

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI AVELLINO
SECONDA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale di Avellino, in composizione monocratica, in persona del giudice dott.ssa Maria Cristina Rizzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile, iscritta al R.G. n. omissis dell'anno 2004, avente ad oggetto: azione di inefficacia ex art. 44 e 67 l.f. e danni, vertente

TRA

FALLIMENTO

E

SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

-attrici-

E

BANCA

-convenuta-

Conclusioni:

le parti hanno concluso come da atti e verbali di causa.

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Le domande di inefficacia ex art. 44 e subordinatamente ex art. 67 comma 2 l.f. proposte dalla curatela si fondano sulla prospettazione di una rimessa effettuata da (omissis), figlia del fallito, ed (omissis), soci illimitatamente responsabili, con denaro del fallito e sul conto della società fallita ad estinzione di un debito della Banca verso la conceria (più precisamente con denaro acquisito dalla figlia del fallito, a seguito della prestazione di garanzia reale pegno su quote societarie di spettanza della società fallita e da quest'ultima illecitamente distratte dalla soddisfazione della massa dei creditori).

La operazione descritta dalla curatela è un'operazione complessa di apertura di credito concessa dalla Banca alla figlia del fallito, garantita da fideiussione a latere della (omissis) nonché dalle contestuali costituzioni di pegno di quote di partecipazione al capitale della società (omissis).

Il motivo del finanziamento alla società fallita è dato dalla volontà espressa dalla stessa di accollarsi il debito della fallita conceria per mero fine di liberalità verso l'azienda di famiglia ed i congiunti, con espressa rinuncia a far valere ogni diritto di rivalsa in sede di eventuali procedure concorsuali.

Assume la Banca che il finanziamento fu pari a 2.200.000.000 di vecchie lire, di cui 1.850.000.000 destinati a ripianare l'esposizione debitoria con rimessa effettuata su di un conto della conceria.

Sentenza, Tribunale di Avellino, Dott. ssa Maria Cristina Rizzi, 15 marzo 2016

Che l'attrice chieda la inefficacia di "una rimessa" (e non di un pagamento diretto alla Banca) si desume inequivocabilmente dalla prospettazione, dalle conclusioni e da tutte le difese.

Ciò è tanto vero che il precedente istruttore, richiamando i principi dettati dalle sezioni unite in materia, ha conferito al c.t.u. specifico incarico sulla rimessa, chiedendo al consulente di accertare se il denaro era stato posto nella disponibilità materiale e giuridica della società fallita e se la rimessa aveva avuto funzione solutoria e non meramente ripristinatoria della provvista.

Come chiarito dalle sezioni unite nella sentenza del 2005 n. 16874, *"In tema di azione revocatoria fallimentare, le rimesse effettuate dal terzo fideiussore sul conto corrente dell'imprenditore, poi fallito, non sono revocabili ai sensi dell'art. 67, secondo comma, della legge fallimentare, quando risulti che attraverso la rimessa il terzo non ha posto la somma nella disponibilità giuridica e materiale del debitore, ma -senza utilizzare una provvista del debitore e senza rivalersi nei suoi confronti prima del fallimento- ha adempiuto in qualità di terzo fideiussore l'obbligazione di garanzia nei confronti della banca creditrice"*. Infatti, in questa ipotesi il pagamento è effettuato dal garante allo scopo di adempiere l'obbligazione di garanzia, autonoma, ancorché accessoria e di contenuto identico rispetto all'obbligazione principale, per evitare le conseguenze cui resterebbe esposto per effetto dell'inadempimento, mentre la modalità del pagamento non determina, di per sé, l'acquisizione della disponibilità della somma da parte del titolare del conto corrente - perchè essa è soltanto contabile ed è priva di autonomia rispetto all'estinzione del debito da parte del terzo -, non incide sulla provenienza della somma dal terzo e sulla causa del pagamento (estinzione dell'obbligazione fideiussoria, in difetto di una diversa imputazione) e perciò non viola la *'par condicio creditorum'*.

Le sezioni unite nella richiamata pronuncia abbracciano l'orientamento secondo il quale (vedi anche Cass. 2002, n. 13479) il versamento (rimessa) eseguito da un terzo sul conto corrente bancario del debitore poi fallito costituisce ex se un atto neutro, con valenza meramente contabile.

Il suo significato giuridico non può essere fissato in modo unitario, ma deve essere valutato alla stregua dei singoli negozi giuridici nei quali di volta in volta trova causa.

