

Il Tribunale di Udine

sezione civile

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Alessandra Bottan Griselli

Presidente;

dott. Francesco Venier

Giudice

dott. Mimma Grisafi

Giudice rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento iscritto al n° 3361/11 promosso con ricorso depositato il 17/11/11 da

- **A scarl**, con sede legale in Udine, in persona del Presidente e legale rappresentante, con gli avv.ti, quest'ultimo anche domiciliatario, per mandato a margine del ricorso ex art. 98 l.f.

ricorrente;

contro

- **FALLIMENTO "B srl con socio unico in liquidazione"**, in persona dei Curatori dott. con gli avv.ti per procura in calce alla comparsa di costituzione

resistente;

avente ad **oggetto**: opposizione allo stato passivo .

CONCLUSIONI:

- **per parte ricorrente**: "Previa modifica dello stato passivo ammettere A-soc. coop. a r.l. al passivo del fallimento B Sci srl senza postergazione per il proprio credito di euro 310.000,00 in via chirografaria. Confermata per il resto l'ammissione al passivo. In via istruttoria: si chiede di essere ammessi alla

prova per testi sulle circostanze di cui all'atto di opposizione.”

-per parte resistente: “Rigettate le istanze istruttorie dell'opponente respingere l'opposizione allo stato passivo proposta da A soc. coop a.r.l.”
Spese rifeuse.”

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

La A S.c.a r.l. premesso di avere chiesto l'ammissione in via chirografaria al passivo del fallimento B Sci srl del suo credito per complessivi euro 317.200,00, dei quali euro 7.200,00 relativi al riaddebito di spese erroneamente imputate a A ed euro 310.000,00 (250.000,00 + 60.000,00) a fronte di versamenti eseguiti in favore della società fallita, ha proposto opposizione avverso il provvedimento del G.D. nella parte in cui ha disposto l'ammissione dell'importo di euro 310.000,00 in via postergata in quanto “*da qualificarsi come finanziamento soci indiretto e sottoposto alla disciplina dell'art. 2467 cc*”. A sostegno dell'opposizione ha sostenuto che non sussistono i presupposti per l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2467 cc, in primo luogo, perché l'operazione non costituiva un finanziamento da parte di A (titolare di una partecipazione pari all'80,75% al capitale della C spa, a sua volta unico socio di B Sci srl) alla società fallita ma un atto fraudolento e distrattivo (e quindi nullo ed inefficace) posto in essere ai danni della A dall'allora Presidente del C.d.A. il quale rivestiva la medesima carica anche nella società fallita. Approfittando del proprio incarico di Presidente del Cda della A, della fallita e della sua controllata D il rag. E aveva invero sottratto indebitamente nel maggio del 2010 cospicue risorse della A per destinarle alla B Sci. Dapprima aveva stipulato per A, senza informare il resto del consiglio di amministrazione e senza averne i poteri, consegnando

all'istituto bancario un verbale del c.d.a. falso, un mutuo chirografario con la Banca F per euro 1.000,000,00. Poi, con la provvista ottenuta dal finanziamento, sempre senza informare il c.d.a., il rag. E aveva eseguito il giorno stesso un bonifico bancario di euro 750.000,00 dal conto corrente della A a quello della B e aveva fatto emettere da altro istituto presso il quale la A aveva altro conto corrente, un assegno circolare in favore della B Srl, negoziato il giorno seguente da quest'ultima in persona dello stesso E. Ora, mentre l'importo di euro 750.000,00 era stato successivamente riaccreditato sul conto corrente della A con causale "*restituzione finanziamento B srl*", non era stato invece restituito l'importo di euro 250.000,00. Anche l'importo di euro 60.000,00 costituiva un bonifico dal conto della A presso la Banca F in favore di B srl, con causale "*risoluzione anticipata del contratto*", il quale non trovava alcuna giustificazione e non era stato restituito. In diritto l'opponente ha altresì rilevato che non sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 2467 cc in quanto, fermo restando che era onere della curatela provare la sussistenza della situazione di squilibrio al momento dell'operazione: la A non era socia diretta della B; il denaro non era destinato alla B ma ad un soggetto diverso, ovvero alla sua controllata D; il conferimento era finalizzato ad un'operazione specifica, ossia l'acquisto di campetti skilift da parte di D srl.

La Curatela si è costituita chiedendo il rigetto dell'impugnazione. In particolare ha evidenziato l'irrelevanza della circostanza che il rag. E avesse operato in assenza di deliberazioni autorizzative da parte del c.d.a. Essendo, infatti, il rag. E presidente della società con generale potere di rappresentanza, nessun eventuale difetto di potere deliberativo poteva essere opposto ai terzi, quale era la B srl, né del resto, ai fini dell'art. 2384 II co cc,

poteva sostenersi che il finanziamento di una controllata facente parte dello stesso gruppo fosse di per sé fatto ricostruibile quale atto intenzionalmente in danno della società. Quanto alla contestazione sulla natura e finalità di finanziamento dei trasferimenti di denaro la curatela ha evidenziato innanzitutto che era stata la stessa opponente ad attribuire nella domanda tempestiva di ammissione ai due versamenti natura di finanziamento, sicché era irrilevante accertare quale finalità ulteriore avesse eventualmente il versamento del denaro. Eccepite comunque il difetto di data certa della documentazione prodotta, ha infine sostenuto la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione della disciplina dell'art. 2467 cc, sia perché comunque applicabile l'art. 2497 quinquies cc e la presunzione legale di cui all'art. 2497 sexies cc, sia perché la sussistenza di una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento al momento dei trasferimenti del denaro emergeva chiaramente dal bilancio al 31/12/09.

