

Fall.
Cron.
Rep.

SENT. N.

n. 37/10 RIF



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE FALLIMENTARE DI TERNI

riunito in camera di consiglio in persona dei seguenti magistrati:

Dott. Girolamo Lanzalotto, Presidente

Dott.ssa Paola Vella, Giud.Del. Rel.

Dott. Mario Montanaro, Giud.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

AVENTE AD OGGETTO LA DOMANDA DI FALLIMENTO DI

E.L.. s.r.l. -c.f. (omissis)- con sede in Portamar, Avenida Y de Mayo (VENEZUELA), in persona dell'amministratore unico e socio unico (omissis), n. in Venezuela (omissis)

PROPOSTA DA

O. VEICOLI INDUSTRIALI s.r.l., in persona del legale rappr.te p.t.

elett.te dom.ta in Terni, (omissis), come da procura speciale a margine del ricorso

RICORRENTE

NON COSTITUITA

Premesso in fatto:

- che in data 27.4.10 la società O. Veicoli Industriali srl ha proposto ricorso ex art. 6 L.Fall. (n. 37/10 RIF) contro la società E.L.. s.r.l., per un credito di euro 3.500 c.ca, portato da titoli cambiari protestati;
- che in precedenza la stessa società aveva promossa analoga procedura prefallimentare (n. 43/08 RIF), archiviata in data 31.10.08 a seguito di formale desistenza del 27.6.08;
- che all'udienza del 13.12.10, dopo alcuni rinvii finalizzati alla completa instaurazione del contraddittorio, la ricorrente ha prodotto copia dell'avviso di ricevimento relativo a ricorso e verbali di udienza notificati alla società debitrice, presso la sede legale in Venezuela, chiedendo (ed ottenendo) termine per la produzione dell'originale;
- acquisita la relativa produzione, il g.d. ha riferito la causa al collegio in camera di consiglio.

Ritenuto in diritto:

A) QUANTO A GIURISDIZIONE E COMPETENZA DELL'ADITO TRIBUNALE

La norma di riferimento è l'art. 9 l.f., il quale, sotto la generica rubrica "competenza", ne disciplina unitariamente tanto il profilo territoriale interno -competenza in senso stretto- quanto il profilo internazionale -giurisdizione-, ponendo come principio basilare il criterio della sede principale dell'impresa (co.1), sancendo l'irrelevanza di ogni trasferimento avvenuto nell'anno antecedente l'iniziativa per la declaratoria di fallimento (co. 2), confermando il pregresso principio di cd. nazionalità (o territorialità) del fallimento, ovvero di "inderogabilità della giurisdizione domestica" (Cass. SSUU 13.10.08 n. 25038) -nel senso che la preventiva

dichiarazione di fallimento all'estero non preclude la dichiarazione di fallimento in Italia (co. 3)-, facendo comunque salve le diverse convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea (co. 4), ed escludendo espressamente la giurisdizione italiana solo ove il trasferimento della sede legale all'estero sia avvenuto dopo il deposito del ricorso o della richiesta di fallimento (co. 5).

Va innanzitutto esclusa l'operatività di quest'ultima disposizione, non potendo ravvisarsi alcuna continuità procedimentale tra la domanda in esame e quella analogamente proposta dallo stesso ricorrente nell'aprile del 2008, in quanto successivamente rinunziata e perciò seguita, nell'ottobre 2008, da un provvedimento negativo del tribunale, che a quello specifico procedimento ha definitivamente posto termine (cfr. Cass. SSUU 18.5.09 n. 11398).

Va inoltre esclusa la disciplina dettata, in ambito UE, dal Regolamento CE n. 1346/2000 (incentrata sul concetto del COMI - *Center Of Main Interest*), stante la collocazione extracomunitaria del paese di destinazione (Venezuela), con il quale non risulta peraltro in vigore alcuna specifica convenzione nella materia *de qua*.

