

Crisi della teoria indennitaria e interesse del curatore all'azione revocatoria

Tribunale di Milano, 26 maggio 2017. Giudice Filippo D'Aquino.

Fallimento – Revocatoria fallimentare – Difetto di interesse ad agire del curatore – Mancanza di creditori che possano beneficiare dell'apporto di liquidità conseguente all'azione

L'interesse ad agire in revocatoria può ritenersi o meno esistente a seconda se, in sede di riparto fallimentare genericamente inteso, vi siano o meno altri creditori concorrenti al momento della decisione della causa che possano beneficiare della liquidità ricavabile dall'esercizio dell'azione, con la precisazione che l'esistenza di tali creditori può risultare da un riparto anche solo virtuale, negando la sussistenza dell'interesse ad agire del fallimento attore ogni qualvolta, nell'ambito del giudizio ordinario di revocatoria, sia data la prova che in sede fallimentare i beneficiari dell'azione non sarebbero altri creditori, ma lo stesso convenuto in revocatoria.

Deve pertanto ritenersi fondata l'eccezione di difetto di interesse ad agire del curatore, nel caso in cui quest'ultimo non dimostri la sussistenza di altri creditori poziori che si siano insinuati al passivo prima della conclusione del giudizio.

[Nel caso di specie, l'avvenuto deposito del progetto di ripartizione, nel quale si è proceduto a soddisfare creditori persino postergati al convenuto in revocatoria, ha reso manifesta la mancanza di interesse del fallimento alla prosecuzione di un'azione dalla quale avrebbe tratto beneficio lo stesso convenuto.]

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

PREMESSO IN FATTO

Il fallimento attore, dichiarato con sentenza in data 18.07.2012, ha chiesto dichiararsi inefficaci ex art. 64 l.f., ovvero in subordine revocarsi ex art. 67, comma 2, l.f. i seguenti pagamenti eseguiti da O. L. SPA (da ora O.L.):

1) per € 17.000,00 in data 2.02.2009 e per € 6.000,00 in data 27.03.2009, a favore dello STUDIO T. COMMERCIALISTI ASSOCIATI (da ora STUDIO T.) per crediti dello STUDIO T. nei confronti della società D. Service Group srl (controllante di O.L.), poi fallita;

2) per € 3.000,00 in data 7.04.2009, a favore della dott.ssa I. A. (con la quale è cessata la materia del contendere), come compenso per l'attività di sindaco della società Y2K spa, controllata da O.L., poi fallita.

Il fallimento ha, altresì, chiesto revocarsi ex art. 67, comma 2, l.f. i seguenti pagamenti, eseguiti da O.L.:

3) per € 8.043,88 in data 5.03.2009, a favore dello STUDIO T., per i compensi come sindaco di O.L. di Raffaello T.;

4) per € 3.000,00 in data 5.03.2009 e per € 1.000,00 in data 27.03.2009, per compensi a favore del sindaco di O.L. G. R., membro dello STUDIO T.;

5) per € 8.043,88 in data 5.03.2009 e per € 1.000,00 in data 27.03.2009, per compensi a favore del sindaco di O.L. Giu. G. C..

Sostiene il fallimento che i pagamenti sub 1) e sub 2) sarebbero pagamenti di debiti altrui – considerati atti a titolo gratuito – da ritenersi inefficaci ex art. 64 l.f., in quanto avvenuti nel biennio anteriore al concordato preventivo della società. Deduce parte attrice che O.L. non avrebbe avuto un interesse economicamente apprezzabile ad eseguire tali pagamenti, anche in considerazione del fatto che la stessa era in procinto di essere posta in liquidazione, a seguito di una perdita di oltre € 10.000.000,00 a chiusura del bilancio di esercizio. In subordine, afferma il fallimento che tali pagamenti andrebbero comunque revocati ex art. 67 l.f., in quanto eseguiti nel periodo sospetto. Deduce parte attrice la scientia decoctionis in capo allo STUDIO T. (studio associato dei sindaci di O.L.), in quanto risulterebbe dai verbali del collegio sindacale di O.L. del 31.10.2008 e dell'11.02.2009 la consapevolezza circa lo stato di insolvenza. Sostiene il fallimento che i pagamenti sub 3), 4) e 5) debbano essere revocati ex art. 67 comma 2 l.f., in quanto eseguiti nei sei mesi anteriori al deposito della domanda di concordato preventivo. Deduce parte attrice la sussistenza della scientia decoctionis in capo ai sindaci, per essere stati i pagamenti eseguiti in epoca posteriore rispetto ai due verbali in cui il collegio sindacale (del 31.10.2008 e dell'11.02.2009) avrebbe manifestato la consapevolezza circa lo stato di insolvenza di O.L. Si sono costituiti i convenuti, ad eccezione di I. A., eccependo in via preliminare l'inammissibilità – rectius l'infondatezza - delle domande di revocatoria proposte da parte attrice per mancanza di interesse ad agire. Deducono i convenuti che tutti i pagamenti per cui è causa avrebbero natura privilegiata ai sensi dell'art. 2751 bis n. 2 c.c.; che nel corso della procedura di concordato i crediti assistiti da tale privilegio sarebbero stati soddisfatti nella misura dell'80% e che il fallimento avrebbe, comunque, disponibilità sufficienti per il pagamento integrale dei crediti godenti di tale privilegio. Pertanto in caso di revocatoria dei pagamenti gli stessi dovrebbero poi essere attribuiti nuovamente ai beneficiari in sede di ripartizione dell'attivo.

