

Il Tribunale di Udine,

sezione civile,

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Alessandra Bottan Griselli

Presidente;

dott. Francesco Venier

Giudice

dott. Mimma Grisafi

Giudice rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento iscritto al n° 3182/10 promosso con ricorso depositato il 10/6/10 da

- **A**, con gli avv.ti per mandato a margine del ricorso ex art. 98 l.f.

ricorrente;

contro

- **FALLIMENTO “B S.p.a. in liquidazione”**, con sede in Udine, in persona del Curatore dott. con l'avv. per procura a margine della comparsa di costituzione

resistente;

e

- **C SRL**, corrente in, in persona del legale rappresentante, con gli avv. ti, come da procura a margine della domanda di insinuazione

resistente;

avente ad **oggetto**: impugnazione di credito ammesso allo stato passivo.

CONCLUSIONI:

-per parte ricorrente: “Disconoscere il riconoscimento del privilegio ex art.

2751 bis n.3 cc al credito della C srl, degradando il credito all'ammissione in sola via chirografaria. Disporre la conseguente modifica dello stato passivo. Spese rifuse.”

-per parte resistente Curatela: “Nel merito, in via principale: rigettarsi l'impugnazione avversaria e per l'effetto confermarsi il decreto di esecutività dello stato passivo impugnato. Spese rifuse.”

- per parte resistente C srl: “Respingere l'impugnazione del credito ammesso proposta da controparte perché infondata in fatto ed in diritto e per l'effetto confermarsi lo stato passivo per quanto riguarda l'ammissione del relativo credito in forma privilegiata. Spese rifuse.”

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Il creditore A, il cui credito è stato ammesso al passivo del fallimento B spa in liquidazione in via chirografaria per euro 230.929,27, ha proposto impugnazione avverso il provvedimento di ammissione al passivo della società “C s.r.l.” in via privilegiata ex art. 2751 bis n.3 cc per l'importo di euro 12.186,71, oltre che in via chirografaria per IVA, per spettanze derivanti da un rapporto di agenzia. A sostegno dell'impugnazione ha dedotto che, trattandosi di prestazione fornita da società di capitali, non sussistevano i presupposti per il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 bis n.3, la cui “ratio” era quella di favorire i prestatori d'opera che, al pari dei lavoratori subordinati, traevano dalla loro attività i mezzi per soddisfare i bisogni propri e della propria famiglia.

Nel procedimento si sono costituiti sia la Curatela che il creditore C chiedendo il rigetto dell'impugnazione. La società C srl in particolare ha dedotto di operare solo attraverso il suo amministratore. In sede di note

conclusive la curatela ha altresì contestato l'ammissibilità dell'impugnazione attesa l'assenza di una situazione di "soccombenza", non avendo il ricorrente nella prima fase della verifica, contestato o eccepito alcunché.

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per mancanza del requisito della "soccombenza" in capo al creditore impugnante. Assume la curatela che il creditore A, non avendo sollevato contestazioni all'ammissione del credito nella prima fase di verifica dei crediti, non sarebbe legittimato all'impugnazione, in quanto non "soccombente".

La questione della rilevanza del requisito della "soccombenza" per la legittimazione del creditore all'impugnazione ex artt. 98 e 99 l.f. dell'ammissione di altro credito va esaminata, partendo dall'esame della nuova struttura del procedimento di accertamento dello stato passivo, così come modificato a seguito della riforma del 2006 e del 2007, nelle sue due articolazioni - fase necessaria di accertamento e fase eventuale di opposizione - ed applicando i principi, anche giurisprudenziali, in materia di legittimazione e interesse ad impugnare. All'esito di tale doppio esame ritiene il Collegio che debba escludersi che a carico del creditore sussista un onere di formale "contestazione" del credito concorrente già nell'ambito della fase necessaria della verifica dello stato passivo ai fini della configurabilità sia del requisito della soccombenza formale sia e comunque dell'interesse a impugnare.

Plurime considerazioni conducono a tale conclusione.

