

CONTRIBUTO UNIFICATO

№ 485



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

Sezione Terza Civile

riunita in Camera di Consiglio in persona dei signori magistrati:

dott. Roberto Aponte
dott. Emilia Salvatore
dott. Pietro Guidotti
ha pronunciato la seguente

Presidente
Consigliere
Consigliere rel.

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello (scritta al n. 2061 del ruolo generale dell'anno 2005, posta in decisione all'udienza collegiale 28 giugno 2011,

promossa da

C. G. (c.f.), residente in C. () ed elettivamente domiciliato in Bologna, Via C. n. presso lo Studio dell'avv. S. G. del Foro di Bologna, che, unitamente all'avv. A. B. del Foro di Reggio Emilia, la rappresenta e difende come a procura apposta in calce all'atto di appello,

appellante

contro

G. T. s.r.l., con sede in S. () via G. n. in persona dell'amministratore delegato, A. M., rappresentata e difesa in forza di procura in calce all'atto di citazione in appello notificato, dagli avv.ti Rolandino Guidotti, del Foro di Modena, e F. V. del Foro di Bologna, ed elettivamente domiciliata presso lo Studio di quest'ultimo, in Bologna, in via S. S. n.,

appellata-appellante incidentale

Rilasciata come n. 1 di pag. 10 esecutive
all'Avv. V. P. M. Z. applicate marche e 12.41 sull'originale
Bologna, 3 APR 2012

L'ASSISTENTE
P. M. Z.

SENTENZA CIVILE
N°

№ 485

Depositata il

26 MAR. 2012
R.G. N° 2061/05

Cron. N° 926

Rep. N° 452

R. Sez. N°

R. C.I. N°

OGGETTO:

R

Minute depositata
il 9 DIC. 2011

conclusioni di parte appellante:

“Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello di Bologna, *contrariis reiectis*, in riforma della sentenza impugnata, rigettare l'opposizione svolta da G. T. s.r.l. e per l'effetto confermare, ritenendolo pienamente valido e legittimo, il decreto ingiuntivo opposto n. 1371/01 in data 13.6.01 del Tribunale di Reggio Emilia, anche in ordine alle spese ivi liquidate; in ogni caso condannare G. T. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante, a pagare a C. G. la somma di €348.608,41 con gli interessi legali dalla domanda saldo. Con vittoria delle spese, competenze ed onorari per entrambi i gradi del giudizio e ciò in ulteriore riforma della sentenza gravata.”



conclusioni di parte appellata-appellante incidentale:

“Ogni contraria istanza ed eccezione reiette, con riserva di ogni ulteriore e diversa, deduzione, produzione e conclusione respingere le domande tutte proposte nell'atto di citazione in appello notificato in data 1 luglio 2005 perché infondate in fatto ed in diritto. In parziale riforma della sentenza n.1126/05 del 1 luglio resa *inter partes* dal Tribunale di Reggio Emilia, accertare e dichiarare che il sig. G. C. ha agito con mala fede (e/o quanto meno colpa grave) e, conseguentemente, condannare il ricorrente anche ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 96 c.p.c. e/o 2043 c.c. al risarcimento dei danni tutti causati alla società esponente nella misura che risulterà dovuta o comunque con valutazione equitativa oltre al pagamento delle integrali spese legali di entrambi i gradi di giudizio. Emettere ogni altra declaratoria e statuizione comunque previa, connessa e dipendente dalle domande che precedono.”

in punto a: appello avverso sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, n.1126 depositata in data 1 luglio 2005

la Corte

udita la relazione della causa fatta dal Consigliere dott. Pietro Guidotti;

udita la lettura delle conclusioni prese dai procuratori delle parti;

PG

letti ed esaminati gli atti ed i documenti del processo, ha così deciso:

Svolgimento del processo

Con atto di citazione in opposizione, notificato in data 8 agosto 2001, la G. T. s.r.l., con sede in S. (), conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Reggio Emilia, G. C., residente in C. (), proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n.1371/01, in data 13 giugno 2001, con il quale il Tribunale le aveva ingiunto il pagamento in favore del socio G. C. della somma di L.675.000.000/ oltre accessori e spese a titolo di rimborso per un finanziamento da quest'ultimo erogato nell'anno 1998.

