

Procedimento ex articolo 2409 c.c., natura, finalità e requisito della potenzialità del danno

Tribunale di Napoli 23 ottobre 2013. Presidente Buttafuoco. Estensore Quaranta.

Procedimento ex art. 2409 c.c. - natura – oggetto di tutela – ambito d’applicazione – presupposti

Procedimento ex art. 2409 c.c. – società liquidazione - ammissibilità – sussistenza

Difetto originario o sopravvenuto legittimazione attiva denunzianti – conseguenze – inammissibilità – improcedibilità – sussistenza

Denuncia collegio sindacale – cessazione sindaci – decorrenza effetti – ipotesi prorogatio – inammissibilità o improcedibilità ricorso – sussistenza

Dichiarazione di fallimento - iniziativa pubblico ministero - segnalazione proveniente dal tribunale adito in un procedimento di volontaria giurisdizione – ammissibilità

Società in liquidazione – stato insolvenza – configurabilità - insufficienza elementi attivi del patrimonio sociale ad integrale soddisfacimento dei creditori – sussistenza

Società in liquidazione inattiva – stato insolvenza – configurabilità - incapacità impresa di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni – sussistenza

Il procedimento ex art. 2409 c.c. si configura come un procedimento c.d. di volontaria giurisdizione, volto cioè non a definire un contrasto tra pretesi diritti soggettivi, quanto piuttosto a tutelare l’interesse generale della società mediante disposizioni ritenute opportune al fine del suo riassetto amministrativo e contabile ed hanno un contenuto amministrativo correlato all’interesse al normale e corretto funzionamento della società.

La denuncia ex art. 2409 c.c. è stata modificata dalla riforma anzitutto sotto il profilo dell’ambito oggettivo d’applicazione. La novella ha stabilito, infatti, che le irregolarità denunciate debbano essere tali da poter arrecare un danno alla società o ad una o più società controllate, introducendo quindi come nuovo requisito la potenzialità di danno delle condotte denunciate. L’opzione ha posto fine al dibattito sotto il vigore della disciplina previgente, secondo cui la nozione di danno potenziale era già

implicita nel vecchio testo.

Il procedimento ex art. 2409 c.c. novellato - finalizzato prima a perseguire la regolarità e la correttezza della gestione sociale – oggi è strumento volto a interrompere dei comportamenti di mala gestio dannosi o che almeno potrebbero essere tali se non interrotti, a tutela dell'interesse della società.

La norma contenuta nell'art. 2409, pur facendo testuale ed esclusivo riferimento (come visto) alle irregolarità commesse dagli amministratori, trova senz'altro applicazione al caso queste siano direttamente dai liquidatori della società. Ed invero, l'art. 2488 c.c. estende alla fase della liquidazione le norme dettate in tema di amministrazione e controllo che, come quella in esame, sono compatibili con lo stato di scioglimento in cui versa la società che, al pari della gestione ordinaria, può ben presentare l'esigenza che, per irregolarità commesse dai liquidatori ovvero dagli amministratori, l'amministrazione sia rapidamente ricondotta alla legittimità.

La questione della compatibilità tra denuncia al tribunale e fase liquidatoria – che potrebbe tuttavia porsi avendo riguardo al dettato dell'art. 2487 c.c. che, in ipotesi il liquidatore compie gravi irregolarità, prevede la possibilità della sua revoca da parte del tribunale per giusta causa, ad istanza, tra l'altro, dei soci o dei sindaci; inoltre, la nomina del liquidatore (giudiziario) da parte del tribunale, ad istanza, anche in tal caso, dei soci o dei sindaci, nell'ipotesi in cui l'assemblea non sia convocata o non si riunisca ovvero non delibere la nomina del liquidatore - va risolta in senso positivo, stante la latitudine dell'art. 2409 più ampia di quella dell'altro istituto, giacché volta a regolarizzare la gestione sociale, del caso mediante la rimozione degli amministratori scelti dai soci e la loro sostituzione con un amministratore giudiziario, laddove l'altro rimedio suppone la sola esistenza delle irregolarità e non mira a detto fine.

La natura degli interessi tutelati dal procedimento ex art. 2409 c.c. fa sì che la mancanza originaria o sopravvenuta di legittimazione attiva dei ricorrenti (denunzianti), nel senso che il riscontro positivo di tale carenza non potrebbe che portare ad una decisione in rito sull'istanza, che precluda l'esame del merito relativo.

