

N. R.G. 10254/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BRESCIA

SEZIONE SPECIALIZZATA TRIBUNALE DELLE IMPRESE

Il Tribunale, in composizione collegiale, nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Raffaele Del Porto
dott. Alessia Busato
dott. Lorenzo Lentini

Presidente
Giudice
Giudice Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **10254/2016** promossa da:

MI.NO.TER. S.P.A. (C.F. 00303050926), con il proc. dom. avv. ASTONE FRANCESCO, VIA NICOTERA 31 - ROMA

attrice

contro

GIOVANNI SEMERARO , GIOVANNI DELRIO , LUIGI ANGELO ZAVAGLIO

tutti con il proc. dom. avv. BUIZZA DANTE DANIELE, VIA GRAMSCI, 30 25100 BRESCIA

convenuti

CONCLUSIONI

Per parte attrice:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione:

- accertare e dichiarare la responsabilità di Giovanni Semeraro, Luigi Angelo Zavaglio e Giovanni Delrio ai sensi dell'art. 2504 quater c.c., in solido tra loro, per aver violato gli obblighi di legge di cui agli artt. 2503 e 2445, 4° co., c.c.;



- per l'effetto, condannare Giovanni Semeraro, Luigi Angelo Zavaglio e Giovanni Delrio, in solido tra loro, al risarcimento del danno da fusione ai sensi dell'art. 2504 quater, 2° co., c.c., nei confronti di Mi.no.ter. S.p.A., pari ad Euro 2.411.009,13=, oltre accessori ed interessi come per legge; - in via istruttoria ammettere la Consulenza Tecnica d'Ufficio, come richiesto nella seconda memoria ai sensi dell'art. 183, 2° co., c.p.c. Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio».

Per i convenuti

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis:

In via preliminare: accertare e dichiarare il difetto di legittimazione attiva di Mi.no.ter S.p.A. a promuovere la presente azione di responsabilità stante l'intervenuto fallimento della società risultante dalla contestata fusione (G.S.H. S.r.l. in liquidazione).

In via principale di merito: rigettare le domande di parte attrice in quanto infondate in fatto e in diritto.

In via istruttoria: rigettare la richiesta di C.T.U. avanzata dalla società attrice in quanto generica, meramente esplorativa e dunque inammissibile.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1 Con atto di citazione notificato in data 7.6.2016 MI.NO.TER. S.P.A. conveniva in giudizio Giovanni Semeraro, Luigi Angelo Zavaglio e Giovanni Delrio, ritenendoli responsabili in solido, quali amministratori delle società partecipanti a una fusione asseritamente illegittima, in quanto eseguita in pendenza di opposizione ex art. 2503 c.c., del danno ex art. 2504 quater, comma secondo, c.c. derivato da tale fusione.

L'attrice, operante nel campo della gestione di centri commerciali, esponeva di vantare un credito “certo, liquido ed esigibile”, pari a euro 2.191.827,13, nei confronti di Semeraro Partecipazioni s.r.l., sub-holding del Gruppo Semeraro Arredamenti, derivante da varie garanzie a prima richiesta, rilasciate da detta sub-holding in favore di società partecipate, affittuarie di rami d'azienda collocati all'interno di centri commerciali realizzati dall'attrice.



In data 28 ottobre 2014 i convenuti predisponavano un progetto di fusione, pubblicato il 4 novembre 2014, all'esito della quale Semeraro Partecipazioni s.r.l. e varie sue entità controllate sarebbero state incorporate in una *newco*, GSH s.r.l., costituita allo scopo.

MI.NO.TER. S.P.A, in qualità di creditore di Semeraro Partecipazioni s.r.l., proponeva opposizione ai sensi dell'art. 2503, comma secondo, c.c. con atto di citazione notificato in data 30 novembre 2014: con sentenza del 2 novembre 2015 il Tribunale di Roma dichiarava improcedibile l'opposizione, rilevando che in data 5 dicembre 2014 l'atto di fusione era stato comunque iscritto nel Registro delle Imprese. L'odierna attrice proponeva appello avverso tale sentenza, ma non risulta agli atti l'esito del giudizio di impugnazione.

In data 23 giugno 2015 GSH s.r.l proponeva ricorso al Tribunale di Velletri per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, 6° co., L.F., a seguito del quale il Tribunale concedeva un termine di 60 giorni, poi prorogato di ulteriori 60 giorni, per il deposito del piano e della documentazione. Successivamente, in data 23 febbraio 2016, GSH s.r.l. veniva dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Velletri.

