



19937.17

Udienza in
data 21/6/2017

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

OGGETTO
Opposizione allo stato p
sivo

PRIMA SEZIONE CIVILE

R.G.N.8221/2012
cron. 19937
Rep. C.1.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

dott. Aniello Nappi	Presidente rel.
dott. Rosa Maria Di Virgilio	Consigliere
dott. Andrea Scaldaferrì	Consigliere
dott. Francesco Terrusi	Consigliere
dott. Aldo Angelo Dolmetta	Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

Infobank srl, domiciliata in Roma, via Fasana 6, presso l'avv. Alessandro Gurreri, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Marchese, come da mandato a margine del ricorso

- ricorrente -

Contro

Fallimento Otto Project spa, domiciliato in Roma, via Vigliena 2, presso l'avv. Alessandro Falconi Amorelli, che lo rappresenta e difende con l'avv. Franco Vidi, come da mandato a margine del controricorso e ricorso incidentale

- controricorrente e ricorrente incidentale-

avverso

Il decreto n. 526/2012 del Tribunale di Verona, depositato l'8 febbraio 2012

Udita la relazione del consigliere dott. Aniello Nappi

OED.
579
2017

Fatti di causa

Infobank srl impugna per cassazione il decreto del Tribunale di Verona che ne ha rigettato l'opposizione allo stato passivo del fallimento Otto Project spa, dal quale era stato escluso il suo credito di restituzione della somma di 400 milioni di lire versata in esecuzione di un contratto di associazione in partecipazione stipulato con la società fallita quale associante.

I giudici del merito hanno ritenuto che la somma versata dalla srl Infobank non possa essere restituita, perché costituisce un capitale di rischio. La ricorrente propone un unico articolato motivo d'impugnazione, illustrato anche da memoria, cui il Fallimento Otto Project spa resiste con contro-ricorso, proponendo altresì ricorso incidentale affidato a un motivo d'impugnazione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Risulta pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale, con il quale il Fallimento Otto Project spa eccepisce l'inammissibilità dell'opposizione proposta dalla srl Infobank avverso lo stato passivo, in quanto non preceduta da osservazioni al progetto presentato dal curatore fallimentare.

Il motivo è manifestamente infondato, essendo indiscusso nella giurisprudenza di questa corte che «la mancata presentazione da parte del creditore di osservazioni al progetto di stato passivo depositato dal curatore non comporta acquiescenza alla proposta e conseguente decadenza dalla possibilità di proporre opposizione», perché «non può trovare applicazione il disposto dell'art. 329 cod. proc. civ. rispetto ad un provvedimento giudiziale non ancora emesso»; e inoltre «l'art. 95, secondo comma, legge fall., introdotto dal d.lgs.12 dicembre 2007, n. 169, prevede che i creditori "possano" esaminare il progetto, senza porre a loro carico un onere di replica alle difese e alle eccezioni del curatore entro la prima udienza fissata per l'esame dello stato passi-

vo; deve, pertanto, escludersi che il termine predetto sia deputato alla definitiva e non più emendabile individuazione delle questioni controverse riguardanti la domanda di ammissione» (Cass., sez. I, 10 aprile 2012, n. 5659, m. 622134, Cass., sez. VI, 6 settembre 2013, n. 20583, m. 627689).

2. Con l'unico complesso motivo la ricorrente principale deduce violazione dell'art. 77 legge fall., lamentando che i giudici del merito abbiano illegittimamente negato non solo il suo diritto agli eventuali utili con il rigetto delle richieste istruttorie a tal fine formulate, ma anche il suo diritto alla restituzione del capitale versato in esecuzione del contratto di associazione in partecipazione.

Il ricorso è fondato.

Secondo la giurisprudenza di questa corte, «con riguardo al contratto avente ad oggetto l'apporto di beni o servizi per la ripartizione degli utili di attività imprenditoriale, la costituzione di una società, anziché di una mera associazione in partecipazione o cointeressenza, postula l'assunzione in comune della responsabilità e dei rischi dell'impresa (ancorché spetti ad uno solo dei contraenti il potere di amministrazione), e, pertanto, va esclusa in presenza di clausole incompatibili con detto requisito (quali quelle che prevedano la forfettizzazione degli utili indipendentemente dai risultati, ovvero la restituzione dell'apporto anche in corso di attività)» (Cass., sez. I, 11/06/1991, n. 6610). Sicché «nel contratto di associazione in partecipazione, che mira, nel quadro di un rapporto sinallagmatico con elementi di aleatorietà, al perseguimento di finalità in parte analoghe a quelle dei contratti societari, è elemento costitutivo essenziale, come si evince chiaramente dall'art. 2549 cod. civ., la pattuizione a favore dell'associato di una prestazione correlata agli utili dell'impresa, e non ai ricavi, i quali ultimi rappresentano in se stessi un dato non significativo circa il risultato economico effettivo dell'attività dell'impresa» (Cass., sez. L, 04/02/2002, n. 1420).

Per questa ragione l'art. 77 legge fall. prevede che la associazione in partecipazione si scioglie per il fallimento dell'associante, ma l'associato ha diritto di far valere nel passivo il credito per quella parte dei conferimenti, la quale non è assorbita dalle perdite a suo carico.

Nel caso in esame la ricorrente ha qualificato il contratto controverso come associazione in partecipazione. E i giudici del merito, pur non negando tale qualificazione, hanno escluso il credito di restituzione vantato dalla srl Infobank in quanto quello investito dalla società sarebbe un capitale di rischio evidentemente coinvolto nel successivo fallimento dell'associante.

Senonché il fallimento dell'associante può comportare certamente la falcidia del credito dell'associata, ma non ne esclude di per sé l'esistenza, ove non si dimostri che quel capitale sia andato interamente perduto nell'affare oggetto dell'associazione. Mentre nel caso in esame è certo che l'immobile cui si riferiva il contratto di associazione in partecipazione fu venduto e per di più a un prezzo remunerativo.

In accoglimento del ricorso, pertanto, la decisione impugnata va cassata con rinvio, perché i giudici del merito stabiliscano quale sia stato effettivamente il contratto stipulato dalle parti; e ove ne risulti confermata la natura di associazione in partecipazione, accertino in quale parte il conferimento della srl Infobank sia eventualmente assorbito dalle perdite a suo carico.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale, accoglie il ricorso principale, cassa il decreto impugnato e rinvia anche per le spese al Tribunale di Verona in diversa composizione.

Così deciso in Roma il giorno 21 giugno 2017

Depositato in Cancelleria

il 10 AGO 2017

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola

Il Presidente estensore

(dr. Aniello Nappi)

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Franca Caldarola