Occorre poi interrogarsi se siano applicabili, in quanto principi generali, le norme di diritto internazionale privato (legge n. 218/95), segnatamente l'art. 3 che, in tema di giurisdizione italiana, ne afferma la sussistenza quando il convenuto abbia in Italia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio ai sensi dell'art. 77 c.p.c. e negli altri casi stabiliti dalla legge (co.1), accanto all'art. 25 che, al diverso scopo di individuare il diritto sostanziale applicabile ai giudizi dei quali siano parte società (ed altri enti), fa riferimento alla disciplina alla "legge dello stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione" (co. 1), e statuisce che "i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati" (co.3). Al riguardo, da più parti si sostiene che l'art. 9 l.f. si pone come norma speciale successiva e tendenzialmente esaustiva, alla quale dovrebbe perciò darsi prevalenza rispetto alle suddette disposizioni di diritto internazionale privato.

Dal canto suo la giurisprudenza, con una copiosa produzione che affonda le sue radici nel previgente sistema, ha integrato il quadro normativo di riferimento specificando che la giurisdizione italiana deve ritenersi sussistente anche (laddove il trasferimento della sede (sia in Italia che) all'estero non sia effettivo ma fittizio, perché ispirato dal fenomeno del *cd. forum shopping* (specie per i trasferimenti interni) o comunque dall'intento fraudolento di ostacolare le iniziative recuperatorie del creditore (specie per i trasferimenti all'estero), tanto più se realizzato in prossimità dell'instaurazione del procedimento prefallimentare.

Tale consolidato orientamento giurisprudenziale è stato non solo recepito dal legislatore delle riforme, ma addirittura cristallizzato in un dato cronologico oggettivo (che esclude dal suo ambito ogni indagine di fatto), attraverso la richiamata regola per cui ogni trasferimento intervenuto nell'anno antecedente l'iniziativa di fallimento è irrilevante ai fini dello spostamento della competenza (art. 9 co. 2 l.f.); regola della cui applicabilità alla giurisdizione si discute, in quanto, se una lettura istituzionale e disarticolata della norma sembrerebbe escluderlo (riferendosi essa apparentemente alla sola competenza territoriale), viceversa una lettura unitaria e teleologica della stessa sembrerebbe ammettere un connubio di disciplina tra competenza e giurisdizione (come del resto avviene nell'art. 3 co. 2 ult. parte l. 218/95, laddove per alcune materia "la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio"), tanto più che la *ratio* ispiratrice di questa semplificazione dell'onere probatorio sulla fittizietà del trasferimento, se vale per la competenza territoriale, dovrebbe a maggior ragione valere in ipotesi di trasferimento della sede all'estero, in cui per il creditore è sommamente difficile dare la prova che nessuna attività imprenditoriale sia in realtà svolta nella nuova sede.

Aderendo dunque alla tesi estensiva (meno diffusa in giurisprudenza, secondo la ricerca nazionale curata dall'O.C.I. ed illustrata nel volume "L'istruttoria prefallimentare" Milano, 2010, pag. 371 ss., ma cui sembrerebbe aderire, sia pure in *obiter dictum*, Cass. SSUU 13.10.2008 n. 25038, laddove afferma che "il combinato disposto delle norme in esame" -l'art. 9, co. 2 e co. 5, l.f.-, induce a ritenere che la giurisdizione del giudice italiano sia esclusa nei soli casi di effettivo -nonchè tempestivo- trasferimento della sede sociale all'estero"), nel caso di specie il fatto che il trasferimento di sede sia intervenuto appena sei mesi prima del deposito del ricorso sarebbe sufficiente ad affermare la giurisdizione italiana.

Ma a tale conclusione può pervenirsi anche aderendo alla tesi più restrittiva (ed apparentemente più diffusa), soccorrendo al riguardo la copiosa elaborazione giurisprudenziale, specie di legittimità, che ha configurato una sorta di "statuto della fittizietà" del trasferimento, sulla base di ricorrenti circostanze, quali: a) la prossimità temporale alla domanda di fallimento; b) un contesto di crisi conclamata tale da rendere inverosimile l'effettività di una scelta operativa di carattere logistico; c) la natura meramente formale del trasferimento, non accompagnato dall'effettivo esercizio di attività di impresa nella nuova sede; d) la prova che non vi sia stato alcun trasferimento del centro propulsore della vita dell'impresa (Cass. 9.7.05 n. 14462; conf. Cass. n. 10606/05 e n. 3368/06).

