www.unijuris.it

N° 2249/09 SENT.
N° 74/09 R. G.
N° CRON.
N° 2362 REP.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Lecce, sezione fallimenti, composto dai magistrati:

Dott. Alessandro Silvestrini - Presidente est.
Dott. Stefano Sales - Giudice
Dott. Carolina Elia - Giudice

Ha pronunziato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. 74/2009 R.G. avente ad oggetto "cause di responsabilità contro gli organi amministrativi e di controllo" vertente

www.unijuris.it

TRA

Fallimento della [redacted] s.r.l., in persona del curatore dott. [redacted], rappresentato e difeso dall'avv. [redacted] per mandato in calce all'atto di citazione.

ATTORE

E

[redacted], rappresentato e difeso dagli avvv.ti [redacted], per mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta.

www.unijuris.it www.unijuris.it www.unijuris.it

CONVENUTO

E

[redacted], rappresentato e difeso dall'avv. [redacted], per mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta.

www.unijuris.it

CONVENUTO

www.unijuris.it

La causa, sulle conclusioni delle parti come precisate dal Fallimento della [redacted] s.r.l. nell'istanza di fissazione di udienza depositata il 13.5.2009, da [redacted] nelle note depositate il 13.5.2009 e da [redacted] nelle note depositate il 15.5.2009, veniva riservata per la decisione all'udienza collegiale del 27.10.2009.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Fallimento della [redacted] s.r.l., con atto di citazione notificato l'8 e il 26.1.2009, conveniva in giudizio, davanti a questo Tribunale, [redacted] e [redacted], esponendo: che la [redacted] s.r.l. era stata dichiarata fallita il 19.3.2008; che [redacted] era stato amministratore unico di tale società dal 14.5.1996 sino al 23.2.2006; che successivamente la carica di amministratore unico era stata ricoperta da [redacted], il quale aveva successivamente (in data 5.7.2006) assunto pure la carica di liquidatore, tenuta fino al fallimento; che dall'esame della situazione contabile risultava già alla data del 31.12.2003 una grave perdita (di € 78.808,00), tale da azzerare le riserve ed abbattere di oltre un terzo il capitale sociale; che in effetti da una riclassificazione dei bilanci effettuata tenendo conto sia dei crediti inesigibili sia dei reali debiti erariali, previdenziali e assicurativi risultava già alla data del 31.12.2003 una situazione di *deficit* patrimoniale, andata progressivamente aggravandosi negli anni successivi fino alla dichiarazione di fallimento; che, pertanto, non avendo l'A.U. adottato i provvedimenti di cui all'art. 2482 *bis* c.c. (convocazione dell'assemblea per la riduzione del capitale e contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al minimo legale), la società si era sciolta ai sensi dell'art. 2484 n. 4 c.c. ed era virtualmente in liquidazione dal 31.12.2003; che, ciò nonostante, tanto l'[redacted] quanto il [redacted] avevano proseguito l'attività commerciale, aggravando il *deficit* patrimoniale; che soltanto il 24.6.2006 la società era stata anche formalmente messa in liquidazione, ma anche dopo tale data il Varratta aveva continuato a svolgere attività commerciale; che dalla prosecuzione della gestione in epoca successiva all'intervenuto scioglimento era derivato un danno alla società determinabile, per quanto concerneva l'Ingrosso, in misura pari alla diminuzione del patrimonio netto intervenuta fra la data (31.12.2003) di virtuale scioglimento e la data (23.2.2006) in cui lo stesso aveva lasciato la carica e, per quanto riguardava il [redacted], in misura pari alla diminuzione del patrimonio netto intervenuta fra la data (23.2.2006) in cui lo stesso era divenuto amministratore e la data della dichiarazione di fallimento; che, pertanto, il danno riferibile all'Ingrosso era pari ad € 378.243 e quello imputabile al Varratta ad € 177.806,33; che, inoltre, dalle scritture contabili risultava che l'Ingrosso il 31.12.2003 ed il 31.5.2004 aveva rimborsato dei finanziamenti in precedenza effettuati dai soci, corrispondendo agli stessi rispettivamente € 35.000,00 ed € 58.303,02; che le modalità con cui tali rimborsi risultavano effettuati (cioè per cassa) inducevano a ritenere gli stessi simulati e le relative registrazioni fittizie, in quanto destinate a sottrarre denaro dalla casse sociali; che, in ogni

AL

www.unijuris.it

caso, se anche fossero stati effettivi, i predetti rimborsi sarebbero stati nulli e/o inefficaci ex art. 2467 c.c..

