

**Tribunale di Verona – Ordinanza 1.3.2013
(Composizione monocratica – Giudice LANNI)**

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI VERONA

SEZIONE IV

Il Giudice, dott. Pier Paolo Lanni, esaminati gli atti del procedimento ex art. 671 c.p.c. iscritto al numero di ruolo su indicato, a scioglimento della riserva assunta, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Il Fallimento GA S.r.l. ha chiesto la pronuncia di un provvedimento di sequestro conservativo nei confronti di GF, in funzione strumentale di un'azione di responsabilità ex art. 146 LF.

In particolare, l'azione si basa sull'allegazione del ruolo gestorio del resistente nella società ricorrente (direttore generale dal 18.03.09 al 23.06.09. amministratore unico dal 23/6/09 al 22/10/09 e presidente del CdA da quella data fino al dicembre 2009), oltre che in altre società del gruppo di cui la ricorrente faceva parte (in particolare nel 2009 amministratore unico della holding, la AM S.r.l.) e sulla contestazione dell'operazione di finanziamento posta in essere nel maggio 2009 e consistita nella stipulazione di un contratto di mutuo dell'importo di € 5.500.000 il 15/5/09 tra la Banca Antonveneta S.p.a. e la AM S.r.l., con la concessione di un'ipoteca volontaria da parte della società ricorrente sull'unico immobile di cui era proprietaria, nella successiva stipulazione il 1°/6/09 di un contratto di finanziamento con cui la AM S.r.l. si era impegnata a

finanziare la ricorrente per un importo corrispondente al mutuo su indicato, nel successivo versamento della somma di € 4.000.000 e nell'imputazione della somma residua di € 1.500.000 all'estinzione di un precedente finanziamento da parte della AM S.r.l. alla società ricorrente ed infine nel versamento alla socia finanziatrice della somma di € 122.000, tra il novembre ed il dicembre 2009, a titolo di restituzione del finanziamento in questione.

Più precisamente, la ricorrente, all'udienza del 14/8/12 ha individuato il danno di cui intende chiedere il ristoro: 1) nell'aggravamento dello stato passivo, derivante dall'esposizione diretta della società nei confronti della Banca Antonveneta S.p.a. in conseguenza della concessione dell'ipoteca, a fronte di un debito che, derivando da un finanziamento soci, dovrebbe essere postergato; 2) nella restituzione della somma di € 122.000 alla AM S.r.l. (anch'essa poi dichiarata fallita), nonostante la condizione di insolvenza della società ricorrente, come accertato da un'ordinanza ex art. 702-ter c.p.c. del Tribunale di Verona, pronunciata in esito ad un'azione di revocatoria fallimentare esercitata in relazione ai pagamenti su indicati.

Orbene, va innanzi tutto affermata l'ammissibilità di tale precisazione (peraltro essenziale ai fini dell'individuazione dei *petitum* dell'azione in funzione della quale si chiede il sequestro conservativo), posto che nel procedimento cautelare non è configurabile un regime di preclusioni in relazione alla definizione del *thema decidendum*, se non quello funzionale derivante dalla

possibilità della decisione già alla prima udienza.

Ciò posto, riguardo al primo dei danni, va rilevato che la parte ricorrente, nell'atto introduttivo del procedimento ha contestato l'operazione di finanziamento in sé, sia perché illecita sia perché posta in essere in un quadro di sofferenza finanziaria e patrimoniale della società, mentre nella memoria depositata il 10/9/12 ha contestato l'operazione di finanziamento, in quanto attuata con il ricorso ad un mutuo bancario (sia pure attraverso lo schermo della capogruppo) invece che al finanziamento soci.

Tuttavia, in relazione ad entrambi i profili non sembra *prima facie* configurabile un'ipotesi di responsabilità del resistente, tale da giustificare la ventilata azione risarcitoria, e ciò anche dando per scontato un ruolo amministrativo di fatto della parte, prescindente dalla mera qualifica di direttore generale in quel momento (e quindi dall'accertamento della sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 2396 c.c.: v. sul punto Cass. n. 28819/08).