Anche di recente -e dopo le riforme- la Corte di legittimità è tornata a ribadire tali concetti, assumendo che "ove al trasferimento all'estero della sede legale della società non abbiano fatto seguito né l'effettivo esercizio di attività imprenditoriale nella nuova sede, né lo spostamento presso di essa del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa, la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la nuova indicata sede legale è da considerarsi vinta", con permanenza della "giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento della società che in Italia abbia avuto, prima del -meramente formale- trasferimento" la propria sede, come avviene quando "il preteso trasferimento" viene deliberato "in epoca tanto prossima alla presentazione dell'istanza di fallimento (e quando la situazione d'insolvenza di detta società era già ampiamente in atto) da far ragionevolmente supporre che si sia trattato di un espediente posto in essere in vista della probabile apertura della procedura d'insolvenza, piuttosto che di una scelta reale, dettata da effettive ragioni imprenditoriali", specie ove esse siano solo "enunciate ma mai minimamente documentate", e tanto più ove non vi sia alcun riscontro nel registro delle imprese del luogo in cui la sede stessa sarebbe stata trasferita" (Cass. SSUU 18.5.09 n. 11399; conf. Cass. SSUU 9.2.2009 n. 3057).

Analoghi indizi sono stati ravvisati "nella residenza all'estero del nuovo amministratore; nell'inerenza dell'istanza di fallimento a crediti scaduti prima del momento del trasferimento, nella cessazione dell'attività contestualmente al trasferimento all'estero", ma anche nella "qualifica di semplice impiegata dell'amministratore della società", nella "allocazione della nuova sede presso una mera casella postale", nella "motivazione del tutto apodittica del trasferimento all'estero (*"dare maggior impulso all'attività sociale"*)", tali da far concludere che il debitore si sia allontanato dall'Italia "al solo fine di sottrarsi alle proprie responsabilità patrimoniali, da tempo accertate, da tempo quantificate, da tempo contestate, da tempo richieste dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento" (Cass. SSUU 13.10.2008 n. 25038).

Gli indizi assumono poi la veste di prova piena laddove la natura fittizia emerge da dichiarazioni (nel caso di specie rese al P.M. istante), nel senso che il trasferimento "era stato strumentale, per ridurre gli oneri fiscali", ovvero "le cessioni di quote e le nomine degli amministratori erano false", e gli amministratori "stranieri trovati erano dei prestanomi ai quali erano stati pagati dei soldi per sottoscrivere gli atti" (Cass. SSUU 9.4.2010 n. 8426).

Viceversa, si è esclusa la natura fittizia del trasferimento in presenza di indizi univoci, quali la disdetta dei contratti di locazione e le volture delle utenze presso la sede originaria, la regolare iscrizione nel registro delle imprese dello stato di destinazione, l'adozione di formale delibera esplicativa delle ragioni del trasferimento (Cass. SSUU 16.12.09 n. 26287).

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale in cui va collocata la vicenda concreta, alla affermazione della sussistenza della giurisdizione italiana conducono, gradatamente e secondo le diverse opzioni ermeneutiche praticabili:

I) l'applicazione dell'art. 3, co. 1, l. 218/95, in quanto dalla visura camerale in atti, aggiornata al 20.4.10, la venezuelana Baquero Yazmin, socio unico e amministratore unico, risulta iscritta anche come "rappresentante dell'impresa", con domicilio in Italia;

II) ove si assuma la prevalenza delle norme - successive e speciali - della legge fallimentare, il disposto dell'art. 9 co. 2 l.f., poiché il trasferimento della sede è avvenuto circa sei mesi prima del deposito del ricorso per fallimento, ed in quanto infrannuale ricade nella sanzione di irrilevanza ai fini dello spostamento della competenza giurisdizionale;