Pertanto non può affermarsi che, per il solo fatto di essere stata eseguita sul conto corrente del debitore principale fallito, la rimessa operata dal terzo si trasformi in una posta attiva del correntista nella cui titolarità l'importo accreditato viene a confluire, restando così equiparata alle rimesse o ai versamenti del correntista medesimo, ai fini della revocabilità ai sensi dell'art. 67 della L. F. occorre invece verificare il negozio giuridico nel quale la rimessa trova causa, allo scopo di stabilire se il pagamento sia o meno dovuto, se sia annullabile o revocabile e distinguendo, all'interno delle rimesse, se queste siano riferibili al correntista, al terzo debitore del fallito ovvero al terzo che sia anche debitore della banca.

Ovviamente nella diversa ipotesi in cui il pagamento è effettuato dal terzo con denaro del fallito (o con denaro proprio ma a condizione che abbia esercitato l'azione di rivalsa verso il fallito prima del fallimento con il recupero del relativo credito), come prospettato nella specie, sempre di rimessa in conto corrente si argomenta (non di pagamento diretto alla Banca), sicché è come se la rimessa l'avesse fatta direttamente il fallito, con la conseguenza che permane la necessità di verificare se si tratta di rimesse solutorie o ripristinatorie, essendo revocabili solo le prime.

Atteso che la revocatoria di cui all'art. 67, comma 2, l.fall. applicabile *ratione temporis*, colpisce i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, si considerano tali soltanto le rimesse compiute su un conto scoperto, e, cioè passivo non affidato, ovvero su un conto passivo oltre l'affidamento concesso dalla banca, sicché, laddove il conto sia affidato, solo la rimessa operata entro i limiti di tale affidamento ha natura ripristinatoria della provvista, mentre quella operata oltre tale limite ha evidentemente natura solutoria, ed è come tale revocabile.

In base al meccanismo processuale dell'onere probatorio (con particolare riferimento all'art. 67 l.f.) compete al curatore dimostrare l'esistenza della rimessa, la sua effettuazione nel cosiddetto periodo sospetto e la *scientia decoctionis* da parte della banca; grava, per contro, su quest'ultima fornire la prova dell'eventuale

Sentenza, Tribunale di Avellino, Dott. ssa Maria Cristina Rizzi, 15 marzo 2016

esistenza di un contratto di apertura del credito, dell'ammontare del medesimo e del suo mancato sconfinamento (ex multis, Cass. n. 6031/94; Tribunale Milano, 7.5.2012).

Orbene, il nominato c.t.u., esaminando i dati contabili e la documentazione in atti, non è stato in grado di individuare la rimessa, né di accertare se la stessa fosse confluita sul conto della conceria.

Il c.t.u., nel rispondere al quesito n.2 formulato dal giudice (accerti se attraverso la rimessa in conto corrente, effettuata dalla figlia del fallito, la somma di denaro sia stata posta nella disponibilità materiale e giuridica della società fallita (Cass. sez. un n. 16874/2005) e se la rimessa abbia funzione solutoria e non meramente ripristinatoria della provvista, tenendo conto del saldo contabile del conto corrente), così risponde: *“Dalla documentazione in atti esaminata non è emerso alcun versamento operato sul conto della società poi fallita da parte della figlia del fallito”* (cfr. rel. pag 31).

Aggiunge poi il c.t.u. che nessuna copia degli estratti del conto corrente intercorso tra la conceria e la banca era stata depositata dalla Banca, all'esito di richiesta di documenti fatta dallo stesso c.t.u..

Fermo restando, dunque, che non solo non vi è prova della rimessa e che non sono in atti neppure gli estratti relativi proprio al conto di cui si discute, il c.t.u. non ha fatto corretta applicazione delle regole probatorie che regolano la materia e sopra esaminate (conclusione di tipo giuridico che peraltro non gli competeva) se è vero che era la curatela, e non la Banca, a dover dare prova della rimessa e, una volta dimostrata la rimessa, era la banca a dover dimostrare che il conto era scoperto e non affidato o che, laddove affidato, non vi era stato sconfinamento.

Anzi, va sottolineato che al c.t.u. è stato consentito di acquisire copiosa documentazione in violazione delle preclusioni, essendo pacifico che l'indagine peritale (nella specie disposta nel maggio del 2008) non poteva che essere svolta sulla base dei soli documenti tempestivamente depositati ed acquisiti in giudizio (nel termine ultimo del 5.12.2005 concesso con l'ordinanza del 6.7.2005).

Peraltro, l'eccezione riferibile ai limiti del c.t.u. nell'acquisire documenti è stata sollevata dal c.t.p. della Banca già in sede di inizio delle operazioni peritali; in tale sede il c.t.p. ha evidenziato, altresì, che mancava agli atti ogni prova della rimessa.

Peraltro, proprio in ragione di tale eccezione il c.t.u. ha chiesto al giudice quale documentazione poteva utilizzare ai fini della indagine peritale, ricevendo da precedente istruttore autorizzazione ad avvalersi di tutta la documentazione “contabile ed amministrativa” utile, con ordinanza resa all'udienza del 26.11.2008, con la logica conseguenza che la c.t.u. in atti ha assunto valenza completamente esplorativa.

