[AZA 3]

5C.137/2000

II CORTE CIVILE
****

29 agosto 2000

Composizione della Corte: giudici federali Reeb, presidente,
Raselli e Merkli.
Cancelliere: Piatti.

Visto il ricorso per riforma del 13 giugno 2000 presentato dalla Massa fallimentare Luc S.A., attrice, Bellinzona, patrocinata dall'avv. Renata Loss Campana, Bellinzona, contro la sentenza emanata il 9 maggio 2000 dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino nella causa che oppone la ricorrente alla Massa fallimentare Sunshine Holding S.A., convenuta, Lugano, rappresentata dall'Ufficio fallimenti del distretto di Lugano, Viganello, in materia di contestazione della graduatoria;
Ritenuto in fatto :

A.- Il 23 dicembre 1991 Sergio Ponzio, amministratore unico della Luc S.A., ha sottoscritto a nome e per conto della predetta società una dichiarazione di postergazione di credito in cui egli ha indicato, sulla base del bilancio al 31 dicembre 1990 della Sunshine Aviation S.A., di rinunciare, parzialmente o totalmente, a richiedere il pagamento del mutuo nel caso in cui gli attivi non fossero sufficienti a coprire interamente i creditori. In caso di fallimento o concordato egli ha pure menzionato di rinunciare ai suoi crediti e di poter avanzare delle pretese sulla sua quota solo nel caso in cui gli altri creditori dovessero essere completamente soddisfatti. Tale dichiarazione rimaneva valida finché vi erano dei creditori terzi non coperti dagli attivi societari.

Il 30 novembre 1998 l'Ufficio fallimenti di Lugano ha depositato la graduatoria del fallimento della Sunshine Holding S.A., in cui il mutuo concesso dalla Luc S.A. alla fallita è stato iscritto in terza classe quale credito postergato.
Con lettera del 26 novembre precedente, l'amministrazione del fallimento della Sunshine Holding S.A. ha comunicato all'amministratrice speciale del fallimento della Luc S.A., che il credito di questa società è iscritto quale credito postergato in base alla dichiarazione di postergazione annessa ai verbali delle assemblee degli azionisti e che esso verrà preso in considerazione nell'ambito della ripartizione dei ricavi unicamente se tutti i creditori precedenti risultassero interamente tacitati.

B.- Il 16 dicembre 1998 la massa fallimentare Luc S.A. ha convenuto in giudizio la massa fallimentare Sunshine Holding S.A. con un azione tendente all'iscrizione in terza classe - senza riserve - nella graduatoria del fallimento della Sunshine Holding S.A. di un credito di fr.
3'860'395.–. L'attrice ha contestato la validità della dichiarazione di postergazione, avendo Sergio Ponzio agito - in doppia rappresentanza - quale amministratore sia della Luc S.A. che della Sunshine Holding S.A. La dichiarazione sarebbe inoltre revocabile in virtù dell'art. 288 LEF, poiché Sergio Ponzio ha sottoscritto la dichiarazione di postergazione in un momento in cui la società era indebitata, pregiudicando i creditori della Luc S.A. La convenuta ha chiesto la reiezione della petizione.

Con sentenza 18 gennaio 2000 il Pretore del distretto di Lugano ha respinto l'azione. Egli ha dapprima rigettato l'eccezione della convenuta secondo cui la domanda tendente all'annullamento di una dichiarazione di postergazione non era proponibile nell'ambito di un'azione di contestazione della graduatoria. Nel merito ha ritenuto che la prassi ammette largamente la doppia rappresentanza di un organo societario nei casi di società tra loro strettamente collegate, in considerazione delle necessità economiche. In concreto risulta che entrambe le società appartenevano al medesimo gruppo facente capo a Sergio Ponzio e che erano concatenate fra di loro

in intricati rapporti di dare e avere. Inoltre, non è stata apportata la prova che la dichiarazione di postergazione sia avvenuta con l'intenzione riconoscibile dall'altra parte di recar pregiudizio ai suoi creditori o di favorirne alcuni a detrimento di altri.

