



IL TRIBUNALE DI MODENA

Sezione civile e fallimentare

Il Giudice Delegato dott.ssa Alessandra Mirabelli

visto il reclamo proposto dal dott. C. T. al riparto parziale depositato in data 30/12/2016 dal Curatore del fallimento di FIMTECH S.r.l. (fall. n. 148/2013);

rilevato che il reclamante, premesso di essere stato ammesso al passivo del fallimento per € 40.551,78 con privilegio *ex art. 2751 bis* n. 2 c.c. e di aver instaurato opposizione *ex artt. 98 e 99 L. Fall.* per il riconoscimento della prededuzione, si duole del fatto che, avendo egli optato per non rilasciare la fideiussione ai sensi delle neointrodotte disposizioni del comma 1 dell'art. 110 L. Fall., nessun accantonamento neppure "prudenziale" sia stato effettuato per tenere conto delle proprie pretese, con il rischio che l'attivo realizzato possa non essere sufficiente a coprire tutte le prededuzioni di rango pari al proprio;

che analogo reclamo è stato proposta anche dal dott. F. B. ;

vista la regolare instaurazione del contraddittorio con tutti i controinteressati, cui è stata trasmessa in data 23/1/2017 copia del reclamo e del decreto di convocazione avanti al Giudice Delegato;

rilevato che all'udienza del 15/2/2017 il Curatore ha chiarito che non sono stati effettuati accantonamenti specifici in quanto si tratta di ipotesi tipiche tra le quali non rientra il caso della mera opposizione e ha precisato che l'accantonamento generico non risulta capiente rispetto al credito del reclamante, ma che non è esclusa comunque la possibilità di soddisfacimento in relazione agli sviluppi della liquidazione fallimentare;

OSSERVA

L'art. 6 della legge 30.6.2016 n. 119 (in vigore dal 3 luglio 2016) di conversione del D.L. 3.5.2016 n. 59 ha modificato l'art. 110 L. Fall. e, in particolare, per quanto qui interessa, introdotto due nuovi periodi al suo primo comma che, pertanto, risulta così modificato: <<Il curatore, ogni quattro mesi a partire dalla data del decreto previsto dall'articolo 97 o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato, presenta un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime, riservate quelle occorrenti per la procedura. Nel progetto sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'articolo 51. Nel caso in cui siano in corso giudizi di cui all'art. 98, il

curatore, nel progetto di ripartizione di cui al presente comma indica, per ciascun creditore, le somme immediatamente ripartibili nonché le somme ripartibili previo rilascio in favore della procedura di una fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da uno dei soggetti di cui all'art. 574, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile, idonea a garantire la restituzione alla procedura di somme che risultino ripartite in eccesso, anche in forza di provvedimenti provvisoriamente esecutivi resi nell'ambito dei giudizi di cui all'art. 98, oltre interessi, al tasso applicato dalla Banca Centrale Europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali, a decorrere dal pagamento e sino all'effettiva restituzione. Le disposizioni del periodo precedente si applicano anche ai creditori che avrebbero diritto alla ripartizione delle somme ricavate nel caso in cui risulti insussistente, in tutto o in parte, il credito avente diritto all'accantonamento ovvero oggetto di controversia a norma dell'articolo 98>>.

La decisione sul reclamo dipende dall'interpretazione delle nuove disposizione inserite nell'art. 110 L. Fall e in particolare dalla valutazione se abbiano introdotto o meno un obbligo di accantonamento o comunque di non ripartizione delle somme che potrebbero essere destinate al soddisfacimento di crediti oggetto di opposizione allo stato passivo.

Giova preliminarmente ricordare quale fosse il sistema antecedentemente alla recente modifica normativa. L'art. 113 L. Fall. prevedeva (e prevede tuttora) in caso di riparto parziale due tipi di accantonamento: uno specifico indicato al comma 1 e caratterizzato dal fatto che le somme debbono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato a tutela di quattro categorie di creditori (ammessi con riserva, opposenti a favore dei quali sono state disposte misure cautelari, opposenti la cui domanda è stata accolta ma sulla quale non si ancora formato il giudicato, quelli i cui crediti sono oggetto di revocazione o impugnazione) e uno c.d. generico o meramente contabile previsto ai commi 1 e 2 che consiste nel mero divieto di ripartizione (senza quindi deposito dedicato) di una somma minima pari al 20% delle liquidità ovvero in percentuale maggiore al fine di tenere conto delle spese future, del compenso del curatore e di ogni altro debito prededucibile.