Al riguardo MI.NO.TER. S.P.A. allegava la perdita di ogni concreta *chance* di recuperare il proprio credito ("*se non in percentuale irrilevante*"), stante il fallimento sia delle società affittuarie debtrici (Mob. Sud s.r.l. e SCM Sud. S.r.l.) sia della garante GSH s.r.l., succeduta a Semeraro Partecipazioni s.r.l., chiedendo il risarcimento del danno cagionato dagli amministratori ai sensi dell'art. 2504 *quater*, comma secondo, c.c.

In particolare, l'attrice deduceva che prima della fusione Semeraro Partecipazioni s.r.l. presentava un patrimonio netto positivo per oltre 17 milioni di euro, come da bilancio di esercizio al 31.12.2013, mentre "*in seguito all'incorporazione, invece, GSH è risultata immediatamente insolvente, tanto che ha subito proposto un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo. L'insolvenza deriva pertanto appunto dalla fusione e dalla confusione patrimoniale realizzata con società che già versavano in situazioni di dissesto o comunque in difficile situazione patrimoniale e finanziaria*".

Alla luce delle suddette circostanze l'attrice evidenziava: " *i) l'illecito (civile e penale) posto in essere dai convenuti, che hanno violato l'art. 2503 c.c. ponendo in essere un comportamento, da essi pacificamente ammesso, che l'art. 2629 c.c. sanziona con la reclusione da sei mesi a tre anni a carico degli amministratori responsabili di fusioni illegittime in danno dei creditori; ii) l'elemento*



sogettivo, ammesso anch'esso quantomeno per quanto riguarda un grado di colpa particolarmente elevato, insito nell'iscrizione della fusione nel Registro delle Imprese senza preventiva verifica della posta elettronica certificata e della intervenuta notifica di atti di opposizione; iii) il danno, consistente nella definitiva perdita da parte di Minoter della garanzia patrimoniale della società debitrice (che, ante fusione, era particolarmente rilevante) e quindi della concreta possibilità di ottenere il recupero del proprio credito in ragione dell'intervenuto fallimento della società incorporante; iv) il nesso causale, posto che proprio la fusione tra una società debitrice, con rilevante patrimonio netto positivo e altre società del gruppo con patrimoni netti negativi ha determinato la perdita della garanzia patrimoniale e quindi l'impossibilità di ottenere l'adempimento del debito".

Con la prima memoria ex art. 183 c.6 c.p.c. l'attrice evidenziava che i convenuti *"hanno realizzato un progetto di fusione inteso a separare dal Gruppo Semeraro Arredamenti le società che presentavano situazioni debitorie, privandole prima dell'attivo mediante atti di disposizione, destinandole poi, mediante la fusione, alla dichiarazione di fallimento, privando in questo modo Minoter, e gli altri creditori, della garanzia patrimoniale per il soddisfacimento dei propri crediti"*.

In particolare *"il progetto di fusione, attuato da G.S., L.A.Z. e D.G. in pendenza dell'opposizione proposta da Minoter, aveva il chiaro fine di isolare una serie di società gravate da debiti, svuotate prima degli assets, dalle altre società del medesimo Gruppo che presentavano una condizione patrimoniale e finanziaria positiva, a danno dei creditori"*.

Con riferimento alla tipologia di danno, l'attrice precisava quanto segue: *"È inoltre evidente il pregiudizio che Semeraro Partecipazioni ha subito a causa della fusione, come si ricava dalla semplice constatazione che prima della fusione la società presentava un patrimonio netto molto positivo e la fusione ha comportato la confusione patrimoniale con società che presentavano consistenti perdite"*.

1.2 Con rituale comparsa di costituzione e risposta i convenuti, assistiti dalla medesima difesa, concludevano per il rigetto delle domande, in quanto infondate in fatto e in diritto.

Deducevano in primo luogo che la stipula dell'atto di fusione in pendenza di opposizione era dipesa *"dal mancato controllo della casella Pec di Semeraro Partecipazioni"*, un errore dell'amministratore da *"ritenersi scusabile"*.

Contestavano quindi il *quantum* del credito fatto valere da controparte.



Rilevavano poi l'insussistenza sia del danno sia del nesso causale tra questo e la fusione, allegando che la fusione era motivata dall'esigenza di razionalizzare i costi operativi del gruppo e non ha inciso sulle aspettative di recupero del credito. Inoltre contestavano la rilevanza dei bilanci di esercizio al 31.12.2013, osservando che tutte le società partecipanti alla fusione *“hanno conseguito nel 2014 pesanti perdite di esercizio, che ne hanno minato l'economicità e la possibilità di sopravvivenza”*.

