



## Corte di Appello di Salerno

### Sezione Civile

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Salerno, Sezione Civile, II unità, riunita in camera di consiglio nelle persone dei sigg. magistrati:

dott. Nicola Bartoli Presidente

dott. Franco De Stefano Consigliere

dott. Maria Teresa Giancaspro Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 1098/10 R.G., avente ad oggetto: RECLAMO

avverso sentenza del Tribunale di Salerno Sez. fallimentare N.44 dep  
8.6.2010 di dichiarazione del fallimento di D.S. s.r.l. con sede in Eboli,  
vertente tra

D.S. S.R.L. con sede in Eboli via B Buoizzi 21, in liquidazione, in persona  
del legale rappr. Liquidatore (omissis), giusta mandato a margine del reclamo,  
RECLAMANTE

CURATELA FALLIMENTO D.S. s.r.l. in persona dell'avv. (omissis)-  
RECLAMATA

C.E.s.p.a., in persona del legale rapp. Presid. del Cd.a., con sede in  
Pastorano (CE) rappr. e dif. da (omissis) RECLAMATA

Conclusioni delle parti in verbale di udienza del 23.9.2010 e nei rispettivi atti introduttivi

### Svolgimento del processo

Con ricorso depositato nel novembre 2009 la ditta C.E. s.p.a. , premettendo di essere creditrice della D.S. s.r.l., che la stessa era debitrice giusta decreto ingiuntivo emesso il 7.7.2007 dal Tribunale di S.maria Capua Vetere ,dichiarato provvisoriamente esecutivo , per la somma di euro 70.866,47 , nonché insolvente , proponeva dinanzi al Tribunale di Salerno ricorso per la dichiarazione di fallimento della ditta predetta.

Dopo vari tentativi di notifica, alla udienza del 8.6.10 , all' uopo fissata , compariva per la ditta il liquidatore Bezpyatiy Victor, il Tribunale acquisiva documentazione di ufficio quali informative e copie estratti delle cartelle esattoriali di Equitalia , e dichiarava il fallimento della D.S. s.r.l., in liquidazione, con sentenza dell'8.6.2010 n. 44

Avverso tale sentenza ha proposto reclamo ai sensi degli artt. 1 e 18 legge fall. la ditta D.S. s.r.l., in persona del liquidatore ~~Bezpyatiy Victor~~ chiedendone la revoca , adducendo quali motivi:

- 1) Nullità della notifica del ricorso introduttivo del procedimento, notificato a mani della moglie di M.C., non perfezionata tramite invio di raccomandata al destinatario, e priva di valore nei confronti della società in liquidazione.
- 2) Mancata convocazione del debitore non essendo mai stata la società D.S. s.r.l. convocata e avvisata della procedura a suo carico e decisione in forza di atti nulli quali el cartelle esattoriali o decreto ingiuntivo contestato

3) Mancanza dei presupposti per la declaratoria di fallimento per decorso dell'anno dalla cessazione della attività ex art 10 legge fall, al 31.12.2008 e carenza dello stato di insolvenza

Ritualmente notificato l'atto si sono costituiti in giudizio la curatela del fallimento e con autonoma comparsa la società istante C.E. s.p.a., contestando il reclamo .

La curatela ritiene che il procedimento sfociato nella sentenza dichiarativa di fallimento si è svolto nel pieno contraddittorio della società fallenda, comparsa attraverso il suo liquidatore, che mai ha contestato alcunché , che

sia provato lo stato di insolvenza nonché gli altri requisiti per il fallimento tra cui la inclusione della decisione nell' anno dalla cessazione della attività , asserita ma mai provata dalla società dichiarata fallita.

Il creditore istante il fallimento sosteneva insussistente alcuna violazione del procedimento in contraddittorio e quindi del diritto di difesa del fallendo

ritenendo correttamente istituita la procedura fallimentare e provati i presupposti di insolvenza tra cui la intestazione dei punti vendita ad altre compagini sociali tutte riconducibili a famigliari dei soci della D.S. , e reputando falsa la circostanza addotta della cessazione della attività al 31.12.2008 chiedendo quindi rigetto del reclamo .