Nel merito, con riguardo ai pagamenti sub 1) e 2), sostengono i convenuti l'inapplicabilità dell'art. 64 l.f., deducendone la onerosità, per essere stati eseguiti in forza di un contratto di cost sharing stipulato tra la capogruppo D. Group s.r.l. e le società del gruppo (tra cui la fallita), nonché in forza del contratto di collaborazione stipulato dalla D. con lo STUDIO T., studio che si sarebbe reso disponibile a fornire servizi alle

società del gruppo. Da ciò deriverebbe un interesse economicamente apprezzabile in capo a O.L. all'esecuzione di tali pagamenti.

Deduce, altresì, parte convenuta l'infondatezza della domanda subordinata di revocatoria ex art 67, comma 2 l.f. e della domanda di revocatoria ex art. 67, comma 2 l.f. dei pagamenti sub 3), 4) e 5). Sostiene l'insussistenza della scientia decoctionis in capo ai beneficiari, i quali all'epoca dei pagamenti sarebbero stati consapevoli solamente dello stato di crisi di O.L., e non anche della sua insolvenza. Inoltre, deducono i convenuti, l'esenzione da revocatoria di tali pagamenti, ai sensi dell'art. 67 comma 3, lett. f), l.f.

La causa è passata in decisione previa istruttoria (ordine di esibizione dei docc. a), b) e c) di cui alla memoria ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c. di parte convenuta e audizione della teste Giuliana Mila Tassari, sui capitoli di prova indicati ai nn. 1) e 2) della predetta memoria).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1 – Preliminarmente deve dichiararsi cessata la materia del contendere tra il fallimento attore e la convenuta I. A. Pur non avendo l'attore formalmente rinunciato alla domanda nei confronti della convenuta contumace (previa notificazione alla suddetta dell'atto di rinuncia), la domanda nei confronti della suddetta convenuta non è stata riproposta in sede di conclusioni in quanto "è cessata la materia del contendere" con la medesima (pagg. 2 – 3 concl. attore) e ciò in relazione al pagamento indicato sub 2) delle premesse in fatto, ossia di € 3.000,00 in data 7.04.2009, a favore della dott.ssa I. A..

2 - Quanto alle domande proposte nei confronti degli altri convenuti, non vi è contestazione circa l'esecuzione dei pagamenti. Si esamina preliminarmente la domanda di inefficacia, relativa ai pagamenti di € 17.000,00 in data 2.02.2009 e di € 6.000,00 in data 27.03.2009 (punto I delle conclusioni).

2.1 - I due pagamenti sono stati eseguiti a favore dello STUDIO T. per crediti vantati apparentemente nei confronti della società D. Service Group srl. L'attore ha dedotto trattarsi di pagamento inefficace in quanto eseguito per prestazioni effettuate dall'accipens a favore di terzi (D. Service Group Srl). Per giungere alla conclusione che un pagamento di debito altrui sia un atto a titolo gratuito è, peraltro, necessario valutarne la causa concreta: "nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli sia estraneo, l'atto solutorio può dirsi gratuito, ai predetti effetti, solo quando dall'operazione il terzo non tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo egli inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la causa concreta deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia ex lege" (Cass. Sez. I, 28 ottobre 2011, n. 22518).

Nel caso di specie è emersa nel corso del giudizio la sussistenza di un interesse economicamente apprezzabile del solvens, in grado di giustificare l'esborso da questi effettuato e di dimostrare l'onerosità del pagamento. Tale interesse è dimostrato dall'esistenza di un cost sharing agreement, stipulato tra la capogruppo D. e le società partecipate (tra cui la società poi fallita O.L., allora sotto la denominazione di Job Intesa spa)

(doc. 9 fasc. conv.), nonché dalla sottoscrizione di un contratto di collaborazione tra la capogruppo D. e lo STUDIO T., nel quale lo STUDIO T. si era dichiarato disponibile a svolgere servizi a favore del gruppo e delle singole società partecipate (doc. 10 fasc. conv.). Dato lo schema di rapporti sottostanti tale accordo, si evince che la fallita ha effettuato il pagamento in favore dello STUDIO T. non per recare un vantaggio patrimoniale alla capogruppo D., bensì per pagare un servizio fruito dalla stessa società poi dichiarata fallita. In particolare, la fallita ha beneficiato dei servizi resi dallo STUDIO T., in quanto effettuati direttamente a beneficio della stessa (ad esempio quanto all'elaborazione del contratto di affitto di ramo d'azienda intervenuto nel marzo 2009 tra O.L. e SdA – Ferrovie dello Stato, menzionato dalla teste Giuliana Mila Tassari all'udienza del 3.11.2015).