Tanto premesso, la curatela fallimentare chiedeva condannarsi l'[redacted] al pagamento della somma di € 378.243,00 o di quell'altra somma ritenuta di giustizia e il [redacted] al pagamento della somma di € 177.806,33 o di quella diversa risultata dovuta in corso di causa, con vittoria di spese e competenze di lite.

L'[redacted], con comparsa di risposta notificata il 4.3.2009 e successivamente depositata in cancelleria, eccepiva: che la curatela nel caso di fallimento di una s.r.l. non era legittimata ad esercitare l'azione di responsabilità di pertinenza del socio; che l'azione risarcitoria era comunque prescritta; che mancava la prova che fossero state compiute nuove operazioni durante la fase di liquidazione della società; che in ogni caso era contestato l'ammontare del preteso risarcimento.

Il [redacted], con comparsa di costituzione notificata il 16.3.2009 e successivamente depositata in cancelleria, eccepiva: che l'azione era improcedibile, perché l'autorizzazione del giudice delegato non precisava il tipo di azione da intraprendere da parte della curatela nei confronti degli amministratori; che la legittimazione ad agire competeva ad i soci e non alla curatela fallimentare; che mancava la prova del compimento di nuove operazioni vietate, essendosi egli limitato a portare a compimento le attività in corso in vista del miglior esito della liquidazione.

L'attore notificava e depositava memorie di replica (ex art. 6 d.lgs n. 5/03) ed i convenuti, a loro volta, notificavano e depositavano ulteriori repliche (ex art. 7 d lgs. N. 5/03).

Seguiva la notifica e il deposito da parte dell'attore dell'istanza di fissazione d'udienza nonché il deposito da parte dei convenuti di note contenenti la definitiva formulazione delle rispettive conclusioni. AL

Infine, all'udienza del 27.10.2009 il collegio invitava le parti a discutere la causa, segnalando fra le questioni rilevabili d'ufficio quella relativa all'indeterminatezza dell'atto di citazione per mancata specifica indicazione delle c.d. "*nuove operazioni*".

All'esito della discussione orale, il tribunale riservava la decisione, prevedendo per il deposito della sentenza il termine di giorni 30.

www.unijuris.it

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il tribunale ritiene di dover dichiarare d'ufficio la nullità dell'atto di citazione per mancata specificazione dei fatti costitutivi posti a fondamento della domanda giudiziale (*causa petendi*).

La curatela ha proposto nei confronti degli amministratori della [redacted] s.r.l. l'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2476 c.c..

Sebbene l'art. 2476, comma 3, c.c. riconosca esplicitamente la legittimazione all'esercizio di tale azione a ciascun socio, è pacifico in dottrina e giurisprudenza che la causa possa essere direttamente

www.unijuris.it

promossa dalla stessa società (e ciò in quanto la legge contempla un caso di sostituzione processuale, attribuendo eccezionalmente al socio la legittimazione straordinaria all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità) e quindi, dopo il suo fallimento, dalla curatela fallimentare (ai sensi degli artt. 43 e 146 legge fall.).

In particolare, il Fallimento della soc. [redacted] ha dedotto: a) che i bilanci non rappresentavano fedelmente la situazione patrimoniale della società; b) che da una riclassificazione degli stessi – effettuata tenendo conto del presumibile valore di realizzo dei crediti nonché dell'effettivo ammontare dei debiti erariali, previdenziali e assicurativi – emergeva l'azzeramento del capitale sociale sin dal 31.12.2003; c) che non avendo gli amministratori provveduto a convocare senza indugio l'assemblea, per deliberare la riduzione del capitale sociale e il suo contemporaneo aumento ad una cifra non inferiore al minimo legale, la società era entrata virtualmente in stato di scioglimento; d) che, ciò nonostante, gli amministratori avevano proseguito l'attività imprenditoriale, aggravando il *deficit* patrimoniale; e) che, pertanto, gli stessi dovevano essere condannati a risarcire il danno in misura pari alla diminuzione del patrimonio netto della società verificatasi tra la data di virtuale scioglimento e la data in cui avevano lasciato la carica.

Osserva preliminarmente il tribunale che la legge di riforma del diritto societario non ha inciso sulla configurazione della responsabilità degli amministratori che, dopo il verificarsi della causa di scioglimento, abbiano compiuto atti di gestione non finalizzati alla liquidazione.

