, in S.p.A.).

Quella delle società pubbliche è una categoria multiforme, che si colloca lungo la sottile linea di confine tra diritto pubblico e privato, idonea a racchiudere in sé fattispecie variegata, che spaziano da quella in cui lo Stato o altri enti pubblici detengono la titolarità delle partecipazioni di una società di capitali, ovvero una partecipazione di controllo, a quelle delle società sottoposte ad una particolare influenza da parte del primo o dei secondi⁴.

La difficoltà, anzitutto definitoria, si riflette nella ardua identificazione della disciplina applicabile alle società pubbliche, che si diversifica sulla base delle molteplici variabili che di volta in volta assumono rilievo: la natura degli enti pubblici partecipanti (statali, territoriali, locali; economici o meno), l'entità della partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria, minoritaria), la sua composizione, l'oggetto sociale, le modalità attraverso cui la società è divenuta affidataria di una determinata attività⁵.

È proprio l'assenza di una definizione normativa di società pubblica ad aver posto la questione relativa alla sua riconducibilità al concetto sostanziale di ente pubblico⁶; la particolare ampiezza del tema, ed i numerosi risvolti applicativi cui esso si presta, rende necessario circoscrivere il campo di indagine, orientandolo lungo la linea direttiva seguita dalla sentenza de qua, focalizzandolo pertanto sulle società c.d. in house, nozione elaborata dalla Corte di Giustizia⁷ che identifica una modalità di autoproduzione pubblica realizzata non già mediante un servizio "interno" alla p.a., bensì attraverso un ente distinto, sul quale la prima eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici (eterodirezione)⁸.

condizionamento mafioso e similare ex art. 143 D.lgs. 267/2000; (ii) agli enti del S.S.N. delle regioni sottoposte a piani di rientro dai disavanzi sanitari, ovvero a programmi operativi di prosecuzione degli stessi, ove nell'ambito di tali piani o programmi siano state previste operazioni relative al debito.

³ Agenzie da costituirsi ex D.lgs. 300/1999.

⁴ IBBA, *Società pubbliche e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 2; CAMELLI-DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di Cammelli e Dugato, Torino, 2008, 1; NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999.

⁵ IBBA, *Le società pubbliche a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di Ibba, Malaguti e Mazzoni, Torino, 2011.

⁶ SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239.

⁷ La nozione è stata elaborata a partire dalla sentenza resa nel caso *Teckal*, 18 novembre 1999, C-107/98, in *curia.europa.eu*, con la quale la Corte di Giustizia era stata chiamata a determinare se, per un ente locale, il fatto di affidare la fornitura di prodotti ad un consorzio al quale esso partecipava dovesse dare luogo ad una procedura di gara prevista dalla direttiva 93/36 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture). Elementi caratterizzanti la definizione comunitaria e nazionale della società *in house* sono: (i) la natura interamente pubblica del capitale sociale, in quanto la partecipazione privata al capitale sociale comporterebbe una deviazione rispetto al fine pubblico cui questa dovrebbe tendere ed un indebito vantaggio concorrenziale a favore del socio privato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253, in *Foro amm.*, 2015, 2264; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, *in*, 2014, 2547); (ii) il controllo analogo, tale per cui da un lato il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali e dall'altro l'ente pubblico controllante sia in grado di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716, in *Foro amm.*, 2015, 1972); (iii) la prevalente destinazione dell'attività della società *in house* all'ente pubblico affidante (cfr., *ex multis*, Cass. civ. SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Foro amm.*, 2014, 2498).

⁸ Secondo la giurisprudenza comunitaria, il controllo "analogo" postula l'esistenza di un controllo congiunto: strutturale e sull'attività, tale da tradursi nella possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

La questione relativa alla esatta qualificazione giuridica delle società in house assume, come anticipato, caratteri di stretta attualità in ragione della recente entrata in vigore del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175⁹, che parzialmente soddisfa le aspettative degli interpreti e degli operatori di settore di sistemazione organica di una disciplina, quella delle società in mano pubblica, per lungo tempo settoriale e opaca¹⁰.

Allo scopo di chiarire se le società in house possano essere qualificate in termini di ente pubblico, giova ricordare come sul punto si registrino due orientamenti prevalenti, richiamati dal Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema di decreto legislativo recante il “Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica”¹¹: l’uno, che, qualificando l’in house come mera articolazione interna della pubblica amministrazione, difettando il requisito della alterità soggettiva rispetto all’amministrazione pubblica, lo assoggetta al regime delle pubbliche amministrazioni¹²; l’altro¹³ (che pare aver trovato rispondenza nel D.lgs. 175/2016) che, considerandolo come persona giuridica di diritto privato, ne afferma invece la riconducibilità al regime privatistico¹⁴.