Parte attrice ha eccepito l'inopponibilità del contratto di cost sharing al fallimento, in quanto privo di data certa e, con riguardo all'All. B (contenente la descrizione dei servizi resi), anche di sottoscrizione. Deduce inoltre che, anche a prescindere dall'inopponibilità del contratto alla Curatela, i pagamenti in questione non rientrerebbero nella struttura dell'accordo di cost sharing. Infatti, prosegue il fallimento, negli artt. 3 e 4 di tale contratto è previsto che la capogruppo fornisca i servizi di cui all'All. B verso le società partecipate, con l'autorizzazione ad avvalersi di terzi (lo STUDIO T.) e che il corrispettivo di tali prestazioni venga addebitato trimestralmente dalla capogruppo alle società partecipate, dietro presentazione di regolare fattura. Pertanto la capogruppo avrebbe anticipato i pagamenti allo STUDIO T., di cui si sarebbe avvalsa, ed avrebbe poi proceduto al riaddebito dei costi sulle singole società tramite fattura. Nel caso di specie, osserva il fallimento attore, la fallita avrebbe provveduto direttamente al pagamento di fatture emesse dallo STUDIO T. nei confronti della capogruppo. Ciò escluderebbe la riconducibilità di tali pagamenti all'accordo di cost sharing, facendo venir meno anche la sussistenza di un interesse economicamente apprezzabile in capo a O.L. all'esecuzione degli stessi.

Tali eccezioni vengono superate dalle dichiarazioni emerse nel corso della prova testimoniale relative a esistenza e contenuto del contratto a seguito delle dichiarazioni rese dalla teste Giuliana Mila Tassari, all'epoca dei fatti direttore amministrativo e finanziario di D. Service Group srl. La teste, escussa all'udienza del 3.11.2015, ha dichiarato che la D. aveva sottoscritto un contratto di cost sharing con le controllate e che l'attività prestata dallo STUDIO T. è stata prevalentemente rivolta a favore di O.L., la controllata con il maggior volume d'affari. Circa le modalità di pagamento della fattura, estranee rispetto al normale modello ideato nel contratto di cost sharing, la teste ha espressamente dichiarato che la D. aveva chiesto ad O.L. di pagare direttamente la fattura emessa dallo STUDIO T., in quanto attinente a prestazioni svolte in favore di O.L. La deposizione della teste, alla luce di quanto emerge dalla verbalizzazione della stessa, appare immune da censure e quindi deve ritenersi genuina.

Nonostante la deposizione della teste non possa attribuire certezza alla data del contratto, la stessa può nondimeno provare l'esistenza del contratto di service, che non necessariamente deve avere forma scritta. Risulta pertanto provato che un contratto di cost sharing tra le società del gruppo ed uno di collaborazione tra la capogruppo e lo STUDIO T. siano stati stipulati ed eseguiti. Ed è provato, inoltre, che in forza di tali contratti O.L. abbia fruito di servizi il cui costo, nella normalità dei casi,

veniva pagato anticipatamente dalla capogruppo per poi essere riaddebitato alla fallita ma che, nel caso di specie, è stato direttamente sostenuto dalla fallita data la riferibilità alla stessa della prestazione svolta dallo STUDIO T. in proprio favore. Né infine rileva – stante la non opponibilità del documento contrattuale e l'inesistenza di alcuna domanda in tal senso – una eventuale e ipotetica sproporzione tra servizi resi e pagamenti effettuati.

Risulta pertanto provata l'onerosità dei pagamenti sub 1) e la conseguente inapplicabilità dell'art. 64 l.f.

2.2 – Più complesso risulta l'esame della domanda subordinata di revocatoria ex art. 67 comma 2 l.f., del pagamento sub 1) della fattura emessa dallo STUDIO T. nei confronti della D., nonché del pagamento dei compensi dei sindaci di O.L. sub 3), 4) e 5), alla luce della difesa di parte convenuta di difetto di interesse del fallimento attore.

Preliminarmente va precisato che il primo dei pagamenti sub. 1 e, precisamente, il pagamento di € 17.000,00 in data 2.02.2009 ricade nel periodo sospetto. Facendosi valere la consecutio tra concordato e fallimento, il periodo sospetto va calcolato *ratione temporis* come fa parte attrice, posto che gli effetti della domanda di concordato si ricollegano alla mera presentazione della domanda presso la cancelleria, ancorché i creditori nulla sappiano (Cass., Sez. I, 16 aprile 1996, n. 3588). A questi pagamenti si aggiungono i pagamenti per € 27.087,76, di cui € 6.000,00 per prestazioni rese dallo STUDIO T. come ausiliario della capogruppo ed € 21.087,76 per le prestazioni rese dai sindaci associati dello STUDIO T.. E' pacifico che tutti i compensi resi a favore dei convenuti sono prestazioni privilegiate ex art. 2751-bis n. 2, c.c., non essendo contestato che tali compensi siano stati in concreto erogati a favore di professionisti dello STUDIO T. (come, del resto, appare dai provvedimenti di ammissione al passivo dei medesimi professionisti per i crediti residui da loro vantati), quali pagamenti per prestazioni svolte da professionisti chiaramente individuabili. Né il fallimento ha mai contestato la natura e il tipo di privilegio dei crediti sottostanti i pagamenti oggetto di revocatoria.

