



Il Tribunale Ordinario di Venezia

sezione fallimentare

riunito in camera di consiglio e composto dai Signori Magistrati:

dott. ssa Manuela Farini Presidente

dott. ssa Rita Rigoni Giudice

dott. Andrea Fidanzia Giudice est.

nel procedimento ex art. 98 L.F. promosso da T. s.r.l. di opposizione allo stato passivo
dell'amministrazione Straordinaria della A.E. s.p.a.
ha emesso il seguente

CASO.it

DECRETO

La ricorrente ha proposto opposizione avverso il decreto, comunicato in data 22.5.2009, con il quale il Commissario Straordinario della A.E. s.p.a. ha ammesso al passivo della procedura il credito di € 453.083,63 in chirografo ma “ postergato rispetto al soddisfacimento degli altri crediti chirografari per il combinato disposto degli artt. 2497 quinquies e 2467 c.c. dallo stesso richiamato”.

A fondamento dell'odierna opposizione la ricorrente ha dedotto che la postergazione è stata disposta in difetto dei presupposti di legge, non essendo stato dimostrato che la T. s.r.l. avesse il controllo e la direzione su A.E., non avendo mai detenuto il 50% del suo capitale sociale, né che il finanziamento di cui è causa sia stato effettuato in un periodo in cui la società ammessa alla procedura concorsuale si trovasse in un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, tanto è vero che la società era in utile.

L'Amministrazione Straordinaria ha contestato l'opposizione, ribadendo che la società ricorrente aveva esercitato attività di direzione e coordinamento sulla A.E. s.p.a. .

La procedura ha inoltre dedotto l'applicabilità della regola della postergazione di cui all'art. 2467 c.c. anche alle società per azioni.

Il ricorso non è fondato e va pertanto rigettato.

Va premesso che deve condividersi l'assunto della ricorrente secondo cui non è stato dimostrato in causa che la T. s.r.l. abbia esercitato un'attività di direzione e coordinamento nei confronti della A.E. s.p.a. a norma dell'art. 2497 quinquies c.c.

A tal proposito, posto che la T. non deteneva la maggioranza delle azioni della A.E., arrestandosi la sua percentuale al 41,41 % (vedi doc. 3 ricorrente), con conseguente inapplicabilità dell'art. 2359 comma 1° n. 1 c.c. , non è stata peraltro fornita prova dal Commissario Straordinario che la

ricorrente disponesse di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della A.E. s.p.a. a norma dell'ipotesi n. 2 della citata norma.

Mentre il controllo di una società su un'altra è presunto in caso di maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, per dimostrare "l'influenza dominante" è indispensabile verificare in concreto l'andamento delle assemblee della partecipata per un arco di tempo ragionevolmente significativo, al fine di valutare se vi sia stata un'effettiva capacità di controllo da parte dell'asserita controllante.

Una socio detentore di una partecipazione consistente, ma non della maggioranza assoluta, è in grado di esercitare un'influenza dominante nella società partecipata quando il capitale sociale è molto parcellizzato e/o si registri un costante assenteismo dei soci nella partecipazione alle assemblee, di talchè per determinare l'approvazione delle delibere non è richiesta la detenzione della maggioranza assoluta delle azioni.

Nel caso di specie, nessun elemento è stato fornito per suffragare l'assunto dell'influenza dominante della T.. Anzi, la circostanza pacifica che a sua volta la ricorrente fosse controllata dalla Simod s.p.a., che deteneva una partecipazione nell'A.E. del 42,73%, consente di affermare che fosse proprio la Simod s.p.a. – non a caso tale società aveva provveduto alla redazione bilancio

consolidato - e non la T. (anche attraverso la sua partecipazione nella T. s.r.l.) ad esercitare un'attività di direzione e coordinamento nei confronti della A.E. s.p.a.

Accertato che nel caso di specie non può trovare applicazione l'art. 2497 quinquies c.c., deve a, questo punto, valutarsi se l'eccezione, sollevata dal Commissario Straordinario, di applicabilità dell'art. 2467 c.c. anche alle società per azioni sia o meno fondata.

A tal proposito, va premesso che la suddetta eccezione, pur non essendo stata sollevata dal Commissario Straordinario in sede di verifica dello stato passivo, ma solo nell'odierno giudizio di opposizione – sul punto deve darsi atto che l'opponente non ha sollevato contestazioni - è comunque ammissibile.

Va, infatti, osservato che, come già statuito da questo Tribunale (ordinanza del 13.1.2011, Italfondario s.p.a./ Fallimento Caumi (più altri)), il principio di non contestazione non trova applicazione in sede di verifica dello stato passivo atteso che:

- nel procedimento di stato passivo le parti possono stare in giudizio personalmente senza obbligo di difesa tecnica;

- il principio di non contestazione trova il suo presupposto logico e giuridico nel principio della dell'analiticità della domanda e delle allegazioni delle parti, mentre una tale analiticità non è prevista dall'art. 93 L.F. (a differenza dell'art. 163 c.p.c.);

- il principio di non contestazione presuppone la sussistenza di un processo che abbia precise scansioni, di certo non presenti nel procedimento di accertamento dello stato passivo.