Indipendentemente dalla prospettazione adottata, il Consiglio di Stato rimarca come la società in house conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato.

Qualora si aderisca alla prima tesi e si ritenga la società in house quale longa manus della p.a. socia e, dunque, alla stregua di mera articolazione interna della stessa, si potrebbe giungere alla conclusione della applicabilità della disciplina in materia di certificazione dei crediti¹⁵.

Non si può trascurare, tuttavia, un altro dato essenziale, e cioè che la società in house costituisce pur sempre un centro di imputazione dotato di autonoma personalità giuridica, il che rappresenta un difficilmente superabile ostacolo per la tesi dell’assenza di alterità tout court tra società ed ente controllante¹⁶; né, a fortiori, è dato

Cfr. CGCE, 13 novembre 2008, C–324/07, *Coditel Brabant SA*; CGCE, 13 gennaio 2005, C–458/03 *Parking Brixen*; CGCE, 11 febbraio 2005, C–26/03, *Stadt Halle*, tutte in *curia.europa.eu*.

⁹ Entrato in vigore il 23 settembre 2016.

¹⁰ CODAZZI, *Società in house providing*, in *Giur. comm.*, 2016, 953.

¹¹ Cons. Stato, Ad. Commissione speciale, 16 marzo 2016, n. 438, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹² Cass. civ., SS. UU., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Diritto & Giustizia* 2014, 19 novembre; Cass. civ., SS. UU., 26 marzo 2014, n. 7177, in *Foro amm.* 2014, 1669; Cass. civ., SS. UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Diritto & Giustizia* 2014, 16 luglio; Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 27733, *cit.*

¹³ TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss., che rileva “forti caratteri di arbitrarietà” nell’approccio sostanzialista, che non riconoscerebbe la dovuta importanza “agli elementi che militerebbero per una affermazione del regime privatistico, quali la natura dell’attività e la rilevanza del modello adottato”.

¹⁴ L’adesione all’una piuttosto che all’altra impostazione produce significativi riflessi in tema di giurisdizione applicabile in caso di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società *in house*; secondo la Suprema Corte, non potendosi configurare “un rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società in house che ad essa fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non anche di titolarità”: da ciò discende che “il danno eventualmente inferto da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all’ente pubblico; è quindi un danno erariale, che giustifica l’attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità” (Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 27733, *cit.*). Tale impostazione è stata recepita dall’art. 12, comma 1, D.lgs. 175/2016 che, con riguardo alle società *in house*, stabilisce la giurisdizione contabile per il danno erariale causato dai suoi amministratori e dipendenti. In materia di azioni concernenti la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci delle società *in house* la Suprema Corte ha ritenuto che le stesse siano soggette alla giurisdizione del giudice ordinario alla luce di quanto previsto dal suddetto D.lgs., che all’art. 1, comma 3, prevede che “Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato” (Cass. civ., SS.UU., ord., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Fallimento*, 2016, 161 ss.).

¹⁵ FRENI, NUNZIATA, *La cessione dei crediti della P.A.*, Milano, 2015.

¹⁶ Sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Foro amm.*, 2015, 1444, secondo cui “La nozione di ente pubblico nell’attuale assetto ordinamentale non può, infatti, ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera immutabile la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Al contrario, l’ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico. Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questa nozione “funzionale” di ente pubblico, che ormai predomina nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ci insegna, infatti, che il criterio da utilizzare per

*rinvenire alcuna disposizione normativa che qualifichi la società in house in termini di ente pubblico*¹⁷.

*Argomento ulteriore che milita a favore di una interpretazione rigorosa dell'art. 9, comma 3bis, D.l. 185/2008*¹⁸ – in quanto confermerebbe la natura privatistica delle società in house – è l'intervenuta previsione normativa¹⁹ della assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle medesime regole di diritto concorsuale comune che accompagnano nella fase di crisi e di insolvenza tutte le imprese commerciali, a componimento del dibattito circa la fallibilità delle società in house²⁰.

*Secondo un primo orientamento la società in house, condividendo la medesima natura dell'ente pubblico partecipante, sarebbe stata per ciò solo esonerata dalla soggezione al fallimento ex art. 1, L.F.²¹. Stando ad una differente impostazione, la definizione di società in house non avrebbe comportato una più generale riqualificazione della sua natura e quindi non ne avrebbe escluso l'assoggettabilità alle procedure concorsuali. La scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in una società avrebbe quindi implicato l'assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta, ivi inclusa quella fallimentare, in un'ottica di tutela dell'affidamento dei terzi e dell'equilibrio concorrenziale*²².