Stante tale premessa, parte convenuta ha sostenuto che le somme che si vorrebbero revocate, dovrebbero poi essere nuovamente restituite in sede di riparto ai convenuti in revocatoria, per cui il fallimento non avrebbe interesse ad agire in revocatoria.

Nel progetto di ripartizione datato 2.10.2014, prodotto all'esito dell'esecuzione dell'ordine di esibizione in danno di parte attrice disposto dal giudice, vi è l'indicazione della collocazione (e, quindi, del pagamento) integrale non solo di creditori con privilegio ex art. 2751-bis n. 2 c.c., ma anche di creditori successivi, dotati di privilegio ex art. 2571-bis n. 5 c.c. per il rilevante importo di € 733.044,74, nonché di creditori con privilegio ancora inferiore (Comune di Collegno). Appare evidente che il fallimento aveva alla data del 2.10.2014 (ossia alla data di celebrazione della seconda udienza del presente procedimento) le risorse per pagare al privilegio ex art. 2751-bis n. 2 c.c. la modesta somma di € 27.087,76, nonché le ulteriori somme di € 23.000,00 oggetto dei primi due pagamenti. Il piano di riparto è successivamente stato eseguito, come indicato da parte attrice (pag. 11 concl. attore).

Essendo, quindi, provato che il fallimento sta agendo in revocatoria fallimentare per ottenere la restituzione di pagamenti effettuati nei confronti di creditori ai quali dovrebbe, poi, restituire le somme

medesime, non sussisterebbe l'interesse ad agire per la revocatoria di tali pagamenti in quanto, non avendo il fallimento allo stato creditori poziori da soddisfare, dovrebbe riversare tali pagamenti non in favore di altri creditori, bensì (nel rispetto della graduazione) agli stessi convenuti in revocatoria quali primi creditori insoddisfatti.

Il fallimento si difende sul punto con un duplice argomento.

In primo luogo invoca l'applicazione della cd. concezione antindennitaria, per la quale qualsiasi pagamento effettuato durante il periodo sospetto dovrebbe essere oggetto di ripetizione in favore della massa in sede fallimentare; il danno per la massa sarebbe costituito dal pagamento in quanto tale, ergendo la revocatoria una sorta di "cordone sanitario" attorno all'imprenditore per impedirgli qualsiasi pagamento, ancorché a favore di creditori privilegiati, essendo i pagamenti lesivi della par condicio "a prescindere", per il solo fatto di essere stati eseguiti in stato di decozione.

In secondo luogo, il curatore rileva come una espletanda azione di risarcimento danni proposta anche nei confronti dei convenuti (ancora pendente), comporterebbe la futura compensazione delle somme che dovrebbero essere versate ai convenuti non solo con quelle che in tesi verrebbero fatte oggetto di domanda di restituzione ex art. 70, comma 2, l.f. (all'esito del pagamento in favore del fallimento), ma anche con quelle per le quali i convenuti sono già stati ammessi al passivo del fallimento (per i crediti residui ancora vantati), somme per le quali il fallimento attore deduce essere le stesse state fatte oggetto di "accantonamento".

La prima difesa del fallimento, per quanto ben argomentata, non è condivisibile.

Nella revocatoria fallimentare il pregiudizio (danno) per i creditori non è specificamente contemplato, a termini dell'art. 67 l.f. tra i fatti costitutivi della domanda, per quanto il danno venga evocato nella rubrica della sezione "degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori". Tale circostanza distingue la revocatoria fallimentare dalla revocatoria ordinaria che, viceversa, comporta la prova dell'eventus damni, ossia del pregiudizio arrecato dall'atto alla garanzia patrimoniale dell'attore. La insussistenza di tale fatto costitutivo nel paradigma formulare dell'azione caratterizza la revocatoria fallimentare da quella ordinaria, ascrivendo la prima alla cd. teoria antindennitaria, per la quale il danno per la garanzia patrimoniale non è elemento della fattispecie e la seconda alla teoria indennitaria, che richiede invece la prova del pregiudizio arrecato dall'atto revocando alla garanzia patrimoniale.