Tra i soggetti legittimati alla denuncia v'è il collegio sindacale. La rinuncia alla carica dei sindaci denunzianti va esaminata – ai fini dell'ammissibilità o procedibilità del ricorso – tenendo conto che l'art. 2401 c.c. prevede che essa produce un effetto diverso a seconda che vi sia, o meno, un sindaco supplente che possa completare il numero dei sindaci effettivi: se esiste un sindaco

supplente, questi, in via automatica (ed in ordine di anzianità), succede al sindaco dimissionario, la cui rinuncia ha, quindi, effetto immediato (art. 2401, comma 1°, c.c.); se non esiste un sindaco supplente che succeda al sindaco dimissionario, la rinuncia alla carica di quest'ultimo ha un'efficacia differita (cd. prorogatio) fino al momento in cui l'assemblea, convocata ai sensi dell'art. 2401, comma 3°, c.c., provvede a nominare il successore (e quest'ultimo accetta la carica).

L'iniziativa del pubblico ministero ai fini della dichiarazione di fallimento può essere assunta anche in base ad una segnalazione proveniente dal tribunale adito in un procedimento di volontaria giurisdizione, giacché il termine "procedimento civile" utilizzato dall'art. 7, n. 2), R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), ricomprende ogni tipo di procedimento non penale e, quindi, anche procedimenti di cognizione ordinaria, sommaria, cautelare, esecutiva, di volontaria giurisdizione e persino giudizi amministrativi e tributari.

Ai fini della valutazione dello stato d'insolvenza delle società in liquidazione, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui rileva unicamente accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'uguale ed integrale soddisfacimento dei creditori si applica in caso di liquidazione effettiva della società e non anche quando la compagine societaria sia rimasta inattiva di fatto, senza assumere alcuna iniziativa formale per uscire dal mercato, nel qual caso l'analisi deve avere riguardo invece alla sola capacità dell'impresa di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni.

(Massime a cura di Francesco Fimmanò - Riproduzione riservata)

TRIBUNALE DI NAPOLI

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA

Il Tribunale di Napoli, Sezione Specializzata in Materia d'Impresa, riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

- dr. Arduino Buttafoco - presidente -
- dr. Enrico Quaranta - giudice relatore ed estensore -
- dr.ssa Caterina Di Martino - giudice -

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23 ottobre 2013 sulla

DENUNZIA EX ART. 2409 CC

PROMOSSA DA

A. P., nato *omissis*

RICORRENTI

NEI CONFRONTI DI

P. AL., nato a *omissis*

E DI

Fo. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, con sede legale *omissis*

RESISTENTI

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ooo

Con ricorso ex art. 2409 c.c., depositato il 13 agosto 2013, i dottori A. P., C. Pr. e Ci. c, nella dedotta qualità di componenti effettivi del collegio sindacale della Fo. s.p.a. in liquidazione, con sede legale in Caivano alla località *omissis*, concludevano perché il Tribunale, alla luce delle irregolarità denunciate, revocasse immediatamente il liquidatore p.t. della società, sig. P. Al., nominando in sua vece un amministratore giudiziario ovvero, previa ispezione giudiziale, adottasse ogni ulteriore provvedimento ritenuto utile, a salvaguardia del patrimonio dell'ente.

Esponevano nella circostanza:

- a) di essere sindaci effettivi della Fo. s.p.a. in liquidazione;
- b) che la società aveva come oggetto sociale la costruzione, installazione, manutenzione e commercializzazione di macchine ed apparecchi di sollevamento nonché di tutti gli impianti elettrici necessari per il funzionamento delle macchine di propria produzione;
- c) che amministratore unico e legale rappresentante della società era tale P. Al., divenuto liquidatore allorquando la Fo., con deliberazione adottata il 5 marzo 2013, era stata posta in liquidazione per l'anticipato scioglimento, trovandosi nell'impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale;
- d) che il pacchetto azionario della società era così suddiviso: 1) P. Al., titolare di un numero di 72.750 azioni ordinarie, pari al 38,73% del capitale; 2) Ser. Al., titolare di un numero di 72.750 azioni ordinarie, pari al 38,73% del capitale; 3) Roberto Al., titolare di un numero di 22.297 azioni ordinarie, pari all'11,89% del capitale ;
- e) che dal giugno 2011 essi si erano insediati quali sindaci della società;
- f) che all'atto di tale nomina la Fo. aveva incaricato uno studio professionale al fine di effettuare una "*due diligence*" per ricostruire i saldi debitori e creditori del bilancio, stante la presunta inattendibilità dell'operato del precedente organo amministrativo, sottoposto poi ad azione di responsabilità unitamente al collegio sindacale preesistente;
- g) che tale consulenza aveva fatto emergere varie irregolarità, tale per cui il bilancio al 31 dicembre 2010, adeguatamente rettificato nelle sue voci, era stato chiuso con perdite pari ad € 5.787.236;

