

1465/2019



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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

ANTONIO DIDONE

Presidente

ALBERTO PAZZI

Consigliere

PAOLA VELLA

Consigliere

MASSIMO FALABELLA

Consigliere - Rel.

EDUARDO CAMPESE

Consigliere

Oggetto

FALLIMENTO -  
APERTURA  
(DICHIARAZIONE) DI  
FALLIMENTO

Ud. 20/11/2018 CC

Cron. 1465

R.G.N. 13564/2016

ha pronunciato

**ORDINANZA**

C.O. C-1

sul ricorso 13564/2016 proposto da:

Roberto, nella qualità di liquidatore e legale  
rappresentante della

, giusta procura in calce al  
ricorso;

-ricorrente -

contro

Emmentaler Switzerland, in persona del legale rappresentante  
*pro tempore*, elettivamente domiciliata in

ars.  
1998  
2018

-controricorrente -

contro

Borrello Pasquale;

- intimato -

avverso la sentenza n. 1654/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO, pubblicata il 28/04/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/11/2018 dal cons. FALABELLA MASSIMO;

lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale DE MATTEIS STANISLAO che ha chiesto che la Corte dichiari inammissibile il ricorso, o in subordine che lo rigetti, con le conseguenze di legge.

### **FATTI DI CAUSA**

1. — Emmentaler Switzerland proponeva istanza di fallimento di Nosedo Foods s.r.l., assumendo di essere creditrice nei confronti della stessa per l'importo di € 1.314.033,50 in forza di una sentenza del Tribunale di Milano resa il 9 giugno 2015, vertente su di una vicenda di lamentata contraffazione di segni distintivi (marchi e denominazione di origine).

Si costituivano in giudizio la società e il suo liquidatore opponendo, tra l'altro, che lo stato di insolvenza non sussisteva, avendo la società proceduto alla propria liquidazione e al soddisfacimento di tutti i creditori sociali e rilevando, altresì, che il credito dell'istante era sorto solo il 9 giugno 2015 (data di pubblicazione della sentenza cui si è detto), e cioè

successivamente alla cancellazione di Nosedà dal registro delle imprese: cancellazione avvenuta il 5 febbraio 2015.

2. — Il Tribunale di Como dichiarava il fallimento della società con sentenza fatta oggetto di reclamo.

3. — In esito al giudizio di impugnazione, cui prendeva parte, quale reclamata, Emmentaler Switzerland, la Corte di appello di Milano pronunciava, il 28 aprile 2016, sentenza con cui respingeva il gravame. Per quanto qui rileva, e in sintesi, osservava la Corte milanese: che ai fini della proposizione dell'istanza di fallimento non è richiesto che il credito sia accertato in sede giudiziale; che, in ogni caso, allorché era stata depositata l'istanza di fallimento il credito di € 1.314.033,50 era da considerarsi certo, liquido ed esigibile, essendo passata in giudicato la sentenza del Tribunale di Milano del 9 giugno 2015; che, ai fini dell'apprezzamento dell'insolvenza di una società in liquidazione, il giudice deve unicamente accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare eguale e integrale soddisfacimento dei creditori della società; che quindi non rilevava l'esistenza di un potenziale credito di Nosedà nei confronti delle società, chiamate, in manleva, nel giudizio conclusosi con la condanna dell'appellante; che infatti tale credito non era stato iscritto a bilancio e neanche azionato; che, inoltre, sulla base dei bilanci della società fallita doveva escludersi che questa fosse nelle condizioni di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, non avendo proceduto all'accantonamento dei fondi per soddisfare l'ingente debito poi accertato, essendo stata resa pronuncia giurisdizionale non definitiva che riconosceva il diritto al risarcimento del danno di controparte; che a norma dell'art. 10 l. fall. la società cancellata dal registro delle imprese resta destinataria della sentenza dichiarativa del fallimento e delle

successive vicende impugnatorie e tale regime implica la possibilità di dichiarare nell'anno successivo alla cancellazione il fallimento della società stessa ove l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cancellazione o nell'anno successivo, rispetto a ragioni di credito maturate nel periodo in cui la società esercitava la propria attività di impresa; che, dunque, nonostante l'estinzione della società fallita, questa, ai soli fini della procedura concorsuale, continuava a configurarsi come soggetto esistente al fine di garantire la *par condicio* dei creditori sociali e dunque, nel caso di specie, anche di Emmentaler Switzerland.

