

Fallimento di società a responsabilità limitata

Azione ex art. 2394 c.c.: ammissibilità in tema di S.r.l. e legittimazione del curatore fallimentare a farla valere

Tribunale di Verona, 3 agosto 2012 - Pres. Mirenda - Est. Vaccari - GEMA 96 S.p.a. e altre c. G.R.C. e altri

Fallimento - Soggetti - Amministratori - Responsabilità - Azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. - Società a responsabilità limitata - Inammissibilità - Azione risarcitoria ex art. 2043 c.c. del curatore - Configurabilità

(cod. civ. artt. 146, 2043, 2394, 2394 bis, 2476; legge fallimentare art. 1)

I creditori della società a responsabilità limitata possono agire ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti degli amministratori che si siano resi responsabili dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ove questo risulti insufficiente ed in caso di fallimento è legittimato a far valere tale azione il curatore.

Il Tribunale (omissis).

La Gema 96 S.p.a, la Sun & Sea S.r.l. e la Esse Group S.r.l. hanno convenuto in giudizio avanti a questo Tribunale S.C.G., presidente del C.d.A. della Alberghi del Sole S.r.l. fino al febbraio 2006, R.C.G., amministratore unico della predetta società dal marzo al maggio 2006 e, da quella data in poi consigliere di amministrazione, al pari di R.L. nonché la socia controllante di tale società, Arabba S.r.l., per sentir accogliere le conclusioni meglio riportate in epigrafe.

A sostegno di tale domande le attrici hanno innanzitutto elencato i titoli, anche di natura giudiziale, in virtù dei quali hanno assunto di essere creditrici della Alberghi del Sole S.r.l. Quindi, dopo aver descritto le principali vicende societarie e quelle che avevano riguardato l'organo amministrativo di quest'ultima società, hanno esposto le condotte di cui ritengono responsabili i convenuti ai sensi dell'art. 2394 c.c. e che, a loro dire, hanno provocato danni alla medesima.

In primo luogo gli attori hanno addebitato ai convenuti di aver ritardato approvazione del bilancio dell'esercizio chiuso al 31 ottobre 2005, dopo il momento in cui Unicredit aveva erogato, a fronte dell'iscrizione di una ipoteca volontaria sull'immobile di proprietà della società, un finanziamento di euro 3.500.000,00 a favore della stessa e senza aver comunque provveduto a coprire le perdite maturate a quella data.

Ancora gli attori hanno dedotto, quale ulteriore profilo di responsabilità dei convenuti, di non aver concluso ac-

cordi transattivi con terzi soggetti, come la GSB s.a.s., la Le Gran Balcon e la Gema 96 S.p.A., verso i quali era fortemente esposta sebbene, dopo l'erogazione del succitato finanziamento, avesse avuto la liquidità utile a ciò, inducendo così i medesimi ad alcune iniziative pregiudizievoli per la Alberghi del Sole (attivazione di un arbitrato da parte della Le Gran Balcon e escussione della fidejussione di cui era beneficiaria da parte della GSB).

Le attrici hanno poi addebitato ai convenuti di aver proceduto, in violazione dell'art. 2467 c.c., a restituire alla socia Arabba S.r.l. il finanziamento di euro 550.000,00, che quella aveva erogato in favore della Alberghi del Sole utilizzando parte della somma mutuata da Unicredit.

Ancora, a detta degli attori, gli amministratori della Alberghi del Sole hanno presentato una domanda di concordato preventivo presso un Tribunale, quale quello di Verona, palesemente incompetente per territorio e senza aver acquisito il consenso dei soci e aver neppure informato l'unico soggetto che potesse esprimere un voto valido, ossia il creditore pignorante le quote sociali della società, ossia la Leans S.r.l. che aveva proceduto con due distinti pignoramenti, uno sulla quota, pari al 50% del capitale, di titolarità di S.C.G. e l'altro sul restante 50% del capitale, di titolarità della Arabba S.r.l.

Infine gli attori hanno sostenuto che i convenuti nel 2007 hanno provveduto ad affittare l'albergo Li Rosi Marini, che costituiva l'unica azienda di cui era proprietaria la Alberghi del Sole S.r.l., ad un canone irrisorio

ad una società, la Iella S.r.l., di cui R.C.G. e la di lui moglie detenevano l'intera partecipazione, con il conseguente rischio di perdere i finanziamenti statali erogati ai sensi della L. n. 488/1992.

