

*I pagamenti eseguiti dal fallito a favore dei somministratori di manodopera non sono esenti da revocatoria*

Tribunale di Milano, 2 novembre 2015. Giudice Francesca Mammone.

**Fallimento - Azione revocatoria fallimentare - Esenzione - Eccezioni in senso stretto - Esclusione**

*La irrevocabilità di un pagamento per effetto di un'esenzione contenuta nell'articolo 67, comma 3, legge fall. non rientra nelle eccezioni in senso stretto che possono essere esaminate dal giudice solo se sollevate dalla parte, in quanto tutte le ragioni che possono condurre al rigetto della domanda per difetto delle relative condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio in base alle risultanze acquisite al processo, sempre che tale rilievo non sia impedito o precluso da specifiche regole processuali (cfr. Cass. 11108/2007 e, nello stesso senso, Cass. 4528/2008 con riferimento all'eccezione di inapplicabilità dell'art. 67, c.1 l.f.).*

**Fallimento - Azione revocatoria fallimentare - Esenzione relativa ai pagamenti per prestazioni di lavoro - Applicazione ai pagamenti eseguiti a favore dei somministratori di manodopera - Esclusione**

*L'esenzione da revocatoria di cui all'articolo 67, comma 3, lett. g) dei pagamenti per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti o altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito non può essere invocata a favore dei pagamenti eseguiti dal fallito ai somministratori di manodopera, i quali non fanno valere un diritto di credito dei lavoratori, bensì un credito proprio, diverso ed estraneo rispetto alle obbligazioni assunte nei confronti dei lavoratori.*

*(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)*

Oggetto: revocatoria ex art. 67 l.f.

All'udienza del 26 maggio 2015 le parti hanno precisato le conclusioni come segue:

Per l'attore Fallimento OSC Service Center s.p.a.

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito: - respinta ogni contraria e diversa domanda, istanza, eccezione e deduzione; - emesse tutte le più opportune pronunzie, condanne e declaratorie del caso: 1) dichiarare inefficace nei confronti della massa dei creditori del Fallimento OSC Service Center S.p.A. e revocare, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f. - per i motivi di cui in atti - il pagamento per complessivi Euro 45.000,00 (così come meglio individuati e descritti nel paragrafo II della citazione) effettuato da OSC

Service Center S.p.A. a favore di Manpower S.p.A. (oggi Manpower S.r.l. con socio unico) in data 19 gennaio 2010 a mezzo assegno circolare, in quanto effettuato da OSC Service Center S.p.A. a favore di Manpower S.p.A. (oggi Manpower S.r.l. con socio unico) nel semestre anteriore alla dichiarazione di insolvenza di OSC Service Center S.p.A. e nella consapevolezza da parte della convenuta medesima dello stato di insolvenza di OSC Service Center S.p.A.; 2) conseguentemente, dichiarare tenuta e condannare Manpower S.r.l. con socio unico, in persona del legale rappresentante in carica, a pagare al Fallimento OSC Service Center S.p.A. il sopramenzionato importo di Euro 45.000,00 (ovvero quello eventualmente diverso, maggiore o minore, che risulterà dovuto all'esito del giudizio), oltre agli interessi legali ed al maggior danno, ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c., a far tempo dalla notifica della citazione fino al saldo; 3) in ogni caso: dichiarare tenuta e condannare la convenuta, in persona del legale rappresentante in carica, alla rifusione a favore del Fallimento OSC Service Center S.p.A. delle spese, diritti ed onorari (oltre IVA ed oneri accessori) del presente giudizio”.

Per la convenuta Manpower s.r.l.

“Voglia il Tribunale di Milano disattesa e respinta ogni contraria domanda, ragione, istanza, eccezione o deduzione avversaria: In via preliminare di rito: a) accertare e dichiarare la decadenza dall'azione revocatoria intrapresa dal Fallimento OSC ai sensi dell'art. 69 bis legge fallimentare; In via preliminare e nel merito: b) accertare e dichiarare l'inammissibilità e improcedibilità dell'intrapresa azione ai sensi dell'art. 67 comma 3 lettera f) legge fallimentare che non assoggetta a revocatoria i crediti per prestazioni di lavoro; c) accertare e dichiarare l'inammissibilità ed infondatezza della stessa azione ai sensi dell'art. 67, comma 2, per mancanza del requisito soggettivo previsto dalla norma. Conseguentemente rigettare la domanda avversaria, alla luce delle sollevate eccezioni preliminari e di merito”.

#### Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato a Manpower s.r.l. (già Manpower s.p.a.) in data 21 novembre 2013, il Fallimento OSC Service Center s.p.a. ha agito ai sensi dell'art. 67, c. 2, l.f. per sentir revocare il pagamento di €45.000,00 eseguito a favore di Manpower s.p.a., in quanto effettuato nel semestre antecedente la data di dichiarazione di insolvenza della società ed in esecuzione di una transazione raggiunta con il creditore nel corso del procedimento prefallimentare instaurato da quest'ultimo.

La società convenuta si costituiva in giudizio in data 5 marzo 2014, eccependo in via preliminare la decadenza del curatore dell'azione ai sensi dell'art. 69 bis l.f. e, nel merito, la mancanza dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione revocatoria, chiedendo dunque il rigetto della domanda.

La causa, istruita documentalmente, è stata posta in decisione sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 26 maggio 2015.

Al fine di meglio delineare il thema decidendum, è opportuno riepilogare brevemente i fatti dai quali trae origine la presente controversia.

Tra OSC e Manpower è intercorso, nell'anno 2008, un rapporto di somministrazione di manodopera.

Nell'estate del 2008 Manpower chiedeva ed otteneva dal tribunale di Milano nei confronti di OSC un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo per €1.039.717,83, La debitrice onorava solo in parte il proprio

debito, sicché Manpower, ancora creditrice di €141.000,00, dapprima notificava alla debitrice un nuovo precetto e poi, nell'autunno del 2009, chiedeva il fallimento di OSC. Il giorno prima dell'udienza, e cioè il 19 gennaio 2010, le parti sottoscrivevano una transazione (cfr. doc 19 di parte attrice), con la quale OSC s.p.a. si impegnava a saldare ratealmente, nell'arco di sette mesi, il debito residuo e consegnava contestualmente a Manpower un assegno circolare di €45.000,00 (cfr. doc. 17 di parte attrice).

Tuttavia, in data 29 aprile 2010 il Tribunale di Milano dichiarava ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 270/99 l'insolvenza della OSC s.p.a.; il 22 novembre 2010 ne dichiarava il fallimento per mancanza dei presupposti di cui all'art. 27 del medesimo decreto legislativo (cfr. doc. 2 parte attrice).

La curatela ha dunque agito per la revoca del pagamento.

Manpower, che non contesta di aver incassato la somma né la data del pagamento, ha eccepito, in primo luogo, la decadenza dall'azione in quanto esercitata dopo oltre tre anni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza

E' pacifico, tuttavia, che Manpower, come da sua stessa ammissione (cfr. pag. 9 della comparsa conclusionale), si è costituita oltre il termine di cui all'art. 166 c.p.c., con conseguente tardività ed inammissibilità delle eccezioni non rilevabili d'ufficio.

E poiché, a mente dell'art. 2969 c.c. la decadenza non è rilevabile d'ufficio, salvo attenga a materia sottratta alla disponibilità delle parti, l'esame dell'eccezione è precluso.

Non vi è ragione infatti per ritenere che il limite temporale stabilito dalla legge sia stato posto a servizio di diritti indisponibili, piuttosto che a tutela dell'interesse del convenuto alla certezza dei rapporti giuridici ed alla stabilità dei loro effetti. Detta conclusione trova conferma, del resto, nella giurisprudenza di legittimità che, nell'affrontare il tema della natura costitutiva dell'azione revocatoria, ha avuto modo di precisare anche che "se il necessario ricorso, per la curatela, all'azione giudiziale è disposto essenzialmente a tutela della controparte... , nulla esclude che il destinatario dell'azione possa rinunciare a quella forma di tutela a suo vantaggio, in materia di diritti patrimoniali disponibili, rendendo così inutile l'instaurazione o la prosecuzione del giudizio" (cfr. Cass. n. SSUU 5443/96).

Passando quindi all'esame del merito, si è già visto come non vi sia contestazione sulla revocabilità del pagamento impugnato sotto il profilo temporale.

Piuttosto, la convenuta, invoca l'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, c. 3 lett. F ), poiché il pagamento ricevuto rappresenterebbe il rimborso delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori avviati presso OSC in esecuzione del contratto di somministrazione stipulato.

Occorre dunque interrogarsi sulla natura dell'eccezione, giacché è evidente che, attesa la tardiva costituzione in giudizio, ove dovesse ritenersi che si tratti di eccezione in senso proprio e dunque di eccezione sottratta al rilievo d'ufficio, se ne dovrebbe affermare l'inammissibilità .