C.- Il 9 maggio 2000 la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, adita dall'attrice, ha confermato il giudizio di primo grado. I giudici cantonali hanno indicato che a giusta ragione il Pretore aveva respinto la tesi della nullità dell'atto di postergazione per effetto dell'art. 288 LEF, non essendo stata apportata la prova del dolo. L'argomentazione dell'appellante su questo punto, basata sul fatto che Sergio Ponzio sarebbe stato azionista maggioritario, amministratore nonché persona di riferimento di entrambe le società, oltre a essere semplicistica, si sovrappone a quella della doppia rappresentanza.
Con riferimento a quest'ultima problematica, i giudici cantonali hanno rilevato che una dichiarazione di postergazione, quale contratto a favore di terzi, eccede i limiti del solo rapporto bilaterale tra creditore rinunciante e la società anonima debitrice, motivo per cui la questione della doppia rappresentanza non può essere circoscritta al solo contesto delle parti che hanno il rappresentante comune, ma dev'essere affrontata alla luce della tutela della buona fede di tutti i terzi creditori beneficiari della postergazione, che potevano fare affidamento su tale dichiarazione.
La tutela di tali creditori, non tenuti a essere a conoscenza della doppia rappresentanza, impedisce di sanzionare con la nullità la dichiarazione di postergazione. Inoltre, se da un lato l'appellante ha peggiorato, in caso di un fallimento, la propria situazione con riferimento agli altri creditori, essa ha con la dichiarazione di postergazione fornito alla debitrice una possibilità di risanamento, risanamento di cui avrebbe beneficiato anche l'attrice.

D.- Il 13 giugno 2000 la massa fallimentare Luc S.A. ha inoltrato al Tribunale federale un ricorso per riforma con cui postula la modifica della decisione impugnata nel senso che la petizione è accolta e nella graduatoria del fallimento della Sunshine Holding S.A. è inserito, senza postergazione, un credito di fr. 3'860'395.– a favore dell'attrice. Con risposta 10 agosto 2000 la convenuta propone la reiezione del gravame.

Considerando in diritto :

1.- Se né la sentenza impugnata (art. 51 cpv. 1 lett. a OG) né l'atto ricorsuale indicano il valore litigioso e lo stesso non può essere determinato di primo acchito dal Tribunale federale in base agli atti di causa, il ricorso si rivela inammissibile (DTF 109 II 491 consid. 1c/ee).

In concreto la sentenza cantonale è totalmente silente sul tema, mentre l'attrice asserisce che, vista la situazione della massa fallimentare convenuta, è ragionevole ritenere che il valore della lite supera i fr. 8'000.– previsti dall'art. 46 OG, senza però motivare oltre tale asserzione. La convenuta non contesta che il valore della lite eccede fr. 8'000.–, ma rileva l'insicurezza della quantificazione. Ora, dalla graduatoria risultano crediti non garantiti da pegno per un totale di fr. 6'579'102, 10.
Nell'inventario del fallimento risulta una pretesa - non gravata da un diritto di pegno - della convenuta nei confronti dell'Air Engadina S.A. di fr. 749'024.–. Ne segue che tali crediti dispongono di un grado di copertura di quasi 11,4%, che riferito alla pretesa dell'attrice corrisponde a un valore - di lite - di circa fr. 440'000.–. È esatto che la convenuta ritiene la pretesa nei confronti dell'Air Engadina S.A. di difficile incasso, ma non fornisce alcuna spiegazione per tale affermazione. In queste circostanze si giustifica ritenere che il valore della lite supera fr. 8'000.–, motivo per cui il ricorso risulta ammissibile dal profilo dell'art. 46 OG.

