

**N. R.G. 2020/6112**



**TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA**

**SEZIONE SPECIALIZZATA TRIBUNALE DELLE IMPRESE**

Nella causa civile iscritta al n. r.g. **6112/2020** promossa da:

**ALFIERI DONATO SRL ALFIERI DONATO SRL** (C.F. 04153860756), con il proc. dom. avv. DE MAURO ANTONIO TOMMASO e l'avv. PROVENZANO LUIGI MARIO

attrice ricorrente

contro

**CONSENERGY SRL CONSENERGY SRL - CONSORZIO STABILE** (C.F. 01871850200), con il proc. dom. avv. Davide Epicoco

convenuta

Il Giudice Istruttore dott. Lorenzo Lentini,

- letto l'atto di citazione per opposizione all'esclusione e il contestuale ricorso *ex artt.* 2378, comma terzo, c.c. di ALFIERI DONATO S.R.L. datati 16.6.2020,
- letta la comparsa di costituzione di CONSENERGY S.R.L. – CONSORZIO STABILE del 21.8.2020;
- esaminati i documenti prodotti;
- sentite le parti alle udienze del 27.8.2020 e 10.9.2020 e a scioglimento della riserva assunta in tale ultima udienza, ha emesso la seguente

**ORDINANZA**

1. Con il ricorso in corso di causa per cui si procede ALFIERI DONATO S.R.L. (la "ricorrente"), in qualità di socio del consorzio stabile CONSENERGY S.R.L. (il "Consorzio") in possesso di una partecipazione pari al 10,38%, chiede di sospendere in via cautelare l'efficacia della delibera (impugnata con atto di citazione nel pendente giudizio di merito) adottata dall'assemblea del Consorzio in data 26.5.2020 (la "Delibera").

Oggetto della Delibera impugnata è l'esclusione della ricorrente dalla compagine sociale del Consorzio, motivata dalla sopravvenuta "*mancaza di requisiti a partecipazione appalti/gare*" in conseguenza dell'avvenuta proposizione da parte della ricorrente di una proposta di concordato preventivo in bianco con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 35 dello Statuto.



La ricorrente lamenta, in punto di *fumus boni iuris*, l'invalidità della Delibera per i seguenti vizi:

- mancata convocazione del socio escluso;
- insussistenza di situazioni di incompatibilità (presupposto di merito per l'adozione della Delibera), posto che la domanda di concordato in bianco non costituirebbe motivo di esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

Sotto il profilo del *periculum in mora* la ricorrente evidenzia il pregiudizio derivante dall'esclusione, affermando che la partecipazione del Consorzio rappresenta "*il presupposto sul quale si fonda il piano concordatario*", in quanto "*le risorse necessarie al risanamento societario al quale mira il concordato in continuità saranno infatti ricavate proprio dalla esecuzione degli appalti in corso e di quelli futuri relativi al Consorzio*". Pertanto "*l'esclusione comporterebbe la quasi certezza del naufragio della procedura concorsuale*"

2. Il Consorzio, costituitosi solamente nel giudizio di merito (pur essendo regolarmente comparso all'udienza cautelare del 27.8.2020, nella quale è stato disposto il rinvio del procedimento al 10.9.2020), eccepisce, in via pregiudiziale, l'incompetenza del Tribunale in ragione della clausola compromissoria contenuta nello Statuto.

Nel merito rappresenta che la Delibera si fonda sull'art. 35 dello Statuto, che prevede l'esclusione del socio "*dichiarato fallito o sottoposto ad altre procedure concorsuali*", con decisione assembleare assunta con il voto favorevole di due terzi del capitale sociale. Quanto alla mancata convocazione, evidenzia che la medesima previsione statutaria esclude il diritto di intervento in assemblea del socio della cui esclusione si tratta.

Precisa che l'inclusione della ricorrente nella compagine sociale, in quanto detentrica di una partecipazione superiore al 5% del capitale, preclude "*de facto*" la partecipazione del Consorzio alle gare telematiche di rilevanza europea, posto che la relativa modulistica di gara (non modificabile dal partecipante) impone al partecipante di dichiarare l'assenza di soci titolari di una partecipazione superiore al 5% che versino in stato di liquidazione, fallimento o concordato preventivo. Per tali motivi, al fine di poter partecipare alla "gara IREN" (appalto ritenuto particolarmente interessante) il Consorzio decideva di escludere la ricorrente, offrendo in alternativa la possibilità di ridurre la partecipazione della stessa a una percentuale inferiore all'1%, in modo da non rappresentare una condizione ostativa alla partecipazione alle gare.