Ad udienza del 23 settembre 2010 , svoltasi in camera di consiglio dinanzi a questo collegio presenti i procuratori delle parti,che si sono riportati alle rispettive conclusioni, su loro richiesta veniva concesso termine di dieci giorni per note ,alla scadenza del quale il collegio si è riservato per la decisione.

Motivi della decisione

Il reclamo è infondato e va rigettato , pur dovendosi integrare la motivazione.

Innanzitutto occorre premettere che la riforma alla legge fallimentare con il d.lvo 169/2007 , applicabile nel caso in esame , con il passaggio dall'appello al reclamo non ha mutato la natura impugnatoria del giudizio, il quale anche se instaurato con il reclamo ha per oggetto la verifica della sussistenza dei presupposti del fallimento, l'insussistenza di fatti impeditivi e di vizi procedurali, e, di conseguenza la conferma o la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento.

A seguito della riforma ,peraltro, si è discusso circa l'effetto devolutivo pieno e il vincolo del giudice del reclamo all'esame dei soli vizi dedotti o alla intera vicenda che viene alla sua conoscenza, circa il venir meno della parziale inquisitorietà del giudizio , e di conseguenza circa i poteri della Corte di Appello, in ordine soprattutto alla acquisizione ex officio dei mezzi di prova necessari .

Il richiamo al mezzo impugnatorio del "reclamo" ha fatto ritenere da un canto che la prospettazione del reclamante sia svincolata dalle difese proposte in primo grado, potendo il fallito da un canto contestare la sentenza dichiarativa anche se non ha partecipato al giudizio innanzi al Tribunale, dall'altro canto che la iniziativa delle parti che delinea il processo fallimentare in primo grado implichi quanto meno che non possa essere consentito alla Corte d'Appello rilevare d'ufficio anche profili di illegittimità che non abbiano costituito oggetto di specifica censura.

Ne consegue che non potrebbe procedersi su iniziativa di ufficio al riesame dei presupposti del fallimento non oggetto di censura .

Altra questione , connessa alla precedente, è la compatibilità della disciplina del reclamo in questione con le preclusioni previste dagli artt. 345 e segg. c.p.c., in particolare con nuove allegazioni e domande e con nuove prove e in proposito se va segnalato che la Relazione illustrativa propende per un pieno effetto devolutivo, prevedendo che , a prescindere da specifiche doglianze e dalla mancanza di preclusioni e decadenze esplicite, si possa discutere nel giudizio di reclamo anche di quanto non dedotto nella fase prefallimentare, senza ostacoli processuali di sorta, di contro, però, la previsione della istruttoria prefallimentare quale processo di parti, la previsione di specifici requisiti del contenuto del reclamo ha fatto ritenere si

sia dinanzi ad una tipologia di reclamo che pur non essendo assimilabile ad atto di appello, esclude un effetto devolutivo pieno, gravando quanto meno sulla parte l'onere di allegazione dei fatti, indicazione di motivi precisi e di fonti di prova, rispetto ai quali il secondo giudice comunque manterrebbe

“ libertà di manovra” , sia cognitiva ed istruttoria che decisionale, pur dovendo valutarsi la esigenza della speditezza del giudizio .

In proposito sono assai scarsi i contributi della giurisprudenza , pressochè esclusivamente di merito, finora espressasi sul punto, tra cui vi è la Corte Appello Torino, in sentenze del 13/11/2008 e 5/6/2007 , la quale ha ritenuto che nel procedimento di reclamo, così come previsto dal novellato art. 18 l. fall. - r.d. n. 267/1942 , non operi il divieto di nuovi mezzi di prova, argomentando anche sul testo stesso dell' art. 18, che prevede tra i requisiti del ricorso un elenco dei documenti da cui fa discendere il potere di produrne nuovi , pur ribadendo le caratteristiche di terzietà del giudice; quel giudice ha ritenuto che possano dalle parti essere liberamente introdotti con la impugnazione profili di indagine o di contestazione anche non trattati

davanti al tribunale , non ravvisandosi la vigenza, già nell'appello fallimentare, del divieto di novità di domande, né soprattutto di eccezioni nuove poste dall'art. 345, primo e secondo comma c.p.c. ,mentre altre sentenze della Corte di Appello di Catanzaro n.648 del 18.9.2008 e Corte app. Bologna 1.6.2009 hanno ritenuto che la valutazione dei presupposti soggettivi del fallimento possa condursi anche sulla scorta di dati acquisiti a seguito dell'esercizio di potere di ufficio.