Nello stesso periodo l'organo amministrativo della società ha risolto il contratto di affitto avente ad oggetto l'albergo La Mandola per stipularne un altro, alle medesime condizioni, con altra società, la CP Hotel S.r.l. di cui il C. e la moglie detengono il 50% del capitale.

Dopo la notifica dell'atto introduttivo gli attori hanno proposto ricorso per sequestro conservativo nei confronti dei convenuti che, dopo l'instaurazione del contraddittorio ad esso relativo, è stato rigettato dal Giudice designato.

I convenuti si sono costituiti anche nel giudizio di merito. R. e S.C.G., costituitisi a mezzo dello stesso difensore, hanno eccepito in via preliminare la nullità dell'atto di citazione sulla base del rilievo che gli addebiti nei loro confronti risultavano generici e indeterminati.

Sempre in via preliminare i predetti convenuti, al pari degli altri, hanno sollevato eccezione di difetto di legittimazione attiva degli attori a proporre le domande. Tutti i convenuti poi hanno contestato anche nel merito la fondatezza degli assunti di controparte.

La causa è stata istruita mediante una c.t.u. diretta ad accertare la natura del pagamento effettuato da Arabba S.r.l. in favore di Alberghi del Sole e l'entità del patrimonio netto di quest'ultima società rispetto al suo indebitamento nel momento in cui beneficiò del suddetto importo.

All'esito della c.t.u. all'udienza del 20 maggio 2011 il difensore di Arabba S.r.l., ha comunicato l'intervenuto fallimento della Alberghi del Sole S.r.l. e, conseguentemente, ha dedotto la sopravvenuta improcedibilità della domanda e a tale rilievo si sono associati i difensori degli altri convenuti.

Ciò detto con riguardo all'*iter* del giudizio, in via preliminare va innanzitutto ribadita l'infondatezza dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva delle attrici che le convenute avevano sollevato nel procedimento cautelare in corso di causa e che hanno riproposto nel giudizio di merito.

Tale rilievo, che si fonda sull'incontestato presupposto che i comportamenti di cui si dolgono gli attori e che, a loro dire, hanno depauperato il patrimonio della società Alberghi del Sole ricadano sotto la disciplina del D.Lgs. n. 6/2003, essendo stati compiuti a partire dal febbraio 2006, si richiama a quell'orientamento che, muovendo dalla constatazione che nella disciplina sulle società a responsabilità limitata, introdotta dal predetto testo di legge, manca ogni previsione dell'azione dei creditori sociali (con la modifica dell'art. 2476 c.c. infatti, oltre ad essere stato eliminato il rinvio, tra gli altri, all'art. 2394 c.c. non è stata prevista nessuna disciplina specifica al riguardo), reputa che a tali soggetti non possa essere più riconosciuta la legittimazione ad una simile iniziativa giudiziaria.

Per i commentatori che aderiscono a tale interpretazione l'attuale assetto normativo è il frutto di una scelta consapevole del legislatore, che ha inteso differenziare lo statuto della S.r.l. rispetto a quello delle S.p.a., sul presupposto che la prima costituisce "affare dei soci", accen-

tuando la responsabilità per l'amministrazione sul fronte interno, con contestuale esclusione di tale tipo di tutela per i creditori.

A tale orientamento se ne contrappone un altro, nell'ambito del quale vanno annoverate alcune pronunce di merito (tra le più recenti si veda: Trib. Milano, sez. VIII, 18 gennaio 2011, n. 501) che ritiene che, anche in mancanza di una espressa previsione di legge, la legittimazione dei creditori sociali a promuovere l'azione di responsabilità per i danni derivanti dalla mancata conservazione del patrimonio sociale discende dall'applicazione, in via analogica, dell'art. 2394 c.c.

A favore di tale opzione è stato innanzitutto addotto un condivisibile argomento di ordine sistematico, ossia la presenza all'interno del *corpus* normativo riguardante le società a responsabilità limitata, di norme che contemplano casi di responsabilità dei titolari di cariche sociali verso i creditori sociali, in particolare nella fase di liquidazione (art. 2485, primo comma seconda parte; art. 2486 secondo comma e art. 2491 ultimo comma c.c.), per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento (art. 2497, primo comma, c.c.) o per quelle dotate di organo di controllo (art. 2477 ultimo comma c.c. ai sensi del quale ove il collegio sindacale sia obbligatorio si applica alla S.r.l. l'art. 2407 c.c. che, a sua volta, richiama l'art. 2394 c.c.).