Imprescindibile è il richiamo alla nota sentenza n.1099/1998 delle Sezioni Unite Civili che ha stabilito che il regime normale delle eccezioni è quello della rilevabilità di ufficio, in funzione dell'assolvimento del compito primario del processo, di "servire all'attuazione di diritti esistenti e non alla creazione di diritti nuovi" ed ha confinato l'ambito della rilevabilità a istanza di parte ai casi specificamente previsti dalla

legge in cui singole disposizioni prevedano espressamente come indispensabile l'iniziativa di parte ed ai casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), dovendosi ritenere, negli altri casi, la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi comunque risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito.

Orbene, l'art. 67 l.f. non riserva in modo espresso il rilievo dell'eccezione alla parte e l'allegazione dell'esenzione non corrisponde - come invece avviene nel caso del diritto di annullamento, di rescissione, di risoluzione - all'esercizio di un diritto potestativo del convenuto, da esercitare in giudizio necessariamente, perché si verifichi il mutamento della situazione giuridica.

A ciò si aggiunga che la norma, nell'elencare le ipotesi di esenzione, dispone che i pagamenti eseguiti a favore di determinati soggetti o in date circostanze "non sono soggetti all'azione revocatoria", sicché sembra configurare un elemento negativo della fattispecie che, in quanto tale, ben può essere accertato dal giudice d'ufficio.

Anche in relazione all'art. 67, c. 3, l.f. deve dunque escludersi che l'irrevocabilità del pagamento costituisca oggetto di un'eccezione in senso stretto, come già affermato, del resto, dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 67, c. 1, l.f., considerato che "tutte le ragioni che possono condurre al rigetto della domanda per difetto delle relative condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio in base alle risultanze acquisite al processo, sempre che tale rilievo non sia impedito o precluso da specifiche regole processuali (cfr. Cass. 11108/2007 e, nello stesso senso, Cass. 4528/2008 con riferimento all'eccezione di inapplicabilità dell'art. 67, c. 1 leg. fall.).

Nella fattispecie in esame Manpower non può però beneficiare di nessuna esenzione.

L'esenzione invocata, che mira a favorire i pagamenti che abbiano un'attinenza con la continuazione dell'attività di impresa ed a tutelare l'interesse dei lavoratori e dei collaboratori dell'impresa, i cui crediti hanno natura privilegiata, riguarda "i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito".

Essa giova, pertanto, ai pagamenti effettuati direttamente dal datore di lavoro al lavoratore, anche non subordinato.

E' pacifico, invece, che la convenuta/accipiens, non rivesta la qualità soggettiva di dipendente o collaboratore della fallita, ma semplicemente, nei rapporti intercorsi con OSC, quella di fornitore di servizi.

E' noto, infatti, che il contratto di somministrazione coinvolge una pluralità di soggetti, tra i quali si instaurano relazioni differenti.

In particolare, tra il somministratore, l'utilizzatore ed il lavoratore sorge un rapporto complesso, connotato dalla scissione tra chi esercita i poteri datoriali (utilizzatore) e il soggetto in capo al quale il rapporto di lavoro si instaura e cioè il somministratore (cfr. Cass. SU. n. 22910 del 26/10/06) in capo al quale, ai sensi dell'art. 21, lett. h) del d.lgs. 276/2003 -nella disciplina vigente prima dell'abrogazione ad opera del d.lgs. 81/2015- è posta direttamente l'obbligazione di retribuzione e del versamento dei contributi previdenziali al lavoratore. Tant'è che l'art. 27 del d.lgs.

276/03, consente al lavoratore di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore solo in caso di violazione degli artt. 20 e 21 del d.lgs. citato.

Tra l'utilizzatore ed il somministratore, invece, si instaura un rapporto commerciale dal quale sorge per l'utilizzatore esclusivamente l'obbligo di rimborsare i pagamenti (retribuzioni) effettuati dal somministratore, oltre che di ricompensarlo, come è accaduto in concreto, per l'ulteriore attività svolta a suo vantaggio di ricerca e selezione del personale (cfr. le fatture nn.70002813, 70002814, 70002815 del 2008 in atti).

Tanto basta, nel caso in esame, per escludere che la norma di cui all'art. 67 c. 3 l.f. possa essere interpretata fino a riconoscere l'esenzione ai somministratori di manodopera, che non fanno valere un diritto di credito dei lavoratori, bensì un credito proprio, diverso ed estraneo rispetto alle obbligazioni assunte nei confronti dei lavoratori (nello stesso senso, si veda Trib. Roma, 18/6/2013, est. Ruggiero, allegata dalla curatela come doc. 20).