Deve ritenersi preferibile , ed è già stato condiviso da questa Corte (si veda ad es sent. n. 207 dep. 24.2.2010) , l'orientamento che in forza della

rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco nella procedura fallimentare, afferma un potere officioso sulla prova che trova riscontro in diverse norme (artt. 1,15,18,22 della legge fallimentare) , pur nella constatazione della ripartizione dell'onere probatorio in primo grado che fa gravare sul ricorrente per il fallimento l'onere di provare i requisiti per lo stesso, e sul

debitore invece l'onere di provare i fatti impeditivi . Detta ripartizione esclude che ad esempio dei fatti impeditivi del fallimento possa discutersi per la prima volta con il giudizio di reclamo, e che il giudice possa ex officio acquisire elementi di prova o addirittura inquisire al fine di accertamento dei fatti positivi o negativi, in sostanza grava sulle parti quanto meno un onere di allegazione.

Deve ritenersi perciò che anche la previsione nell'art 18 l. fall., di mezzi di prova di ufficio debba pur sempre inquadrarsi nel principio dispositivo e nell'onere quanto meno di allegazione dei fatti , tanto più nella ipotesi in cui si tratti di fatti non nuovi , in tal senso pur affermando un ampio potere officioso anche Corte cost. ord - 1.7.2009 n.198 ch ritenne, tra l'altro, che la legge la riforma del 2007 qualificando i requisiti di esenzione non più, come

nella precedente versione normativa, come requisiti, anche alternativamente, necessari per far ricadere fra i soggetti suscettibili di fallimento chi li possedesse, ma, costruendoli, invece, *come elementi negativi della legittimazione al fallimento, prevedendo, cioè, che il loro congiunto possesso sia ostativo alla assoggettabilità alla procedura fallimentare*, avesse affermato che la dimostrazione del possesso di tali requisiti negativi è attribuita all'imprenditore nei cui confronti si indirizzi la richiesta di fallimento, senza che ciò escluda il potere officioso del giudice.

In definitiva la Corte delle leggi, nell'escludere che dalla norma modificata

possa evincersi un onere della prova che non gravi sul debitore - giacché la diversa formulazione proposta dal remittente farebbe gravare sul creditore il relativo onere, contrariamente alla lettera e alla ratio della riforma correttiva - ha ribadito che l'art. 1 e l'art. 15 legge fall. prevedono un ampio potere officioso del giudice del fallimento, potere officioso che si rileva anche

dall'art 22 legge fall., laddove è previsto che l'accoglimento del reclamo determina la trasmissione degli atti al Tribunale, *salvo che risulti il venir meno dei presupposti necessari* Anche da tale fonte si trae altro argomento per ritenere da un canto ammessa la introduzione di fatti nuovi - intesi come fatti mai allegati in primo grado - anche in sede di reclamo, e dall'altro necessario possesso congiunto di tutti i requisiti di esenzione del fallimento, per tutto il triennio necessario, ed escludendo altri criteri valutativi, (quali i requisiti residuali della categoria di piccolo imprenditore aliunde desumibili)

Sulla scorta di tali principi, devono esaminarsi anche le censure nuove relative al procedimento fallimentare e va preliminarmente esaminata la

questione della integrità del contraddittorio in primo grado e della tutela del diritto di difesa del debitore di cui è richiesto il fallimento .