Orbene, se non sussiste un principio di non contestazione per il curatore – cui è assimilabile il Commissario Straordinario – è evidente che non vi sia una preclusione per lo stesso di far valere in sede di opposizione allo stato passivo eccezioni in fatto ed in diritto che non siano state fatte valere in sede di verifica dello stato passivo.

D'altra parte, il legislatore, nel prevedere all'art. 9 comma 7° che la costituzione della curatela nel giudizio di opposizione allo stato passivo debba avvenire con il deposito di memoria difensiva contenente , a pena di decadenza, le eccezioni non solo processuali ma anche di merito non

rilevabili d'ufficio, ove avesse voluto creare delle preclusioni – limitando le eccezioni a quelle già fatte valere in sede di verifica dello stato passivo – avrebbe di certo utilizzato una formula diversa (per es. facendo riferimento ad eccezioni “nuove”).

Ciò premesso, va accertata in questa sede la fondatezza dell'eccezione di applicabilità dell'art. 2647 cod. civ. alle società per azioni.

Ad avviso di questo Collegio, la risposta deve ritenersi affermativa.

Come già sostenuto dalla dottrina maggioritaria e da alcuni giudici di merito (vedi Tribunale di Pistoia 21 settembre 2008 in Fallimento 2009, pag. 799; vedi anche Tribunale Udine del 21.2.09 nel sito “osservatorio sulla giurisprudenza fallimentare, www.unijuris.it), la circostanza che l'art. 2467

c.d. sia inserito tra le norme che disciplinano il funzionamento delle società a responsabilità limitata, non esclude di per sé la sua applicabilità alle società per azioni, costituendo la postergazione un principio generale di corretto finanziamento dell'impresa che deve operare anche per le s.p.a. allorché, per le peculiari caratteristiche del fatto concreto, il socio finanziatore non sia un mero investitore ma sia titolare di una posizione, pur non necessariamente dominante, ma comunque assai

influyente all'interno della società partecipata, tale da condizionarne la politica gestionale. In sostanza, il socio finanziatore non è un mero investitore ma è partecipe dell'attività di impresa sia pur attraverso lo schermo societario.

La regola della postergazione è stata introdotta al fine di porre rimedio a situazioni che possono in concreto presentarsi in tutte le società di capitali, ovvero che il prestito del socio a favore della società in precario equilibrio finanziario abbia una finalità sostitutiva del capitale di rischio ed è stata introdotta a tutela dei terzi creditori.

Il motivo per cui la postergazione è stata disciplinata espressamente solo nella società a responsabilità limitata è perché in tale modello è più frequente il pericolo di sottocapitalizzazione nominale.

Tuttavia, anche nelle s.p.a. si possono verificare situazioni in cui la società presenti una base azionaria ristretta con soci partecipi dell'attività economica e coinvolti nella sua gestione, assimilabili come tali ai soci della s.r.l.

D'altra parte, che l'art. 2647 c.c. non costituisca una norma eccezionale ma sia espressione di un principio di natura generale, applicabile anche nelle s.p.a., trova conferma nel disposto dell'art. 2411 cod. civ. secondo cui il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale ed agli interessi può essere in tutto o in parte subordinato alla soddisfazione dei diritti di altri creditori della società.

Dunque, se il principio della postergazione può essere introdotto per gli obbligazionisti delle s.p.a.,

deve, a maggior ragione, valere per i soci che non si limitino ad un investimento finanziario ma siano coinvolti attivamente, pur non in posizione dominante, nella gestione della società.

Esaminando la composizione azionaria nel caso di specie, emerge che se è pur vero che la Alpi Eagles s.p.a. era partecipata da dodici soci, in realtà, tuttavia, gli unici soci in grado di influenzare le scelte della società era la T., titolare del 41%, la S., titolare del 42,73% e la I. s.p.a., e la Banca P.

aventi una partecipazione di circa il 5% del capitale. Tutti gli altri soci erano titolari di quote azionarie risibili, la maggior parte delle quali sotto l'1%.

Da tale considerazione emerge quindi che la T. s.r.l., in considerazione della sua elevatissima partecipazione azionaria detenuta, non era un mero socio investitore ma un socio partecipe della gestione della A.E. che, come tale, per un corretto finanziamento dell'impresa, era tenuta al conferimento di capitale di rischio e non a semplici finanziamenti assoggettati allo stesso regime dei crediti vantati dai terzi creditori.

Peraltro, che il finanziamento di cui è causa sia stato effettuato in una situazione di evidente squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto emerge dalla sola lettura del bilancio chiuso al 31.12.2005 (doc. 4 ricorrente), che appalesa un indebitamento di ben € 50.623.821 a fronte di un patrimonio netto pari poco più ad un quarto dell'indebitamento, ovvero € 13.749.730.

Sussistono pertanto tutti i presupposti per applicare l'istituto della postergazione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale così dispone:

- 1) rigetta il ricorso proposto;
- 2) condanna la T. s.r.l. alla rifusione delle spese del procedimento in favore dell'Amministrazione Straordinaria A. E. s.p.a. che liquida in complessivi € 4.550, di cui € 50,00 per spese, € 1.500 per diritti ed € 3.000 per onorari, oltre rimborso forfetario, IVA e CPA se dovuti per legge.

Si comunichi via fax

Venezia, così deciso il 10.2.2011

 **CASO.it**
Il Presidente