Contesta infine la sussistenza del *periculum in mora*, evidenziando che la ricorrente sta proseguendo le lavorazioni degli appalti in corso e non ha chiesto al Consorzio di partecipare ad altre gare.

3. In primo luogo va affrontata l'eccezione di incompetenza, da ritenere infondata in questa sede.

In linea con il consolidato orientamento di questa Sezione nonché con la prevalente giurisprudenza di merito, infatti, l'esistenza di una clausola compromissoria non preclude la proposizione di istanze cautelari quando il collegio arbitrale non sia ancora stato costituito, prevalendo il principio di effettività della tutela giurisdizionale (*ex multis* Trib. Milano 2.12.2015).

4. Il ricorso è fondato.

4.1 A livello di *fumus boni iuris*, prima ancora di entrare nel merito della causa di esclusione, sussistono seri indizi di invalidità della Delibera in conseguenza di vizi procedurali, attesa la mancata convocazione del socio escluso.

La fattispecie è disciplinata dall'art. 2473 *bis* c.c. nonché, per quanto rileva in questa sede, dagli artt. 2479 e 2479*bis* c.c., trattandosi di materia rimessa in via statutaria alla decisione assembleare. Proprio l'applicabilità delle norme generali in tema di delibere assembleari nella s.r.l. e, in particolare, dell'art. 2479, quinto comma, c.c. consente di ritenere, nei limiti cognitivi tipici della fase, nulla la clausola statutaria azionata dal Consorzio, nella parte in cui esclude il diritto di intervento in assemblea del socio della cui esclusione si tratta, come rilevato in udienza (trattandosi di procedimento cautelare non trova applicazione l'art. 101, comma secondo, c.p.c., con la conseguenza che l'irrituale istanza depositata dalla convenuta il 15.9.2020 non può essere accolta).

Come già affermato da questa Sezione con riferimento alle delibere consiliari, ma sulla base di principi agevolmente estensibili a quelle assembleari, "*vanno tenute distinte le fasi, rispettivamente, della convocazione della riunione consiliare e della deliberazione: al riguardo, eventuali profili critici relativi alla fase della deliberazione non possono esonerare la società dal rispetto delle regole procedurali previste per la convocazione dell'organo di amministrazione, essendo queste ultime propedeutiche alla corretta formazione della volontà consiliare*" (Trib. Brescia, 1.10.2018).

In altre parole la mancata considerazione della partecipazione del socio (della cui esclusione si discute) nel *quorum* costitutivo e deliberativo, come previsto dallo Statuto, non pare poter giustificare l'omessa convocazione del socio stesso, il quale non è neppure posto in condizione di esercitare il diritto di difesa avanti all'organo assembleare chiamato a pronunciarsi sull'esclusione.



Alla luce di quanto sopra la Delibera risulta, nei limiti cognitivi propri della presente fase, assunta in violazione delle regole procedurali previste dalla legge per la formazione della volontà dell'organo assembleare nelle s.r.l., stante la mancata convocazione e partecipazione del socio interessato dalla Delibera, trattandosi di vizio astrattamente idoneo a determinarne quanto meno l'annullabilità, ove si consideri pregiudicato il solo interesse del socio escluso, se non addirittura la più grave conseguenza della nullità, ove il suddetto vizio sia riconducibile alla fattispecie dell'assenza assoluta di informazione (questione che non assume rilevanza concreta in questa sede e da rimettere, quindi, al giudizio di merito).

4.2 Con riferimento al *periculum in mora*, le situazioni di pregiudizio derivante dal ritardo allegate dalla ricorrente risultano idonee a fondare l'emissione del provvedimento sospensivo richiesto.

In primo luogo va tenuto presente che “ *la sospensione prevista dall'art. 2378, comma 3, c.c. risponde alla ratio di evitare che il diritto o l'interesse di chi agisce impugnando una deliberazione assembleare possa subire gravi pregiudizi nelle more del procedimento d'impugnazione della stessa. In tal senso assume rilevanza anche l'interesse di proteggere la società dal pericolo che la delibera impugnata venga prima eseguita e subito dopo annullata. Ne consegue che, ai fini della cautela provvisoria, non vi è distinzione tra esecuzione ed efficacia della stessa, dovendo l'atto risultare semplicemente suscettibile di produrre ulteriori effetti rispetto all'organizzazione sociale* (Tribunale Milano, SSIB, 23/03/2016). Inoltre “*È lecito invocare la sospensione per tutte le delibere che, anche se non bisognevoli in senso proprio di "atti esecutivi", o già iscritte presso il Registro delle Imprese con piena "efficacia" ed opponibilità nei confronti dei terzi, siano tuttavia suscettibili di esplicare i loro effetti pregiudizievoli per tutto il tempo in cui la situazione dalle stesse creata è destinata a perdurare. In altri termini, possono esser sospese tutte le delibere in relazione alle quali non possa dirsi concretata una "irreversibilità" degli effetti, cioè le delibere suscettibili dispiegare "efficacia" in modo continuativo* (Tribunale Bologna, 24/01/2018).

Premesso quanto sopra, sono sufficientemente documentate le prevedibili conseguenze della Delibera sull'esito della pendente procedura di concordato in continuità, la cui proposta (depositata avanti al Tribunale di Lecce unitamente al piano ex art. 160-161 L.F. e successivamente prodotta in udienza) contempla un piano industriale quinquennale basato sul completamento delle commesse in corso e sull'aggiudicazione di appalti futuri grazie alla partecipazione al Consorzio e allo sfruttamento delle attestazioni a disposizione. È dunque evidente come l'esito infausto della procedura in questione possa tradursi nella dichiarazione di fallimento della ricorrente: il



pregiudizio nel ritardo si presenta perciò verosimile e caratterizzato dai requisiti di attualità e concretezza. Con riferimento poi all'esigenza di bilanciamento delle suesposti ragioni cautelari con il pregiudizio che subirebbe il Consorzio, a livello generale si ha presente che l'art. 2378, comma quarto, c.c. richiede al giudice del procedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione della delibera “ *la valutazione della sussistenza di un nesso causale fra l'esecuzione (ovvero la protrazione dell'efficacia) della deliberazione impugnata ed il pregiudizio temuto e implica l'apprezzamento comparativo della gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante sia alla società, dalla esecuzione e dalla successiva rimozione della deliberazione impugnata. Così, il provvedimento cautelare di sospensione dell'efficacia della delibera potrà essere concesso soltanto ove si ritenga prevalente, rispetto al corrispondente pregiudizio che potrebbe derivare alla società per l'arresto subito alla sua azione, il pregiudizio lamentato dal socio* ” (così Trib. Roma, sez. XVI, 22/04/2018). Al riguardo, la mancata comparizione dei componenti degli organi sociali del Consorzio all'ultima udienza, benché destinatari di rituale notifica, costituisce condotta processuale valutabile nel senso di ritenere tollerabile, allo stato, per il Consorzio il pregiudizio derivante dalla sospensione degli effetti della Delibera. Peraltro, le argomentazioni addotte nella comparsa di costituzione, in punto di impossibilità di modificare la modulistica standard utilizzata nelle gare di appalto di rilevanza comunitaria, appaiono allo stato alquanto deboli.

5. Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso deve essere accolto e l'efficacia della delibera di esclusione del socio ricorrente va sospesa. Le spese della presente fase saranno liquidate all'esito del pendente giudizio di merito.

#### **P. Q. M.**

il giudice istruttore, provvedendo in via cautelare, ogni altra istanza ed eccezione assorbita o disattesa, in accoglimento del ricorso:

SOSPENDE l'efficacia della delibera adottata dall'assemblea di CONSENERGY s.r.l. – Consorzio Stabile in data 26.5.2020, nella parte in cui esclude il socio ALFIERI DONATO s.r.l..

Dispositivo soggetto a iscrizione nel Registro delle Imprese a cura degli amministratori di CONSENERGY s.r.l. – Consorzio Stabile, ai sensi dell'art. 2378, u.c., c.c.

Spese all'esito del giudizio di merito.

Si comunichi.

Brescia, 17/9/2020

IL G.I.

LORENZO LENTINI



