

N. R.G. 5417/2014



TRIBUNALE DI BRESCIA
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Il giudice designato

letti gli atti del procedimento n. 5417/2014, a scioglimento della riserva nel procedimento per sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c. promosso da Fallimento Fiat Lux s.r.l., in persona del Curatore p.t., nei confronti degli amministratori Togni Giovanni e Ferri Ottavio e della socia Varigina Natalia, osserva quanto segue.

Con ricorso ritualmente notificato e proposto *ante causam* la Curatela del Fallimento espone che:

- la società Fiat Lux S.r.l. –dichiarata fallita dal Tribunale di Brescia il 21.11.2012- è stata costituita il 04.06.2010 e fino al 29.11.2011 il Consiglio di Amministrazione è stato composto da Togni Giovanni, Ferri Ottavio e Rizzi Luca, anche soci della medesima insieme a Varigina Natalia, con capitale sociale pari ad euro 10.000,00;
- gli amministratori unitamente alla socia -in qualità di amministratore di fatto o da considerarsi corresponsabile ex art. 2476, comma 7, c.c.- hanno assunto debiti sproporzionati rispetto alla consistenza del capitale sociale, quantificabili in euro 300.000,00 comportanti l'erosione del capitale sociale già al 31.12.2010 e un esteso indebitamento con gli istituti di credito;
- in particolare, l'indebitamento ed il conseguente azzeramento del capitale sociale sono stati determinati dalle ingenti spese di allestimento e dei costi di gestione discendenti dall'apertura di un bar "La Concessionaria", sito in Brescia a Viale Venezia (inaugurato il 13.12.2010);
- la società ha continuato ad operare nonostante la perdita del capitale sociale contraendo finanziamenti con Veneto Banca S.p.a., sostenendo costi per ulteriori acquisti per il locale di Brescia ed avviando successivamente la gestione anche di un ulteriore bar sito a Montichiari presso l'aeroporto;



- il 30.11.2011 i soci Togni, Ferri, Rizzi e Varigina hanno nominato quale amministratore unico il sig. Ferrari Giuseppe, al quale hanno ceduto la totalità delle quote e che è rimasto amministratore fino alla data di dichiarazione del fallimento;
- la socia Varigina Natalia ha nella sostanza cogestito la società ed ha agito in qualità di amministratrice di fatto come dimostrato, ad esempio, dall'approvazione del bilancio al 31.12.2010 dal quale emergevano gli ingenti costi sostenuti, dalla garanzia personale prestata a fronte dei finanziamenti concessi dalle Banche e dalla attiva partecipazione all'allestimento del locale di Brescia;
- il danno scrivibile alla gestione degli amministratori e della socia Varigina Natalia è quantificabile in euro 521.384,12 , con riguardo allo stato passivo;
- per quanto riguarda il *periculum in mora*, gli immobili di tutti i resistenti sono gravati da formalità pregiudizievoli.

Con decreto *inaudita altera parte* il precedente giudice designato autorizzava il sequestro conservativo su beni mobili, immobili e crediti di Giovanni Togni, Ottavio Ferri e Natalia Varigina sino alla concorrenza di euro 600.000,00 (a fronte di una richiesta pari ad euro 650.000,00) e fissava l'udienza di comparizione delle parti.

Si sono costituiti in giudizio sia gli amministratori che la socia.

Gli amministratori hanno evidenziato che l'apertura del locale "La Concessionaria", oltre ad essere stato finanziato per oltre 1/3 da apporto di capitale da parte dei soci, non può considerarsi atto di *mala gestio* trattandosi di attività da iscriversi nell'ambito della discrezionalità imprenditoriale (cd. *business judgement rule*): in altri termini, il sopravvenuto insuccesso dell'iniziativa sarebbe disceso dall'andamento dell'affare e non dalla violazione di obblighi giuridici.

La socia Varigina Natalia ha contestato la sua qualità di amministratore di fatto alla luce dello svolgimento di altra attività lavorativa quale dipendente a tempo pieno fin da data antecedente alla costituzione della società nonché la propria responsabilità ex art. 2476 comma 7 c.c. per la assenza di intenzionale compartecipazione nel compimento degli asseriti atti dannosi. Ha altresì evidenziato l'assenza del *periculum* in quanto prospettato da parte ricorrente sulla base di ipoteca giudiziale su un immobile di proprietà della resistente, iscrizione discendente da garanzia prestata per un debito "*del quale debitore principale risulta essere il fallimento ricorrente*".