1.3 In corso di causa il g.i. sollevava d'ufficio la questione della carenza di legittimazione attiva, a seguito del fallimento della società incorporante, G.S.H. s.r.l., concedendo alle parti un termine per il note difensive sul punto.

Dopo alcuni rinvii disposti nelle more del giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale di Roma n. 22060/2015, che aveva dichiarato improcedibile l'opposizione promossa dall'odierna attrice ai sensi dell'art. 2503 c.c., ai fini delle valutazioni di cui all'art. 337, comma secondo, c.p.c., all'udienza chiamata per la discussione sulle istanze istruttorie il g.i. riteneva opportuno investire immediatamente il collegio dell'intera causa, incluse le questioni preliminari sollevate d'ufficio e le istanze istruttorie. Precisate le conclusioni come sopra, il g.i. assegnava alle parti i termini per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica, rimettendo la causa al collegio per la decisione.

2. Va affrontata in primo luogo la questione di carenza di legittimazione attiva, sollevata d'ufficio dal g.i. in corso di causa: come noto, tale questione va esaminata sulla base della prospettazione della parte, assumendo come vere tutte le circostanze narrate dalla stessa.

Al riguardo, dall'atto di citazione e della prima memoria ex art. 183 c. 6 c.p.c. emerge in modo evidente la prospettazione fattuale dell'attrice: in sostanza viene contestato agli amministratori convenuti di avere *“forzato”*, malgrado la pendenza (nota o agevolmente conoscibile) di un'opposizione ex art. 2503 c.c., il perfezionamento di una operazione straordinaria di fusione rivelatasi dannosa per MI.NO.TER., creditore di Semeraro Partecipazioni s.r.l..

In particolare, la citata società debitrice presentava, prima della fusione, un patrimonio netto ampiamente capiente ma, a seguito della confusione di detto patrimonio con quello di altre entità del gruppo, le quali facevano già registrare un patrimonio netto negativo, la *newco* nella quale essa era stata incorporata è risultata *“immediatamente insolvente”*, tanto da essere dichiarata fallita nel giro di pochi mesi, con la conseguente lesione, in modo permanente, del diritto di credito dell'odierna attrice.



I fatti a fondamento della domanda sono dunque oggetto di chiara allegazione, avendo l'attrice affermato tra l'altro che *“L'insolvenza deriva pertanto appunto dalla fusione e dalla confusione patrimoniale realizzata con società che già versavano in situazioni di dissesto”* e che il pregiudizio patrimoniale fatto valere consiste *“nella definitiva perdita da parte di Minoter della garanzia patrimoniale della società debitrice (che, ante fusione, era particolarmente rilevante) e quindi della concreta possibilità di ottenere il recupero del proprio credito in ragione dell'intervenuto fallimento della società incorporante”*.

L'attrice offre poi al tribunale una qualificazione giuridica della propria azione, ritenendola un'azione di risarcimento dei danni fondata sull'art. 2504 *quater*, comma 2, c.c.

Orbene, osserva il Collegio come i contorni del pregiudizio fatto valere in questa richiamino i tratti essenziali dell'azione di responsabilità promossa, ai sensi dell'art. 2394 c.c., dai creditori sociali nei confronti degli amministratori che abbiano violato gli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale, rendendo quest'ultimo insufficiente al soddisfacimento delle ragioni creditorie: tale azione, ritenuta dalla giurisprudenza applicabile ai creditori della s.r.l. anche prima delle recenti modifiche apportate al codice civile dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è finalizzata a risarcire un pregiudizio che in giurisprudenza è pacificamente considerato un danno “riflesso”, nella misura in cui incide sulla sfera patrimoniale del creditore non già direttamente (a differenza di quanto avviene espressamente nella fattispecie di cui all'art. 2395 c.c.), bensì in conseguenza del depauperamento del patrimonio sociale, potendo essere quantificato, di regola, in misura pari all'ammontare del credito rimasto insoddisfatto a causa delle violazioni commesse dagli amministratori.

A tale riguardo, invero, gli stessi riferimenti dell'attrice alla “perdita della garanzia patrimoniale” della società debitrice e al compimento da parte degli amministratori di “atti di disposizione”, intesi a privare talune società del Gruppo Semeraro, segnatamente quelle che presentavano rilevanti esposizioni debitorie, degli attivi patrimoniali posti a garanzia dei creditori, evocano i presupposti tipici della menzionata azione di responsabilità promossa dai creditori sociali.