La società opponente eccepiva, in primo luogo, la improponibilità della domanda monitoria per essere ogni controversia insorta fra i soci e la società devoluta ad un collegio arbitrale in forza della clausola compromissoria di cui all'art.29 dello statuto sociale, e, nel merito, la infondatezza della stessa, in quanto il credito vantato dal C. era inesigibile per essere la sua restituzione subordinata alla adozione di una specifica delibera assembleare, come stabilito dalla delibera adottata in data 3 luglio 1998 dai soci della G. s.r.l. (in seguito denominata G. T. s.r.l.).

Parte opposta, ritualmente costituitasi in giudizio, deduceva la proponibilità della domanda avendo agito in qualità di terzo per ottenere la restituzione della somma mutuata alla società, mentre la clausola compromissoria demandava alla cognizione arbitrale le controversie insorte in dipendenza dello statuto sociale.

Nel merito, assumeva che il finanziamento avrebbe dovuto essere restituito entro il termine indicato nella scrittura privata del 21 aprile 1998 (con la quale esso C. e tale C. G. avevano ceduto alla costituenda C. s.r.l. l'intero capitale della G. s.r.l.) e che la delibera del 3 luglio 1998 era stata adottata dai soci della C. s.r.l. (poi G. T. s.r.l.) con l'unico scopo di regolarizzare il finanziamento anche sotto il profilo fiscale.



it

FR

La causa veniva istruita con produzioni documentali e prove per interrogatorio e testi e veniva poi decisa dal Tribunale di Reggio Emilia con sentenza n.1126/05.

Il Tribunale, ogni diversa domanda disattesa e respinta, in accoglimento dell'opposizione dichiarava la nullità del decreto ingiuntivo n.1351/01 per essere la domanda proposta in via monitoria improponibile in quanto soggetta alla cognizione arbitrale, dichiarando interamente compensate le spese processuali tra le parti.

Il Tribunale, in particolare, ricostruiva analiticamente l'articolata vicenda tra le parti, qualificabile come *leveraged buy out*, e descrivibile, in sintesi, come segue: G s.r.l. (c.d. *new company*) è stata costituita allo scopo di acquistare le quote della G s.r.l. (c.d. *target* o società bersaglio) e fondersi poi con essa. La C s.r.l., il cui capitale sociale (L. 150.000.000) era largamente inferiore al valore delle quote della G s.r.l. (L. 1480.000.000), ha, in particolare, fatto ricorso al prestito del C e di G C (altra socia di G s.r.l.) per acquistare il capitale della G s.r.l.; il debito nei confronti di quest'ultimi è stato infine assunto, nell'ipotesi di impossibilità della società di provvedere alla restituzione del finanziamento, direttamente dagli altri soci della C s.r.l. in misura proporzionale alla quota (del 50%) di capitale da loro posseduta.

Il Tribunale, rilevato che la tale dinamica non era oggetto di contestazione tra le parti, riteneva evidente la natura di finanziamento - e non di versamento in conto capitale- della dazione della provvista da parte del C (e della C).

Tanto premesso, il Tribunale di Reggio Emilia, esaminando la questione pregiudiziale, così osservava: *"E' pacifico, infatti, che il C e la C hanno erogato il finanziamento contestualmente alla costituzione della C s.r.l. (come previsto dall'art. 8 della scrittura del 22 aprile 1998) e, quindi, nella loro qualità -appena assunta- di soci di tale società; e la circostanza è confermata dal fatto che tanto nella predetta scrittura quanto nella delibera assembleare del 3 luglio 1998 le parti hanno utilizzato l'espressione "finanziamento soci". La presente controversia, che ha per oggetto la restituzione del predetto finanziamento verte pertanto fra un socio e la società*



df

beneficiaria del prestito.”; da ciò l'accoglimento dell'eccezione pregiudiziale, atteso che la clausola compromissoria di cui all'art. 29 dello statuto sociale, secondo cui erano rimesse alla cognizione arbitrale controversie insorte “in dipendenza di questo statuto”, “vale solo a chiarire i limiti oggettivi della clausola stessa nel senso che sono devolute agli arbitri soltanto le controversie che attengono al contratto sociale e, cioè, alla realtà operativa della società con esclusione delle controversie nelle quali vengono in rilievo solo le qualità soggettive (di soci e di società). In altri termini sono escluse le controversie che, pur vertendo fra soci e società, esulano del tutto dalla gestione imprenditoriale in quanto estranee al contratto sociale.”.