Nella fase che precede la dichiarazione di fallimento il diritto di difesa del fallendo può essere garantito anche con modalità differenti da quelle ordinarie, in ragione della natura sommaria e camerale del procedimento e delle esigenze di celerità e speditezza che sono alla base della peculiare disciplina fallimentare, sempre peraltro sulla scia della sentenza 16 luglio 1970 n. 141 della Corte cost. e ferma la necessità inderogabile, in quanto imposta dal rispetto della garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24

Cost., che il fallendo sia effettivamente informato dell'iniziativa assunta nei suoi confronti.

L'obbligo di convocazione del debitore in camera di consiglio non presuppone l'effettiva sua audizione, ma soltanto l'espletamento di quanto necessario per rendere detta audizione possibile, e in conseguenza può

ammetersi l'obbligo di effettuare ulteriori ricerche, finchè possibile, anche di fronte a un debitore che abbia più volte cambiato residenza, purchè lasci tracce dei propri spostamenti presso i pubblici registri all'uopo predisposti (così sent. Cass. nn. 2174/1987, 2341/1986).

A tal proposito va ricordato che se la legge non impone l'adozione di forme particolari, è vero anche che una volta scelto il procedimento notificatorio, l'effettivo esercizio del diritto di difesa, ai sensi dell'art. 15 l.fall. - R.D. n. 267/1942, è da considerare assolto solo se siano state rispettate le relative forme prescritte (Cass. civ., Sez. I, 29/10/2008, n. 25978) e può pertanto ritenersi necessario, di fronte alla precaria assenza dell'interessato nella residenza nota, ricorrere alle formalità dell'art. 140 c.p.c. , per provvedere alla notificazione dell'avviso di convocazione.



Non può pretendersi però di convocare comunque l' "irreperibile" , o colui che tenti in ogni modo di sottrarsi alla comunicazione per dilazionare la dichiarazione del fallimento e se, quindi, il debitore si sia trasferito per ignota destinazione, tale comportamento, volontario e colpevole, legittima l'emanazione della sentenza dichiarativa di fallimento a prescindere dalla convocazione preordinata a consentirgli la prospettazione di ragioni difensive.

Tanto va coordinato con le norme per la notifica alle società di capitali, come quella di specie, che è stata convocata dapprima con citazione del amministratore ~~M. M.~~ indi , dopo documentazione fornita da questi, che

indicava il mutamento dell'amministratore in persona di M.C., a quest'ultimo, con notifica della convocazione ricevuta dalla moglie

Da rilevarsi che comunque risultava chiusa la sede della società (si noti che la società istante il fallimento si era vista recapitare , di ritorno senza ritiro

l'atto di precetto nel luglio 2009, ) e non risultava alcun mutamento dell'amministratore M. che fosse stato registrato negli atti deputati a tale pubblicità, vale a dire nel registro delle imprese cosicchè correttamente la notifica è stata rivolta a M., ; peraltro ogni eventuale irregolarità delle notifiche deve ritenersi sanata dalla presenza alla udienza di comparizione del nuovo liquidatore, odierno appellante, in rappresentanza della società , che non era stato raggiunto da notifica proprio perché nemmeno risultante da atti o da registrazione sul registro Imprese.

Il liquidatore della società non solo è comparso a nome della stessa ma si è difeso nel merito, come attesta la comparsa , nel fascicolo della curatela sicchè nessun difetto del contraddittorio o lesione del diritto di difesa può esser seriamente ritenuto nel caso di specie .

Alla stregua del sopra richiamato autorevolissimo enunciato della Corte Costituzionale questa Corte deve altresì rilevare che al di là di una enunciazione non risultano nemmeno allegati in dettaglio dal reclamante i requisiti impeditivi della declaratoria di fallimento, in relazione ai limiti negativi del fallimento, e quindi nemmeno provati.

Inoltre figurano comunque acquisiti al fascicolo, risultando per lo meno depositati dalle parti, una delle quali è la curatela che attinge direttamente al fascicolo di ufficio del fallimento -, se non dal fascicolo di ufficio trasmesso al giudice di primo grado, - documenti comprovanti le condizioni sufficienti e necessarie a confermare nel merito la sentenza di fallimento.