Nel corso del giudizio veniva espletata un'ispezione contabile volta a stabilire “*se il rapporto tra indebitamento e mezzi propri in funzione dell'esercizio dell'attività di cui all'oggetto sociale sconfinasse nell'azzardo, tenendo conto tuttavia delle garanzie personali prestate dai soci, dei finanziamenti soci e dello sviluppo dell'attività imprenditoriale prevedibile ex ante sulla scorta della progettualità documentata in atti*”. Veniva altresì disposto un supplemento di perizia relativo all'attività intrapresa in Montichiari.

Alla luce dell'accertamento necessariamente sommario di questa fase cautelare e dei risultati dell'istruzione svolta, va confermato il sequestro nei confronti di Togni Giovanni e Ferri Ottavio sia pure in misura ridotta rispetto a quello concesso *inaudita altera parte* mentre va revocato il sequestro autorizzato nei confronti di Varigina Natalia.

Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, va evidenziato che gli atti di *mala gestio* imputati agli amministratori ed alla socia consistono principalmente nell'aver compiuto scelte imprenditoriali azzardate rispetto alla consistenza del capitale sociale relativamente all'apertura del bar La Concessionaria a Brescia e nell'aver aggravato il dissesto della società per aver proseguito l'attività sociale dopo l'integrale perdita del capitale sociale, precipuamente in relazione all'attività intrapresa presso l'esercizio di Montichiari.

Il primo degli addebiti mossi non può tuttavia ritenersi -allo stato e salva ogni più approfondita verifica nel giudizio di merito- suffragato dal *fumus boni iuris* in quanto –come evidenziato dal ctu con motivazione condivisibile e scevra da vizi logici- non è possibile evidenziare un'anomalia nel rapporto tra indebitamento e mezzi propri in relazione all'apertura del locale “La Concessionaria”, essendo fisiologico contrarre perdite nella fase iniziale (start-up) di avviamento di un'attività. Dalla documentazione in atti è emerso che i soci (tra cui gli amministratori) finanziarono parzialmente l'attività erogando finanziamenti soci infruttiferi oggetto poi di progressiva parziale rinuncia da parte dei medesimi. Il ctu, a tale riguardo, dopo aver evidenziato che il rapporto tra i mezzi dei terzi ed i propri, compatibile con una situazione di equilibrio finanziario non possa, in via generale, essere superiore a due, afferma che, ancorché la documentazione contabile in atti non consenta una ricostruzione esatta delle vicende societarie, l'iniziativa di cui al caso di specie al 31.12.2010 risultava appena avviata ed “*il rapporto tra indebitamento e capitale proprio anche con l'eventuale correzione determinata dallo spostamento del finanziamento soci nel capitale netto è giocoforza*



sbilanciata, come lo sarebbe nella quasi totalità dei casi (...) Sostenere che Fiat Lux non avrebbe dovuto fare alcuno investimento perché al 31.10.2010 appariva finanziariamente squilibrata equivarrebbe a dire che nessuna piccola impresa italiana dovrebbe essere avviata senza disporre di mezzi propri nell'ordine di centinaia di migliaia di euro e che quindi ben oltre il 90% non dovrebbe nemmeno aprire o dovrebbe affrettarsi a chiudere i battenti” (cfr. pagina 12 dell’elaborato peritale).

Consegue –allo stato e salvi ulteriori accertamenti propri del giudizio di merito- che l’attività relativa all’apertura del bar “La Concessionaria” non può essere considerato un atto di *mala gestio* fonte di responsabilità ex art. 2476 c.c., non potendo quest’ultima essere desunta dai risultati della gestione ed essendo escluso un sindacato di convenienza e di opportunità dei criteri seguiti dall’amministratore nello svolgimento dei suoi compiti (cfr, ex *plurimis*, Cass. 12 febbraio 2013 n. 3409). Al riguardo mette conto rilevare -come evidenziato dal consulente tecnico- che nei primi mesi dell’anno 2011, ed in particolare ad aprile (mese nel quale veniva richiesto il primo finanziamento a Veneto Banca S.p.a.) i ricavi ammontavano a circa euro 140.000,00 e mostravano un trend in crescita (cfr. documento n. 7 allegato della produzione degli amministratori); il consulente tecnico evidenzia poi che *“la collocazione fisica del locale nella zona più animata della città poteva far presagire che l’andamento dei ricavi dei primi mesi del 2011 potesse costituire la premessa per un avvenire ben più roseo di quello che la storia ha raccontato”* (cfr. consulenza tecnica del 14 novembre 2014, pagina 18, righe 9-13).