2.- Nella procedura del ricorso per riforma il Tribunale federale pone a fondamento della sua sentenza i fatti così come sono stati accertati dall'ultima autorità cantonale, salvo che siano state violate disposizioni federali in materia di prove e riservata la rettificazione d'ufficio degli accertamenti dovuti manifestamente ad una svista (art. 63 cpv. 2 OG). L'atto di ricorso deve contenere la motivazione delle conclusioni e non deve criticare accertamenti di fatto (art. 55 cpv. 1 lett. c OG).

3.- L'attrice fa valere una violazione dell'art. 288 LEF. In base a tale norma sono revocabili tutti gli atti che il debitore ha compiuto nei cinque anni precedenti la dichiarazione di fallimento con l'intenzione, riconoscibile dall'altra parte, di recar pregiudizio ai suoi creditori o di favorirne alcuni a detrimento di altri. L'intenzione

dolosa del debitore è data se egli ha potuto e dovuto prevedere che l'atto incriminato ha per effetto naturale di recar pregiudizio ai creditori o di favorirne alcuni (DTF 83 III 82 consid. 3a). Secondo i giudici cantonali non è stata dimostrata una tale intenzione dolosa della convenuta.
L'attrice censura a più riprese la motivazione della sentenza impugnata.

a) Nella misura in cui l'attrice critica l'assenza di un'intenzione dolosa asserendo che Sergio Ponzio, azionista maggioritario e membro del consiglio di amministrazione di entrambe le società, era a conoscenza della loro difficile situazione finanziaria, la censura si rivela inammissibile. Infatti la sentenza impugnata non contiene alcun accertamento di fatto concernente tali circostanze.
Manca segnatamente qualsiasi accertamento che conferma l'affermazione ricorsuale secondo cui la situazione finanziaria della Luc S.A. al momento della dichiarazione di postergazione lasciava temere che i suoi creditori potessero venir danneggiati.

b) L'attrice sostiene inoltre che le due società si trovavano in una situazione finanziaria talmente critica che per i loro organi era impossibile non rendersene conto.
Sempre secondo l'attrice, che cita una sentenza vodese (pubblicata in: Schweizerische Aktiengesellschaft, 1982, pag. 87 segg.), dalla conoscenza della gravità della situazione dev'essere dedotta la volontà di portare pregiudizio agli altri creditori mediante la postergazione. Solo con la contestata postergazione ai sensi dell'art. 725 cpv. 3 (recte: 2) CO la Sunshine Holding non ha dovuto avvisare il giudice dell'eccedenza di debiti e ha potuto, seppur finanziariamente rovinata, rimanere attiva con il rischio di compromettere gli interessi degli altri creditori.

Se dal bilancio intermedio risulta che i debiti sociali non sono coperti né stimando i beni secondo il valore d'esercizio, né stimandoli secondo il valore di alienazione, il consiglio di amministrazione ne avvisa il giudice, salvo che i creditori della società accettino, per questa insufficienza d'attivo, di essere relegati a un grado inferiore a quello di tutti gli altri creditori della società (art. 725 cpv. 2 CO). La postergazione permette, con riferimento all'insufficienza di attivi, di evitare l'avviso al giudice. Non può essere ravvisato un comportamento illecito da questa circostanza, né dal fatto che, con la dichiarazione di postergazione, la Sunshine Holding S.A. - secondo l'attrice compromessa finanziariamente - sia rimasta in vita, essendo proprio questo lo scopo dell'istituto della relegazione ai sensi della predetta norma. Ne segue che le critiche ricorsuali su questo punto sono prive di fondamento.
Inoltre, nella misura in cui l'attrice richiama fatti non accertati dalla sentenza impugnata quali le deposizioni dei testi Luisoni e Balemi, o le dichiarazioni di Fernanda Loss e rapporti di revisione, la censura si rivela inammissibile.

