

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Napoli - Quinta sezione civile (già Prima
sezione civile bis) - nelle persone dei magistrati:

dott. Paolo Celentano Presidente

dott. Michelangelo Petruzzello Consigliere relatore

dott. Ugo Candia Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio civile di rinvio a seguito dell'ordinanza n. 13247 del
28.5.2018 della Corte Suprema di Cassazione, iscritto al n.
4201/2018 del ruolo generale degli affari civili contenziosi, avente
ad oggetto: cause di responsabilità contro gli organi amministrativi
e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società,
delle mutue assicuratrici e società cooperative

TRA

(...). S.r.l. (c.f. (...)), in persona del legale rappresentante
pro-tempore, Vi.Mo. (c.f. (...)) e An.Di. (c.f. (...)), tutti
rappresentati e difesi dall'avv. Bi.Ri. (c.f. (...)), domiciliato
presso il proprio studio, sito in Cardito (NA) alla Via (...), e
dunque da intendersi elettivamente domiciliato ex art. 82 r.d. 37
del 1934 presso la Cancelleria della Corte d'appello

APPELLANTI

E

Fallimento della De. S.r.l. (c.f. (...)), in persona del curatore
dott. Lu.Pa., rappresentato e difeso dall'avv. Lu.Ce. (c.f. (...)),
domiciliato presso il proprio studio, sito in Napoli alla Via (...)

APPELLATO

Fatto

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Il curatore del fallimento della De. S.R.L., con atto di citazione notificato l'8 novembre 2008, convenne in lite la (...). S.R.L., Vi.Mo. ed An.Di..

Espose che della De. S.R.L., costituita il 30 giugno 2003 con oggetto sociale la vendita all'ingrosso e al dettaglio di abbigliamento e accessori, il Tribunale di Nola aveva dichiarato il fallimento il 27 gennaio 2006. Lo stato passivo potenziale della società era pari a 391.254,23 Euro , di cui 300.502,72 già ammessi in via definitiva, mentre il residuo importo pari a 90.751,51 era ancora in fase di accertamento a seguito di domande di insinuazione tardiva ex art. 101 L. fall. Nel corso dell'inventario erano stati reperiti beni dal valore di soli 500,00 Euro Aggiunse di aver accertato che la società fallita, con contratto del 9 luglio 2003, stipulato dunque pochi giorni dopo la sua costituzione, s'era resa: a) affittuaria dalla (...). S.R.L., che ne era proprietaria, di tre rami d'azienda, costituiti da tre punti vendita siti rispettivamente in Aversa, in Caserta ed in (...); b) conduttrice di un capannone, sito nel CIS di Nola, Isola 8 lotto 8082, del quale era proprietaria la medesima (...). S.R.L.; c) licenziataria del marchio registrato "Ni.Bo.", anch'esso di titolarità della medesima società. Precisò che il regolamento contrattuale aveva fissato in 129.000,00 Euro oltre IVA il canone annuo da pagarsi per gli affitti e la locazione, e nell'1% del fatturato la royalty annua per il diritto di utilizzo esclusivo del marchio.

Il curatore dedusse che con atto di transazione concluso il 20 ottobre 2005 le parti avevano risolto quel contratto per inadempimento della De., che nel corso del rapporto nulla aveva corrisposto alla Md. L'accordo aveva previsto che Md., a fronte della mera restituzione dei locali ceduti in fitto, rinunciava al recupero del corposo credito maturato nei confronti della società poi fallita.

Il curatore predicò che questo credito era evidentemente fittizio, al pari del contratto che l'aveva originato, sicché doveva escludersi che alla sua conclusione avesse fatto seguito una reale successione nei rapporti con clienti e fornitori.

Il curatore affermò che queste circostanze, unitamente alle ulteriori che avrebbe di lì a poco esposto e, più in generale, all'esame complessivo delle risultanze documentali, dimostravano "senza tema di smentita il ruolo di direzione coordinamento e controllo (di fatto) esercitato dalla società (...) s.r.l. - e per essa nonché attraverso di essa, dai coniugi Mo.Vi. e Di.An., alternatisi nella carica amministrativa della società - nei confronti della De. s.r.l. e delle altre compagini societarie (di cui pure si dirà) parimenti facenti capo ad Md.: direzione e dominio certamente "abusivi", non solo e non tanto perché occulti, ma in quanto in spregio di qualsivoglia principio di corretta gestione societaria ed imprenditoriale - perseguivano lo scopo precipuo di impedire l'ormai imminente aggressione sul patrimonio di (...) da parte dei creditori, in considerazione delle serie difficoltà finanziarie in cui la stessa società versava sin dal 2003".

Secondo il fallimento, De., al pari di altre compagini riferibili ai coniugi Di. e Mo., era stata costituita al solo scopo di fornire alla (...) uno schermo societario che, assorbendo debiti e squilibri della "controllante di fatto", ne consentisse il risanamento in frode ai creditori sociali. In particolare, "sarà parimenti dimostrato che le altre società parimenti orbitanti intorno a quest'ultima, sono state utilizzate - laddove non

addirittura costituite ad hoc - per "completare l'opera", attraverso la dispersione e l'esorbitanza del quantitativo di merce acquistato, laddove si considerino le modeste dimensioni d'impresa della fallita e tenendo presente altresì come riferivano i resistenti medesimi (ed odierni convenuti) in sede cautelare - che "negli anni 2004 e 2005 ... i locali commerciali siti al Corso (...) di Caserta (il più grande dei tre punti vendita gestiti dalla fallita) erano interessati da lavori pubblici di ristrutturazione fognaria, di pavimentazione e di pubblica illuminazione ... con la conseguente grave perdita di clientela e di mancato incasso".

Il fallimento dedusse, inoltre, che sebbene con il contratto di fitto del luglio 2003, le parti non avessero incluso la cessione del punto vendita sito in Avellino, era invece provato che la De. avesse corrisposto i canoni di locazione dell'immobile commerciale nel quale l'azienda era ubicata, provvedendo addirittura a stipulare con la Fo. di Si.Ma. il relativo contratto di locazione, circostanza questa ulteriormente dimostrativa dell'eterodirezione.

Il curatore assunse che anche la risoluzione del contratto di fitto operata con l'atto di transazione del 20 ottobre 2005 integrava "operazione altrettanto paradossale", apparendo oltremodo "curiosa" e, quindi, tanto più sintomatica, la circostanza che - a fronte della mera "restituzione" delle attività e dei locali oggetto della stipulazione - "la (...) abbia inteso rinunciare in via definitiva, e senza null'al-tro richiedere in contropartita, al corposo credito maturato nei confronti della società asseritamele inadempiente (ben Euro 306.703,32!!!)", determinazione vieppiù sconcertante in ragione del fatto che la Md. S.r.l. sin dal 2003 versava in gravi difficoltà finanziarie e avrebbe tratto sicuro giovamento, pertanto, dal recupero del precisato credito.

Il fallimento aggiunse che, come d'altro canto evidenziato nello stesso atto di transazione, dopo la stipula del contratto di fitto con la De. - ed in costanza di questo - la Md. S.r.l. aveva trasferito la sua sede legale presso il capannone sito in Nola Cis – Isola (...), dunque proprio all'interno di uno degli immobili ceduti a De. con il contratto di fitto del luglio 2003 (e dalla stessa adibito all'epoca a propria sede), e dove peraltro aveva la propria sede altresì la St. S.R.L., altra società facente capo ai medesimi soci, di talché la sede delle tre società, a far data dall'avvenuto trasferimento de quo, era stata la medesima per diverso tempo.

Il curatore sostenne che "è comunque accertato documentalmente che la De. realizzasse un "volume d'affari" incongruo rispetto alla sua minima struttura (organizzazione e dimensione) d'impresa. Tanto è evidenziato, ad esempio, dalla incredibile sproporzione tra i dati dichiarati in bilancio e le minime movimentazioni bancarie (che peraltro si riferiscono ad un arco temporale ben più breve della durata dell'impresa)".

Assunse che verosimilmente i terzi avevano continuato a ritenere di "trattare" con la (...), dato che le due società (e le stesse persone) esercitavano la medesima attività, negli stessi luoghi, sotto gli stessi segni distintivi (il marchio "Ni.Bo."), con i medesimi dipendenti ed agenti e addirittura con gli stessi fornitori e clienti, stante il passaggio degli ordini in corso previsto nel contratto di fitto. Peraltro, De. non aveva mai curato di segnalare alla competente C.C.I.A.A. il subentro nell'esercizio del commercio nei menzionati punti vendita, guardandosi bene altresì dal palesare la propria denominazione nei rapporti con clienti e fornitori, tanto che la curatela, nel corso dell'accesso presso i locali della fallita all'interno del CIS di Nola, realizzava

che l'impresa avente la denominazione "De." era pressoché sconosciuta all'interno del Centro, dal che la ragionevole conclusione che (...), nonostante l'espressa previsione contrattuale del subentro di De. nei contratti di agenzia, franchising e merchandising, non aveva mai inteso realmente abdicare alla gestione di tali rapporti.

Il curatore aggiunse che la (...). S.R.L., a far tempo almeno dal 2003, si trovava in serie difficoltà finanziarie ed era pertanto ben conscia dell'imminente dissesto, come emergeva dal bilancio d'esercizio al 31/12/2003, dal quale risultavano una perdita d'esercizio pari ad Euro 157.972,00 ed una situazione finanziaria allarmante, con debiti pari a Euro 1.531.947,00, a fronte di crediti da riscuotere pari ad appena Euro 531.307,00. Tuttavia, dal bilancio dell'esercizio successivo la situazione s'era ribaltata, con la Md. che aveva ridotto i debiti verso fornitori ad Euro 811.311,00, mentre la De., costituita solo un anno prima, era già in stato di insolvenza.

Il curatore riferì che, da quanto appreso dalle difese dei convenuti nella fase cautelare, nel luglio 2005 il punto vendita di Avellino (la cui gestione, come precisato, non era stata trasferita, almeno sulla carta, alla De.) aveva subito un allagamento ed era stato anche interessato dalla rottura di una condotta fecale, in entrambi i casi riportando ingenti danni alla merce ivi esistente. Ebbene, questa circostanza - che, stante la formale estraneità della De., avrebbe dovuto essere per essa priva di conseguenze - era stata dai convenuti indicata come ulteriore causa del dissesto di De., lasciando con ciò intendere che quest'ultima, non solo aveva stipulato in nome proprio il contratto d'affitto per il punto vendita di Avellino - che non deteneva in gestione - e ne aveva pagato poi regolarmente i canoni pattuiti, ma addirittura doveva sopportarne gli ingenti costi per l'avaria della merce presente al suo interno.

Il fallimento evidenziò che, nel corso della medesima settimana in cui era stato risolto il contratto d'affitto con De. (il 28 ottobre 2005), Md. aveva ceduto il punto vendita corrente in Caserta alla St. S.R.L., società anch'essa riferibile ai coniugi Mo.Vi. e Di.An. ed amministrata da quest'ultima, e che anche i punti vendita al dettaglio di San Vitaliano e di Aversa, unitamente al marchio "Ni.Bo.", erano "stati recentemente (il 18 maggio 2007) alienati da Md. S.R.L., in favore di altra società, la Jm. S.R.L. - costituita per lo scopo la cui socia ed amministratrice unica risulta essere, ancora, la consorte di Vi.Mo."

Il curatore assunse che dal bilancio della (...). S.r.l. al 31/12/2006 risultava che tutti i debiti sociali al 31/12/2005 erano stati pagati, sicché "risulta allora evidente il tentativo di totale dispersione ed azzeramento del proprio patrimonio in frode ai creditori".

Il fallimento concluse riferendo che "recentemente la (...) ha "completato l'opera", alienando altresì il capannone al CIS di Nola".

Il curatore, muovendo da queste premesse, sostenne che da queste circostanze risultava "in maniera univoca e pacifica che la De., lungi dal perseguire un proprio autonomo scopo, sia stata creata e gestita perseguendo un interesse non "suo proprio" ma solo funzionale alle "strategie" della (...)". Dal che la necessità per la curatela di tutelare le ragioni del ceto creditorio così abilmente e capziosamente

mortificate da una sì audace e spregiudicata attività dissimulativa posta in essere dalla Md. e dai suoi amministratori.

Il curatore concluse: a) per l'accertamento dell'esistenza di una holding di fatto tra le società in vario modo gestite e/o controllate dai coniugi Vi.Mo. e An.Di., questi ultimi operanti attraverso (...). S.r.l. quale società capofila; b) per l'accertamento, ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., della responsabilità patrimoniale della capogruppo di fatto per l'attività di abusivo dominio posta in essere in danno di De. e per l'accertamento della concorrente responsabilità di Vi.Mo. e An.Di.; c) in via subordinata e gradata - per la denegata ipotesi di mancato accoglimento della precedente domanda - per l'accertamento, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 2497, comma 2, c.c. e 2043 c.c., della responsabilità risarcitoria dei coniugi Mo. e Di., in solido con quella societaria, per le ragioni esposte; d) in via ancor più gradata, laddove fosse esclusa la configurabilità della responsabilità della Md. s.r.l., del Mo. e della Di. ai sensi dell'art. 2497 c.c., l'accertamento della responsabilità risarcitoria dei coniugi medesimi, in solido tra loro, quali holders operanti attraverso lo schermo della De.; e) per la condanna - in via concorrente o solidale - della (...). S.r.l. e dei suoi soci, od in alternativa dei soli coniugi Mo. e Di., in solido tra loro, quali holders operanti attraverso diversi schermi societari, al pagamento in favore del fallimento della De. S.r.l. della somma complessiva di Euro 300.002,72, come risultante dalla differenza tra l'attivo ed il passivo verificati in sede fallimentare, ovvero della diversa maggior somma determinata anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. dall'On. Giudice adito.

2. La società convenuta ed i suoi soci Vi.Mo. e An.Di. si costituirono, resistendo alle domande.

3. Con sentenza n. 459/2012, pubblicata il 16 febbraio 2012, il Tribunale di Nola accolse la domanda principale del fallimento.

I primi Giudici premisero che "i convenuti non contestano né la ricostruzione del sistema normativo di cui agli articoli 2497 c.c. e seguenti prospettata in linea teorica dalla curatela, tranne che per il tipo di responsabilità patrimoniale che, secondo i convenuti, non è di tipo contrattuale, né i singoli fatti addotti dalla curatela a riprova dell'abusivo coordinamento e direzione da parte della (...)." e che essi avevano invece contestato "radicalmente che la curatela abbia fornito la prova indiziaria della direzione e del controllo, prima ancora che del carattere abusivo e dannoso degli stessi, oltre a contestare alcuni fatti specifici allegati dalla curatela".

Quindi, delineata la nozione di direzione e controllo, delimitarono i confini della responsabilità contemplata dall'art. 2497 c.c. in relazione ai concetti di dominio e di abuso, affermando più precisamente che essa ricorreva in presenza dell'abuso della posizione di dominio, "senza necessità di verificare la spendita del nome e l'autonoma economicità dell'attività di direzione e controllo" ed era, in forza dell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., azionabile dal curatore fallimentare in caso di fallimento dell'impresa dominata.

Passati, infine, ad esaminare e valutare gli elementi che la curatela aveva addotto quali indizi gravi, precisi e concordanti di un'abusiva attività di dominio, i primi Giudici conclusero che la curatela avesse assolto all'onere probatorio, dal momento che sia dalla tempistica della costituzione e gestione di De. S.r.l. e delle

altre società riconducibili ai coniugi convenuti, che dall'irrazionalità delle scelte gestionali di De. S.R.L., che infine dall'incidenza delle scelte gestionali di (...) S.r.l. e di De. S.r.l. sull'andamento dello stato patrimoniale e finanziario delle due società emergevano gli elementi costitutivi della responsabilità dedotta.

Osservarono, in particolare, che "la tempistica della costituzione e dell'avvio delle attività della De. S.R.L., nonché dell'acquisizione dell'amministrazione e delle partecipazioni sociali da parte dei coniugi oggi convenuti ovvero di loro familiari, la insostenibilità delle scelte gestionali della De. (forniture ingentissime nel corso dell'anno 2004, dopo appena un anno dalla costituzione, dalla (...) S.R.L., pagamento immediato delle forniture da questa espletate, accumulo di debitoria verso tutti gli altri creditori, stipula di un contratto di affitto stravagante per contenuto e congruità rispetto alle attività della cessionaria De. - locale in Avellino di fatto non utilizzato -, risoluzione del fitto a pochi mesi dalla dichiarazione di fallimento), le reciproche ingenti incidenze di carattere patrimoniale - finanziario prodottesi tra le due società (luna vedeva aumentare le entrate e ridurre la debitoria, l'altra nel giro di un anno e mezzo arrivava all'insolvenza)" inducevano a far ritenere accertata sia la dedotta posizione di controllo e direzione della (...) S.r.l. sulla De. che il costante abuso di tale posizione, la società fallita avendo avuto la funzione di strumento di gestione patrimoniale e finanziaria della (...). Il Mo., amministratore della (...), socio della holding e poi della società destinata al fallimento e la Di., amministratrice dalla fine del 2003 della (...), sorella dell'amministratrice della De., amministratrice e socia delle due società che dopo la De. si erano rese cessionarie di tutti i punti vendita della Md., avevano concorso nell'abusivo dominio ed erano, dunque, responsabili ex art. 2497, comma 2, c.c.

Il Tribunale negò pregio alle argomentazioni difensive addotte dai convenuti, più precisamente escludendo che la circostanza che De. avesse "pagato non soltanto i debiti contratti per forniture di Md., ma anche molti altri creditori, dal momento che il passivo accertato risulta di soli Euro 390.000,00, laddove i debiti in bilancio al 31 dicembre 2004 erano di circa 2.000.000,00 di Euro" giovasse loro, dal momento che "risulta nondimeno un passivo di Euro 390.000,00, creatosi nel giro di poco più di un anno, mentre Md. proseguiva la sua opera di costante risanamento patrimoniale (fino alla vendita del capannone al CIS di Nola)"; inoltre, rilevò che l'asserzione secondo cui la "riduzione dei debiti dal bilancio 2003 al bilancio 2004 (da Euro 1.531.947,00 ad Euro 811.311,00)" era stata effettuata grazie alla realizzazione di propri crediti ed alla vendita di merce in giacenza, non era stata minimamente provata; infine, esclusero il rilievo della deduzione secondo cui la curatela avrebbe dovuto "dimostrare che dalla condotta imputata ai coniugi Di. - Mo. sia derivato un arricchimento a loro vantaggio".

Quanto alla misura del danno, i primi Giudici affermarono che "il criterio dello sbilancio fallimentare assum(e) una valenza specifica nel caso di quantificazione del danno cagionato da un abuso riconducibile all'art. 2497 c.c.", poiché "quando la società holding si serva della società diretta per il raggiungimento di fini esclusivamente extrasociali (rispetto all'oggetto sociale della controllata o dominata), quando, come nella specie, la breve vita della dominata risulti segnata da una gestione patrimoniale, economico-finanziaria e strategica completamente piegata agli interessi della Holding, priva di autonomia effettiva e di un concreto esercizio di attività d'impresa (anche) nel proprio interesse, quando la determinazione della debitoria passa per forniture quantitativamente e qualitativamente dubbie espletate dalla stessa dominante, e interamente soddisfatte, laddove maturano contestualmente crediti per circa Euro 400.000,00 che portano la dominata al fallimento, ebbene il criterio dello sbilancio è perfettamente aderente al danno cagionato ai creditori della dominata i cui crediti sono insoddisfatti ed hanno costretto gli stessi a richiedere la dichiarazione di fallimento del proprio debitore".

Liquidarono, pertanto, i danni in 300.002,72 Euro, pari "al passivo ad oggi definitivamente accertato" e condannarono i convenuti in solido tra loro al pagamento di questa somma, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi.

4. Contro questa decisione i tre soccombenti proposero appello innanzi a questa Corte, che, con sentenza n. 3716/2016 pubblicata il 19.10.2016, dichiarò l'impugnazione improcedibile ex art. 348 c.p.c.

5. (...). S.R.L., il Mo. e la Di. impugnarono la decisione d'appello con ricorso per cassazione, che la Suprema Corte accolse con ordinanza n. 13247/2018 pubblicata il 28 maggio 2018.

I Giudici di legittimità hanno osservato che era fondata la doglianza con cui i ricorrenti si sono doluti dell'erroneità della decisione della Corte d'appello di dichiarare "improcedibile il gravame per omesso deposito da parte delle appellanti, entro la prima udienza di trattazione ex art. 350 cod. proc. civ., dell'originale dell'atto di appello con le relative procura e relata di notifica, ai sensi degli artt. 165 e 347, primo comma, cod. proc. civ.".

I Giudici di legittimità hanno ricordato che, non ricorrendo nella fattispecie le condizioni esaminate da Cass. Sezioni Unite, del 05/08/2016, n. 16598, doveva invece farsi applicazione del costante principio secondo cui l'ordinanza collegiale che, per qualsiasi ragione, rimette la causa dinanzi all'istruttore determina la riapertura della fase istruttoria nella quale, essendo restituiti al giudice istruttore tutti i poteri per l'ulteriore trattazione della causa (art. 280, terzo comma, cod. proc. civ.), anche le parti debbono essere necessariamente investite, senza limitazioni di sorta, di tutte le facoltà che esse possono normalmente esercitare in tale fase. Dal che la conseguenza che, essendo stato l'originale dell'atto di appello (con la relativa procura) notificato all'appellato prodotto all'udienza in cui la causa era stata rimessa sul ruolo a seguito del rilievo officioso da parte della Corte d'appello della sua mancanza agli atti, la nullità doveva ritenersi sanata e doveva pertanto escludersi l'improcedibilità rilevata.

6. Con atto di citazione in riassunzione notificato il 3 agosto 2018 la (...). S.R.L., Vi.Mo. e An.Di. hanno riproposto i motivi dell'appello dichiarato improcedibile.

Il fallimento ha resistito, concludendo, così come aveva fatto nel giudizio d'appello, per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

7. L'appello svolge i seguenti quattro motivi.

Il primo motivo illustra tre censure: a) il Tribunale esclude che la curatela abbia "fornito prove corroboranti per affermare le sue tesi", ma afferma che i suoi assunti sono fondati su indizi gravi, precisi e concordanti; b) il Tribunale "non scioglie un dubbio cruciale, non prende posizione su un aspetto decisivo: se l'azione

proposta dalla curatela, nel seno del giudizio di prime cure, sia di natura contrattuale o extracontrattuale", non chiarisce in particolare "se il curatore, che sostituisce processualmente i creditori della società fallita ed eterodiretta, per provare il danno che questi ultimi hanno subito dalla mala gestione della controllante o dell'holder, agisce in forza dell'art. 2043 c.c. oppure in virtù di un legame contrattuale fra le società del gruppo, che sarebbe stato leso a vantaggio della dominante Md., e, dunque, a discapito della compagine ancillare"; contrariamente a quanto sostenuto dalla curatela, secondo gli appellanti deve ritenersi che la responsabilità configurata dal fallimento sia di tipo extracontrattuale; c) il Tribunale, discostandosi dai Giudici della cautela, ha ritenuto che responsabili fossero non solo i due soci, ma anche la (...) S.R.L.; tuttavia, nel far ciò, "in nessuna parte della motivazione il Giudice a quo chiarisce quale sia il vantaggio conseguito dai coniugi Mo. per la loro corresponsabilità solidale".

Il secondo motivo denuncia l'irrelevanza ed insufficienza del quadro indiziario posto a fondamento della responsabilità della (...) s.r.l. e della compartecipazione solidale dei coniugi Mo.. Gli appellanti evidenziano che, a giudizio del Tribunale, "nel fenomeno della holding vada dimostrato il dominio della società danneggiata (o capogruppo, o holder) rispetto a quella eterodiretta, e l'abuso che di esso sia stato fatto al fine di raggiungere l'interesse extrasociale", mentre non sarebbe necessario "verificare quali siano gli atti imputabili alla controllante e posti in essere in violazione dell'interesse lecito del gruppo, non è indispensabile indagare se sia stata o meno utilizzata la spendita del nome della controllante, non è conferente stabilire se la società controllante perseguisse uno scopo economico ulteriore rispetto a quello raggiunto dalle singole società ed esterno ad esse". Secondo gli appellanti, il curatore che agisca in sostituzione dei creditori sociali della società eterodiretta, nell'ambito del fenomeno contemplato dall'art. 2497 c.c., e danneggiata dalla dominante sino a condurla al fallimento, deve provare evidentemente l'esistenza del gruppo e, perché possa ravvisarsi la responsabilità delineata da quella norma, devono inoltre ricorrere la condotta ("ossia l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento"), l'anti-giuridicità della condotta ("ossia l'agire nell'interesse proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale delle società controllate"), il danno ("ossia il pregiudizio al valore o alla redditività delle partecipazioni della controllata") ed il nesso di causalità tra la condotta e il danno. Gli appellanti lamentano che "gli indizi indicati dall'appellata ed acquiescentemente assorbiti nella motivazione, poco originale, del Giudice a quo, non reggono e non assurgono a dignità di prova".

Il terzo motivo di gravame rimprovera alla decisione impugnata di aver ritenuto dimostrata in maniera del tutto inconferente la compartecipazione dolosa dei coniugi Mo. nei termini disciplinati dall'art. 2497, comma 2, c.c. Sarebbe, invece, occorsa la prova non solo dell'arricchimento di (...) S.r.l. ai danni della De., ma anche dei vantaggi personali illecitamente lucrati dai coniugi Mo. negli anni in cui avevano operato con le dette compagini. Emergeva, tuttavia, dai documenti esibiti che il patrimonio immobiliare di costoro, assoggettato al sequestro conservativo disposto ante causam, era costituito da cespiti pervenuti al Mo. per effetto dei lasciti ricevuti dai genitori e che "solo nell'anno 2007, dopo che la situazione patrimoniale della Md. aveva raggiunto uno sperato pareggio, è stata acquistata una casetta in quel di Gaeta". Dal che l'insussistenza dei requisiti previsti dall'art. 2497, comma 2, c.c., secondo il quale "risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

Il quarto motivo critica l'erronea applicazione, ai fini della determinazione quantitativa del presunto danno subito dalla curatela, del criterio della differenza tra stato passivo ed attivo fallimentare. Gli appellanti sostengono che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale (che ha adottato "tale criterio sulla base del fatto che non sia possibile la ricostruzione della contabilità della società fallita e per Soggettiva difficoltà

di ricostruire analiticamente le conseguenze dannose dei singoli atti illegittimi imputati agli amministratori"), "la società fallita ha regolarmente depositato i libri contabili subito dopo la declaratoria fallimentare: perciò, il Giudice ed il suo curatore ben possono far riferimento ad essi per ricostruire i dati patrimoniali e rinvenire la storia della compagine fallita". Spiegano che il criterio dello sbilancio "è, infatti, di natura residuale e può essere utilizzato solo se le scritture contabili siano inesistenti o inattendibili, considerazioni queste ultime che non si addicono alla società fallita".

7.1. L'appello è fondato.

7.2. L'art. 2497, comma 1, c.c. dispone che "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società".

L'art. 2497, ultimo comma, c.c. prevede che "nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario".

Dunque, il curatore del fallimento della società soggetta alla direzione ed al coordinamento di altra società od ente è legittimato a proporre unicamente l'azione spettante ai creditori sociali.

La responsabilità della società o del diverso ente nei confronti dei creditori sociali - o, in luogo di essi, del curatore - ricorre solamente quando dall'azione dei primi sia conseguita "la lesione (...) all'integrità del patrimonio della società". Quest'espressione evoca l'analoga disposizione dettata dall'art. 2392, comma 1, c.c., che, nel tracciarne i confini generali della "responsabilità verso i creditori sociali", prevede che "gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale".

Simmetricamente a quanto richiesto per la configurazione della responsabilità dell'organo amministrativo verso i creditori sociali della società da quell'organo gestita, perché possa essere affermata la responsabilità derivante dall'illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società occorre che il patrimonio della società oggetto della predetta attività sia stato danneggiato. Dev'esserne, in altri termini, stata lesa l'integrità, con conseguente annientamento o riduzione della generica garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.).

La delineata sovrapposizione delle due fattispecie comporta che - al di là dei loro pur ineliminabili tratti differenziali, tra i quali, in particolare, il rapporto strumentale, previsto dall'art. 2497, comma 1, c.c. tra l'agere della società od ente esercente la direzione ed il coordinamento ed il perseguimento dello "interesse imprenditoriale proprio o altrui", condotto in violazione dei principi di corretta gestione

societaria e imprenditoriale - occorrono, dunque, una condotta contraria a determinati doveri (imposti dalla legge o dallo statuto, per quanto concerne gli amministratori; di corretta gestione societaria e imprenditoriale, per quanto riguarda le società od enti esercenti una posizione di "dominio"), la produzione del danno ed il nesso di causalità tra l'una e l'altra.

Operano, dunque, ancorché a grandi linee, i medesimi principi giurisprudenziali affermatasi in tema di azione di responsabilità dei creditori sociali.

Ed allora giova ricordare, per quanto d'utilità ai fini della questione in esame, quanto efficacemente affermato da Cass. Sez. Un. n. 9100 del 2015.

"Per i profili che qui interessano, tuttavia, le considerazioni che si andranno a fare, e che da quei principi si dipanano, possono agevolmente applicarsi anche all'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali (la quale, come già s'è detto, in caso di fallimento della società è di regola esercitata dal curatore cumulativamente all'altra), sia che si voglia assegnare anche ad essa natura contrattuale sia che, come per lo più si è propensi a ritenere, la si voglia invece qualificare come aquiliana. Con riferimento ai temi di cui si sta parlando, infatti, la differenza tra le due tipologie di responsabilità si coglie soprattutto in ciò: che solo il creditore di una prestazione contrattualmente dovuta non è tenuto a provare l'imputabilità dell'inadempimento al debitore, sul quale grava l'onere della prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che l'inadempimento è dipeso da una causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). Ma - come s'è visto - compete pur sempre al creditore l'onere di allegare l'altrui comportamento non conforme al contratto o alla legge, oltre che di allegare e provare il danno ed il nesso di causalità. Ed a maggior ragione tali oneri gravano su chi agisce per far valere un'altrui responsabilità extracontrattuale, dovendo egli in aggiunta farsi carico (non solo di allegare, ma altresì) di provare il comportamento del convenuto in violazione del dovere del *neminem laedere*".

I Giudici di legittimità aggiungono:

"Ci si deve allora anzitutto chiedere se e quale tra gli inadempimenti ("qualificati") in cui può incorrere l'amministratore di società, e che l'attore deve aver allegato quale ragione della sua domanda risarcitoria, sia astrattamente efficiente a produrre un danno che si assuma corrispondente all'intero deficit patrimoniale accumulato dalla società fallita ed accertato nell'ambito della procedura concorsuale. È evidente che lo potrebbero essere, in ipotesi, soltanto quelle violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio a cagione di esse l'intero patrimonio sia stato eroso e si siano determinate le perdite registrate dal curatore, o comunque quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa del dissesto sfociato nell'insolvenza (ma, se avessero soltanto aggravato il dissesto, unicamente tale aggravamento potrebbe essere ricollegato a quelle violazioni). Qualora, viceversa, una tale ampiezza di effetti dell'inadempimento allegato non sia neppure teoricamente concepibile, la pretesa d'individuare il danno risarcibile nella differenza tra passivo ed attivo patrimoniale, accertati in sede fallimentare, risulta fatalmente priva di ogni base logica: non fosse altro perché l'attività d'impresa è intrinsecamente connotata dal rischio di possibili perdite, il cui verificarsi non può quindi mai esser considerato per sé solo un sintomo significativo della violazione dei doveri gravanti sull'amministratore, neppure quando a costui venga addebitato di esser venuto meno al suo dovere di

diligenza nella gestione, appunto in quanto non basta la gestione diligente dell'impresa a garantirne i risultati positivi. Né potrebbe ragionevolmente sostenersi che il deficit patrimoniale accertato nella procedura fallimentare - in quanto tale e nella sua interezza - sia di regola la naturale conseguenza dell'essersi protratta la gestione dell'impresa in assenza delle condizioni economiche e giuridiche che giustificano la continuità aziendale: per l'ovvia considerazione che anche in questo caso non sarebbe logicamente corretto né imputare all'amministratore quella quota delle perdite patrimoniali che ben potrebbero già essersi verificate in un momento anteriore al manifestarsi della situazione di crisi in tutta la sua portata, né, soprattutto, far gravare su di lui, a titolo di responsabilità, anche le ulteriori passività che quasi sempre inevitabilmente un'impresa in crisi comunque accumula pur nella fase di liquidazione, giacché questa ovviamente non comporta l'immediata ed automatica cessazione di ogni genere di costo legato all'esistenza stessa della società in liquidazione e può ben darsi che ulteriori perdite di valore aziendale vengano generate proprio dalla cessazione dell'attività d'impresa. Se dunque, per le ragioni appena esposte, non pare predicabile che, in difetto di specifiche ragioni che lo giustifichino, il deficit patrimoniale fatto registrare dalla società in fallimento venga automaticamente posto a carico dell'amministratore come conseguenza della violazione da parte sua del generale obbligo di diligenza nella gestione dell'impresa sociale, tanto meno una simile conclusione sarebbe giustificabile quando l'inadempimento addebitato al medesimo amministratore si riferisca alla violazione di doveri specifici, cui corrispondono comportamenti potenzialmente idonei a determinare, a carico del patrimonio sociale, soltanto effetti altrettanto specifici e ben delimitati".

La rilettura delle allegazioni del fallimento e della decisione del Tribunale, condotta alla luce di questi ormai consolidati principi di diritto, dimostra la fallacia delle prime e l'erroneità della seconda.

Lo sforzo ricostruttivo ed argomentativo del fallimento è stato focalizzato nella dimostrazione che De. S.r.l. fosse stata (se non proprio creata, certamente) gestita da (...) S.r.l. e dai suoi soci in modo da assicurare alla prima il conseguimento dell'obiettivo del suo risanamento. Di qui l'elencazione ed illustrazione di una serie di indici probanti - e comunque giudicati tali dal Tribunale - l'assunto che le dinamiche imprenditoriali di De. S.r.l. fossero state interamente piegate a questo fine. La riprova dell'abusivo ed illecito esercizio dei poteri di direzione e coordinamento è stata indicata, e dal Tribunale ravvisata, nei risultati economici, tra loro esattamente opposti, registrati dalle due società, la capogruppo o controllante avendo prima ridotto e poi azzerato i suoi debiti, la società eterodiretta essendosi ritrovata in breve tempo in irreversibile stato d'insolvenza.

È evidente l'incongruenza tra la premessa e le conclusioni.

L'esercizio della direzione e del controllo, ancorché condotto nell'interesse imprenditoriale proprio della società o dell'ente controllante o di terzi, e finanche se svolto in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società eterodiretta, non è di per sé solo fonte della responsabilità contemplata dall'art. 2497, comma 1, c.c. Perché questa ricorra, occorre che quell'illegittimo e antieconomico esercizio abbia danneggiato il patrimonio della società eterodiretta, nei termini sopra precisati. Lo conferma la medesima norma in esame, che puntualizza, nella parte finale del comma, che "Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

Dunque, la lesione patrimoniale non è d'emblée ravvisabile né nella circostanza che la società o l'ente dominante abbia conseguito vantaggi, né nel fatto che la società eterodiretta non abbia conseguito utili, o sia finita in dissesto, o sia addirittura stata dichiarata fallita, ed il relativo passivo sia risultato superiore all'attivo liquidato o realizzabile. È necessaria, viceversa, la prova anzitutto dell'immediata e diretta incidenza causale che le scelte e decisioni gestorie adottate dalla società dominante abbiano avuto sulla gestione societaria ed imprenditoriale di quella dominata, ed in secondo luogo dell'effetto depauperativo che la loro attuazione abbia prodotto nei confronti della generica garanzia patrimoniale di quest'ultima a disposizione dei creditori.

Posto che, come nitidamente esposto nella ricordata pronuncia della Suprema Corte, "l'attività d'impresa è intrinsecamente connotata dal rischio di possibili perdite, il cui verificarsi non può quindi mai essere considerato per sé solo un sintomo significativo della violazione dei doveri gravanti sull'amministratore, neppure quando a costui venga addebitato di esser venuto meno al suo dovere di diligenza nella gestione, appunto in quanto non basta la gestione diligente dell'impresa a garantirne i risultati positivi", il sillogismo predicato dal fallimento e condiviso dal Tribunale risulta palesemente monco.

Pur a voler condividere la sintetica valutazione che i primi Giudici hanno compiuto dei numerosi indici dell'affermato abusivo dominio di (...) e dei suoi soci, costoro non possono essere ritenuti per ciò solo responsabili delle conseguenze negative della gestione economica della società fallita.

Nella prospettiva indicata dal fallimento, gli indici probanti l'esistenza del gruppo di società e il ruolo dominante in esso svolto dagli appellanti si sono sovrapposti, finendo per identificarsi, ai singoli atti imprenditoriali e societari, posti in essere da De. S.R.L., e sono stati dal Tribunale ritenuti a un tempo contrari ai principi di corretta gestione e fonti di danni.

Anche rispetto a questi s'è proceduto ad una, tanto palese quanto illegittima, sovrapposizione dei debiti rimasti insoddisfatti con le conseguenze dannose della pretesa azione illecita svolta dalla società e dai soci esercenti il controllo.

7.3. La petizione di principio è ancor più evidente se, passando dall'esame del secondo motivo (che risulta chiaramente fondato alla luce delle considerazioni sin qui svolte) a quello del primo, si procede allo scrutinio delle singole condotte e circostanze additate dal fallimento, e dal Tribunale così apprezzate, quali indizi concreti della fattispecie astratta evocata.

La vicenda del contratto di affitto dei rami d'azienda, cui il fallimento ha attribuito rilievo decisivo lascia emergere che De. S.r.l. ha conseguito addirittura benefici dal rapporto intercorso con (...) S.r.l. Indottrinati dal punto d'osservazione assunto nel riesaminare quest'ultimo, il fallimento ha enfatizzato particolarmente la, a suo giudizio strana, circostanza che (...) S.R.L., dopo circa due anni di svolgimento del rapporto di affitto nel corso dei quali non aveva ottenuto il versamento, neanche parziale, di nessuno dei canoni d'affitto dovuti (anche per la licenza del marchio Ni.Bo.), si sia decisa a "transigere" a condizioni che hanno previsto la sua rinuncia ai canoni (oltre 300.000,00 Euro) in cambio della restituzione dei punti vendita oggetto dei rami d'azienda. È certamente plausibile che, dati i collegamenti esistenti tra le due società e le

rispettive compagini sociali, (...). S.r.l. abbia tratto beneficio dal rapporto contrattuale, che le ha assicurato la continuazione dell'esercizio dei rami d'azienda, l'utilizzo del marchio di cui era titolare e la rivendita delle merci prodotte. Purtuttavia, il dato oggettivo risultante da questa vicenda è chiaramente sfavorevole al fallimento, dal momento che ne vien fuori che De. ha comunque goduto dei rami d'azienda di (...). S.r.l. per un cospicuo arco temporale senza pagare alcun canone. La transazione ha così avuto l'effetto di attribuire ex post carattere gratuito ad un rapporto inizialmente oneroso, trasformando di fatto gli affitti in altrettanti comodati d'azienda.

Privi di qualsiasi attitudine lesiva del patrimonio della De. S.r.l. sono, poi, sia la circostanza dell'apertura del conto corrente da parte sua oltre sei mesi dalla sua costituzione, sia quella della chiusura del punto vendita di Caserta. Dalla prima non può, in maniera del tutto evidente, conseguire alcuna diminuzione patrimoniale; ma anche la seconda è improduttiva di conseguenze dannose per i creditori sociali, dal momento che quel punto vendita era uno dei rami d'azienda gestiti da De. S.R.L., oggetto della risoluzione transattiva avvenuta nell'ottobre 2005 con la Md., che solamente dopo esserne rientrata in possesso lo cedette ad un'altra società, la St. S.R.L., cui se ne deve la definitiva cessazione un anno e mezzo dopo.

Il Tribunale ha giudicato rilevante anche la circostanza che gli acquisti di merce presso Md. da parte di De. siano avvenuti solamente quando della compagine fallita sono diventati soci i coniugi Mo.. L'aspetto è, tuttavia, al più idoneo a dimostrare la riconducibilità di De. nella sfera di controllo e coordinamento dell'altra società, non anche che quest'ultima abbia danneggiato l'altra.

Priva di rilievo è anche la vicenda del punto vendita di Avellino.

Il fallimento ed il Tribunale affermano che esso è stato condotto da De.

S.r.l. senza che Md. gliene avesse attribuito la gestione. Dall'accertamento svolto dal Tribunale risulta, in particolare, che (...). S.r.l. avesse perso la detenzione dell'immobile in cui esso era allocato a seguito di sfratto per morosità, e che a ciò aveva fatto seguito la stipula di un nuovo contratto di locazione tra De. S.r.l. e la società proprietaria dell'immobile, contratto che si dice "dal contenuto particolarmente gravoso per l'affittuaria". È tuttavia evidente la genericità di quest'ultima affermazione; essa, peraltro, non tiene conto che De. S.R.L., se sostenne i costi di gestione di questo ramo aziendale, ne trasse anche i relativi ricavi. Anche di questa vicenda non emerge, dunque, l'efficacia causale della lesione patrimoniale.

I primi Giudici hanno attribuito rilievo all'assunto del fallimento per il quale De. avrebbe preferito, nel pagare i suoi fornitori, la sola (...). S.r.l. ed avrebbe richiesto a quest'ultima una fornitura di merci del valore di 660.000,00 Euro allorché, essendo stata da poco costituita, aveva un giro d'affari modesto.

Anche questi argomenti non convincono.

Essendo stata costituita con un capitale sociale pari a 10.000,00 Euro , lo sviluppo delle relazioni commerciali di De. S.r.l. non poteva che fondarsi sul credito, o latamente proprio (finanziamenti dei soci) o altrui (anticipazioni o linee di credito bancarie, forniture di merci con pagamento posticipato). Di per sé, dunque, le forniture consentite da (...). S.r.l. non rivelano alcunché di anomalo e, ancor più, dannoso per De. S.r.l.

È, inoltre, smentito dalla lettura dei bilanci (degli anni 2003 e 2004; quello del 2005, essendo stato dichiarato il fallimento nel gennaio 2006, non risulta né approvato né depositato) l'altro assunto del fallimento, cui il Tribunale ha dato credito. In particolare, risultando dal bilancio al 31.12.2004 iscritti costi per acquisto di merci per un valore di 2.054.739,00 Euro a fronte di ricavi per 2.003.659 Euro , non errano gli appellanti nell'evidenziare che De. S.r.l. non pagò la sola fornitura a favore della Md. di Euro 660.000,00, ma soddisfo anche la gran parte degli altri fornitori. I crediti ammessi al passivo corrispondono ad un valore di 390.000,00 Euro, sicché, essendo pari ad Euro 1.394.739,00 la differenza tra i costi complessivi (Euro 2.054.739,00) e quelli per le forniture di Md. (Euro 660.000,00), è chiaro che la società fallita pagò, nel corso del 2004, i suoi fornitori per circa 1.000.000,00 Euro (differenza tra 1.394.739,00 Euro e 390.000,00 Euro = 1.004.739,00). Infine, il Tribunale ha valorizzato il dato per il quale la Md. s.r.l., nell'anno 2004, vide diminuire i propri debiti da Euro 1.531.000,00 ad Euro 811.311,00; dal canto suo, De. S.r.l. nel corso dell'anno 2005 accumulò debiti che la condussero rapidamente al fallimento.

Anche questi aspetti non provano nulla.

Nel raggiungere queste conclusioni, il Tribunale ha escluso che la curatela avesse "inteso affermare che i proventi delle vendite di De. siano stati tutti stornati a vantaggio di Md.", il che peraltro corrisponde effettivamente alle allegazioni del fallimento, che mai ha lamentato sottrazioni o distrazioni della società dominante ai danni della dominata. Risulta, tuttavia, evidente che il positivo andamento della gestione economica e finanziaria di (...). S.R.L., che peraltro potrebbe esser dipeso anche da circostanze diverse dai rapporti intrattenuti con De., non dimostra di per sé che quest'ultima sia risultata danneggiata proprio dai medesimi rapporti.

7.4. In conclusione, non errano gli appellanti nel denunciare che il fallimento, sebbene onerato, non ha dedotto né provato "come sia stato usato e defraudato il patrimonio di De."

D'altro canto, dall'esame dei due bilanci di esercizio della De. S.r.l. emerge chiaramente che il suo patrimonio era costituito in maniera pressoché esclusiva dall'attivo circolante.

Il capitale sociale, interamente versato, era, lo si è già detto, pari al minimo legale. Le sue immobilizzazioni erano iscritte in bilancio per soli 5.537,00 Euro.

Viceversa, l'attivo circolante era pari a circa 976.586,00 Euro (di cui 623.649 per rimanenze, 310.777 per crediti e 42.430,00 per liquidità), i debiti (tutti entro i dodici mesi) ammontavano a 967.038,00 Euro.

De. era, all'evidenza, una società sottocapitalizzata, versando in una situazione di carenza di mezzi propri rispetto al livello necessario per perseguire in maniera ottimale gli obiettivi aziendali, il che rende di per sé più probabile l'incapacità di onorare i propri debiti e anche più rischiosa la posizione dei creditori.

Al di là di questo rilievo, le ragioni del passivo accumulato non possono, per i motivi sin qui esposti, essere automaticamente individuati nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Accolto, quindi, anche il primo motivo d'appello, le residue critiche sono assorbite.

8. Le spese dell'intero giudizio, anche cautelare, seguono la soccombenza.

Esse sono liquidate in dispositivo, con esclusione del compenso per la fase istruttoria del processo d'appello perché non svoltasi.

PQM

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da (...). S.R.L., Vi.Mo. e An.Di. nei confronti del fallimento della De. S.R.L.:

a) accoglie l'appello e, in integrale riforma della sentenza impugnata, rigetta la domanda del fallimento;

b) condanna il fallimento a rimborsare agli appellanti le spese di tutti i gradi di lite, liquidandole (per l'intero, e dunque da dividersi per tre) in 13.000,00 Euro per compensi del giudizio, anche cautelare, di Tribunale, in 7.000,00 Euro per compensi e 1.600,00 Euro per spese del giudizio d'appello, in 5.500,00 Euro per compensi e 2.200,00 Euro per spese del giudizio di cassazione e in 7.000,00 Euro per compensi e 1.900,00 Euro per spese del giudizio di rinvio, oltre al 15% dei compensi a titolo di rimborso delle spese generali; distrae le somme in favore dell'avv. Bi.Ri..

Così deciso in Napoli il 3 marzo 2020.

Depositata in Cancelleria l'8 giugno 2020.