Tuttavia, quanto affermato sul merito dell’iniziativa, non esclude che il dovere di diligenza imponga agli amministratori di prendere le decisioni discrezionali solo dopo aver assunto tutte le informazioni del singolo caso, con un sindacato che investe il corretto svolgimento del procedimento decisionale ossia il modo in cui le scelte vengono assunte ed attuate con un’analisi che riguarda il percorso decisionale che porta a preferire una determinata scelta anziché un’altra (cfr., ex *plurimis*, Cass. 12 agosto 2009 n. 18231), approfondimento che richiede adeguata istruttoria e che deve essere necessariamente riservato alla sede naturale del giudizio di merito (ove potranno analizzarsi compiutamente –ad esempio- in che modo le problematiche –poi emerse- relative alle immissioni sonore e che parrebbero aver condizionato negativamente gli esiti



dell'affare avrebbero dovuto avere incidenza o meno sul percorso decisionale della scelta operata dagli amministratori).

Diversamente, nel corso del procedimento sommario, è emerso che successivamente alle perdite discendenti dai risultati negativi di gestione di cui innanzi si è detto e al verificarsi quindi di una causa di scioglimento della società, gli amministratori hanno comunque proseguito lo svolgimento dell'attività sociale aggravando il deficit ed agendo in violazione dei doveri di cui agli articoli 2485 e 2486 c.c.

Sulla base della scarna documentazione contabile in atti, il consulente ritiene –con motivazione logica e condivisibile- che le perdite volte a determinare l'insorgenza di una causa di scioglimento devono collocarsi in un periodo compreso tra il 19.4.2011 e il 4.10.2011; consegue la sussistenza del *fumus boni iuris* (inteso come probabilità, verosimiglianza o anche apparenza di una ragione creditoria) dell'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. in relazione a tutte le operazioni non necessarie ai fini della conservazione dell'integrità e del valore del capitale sociale poste in essere in quel periodo e successivamente.

Tra queste possono includersi, allo stato e salvo ulteriori accertamenti propri del giudizio di merito:

- l'attività relativa alla gestione del bar presso l'aeroporto di Montichiari iniziata nel luglio 2011, operazione costata euro 20.000,00 oltre iva che, con riguardo al contesto concreto in cui essa veniva intrapresa, mostrava connotati di dannosità (cfr. documento n. 51 relativo alla scrittura privata tra la società Autogrill S.p.a. e la società Fiat Lux S.r.l. del 22 luglio 2011 nonché documenti 24 e 26, tutti allegati al ricorso; il consulente tecnico, a proposito di questa operazione, afferma: “*erano ben note le difficoltà dello scalo bresciano e sobbarcarsi l'onere di gestire una tale attività in un contesto di costante incertezza sul futuro rappresentava una scommessa, che una società sostanzialmente priva di mezzi finanziari necessari per sostenere gli oneri cui si stava assoggettando non era in grado di fare*” –cfr. seconda perizia pagina 11, righe 1-6);
- gli ulteriori acquisti e/o lavori relativi ai locali di Brescia e Montichiari ascrivibili –salva ogni più opportuna verifica rimessa al merito anche in relazione al momento di insorgenza delle relative obbligazioni- al periodo dal 4.10.2011 al 30.11.2011 per un importo pari euro 21.296,00 (cfr. documenti n. 27, 28 e 29 allegati al ricorso).



Allo stato, non può includersi tra le voci di danno il finanziamento di Veneto Banca S.p.a. del 4.10.2011 per euro 50.000,00 in quanto dalla stessa documentazione prodotta da parte ricorrente emerge che esso è volto a coprire una preesistente scopertura di conto (cfr. documento n. 50 della documentazione di parte ricorrente).