La postergazione può tuttavia costituire un atto revocabile se il creditore, che accetta la relegazione, poteva e doveva sapere che non avrebbe retto le conseguenze di tale atto (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 50 n. 220). In concreto, come già osservato, l'attrice sostiene che pure la società creditrice relegata si trovava in una situazione finanziaria critica, ma dalla sentenza impugnata nulla risulta al proposito, motivo per cui tale argomentazione non può essere esaminata.

c) Secondo l'attrice la Corte cantonale ha a torto aderito all'opinione del Pretore, il quale ha negato che fosse stata apportata la prova del dolo, quando gli stessi giudici cantonali riconoscono che è vero che con la dichiarazione di postergazione la Luc S.A. ha peggiorato la propria posizione nei confronti degli altri creditori della Sunshine Holding S.A., riducendo praticamente a zero la possibilità di recuperare il proprio ingente credito nel caso di fallimento della debitrice.

Così facendo l'attrice, quale creditrice relegata, misconosce che il fatto di perdere completamente il proprio credito in caso di fallimento della debitrice è irrilevante per determinare l'intenzione di recar pregiudizio ai creditori.
Infatti, il rischio di una perdita è intrinseco nella natura della relegazione di un creditore, quando questa diviene effettiva. Ci si potrebbe tutt'al più chiedere se una postergazione possa essere revocabile, quando un importo relativamente elevato è oggetto di una dichiarazione di postergazione e non si può manifestamente far affidamento su di un risanamento della debitrice o sull'eventualità di evitare, nonostante la postergazione, il fallimento. Nel-

la sentenza impugnata non vi è tuttavia alcun accertamento di fatto che confermi una siffatta eventualità; anzi, al contrario, i giudici cantonali indicano che la postergazione ha aperto una possibilità di risanamento, risanamento che avrebbe aumentato le possibilità di recupero del credito concesso dall'attrice. Inoltre nulla indica che senza postergazione il destino della pretesa dell'attrice sarebbe stato diverso, dovendosi presumere che il fallimento della Sunshine Holding S.A. sarebbe semplicemente intervenuto prima di quanto è accaduto. Nella sede federale l'attrice nulla adduce contro tale motivazione.

d) In conclusione si può rilevare che nella sentenza impugnata non vi è alcun accertamento di fatto che permette di ritenere che la debitrice risp. il suo organo abbia effettivamente previsto che la postergazione avrebbe leso i creditori né i giudici cantonali hanno accertato circostanze da cui si deve dedurre che la debitrice avrebbe potuto e dovuto prevedere un siffatto pregiudizio. Non essendo pertanto dati questi elementi essenziali per poter concludere per l'esistenza del dolo richiesto dall'art. 288 LEF, la revoca del contestato atto di postergazione in applicazione del predetto articolo non entra in concreto in linea di conto. Ne segue che il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, dev'essere respinto su questo punto.

4.- Infine l'attrice fa valere che la dichiarazione di postergazione dev'essere ritenuta nulla perché avvenuta in situazione di doppia rappresentanza e di conflitto di interessi. Giusta la giurisprudenza, il rappresentante non può validamente stipulare un contratto con se stesso, tranne nei casi in cui la natura del contratto esclude la possibilità di pregiudicare il rappresentato o se questi ha espressamente autorizzato il rappresentante a concludere il contratto o lo ha posteriormente ratificato.
Quanto precede vale a causa del pericolo di lesione di una parte pure nel caso in cui una persona conclude un negozio giuridico quale rappresentante o organo di entrambi i contraenti (DTF 106 Ib 145 consid. 2b, 98 II 211 consid. 8, 95 II 617 consid. 2a).