E' vero infatti che mentre il previgente art. 2449 c.c. vietava *tout court* agli amministratori il compimento di "*nuove operazioni*", il novellato art. 2486 c.c. prevede che gli stessi "*conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*"; tuttavia, secondo il prevalente orientamento della dottrina, il legislatore, attraverso la diversa formulazione della norma (che invece di precisare cosa gli amministratori non possono fare dopo il verificarsi della causa di scioglimento, ha stabilito ciò che possono continuare a fare), ha soltanto esplicitato un concetto già affermato dalla giurisprudenza, che aveva ripetutamente chiarito che gli atti d'impresa strumentali alla conservazione del patrimonio ed alle necessità inerenti alla liquidazione (ad esempio, l'acquisto di materie prime necessarie per adempiere un precedente contratto di fornitura) non costituivano nuove operazioni vietate.

Ciò posto, secondo il collegio giudicante, la curatela fallimentare che intenda far valere la responsabilità contrattuale degli amministratori per violazione del potere-dovere di "*gestire la società ai soli fini di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*", ha l'onere d'indicare quali comportamenti gli amministratori abbiano in concreto tenuto in violazione di tale dovere (cioè in che cosa consista l'inadempimento degli amministratori) e di provare il danno derivato da tali comportamenti antidoverosi.

www.unijuris.it

E' noto che il problema cruciale delle cause per responsabilità degli amministratori è quello della prova del danno: in passato la giurisprudenza lo ha semplificato facendo applicazione del criterio della differenza fra il passivo e l'attivo fallimentare, ma tale orientamento è stato sottoposto ad un severo vaglio critico, che ne ha che ne ha sottolineato l'erroneità, tanto per eccesso (non essendo sempre correttamente riferibile l'intero *deficit* fallimentare al comportamento colposo degli amministratori), quanto per difetto (non essendovi sempre coincidenza tra esso e le perdite derivate da atti di *mala gestio*, potendo in alcune ipotesi i creditori aver rinunciato a proporre la domanda di ammissione al passivo).

E stato così chiarito che è necessario accertare di volta in volta il pregiudizio effettivamente riconducibile sotto il profilo causale alla condotta antidoverosa degli amministratori, tenendo conto che in un'ottica rispettosa dei principi sul nesso di causalità appare inammissibile imputare all'organo gestorio l'intero *deficit* patrimoniale, trascurando che sul risultato finale dell'attività d'impresa possono aver influito anche scelte gestionali infelici, ma non per questo censurabili sul piano della legittimità: pertanto, l'ammontare del danno al cui risarcimento deve essere condannato l'*ex* amministratore non può che essere liquidato isolando nel novero dei comportamenti illeciti quelli effettivamente produttivi di danno, per poi calcolarne l'incidenza negativa sul patrimonio sociale.

www.unijuris.it

Pertanto, nel caso (in esame) di compimento da parte degli amministratori di atti non esclusivamente conservativi dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, il danno non può essere semplicemente liquidato in misura pari al *deficit* fallimentare, né può farsi applicazione del più sofisticato criterio della riduzione del patrimonio netto (nel periodo ricompreso fra il verificarsi della causa di scioglimento e la cessazione della carica), dovendosi stralciare sia quella parte di *deficit* patrimoniale riferibile ad operazioni compiute prima che agli amministratori risultasse la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale sia quella parte di *deficit* patrimoniale derivato da operazioni legittime (perché strumentali alla conservazione del patrimonio sociale), ma rivelatesi in concreto negative per la società.

www.unijuris.it

In sostanza, resta sempre necessaria una verifica, caso per caso, dei riflessi patrimoniali imputabili alle singole operazioni poste in essere dopo il verificarsi della causa di scioglimento: solo in quanto possa accertarsi che si trattava di operazioni vietate ed incidenti negativamente sul patrimonio sociale, si potrà chiamare gli amministratori a rispondere verso la società, nei limiti in cui ne è effettivamente derivata una perdita per il patrimonio sociale.

Tale ricostruzione ha trovato di recente anche l'autorevole avallo della Corte di cassazione, che nella sent. 23 giugno 2008, n. 17033 ha statuito che "*nel caso in cui l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società trovi fondamento nella violazione del divieto di*

www.unijuris.it

intraprendere nuove operazioni, a seguito dello scioglimento della società derivante dalla riduzione del capitale sociale al di sotto dei limiti previsti dall'art. 2447 cod. civ., non è giustificata, in mancanza di uno specifico accertamento in proposito, la liquidazione del danno in misura pari alla perdita incrementale derivante dalla prosecuzione dell'attività, poiché non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi della causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività medesima, potendo in parte comunque prodursi anche in pendenza della liquidazione o durante il fallimento, per il solo fatto della svalutazione dei cespiti aziendali, in ragione del venir meno dell'efficienza produttiva e dell'operatività dell'impresa".