Ed infatti, una volta rilevato che la somma mutuata alla capogruppo è stata poi effettivamente destinata alla stessa società ricorrente con le forme del finanziamento soci (come risulta dall'accordo del 1°/6/09), può essere ravvisato in concreto un interesse finanziario specifico della medesima società alla concessione dell'ipoteca in favore dell'istituto di credito (prescindente dall'appartenenza al gruppo societario), tale da escludere, per un verso, la configurabilità di una condotta distrattiva legata al riconoscimento del diritto reale di garanzia e, per altro

verso, l'estraneità dell'atto (concessione dell'ipoteca) all'oggetto sociale (senza considerare poi, a quest'ultimo riguardo, che l'attuale formulazione dell'art. 2384 c.c. richiederebbe in ogni caso un dolo specifico dell'istituto di credito nella fattispecie indimostrato).

Né, d'altra parte, in questa sede può sindacarsi la scelta di ricorrere al credito per far fronte alle esigenze finanziarie della società in conseguenza della partecipazione ad un progetto di ristrutturazione di gruppo, poi rivelatosi fallimentare, poiché questo tipo di giudizio involge il merito (e quindi la discrezionalità) della scelta imprenditoriale.

Ed infatti, il giudizio di responsabilità previsto dagli artt. 2392 e ss c.c richiede l'accertamento di una condotta illegittima degli amministratori, in quanto posta in essere in violazione degli obblighi previsti dalla legge e dallo statuto, mentre è irrilevante la semplice inopportunità della stessa condotta dal punto di vista imprenditoriale.

In altri termini, nel caso in cui si contesti agli amministratori di aver posto in essere una determinata operazione (quale la stipulazione di un contratto di finanziamento) può assumere rilievo l'invalidità del contratto (nel caso di specie *prima facie* esclusa sia in rapporto all'art. 223 LF sia in rapporto all'art. 2384 c.c.) o la circostanza che sia stata posta in essere in una condizione di sostanziale riduzione del capitale al di sotto del limite legale, senza l'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2482 ter c.c. (circostanza, nel caso di specie non allegata), mentre non può

assumere rilievo la circostanza che quel finanziamento fosse inopportuno per la tipologia di sofferenza finanziaria della società o per la sua partecipazione ad un progetto imprenditoriale destinato all'insuccesso (come allegato nel caso di specie).

In particolare, nella prospettiva considerata attiene alla discrezionalità imprenditoriale (insindacabile) sia la scelta di ricorrere al credito in condizioni di sofferenza finanziaria sia la scelta di ottenere tale credito dal ceto bancario, con l'interposizione della holding, invece che direttamente da quest'ultima.

In ogni caso, riguardo a quest'ultimo profilo (su cui la parte ricorrente ha concentrato l'affermazione della responsabilità del resistente nella memoria depositata il 10/9/12), va osservato che: a) come rilevato da entrambe le parti, la costruzione dell'operazione di finanziamento tramite la stipulazione di un contratto di mutuo tra l'istituto di credito e la società controllante, con la concessione di una garanzia reale da parte della società controllata, e la successiva destinazione a quest'ultima della somma oggetto del mutuo tramite un contratto di finanziamento soci, trova giustificazione nel ridotto grado di affidabilità della società controllata nel sistema bancario e quindi nell'impossibilità per la stessa di accedere un finanziamento così rilevante, senza l'intervento della società controllante; b) appare del tutto indimostrata (ad anzi smentita alle considerazioni esposte a pag. 3 della memoria depositata dalla stessa ricorrente il 10/9/12) la possibilità di ottenere nel maggio-giugno del 2009 un finanziamento

così rilevante direttamente dalla socia AM S.r.l., senza ricorrere al ceto bancario (come invece è avvenuto); c) come ammesso anche dalla parte ricorrente, in risposta ai chiarimenti chiesti d'ufficio, se il mutuo in esame fosse stato stipulato direttamente dalla società controllata con l'istituto di credito, la situazione del Fallimento GA S.r.l. sarebbe sostanzialmente la stessa, in quanto in entrambe le ipotesi lo stato passivo del fallimento sarebbe gravato in via ipotecaria dal debito restitutorio nei confronti della banca; d) può quindi escludersi, in base ad una prima sommaria deliberazione, che il contratto di finanziamento contestato in questa sede abbia creato indebiti vantaggi alla società controllante o abbia arrecato un danno alla controllata, tenuto conto delle alternative percorribili.