In ordine alla nuova struttura della verifica dello stato passivo basti qui porre in evidenza, alla luce della recente giurisprudenza (tra cui da ult.Cass. n.4708/2011), alcuni principi: a) il procedimento si snoda in due fasi, l'una c.d. necessaria davanti al Giudice delegato e l'altra, eventuale, di impugnazione davanti al Tribunale in composizione collegiale; b) nella prima fase il curatore ha acquisito il ruolo di parte, mentre il G.D. si trova in una posizione di terzietà ed imparzialità e deve decidere "*su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati*"; d) la prima fase, per quanto sia configurata ormai come processo di parti (curatore da un parte e creditori dall'altra), a giurisdizione contenziosa, regolata dal principio dispositivo e dall'onere della prova, ha mantenuto (rispetto al precedente) la caratteristica di giudizio a cognizione *sommatoria* in cui non è obbligatoria l'assistenza tecnica a favore del creditore e dove vi è una limitazione al diritto alla prova essendo previsto che il giudice possa procedere "*ad atti di istruzione a richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento*"; e) la seconda fase, di impugnazione, è invece a cognizione piena, non condizionata da preclusioni - né di tipo istruttorio né di merito o processuali, in punto rilevanza di eccezioni in senso stretto - maturate nella fase sommaria, "*perché non espressamente previste dalla legge e, anzi, espressamente escluse dal tenore della legge fall. artt. 99*" L'art. 99 lf. ,pertanto, il quale prevede che il ricorso deve contenere "*a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito, non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti*" e che la comparsa di costituzione deve

avere analogo contenuto a pena di decadenza, deve essere interpretato nel senso che nel giudizio di impugnazione possono proporsi nuove eccezioni in senso stretto, prodursi nuovi documenti e si possono formulare nuove istanze istruttorie; f) ne consegue che la fase cd eventuale non è qualificabile come “appello”, con i limiti imposti dall’art. 345 cpc, ma stante la natura di giudizio di impugnazione vi è solo il divieto di ampliamento del “*thema decidendum*”, e quindi di proposizione di domande nuove e di domande riconvenzionali.

A tali principi si aggiunga che, rispetto alla domanda di ciascun creditore ed alla sua posizione di “parte” nel procedimento, la norma dell’art. 95 l.f. sembra porre una distinzione, tra il curatore e i creditori concorrenti, non priva di rilievo in quanto giustifica il diverso trattamento anche ai fini dell’impugnazione e del requisito della soccombenza. A fronte della insinuazione di ciascun creditore, infatti, il curatore nel progetto di stato passivo deve formulare propriamente delle “*conclusioni*”; gli altri creditori concorrenti, invece, rispetto a tali domande, non hanno il potere di formulare “conclusioni” ma solo di formulare “eccezioni”. Ciò porta a ritenere che, non essendovi per gli altri creditori concorrenti, pur partecipi del procedimento, un onere di “domanda” (in senso lato), non può neppure esservi un onere di contestazione, non previsto peraltro dalla norma a pena di decadenza neppure implicitamente. La tacita adesione alla domanda, proveniente da chi è privo del potere di formulare conclusioni, non può infatti avere alcuna autonoma rilevanza ai fini del decidere. Né alla mancanza di eccezioni può essere attribuito il significato di acquiescenza o di mancata contestazione. L’acquiescenza invero può aversi solo dopo e non prima della pronuncia di una decisione, mentre il principio di non contestazione (che peraltro può

riguardare solo i *fatti*) comporta semmai solo la “*relevatio ad onere probandi*” per il soggetto che, in assenza di contestazione, sarebbe tenuto a provare i fatti che ha allegato, ma non può certo determinare l’inammissibilità dell’opposizione.

Già dall’esposizione di quelle che sono le caratteristiche del procedimento di verifica dello stato passivo risulta evidente, ad avviso del Tribunale, che in mancanza di una norma espressa che imponga, a pena di decadenza, al creditore concorrente un onere di contestazione nella prima fase, non può sostenersi che in caso di “silenzio” il creditore non possa impugnare l’ammissione di altro creditore sollevando eccezioni non sollevate prima.