Ne offre conferma, del resto, anche l'art. 2751 bis c.c., che, in ragione della differente natura dei crediti, che di per sé giustifica la diversità di trattamento, riconosce diverso grado di privilegio alle retribuzioni (n. 1) ed ai crediti di imprese somministratrici di lavoro (n. 5 ter).

Venendo quindi a verificare la sussistenza del requisito soggettivo dell'azione, non vi è dubbio che lo stesso possa ritenersi positivamente accertato.

Le difficoltà economiche di OSC avevano ricevuto rilevanza mediatica fin dal mese di novembre 2009, quando erano comparsi articoli di stampa che davano notizia degli ingenti debiti della società e della difficoltà di pagare gli stipendi ai lavoratori (cfr. docc. 8-12).

Ma soprattutto, non è contestato ed è documentalmente provato che Manpower, avendo OSC maturato un debito di oltre un milione di euro e non avendo onorato un primo piano di rientro proposto nel mese di aprile del 2008, abbia chiesto ed ottenuto decreto ingiuntivo nei confronti di OSC, espressamente invocando la concessione della provvisoria esecuzione sussistendo "pericolo nel ritardo" (cfr. doc. 18 di parte attrice), abbia notificato precetto, abbia accettato una prima proposta di pagamento rateale ed infine, stante il perdurare dell'inadempimento e l'impossibilità di recuperare il credito, abbia depositato avanti al tribunale di Milano ricorso per la dichiarazione di fallimento di OSC. Ed è a seguito del deposito del ricorso che la debitrice ha formulato una proposta di pagamento in ulteriori sette rate ed a versato la somma di cui oggi la curatela pretende la restituzione (cfr. transazione prodotta sub doc. 19 di parte attrice).

Orbene, l'assenza di valide ragioni per contestare l'esistenza del credito, implicita nella decisione di non proporre opposizione a decreto ingiuntivo e la necessità di ricorrere a ben due dilazioni di pagamento per far fronte ad un credito riconosciuto, dimostrano di per sé la situazione di illiquidità di OSC.

Il protrarsi poi dell'inadempimento e la formulazione, a seguito della proposizione di un'istanza di fallimento, di un'ulteriore (la terza) proposta di pagamento, avente ad oggetto il versamento di 141.000 euro in sette rate, fino al mese di luglio 2010, provano come detta situazione di illiquidità, a distanza di oltre due anni dall'emissione del decreto ingiuntivo, non si fosse in alcun modo risolta.

Si tratta di circostanze inequivocabilmente rivelatrici della perdurante e confessata incapacità del debitore di pagare alle scadenze, a fronte delle quali può ritenersi acquisita non già la prova in via presuntiva, ma la prova diretta della scientia decoctionis in capo a Manpower, cristallizzata nel deposito del ricorso per la dichiarazione di fallimento.

Si impone quindi la revoca del pagamento di €45.000 effettuato da OSC nei confronti di Manpower s.r.l. che dovrà restituire al fallimento detto importo, maggiorato degli interessi legali dalla data della notificazione dell'atto di citazione (21/11/2013) al saldo effettivo. Non spetta invece l'invocata rivalutazione monetaria, attesa la natura del credito ed in mancanza di prova di un maggior danno verificatosi per effetto della svalutazione monetaria, non assorbito dall'attribuzione degli interessi al saggio di legge.

Quanto alle spese, le stesse seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo avuto riguardo al valore della controversia ed all'attività difensiva svolta.

P.Q.M.

Il tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa, così dispone:

- revoca e, per l'effetto, dichiara inefficace il pagamento di € 45.000,00 effettuato a mezzo di assegno circolare del 14 gennaio 2010 da OSC Service Center s.p.a. nei confronti di Manpower s.p.a. (ora s.r.l.);
- condanna Manpower s.r.l. alla restituzione di €45.000,00 in favore del Fallimento OSC Service Center s.p.a oltre gli interessi al tasso legale dal 21/11/2013 al saldo effettivo.;
- condanna Manpower s.r.l. a rimborsare al Fallimento OSC Service Center s.p.a le spese di lite, che determina in €4.700,00 per compensi, oltre rimborso spese generali nella misura del 15% dei compensi, iva e cpa di legge.

Così deciso in Milano, il 2 novembre 2015