a) I Giudici cantonali non negano che in concreto trattasi di un caso di doppia rappresentanza nel senso di una persona fisica che ha agito quale organo di due persone giuridiche. Essi hanno tuttavia ritenuto che gli effetti della dichiarazione di postergazione non si esauriscono nei rapporti bilaterali, ma che la questione della doppia rappresentanza dev'essere affrontata alla luce della tutela della buona fede di tutti i terzi creditori beneficiari della postergazione (DTF 120 II 9), che potevano fare affidamento nei loro rapporti con la società debitrice su tale dichiarazione. La tutela di tali creditori, non tenuti a essere a conoscenza della doppia rappresentanza, impedisce di sanzionare con la nullità la dichiarazione di postergazione.
Ciò indipendentemente dal fatto che in concreto vi fosse o no una collisione d'interessi tra le due società.

b) La tesi dell'autorità cantonale secondo cui la tutela dell'affidamento dei creditori della Sunshine Holding S.A. prevale sulla nullità della postergazione in seguito ad un'inammissibile doppia rappresentanza non può essere seguita. È esatto che la nullità di negozi giuridici a causa del divieto della doppia rappresentanza risp. del divieto di contrarre in nome proprio è subordinata alla tutela della buona fede del terzo, per il quale il conflitto di interessi non è riconoscibile, nel potere di rappresentanza (DTF 120 II 5 consid. 2c, 118 II 101 consid. 4c pag. 107, 107 II 105 consid. 6b). Tale riserva non si estende tuttavia a un qualsiasi terzo, ma si limita alle persone che entrano in contatto negoziale con la società senza essere a conoscenza del conflitto di interessi fra la persona giuridica e l'organo che la obbliga riferito al negozio giuridico concreto. Ciò non è manifestamente il caso per i creditori della convenuta, che se del caso possono tutt'al più trarre vantaggio dalla postergazione. Il fatto di avvantaggiare tali creditori non era lo scopo, ma semmai la conseguenza della postergazione. Poiché i creditori favoriti dalla postergazione non erano parte nella conclusione di tale atto, può rimanere aperta la questione
di sapere se si tratta di un contratto perfetto a favore di terzi, come pare ritenere la Corte di appello citando Böckli (Schweizer Aktienrecht, 2a ed, n. 1705a).

c) In conclusione occorre rilevare che il sussistere della doppia rappresentanza è pacifico e che dalla sentenza impugnata non risulta che il rappresentante sia stato espressamente autorizzato a concludere il negozio giuridico litigioso o che lo stesso sia stato ratificato a posteriori. Ferme stando queste premesse, il contestato negozio giuridico avrebbe potuto essere validamente concluso dalla persona fisica che era organo di entrambe le società unicamente se una lesione di una di esse poteva essere esclusa, trattandosi, ad esempio, dell'acquisto o della

vendita di merce al prezzo corrente di borsa o mercato (art. 436 cpv. 1 CO). Ciò non è manifestamente il caso nell'ambito di una dichiarazione di postergazione, potendo tale atto nuocere agli interessi del creditore relegato. Ne segue la postergazione litigiosa non è in concreto valida, motivo per cui il ricorso per riforma dev'essere accolto, la sentenza impugnata annullata e riformata nel senso che la petizione è accolta.

5.- La tassa di giustizia e le ripetibili della sede federale seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 e 159 cpv. 1). Per quanto concerne invece le spese processuali cantonali, la causa è rinviata al Tribunale di appello per nuova decisione (art. 159 cpv. 6 OG).
Per questi motivi

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è accolto, la decisione impugnata annullata e riformata nel senso che la petizione è accolta e il credito dell'attrice di fr. 3'860'395.– è inserito senza postergazione in 3a classe nella graduatoria del fallimento della Sunshine Holding S.A.

2. La causa è rinviata all'autorità cantonale per nuova decisione sulle ripetibili della procedura cantonale.

3. La tassa di giustizia di fr. 3'000.– è posta a carico della convenuta, che rifonderà all'attrice fr. 3'000.– per ripetibili della sede federale.

4. Comunicazione alla patrocinatrice della ricorrente, al rappresentante della convenuta e alla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino.
Losanna, 29 agosto 2000 VIZ
In nome della II Corte civile
del TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO:
Il Presidente,

Il Cancelliere,