3. — La sentenza della Corte di Milano è stata impugnata per cassazione da Nosedà e da Roberto liquidatore della società fallita, con un ricorso basato su quattro motivi e illustrato da memoria. Resiste con controricorso Emmentaler Switzerland. La curatela, regolarmente intimata, non ha svolto difese. Il pubblico ministero ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, in subordine, rigettato.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. — Il primo motivo denuncia la violazione ed erronea applicazione degli artt. 2495 e 2697 c.c.. Lamentano i ricorrenti che la sentenza impugnata aveva mancato di rilevare la carenza di legittimazione attiva di Emmentaler Switzerland, posto che il suo credito, derivante da illecito extracontrattuale, era stato riconosciuto da una sentenza pronunciata dopo la cancellazione di Nosedà dal registro delle imprese: in conseguenza — secondo gli istanti — tale debito non avrebbe costituito una insolvenza rilevante ai fini della dichiarazione di fallimento e, in ogni caso, esso non avrebbe potuto essere riferito alla nominata società.

Col secondo motivo viene lamentato l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti.

Gli istanti si dolgono della mancata considerazione della circostanza per cui unico credito che avrebbe costituito manifestazione dell'insolvenza Nosedà era quello, in contestazione, di Emmentaler.

Il terzo mezzo prospetta la violazione ed erronea applicazione degli artt. 5 l. fall., 2423, 2424 *bis* e 2709 c.c.. Deducono i ricorrenti che nel quadro dell'accertamento dello stato di insolvenza della debitrice non si era tenuto conto, secondo i principi di verità, prudenza e di inscindibilità, del credito di Nosedà, di importo pari a quello vantato da Emmentaler Switzerland: credito pure riconosciuto dalla sentenza del 9 giugno 2015, di pari importo rispetto al debito della fallita e originatosi dal diritto di manleva vantato da Nosedà verso le società Wick Kase GmbH e Wick Italia s.r.l..

Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione ed erronea applicazione dell'art. 10 l. fall. e dell'art. 2495 c.c.. Assumono che la Corte di appello, pur riconoscendo che il cit. art. 10 pone una *fictio* ai soli fini dell'istruttoria prefallimentare e delle successive impugnazioni, aveva ritenuto la società Nosedà esistente, sul versante sostanziale, e cioè tenuta all'adempimento di un debito contestato prima della dichiarazione di fallimento e riconosciuto con sentenza di primo grado dopo la cancellazione della società stessa dal registro delle imprese.

2. — Il primo e il quarto motivo, che possono esaminarsi congiuntamente, non sono fondati.

Come è noto l'art. 10 l. fall., nel prevedere che la società possa essere dichiarata fallita entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima, o nell'anno successivo, delinea una *fictio iuris*, la quale postula come esistente ai soli fini del

procedimento concorsuale un soggetto ormai estinto, come del resto accade anche per l'imprenditore persona fisica che venga dichiarato fallito entro l'anno dalla morte (così Cass. Sez. U. 12 marzo 2013, n. 6070; da ultimo cfr. Cass. 1 marzo 2017, n. 5253). Il termine annuale costituisce, in sostanza, il punto di mediazione nella tutela di interessi contrapposti: quello dei creditori al soddisfacimento delle loro pretese e quello, di carattere generale, non del solo cessato imprenditore, alla certezza dei rapporti giuridici (e al correlativo affidamento dei terzi, altrimenti esposti illimitatamente al pericolo di revocatorie) (Cass. 12 aprile 2013, n. 8932).

Nella fattispecie oggetto di giudizio è pacifico che la sentenza di condanna nei confronti della società fallita sia stata emessa entro la scadenza del richiamato termine annuale. Ed è incontestabile che alla data della dichiarazione di fallimento il credito di € 1.314.033,50, sulla cui base Emmental Switzerland aveva formulato istanza di fallimento, fosse certo, liquido ed esigibile, essendo passata in giudicato la sentenza che lo aveva riconosciuto: da tale punto di vista, dunque, come correttamente rilevato dalla Corte di Milano, nemmeno si pongono i problemi che sono correlati alla contestazione del credito stesso (contestazione che, peraltro, nemmeno escluderebbe la presa d'atto dell'insolvenza, una volta che fosse positivamente accertato, in via incidentale, il credito di cui trattasi: Cass. 19 marzo 2014, n. 6306).