Va, peraltro, evidenziato come, nella pratica, la distinzione tra le due azioni revocatorie tenda ad affievolirsi. Quanto alla revocatoria ordinaria, l'elaborazione giurisprudenziale ha sostanzialmente svuotato di significato il fatto costitutivo del pregiudizio per la massa, dando per provato tale pregiudizio (eventus damni) anche solo per effetto di una mera modificazione qualitativa del patrimonio (ex multis Cass., Sez. III, 9 febbraio 2012, n. 1896) e, in alcuni casi, configurandolo in re ipsa e, quindi, presunto nel compimento dell'atto (Cass., 25 luglio 2013, n. 18034). Nella pratica, pertanto, la revocatoria ordinaria tende a svincolare la prova del pregiudizio arrecato al singolo creditore (o alla massa in caso di azione proposta dal curatore). Quanto, invece, alla revocatoria fallimentare di pagamento, ci si è chiesto se questa illiceità ex post del pagamento possa essere invocata nel caso in cui (come nel caso di specie) non vi sarebbero in concreto altri creditori (diversi dai convenuti in

revocatoria) che beneficerebbero delle risorse che perverrebbero alla curatela del fallimento in forza dell'accoglimento della domanda. Nella dialettica processuale torna, pertanto, ancorché non in forma di fatto costitutivo della domanda, il pregiudizio o danno arrecato alla massa dei creditori dalla esecuzione del pagamento in stato di insolvenza. Pur dando per acquisito il fatto che il curatore non debba provare alcun pregiudizio per la massa dei creditori derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ci si chiede se – come emerso nel corso di un antico dibattito dottrinale – la revocatoria fallimentare comporti una presunzione di danno iuris et de iure che non ammette la prova contraria dell'assenza di danno da parte del convenuto in revocatoria, ovvero se il danno nella revocatoria fallimentare sia presunto solamente iuris tantum, ammettendosi pertanto che il convenuto in revocatoria possa fornire in giudizio la prova della mancanza in concreto di un danno per la massa dalla esecuzione del pagamento ad opera dell'impresa insolvente.

Vero è che l'azione revocatoria non può rimettere in discussione la sussistenza dello stato di insolvenza dichiarato con la sentenza dichiarativa di fallimento, per cui un pagamento effettuato nel periodo sospetto non può che essere in pregiudizio della massa. Tuttavia si pone il tema di una reale offensività per la massa dei creditori di quel pagamento, ancorché ad insolvenza dichiarata, laddove il concorso formale non nutra una massa di creditori effettivamente pregiudicati da quel pagamento, sia in relazione alle risorse già disponibili per il curatore, sia per assenza nella graduazione di creditori poziori concretamente pregiudicati dalla deprivazione patrimoniale conseguente a quel pagamento.

E', quindi, ragionevole (e sin anche consequenziale) dedurre che un pagamento revocabile è presuntivamente dannoso per la massa dei creditori in quanto effettuato in stato di insolvenza, ma questa dannosità viene meno al momento della predisposizione del progetto di ripartizione in cui vi sia la prova che non vi siano altri creditori ammessi al passivo che potrebbero beneficiare di una ripartizione di attivo ulteriore conseguente alla ripetizione del pagamento. Nel qual caso viene meno l'interesse ad agire del fallimento attore.

2.3 - Questa ricostruzione, diversamente da quanto deduce l'attore, non è in contrasto con l'evoluzione della più recente giurisprudenza di legittimità.

Nella giurisprudenza di legittimità si è assistito, difatti, a un contrasto tra l'orientamento che ha portato a costruire la revocatoria come giudizio in cui vi è una presunzione iuris tantum di danno per la massa, nel quale il convenuto è ammesso a provare l'insussistenza in concreto del pregiudizio per la massa derivante dall'esecuzione del pagamento (ex multis Cass., Sez. I, 11 novembre 2003, n. 16915) e l'opposto orientamento secondo cui il curatore che agisca per la revoca di un credito privilegiato deve dimostrare quale sia l'utilità per la massa dalla revocatoria del pagamento (Cass., 18 gennaio 1991, n. 495; Cass., Sez. I, 8 marzo 1993, n. 2751; Cass., Sez. I, 28 aprile 2004, n. 8096 in tema di revocabilità del pegno; Cass., Sez. I, 8 luglio 2004, n. 12558; Cass., Sez. I, 16 marzo 2005, n. 5713). Il contrasto è stato ricomposto dalle Sezioni Unite, che hanno aderito – come rileva l'attore – all'impostazione antindennitaria, che comporta la revocabilità dell'atto indipendentemente da qualsiasi profilo di danno, essendo il pregiudizio in re ipsa, presunto in via assoluta (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n.

7028; Cass., Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24046; Cass., Sez. I, 26 febbraio 2010, n. 4785; Cass., Sez. I, 8 marzo 2010, n. 5505; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2012, n. 23430; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26216; in senso conforme anche la giurisprudenza di questo ufficio, Trib. Milano 1° marzo 2011, Trib. Milano, 28 gennaio 2011), spingendosi la S.C. ad affermare il principio per cui l'azione andrebbe a tutelare anche eventuali creditori privilegiati che potrebbero insinuarsi anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria (Cass., Sez. I, 17 dicembre 2010, n. 25571).