- h) che detto indebitamento era ancora garantito dal patrimonio aziendale, costituito in massima parte dal complesso industriale, stimato in € 7.265.992,50;
- i) che appariva comunque necessaria una ristrutturazione del debito, anche alla luce delle difficoltà di recupero dei crediti vantati e della generale crisi del settore delle costruzioni;
- j) che il bilancio al 31 dicembre 2011 era stato chiuso con la perdita di € 2.764.839,22, parzialmente ripianata nel corso dell'esercizio per € 287.665;
- k) che sino all'approvazione di tale bilancio l'amministratore aveva seguito le indicazioni da essi fornite, provvedendo alla riorganizzazione interna degli uffici ed alla promozione di azioni risarcitorie nei confronti dei precedenti organi di gestione;
- l) che, perdurando la crisi di liquidità, su pressione dello stesso C.S. l'amministratore aveva convocato l'assemblea per sottoporre ai soci la necessità d'intervenire con versamenti di denaro per rimuovere la causa di scioglimento emersa, di mancanza di continuità dell'attività aziendale;
- m) che i soci avevano per l'effetto versato all'amministratore assegni per la somma di € 200.000,00, che l'assemblea – stante il finanziamento postergato di pari importo, eseguito nelle more da un terzo – l'assemblea aveva deciso di affidare in custodia all'organo gestorio, con l'impegno di utilizzarli per far fronte ad eventuali esigenze manifestatesi in seguito;
- n) che successivamente, per la persistente situazione di pesante indebitamento della società e la necessità di sostenere gli accordi per la messa in mobilità dei lavoratori, essi avevano invitato l'amministratore a convocare una nuova assemblea per dichiarare l'avvenuta causa di scioglimento, per la mancanza di continuità aziendale;
- o) che nell'adunanza tenutasi il 28 gennaio 2013, era stata invece deliberata l'autorizzazione all'amministratore a predisporre un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f.;
- p) che l'amministratore della Fo. non era riuscito a predisporre l'accordo di ristrutturazione, tal che – nuovamente compulsato dal CS – egli aveva convocato nuova assemblea per deliberare la messa in liquidazione della società;
- q) che nell'adunanza del 5 marzo 2013, così fissata, veniva emessa tale delibera, con la nomina dello stesso Al. quale liquidatore della società;
- r) che, nonostante i solleciti rivoltigli, il liquidatore aveva tuttavia ommesso gli adempimenti di cui agli artt. 2277 e 2487 bis comma 3 c.c., la predisposizione del bilancio al 31 dicembre 2012 nonché del piano di liquidazione, l'incasso dei titoli versati a suo tempo dai soci per far fronte alla persistente situazione d'illiquidità della compagine.

Ritenendo che le omissioni relative all'esecuzione dei deliberati assembleari richiamati e quella relativa alla predisposizione del

bilancio al 31 dicembre 2012 – essendo tra l'altro scaduto il termine all'uopo previsto del 30 aprile 2013 - integrassero irregolarità che potevano recar danno al patrimonio sociale, concludevano per il raccoglimento delle richieste in premessa.

All'udienza camerale del 22 ottobre 2013, fissata per la comparizione delle parti, si costituiva la Fo. Spa in liquidazione.

Con detta memoria la società rilevava che i sindaci ricorrenti avevano dato le proprie dimissioni dall'incarico con lettera pervenuta il 12 agosto 2013 (ovvero il giorno precedente il deposito del ricorso) e che i predetti erano stati sostituiti all'assemblea ordinaria del 21 ottobre 2013, da un collegio sindacale composto dai sigg. *omissis*.

Aggiungeva, inoltre, che all'assemblea del 2 ottobre 2013 la società aveva accettato le dimissioni del liquidatore P. Al., nominando nella contempo in sua vece la sig.ra Ser. Al..