I sostenitori della tesi qui in esame hanno poi posto in luce, quale ulteriore considerazione a sostegno della medesima, come essa appaia l'unica conforme alla Costituzione, in quanto idonea ad evitare una disparità di trattamento per i creditori a seconda della diversa tipologia della persona giuridica con la quale sono in rapporto, pur in presenza di identica limitazione di responsabilità per i soci.

Peraltro la conclusione alla quale giunge tale indirizzo, ossia che l'istituto di cui all'art. 2394 c.c. è espressione del principio generale secondo cui l'azione dei creditori sociali è funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al corretto funzionamento dell'impresa in qualsiasi forma o tipologia societaria si svolga, che era superfluo richiamare ma che è meritevole di tutela anche nell'ambito delle S.r.l., risultando così passibile di interpretazione analogica, non persuade del tutto.

Essa infatti postula che il testo attuale dell'art. 2476 c.c. sia il risultato di un difetto di coordinamento tra la disciplina delle S.p.a. e quella delle S.r.l. ma tale assunto è contraddetto dal fatto che il sesto comma di tale disposizione contiene una previsione identica a quella dell'attuale art. 2395 c.c., che ha mantenuto la formulazione antecedente alla riforma della società di capitali, e da ciò può desumersi che il legislatore, nel momento in cui delineò la nuova disciplina, aveva ben presente quale fosse quella in tema di società per azioni e in quali punti intendeva discostarsi da essa con riguardo alle S.r.l.

L'estensione alla società a responsabilità limitata del disposto dell'art. 2394 risulta problematica anche per un'ulteriore considerazione, ossia quella che essa dovrebbe riguardare solo i primi due commi di tale norma mentre il terzo comma contiene una disciplina sui presupposti per l'efficacia della rinuncia e della transazione all'a-

zione di responsabilità significativamente diversa da quella che l'art. 2476 quinto comma c.c. dedica all'analoga ipotesi che si verifichi nelle società a responsabilità limitata.

Alla luce di tali considerazioni, e al fine di superare i punti critici che entrambe le opzioni sopra illustrate presentano, questo Giudice ritiene preferibile l'interpretazione, invero minoritaria (cfr. Trib. Napoli 11 novembre 2004), che riconosce ai creditori sociali delle S.r.l. la tutela aquiliana del credito e che individua quindi la copertura normativa dell'azione di responsabilità che essi vogliano esperire nei confronti degli amministratori della società nell'art. 2043 c.c., con l'ovvia conseguenza che il comportamento dannoso dell'amministratore deve essere sorretto da dolo o colpa.

È evidente che tale soluzione, oltre a risultare pienamente compatibile con il dettato costituzionale, presenta l'indubbio vantaggio di esimere l'interprete dall'interrogarsi sulla sorte della disciplina contenuta nell'art. 2394 c.c. Quanto poi alla possibile obiezione che essa viene comunque a legittimare uno statuto differente per la società a responsabilità limitata e la S.p.a è sufficiente osservare che ciò non è irragionevole dal momento che, come noto, il legislatore, con la riforma del 2003, ha inteso delineare le prima come società personale che gode del beneficio della responsabilità limitata (cfr. per tale definizione la relazione al D.Lgs. di riforma).

Sulla base di tali considerazioni, poiché dalla lettura dell'atto di citazione, emerge chiaramente che le ricorrenti hanno descritto come intenzionali le condotte illecite che hanno attribuito ai convenuti e addirittura le hanno configurate come sorrette da un piano unitario, sussiste la legittimazione attiva delle società attrici.

Una volta pervenuti alla conclusione appena esposta è possibile risolvere anche la questione, che è stata posta dalla difesa dei convenuti, a seguito dell'intervenuto fallimento della Alberghi del Sole S.r.l., se persista o meno la legittimazione degli attori a coltivare il presente giudizio. Sul punto, pur in mancanza di una disposizione come l'art. 2394 *bis* c.c. all'interno del corredo di norme sulla società a responsabilità limitata, occorre far riferimento alla disciplina fallimentare come interpretata dalla Corte di Cassazione nella pronuncia che è stata citata dalla difesa dei convenuti nelle note conclusive autorizzate (si tratta di Cass. 21 luglio 2010, n. 17121).