Considerata la tassatività delle ipotesi di accantonamento specifico (tassatività da sempre predicata dalla giurisprudenza anche di legittimità – cfr. da ultimo Cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 18550 del 02/09/2014), nel caso di creditori con opposizioni in corso in favore dei quali non fossero state disposte misure cautelari (es. ammissione provvisoria) o pronunciato provvedimento favorevole nessun deposito di somme poteva essere disposto né, a stretto rigore, dei loro crediti *sub iudice* doveva tenere conto il curatore nel determinare l'ammontare dell'accantonamento generico che, come prima osservato, può essere incrementato rispetto al 20% solo per tenere conto delle maggiori spese di procedura. Su questo ultimo punto, tuttavia, si annota

una prassi dei curatori che ammetteva una certa discrezionalità sull'individuazione della percentuale non distribuibile anche al fine di tenere conto dei crediti oggetto di opposizione per i quali vi fosse una prognosi favorevole di accoglimento, prassi che sotto il regime antecedente al 2006 aveva trovato riconoscimento anche in alcuni precedenti di legittimità (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9901 del 24/05/2004: *“In tema di fallimento, il creditore non ammesso al passivo, pur potendo, come ogni altro interessato, presentare osservazioni al piano di riparto e potendo giovare dell'accantonamento generico e di quegli altri che il giudice delegato può disporre prudenzialmente proprio, ed anche, in relazione all'esito favorevole del giudizio di opposizione allo stato passivo che egli valuta in tal senso sulla base di elementi di probabilità, non ha tuttavia diritto ad un accantonamento specifico, né è consentita, per il carattere tassativo delle sue previsioni, un'applicazione dell'art. 113 legge fallimentare che, in analogia, estenda la previsione di accantonamento ai crediti non ammessi. Tale risultato interpretativo non contrasta con gli articoli 3 e 24 della Costituzione, stante la sostanziale diversità di situazione giuridica in cui vengono a trovarsi, nel procedimento fallimentare, i creditori non ammessi rispetto a quegli altri creditori considerati dalle specifiche previsioni dell'art. 113 legge fallimentare?”*).

A completamento della disciplina sulle ripartizioni deve anche darsi conto del principio di irripetibilità delle somme pagate in sede di riparto (art. 114 L. Fall.) e della necessaria distribuzione in sede di riparto finale di tutti gli accantonamenti, con esclusione di quelli in favore dei creditori condizionali o di quelli *sub iudice* che abbiano ottenuto un provvedimento favorevole non ancora passato in giudicato (art. 117 comma 2 L. Fall.).

Secondo le disposizioni citate, pertanto, il creditore che aveva in corso un giudizio di opposizione risultava destinatario della comunicazione del riparto parziale pur non essendovi ricompreso (in quanto il suo credito non era un credito concorrente perché escluso dal passivo) e poteva quindi chiedere al giudice dell'opposizione l'emissione di un provvedimento cautelare (sulla base di una positiva valutazione del *fumus* della propria pretesa e del *periculum* dato dalla ripartizione in corso); laddove il provvedimento cautelare non fosse stato chiesto o non fosse stato emesso, il creditore opponente poteva fare esclusivamente affidamento sulla discrezionalità del curatore nella determinazione dell'accantonamento generico, ma, laddove il curatore non avesse tenuto conto della sua pretesa nella determinazione delle somme non distribuibili, non aveva la possibilità di dolersi di tale decisione in quanto il reclamo *ex* art. 36 L. Fall. cui l'art. 110 L. Fall. rinvia è proponibile solo per violazione di legge, qui evidentemente non individuabile. Laddove poi il creditore opponente, pur avendo ottenuto un provvedimento definitivamente favorevole, a seguito del riparto parziale e degli sviluppi della procedura non avesse potuto trovare soddisfazione in sede di riparto finale, nulla avrebbe potuto pretendere dai creditori a lui postergati e già soddisfatti, ostandovi il chiaro disposto dell'art. 114 L. Fall. che rende stabili i pagamenti effettuati in sede di riparto parziale. Altrettanto priva di tutela era la posizione del creditore opponente se all'esito della

liquidazione non avesse ottenuto comunque ancora una pronuncia di primo grado favorevole: non aveva infatti diritto ad alcun accantonamento e il fallimento poteva venire chiuso per riparto finale senza attendere l'esito del giudizio sul suo credito (e ciò anche per giurisprudenza assolutamente maggioritaria -- cfr. tra le tante Cass. Sez. 1, Sentenza n. 22105 del 22/10/2007).