In ragione di tali prospettazioni, concludeva: A) per la declaratoria d'inammissibilità del ricorso, proposto da soggetti privi di legittimazione attiva; B) per la declaratoria d'improcedibilità del ricorso, per la perdita sopravvenuta della legittimazione da parte dei denunzianti; C) per disporre la sospensione ex art. 2409 comma c.c. del procedimento, fissando un termine congruo entro il quale il liquidatore potesse predisporre sia il piano di liquidazione che il bilancio al 31 dicembre 2012.

Il Tribunale, audite le parti, all'udienza fissata riservava la decisione.

Onde verificare la fondatezza delle eccezioni preliminari sollevate dalla Fo. Spa, occorre ricordare che quello regolato dall'art. 2409 c.c. si configura come un procedimento c.d. di volontaria giurisdizione, volto cioè non a definire un contrasto tra pretesi diritti soggettivi, quanto piuttosto a tutelare l'interesse generale della società mediante disposizioni ritenute opportune al fine del suo riassetto amministrativo e contabile, con la conseguenza che i relativi provvedimenti, aventi la forma del decreto, sono inidonei a conseguire l'autorità del giudicato essendo revocabili e modificabili in ogni tempo (art. 742 c.p.c.) ed hanno un contenuto amministrativo correlato all'interesse al normale e corretto funzionamento della società.

In particolare, dopo la riforma del diritto societario, l'istituto è stato invero modificato anzitutto sotto il profilo dell'ambito oggettivo d'applicazione.

La novella ha stabilito, infatti, che le irregolarità denunciate debbano essere tali da poter arrecare un danno alla società o ad una o più società controllate, introducendo quindi come nuovo requisito la potenzialità di danno delle condotte denunciate.

L'opzione ha in verità posto fine al dibattito sotto il vigore della disciplina previgente, secondo cui la nozione di danno potenziale era già implicita nel vecchio testo, tuttavia con contrasto tra coloro che vedevano nella società il soggetto (potenzialmente)

danneggiato e quelli che invece riferivano come rilevanti ipotetici pregiudizi ai soci o ai creditori.

L'introduzione del requisito in esame ha trasformato il procedimento da presidio finalizzato a perseguire la regolarità e la correttezza della gestione sociale a strumento volto a interrompere dei comportamenti di *mala gestio* dannosi o che almeno potrebbero essere tali se non interrotti.

In altre parole, così facendo il legislatore ha inteso spostare l'interesse protetto da quello generale (del corretto funzionamento della società) a quello, proprio dell'ente e dei suoi soci, a non vedere compiuti dall'organo gestorio comportamenti che possano esporre ad un pregiudizio la società partecipata.

Ciò sta a significare, per esempio, che la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili ovvero l'omessa adozione degli adempimenti e comportamenti richiesti dallo stato in cui versa la società (si pensi alla mancata adozione del piano di liquidazione o del bilancio di liquidazione, invero irregolarità denunciate pure nella fattispecie) non per forza dovrebbero rilevare ai fini dell'adozione dei provvedimenti indicati dall'art. 2409, poiché a detti comportamenti potrebbe non seguire un danno alla società (se non, a volte, un effetto favorevole di breve periodo per la stessa).

Anche a voler ritenere la nozione di danno rilevante estesa sino a ricomprendere quelli non patrimoniali (s'immagini quelli all'immagine ed alla reputazione dell'ente).

La seconda novità rilevante nella formulazione dell'art. 2409 è il notevole ridimensionamento del ruolo del Pubblico Ministero.

A questi non è più riconosciuta la legittimazione ad agire, a meno che la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio. Tale scelta è espressione (a sua volta) della volontà di finalizzare il procedimento alla tutela di interessi privatistici, diversamente da quanto avveniva nella versione previgente. Invero anche la relazione al codice civile del 1942, evidenziava appunto che lo scopo della previsione relativa alla legittimazione del Pubblico Ministero era di poter tutelare (anche) l'interesse generale di fronte a comportamenti scorretti degli amministratori e dei sindaci.

In conclusione: se vi è fondato sospetto che gli amministratori (liquidatori e/o sindaci), in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale (o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale) possono denunciare i fatti al tribunale.

I provvedimenti previsti dall'art. 2409 possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero.