Per ciò che concerne, infine, il secondo dei danni fatti valere (la restituzione della somma di € 122.000 alla AM S.r.l. nel novembre-dicembre 2009 in conseguenza del contratto di finanziamento del 1°/6/12), va rilevato che la responsabilità del resistente è stata riferita dal ricorrente ad un duplice profilo (rilevante principalmente in relazione all'azione prevista dall'art. 2394 c.c., la cui ammissibilità anche con riferimento alle S.r.l., tanto più in caso di azione esercitata dal curatore ex art. 146 L.F., deve ormai ritenersi pacifica: v., da ultimo Cass. n. 16955/12): a) la configurabilità del reato di bancarotta preferenziale; b) l'esecuzione di un pagamento comunque non dovuto (per la natura postergata del credito), a danno degli altri creditori.

Riguardo al primo profilo, va rilevato che nella fattispecie in

esame, in base ad una prima sommaria delibazione (e salvo ulteriori approfondimenti nel giudizio di merito tramite CTU sulla situazione patrimoniale effettiva della società nell'autunno del 2009) può escludersi la prova (sommaria) dell'esistenza dell'elemento soggettivo necessario per la configurabilità del reato (che richiede, prima ancora del fine specifico di avvantaggiare il socio ai danni degli altri creditori, la consapevolezza della situazione di insolvenza della società), tenuto conto del fatto che: 1) in una perizia di stima dei beni della AM S.r.l. redatta proprio nel dicembre 2009 ai sensi dell'art. 2465 c.c., il patrimonio netto della GA S.r.l. al 30/9/09 è stato quantificato in € 2.485.285; 2) il resistente è fuoriuscito dall'organo amministrativo della società nel dicembre del 2009; 3) la scelta di interrompere l'attività produttiva della GA S.r.l. e di disaggregare il gruppo societario ed industriale è stata presa successivamente.

Riguardo al secondo profilo, va rilevato innanzi tutto che al contratto di finanziamento stipulato dalla AM S.r.l. e dalla GA S.r.l. si applica l'art. 2467 cc., anche in forza del richiamo contenuto nell'art. 2497 *quinquies* c.c.

Tuttavia, non sono stati allegati elementi sufficienti per consentire la riconduzione di tale contratto all'interno della categoria di finanziamento postergato, come delineata dal secondo comma dell'art. 2467 c.c., soprattutto ove poi si consideri che il contratto in esame ha costituito un momento esecutivo di un più ampio disegno negoziale, finalizzato a far conseguire alla GA S.r.l. la provvista finanziaria proveniente da un istituto di credito e

non autonomamente dalla socia AM S.r.l., che si è limitata a fare da schermo contrattuale nella stipulazione del contratto di mutuo a fronte dell'esposizione diretta della società destinataria finale del mutuo nei confronti dell'istituto di credito che l'ha concesso con il riconoscimento dell'ipoteca.

L'esclusione, sulla base delle valutazioni sommarie esposte (che comunque richiedono maggiore approfondimento nel successivo giudizio di merito, anche tramite CTU), dell'invalidità dell'operazione di finanziamento attuata nel maggio-giugno del 2009, della configurabilità di una vera e propria situazione di insolvenza della GA già nella seconda metà del 2009 (o quanto meno della consapevolezza di tale insolvenza da parte del resistente) e della natura postergata del credito restitutorio della AM S.r.l., induce a negare la sussistenza del *fumus boni iuris* necessario per l'accoglimento della domanda cautelare.

Le spese del procedimento cautelare seguono la soccombenza.

P.Q.M.

- 1) **rigetta** la domanda cautelare;
- 2) **condanna** il Fallimento GA S.r.l. a rimborsare a GF le spese del procedimento che liquida in complessivi € 2552, di cui € 52 per spese ed il resto per compenso, oltre Iva e Cpa;
- 3) **manda** alla Cancelleria per la comunicazione del presente provvedimento alle parti.

Verona, 1/3/13

IL GIUDICE
dott. Pier Paolo Lanni