III) ove si ritenga applicabile l'art. 9 co. 2 l.f. solo in tema di competenza (non anche di giurisdizione), la fittizietà del trasferimento operato dalla E.L. s.r.l., desumibile dalle seguenti circostanze: i) il trasferimento della sede è avvenuto dopo la chiusura del primo procedimento prefallimentare e in prossimità dell'apertura del secondo, originato dall'inadempimento dell'accordo che aveva

condotto alla rinuncia del creditore ricorrente; ii) il trasferimento della sede è stato attuato nell'ottobre 2009, quando fino a poco tempo prima la debitrice aveva chiesto dilazioni alla ricorrente, assicurando la definizione della residua pendenza debitoria (v. docc. G) e H) fasc. ricorrente); iii) la debitrice aveva a tal fine rilasciato titoli cambiari nel giugno 2008, che sono andati protestati nel dicembre 2008 e gennaio 2009 (doc. E); iv) del trasferimento della sede in Venezuela si fa menzione nella cessione delle quote sociali per atto Not. Fortini di Viterbo dell'8.10.09 (doc. b), senza alcuna motivazione circa le esigenze imprenditoriali che l'avrebbero giustificata; v) anche della cessione delle quote da parte di Cimatti Chiara (socio di minoranza e amministratore unico) e Tomassini Gabriella (socio di maggioranza) alla venezuelana Baquero Yazmin, munita di carta di soggiorno e domiciliata a Ravenna (che diventa così socio unico ed amministratore unico), non si dà nell'atto giustificazione alcuna; vi) alla notifica del ricorso per dichiarazione di fallimento (anche) presso il domicilio italiano della nuova rappresentante legale della società, nel maggio 2010, la stessa risulta "sconosciuta"; vii) dall'istruttoria non è emerso alcun elemento (al di là del formale perfezionamento della notifica in Venezuela) da cui possa presumersi che effettivamente la E.L. s.r.l. abbia continuato a svolgere la propria attività (autotrasporto merci per conto terzi) nella nuova sede venezuelana, o abbia comunque lì trasferito il proprio centro decisionale e direzionale; circostanze queste, che fanno sinergicamente presumere che il trasferimento della sede all'estero –in uno alla irreperibilità in Italia della rappresentante dell'impresa, la stessa cittadina venezuelana che cumula singolarmente in sé anche il ruolo di socio unico e amministratore unico- sia stata effettuata dalla società debitrice al solo fine di sottrarsi alle responsabilità patrimoniali –per dirla con la Suprema Corte- "da tempo accertate, da tempo quantificate, da tempo contestate, da tempo richieste dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento" (Cass. SSUU n. 25038/08 cit.).

Una volta accertata la giurisdizione italiana, non sono emersi dall'istruttoria elementi tali da vincere la presunzione di coincidenza della sede principale dell'impresa debitrice con la sua sede legale, come in Terni prima del fittizio trasferimento, con conseguente competenza territoriale dell'adito tribunale, ai sensi dell'art. 9 co. 1 l.f.

B) QUANTO AI PRESUPPOSTI SOGGETTIVI

La legittimazione attiva della società ricorrente è provata sulla base della documentazione allegata (originario decreto ingiuntivo; titoli cambiari protestati).

Anche la qualità di impresa commerciale della società E.L. s.r.l. è pacifica, avendo essa ad oggetto principalmente l'attività di autotrasporto merci per conto terzi (v. visure camerali allegate).

In assenza di qualsivoglia allegazione o produzione della debitrice in ordine ai parametri previsti nell'art. 1 co. 2 lett. a), b) e c) l.f., relativamente ad attivo patrimoniale, ricavi e debiti (anche non scaduti) –il cui onere probatorio grava pacificamente sulla convenuta (v. Corte Costituzionale n. 198/09 e Cass. Civ. n. 11309/09)-, l'unico bilancio acquisito presso la camera di commercio, su iniziativa della ricorrente (doc. C), pur risalendo all'esercizio 2006 (e quindi estraneo al segmento temporale prescritto dalla legge), attesta comunque il superamento di almeno due dei parametri previsti (attivo patrimoniale e ricavi), lasciando perciò presumere che ricorra il presupposto della assoggettabilità della debitrice a fallimento ai sensi del citato art. 1 l.f..