Le considerazioni che precedono paiono rilevanti nella misura in cui siano riscontrate, nella circostanza, la mancanza originaria o

sopravvenuta di legittimazione attiva dei ricorrenti (denunzianti), nel senso che il riscontro positivo di tale carenza non potrebbe che portare ad una decisione in rito sull'istanza, che precluda l'esame del merito e non consenta l'adozione delle misure possibili della revoca del liquidatore (anche di quello nominato in sostituzione di P. Al.) con nomina di un amministratore giudiziario, ovvero dell'ispezione della società o ancora della sospensione di ogni decisione ai sensi del comma terzo dell'art. 2409 (come pure richiesto dalla società, intervenuta in persona del liquidatore subentrato).

Prima di esaminare la questione che precede, ad avviso del Collegio bisogna tuttavia risolvere quella dell'astratta ammissibilità del procedimento intentato, versando in ipotesi di società in liquidazione.

V'è da dire, al riguardo, che la norma contenuta nell'art. 2409, pur facendo testuale ed esclusivo riferimento (come visto) alle irregolarità commesse dagli amministratori, trova senz'altro applicazione al caso queste siano direttamente dai liquidatori della società.

Ed invero, l'art. 2488 c.c. estende alla fase della liquidazione le norme dettate in tema di amministrazione e controllo che, come quella in esame, sono compatibili con lo stato di scioglimento in cui versa la società che, al pari della gestione ordinaria, può ben presentare l'esigenza che, per irregolarità commesse dai liquidatori ovvero dagli amministratori, l'amministrazione sia rapidamente ricondotta alla legittimità (*cf. in tal senso, Cass. n. 5001/2000, in motiv.; App. Milano 3/6/1997, Soc. 1997, 1037 ss.; App. Milano 1/6/1994, Soc. 1995, 523; App. Milano 11/2/1986, D. Fall. 1986, II, 305; Trib. Milano 7/10/2004, Riv. Not. 2005, 1454 ss; Trib. Bergamo 3/4/2001, Soc. 2001, 1224 ss; Trib. Trani 30/10/2001, Soc. 2002, 354; Trib. Pavia 28/4/2001, Soc. 2001, 1087 ss.; Trib. Napoli 4/12/1998, Dir. Giur. 1998, 508 ss.; Trib. Santa Maria C.V. 19/7/2000, Giur. Nap. 2000, 390 ss.; Trib. Milano 4/3/1998, Soc. 1998, 4; Trib. Roma 17/7/1998, G. it. 1999, 1458 ss.; Trib. Como 7/11/1997, G. it. 1999, 1459 ss.; Trib. Genova 10/1/1996, Soc. 1996, 689 ss; Trib. Milano 14/9/1981, G. comm. 1982, II, 172).*

La questione (della compatibilità tra denuncia al tribunale e fase liquidatoria) potrebbe tuttavia porsi avendo riguardo al dettato dell'art. 2487 c.c. che, in ipotesi il liquidatore compie gravi irregolarità, prevede la possibilità della sua revoca da parte del tribunale per giusta causa, ad istanza, tra l'altro, dei soci o dei sindaci; inoltre, la nomina del liquidatore (giudiziario) da parte del tribunale, ad istanza, anche in tal caso, dei soci o dei sindaci, nell'ipotesi in cui l'assemblea non sia convocata o non si riunisca ovvero non deliberi la nomina del liquidatore.

La soluzione dell'apparente contrasto (così evidenziato) va invece rivenuta nel fatto che latitudine dell'art. 2409 è più ampia, giacché tende a regolarizzare la gestione sociale, del caso mediante la rimozione degli amministratori scelti dai soci e la loro sostituzione con un amministratore giudiziario, laddove l'altro rimedio suppone la sola esistenza delle irregolarità e non mira a detto fine.

La conferma della cennata differenza si ha (del resto) nella circostanza che la cessazione dalla carica dell'amministratore (o, come nella specie, del liquidatore) non impedisce la prosecuzione del procedimento.

Anzi, solo la sua sostituzione con soggetti di adeguata professionalità, che si siano attivati senza indugio per accertare le violazioni del pregresso organo gestorio e per giungere alla relativa eliminazione, può portare all'effetto della sospensione del procedimento (ex art. 2409 comma 3).

In ogni caso, proprio ad evidenziare che l'obiettivo ultimo del rimedio che occupa è quello della regolarizzazione delle vicende di gestione della società, quindi della rimozione di situazioni potenzialmente dannose per l'ente, la norma appena citata prevede che con il provvedimento di sospensione il tribunale definisca anche il termine dell'arresto e la data in cui gli organi subentrati sono chiamati a riferire sul raggiungimento degli obiettivi della denuncia.