Concessi i termini per note conclusive il Giudice designato si è riservato di riferire al Collegio.

L'opposizione è infondata e va respinta, senza necessità della richiesta attività istruttoria, superflua ed irrilevante ai fini della decisione.

In primo luogo l'opponente chiede la modifica del provvedimento di ammissione del credito con "postergazione" in ammissione in chirografo, contestando la natura di "finanziamento" degli atti di trasferimento del denaro da parte della A. soc. coop. a r.l. alla controllata in via indiretta B srl (fallita). Assume in particolare che si è trattato di versamenti ricevuti dalla fallita "senza titolo, giustificazione o causale" a seguito di *atti distrattivi illeciti* posti

in essere dall'allora Presidente del c.d.a della A che, al contempo, era anche presidente della B srl.

La domanda, così come prospettata per la prima volta in sede di opposizione, è inammissibile in quanto fondata su un *fatto giuridico* (causa petendi) diverso da quello posto a fondamento della domanda di insinuazione proposta nella prima fase (fase c.d. necessaria) dell'accertamento del passivo. Con l'insinuazione invero, come osservato dalla Curatela, è stata la stessa ricorrente che, senza eccepire e neppure accennare alla nullità e/o inefficacia delle attribuzioni patrimoniali, ha attribuito natura di finanziamento ai due versamenti in questione. In quell'atto la A, dopo aver illustrato di detenere la partecipazione di controllo della C spa, la quale a sua volta era socio unico della società fallita, ha chiesto la restituzione dei due importi di euro 250.000,00 e 60.000,00 testualmente deducendo per entrambe le somme che le stesse afferivano *"ad un versamento diretto a favore di società infragruppo, senza alcuna specifica causa commerciale e quindi a titolo di anticipazione a fronte di momentanee esigenze di liquidità della società fallita"*.

Tale domanda, da qualificarsi quale pretesa propriamente restitutoria di versamenti eseguiti a titolo di prestito, ossia, come assumeva la ricorrente, *"senza causa commerciale" "a titolo di anticipazione a fronte di momentanee esigenze di liquidità"*, non può essere modificata in sede di opposizione in domanda di ripetizione da indebito per illiceità/nullità e/o annullabilità ex art. 2475 ter cc della disposizione effettuata a favore della società fallita dal Presidente del c.d.a in conflitto di interessi o comunque senza poteri.

E' pacifico, infatti, in dottrina e giurisprudenza che l'opposizione allo stato passivo nell'attuale sistema normativo si configuri come una vera e propria impugnazione, ossia un giudizio di secondo grado, che segue (non *prosegue* come nel previgente rito) la prima fase la quale, pur rimasta a cognizione in parte sommaria, è stata "giurisdizionalizzata" e ha assunto il valore di un vero e proprio giudizio di primo grado. Nella fase dell'impugnazione sono pertanto escluse le domande nuove, ossia non proposte nella prima fase, così come le domande riconvenzionali (Ved. sul punto Cass. 6900/10 e da ultimo, in relazione al divieto di modifica della domanda anche nella prima fase, dopo il deposito del progetto dello stato passivo ved. Cass.15702/11).

Ciò posto, e partendo quindi dalla considerazione che i due atti di trasferimento patrimoniale oggetto di causa, pacificamente privi di una "causa commerciale", hanno costituito, come dedotto dalla stessa ricorrente nell'atto di insinuazione, versamenti a favore di società infragruppo a titolo di anticipazione, ossia di finanziamento, *a fronte di momentanee esigenze di liquidità della società fallita*, ritiene il Collegio che sussistano senz'altro i presupposti per la postergazione del credito.

Quanto all'applicazione della disciplina dell'art. 2467 cc invocata dal G.D. nel suo provvedimento le contestazioni dell'opponente sono essenzialmente due: a) l'art. 2467 cc non è applicabile in quanto la A soc. coop a r.l. non era socia della B srl, né sarebbe applicabile l'art. 2497 quinquies cc in quanto la A non avrebbe mai svolto attività di direzione e coordinamento nei confronti di Bi; b) era un finanziamento soggettivamente destinato a soggetto terzo e cioè alla D srl di cui la B srl era socia unica ed oggettivamente la somma era destinata

ad una specifica operazione (acquisto di campetti skilift) poi non andata a buon fine .

Entrambi i rilievi appaiono infondati.