Inoltre il pregiudizio lamentato dall'attrice coincide con quello ricondotto dalla dottrina alla categoria del danno da “fusione inopportuna”, che si manifesta tipicamente sotto forma di riduzione della consistenza del patrimonio sociale rispetto a uno scenario preesistente.



Nel caso in esame detto pregiudizio viene fatto discendere dalla condotta dell'organo amministrativo, al quale l'attrice addebita non tanto (o non solo) un comportamento negligente nella strutturazione dell'operazione di fusione, quanto un vero e proprio disegno volto intenzionalmente a *“isolare una serie di società gravate da debiti, svuotate prima degli assets, dalle altre società del medesimo Gruppo che presentavano una condizione patrimoniale e finanziaria positiva, a danno dei creditori”*.

Alla luce di quanto sopra riepilogato il g.i. ha ritenuto necessario stimolare il contraddittorio tra le parti sulla questione se l'intervenuto fallimento dell'incorporante GSH s.r.l. non avesse, in ipotesi, determinato il trasferimento in capo al curatore fallimentare della legittimazione a intraprendere la presente azione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 146 L.F. (secondo la formulazione vigente *pro tempore*, derivante dalle modifiche introdotte dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130): *“Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori: a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile”*.

Sul punto, con riferimento alle azioni risarcitorie esperibili dal curatore, la giurisprudenza ha da tempo chiarito come il curatore sia legittimato a esercitare, oltre all'azione sociale di responsabilità (invero già compresa nel patrimonio del fallito), le c.d. “azioni di massa”, fra le quali rientra pacificamente l'azione di responsabilità promossa nell'interesse dei creditori sociali. Valga sul punto richiamare i principi espressi da Cass. civ. S.U. n. 7029/2006: *“Osserva il collegio che in via di principio non si può ritenere, come sembra presupporre la ricorrente, che nel sistema fallimentare il curatore sia titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato. Il sistema piuttosto prevede che la funzione del curatore sia diretta a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle così dette azioni di massa, dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie. Tale principio peraltro non è assoluto, come ancora pare ritenere il ricorrente, ma va armonizzato con quello secondo il quale siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.”*.



Con particolare riferimento alle caratteristiche delle azioni di massa la citata pronuncia delle S.U. afferma: *“L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto. Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Nè vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto”*.

La descrizione delle azioni di massa come quelle azioni *“finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo”* trova conferma nelle successive pronunce della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Civ. n. 13412/2010 e Cass. Civ. n. 17284/2010).

Così ricostruito il quadro giuridico di riferimento, la questione si profila di non agevole soluzione, anche alla luce di taluni specifici elementi di complessità che caratterizzano la vicenda in esame, nella sua dimensione globale.

In primo luogo la stessa equiparazione sul piano teorico tra operazione di fusione, da una parte, e potenziale lesione dell'integrità patrimoniale, dall'altra, non appare esente da possibili critiche, ove si consideri che la fusione non comporta naturalmente la realizzazione di atti dispositivi del patrimonio, ma è caratterizzata tipicamente dalla confusione tra i patrimoni delle varie entità coinvolte nell'operazione: in altre parole, occorre chiedersi in che misura si possa ravvisare una lesione, intesa come “intaccamento”, dell'integrità del patrimonio del debitore, Semeraro Partecipazioni s.r.l., nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia confluito integralmente nel patrimonio della *newco* incorporante, senza subire una *deminutio* diretta conseguenza di un atto gestorio, bensì mescolandosi con i patrimoni (sia pure asseritamente incapienti) delle altre società del gruppo.

Ulteriore interrogativo, contiguo al precedente sul piano logico, sorge in relazione alla stessa natura dell'operazione di fusione, ben potendosi dubitare della riconducibilità della fattispecie alla categoria



degli atti di gestione che rilevano nell'ambito dell'azione di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori (in senso negativo, ma con riferimento alla diversa ipotesi della scissione, si esprime Cass. Civ. 7914/2015, che vi ravvisa piuttosto un tipico "atto dei soci".)

Il terzo elemento di complessità della vicenda deriva dalla configurazione del danno, come in concreto lamentato dall'attrice, il cui ristoro presuppone il superamento di un doppio "scoglio probabilistico": non soltanto (i) il vaglio delle *chances* di MI.NO.TER di recuperare il proprio credito da Semeraro Partecipazioni s.r.l. nell'ipotesi in cui la fusione non avesse avuto luogo (giudizio che la stessa attrice riconosce come necessario per pervenire all'accertamento della sussistenza del danno effettivo), ma anche (ii) l'ulteriore (e invero logicamente preliminare) apprezzamento delle *chances* di successo del giudizio promosso *ex art.* 2503 c.c. dall'odierna attrice avanti al Tribunale di Roma, qualora gli amministratori non avessero proceduto al deposito dell'atto di fusione in pendenza dell'opposizione e, quindi, non ne avessero segnato in tal modo l'esito processuale, determinando una pronuncia di improcedibilità.