Le Sezioni Unite hanno, quindi, negato legittimità alla prova contraria del convenuto nel giudizio in revocatoria relativa all'eventuale assenza in concreto di un danno alla massa ricollegabile all'atto di disposizione vietato, sul presupposto che “è solo nella fase finale di riparto dell'attivo, e non anche quindi già anticipatamente nella fase dell'esercizio delle revocatorie, che è possibile verificare se esistano o meno altri creditori privilegiati, di grado peggiore o pari rispetto a quello beneficiario del pagamento vietato, e se, in caso affermativo, sia possibile l'integrale soddisfazione di tutti”. Si osserva che le Sezioni Unite non richiedono espressamente che sia stato redatto un progetto di ripartizione finale, ma solo che un riparto vi sia stato e che dallo stesso emerga la soddisfazione di creditori di grado non peggiore rispetto a quelli oggetto di revocatoria. Tuttavia le Sezioni Unite aggiungono una affermazione potenzialmente dirimpante, ossia che la potenziale “lesione della par condicio” conseguente al soddisfacimento di un creditore privilegiato non “fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi”. In altri termini, il curatore agisce non solo a tutela dei creditori che si sono insinuati (ammessi o esclusi e che hanno proposto opposizione e per i quali deve procedersi ad accantonamento ex art. 110 l.f.), ma anche a tutela dei creditori che non hanno ancora fatto domanda di ammissione al passivo e che, probabilmente, non la faranno mai stante la facoltatività del concorso formale. Questa attenzione ai creditori non ancora insinuati è riproposta anche nella successiva giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 24046/06, Cass. 25571/10, citt.).

2.4 - Questa statuizione va calata in quella che è la attuale struttura del procedimento fallimentare.

La preoccupazione della giurisprudenza di sterilizzare l'eccezione di difetto di interesse del convenuto in revocatoria per l'avvenuto pagamento di un credito privilegiato, allo scopo di non pregiudicare l'interesse di altri creditori privilegiati – e, soprattutto, anche di quelli che potrebbero insinuarsi successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria - non va intesa in senso assoluto, ma in senso relativo, ove il curatore provi che sussistano altri creditori privilegiati che abbiano già formulato domanda di ammissione al passivo e che la stessa domanda sia stata esaminata e accolta o, ove rigettata, sia stata proposta opposizione e la stessa sia pendente. Non può, invece, tenersi conto di potenziali creditori in tesi privilegiati che non abbiano formulato alcuna domanda, per diversi ordini di motivi.

In primo luogo il concorso formale è un concorso volontario, rimesso alla disponibilità del creditore che potrebbe, pertanto, rinunciarvi. I potenziali creditori concorsuali (e non ancora concorrenti) potrebbero,

quindi, non assurgere mai a creditori concorrenti, per cui l'opera del curatore rivolta a loro beneficio rischierebbe di rimanere sostanzialmente senza destinatari (o interessati). Nel qual caso apparirebbe irragionevole che, in assenza di creditori già insinuati con grado pari o peggiore ai convenuti in revocatoria, le liquidità derivanti al fallimento dall'accoglimento della revocatoria di pagamento venissero destinate nuovamente al soddisfacimento di quei creditori convenuti in revocatoria. Tanto meno apparirebbe ragionevole che, in assenza di ulteriori creditori, tale utilità venisse destinata (ove i presunti creditori privilegiati non formulassero domanda di ammissione al passivo e l'attivo fosse sufficiente a soddisfare tutti i creditori) allo stesso debitore, che beneficerebbe per effetto del fallimento di utilità di cui non avrebbe fruito quando era in bonis, tra l'altro per effetto di una declaratoria di inefficacia nei confronti dei soli creditori di un atto giuridico (pagamento) da lui posto in essere.

In secondo luogo – e la questione assume valore dirimente – vige nella attuale disciplina fallimentare, non oggetto dei casi esaminati dalle citate sentenze nn. 7028/06, e 24046/06 - l'opposto principio *sero venientibus* ossia, secondo cui il creditore tardivamente intervenuto può non trovare collocazione all'interno della procedura fallimentare, oppure può non trovare alcun soddisfacimento. Questo principio è evincibile dal disposto dell'art. 101, comma 4, l.f., che preclude la domanda di ammissione al passivo cd. "supertardiva", salvo che l'istante provi che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile ed è desumibile anche dal disposto dell'art. 124, comma 4, l.f. in tema di concordato fallimentare, laddove consente al proponente terzo o creditore di limitare la propria responsabilità ai soli creditori anteriori al deposito della domanda di concordato. La ridotta tutela dei creditori che non decidano di avvantaggiarsi tempestivamente del concorso formale è, del resto, coerente con il principio di cui all'art. 114 l.f., secondo cui non sono ripetibili i pagamenti effettuati in favore dei creditori collocati in riparto. Così come è coerente con l'esigenza di accelerare le operazioni di liquidazione dell'attivo fallimentare (come risulta dall'art. 104-ter, ultimo comma, l.f.), il necessario rispetto dei termini previsti dal programma di liquidazione per l'esecuzione delle attività liquidatorie, nonché dell'obbligo di procedere a riparti parziali ogni quattro mesi, senza attendere la partecipazione al concorso dei creditori tardivi. Apparirebbe, pertanto, singolare attribuire ai creditori privilegiati tardivi (ma, per il vero, creditori concorsuali potenziali) una tutela particolarmente ampia, facendo in modo che il curatore possa acquisire a loro tutela ulteriore attivo derivante dal buon esito di azioni revocatorie.