Il passo più significativo di tale decisione è il seguente: «La questione deve ritenersi tuttavia superata dalla considerazione che la l. fall., art. 146, nel suo testo originario, era destinato solo a riconoscere la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c. E questa interpretazione risulta ora confermata dallo stesso legislatore, perché il nuovo testo della l. fall., art. 146, come sostituito dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130, prevede semplicemente che il curatore è legittimato a esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, della società fallita». La Corte in tale sentenza ha an-

che ribadito il proprio orientamento secondo cui «l'azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento ai sensi della l. fall., art. 146, ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.» (cfr. in tali termini anche Cass., Sez. I, 29 ottobre 2008, n. 25977, m. 605521). In altri termini, secondo la Suprema Corte, la riforma della legge fallimentare, nell'attribuire al curatore fallimentare la legittimazione esclusiva all'esercizio di tutte le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori che trovino fondamento nella disciplina di diritto sostanziale, non ha fatto altro che esplicitare quanto già poteva desumersi in via interpretativa dal testo previgente.

Se poi si tiene presente la funzione di una simile legittimazione risulta evidente l'infondatezza dell'obiezione della difesa attorea, secondo cui i predetti principii non sarebbero applicabili ai casi, come quello di specie, in cui l'azione di responsabilità sia stata già promossa dai creditori sociali prima del fallimento.

L'esclusività della legittimazione del curatore invero risponde all'esigenza di utilizzare le azioni di responsabilità come strumento per la ricostruzione del patrimonio della società fallita e acquisire, così, anche gli eventuali risultati economici dell'iniziativa giudiziale alla massa, in ossequio ai principi di parità di trattamento che sono alla base della procedura concorsuale.

La dottrina, ha infatti evidenziato che lo scopo dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore non può più essere quello di reintegrare il patrimonio dei singoli creditori, ma quello di attuare, per il tramite della ricostruzione del patrimonio del fallito, il concorso anche su un patrimonio diverso, e cioè quello dell'amministratore. Il danno risarcibile, conseguentemente, non può più essere quello cagionato al singolo creditore, bensì quello subito dalla società che sia divenuta incapiente come massa e proprio queste considerazioni valgono a spiegare meglio perché l'azione del curatore sociale abbia quel carattere misto di cui si è detto sopra.

Se tutto ciò è vero non è concepibile che, dopo la declaratoria di fallimento di una società di capitali, il giudizio di responsabilità promosso, prima di quell'evento, dal creditore sociale nei confronti dell'amministratore della società fallita possa proseguire perché l'accoglimento della domanda comporterebbe la violazione della *par condicio creditorum*.

In questi casi pertanto spetta al curatore proseguire l'azione, come ha avuto occasione di chiarire la Corte di Cassazione già con riguardo al disposto dell'art. 2394, comma 3, precedente la riforma del 2003, che era identico a quello dell'attuale art. 2394 *bis* (si veda, sebbene si tratti di affermazione incidentale: Cass. 7 novembre 1997, n. 10937). La Suprema Corte, sempre con riguardo alla predetta disciplina, ha anche chiarito che: «in costanza di fallimento la legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l'azione di responsabilità di cui all'art. 2394 c.c. non sopravvive, ancorché il curatore rimanga inerte» (Cass. 28 novembre 1984, n. 6187 e Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251) e che la legittimazione dei creditori risorge in caso di chiusura del fallimento.

È appena il caso di aggiungere che all'estensione di queste conclusioni al caso in cui l'azione di responsabilità sia stata promossa dai creditori di una S.r.l., non osta la mancanza di una norma come l'art. 2393 *bis* c.c. nell'ambito della disciplina di tale tipo di società. Ricorre infatti, l'*eadem ratio*, per l'effetto implementativo conseguente, poiché, anche in caso di fallimento di una S.r.l., quell'azione acquista la medesima finalità di cui si è detto e compete quindi al curatore fallimentare in via esclusiva.

Per quanto riguarda la regolamentazione delle spese di lite, la considerazione che l'esito in rito del presente giudizio è stato determinato da una circostanza sopravvenuta nel corso di esso, che non era prevedibile nel momento in cui esso ha avuto inizio, giustifica la compensazione di esse, ivi comprese quelle della fase cautelare in corso di causa, tra le parti. Quelle della espletata c.t.u. invece vanno poste a carico delle parti che le hanno anticipate. (*Omissis*).