In questa sede, infatti, l'attrice non si limita a lamentare la circostanza che gli amministratori abbiano progettato e proposto ai soci una fusione dannosa (scelta verosimilmente rientrante nel merito gestorio), ma contesta ai medesimi soprattutto la violazione di una norma specifica (frutto del combinato disposto degli artt. 2503 e 2445 c.c.), che vieta l'esecuzione della delibera di fusione in pendenza di opposizione: se l'addebito è stato formulato principalmente in questi termini, allora è evidente che la fusione, asseritamente lesiva dell'interesse dei creditori, avrebbe potuto essere perfezionata anche nel caso in cui gli amministratori avessero rispettato scrupolosamente la norma in questione, all'esito del rigetto dell'opposizione ovvero in corso di causa, previa eventuale autorizzazione del giudice *ex art.* 2445, ultimo comma, c.c.

Del resto, la deduzione che l'illecito contestato sia (anche) la violazione dell'art. 2503 c.c. trova conferma nella scelta, operata da parte attrice, dei soggetti destinatari della pretesa risarcitoria: infatti, se per assurdo l'addebito rivolto agli amministratori fosse rappresentato esclusivamente dal contributo comunque fornito ai fini della realizzazione dell'operazione di fusione tra la società debitrice (dotata di un patrimonio capiente) e le altre entità del gruppo (aventi un patrimonio netto negativo), non si comprenderebbe a che titolo l'attrice abbia convenuto in giudizio due soggetti (*i.e.* Semeraro e



Zavaglio) che non rivestivano all'epoca la carica di amministratore di Semeraro Partecipazioni s.r.l., con inevitabili riflessi in punto di legittimazione passiva.

In ogni caso un compiuto esame dei suddetti profili, qui richiamati per cenni, al solo fine di disporre di un quadro più completo della situazione di fatto all'attenzione del Collegio, non è necessario per pervenire alla decisione sulla questione di legittimazione attiva, attenendo tali profili più propriamente al merito del giudizio. Ai fini della soluzione della questione preliminare di legittimazione, dunque, giova l'adozione integrale della prospettiva attorea, che invero risulta semplificata dalla mancata considerazione degli elementi di complessità appena richiamati.

Al riguardo gli argomenti in forza dei quali parte attrice esclude la legittimazione del curatore fallimentare dell'incorporante sono stati dedotti nelle note difensive autorizzate a tale scopo e, quindi, ripresi e sviluppati negli scritti finali.

Il primo argomento contro la riconducibilità della presente azione alle azioni di massa si basa sulla constatazione che l'attrice fa valere un credito nei confronti non della società fallita, ma di Semeraro Partecipazioni s.r.l., *“entità quest'ultima non più esistente, appunto in quanto incorporata in GSH”*. Tuttavia detta considerazione non convince, tenuto conto della riconosciuta natura di vicenda *“evolutivo-modificativa”* della fusione (cfr. Cass. Civ. n. 14526/2006 e Cass. Civ. n. 32142/2019), alla luce della quale diventa improprio affermare la cessazione dell'esistenza della società incorporata.

L'ulteriore argomento basato sulla pluralità di creditori della fallita, alcuni dei quali potenzialmente avvantaggiati dalla confusione patrimoniale generata dalla fusione (*i.e.* i creditori delle società che presentavano un patrimonio netto negativo), a fronte dell'impossibilità per il curatore *“di destinare una parte dell'attivo alla sola massa ‘Semeraro’*, appare certamente suggestivo, ma non può essere considerato decisivo, atteso che non osta all'inquadramento di un'azione nella categoria di quelle *“di massa”* l'eventualità che uno dei creditori possa risultare concretamente avvantaggiato, in sede di riparto, all'esito della reintegrazione dell'attivo fallimentare, trattandosi di elemento accidentale associato proprio a quel *“carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo”* che connota tali azioni, la cui natura non può mutare sulla base dei *“limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno”* (cfr. S.U. citate).