Ma anche in applicazione dei principi generali in materia di impugnazione ritiene il Collegio che nel caso in esame debba escludersi l’esistenza di una preclusione per difetto di “soccombenza”. Va osservato innanzitutto che l’*interesse ad impugnare* in realtà non necessariamente è connesso alla soccombenza (che si ha non solo quando è stata rigettata una propria domanda ma anche quando è stata accolta una domanda della controparte) ma è più propriamente collegato ad una statuizione capace di arrecare *pregiudizio* alla parte. Se ciò è vero, anche configurando i diversi creditori concorrenti nel procedimento di verifica dello stato passivo come “litisconsorti” – in quanto soggetti coinvolti in una sorta di *contraddittorio incrociato* (attenuato, per quanto sopra detto in ordine al potere di “*concludere*”) - ogni qualvolta viene accolta la domanda di un creditore, ossia ogni qualvolta ad un creditore viene riconosciuto il diritto di concorrere nella distribuzione dell’attivo, tutti gli altri creditori, in astratto, sono “soccombenti”

rispetto a tale riconoscimento che contrasta con la loro pretesa di soddisfarsi, in tesi integralmente, sul patrimonio del fallito. Ciò certamente non è sufficiente per riconoscere la legittimazione del creditore all'impugnazione. L' "interesse ad impugnare" - inteso come vantaggio relativo derivante dall'impugnazione a prescindere dalla soccombenza formale – dovrà infatti sussistere anche in concreto. Colui che impugna, cioè, deve dimostrare di avere anche in concreto un "interesse" all'esclusione dell'altro creditore. Si avrà così che normalmente un creditore privilegiato non ha interesse all'impugnazione del provvedimento di ammissione di un credito chirografario in quanto non ne è pregiudicato, ma non è escluso che tale creditore possa legittimamente far valere un interesse in concreto se ad esempio deduce e prova che la diminuzione della massa passiva può consentire un aumento di di attivo per la proposizione di un concordato fallimentare.

Ciò significa che per l'impugnazione del creditore non è necessario configurare una vera e propria "soccombenza" formale che presupporrebbe, in quanto tale, un onere di ciascun creditore di prendere posizione contro l'ammissione degli altri crediti insinuati sin dalla prima fase della verifica, ma che è sufficiente che sussista l'interesse ad impugnare rappresentato dal pregiudizio che in concreto l'ammissione di un credito può cagionare ad altro creditore.

Nella fattispecie in esame tale interesse è sicuramente ravvisabile in considerazione del fatto che il credito dell'impugnante è stato ammesso in chirografo e ciò che viene richiesto è la modifica del provvedimento di ammissione con degradazione a chirografo di un credito ammesso in privilegio.

Passando quindi al merito dell'opposizione, sostiene l'impugnante che il credito della C srl per spettanze derivanti da rapporto di agenzia non doveva essere riconosciuto dal G.D. con il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 3 cc, in quanto si tratterebbe di privilegio applicabile alle sole persone fisiche che svolgano l'attività di agente e non alle società. A sostegno della tesi invoca: una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 1/2000, che ha ritenuto non fondata in riferimento all'art. 3 Cost. la questione di legittimità della norma dell'art. 2751 bis n. 3 cc da interpretarsi nel senso che esclude il privilegio per i crediti delle società di capitali; una sentenza della Suprema Corte del medesimo anno (Cass. 14/6/2000 n 8114) che ha applicato l'interpretazione della norma suggerita dalla sentenza della Corte Costituzionale; infine una recente sentenza della Suprema Corte del 17/3/2009 n.6481.

Va subito detto che l'ultima sentenza della Suprema Corte, in realtà, non può essere tenuta in considerazione come precedente a favore dell'interpretazione sostenuta dall'impugnante. La pronuncia si occupa infatti di una diversa problematica (spettanza dell'indennità di fine rapporto) e solo come "obiter dictum" fa riferimento a precedente sentenza del 2000 e alla Corte Costituzionale n1/2000, per osservare che *" non pone in discussione ciò che qui rileva, e cioè la spettanza anche all'agente che espliciti la propria attività nella forma della società di capitali del diritto a percepire, le indennità connesse a tale rapporto, e tra queste quella di scioglimento del rapporto medesimo"*.

Esiste invece a favore della tesi dell'impugnante il precedente della Corte Costituzionale (peraltro non vincolante trattandosi di sentenza interpretativa di rigetto) e la sentenza della Suprema Corte n. 8114/2000 le

quali, in contrasto con una precedente pacifica giurisprudenza, hanno sostenuto l'interpretazione contraria all'applicazione del privilegio agli agenti che esercitano la loro attività in forma societaria.