Avverso la suddetta sentenza interponeva appello G. [redacted] chiedendone l'integrale riforma, con conferma dell'opposto decreto ingiuntivo ed il favore delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

Parte appellata si costituiva ritualmente in giudizio chiedendo l'integrale rigetto dell'appello principale e, in via di appello incidentale, la riforma dell'impugnata sentenza sotto il profilo della liquidazione delle spese e del rigetto della domanda da essa formulata in primo grado ex art.96 c.p.c., oltre al favore delle spese del grado.

All'udienza collegiale del 28 giugno 2011 la causa veniva trattenuta in decisione sulle conclusioni così come in epigrafe riportate e con assegnazione del termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

Motivi della decisione

Sia l'appello principale che l'appello incidentale sono infondati e devono essere respinti.

Parte appellante censura la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia con due motivi: a) col primo motivo, perché, pur avendo correttamente qualificato la natura di finanziamento e non di versamento in conto capitale “della dazione della provvista da parte del G. [redacted]” alla società, il Tribunale aveva ritenuto la controversia in questione riconducibile alla cognizione arbitrale ai sensi della clausola compromissoria di cui all'art.29 dello

statuto della società; b) col secondo motivo, per la erroneità della decisione nella *"affermazione contenuta a pag. 9 della sentenza, secondo cui, affrontando un problema non più affrontabile - peraltro con evidente vizio di ultrapetizione- una volta accolta l'eccezione preliminare di compromesso, per il giudice unico "gli unici soggetti destinatari della richiesta di pagamento sono i soci che, ai sensi della clausola n. 9, dovevano 'sostituirsi' alla società nell'adempimento dell'obbligo assunto nei confronti del G..."*

Parte appellata, dal canto suo, svolge appello incidentale censurando la sentenza sul capo relativo alla compensazione delle spese e in riferimento al rigetto della domanda risarcitoria ex art. 96 c.p.c..

In sede di comparsa conclusionale, infine, parte appellante ha dedotto la nullità della clausola compromissoria ai sensi dell'art.34 D.Lgs. n.5/03, affermando che *"secondo un orientamento ormai consolidato, la clausola arbitrale che, alla data dell'1.10.04, non sia stata aggiornata alla nuova normativa in materia societaria -segnatamente all'art.34 del D.Lgs. n.5/03- e che preveda, come nella fattispecie, il conferimento del potere di nomina degli arbitri in capo a soggetti intranei alla compagine sociale ovvero con ruoli organici nella società deve essere considerata radicalmente nulla. Si tratta di nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto, nella sua interezza, l'originaria scelta compromissoria, non potendo peraltro trovare applicazione l'art.1419, II comma c.c. in tema di nullità parziale."*

Rileva preliminarmente la Corte che l'eccezione di nullità della clausola compromissoria di cui all'art.29 dello statuto della G... T... s.r.l. ex art.34 D.Lgs. n.5/03, per avere previsto che la nomina degli arbitri potesse essere effettuata da soggetti non estranei alla società, è infondata.

A prescindere da ogni altro aspetto della questione (i.e. tempestività o meno dell'eccezione, natura della nullità di cui al citato art.34, applicabilità alla fattispecie del disposto di cui al II comma, ultima parte del citato articolo, là ove si prevede che ove la clausola non sia adeguata alla nuova normativa *"la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo dove la società a*

sede legale" con applicazione dell'istituto di cui all'art.1419, II c., c.c.), infatti, la clausola di cui si tratta era indiscutibilmente valida sia al momento della costituzione della società C. s.r.l. (21 aprile 1998), sia al momento della proposizione della domanda giudiziale che ha dato origine alla presente controversia (il decreto ingiuntivo è stato emesso in data 13 giugno 2001 e l'atto di opposizione notificato in data 8 agosto 2001).