In ipotesi tale riscontro sia negativo, il tribunale ben potrebbe quindi provvedere all'adozione di uno dei provvedimenti che la disciplina in esame consente.

In ragione delle argomentazioni spese, non è dubbio quindi che l'art. 2409 si applichi anche alle società in liquidazione; quindi, che la denuncia in esame – riferita appunto ad una società della quale è stato al fine dichiarato lo scioglimento, con la nomina del liquidatore (poi sostituito) – sia astrattamente nel novero di quelle ammissibili.

Ciò detto, ritiene il collegio che comunque non si possa pervenire ad una decisione sul merito dell'istanza.

E' infatti pacifico, oltre che documentato dalla Fo., che in data 12 agosto 2013 – quindi nel giorno precedente il deposito del ricorso in esame – gli odierni istanti ebbero a manifestare le proprie dimissioni dall'incarico. Per miglior precisione, in quella data pervennero all'ente tali manifestazioni di volontà.

Onde verificare l'effetto dell'indicata opzione, rispetto all'ammissibilità o procedibilità dell'istanza, necessita stabilire quale sia il momento in cui le dimissioni dei ricorrenti abbiano prodotto la loro efficacia.

Giova ricordare, al riguardo, che l'art. 2401 c.c. prevede che la rinuncia alla carica (c.d. dimissioni) del sindaco di una società per azioni ha, sotto il profilo cronologico, un effetto diverso a seconda che vi sia, o meno, un sindaco supplente che possa completare il numero dei sindaci effettivi:

- se esiste un sindaco supplente, questi, in via automatica (ed in ordine di anzianità), succede al sindaco dimissionario, la cui rinuncia ha, quindi, effetto immediato (art. 2401, comma 1°, c.c.);
- se non esiste un sindaco supplente che succeda al sindaco dimissionario, la rinuncia alla carica di quest'ultimo ha un'efficacia differita (cd. *prorogatio*) fino al momento in cui

l'assemblea, convocata ai sensi dell'art. 2401, comma 3°, c.c., provvede a nominare il successore (e quest'ultimo accetta la carica).

Nel caso in esame, a fronte delle incontestate dimissioni di tutti i sindaci effettivi, invero la Fo. era dotata di sindaci supplenti, nelle persone di Angelo Uccello e Simona Valentina Marseglia (cfr. al riguardo la visura camerale della società al 4.10.2013, depositata dalla stessa resistente), che sono quindi subentrati automaticamente ai primi.

Ciò significa che al momento della proposizione del ricorso il Collegio non si presentava integralmente costituito giacché, per gli eventi descritti, pareva comunque necessaria la fissazione d'una assemblea per la copertura del terzo posto, divenuto vacante; in ogni caso, che l'istanza era stata depositata da due soggetti decaduti e da uno solo in carica, quindi in spregio del principio secondo cui la denuncia ex art. 2409 sia promossa (come autorevolmente e condivisibilmente sostenuto) collegialmente dall'organo di controllo.

Le considerazioni svolte consentono quindi di ritenere l'inammissibilità *ab origine* dell'istanza.

A diversamente opinare, ovvero a considerare ammissibile una denuncia promossa singolarmente da un solo sindaco (nella specie, da quello dei tre ancora non sostituito al momento del deposito del ricorso), peraltro verso non può che rilevarsi come la sopravvenuta perdita di legittimazione ad agire pure del superstite - giusta nomina di nuovo collegio sindacale nell'assemblea della Fo. del 21 ottobre 2013 (come da documento prodotti in atti dalla società) - e per effetto della mancata reiterazione della domanda da parte dei componenti attuali dell'organo di controllo, abbia inciso negativamente quantomeno sulla procedibilità dell'istanza.

In altre parole, per le vicende rappresentate non può che dichiararsi il rigetto in rito del ricorso.

Stante la natura degli interessi protetti dal novellato art. 2409 (come diffusamente rappresentato in premessa), non residua peraltro al Tribunale alcun potere di provvedere nel merito delle richieste, necessitando all'uopo il persistente impulso dei legittimati.

Ciò non toglie che l'ufficio possa valutare in altri termini e per altri fini la denuncia proposta.