Ritiene tuttavia il Collegio che, a distanza di oltre un ventennio da dette pronunce, siano venute meno le ragioni che hanno condotto a tale restrittiva applicazione della norma, in contrasto con la lettera e con la complessiva "ratio" dell'art. 2751 bis cc. L'interpretazione della Corte Costituzionale si fonda infatti esclusivamente su quella che era l'originaria "ratio" della norma (*"riconoscere una collocazione privilegiata a determinati crediti in quanto derivanti dalla prestazione di attività lavorativa svolta in forma subordinata o autonoma e, perciò, destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore"*). Tale "ratio", pur a tutt'oggi esistente, da un lato, deve essere armonizzata con l'applicazione che di tale norma si è fatta in giurisprudenza ad altre fattispecie del medesimo articolo (ved. artigiano, impresa che in base alla legge 20/3/2001 n.57 oggi può essere esercitata anche nella forma della s.r.l.), rispetto alle quali a ben vedere non vi è ragione di fare una differenziazione con il rapporto di agenzia come osserva la stessa Corte Costituzionale in detta sentenza (menzionando proprio la categoria degli artigiani); dall'altro, va per l'appunto verificata con le ipotesi normativamente introdotte dopo le prime fattispecie (ved. il n.5 bis e 5 ter), da cui si può ricavare il principio che ciò che rileva – sempre che la lettera della norma lo consenta – non è la forma societaria o meno in cui viene svolta l'attività, ma la sostanza del rapporto di lavoro che è alla base e la natura prettamente personale dell'attività svolta, alla luce dell'art. 2083 cc che include fra i piccoli

imprenditori, coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia. Tale interpretazione, più ampia - consentita dalla lettera della disposizione che, significativamente, non fa riferimento come nei numeri 1, 2 e 4 alla persona del creditore (prestatore di lavoro subordinato, professionista o prestatore d'opera, coltivatore diretto ecc) ma alla sostanza del rapporto menzionando le *"provvigioni derivanti da rapporto di agenzia"* - appare sicuramente preferibile, in quanto conforme ad una lettura costituzionalmente orientata della norma.

In ipotesi di agente che svolge la propria attività in forma societaria, in analogia con quanto si ritiene per l'artigiano e in ispecie per il piccolo imprenditore, occorre verificare pertanto se il rapporto di agenzia è svolto prevalentemente con il lavoro proprio dei titolari e se nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale.

Nel caso in esame la società C srl, pur avendo dedotto nella comparsa di costituzione di svolgere l'attività, *"nella persona del signor D, unico componente attivo ed amministratore"*, si è limitato a chiedere prova per testi *"sulle circostanze di cui in narrativa"*, senza però né capitolare né, soprattutto, indicare i testi da assumere. Tale prova di per sé non sarebbe stata sufficiente, ma in ogni caso va ricordato che a norma dell'art. 99 lf. il resistente deve a pena di decadenza formulare le eccezioni non rilevabili d'ufficio, nonché indicare in modo specifico i mezzi di prova e produrre i documenti, con la memoria difensiva di costituzione. Nel caso in esame la resistente ha effettuato la completa e specifica formulazione della prova, con indicazione del teste da assumere, solo con la successiva memoria di data 30/5/11, ossia tardivamente. La prova non può pertanto essere ammessa,

oltre che perché irrilevante, in quanto di per sé non decisiva ai fini dell'accoglimento della pretesa, anche perché tardivamente formulata.

L'impugnazione va pertanto accolta e disposta la modifica dello stato passivo con l'ammissione del credito della C srl interamente in chirografo.

Le spese di lite, stante la novità delle questioni trattate, vengono compensate per intero.

P. Q. M.

Il Tribunale di Udine, definitivamente pronunciando nella causa di impugnazione dello stato passivo iscritta al n°3183/10, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così decide:

1. In accoglimento dell'impugnazione proposta da A e a modifica dello stato passivo della B spa in liquidazione ammette il credito della C per euro 15.172,00, tutto in chirografo
2. Spese compensate.

Così deciso in Udine, nella camera di consiglio dell'8/7/2011.

Il Giudice est.

Il Presidente