È da ritenere irrilevante poi la circostanza che *“tra i creditori di Semeraro, Minoter è l'unica ad aver proposto l'opposizione alla fusione”*, *accettata invece da tutti gli altri creditori. Sicché non solo il*



Curatore del Fallimento GSH non avrebbe modo di destinare parte dell'attivo alla massa 'Semeraro', ma non avrebbe poi neanche modo di destinare l'attivo ad uno solo dei creditori di quest'ultima, in quanto unico opponente alla fusione": infatti i creditori delle altre società coinvolte nell'operazione potrebbero avere proposto, per quanto consta agli atti, analoga opposizione e, in ogni caso, la mancata opposizione ex art. 2503 c.c. non può essere considerata *sic et simpliciter* condizione ostativa all'esercizio dell'azione risarcitoria ex art. 2504 *quater*, secondo comma, c.c., ben potendo verificarsi delle situazioni, invero già ipotizzate dalla dottrina, in cui tale omissione è da ritenere incolpevole, perché dipesa, per esempio, da carenze informative del progetto di fusione oggetto di pubblicazione. Più pertinente, ad avviso del Collegio, è l'ulteriore considerazione attorea, secondo cui l'azione ex art. 2504 *quater* c.c. presenterebbe tratti del tutto autonomi rispetto alle azioni di responsabilità tipizzate dagli artt. 2392 c.c. e ss. (ovvero, per le s.r.l., dall'art. 2476 c.c.), non potendosi quindi fare riferimento alle consuete categorie del danno "diretto" e "riflesso", tradizionalmente adoperate dalla giurisprudenza nell'ambito di tali azioni.

Osserva il Collegio, a livello generale, che le caratteristiche dell'azione risarcitoria ex art. 2504 *quater*, comma secondo, c.c. non risultano ancora sufficientemente esplorate nella giurisprudenza, venendo in rilievo isolate pronunce, emesse peraltro nell'ambito di vicende caratterizzate dall'allegazione di un danno indubbiamente diretto (*cf.* Cass. Civ. n. 15025/2016, che nitidamente delinea il processo di quantificazione del danno derivante da un rapporto di cambio incongruo).

In proposito parte convenuta ha osservato, con una impostazione *tranchant* sostenuta da taluni commentatori, che l'unico danno risarcibile ex art. 2504 *quater*, comma secondo, c.c. sarebbe quello diretto, riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 2395 c.c.

Il Collegio, tuttavia, preferisce adottare un approccio più cauto alla questione, osservando in primo luogo, a livello letterale, che la disposizione in esame non mutua dall'art. 2395 c.c. né l'aggettivo "singoli", con riferimento alle persone danneggiate dei soci e dei terzi, né l'avverbio "direttamente", in relazione alle modalità di produzione del danno. In verità la norma di cui all'art. 2504 *quater*, comma secondo, c.c., individua puntualmente i soggetti legittimati ad agire ma, come è stato osservato dalla dottrina, si presenta neutra sotto il profilo della individuazione delle tipologie di pregiudizio risarcibile (nonché dei legittimati passivi).



Ad avviso del Collegio si è in presenza di una scelta consapevole del legislatore, motivata in parte da ragioni storiche e, per il resto, dalla presa d'atto della complessità che caratterizza le operazioni straordinarie di fusione.

Sotto il profilo storico, il Collegio osserva come la norma sia il naturale temperamento della scelta, effettuata dal legislatore con il d.lgs. 22/1991, di salvaguardare la stabilità dell'assetto societario *post* fusione, precludendo il ricorso a rimedi di tipo reale o demolitorio, entro i limiti di discrezionalità regolamentare tracciati dalle direttive europee in materia e coerentemente con ulteriori scelte del legislatore della riforma, anch'esse caratterizzate da un *favor* per la tutela obbligatoria a discapito di quella reale (ad esempio si richiama l'art. 2379 *ter* c.c.).

Sotto il secondo profilo, la scelta di una norma neutra deriva dalla probabile consapevolezza del legislatore in ordine al livello di complessità di talune operazioni straordinarie nonché alla correlata difficoltà di tipizzare preventivamente i potenziali danni da esse derivanti e tradisce, a livello sistematico, la preoccupazione che una formulazione più puntuale (e quindi più limitante) potesse determinare il verificarsi di un vuoto di tutela, in tutti quei casi in cui la fusione avesse spiegato effetti pregiudizievoli a livello di patrimonio sociale, danneggiando soltanto in via riflessa la sfera patrimoniale dei diversi soggetti interessati dalla vicenda.