Su tale coerente disciplina normativa si è innestata la miniriforma del 2016 con un intervento che, dettato da finalità sicuramente lodevoli (consentire la distribuzione di quanta più liquidità possibile da parte dei fallimenti), crea notevoli difficoltà di coordinamento con gli articoli testé citati e può condurre a un risultato concreto del tutto difforme rispetto alla sua *ratio*.

Il novellato art. 110 comma 1 L. Fall., infatti, non si coordina con la disposizione, peraltro immutata, dell'art. 113 L. Fall. e prevede che il curatore, nel disporre i riparti parziali, "riservi" le somme per le spese di procedura e per il resto individui le somme immediatamente ripartibili e quelle ripartibili ai creditori oppositori solo previo rilascio di una fideiussione a garanzia della restituzione di quanto ripartito in eccesso all'esito dei giudizi di cui all'art. 98 L. Fall.

La lettura che si deve dare di tale norma è che, laddove il creditore opponente si possa collocare utilmente all'esito favorevole dell'opposizione nel riparto parziale delle liquidità disponibili (al netto, cioè, delle sole spese di procedura previste), gli deve essere data la possibilità di ottenere anticipatamente l'assegnazione delle somme previo rilascio di idonea garanzia di restituzione.

Fin qui la norma appare chiara e non particolarmente problematica (salvo doversi "inventare" tempistiche e procedimento per consentire ai creditori l'esercizio del diritto al pagamento anticipato con rilascio della fideiussione), ma la vera criticità emerge laddove il creditore opponente non presti la garanzia: il quarto periodo del primo comma dell'art. 110 L. Fall. prevede infatti che ai creditori "che avrebbero diritto alla ripartizione delle somme ricavate nel caso in cui risulti insussistente, in tutto o in parte, il credito avente diritto all'accantonamento ovvero oggetto di controversia a norma dell'articolo 98" si applichi il periodo precedente, ovvero la facoltà di ottenere il pagamento in sede di riparto previa prestazione di fideiussione. Ciò significa, inequivocabilmente, che i creditori concorrenti che sarebbero postergati rispetto a quelli oppositori (non solo gli oppositori con diritto all'accantonamento specifico, ma anche agli oppositori *tout court*), qualora le somme da ripartire non fossero sufficienti a pagare sia loro che gli oppositori, non avrebbero diritto al pagamento e potrebbero ottenerlo solo prestando la fideiussione per la restituzione (evidentemente a favore degli oppositori qualora questi risultassero definitivamente vittoriosi). Se così è, si deve allora ritenere che il legislatore (non si sa quanto consapevolmente, dato il mancato coordinamento con l'art. 113 L. Fall.) abbia voluto introdurre un obbligo di accantonamento (*rectius*, divieto di distribuzione o accantonamento meramente contabile) in favore di coloro che abbiano anche soltanto un

giudizio di opposizione in corso in primo grado e ciò a prescindere da ogni deliberazione circa la fondatezza o meno della loro pretesa.

Si comprende allora che il sistema delineato dalla disciplina del 2006 risulti del tutto stravolto e, tuttavia, non appare possibile una diversa interpretazione delle nuove disposizioni che le renda conformi al sistema previgente, ritenendo, ad esempio, che l'accantonamento generico a favore dell'opponente debba essere effettuato solo sulla base della discrezionalità del curatore, perché diversamente la possibilità di pagamento dei creditori successivi non dipenderebbe solo dal fatto che prestino la fideiussione, ma anche dal fatto che il curatore la ritenga necessaria, il che non è previsto dalla norma.