Quanto alla circostanza (sub. a) che la A non fosse socia della B Sci srl va rilevato che la disciplina dell'art. 2467 cc trova applicazione, in forza della disposizione di cui all'art. 2947 quinquies, non solo ai finanziamenti effettuati dai soci "diretti" ma anche, come peraltro accennato nella motivazione del provvedimento del G.D., a quelli effettuati dai soci per così dire "indiretti", *"da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti"*. A norma dell'art. 2947 sexies cc, inoltre, *"Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che le controlla ai sensi dell'art. 2359 cc."* Poiché è pacifico che la A è socia all'80,75% della C spa, a sua volta socia unica della fallita B srl, si realizzava nella fattispecie in esame l'ipotesi del controllo societario "indiretto" di cui al secondo comma dell'art. 2359 cc, con conseguente applicazione del combinato disposto degli artt. 2497 e 2467 cc, in forza della presunzione di cui all'art. 2947 sexies cc. Né tale presunzione, in mancanza di prova specifica in contrario che avrebbe dovuto fornire l'opponente, può ritenersi superata per il semplice fatto che, in altro procedimento, pendente tra diversi soggetti, altra società del gruppo, ossia la fallita C spa, abbia sostenuto che la direzione e il coordinamento nel gruppo societario erano esercitati nei suoi confronti da tale G., socia insieme alla A (oltre che alla H) della C spa. Va del resto rilevato che tale ultima circostanza, anche se fosse vera, sarebbe irrilevante in quanto l'art. 2497

sexies cc estende la disciplina dell'art. 2467 cc non solo ai finanziamenti effettuati a società "da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti" ma anche "da altri soggetti ad essa sottoposti", ossia effettuati da società c.d. "consorelle". E qualora quindi fosse la H a svolgere nel gruppo societario in questione l'attività di direzione e coordinamento, il finanziamento della A alla B srl rientrerebbe nella fattispecie del finanziamento tra società "consorelle", comunque disciplinato dall'art. 2467 cc.

Quanto alla deduzione (sub.b) relativa alla finalità (estranea alla società destinataria) del finanziamento va rilevato che le circostanze di fatto dedotte al riguardo (liquidità per investimento da parte di società della B in sua controllata) sono state introdotte solo nel giudizio di opposizione e quindi tardivamente. Le stesse, del resto, non solo non vengono in alcun modo provate (né di esse viene offerta alcuna prova), ma vengono contraddittoriamente definite dalla stessa opponente "inverosimili e contraddittorie" (ved. pag. 8 atto di opposizione), sicché non si intende come potrebbero essere poste a fondamento della decisione.

Sussiste invece senz'altro il presupposto oggettivo della natura di finanziamento, nel senso indicato dall'art. 2467 cc, dei due versamenti oggetto di insinuazione. Come riconosciuto dalla stessa opponente nel proprio ricorso per insinuazione al passivo i due versamenti erano infatti destinati a soddisfare un fabbisogno effettivo di B srl che aveva "esigenze di liquidità" ed in quanto tali non possono che soggiacere alla disciplina della postergazione.

Da ultimo va ritenuto che ai fini della “postergazione” del credito di restituzione nella fattispecie sussiste sul piano oggettivo anche il presupposto che il “finanziamento” sia stato effettuato *“in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.”* Al riguardo deve rilevarsi che l’opponente, limitatosi nell’atto di opposizione a ricordare che l’onere di fornire la prova di tale presupposto incombeva sulla curatela, non ha contestato nella successiva memoria - dopo la specifica deduzione della resistente sul punto- la ricorrenza di detto presupposto. A tale proposito basteranno pertanto solo alcune brevi considerazioni. Dalla documentazione prodotta, e in particolare dallo stato passivo della società, e dal bilancio della B srl al 31/12/09, completo di nota integrativa, appare indubitabile che la società, nel momento in cui la ricorrente effettuò i due “versamenti” per fornire alla controllata liquidità, si trovava già in una situazione di gravissimo squilibrio finanziario. Premesso invero che i versamenti sono stati effettuati solo sei mesi circa prima del fallimento della B srl va osservato che lo squilibrio tra passivo ammesso (euro 19.753,00, ved. doc.1) e attivo stimato (euro 7.854.474,00) è stato pari a ben euro 11.899.265,00. Il bilancio al 31/12/09, inoltre, a fronte di un capitale per euro 30.000,00 e un patrimonio netto apparente per euro 99.966,00, presentava passività per euro 20.937.793,00, con una perdita di esercizio per euro 1.145.063,00. Basta questo, evidentemente, per rendersi conto che nel periodo in cui la ricorrente ha effettuato le due attribuzioni patrimoniali, per la cui restituzione si è insinuata, era non solo “ragionevole”

(come richiede la norma) ma sarebbe stato senz'altro "obbligatorio" un conferimento per consentire la continuazione della gestione della società.

Va pertanto confermata l'ammissione del credito in via postergata come da provvedimento del G.D. opposto.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, non possono che seguire la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale di Udine, definitivamente pronunciando nella causa di opposizione allo stato passivo iscritta al n° 3361/11, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, così decide:

1. Respinge l'opposizione.
2. Condanna l'opponente alla rifusione delle spese di lite a favore della curatela, spese che in difetto di nota spese liquida in complessivi euro 3.500,00, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Udine, nella camera di consiglio del 16/12/2011.

Il Giudice est.

Il Presidente