Preoccupazione, quest'ultima, che deriva da un'ulteriore considerazione di carattere più generale: l'art. 2504 *quater*, comma secondo, c.c. non si limita ad affermare l'applicabilità delle precedenti norme generali in tema di responsabilità degli organi sociali, ma presenta una portata innovativa dell'ordinamento. Infatti, è opinione diffusa che tra i soggetti passivi dell'azione risarcitoria ben possa rientrare la società incorporante o risultante dalla fusione, con una estensione del novero dei legittimati passivi utile a rimarcare l'estraneità del presente rimedio rispetto a quelli tipici previsti dagli artt. 2392 e ss. c.c., come del resto si evince anche da un *obiter dictum* della citata Cass. Civ. 15025/2016: “*Ad iscrizione dell'atto avvenuta, infatti, la legge intende mantenere l'assetto organizzativo risultante dalla fusione ed escludere ogni azione invalidante, sia essa esercitata dalla minoranza o da terzi; onde il contrappeso delle azioni di responsabilità, che trasferiscono la tutela sul piano risarcitorio per equivalente (siano poi rivolte contro la società o contro gli amministratori e i sindaci)*”.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni il Collegio ritiene che l'azione *ex art. 2504 quater*, comma secondo, c.c. possa assumere molteplici forme, essendo volta ad assicurare un rimedio di vasta portata



a favore di quei soggetti che, a seguito del perfezionamento della fusione, hanno subito a vario titolo un pregiudizio: un rimedio versatile, idoneo a essere azionato in caso di verifica di un danno che, stante la tendenziale complessità delle operazioni di fusione, non è agevole tipizzare *a priori* e può conseguire tanto da vizi dell'*iter* procedimentale (ad esempio l'anticipata stipula e iscrizione dell'atto di fusione) quanto da scelte di merito, posto che molteplici sono le contestazioni astrattamente formulabili, a partire dalla determinazione di un rapporto di cambio incongruo, passando da carenze informative fino alla valutazione di radicale inopportunità dell'operazione, considerata in assoluto o relativamente ai *partner* prescelti.

Come è stato osservato in dottrina, la norma in esame assume quindi la fisionomia di clausola generale, con finalità riequilibratrici, idonea a rimediare agli indebiti spostamenti di ricchezza derivati dall'operazione straordinaria.

Premesso che, per le ragioni indicate *supra*, l'azione *ex art. 2504 quater*, comma secondo, c.c. può essere, a determinate condizioni, promossa dal curatore fallimentare, resta da accertare se la presente azione possa essere assimilata a quelle ascrivibili alla "massa".

Con riguardo alla legittimazione del curatore, al di là delle fattispecie in cui viene fatto valere un diritto già compreso nel patrimonio del soggetto fallito (es. azione di responsabilità sociale), ogniqualvolta sia richiesto il risarcimento di un danno subito dai creditori, occorre distinguere le ipotesi in cui il pregiudizio sia stato sopportato dal singolo creditore da quelle in cui sia interessata la platea indistinta dei creditori: il curatore non è infatti legittimato a promuovere un'azione per il ristoro del danno patito direttamente dal singolo creditore (es. art. 2395 c.c.).

Al fine di stabilire, dunque, se il pregiudizio lamentato in causa attenga alla sfera patrimoniale della massa dei creditori del fallimento ovvero a quella di un singolo creditore (*i.e.* l'odierna attrice), il Collegio ritiene utile applicare i principi espressi da Cass. Civ. S.U. 1641/2017: la Corte, dopo avere ricordato che "*nel sistema della legge fallimentare, difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c. d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029)*", conclude "*che il curatore può esercitare qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli*



amministratori di qualsiasi società (Cass., sez. I[^], 21 luglio 2010, n. 17121, m. 614347)", affermando il principio di diritto secondo cui "Il curatore fallimentare ha legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori".

La portata innovativa della pronuncia delle Sezioni Unite riposa nelle seguenti considerazioni: *"il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto può comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori. Infatti la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falcidia fallimentare. Tanto che, secondo la giurisprudenza di questa corte, "in tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla "par condicio creditorum", sicché è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto, e ciò esclude anche che un'effettiva lesione della "par condicio creditorum" possa assumere rilevanza sotto il profilo dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), essendo evidente che l'interesse del curatore ad agire ha natura procedimentale, in quanto inteso ad attuare il pari concorso dei creditori, e va accertato con riferimento al momento della proposizione della domanda, perché si fonda sul già dichiarato stato di insolvenza del debitore, non sui prevedibili esiti della procedura concorsuale, mentre potrebbe assumere rilevanza solo l'eventuale impossibilità di qualificare come "bene" la cosa oggetto dell'azione" (Cass., sez. I[^], 1 settembre 2004, n. 17524, m. 576574, Cass., sez. un., 13 marzo 2006, n. 7028, m. 591009, Cass., sez. I[^], 19 dicembre 2012, n. 23430, m. 624800). Del resto, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori".*

Detti principi sono stati poi confermati da Cass. Civ. n. 23452/2019: *"in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, la riforma societaria di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392,2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla*



legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi della L. Fall., art. 146, in quanto per tale disposizione, riformulata dal D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 130 tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c. (Cass. 17121/2010; nonchè, implicitamente, ex multis, Cass. 19747/17; 16314/2017)".