Orbene, dalla documentazione prodotta già emerge che il volume di affari quanto meno per due anni 2007 e 2008 superava i 3.000.000 di euro, di talché la sussistenza o insussistenza di altre condizioni impeditive dal fallimento oltre a non essere mai state nemmeno allegate o provate, non

avrebbe comunque ostacolato per nulla la declaratoria di fallimento, essendo già venuta meno la contemporanea presenza di tutti i requisiti ostativi alla declaratoria di fallimento per il triennio antecedente.

Invero, la norma sub art 1 lege fal., come modificata dal d.lvo 169/2007 non solo nella sua lettera ma anche nella ratio stessa della riforma esige che il debitore fallendo o dichiarato fallito debba provare o allegare fatti impeditivi al fallimento che contemplino l'intero arco temporale del triennio e tutti i requisiti previsti dall' art 1 l.f.

Opinare diversamente, e ritenere perciò sufficiente che la presenza per un solo anno e per uno solo dei parametri della soglia di esenzione dal fallimento eviti la declaratoria di fallimento stesso, svilirebbe di significato proprio la ratio stessa della prescrizione dei requisiti quantitativi di

esenzione , che devono denotare effettivamente una dimensione limitata della impresa tale da non contemplare come “utile” la complessa procedura fallimentare, e rischierebbe di incentivare l'arbitrio del debitore che, vistosi in stato di decozione, potrebbe abilmente e unilateralmente preconstituirsì una soglia di esenzione con la mera manipolazione dalla propria contabilità, ovvero semplicemente omettendo di tenerla, e si finirebbe altresì contraddittoriamente con il valorizzare in positivo, per escludere il fallimento, quello che è invece proprio uno dei segnali costanti di decozione , vale a dire il crollo dei ricavi nell'ultimo anno di gestione.

In ordine ad altro requisito della mancata decorrenza dell'anno dalla cessazione di attività , previsto da Art 10 legge fall. anno , decorrente dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese, la ratio della norma che richiama le precedenti decisioni della Corte Costituzionale , risiede nel principio di certezza delle situazioni giuridiche

E' noto che la cessazione , per qualsiasi causa, del socio o della società a cui non sia stata data pubblicità , non è opponibile a terzi , poiché non produce effetti al di fuori dell'ambito della società stessa .

In tal senso si attesta la giurisprudenza di legittimità tra cui sent Cass. civ., Sez. I, 13/03/2009, n. 6199; Cass. civ., Sez. V, 01/02/2006, n. 2215 , e Corte App Salerno, 14.1.2009 che ha escluso anche che possa far ingresso la prova della conoscenza aliunde della cessazione della impresa .

Nel caso di specie peraltro la pretesa cessazione al 31.12.2008, mai provata, risulta essere smentita anche dalle successive deliberazioni ed attività della società che riguardano incorporazione di società estere (13.1.2009) , fitto di ramo di azienda ( 3.2.2009) , nomina di nuovo amministratore (1.12.2009) e successiva messa in liquidazione con delibera del 2.12.2009, con la quale si

nominava il liquidatore ~~XXXXXXXXXX~~, delibera di approvazione bilancio al 31.12.2009, prodotte in allegato alla comparsa di risposta della società nel procedimento fallimentare, e inoltre giammai la attività potrebbe ritenersi cessata se l'imprenditore, sia pure in vista della disgregazione dell'azienda, "compia operazioni intrinsecamente identiche a quelle proprie della attività imprenditoriale " e il termine nel caso di impresa individuale va fatto decorrere dalla data di effettiva cessazione della attività " (Vedasi Cass. civ., 19/04/1983, n. 2676, Cass. civ., 22/03/1984, n. 1918 Cass. civ., Sez. I, 17/03/1997, n. 2321) .

In ordine al motivo centrale circa la mancanza di stato di insolvenza deve osservarsi che la motivazione della sentenza fondata sostanzialmente sul credito dell'istante il fallimento e sulle schede di Equitalia va integrato analizzando ulteriori elementi sintomatici dello stato di insolvenza.