www.unijuris.it

Alla luce di tali considerazioni appare evidente la necessità che la curatela fallimentare indichi nell'atto introduttivo del giudizio di responsabilità degli amministratori per violazione del precetto di cui all'art. 2486 c.c. quali atti gli amministratori abbiano concretamente compiuto in violazione del potere-dovere di "*gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*", non potendosi istruire la causa (come ha chiesto la curatela con l'istanza di fissazione d'udienza) mediante una consulenza tecnica d'ufficio esplorativa, diretta a verificare se la gestione societaria "*abbia aggravato il deficit patrimoniale influendo negativamente sull'integrità e sul valore del patrimonio medesimo in violazione dell'art. 2486 c.c.*".

Nel caso in esame, invece, la curatela non ha in alcun modo specificato nell'atto di citazione quali comportamenti tenuti dagli amministratori nella fase di virtuale liquidazione non erano finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale e, a fronte delle difese degli amministratori (che, in presenza di una citazione così indeterminata, si erano limitati genericamente a sostenere di aver sempre compiuto atti conservativi del valore dell'impresa), soltanto nella memoria di replica ex art. 6 d.lgs n. 5/03 ha indicato (con esclusivo riferimento al periodo di gestione riferibile all'[redacted]) alcuni nuovi contratti stipulati dalla [redacted] s.r.l. (per il servizio di pulizia di alcuni istituti bancari), senza però anche allegarne il carattere pregiudizievole; infine, quando nel corso della discussione orale il collegio ha invitato il difensore della curatela a precisare se aveva inteso in tal modo precisare la domanda, delimitando il *thema decidendum* con riferimento ai quei determinati contratti, lo stesso ha ribadito che la curatela riteneva di non essere tenuta ad indicare specifici atti di gestione non aventi finalità conservativa del patrimonio sociale, spettando agli amministratori provare che l'aggravamento del *deficit* patrimoniale non era a loro imputabile.

Il Tribunale non può condividere tale impostazione difensiva, in quanto l'inversione dell'onere della prova conseguente all'affermata natura contrattuale della responsabilità degli amministratori riguarda esclusivamente l'elemento soggettivo della colpa, restando a carico della curatela l'onere di allegare l'inadempimento e quindi d'indicare le condotte antidoverose tenute dagli amministratori (salvo che sia impossibile ricostruire lo svolgimento delle operazioni sociali per la

www.unijuris.it

www.unijuris.it

mancanza di un'attendibile contabilità imputabile agli stessi amministratori) nonché di provare il danno effettivamente riconducibile sotto il profilo causale a tali condotte.

Per quanto riguarda poi l'allegazione (pure contenuta nella memoria di replica) secondo cui gli amministratori avevano "*il potere-dovere di richiedere senza indugio il fallimento della società ovvero l'ammissione della stessa alla procedura di concordato preventivo al fine di conservare il patrimonio sociale*", ritiene il tribunale che la stessa comporti l'inammissibile proposizione di una "*nuova*" domanda (che ha come fatto costitutivo la prosecuzione dell'attività in presenza di una situazione d'insolvenza e nella consapevolezza di tale situazione), sulla quale i convenuti hanno dichiarato espressamente di non accettare il contraddittorio.

www.unijuris.it

Pertanto, essendo l'atto di citazione inficiato da nullità per mancata esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, deve adottarsi una pronuncia di contenuto esclusivamente processuale.

Una pronuncia di merito va invece adottata relativamente al capo di domanda relativo alla pretesa responsabilità dell'Ingrosso per violazione degli artt. 2475 *ter* e 2467 c.c..

A questo proposto, per maggiore chiarezza è opportuno riportare integralmente il passo dell'atto di citazione relativo a tale vicenda. Scrive la curatela fallimentare:

"*1.3. La responsabilità di [redacted] per violazione degli artt. 2475 ter ovvero 1394 nonché 2467 e 1418 c.c...*

Il libro degli inventari 2000 e 2001 evidenzia una posta "SOCI C/ FINANZ. INFRUT." REGISTRATA PER COMPLESSIVI € 93.303,02 (CFR. INFRA SUB DOC. 15-18).