Appare evidente che l'attuale quadro normativo – anche e soprattutto per effetto delle modifiche intervenute successivamente a Cass., Sez. Un., 7028/06 – non può consentire di tutelare creditori non ancora ammessi allo stato passivo, negando per ciò solo legittimità alla difesa di difetto di interesse dei convenuti in revocatoria, per assenza di creditori peggiori cui destinare la liquidità derivante dall'accoglimento della domanda.

Va, inoltre, aggiunto che non si spiega per quale ragione il curatore debba mostrare una ragionevole cautela nel liquidare l'attivo del fallito, nel caso in cui questo appaia sovrabbondante per il soddisfacimento dei creditori ammessi al passivo e, al contrario, possa promuovere azioni di massa (segnatamente l'azione revocatoria fallimentare di pagamento) ad libitum, anche laddove risulti la prova che non vi siano altri beneficiari

dell'esercizio dell'azione revocatoria se non gli stessi convenuti in revocatoria.

La stessa affermazione delle Sezioni Unite, spinta sino al punto in cui la intende l'attore (ossia che solo a riparto depositato e approvato può verificarsi se vi è interesse ad agire nel giudizio ordinario di revocatoria), configura un evidente caso di solve et repete: non si oppone al giudice ordinario della causa il difetto di interesse per inesistenza di altri creditori cui destinare le risorse che vanno acquisite dal fallimento, dovendo tale valutazione essere effettuata davanti al giudice delegato in sede di riparto fallimentare. Né il giudice ordinario può sospendere il giudizio in attesa del riparto in sede fallimentare, perché non è il giudizio ordinario la sede dove verificare se il creditore privilegiato viene soddisfatto. Ma in questo caso il convenuto in revocatoria dovrebbe sempre pagare per essere poi soddisfatto in sede di riparto, perché il riparto è cronologicamente successivo all'esercizio dell'azione revocatoria e presuppone l'acquisizione della liquidità per effetto dell'accoglimento e della esecuzione (spontanea o coattiva) della domanda revocatoria. Non è certamente questo il senso che, evidentemente, le Sezioni Unite volevano dare al principio enunciato, ma affermare il principio della primazia del riparto fallimentare sul giudizio ordinario, nel senso che l'interesse ad agire in revocatoria sta e cade se in sede di riparto fallimentare, genericamente inteso, vi siano o meno altri creditori concorrenti al momento della decisione della causa che possano beneficiare di tali liquidità. E questo riparto può essere inteso anche in senso virtuale (non diversamente da quanto avviene per l'attribuzione al creditore fondiario in sede esecutiva del ricavato della vendita dell'immobile ipotecato che verrebbe comunque attribuito al medesimo creditore in sede fallimentare), negando la sussistenza dell'interesse ad agire del fallimento attore ove vi sia la prova nel giudizio ordinario che in sede fallimentare i beneficiari dell'esecuzione dell'azione revocatoria non sarebbero gli altri creditori, ma lo stesso convenuto in revocatoria.

L'affermazione contenuta in Cass. n. 7028/06 va, pertanto, ricondotta a sistema negando legittimità alla difesa di difetto di interesse del convenuto in revocatoria, a condizione che, ove emerga la sussistenza di un progetto di ripartizione che sia astrattamente idoneo a soddisfare i creditori convenuti in revocatoria ex art. 70, comma 2, l.f., il curatore dimostri la sussistenza di altri creditori poziori, che si siano insinuati al passivo prima della conclusione del giudizio di revocatoria fallimentare, essendo l'interesse ad agire condizione dell'azione che deve sussistere al momento della decisione. Ove non vi sia questa prova, il convenuto in revocatoria può contestare la sussistenza dell'interesse ad agire del curatore.

Nel caso di specie, l'avvenuto deposito del progetto di ripartizione del fallimento nel quale si è proceduto a soddisfare creditori persino postergati agli odierni convenuti, rende privo di interesse il fallimento attore dal proseguire nell'attuale azione revocatoria, perché appare evidente che i beneficiari dell'azione sarebbero gli stessi convenuti in revocatoria. Né il fallimento attore ha provato l'avvenuta ammissione al passivo di ulteriori creditori poziori.

2.5 - Quanto alle ulteriori questioni dedotte dal fallimento, le stesse si rivelano ulteriormente infondate e, paradossalmente, controproducenti per lo stesso fallimento.