Infatti, tale autorizzazione non è condivisa dalla scrivente integrando un evidente superamento dell'onere della prova, sicché le attività svolte dal c.t.u. vanno riviste alla luce del materiale probatorio presente al momento del conferimento dell'incarico, come più avanti meglio si dirà.

Sempre in riferimento alla rimessa, il c.t.u. dà poi atto nella relazione che esiste in atti solo una “contabile di giro” della somma di £.1.850.000.000 nella quale la figlia del fallito autorizza la Banca ad utilizzare tale somma per estinguere la posizione debitoria della conceria (si tratta di una autorizzazione di addebito proveniente dalla figlia del fallito tempestivamente prodotta), ma aggiunge che la stessa da sola non consente con certezza di affermare che la rimessa è stata effettuata sul conto della conceria e che non vi è neppure documentazione utile per verificare la natura solutoria o meno della rimessa, mancando del tutto gli atti relativi “alla precisa formazione della esposizione debitoria a cui è stato attribuito l'importo” suindicato e degli atti dimostrativi della esposizione debitoria della conceria (pagg. 34 e 35).

Né può ritenersi che la rimessa sia stata dalla Banca ammessa sulla base di quanto esposto a pag. 9 della comparsa di costituzione, poiché il riferimento ad una annotazione nel conto, letta nel contesto dell'atto, appare più argomento difensivo che ammissione.

Sentenza, Tribunale di Avellino, Dott. ssa Maria Cristina Rizzi, 15 marzo 2016

Dunque, la domanda proposta si fonda su di una rimessa della quale non vi è prova.

Né può la curatela argomentare che si potrebbe comunque esaminare l'ipotesi del pagamento diretto del terzo alla Banca (non attraverso la rimessa), poiché in tal modo la domanda sarebbe collegata a presupposti in fatto (ed in diritto) del tutto diversi e mai dedotti tempestivamente.

La domanda di inefficacia della rimessa va, dunque, rigettata.

Parimenti non accoglibile è la domanda risarcitoria spiegata dalla Banca sul presupposto dell'accertamento *incidenter tantum* del compimento da parte dei funzionari della Banca di specifiche ipotesi di reato analiticamente indicate in citazione.

La curatela chiede la condanna della Banca al risarcimento, in favore della massa dei creditori, di tutti i danni arrecati dalla condotta illecita tenuta dai funzionari della banca medesima, ed integrante gli estremi di reato, posta in essere con l'operazione di costituzione di pegno, erogazione di finanziamento e trasferimento della garanzia pignorizia sulle quote societarie, di cui conosceva la provenienza da fatto di reato (le partecipazioni sociali sulle quali era stato costituito il pegno sarebbe state distratte).

L'azione risarcitoria di cui si discute avrebbe fondamento nell'aver la banca convenuta distratto, o concorso o distrarre, beni pertinenti al fallimento, partendo dal presupposto che le partecipazioni societarie sulle quali era stato prestato il pegno, erano nella titolarità di intestatari fittizi o intestatari fiduciari di cespiti in realtà riconducibili alla società fallita o a qualcuno dei suoi soci.

Orbene, rilevato sommessamente che non è nota la pendenza di un giudizio penale su tali fatti e l'evenienza non è di poco momento data la gravità delle accuse mosse dal curatore (peraltro la relazione del curatore ex art. 33 l.f. è sempre trasmessa agli uffici di procura e nella stessa già sono descritti gli atti distrattivi in questa sede riproposti); ritenuto che l'esistenza di un intento fraudolento in riferimento ai medesimi fatti è già stato escluso dal tribunale fallimentare nella sentenza di omologazione del concordato preventivo in atti prodotta e che tale rilievo, pur non rivestendo tecnicamente valenza di giudicato, di certo indebolisce la prospettazione attorea, ciò che preme rilevare è la assoluta mancanza di prova del danno.

Il danno pari ad oltre 13 milioni di euro è calcolato dal c.t.u. sulla base di documenti dallo stesso acquisiti presso enti pubblici e privati (come indicato chiaramente dal c.t.u. nelle conclusioni e come sopra già evidenziato) in assoluta violazione delle preclusioni, sicchè in tale parte la c.t.u. non è sostanzialmente utilizzabile.

La assoluta complessità della lite integra grave motivo, in applicazione delle regole sulla soccombenza applicabili *ratione temporis*, per compensare interamente tra le parti le spese processuali.

Le spese di c.t.u. vanno poste in via definitiva a carico di tutte le parti in quota uguale ed in solido.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

rigetta ogni domanda;

compensa le spese;

pone le spese di c.t.u. definitivamente a carico di tutte le parti in quota uguale ed in solido.

Così deciso in Avellino il 15.3.2016.

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS