

Rimborso di finanziamento da società a socio, postergazione e attività di direzione e coordinamento in presenza di partecipazioni indirette

Tribunale di Torino, 16 febbraio 2015. Giudice Rizzi.

Rimborso di mutuo concesso da società a socio - Competenza del tribunale delle imprese - Esclusione - Eccezione del convenuto - Irrilevanza

Non è di competenza del tribunale delle imprese la controversia avente ad oggetto la richiesta di pagamento di una somma concessa a mutuo dalla società al socio e ciò anche nell'ipotesi in cui il convenuto abbia eccepito l'applicazione di un rapporto societario di cui all'articolo 2467 c.c. (finanziamento dei soci alla società), posto che sulla determinazione della competenza non influiscono le eccezioni del convenuto.

Procedimento per ingiunzione - Notificazione - Inesistenza e invalidità - Opposizione

In tema di inesistenza della notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo opposto se, in linea teorica, l'inesistenza giuridica della notificazione del decreto ingiuntivo deve essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione (Cass. 15892/2009; Cass. 10495/2004), nel caso, invece, in cui, attraverso la notifica del precetto, l'intIma. abbia avuto conoscenza del decreto ingiuntivo, può essere proposta opposizione a decreto ingiuntivo (eventualmente tardiva, ex art. 650 c.p.c.) anche qualora si contestino vizi della notificazione (Cass. 24398/2010; Cass. 11977/1992). Chi assume, infatti, l'invalidità della notifica e la conseguente inefficacia del decreto ingiuntivo stesso, è tenuto a proporre opposizione.

Procedimento per ingiunzione - Notificazione - Modifica della copia autentica mediante l'introduzione fisica dell'atto di precetto - Inesistenza e invalidità - Esclusione

Non vale a fondare il rilievo di inesistenza o invalidità della notifica del decreto monitorio, in ragione del fatto che l'atto si è rivelato comunque idoneo al raggiungimento dello scopo, la circostanza per cui la copia autentica del medesimo sarebbe stata modificata introducendo fisicamente al suo interno l'atto di precetto, qualora l'opponente non contesti che la copia, al momento della sua formazione, fosse effettivamente conforme all'originale del ricorso e del decreto, come certificato dalla attestazione di conformità all'originale.

Società - Rimborso dei finanziamenti dei soci - Postergazione - Applicazione al finanziamento effettuato dalla società al socio - Esclusione

L'articolo 2467 c.c., relativo alla postergazione del rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società, non è applicabile all'ipotesi inversa relativa al rimborso del finanziamento effettuato dalla società a favore del socio.

Società - Rimborso dei finanziamenti - Attività di direzione e coordinamento - Applicazione ai finanziamenti effettuati dalla capogruppo o da altre società sottoposte a favore di società del gruppo - Applicazione a soggetti terzi con partecipazione indiretta - Esclusione

L'articolo 2497-quinquies c.c., in tema di postergazione ex articolo 2467 c.c. del rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento, si riferisce all'ipotesi dei finanziamenti effettuati dalla capogruppo o dalle società ad essa sottoposte (le cosiddette società "sorelle"), a favore di società del gruppo e non è applicabile al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore di soggetti che siano soci indiretti e non sia individuabile un rapporto diretto di direzione e coordinamento tra le parti.

Società - Direzione e coordinamento - Requisiti

L'attività di direzione e coordinamento ai sensi degli articoli 2497 e 2497-quinquies c.c., è rinvenibile solo in presenza di un accentramento nella capogruppo delle funzioni gestorie fondamentali, inerenti alla società controllata, in grado di imporre l'unità dell'indirizzo amministrativo-gestionale attraverso l'esercizio di un'influenza dominante. Si tratta, in sostanza, dell'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. Si ha, inoltre, controllo (e si presume, di conseguenza, l'attività di direzione e coordinamento) ai sensi degli artt. 2497 sexies e 2359 c.c., quando una società è in condizioni di esercitare un'influenza dominante su un'altra società, per effetto del possesso della quota maggioritaria di partecipazione nella stessa o per la sussistenza delle altre condizioni di cui all'art. 2359 c.c.

Società - Società controllate e società collegate - Presupposti - Rapporto diretto - Necessità

Secondo la lettera dell'art. 2359, comma 2, c.c., e secondo il più autorevole pensiero, il controllo in forza di particolari vincoli contrattuali è quello che deriva da rapporti contrattuali diretti tra le due società e non con soggetti terzi. Inoltre, ai sensi dell'art. 2359, comma 2, c.c., l'influenza dominante (individuante la situazione di controllo) dovrebbe essere rappresentata da un controllo diretto, visto che la norma di cui al secondo comma (che si riferisce al controllo indiretto) richiama solo le forme di controllo di cui ai numeri 1 e 2 del primo comma e non quella di cui al numero 3.

(Massime a cura Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Motivi della decisione

Parte convenuta processuale (attore sostanziale) chiede, con il ricorso per decreto ingiuntivo, il pagamento della somma di euro 3.851.564,98 , oltre accessori, quale restituzione dei finanziamenti effettuati (a titolo di mutuo feneratizio) a favore del socio s.r.l. F.I. ed i cui termini di restituzione sono scaduti negli anni 2009 e 2010.

Parte attrice processuale (convenuta sostanziale) si oppone al decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo eccependo l'inesistenza o la nullità insanabile della notificazione del decreto ingiuntivo opposto, con relativa inefficacia del medesimo ai sensi dell'art. 644 c.p.c., causa la mancata intervenuta notifica del decreto ingiuntivo medesimo in copia autentica, come previsto dall'art. 643, 2°c., c.p.c., poiché l'atto di precetto è stato inserito nel corpo del ricorso per d.i. e, di conseguenza, la copia notificata non risulta conforme all'originale.

Chiede la sospensione del processo giacchè dinanzi al tribunale di Genova pende causa di opposizione agli atti esecutivi, ex art. 617 c.p.c. (il cui titolo è offerto dal presente decreto ingiuntivo), nel corso della quale parte attrice ha proposto querela di falso contro la relata di notifica del decreto ingiuntivo (nella parte in cui attesta la conformità all'originale) e contro l'attestazione di conformità all'originale della copia autentica notificata del decreto ingiuntivo medesimo vista, appunto, la presenza dell'atto di precetto nel corpo del ricorso per decreto ingiuntivo così come notificato all'esito della concessione.

L'opposizione è infondata e dev'essere respinta.

In via pregiudiziale è bene specificare che la presente causa non è di competenza del tribunale delle imprese, non riguardando una controversia societaria (e non va decisa, quindi, in composizione collegiale), poiché il suo titolo (radicato con il ricorso per decreto ingiuntivo) ha ad oggetto un mutuo concesso dalla società al socio.

Né rileva, ai fini della competenza, che parte attrice processuale opponente (convenuta sostanziale) abbia eccepito che la causa rientrerebbe, invece, nella fattispecie di cui all'art. 2467 c.c. (finanziamento dei soci alla società), giacchè sulla determinazione della competenza non influiscono le eccezioni del convenuto sostanziale

(Cass.1998 n.789), visto come l'eccezione che investe il fatto costitutivo della domanda non può incidere sulla competenza (Cass.2010 n.6363).

Sempre in via pregiudiziale non dev'essere disposta la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. per gli articolati motivi già specificati con l'ordinanza data all'udienza del 9.7.14 al cui contenuto si rinvia integralmente giacché, si ribadisce in sintesi, non è data sospensione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per la pendenza di procedimento di falso della relata di notifica quando nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo vi sia contestazione in ordine al profilo della validità o esistenza della notificazione (Cass.2014 n. n.673).

Del resto, non si pone questione di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. nel rapporto tra giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e causa di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi neppure quando nel primo si controverta della validità della notifica e dell'efficacia del decreto ingiuntivo opposto (Cass.2007 n.8055).

Le istanze istruttorie devono essere respinte per i motivi di cui all'ordinanza data all'udienza del 9.7.14.

Per quanto attiene alla asserita (da parte attrice) inesistenza della notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo opposto se, in linea teorica, l'inesistenza giuridica della notificazione del decreto ingiuntivo deve essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione (Cass.2009 n.15892; Cass.2004 n.10495), nel caso, invece, in cui attraverso la notifica del precetto l'intIma. abbia avuto conoscenza del decreto ingiuntivo (come nel caso in esame) può essere proposta opposizione a decreto ingiuntivo (eventualmente tardiva, ex art. 650 c.p.c.) anche nel caso si contestino vizi della notificazione (Cass.2010 n.24398; Cass.1992 n.11977). Chi assume, infatti, l'invalidità della notifica e la conseguente inefficacia del decreto ingiuntivo stesso, è tenuto a proporre opposizione a decreto ingiuntivo e, appunto, è proprio tale inefficacia che parte attrice (pag.11 dell'atto di citazione) fa valere quale conseguenza dell'inesistenza o nullità insanabile della notificazione.

Alcuna inefficacia del decreto ingiuntivo però, è dato rilevare agli atti di causa.

E' la stessa parte attrice, infatti, che spiega chiaramente agli atti e, in particolar modo, nella terza memoria ex art. 183, 6°c., c.p.c. (pag.4 e 5), che la copia autenticata del decreto ingiuntivo opposto era "inizialmente autentica (perché quella "copia autentica" del ricorso e decreto è stata poi spillata, alterata, manomessa, e separata introducendo fisicamente al suo interno l'atto di precetto, con "distruzione" fisica dell'unicum che tramite i timbri di congiunzione originari era prima costituito dalla copia autentica inizialmente formata)". Parte attrice specifica, inoltre, come la copia autentica a lei notificata "non è conforme al plico originale, nel quale la copia autentica del ricorso e del decreto è validamente formata e non presenta il precetto fisicamente inserito nel corpo del ricorso monitorio spillato e manomesso".

Ne consegue, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, che alcuna nullità è dato riscontrare, ex art. 14, L. 4.1.1968 n.15 e art. 156 c.p.c., circa l'autenticazione della copia (e la relativa notificazione) giacché l'irregolarità sopra descritta non è idonea a rendere invalido l'atto che ha la forma indispensabile al raggiungimento dello scopo poiché, appunto, non viene in discussione il fatto che la copia autenticata che è stata notificata a parte attrice fosse, al momento della sua formazione, effettivamente conforme all'originale del ricorso e del decreto ingiuntivo,

come certificato dall'attestazione di conformità all'originale (Cass.1999 n.5628, specificamente in motivazione).

La notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo, quindi, non è invalida cosicché neppure il decreto stesso risulta inefficace.

L'opposizione è infondata anche nel merito.

Parte attrice sostiene che nel caso oggetto del presente giudizio troverebbe applicazione la fattispecie di cui all'art. 2467 c.c. in forza della quale il rimborso dei finanziamenti soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, dev'essere restituito.

Bisogna premettere che l'art. 2467 c.c. riguarda i finanziamenti effettuati dai soci alla società, e non viceversa (come, appunto, invece, è accaduto nel caso oggetto del presente giudizio).

Ai sensi dell'art. 2497 quinquies c.c., inoltre, ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2497 c.c. o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'art. 2467 c.c.

In forza, poi, dell'art. 2497 sexies c.c., anche ai fini dell'applicazione del suddetto art. 2497 quinquies c.c., si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci "o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359".

Parte attrice ritiene applicabile la normativa in questione poiché parte convenuta sarebbe socio indiretto di parte attrice in quanto possiede una partecipazione pari al 49,99% nelle s.r.l. Fip. e PFi. che, a loro volta, sono titolari delle quote del 79,6% e del 20,4% del capitale di parte attrice s.r.l. F.I.

Tali partecipazioni societarie però, non sono sufficienti a delineare l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 2467 c.c. al caso oggetto del presente giudizio.

L'art. 2497 c.c., innanzi tutto, in linea di principio, si riferisce ai finanziamenti effettuati dalla capogruppo, o da altre società ad essa sottoposte (le cosiddette società "sorelle"), a favore di società del gruppo.

Parte convenuta s.r.l. Ima., invece, non solo, ai sensi dell'art. 2467 c.c., non è socia della s.r.l. F.I. (è il contrario), ma non svolge alcuna attività (tantomeno quale capogruppo) di direzione e coordinamento della società attrice ai sensi degli art. 2497 e 2497 quinquies c.c. anche perché, ex art. 2497 sexies c.c., non svolge alcuna attività di controllo sulla medesima ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Ricorre, innanzi tutto, l'attività di direzione e coordinamento ai sensi degli art. 2497 e 2497 quinquies c.c., secondo il più autorevole pensiero, solo in presenza di un accentramento nella capogruppo delle funzioni gestorie fondamentali, inerenti alla società controllata, in grado di imporre l'unità dell'indirizzo amministrativo-gestionale attraverso l'esercizio di un'influenza dominante. Si tratta di esercitare una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali (Trib. Pescara, 2.2.2009, in Foro It., 09, I, 2829).

Fattispecie che non emerge (né parte attrice ha prodotto o dedotto idonee prove allo scopo) agli atti di causa, riguardo ai rapporti intercorrenti tra parte attrice stessa e parte convenuta.

Si ha, inoltre, ai sensi degli art. 2497 sexies e 2359 c.c., controllo (e si presume, di conseguenza, l'attività di direzione e coordinamento) quando una società è in condizioni di esercitare un'influenza dominante su un'altra società, per effetto del possesso della quota maggioritaria di partecipazione nella stessa o per la sussistenza delle altre condizioni di cui all'art. 2359 c.c.

Tali condizioni sono: 1) disporre della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) disporre di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) esercitare un'influenza dominante su un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai sensi dell'art. 2359, 2°c., c.c., ai fini dell'applicazione dei numeri 1 e 2, si computano anche i voti spettanti a società controllate.

Ora, parte convenuta, neppure in via indiretta gode di una situazione di controllo di parte attrice.

Parte convenuta, infatti, possiede una partecipazione del 49,99% della s.r.l. Fip., questa si controllante di parte attrice (con la quota del 79,6%), e, quindi, non avendo la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, neppure indirettamente controlla, ai sensi dell'art. 2359 n.1 c.c., la s.r.l. F.I. A tali fini è irrilevante, inoltre, la sua partecipazione (per l'identica quota) nella s.r.l. PFi. titolare del solo 20,4% del capitale di parte attrice.

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui al n.2 dell'art. 2359 c.c. e, cioè, della società controllante che non dispone della maggioranza dei voti ma è comunque in condizione di esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della controllata, parte attrice neppure allega i fatti che avrebbero potuto eventualmente perfezionare la fattispecie (assenteismo degli altri soci, condizionamenti fattuali dell'orientamento assembleare, ecc.).

Infine, in relazione ai vincoli contrattuali che, ai sensi dell'art. 2359, 1°c., n.3 c.c., potrebbero perfezionare l'influenza dominante sulla società attrice da parte della convenuta, l'opponente allega i patti parasociali (doc. n.11 dell'attore) sottoscritti (anche) tra parte convenuta e la s.r.l. Fma., le due società che detengono la totalità delle quote sociali delle s.r.l. Fin.Part e PFi. (la prima controllante di parte attrice), aventi ad oggetto la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della s.r.l. F.I.

Ora, innanzi tutto, secondo la lettera dell'art. 2359, 2°c., c.c., e secondo il più autorevole pensiero, il controllo in forza di particolari vincoli contrattuali è quello che deriva da rapporti contrattuali diretti tra le due società e non con terzi mentre, come suvviso, tali patti parasociali vincolano parte convenuta con terze società e non direttamente con parte attrice.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 2359, 2°c., c.c., l'influenza dominante (individuante la situazione di controllo) dovrebbe essere rappresentata da un controllo diretto, visto che la norma di cui al secondo comma (che si riferisce al controllo indiretto) richiama solo le forme di controllo di cui ai numeri 1 e 2 del primo comma e non quella di cui al n.3.

Così come delineata da parte attrice, invece, tale asserita forma di controllo sarebbe, in ogni caso, indiretta, giacché il potere, da parte della convenuta s.r.l. Ima., di designare gli amministratori ed il collegio sindacale di parte attrice non potrebbe che trovare attuazione, ex art. 2479, 2°c., n.2 e 2383 c.c., tramite deliberazione dei due soci (s.r.l. Fip. e

P.Fi.) che detengono la totalità delle azioni della s.r.l. Fin.Im e che, a loro volta, sono partecipati da parte convenuta.

In ogni caso, per completezza, è bene chiarire che tali patti parasociali non sono idonei ad attribuire un'influenza dominante a parte convenuta, giacchè prevedono che tre amministratori su cinque siano designati (non da parte convenuta, ma) dalla s.r.l. Fma.; che il Presidente del consiglio di amministrazione sia designato dalla s.r.l. Fma.; che due dei tre componenti del Collegio sindacale siano designati dalla s.r.l. Fma.

Quello che emerge dalle stesse allegazioni e dai documenti di parte attrice, in definitiva, non è un'influenza dominante esercitata indirettamente da parte convenuta nei riguardi di parte attrice ai sensi dell'art. 2359, 1° e 2° c., c.c., ma quell'influenza notevole di cui al terzo comma dell'art. 2359 c.c. (fonte di collegamento tra società) che non perfeziona né la fattispecie del controllo di società né, tantomeno, quell'attività di direzione e coordinamento richiesta dall'art. 2497 sexies c.c. e necessaria per l'applicabilità degli art. 2497 quinquies e 2467 c.c.

L'opposizione, di conseguenza, dev'essere respinta in considerazione di quanto suddetto nonchè della circostanza che parte attrice non contesta in alcun modo espressamente, ex art. 115, 1° c., c.p.c., né l'intercorso finanziamento (mutuo) tra le parti, né il suo ammontare né l'intervenuta scadenza del termine di restituzione.

Le spese legali seguono la soccombenza di parte attrice, liquidate come in dispositivo.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva ex lege, per il disposto dell'art. 282 C.P.C.

P.Q.M.

Il Giudice,

definitivamente pronunciando;

respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione;

respinge l'opposizione proposta dalla s.r.l. F.I., in persona del legale rappresentante, contro il decreto ingiuntivo emesso "inter partes" dal Tribunale di Torino l'11.2.13 che, per l'effetto, conferma;

dichiara tenuta e condanna parte attrice a pagare a parte convenuta la somma di euro 20.355,00 (di cui euro 4.000,00 per la fase di studio, euro 2.700,00 per la fase introduttiva, euro 5.000,00 per la fase istruttoria ed il resto per la fase decisoria e rimborso forfettario), oltre CPA e IVA come per legge sugli imponibili, a titolo di refusione delle spese processuali.

Dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva ex art. 282 C.P.C.

Così deciso in Torino 16.2.15.

Giudice: Francesco Eugenio Rizzi

Depositata in cancelleria in data 16.2.15