Sotto il profilo sostanziale, infatti, trova applicazione il principio dell'irretroattività della legge (art.11 preleggi) e l'oggetto del giudizio rimane delineato e determinato al momento della proposizione della domanda; d'altra parte, ove anche si volesse valutare l'incidenza dell'affermata nullità della clausola compromissoria con riferimento al profilo processuale, troverebbe applicazione il disposto di cui all'art.5 c.p.c., secondo cui giurisdizione e competenza "si determinano con riguardo alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione domanda", essendo irrilevante ogni mutamento successivo "della legge o dello stato medesimo".

Nel merito, posto che la qualità di socio della C. s.r.l. (poi G. T. s.r.l.) del C., sia al momento delle operazioni poste a fondamento della domanda sia al momento della proposizione della domanda stessa in via monitoria, non è in discussione (essendo irrilevante il fatto che tale qualità sia successivamente venuta meno), sotto il profilo oggettivo ritiene la Corte che correttamente il Tribunale di Reggio Emilia abbia ritenuto la controversia devoluta alla cognizione arbitrale in quanto insorta "in dipendenza di questo statuto" (i.e. della C. s.r.l., poi G. T. s.r.l.).

Il finanziamento (peraltro virtuale) erogato come "finanziamento soci" da parte del C. in favore della G. s.r.l. (contestualmente costituita), infatti, è momento essenziale delle articolate operazioni poste in essere dalle parti, riconducibili ad un'operazione di *leveraged buyout*, intesa come tecnica di acquisizione della partecipazione totalitaria o di controllo di una società di capitali, da parte di altra società di capitali, effettuata mediante il ricorso al capitale di prestito (istituto che ha poi trovato disciplina positiva con l'art.2501 bis c.c., introdotto dal D.Lgs. n.6/03).

it

FR

L'inscindibile legame di tale operazione di finanziamento con la stessa contestuale costituzione della società C. s.r.l., comporta la piena riconducibilità della presente controversia alle controversie sorte tra soci e società "in dipendenza di questo *statuto*" di cui alla citata clausola compromissoria.

Sotto questo determinante profilo, pertanto, l'appello principale è del tutto infondato.

Il secondo motivo di appello, portante censura a rilievi incidentali contenuti nella motivazione della sentenza e non pertinenti la questione della proponibilità della domanda, appare integralmente assorbito dal rigetto del primo motivo di appello.

Quanto all'appello principale ed all'appello incidentale sulla decisione in ordine alle spese, essi sono infondati; corretta, infatti, risulta la sentenza di primo grado quanto alla compensazione delle spese attesa l'obiettiva controvertibilità delle questioni trattate, rilievo che consente anche di ritenere infondato l'appello incidentale in ordine al rigetto della domanda ex art.96 c.p.c., in relazione alla quale correttamente non ne sono stati ravvisati i presupposti da parte del Giudice di primo grado.

Sia l'appello principale che l'appello incidentale sono, pertanto, infondati e devono essere respinti con integrale conferma dell'impugnata sentenza.

Quanto alle spese del grado, la soccombenza dell'appellante principale comporta la condanna di questi al pagamento delle stesse, così come liquidate in dispositivo, a favore di parte appellata.

P.Q.M.

la Corte d'Appello di Bologna, definitivamente pronunciando, rigetta sia l'appello principale che l'appello incidentale, integralmente confermando la sentenza n.1126/05 del Tribunale di Reggio Emilia.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese processuali a favore di parte appellata che liquida in €2.500,00 per diritti ed €11.000,00 per onorari, oltre al rimborso spese generali ex art.14 T.P., IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Bologna nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile della Corte di Appello il 6 dicembre 2011.

Il Presidente
(dott. Roberto Aponte)

Roberto Aponte

Il Consigliere est.
(dott. Pietro Guidotti)

Pietro Guidotti



[Handwritten signature]
M. Cantaliga

CORTE DI APPELLO DI CATANIA
Deposito in Cassazione
26 MAR 2012
M. Cantaliga

[Handwritten signature]