La rilevanza della decisione delle S.U., ai fini della soluzione della presente questione, risiede nella considerazione che la fattispecie del pagamento preferenziale genera anch'essa un danno da ritenere riflesso, attraverso la diretta lesione dell'integrità del patrimonio, nella sfera della massa dei creditori, con la conseguente legittimazione attiva del curatore fallimentare per l'azione risarcitoria.

A detta conclusione la Corte giunge valorizzando in chiave dinamica la procedura concorsuale e proiettando gli esiti dell'azione risarcitoria nella prospettiva della salvaguardia della *par condicio creditorum*: all'interno della prospettiva concorsuale, infatti, il creditore ingiustamente preferito non è soltanto pagato "prima degli altri", ma finisce per ricevere in pagamento un ammontare superiore a quello che avrebbe ottenuto in sede di riparto, nella misura in cui evita gli effetti della c.d. "falcidia fallimentare". Tale beneficio si traduce inevitabilmente in una lesione del patrimonio sociale, una cui porzione risulta in questo modo sottratta indebitamente al concorso dei creditori: il rimedio avverso detta lesione non può che essere un'azione di risarcimento promossa dalla massa, il cui eventuale esito favorevole avvantaggerà, appunto, una platea indistinta di creditori, nella loro veste di soggetti indirettamente danneggiati dal pagamento preferenziale.

Orbene, analogamente a quanto avviene in ipotesi di pagamento preferenziale, il Collegio osserva che l'eventuale esito favorevole della presente azione andrebbe a esclusivo vantaggio di uno dei creditori di Semeraro Partecipazioni s.r.l., l'odierna attrice, che potrebbe ottenere il risarcimento integrale del danno subito (pari al controvalore del credito rimasto insoddisfatto), a discapito di ogni altro creditore della società, esposto invece agli effetti della falcidia fallimentare, a fronte di un danno identico nei suoi tratti distintivi (lesione del credito derivante dalla medesima fusione pregiudizievole).



Da siffatta prospettiva dinamica, proiettata nella dimensione della procedura concorsuale, il Collegio ritiene che la presente azione investa l'interesse della massa dei creditori, quanto meno sotto il profilo della platea, pur sempre indistinta, dei creditori di Semeraro Partecipazioni s.r.l., e possa perciò essere promossa soltanto dal curatore fallimentare di GSH s.r.l., ai fini della effettiva tutela della *par condicio*. L'eventuale risarcimento del danno cagionato dalla condotta degli amministratori qui convenuti potrà quindi essere impiegato al fine di reintegrare la massa attiva della fallita, a vantaggio di tutti i creditori, compresi quelli che vantano crediti nei confronti di società incorporate diverse da Semeraro Partecipazioni s.r.l., come del resto avviene tutte le volte in cui l'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori è portata avanti vittoriosamente dal curatore fallimentare, posto che di tale esito favorevole finiscono per beneficiare anche i creditori della società emersi successivamente alla verifica del danno.

3. Per i motivi illustrati *supra* le domande attoree vanno dichiarate inammissibili, risultando legittimato in via esclusiva alla proposizione delle stesse il curatore del fallimento di G.S.H. s.r.l. L'obiettivo controvertibilità delle complesse questioni esaminate in questa sede e la mancanza di precedenti specifici giustificano la compensazione integrale delle spese di lite ai sensi dell'art. 92, comma secondo, c.p.c., tenuto conto anche della circostanza, pacifica in giudizio, relativa all'avvenuto deposito da parte degli amministratori convenuti dell'atto di fusione malgrado la pendenza di una opposizione *ex art. 2503 c.c.*, regolarmente notificata.

P. Q. M.

Il Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materia di impresa, riunito in composizione collegiale, pronunciando in via definitiva nella causa di cui in epigrafe, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione:

- I) DICHIARA INAMMISSIBILI, per carenza di legittimazione attiva, le domande formulate da parte attrice, Mi.no.ter S.p.A., nei confronti dei convenuti Giovanni Semeraro, Luigi Angelo Zavaglio e Giovanni Delrio.
- II) Spese integralmente compensate.

Brescia, 23 aprile 2020

Il giudice estensore
LORENZO LENTINI

Il Presidente
RAFFAELE DEL PORTO