Anche i primi commentatori hanno evidenziato la rottura col passato e parlato di un cambiamento "epocale" in quanto l'attribuzione ai creditori oppositori di una soddisfazione anticipata del loro credito non ancora accertato è in contrasto con il consolidato orientamento contrario della giurisprudenza, che, come osservato, non ammetteva in alcun modo tali creditori all'accantonamento e hanno altresì evidenziato come tale norma porterà all'effetto di una considerevole riduzione dell'attivo netto ripartibile in quanto la somma oggetto di distribuzione dovrà tener conto in ogni caso della pendenza dei giudizi di opposizione (a prescindere dalle probabilità di esito favorevole) e potrebbe quindi avallare prassi ostruzionistiche, quali quelle di promuovere giudizi di opposizione di dubbia fondatezza pur di ostacolare la ripartizione dell'attivo, con effetto opposto all'intenzione del legislatore che voleva fosse ripartita quanta più liquidità possibile; la considerazione è tanto più realistica se si tiene conto del fatto che la fideiussione che deve essere prestata, proprio perché deve essere equivalente a un deposito di somme, risulterà particolarmente onerosa, per cui difficilmente la norma avrà concreta applicazione se non con riguardo al divieto di distribuire le somme che spetterebbero ai creditori oppositori.

Ciò premesso in ordine all'esegesi delle norme applicabili, occorre quindi valutare la fondatezza del reclamo.

Come precisato, in passato nessuna doglianza poteva essere fondatamente proposta al riparto con riguardo all'entità dell'accantonamento generico da parte di un creditore opponente non avente diritto all'accantonamento specifico: oggi la soluzione deve ritenersi opposta, in quanto il creditore opponente non è più titolare di un'aspettativa di mero fatto, ma di un vero e proprio diritto all'accantonamento, seppure nelle forme attenuate della capienza dell'accantonamento meramente contabile (che, per inciso, diversamente da quello specifico di cui al n. 3) dell'art. 113 L. Fall. deve essere distribuito in caso di riparto finale – cfr. art. 117 commi 1 e 2 L. Fall.).

Nel caso di specie il Curatore nel riparto parziale, dopo aver determinato l'accantonamento generico, ha previsto di pagare con la massa attiva mobiliare l'acconto sul proprio compenso e il rimborso delle spese

vive già riconosciuti dal Tribunale, le prededuzioni accertate allo stato passivo e relative a crediti privilegiati *ex art. 2751 bis n. 1 c.c.* e ha quindi attribuito delle somme in pagamento soltanto all'avv. G. B. in qualità di creditore opponente – peraltro su pretesa identica a quella dell'odierno reclamante – che ha presentato la fideiussione, mentre nessun accantonamento è stato effettuato in favore del dott. T. e del dott. B. ed anzi il Curatore ha espressamente dichiarato che nell'accantonamento generico non vi è capienza per il caso di accoglimento delle opposizioni dei reclamanti con riconoscimento della prededuzione ai loro crediti.

Ne consegue, per quanto sopra esposto, che il riparto *de quo* deve essere annullato con esclusivo riferimento alla previsione di pagamento integrale dell'avv. B. in quanto le altre assegnazioni sono di grado peggiore rispetto a quella dell'avv. B. e dell'odierno reclamante (che hanno richiesto il riconoscimento della prededuzione con riguardo a crediti già ammessi al passivo con privilegio *ex art. 2751 bis n. 2 c.c.*) e non vengono quindi “intaccate” dall'accoglimento del reclamo.

All'avv. B. pertanto, potrà essere esclusivamente assegnata nel riparto *de quo* una somma calcolata su quanto ripartibile (che coincide con quanto originariamente gli era stato destinato) in proporzione al proprio credito e tenuto conto dei diritti dei creditori nella medesima situazione giuridica e non tutelati da accantonamenti già previsti. Il resto dovrà confluire nell'accantonamento generale.

Il riparto parziale, quindi, in quanto non vi si era ancora provveduto ai sensi dell'art. 110 u.c. L. Fall., deve essere dichiarato esecutivo per la parte non annullata e per quanto qui previsto con riferimento alla minor assegnazione in favore dell'avv. G. B.

P.Q.M.

In accoglimento del reclamo proposto dal dott. Claudio Trenti, annulla il riparto parziale depositato il 30/12/2016 nella parte in cui prevede il pagamento integrale del creditore opponente avv. G.

B., dichiarandolo esecutivo per le restanti parti e per la minor somma indicata in parte motiva per quanto attiene all'avv. G. B.

Autorizza il Curatore ai relativi pagamenti.

Si comunichi al reclamante, al Curatore e, da parte di quest'ultimo, a mezzo PEC a tutti i creditori interessati.

Così deciso in Modena il 3/4/2017

Il Giudice Delegato

dott.ssa Alessandra Mirabelli