Parte attrice ha dedotto che è stata avviata azione di responsabilità nei confronti dei convenuti per danni arrecati alla società, allo stato pendente avanti al Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in Materia di Impresa, con R.G. 3432/2014, ed ha prodotto CTU (doc. 12 fasc. att.) attestante un danno minimo pari ad € 2.090.566,00. Il fallimento vanterebbe, pertanto, nei confronti dei convenuti un controcredito superiore al credito vantato dallo STUDIO T. e dai sindaci per le prestazioni professionali svolte. La pendenza di tale azione ha, poi, comportato l'accantonamento di tali somme nel riparto parziale.

Tuttavia, laddove il curatore deduca che l'interesse ad agire in revocatoria sussisterebbe proprio perché nei confronti dei convenuti è stata proposta una azione di responsabilità che provocherebbe (in tesi) l'acquisizione di ulteriore attivo alla procedura, è logicamente deducibile che queste attività ulteriori che il fallimento acquisirebbe, sarebbero destinate principalmente – in assenza di creditori poziori - proprio a quei creditori che dovrebbero essere soddisfatti e, quindi, paradossalmente ai convenuti. I convenuti, in quanto primi creditori insoddisfatti, sarebbero i primi creditori a beneficiare di quanto astrattamente da costoro versato in favore della massa, nei limiti (naturalmente) di quanto loro spettante. Il che conferma che l'acquisizione di ulteriori utilità alla massa per effetto di altre e diverse azioni, certamente non fa riemergere nel presente giudizio quell'interesse che allo stato fa difetto.

Né può essere valorizzata la circostanza secondo cui i pagamenti oggetto di revocatoria, in quanto non dissimili dai crediti già insinuati allo stato passivo, non potrebbero essere oggetto di distribuzione, perché compensati con i maggiori crediti asseritamente vantati dal fallimento per la dedotta azione di responsabilità. Il fallimento deduce che i crediti già ammessi sono già stati fatti oggetto di compensazione con i maggiori e asseriti crediti della curatela, per cui “se i pagamenti impugnati non fossero avvenuti anteriormente alla dichiarazione di fallimento, i crediti da essi estinti sarebbero stati insinuati ed ammessi al passivo concorsuale, per essere anch'essi compensati con le somme dovute a titolo risarcitorio”, così venendo meno “la certezza del pagamento dei crediti in sede fallimentare” (pag. 12 comp. concl.).

Benché la questione non sia di pertinenza di questo giudice – questione che si affronta quale difesa articolata dal fallimento – va osservato come il curatore non possa accantonare in sede di riparto somme spettanti ai propri creditori deducendo l'esistenza di maggiori controcrediti. L'accantonamento delle somme spettanti allo STUDIO T., effettuato dalla Curatela in ragione della pendenza del giudizio di responsabilità, è in contrasto con il disposto dell'art. 113 l.f., in quanto non ricompreso nelle ipotesi tassativamente previste da tale norma; diversamente, sarebbe stato opportuno procedere a un sequestro conservativo del credito vantato dai creditori controparti del fallimento. In ogni caso, anche prescindendo da tale aspetto, non sarebbe stato lecito operare alcuna compensazione nel caso di specie, anche in considerazione del fatto che il giudice non può pronunciare la compensazione, neppure quella giudiziale, in attesa dell'accertamento giudiziale del controcredito (Cass., Sez. Un. 15 novembre 2016, n. 23225), salvo il menzionato strumento cautelare. Ne consegue che anche le somme a versarsi dai convenuti in revocatoria tornerebbero loro, salvo che venisse accolta nelle more la domanda di risarcimento danni.

La domanda di parte attrice va, quindi, rigettata nel suo complesso.

3 - Le spese seguono la soccombenza nella misura di 2/3, mentre per il residuo 1/3 sono compensate tra le parti in ragione della novità della questione, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda di FALL.TO O. L. SPA IN LIQUIDAZIONE nei confronti di STUDIO T. PROFESSIONISTI ASSOCIATI, in persona del legale rappresentante Giovanni T. e dell'associato Raffaello T.; G. R. E MARIA G. C., nonché nei confronti di I. A., nei confronti della quale è cessata la materia del contendere, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1- dichiara cessata la materia del contendere tra FALL.TO O. L. SPA IN LIQUIDAZIONE e I. A.;

2 - rigetta nel resto la domanda;

3 – condanna FALL.TO O. L. SPA IN LIQUIDAZIONE a rimborsare a STUDIO T. PROFESSIONISTI ASSOCIATI, in persona del legale rappresentante Giovanni T. e dell'associato Raffaello T. G. R. E MARIA G. C. 2/3 delle spese di lite, che si liquidano per l'intero in € 7.250,00 per compensi, oltre 15% spese generali, oltre i.v.a., c.p.a. come per legge; dichiara compensato tra le parti il residuo terzo.

Milano, 26 maggio 2017

Il Giudice Unico
dott. Filippo D'Aquino