Tale posta, in data 31.12.2003, è stata ridotta dall'amministratore ([redacted]) mercè la registrazione di un rimborso complessivo di € 35.000,00 ai soci (e quindi a sé stesso, ad [redacted], ed a [redacted]); successivamente, in data 31.5.2004 e nonostante un disavanzo (a quell'epoca) di oltre € 100.000,00, l'amministratore ha effettuato un secondo rimborso, sempre per cassa e di € 58.303,02, azzerando la debitoria nei confronti dei soci (cfr. schede contabili infra sub doc. 17,18).

www.unijuris.it

Orbene, l'entità dei rimborsi, (€ 35.000,00 il primo ed € 58.303,02 il secondo) e le modalità con le quali sono stati effettuati (id est per cassa) inducono a ritenere che gli stessi siano simulati e che le registrazioni siano fittizie perché finalizzate a sottrarre denaro dalle casse sociali.

Peraltro, e quand'anche fossero rispondenti al vero, i rimborsi sarebbero comunque nulli e/o inefficaci ex art. 2467 e 1418 c.c.".

Come risulta evidente da quanto ora esposto, la curatela ha proposto, in forma alternativa o subordinata, due domande tra loro incompatibili, in quanto i fatti posti a fondamento dell'una sono inconciliabili con quelli allegati a fondamento dell'altra.

www.unijuris.it

Il tribunale ritiene in effetti assai improbabile che pagamenti di tale ammontare siano stati eseguiti per cassa; non è tuttavia necessario ammettere le richieste istruttorie (interrogatorio formale e prova testimoniale) articolate dalla curatela per dimostrare la mancata esecuzione dei rimborsi, in quanto comunque la domanda di risarcimento del danno non potrebbe essere accolta. Infatti, se i rimborsi non sono mai effettivamente avvenuti, non si comprende quale depauperamento abbia subito la società: vi sarà stata una registrazione contabile fittizia, ma tale falsa rappresentazione contabile non ha inciso di per sé sulla situazione patrimoniale della società, la quale è restata quella che era, indipendentemente dall'essere stata o meno fedelmente prospettata ai soci e ai terzi; ovviamente a differenti conclusioni si giungerebbe se la falsa registrazione contabile fosse servita per costituire un "*fondo nero*", poi destinato a finalità extrasociali; ma tale ipotesi non è stata allegata, per cui è precluso al tribunale disporre al riguardo qualsiasi accertamento istruttorio.

Quanto alla domanda subordinata volta a sentir dichiarare la nullità e/o inefficacia dei pretesi rimborsi *ex* artt. 2467 e 1418 c.c., deve osservarsi: a) che è assai dubbio che il novellato art. 1467 sia applicabile a finanziamenti dei soci avvenuti prima della sua entrata in vigore (v. Trib. Milano 30.4.2007; b) che non vi è alcuna prova che all'epoca (2000-2001) in cui i finanziamenti furono effettuati la società già versasse in una situazione di eccessivo indebitamento rispetto al patrimonio netto; c) che, in ogni caso, i rimborsi effettuati in violazione dell'art. 2467 c.c. non sono "*nulli e/o inefficaci*" , ma soltanto soggetti a quel particolare regime di revocabilità previsto dal primo comma della citata disposizione.

www.unijuris.it

Per ciò che concerne infine l'allegata (ma non meglio precisata) responsabilità dell'Ingrosso "*per violazione degli art. 2475 ter ovvero 1394 c.c.*", deve rilevarsi: a) che, non essendo stata in alcun modo provata la sussistenza (già negli anni 2000-2001) dei presupposti (eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto) che giustificano l'applicazione dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti in questione, non può ritenersi che l'amministratore abbia violato la predetta disposizione; b) che la situazione di conflitto d'interessi in cui si sarebbe trovato l'Ingrosso per aver disposto il rimborso dei finanziamenti anche a sé stesso è irrilevante, trattandosi di operazione che non ha arrecato alcun danno patrimoniale alla società (alla diminuzione della cassa ha corrisposto l'eliminazione di una situazione debitoria).

La domanda proposta al par.1.3. dell'atto di citazione va quindi rigettata.

Tenuto conto che la nullità dell'atto introduttivo del giudizio è stata rilevata d'ufficio, ricorrono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese e competenze di lite.

p.q.m.

Il Tribunale, sezione commerciale, dichiara la nullità dell'atto di citazione notificato dal Fallimento della [redacted] a [redacted] l'8.1.2009 e a [redacted] il 26.1.2009, salvo che per la

www.unijuris.it

domanda proposta dalla curatela fallimentare nei confronti dell'[redacted] al par. 1.3 della citazione, che rigetta; dichiara interamente compensate tra le parti le spese e competenze di lite.

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio della sezione commerciale del Tribunale, il 3.11.2009.

Il Presidente est.
A. Silvestri

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Fabrizio Petrelli)

www.unijuris.it

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi - 5 NOV. 2009
IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Fabrizio Petrelli)