Dalla documentazione in atti non è dato desumere la natura conservativa o meno delle ulteriori operazioni indicate dal ricorrente nella nota di cui alla pagina 5 delle note conclusive, sicché al riguardo ogni ulteriore accertamento va rimesso alla sede naturale del giudizio di merito.

Relativamente al *periculum in mora* giova rilevare che esso consiste nel c.d. pericolo da infruttuosità, vale a dire nel rischio che, durante il tempo necessario allo svolgimento del giudizio a cognizione piena sul credito, il debitore possa porre in essere atti di disposizione in danno dei creditori, in modo che, al termine del processo, il suo patrimonio risulti insufficiente alla soddisfazione del credito. Ebbene, questo giudice condivide l'assunto consolidato per cui *“il requisito del periculum in mora occorrente per l'autorizzazione e la successiva convalida del sequestro conservativo, può essere desunto sia da elementi oggettivi, concernenti la capacità patrimoniale del debitore in rapporto all'entità del credito, sia da elementi soggettivi, rappresentati dal comportamento del debitore, il quale lasci fondamentalmente presumere che, al fine di sottrarsi all'adempimento, egli si accinga a porre in essere atti dispositivi idonei a provocare l'eventuale depauperamento del suo patrimonio”* (Cass. civ., Sez. I, 15/03/2005, n.5579, in Società, 2005, 862; conformi Cass. Civ. nn. 2081/2002, 6042/98, 6460/96).

Nel caso di specie emerge la probabile incapacienza oggettiva del patrimonio degli amministratori considerato che gli immobili aggredibili in via esecutiva sono gravati da formalità pregiudizievoli (cfr. documenti da 63 a 69 allegati al ricorso).

In ordine al *quantum* il sequestro deve essere concesso sulla base di quanto in precedenza evidenziato – a modifica di quanto previsto nel decreto emesso *inaudita altera parte*- fino alla concorrenza di euro 45.000,00 (cfr. Cass. S.U. n. 9100 del 6.5.2015).

Va invece revocato il sequestro conservativo autorizzato sui beni della socia Varigina Natalia: sul punto mette conto rilevare che gli addebiti mossi a costei –in qualità di amministratrice di fatto o di socia responsabile ex art. 2476, comma 7, c.c.- riguardano precipuamente le operazioni compiute in relazione all'apertura del bar La Concessionaria, che, allo stato e salvo ogni ulteriore accertamento



proprio del giudizio di merito, non possono considerarsi fonte di responsabilità con la conseguente esclusione –almeno sulla base di questo accertamento sommario- della ricorrenza della fattispecie di cui all'art. 2476 comma 7, c.c.

In relazione agli addebiti relativi all'esercizio di Montichiari, non sono emersi nel corso dell'istruttoria sommaria elementi tali da indurre a ritenere che la socia si sia rappresentata ed abbia voluto influire sull'atto gestorio compiuto dagli amministratori (cfr. Trib. Milano, 9.7.2009 n. 81629 in Giur. Comm. 2011, II, p. 147).

In relazione, infine, alla qualifica della socia Varigina quale amministratrice di fatto, giova rilevare che –per essere rilevanti al fine di giungere a qualificare un soggetto quale amministratore di fatto di una società- le attività gestorie (svolte concretamente) dal predetto devono presentare carattere sistematico e non si devono esaurire soltanto nel compimento di singoli atti di natura eterogenea ed occasionale (cfr. Cass. 12 marzo 2008 n. 6719; Cass. 14 settembre 1999 n. 9795; Cass. 6 marzo 1999 n. 1925); ciò che implica un accertamento di natura ampia che dovrà essere naturalmente rimesso al giudizio di merito.

P.Q.M.

- a modifica del provvedimento reso *inaudita altera parte* autorizza il sequestro conservativo di beni e crediti di Togni Giovanni e Ferri Ottavio a favore del Fallimento Fiat Lux S.r.l. fino alla concorrenza di euro 45.000,00;
- revoca il suddetto decreto nella parte in cui autorizza il sequestro conservativo di beni e crediti di Varigina Natalia;
- fissa il termine perentorio di giorni sessanta per l'inizio della causa di merito.

Si comunichi.

Brescia, 10 novembre 2015

Il giudice designato
dott.ssa Vincenza Agnese