Ed infatti, va ricordato che l'iniziativa del pubblico ministero ai fini della dichiarazione di fallimento può essere assunta anche in base ad una segnalazione proveniente dal tribunale adito in un procedimento di volontaria giurisdizione, giacché il termine "procedimento civile" utilizzato dall'art. 7, n. 2), R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), ricomprende ogni tipo di procedimento non penale e, quindi, anche procedimenti di cognizione ordinaria, sommaria, cautelare, esecutiva, di volontaria giurisdizione e persino giudizi amministrativi e tributari (così App. L'Aquila, 22/05/2012, A.M.P. C. Fall. A.M.P., Fallimento, 2012, 10, 1256).

Nel merito di tale prospettiva, va altresì rammentato che ai fini della valutazione dello stato d'insolvenza delle società in liquidazione, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui rileva unicamente accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'uguale ed integrale soddisfacimento dei creditori si applica in caso di liquidazione effettiva della società e non anche quando la compagine societaria sia rimasta inattiva di fatto, senza assumere alcuna iniziativa formale per uscire dal mercato, nel qual caso l'analisi deve avere riguardo invece alla sola capacità dell'impresa di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni (così App. L'Aquila, 15/11/2011, G. C. Fall. G.P. e altri, Fallimento, 2012, 2, 235; cfr. in proposito :”Quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 della legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci - non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte. (Rigetta, App. Perugia, 11/06/2008)” Cass. civ., Sez. I, 14/10/2009, n. 21834 Real S.R.L. in Liquidazione C. M.V. CED Cassazione, 2009, Fallimento, 2010, 7, 869; conformi Cass. civ. Sez. I, 30/05/2013, n. 13644; Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 13/07/2011, n. 15442; Cass. civ. Sez. I, 17/04/2003, n. 6170).

Nella circostanza, benché sia stato al fine deliberato lo stato di liquidazione della società, non risulta redatto né il piano di liquidazione né il bilancio di liquidazione (ex art. 2490 c.c.).

Si vuole dire, in altre parole, che benché formalizzata non risulta che la società abbia effettivamente attivato la sua fase liquidatoria.

D'altra parte, dal contenuto delle deliberazioni assembleari prodotte, dal bilancio al 31.12.2011, dalla situazione patrimoniale al 31.10.2012, dalle relazioni sulla gestione dell'amministratore e da quelle del collegio sindacale dimissionario e sostituito, emerge una conclamata situazione di crisi aziendale, tale da produrre consistenti perdite negli esercizi 2011 e 2012.

Anzi la stessa opzione dei soci – d'invito all'amministratore p.t. a predisporre un piano di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. - e l'impossibilità di accedervi, palesata dall'organo gestorio in occasione della deliberazione della scioglimento della società, rendono chiaro che la Fo. versi in uno stato totale e non transeunte d'illiquidità (quindi d'incapacità di assolvere con regolarità le proprie obbligazioni), idoneo ad integrare il profilo dell'insolvenza tipica delle imprese in gestione ordinarie.

Giacché non risulta effettivamente iniziata la liquidazione dell'ente né depositato alcun bilancio ex art. 2490 cit., può da un lato dirsi che il cambiamento abbia costituito allo stato solo un passaggio

formale nella condizione societaria laddove, in mancanza di altro documento (ovvero di quelli necessari ad operare il confronto tra elementi attivi e passivi del patrimonio, proprio dell'esame dell'insolvenze per le società in fase liquidatorie) quelli contabili esaminati *ut supra* paiono dimostrare che si versi in ipotesi di impresa effettivamente decotta.

Da qui la necessità di rimettere gli atti alla Procura della Repubblica c/o il Tribunale di Napoli Nord, perché valuti l'attivazione delle iniziative di cui all'art. 7 l.f.

I fatti denunciati inducono a compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il tribunale, pronunciando sulla denuncia proposta a norma dell'art. 2409 c.c. da A. P., C. PR. e CI. LUISE, nell'assunta qualità di componenti effettivi del collegio sindacale della Fo. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, nei confronti di P. AL., già liquidatore della Fo. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, così provvede:

dichiara l'inammissibilità della denuncia;

compensa integralmente le spese di lite tra le parti;

dispone la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica c/o il Tribunale di Napoli Nord, perché valuti l'attivazione delle iniziative di cui all'art. 7 l.f..

Napoli, 23/10/2013