Lo stato di insolvenza come è noto consiste nella incapacità divenuta strutturale di far fronte alle proprie obbligazioni, non coincide con una situazione transeunte di illiquidità , ma con la impossibilità di farvi fronte con mezzi ordinari , stato di insolvenza desumibile da indici presuntivi tra i quali vanno enucleati :

- Debiti verso Equitalia: dalle cartelle e tabulati relativi - che sono pienamente utilizzabili alla stregua di qualunque altro elemento informativo, non incidendo affatto alcun profilo di pretesa nullità delle stesse - si evincono debiti per complessivi 58.000 euro, derivanti da vari titoli, riferiti a vari anni , trattasi di somme singolarmente da non considerare particolarmente esose e riferite a contravvenzioni, tributi locali, tasse ; l'accumulo di tali debiti, pur tuttavia, denota una pervicace volontà di eludere i doveri di pagamento, ovvero la indisponibilità della minima

liquidità necessaria a farvi fronte e ciò pur di presenza di riserve liquide e immediatamente disponibili dichiarate ed annotate in bilancio (v bilanci 2007 e 2006)

Va altresì valorizzato il credito vantato ad C.E. s.p.a. per un importo pari ad euro 70.866, 47 derivante da decreto ingiuntivo , dichiarato provvisoriamente esecutivo in corso di causa ; né può avvalorarsi la affermazione del debitore di non aver pagato perche in contestazione, atteso che la procedura esecutiva iniziata nei suoi confronti non è andata in porto almeno inizialmente per la irreperibilità nella sede sociale di soggetti riferibili alla società debitrice .

Il mancato pagamento pure denota una illiquidità a fronte della formale presenza di voci in bilancio, su liquidità anche bancaria, sempre tale dichiarata .

Tali indici sintomatici oltretutto assumono valenza più significativa alla

stregua di altri indici denotati dismissione del patrimonio azinedale e societario, della chiusura della sede sociale , ed irreperibilità ivi della società debitrice , che ha formalmente affittato rami di azienda ad altre Società ,tutte facenti capo a famigliari che hanno acquistato immobili nello stesso periodo, al contemporaneo avvio di procedure di liquidazione nonché incorporazione in società estere , allo svuotamento dei conti correnti bancari

Tali fatti , in assenza di qualunque spiegazione da parte degli organi della società fallita, in uno invece con la formale permanenza della sede sociale, fittizia, presso la sede di uno dei supermercati , affittato o comunque occupato da altra società come denotano gli scontrini fiscali) e con continui mutamenti delle persone degli amministratori denotano un vero e proprio processo di dismissione dell ' attivo , rispetto al quale quindi vengono meno i

valori positivi evidenziati nei bilanci quali liquidità , attivo , fatturato divenuti poco attendibili

Va quindi confermata la sentenza dichiarativa del fallimento -

Le spese seeguono la soccombenza, liquidate in dispositivo

p.q.m.

la Corte di Appello di Salerno, sezione civile, II unità, definitivamente pronunciando sul reclamo proposto da D.S., in persona del liquidatore ~~XXXXXXXXXX~~, nei confronti della C.E. s.p.a. e della Curatela del fallimento D.S. avverso la sentenza del Tribunale di Salerno Sez. fallimentare N.44 dep 8.6.2010 di dichiarazione del fallimento di D.S. s.r.l.

con sede in ~~XXXXXX~~, così decide:

- rigetta il reclamo, per quanto di ragione
- condanna la reclamante a rifondere le spese processuali liquidate in euro 600 diritti, 1200 onorari, 60 spese per la Curatela del Fallimento e euro 600 diritti 1200 onorari, 60 spese per ~~XXXXXXXXXX~~ s.p.a., oltre i.v.a, cap. spese forfettarie di legge

Così deciso in Salerno, 13 ottobre 2010

Il cons estens

(dott.M.T.Giancaspro)

Il Presidente

(dott.N.Bartoli)

**CASO.it**