I ricorrenti negano, tuttavia, che al momento della cancellazione della società Noseda dal registro delle imprese, il credito in questione fosse ancora sorto: per il che, a loro avviso, per un verso la correlativa posizione debitoria non potrebbe riferirsi alla società stessa, oramai estinta, e, per altro verso, andrebbe esclusa l'operatività dell'art. 10 l. fall., giacché tale

norma presupporrebbe pur sempre una insolvenza da correlare a obbligazioni venute ad esistenza prima della nominata cancellazione.

Deve però osservarsi che il credito risarcitorio non trae la propria origine dalla sentenza di condanna: sentenza con cui è stata solo accertata l'esistenza del diritto controverso ed emessa, con riferimento ad esso, una statuizione suscettibile di esecuzione forzata. Il fatto costitutivo dell'obbligazione non è rappresentato dalla sentenza, ma dall'illecito contraffattivo produttivo di danno di cui Nosedà è stata riconosciuta autrice: e tale illecito preesiste alla cancellazione, unitamente all'obbligazione risarcitoria che da esso discende.

Negare che prima della pronuncia della sentenza di condanna al risarcimento del danno possa configurarsi un inadempimento da parte del danneggiante equivale, del resto, a contestare la portata precettiva dell'art. 1219, comma 2, c.c., secondo cui il debitore del risarcimento del danno è in mora (*ex re*) dal giorno della consumazione dell'illecito.

3. — Il secondo motivo è infondato.

Il fatto che il credito della controricorrente fosse l'unico da prendere in considerazione ai fini dell'apprezzamento dell'insolvenza non è sfuggito alla Corte di merito la quale ha basato la sua pronuncia sul punto proprio sull'«ingente debito» di cui trattasi (pag. 8 della sentenza). Né la decisione appare censurabile avendo riguardo alla asserita impossibilità di fondare il giudizio circa l'insolvenza sull'inadempimento della società fallita a un unico credito. Infatti, Lo stato di insolvenza rappresenta una situazione oggettiva dell'imprenditore che prescinde totalmente dal numero dei creditori, essendo ben possibile che anche un solo inadempimento possa essere indice di tale situazione oggettiva (Cass. 15 gennaio 2015, n. 583, non

massimata; cfr. pure Cass. 30 settembre 2004, n. 19611).

4. — Pure il terzo motivo è da disattendere.

La Corte di appello ha richiamato il principio secondo cui quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall. deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali (per cui, di recente: Cass. 3 agosto 2017, n. 19414; Cass. 7 dicembre 2016, n. 25167). Nel caso di cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito della conclusione del procedimento liquidatorio, tale principio implica che il fallimento in tanto possa essere dichiarato, in quanto al manifestarsi di un nuovo debito non si contrapponga l'emersione di una situazione creditoria che, per il suo contenuto e le sue specifiche connotazioni, consenta l'adempimento di quel debito. A tal fine non è però sufficiente invocare la manleva correlata alla posizione debitoria rimasta insoddisfatta, in quanto, al di là di ogni ulteriore rilievo, la garanzia di cui all'art. 106 c.p.c. opera in conseguenza dell'adempimento, da parte del garantito, dell'obbligazione principale: sicché essa non è idonea a incidere sulla dinamica attuativa dell'obbligazione medesima (la quale potrà restare inadempita, a dispetto della garanzia di cui goda il debitore nei confronti del terzo).

5. — Il ricorso è conclusivamente respinto.

6. — Le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte

rigetta il ricorso; condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese



del giudizio di legittimità, che liquida in € 5.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in € 200,00, ed agli accessori di legge/oltre alle spese prenotate a debito; ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della parte ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 1<sup>a</sup> Sezione Civile, in data 20 novembre 2018.

Il Funzionario Giudiziario  
*Donna Fabrizia Barone*



**Il Presidente**

*[Handwritten signature]*

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il 18 GEN 2019

Il Funzionario Giudiziario  
*Donna Fabrizia Barone*

*[Handwritten signature]*