C) QUANTO AI PRESUPPOSTI OGGETTIVI

All'esito dell'istruttoria, risulta ampiamente superato anche il limite preclusivo di cui all'art. 15 ult.co. l.f., in quanto dalle informazioni urgenti assunte presso Inps, Agenzia delle Entrate ed Equitalia Umbria spa, è emersa una esposizione debitoria verso gli enti previdenziali e fiscali di circa 110 mila euro.

Anche lo stato di insolvenza della società debitrice risulta da plurimi indizi, quali i protesti elevati sui titoli rilasciati per la definizione della precedente istanza di fallimento, l'esito negativo del pignoramento presso terzi -da cui è anzi risultata una ulteriore esposizione debitoria verso il ceto bancario (doc. B)-, nonché la discutibile operazione di cessione delle quote sociali ad una cittadina venezuelana risultata irreperibile e contestuale trasferimento della società all'estero, nella consapevolezza dell'esistenza di pendenze debitorie lasciate inevase, sulla base dei quali può certamente concludersi che la stessa debitrice non è più in grado di adempiere le obbligazioni assunte, ai sensi dell'art. 5 l.f.;

P.Q.M.

visti gli artt. 1, 5, 9, 15, 16 e 147 ss. RD n. 267/42, come modificato dai D.L.vi n. 5/06 e n. 169/07

DICHIARA IL FALLIMENTO

della società E.L.. s.r.l. -c.f. (omissis) con sede in Portamar, Avenida Y de Mayo (VENEZUELA), in persona dell'amministratore unico e socio unico (omissis), n. in Venezuela (omissis).

NOMINA

Giudice Delegato la dott.ssa Paola Vella;

NOMINA

Curatore il rag. (omissis);

ORDINA

al fallito di depositare entro tre giorni i bilanci e le scritture contabili e fiscali obbligatorie, unitamente all'elenco dei creditori, presso la cancelleria fallimentare dell'intestato Tribunale;

DISPONE

che il curatore proceda, ai sensi dell'art. 84 L. Fall., all'immediata apposizione dei sigilli su tutti i beni mobili che si trovino presso la sede principale dell'impresa, nonché su tutti gli altri beni dei falliti -ovunque essi si trovino- e che proceda alla redazione dell'inventario, a norma dell'art. 87 L. Fall., non appena possibile;

al 2 giugno 2011 ore 9,30 l'adunanza per l'esame dello stato passivo, che avrà luogo nell'ufficio del Giudice Delegato;

ai creditori ed ai terzi che vantino diritti reali o personali su cose in possesso del fallito il termine perentorio di giorni trenta prima dell'adunanza suddetta per la presentazione in cancelleria fallimentare, in duplice copia, delle domande di ammissione al passivo di crediti ovvero di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, secondale modalità di cui all'art. 93 L. Fall.;

AVVISA

i creditori che le domande presentate oltre il termine perentorio suddetto ed entro il termine di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo saranno considerate e trattate come tardive, ai sensi dell'art. 101 L. Fall.;

DISPONE

che, ai sensi dell'art. 17 L. Fall., entro il giorno successivo al deposito in cancelleria la presente sentenza sia notificata su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'art. 137 c.p.c., al debitore (eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento ex art. 15 L. Fall.), nonché comunicata per estratto (contenente il nome del debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data di deposito della sentenza), ai sensi dell'art. 136 c.p.c., al P.M., al curatore e al richiedente il fallimento; che entro lo stesso termine la sentenza sia trasmessa per estratto, anche per via telematica, all'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta;

DISPONE

che la presente sentenza non sia comunicata al Casellario Giudiziale;

AUTORIZZA

la prenotazione a debito ex art. 146 dpr 115/02, con obbligo del curatore di segnalare ogni acquisizione di liquidità tale da comportarne la revoca;

MANDA

alla cancelleria per l'avviso immediato al Curatore, anche a mezzo fax o per presa visione del relativo biglietto di cancelleria.

Terni, 4.2.2011

Il Giudice estensore

Il Presidente