*Il progressivo ripensamento operato in dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica delle società in house, e le novità normative introdotte in materia dal D.lgs. 175/2016, suggeriscono cautela nel riconoscere a queste ultime il potere/ dovere di certificazione dei crediti. Piuttosto - e questa è la conclusione cui giunge anche la pronuncia in commento - le società in house parrebbero tenute all'accreditamento sulla piattaforma di certificazione ai soli fini della comunicazione dei propri debiti, certi, liquidi ed esigibili, senza potere invece rilasciare certificazione dei crediti*²³.

Avv. Paolo Preda

paolo.preda@munaricavani.it

tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la ratio di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella ratio richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica. La conseguenza che ne deriva è, come si diceva, che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali".

¹⁷ Necessaria in virtù dell'art. 4, L. 70/1975.

¹⁸ In tali termini si è espresso anche il Ministero dell'economia e delle Finanze che, con le FAQ del 26 luglio 2012 ha espressamente escluso le società partecipate, interamente o parzialmente, dalle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della normativa in materia di certificazione del credito.

¹⁹ Tale provvedimento è intervenuto in modo risolutivo sul tema della assoggettabilità a fallimento delle società *in house*, stabilendo che, in presenza dei necessari presupposti, le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili a fallimento, a concordato preventivo e alle altre procedure di amministrazione straordinaria (art. 14, comma 1, D.lgs. 175/2016).

V. in arg. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144

²⁰ Sul punto App. L'Aquila, 3 novembre 2016, n. 26, *ivi*, 165 ss. Per una riflessione critica sulla evoluzione giurisprudenziale circa la assoggettabilità delle società *in house* alle procedure concorsuali, FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fallimento*, 2016, 172 ss.

DI MAJO, *Report sulla fallibilità delle società "in house"*, doc. 28 maggio 2014, in *IIFallimentarista.it*, 1ss., pur considerando tali società non soggette alla disciplina concorsuale, aveva auspicato un intervento legislativo volto a chiarire la questione del dissesto delle società a partecipazione pubblica (specie laddove esercitino un pubblico servizio), proponendo di estendere alle stesse la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento prevista dalla L. 3/2012.

²¹ Cfr. Trib. Napoli, 6 maggio 2015, in *Società*, 2014, 618.

²² Cfr. App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, 1292; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, *ivi*, 2015, 370; Trib. Modena, 10 gennaio 2014, *ivi*, 2014, 478.

²³ L'art. 7, comma 7ter, del D.l. 35/2013 dispone che le amministrazioni pubbliche individuate ai sensi dell'art. 1, comma 2, L. 31 dicembre 2009, n. 196 (vale a dire individuate dall'ISTAT) e diverse da quelle di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. 165/2001, provvedono alla registrazione sulla piattaforma di certificazione dei crediti ai soli fini della comunicazione dei propri debiti, certi, liquidi ed esigibili. Il comma 1 dell'art. 37 del D.l. 66/2014, nella parte relativa alla operatività della garanzia dello Stato a fronte della cessione dei crediti certificati, fa riferimento ai debiti delle pubbliche amministrazioni come definite dall'art. 1, comma 2, del D.lgs. 165/2001.

La presente pubblicazione è stata predisposta a solo scopo di studio e ricerca, nel pieno rispetto delle previsioni del Codice Deontologico Forense. Le informazioni contenute e le opinioni espresse nella presente pubblicazione non possono essere considerate come pareri legali, né essere utilizzate come fondamento di casi concreti che richiedano un'analisi specifica della fattispecie. Munari Cavani Studio Legale e Assifact non potranno essere considerati responsabili per azioni od omissioni poste in essere per aver fatto uso delle informazioni contenute nella presente pubblicazione senza che sia stato chiesto loro uno specifico parere in merito.

*La pubblicazione è realizzata da Munari Cavani Studio Legale ed edita da Munari Cavani Publishing S.r.l.
Gli articoli pubblicati non possono costituire oggetto di riproduzione, neppure parziale.*

Munari Cavani

Studio Legale

Piazza Diaz, 7

20123 Milano

Tel. +39.02.36642500

Fax +39.02.36579090

email: studio@munaricavani.it

La presente pubblicazione è consultabile anche sul sito *internet* www.munaricavani.it