

Aprile 2020

**Richiamo dei conferimenti ancora dovuti da parte della curatela fallimentare e clausola compromissoria nello statuto della società fallita. Commento a Cassazione Civile, Sez. VI, 25 febbraio 2020, n. 4956 – Pres. Scaldaferrì, Rel. Dolmetta**

*Giovanni Fumarola, cultore in diritto commerciale all'Università degli Studi di Brescia*

MASSIME

*(1) Il potere di richiamare i conferimenti ancora dovuti dai soci, ancorché non spirato l'eventuale termine statutario, riconosciuto dall'art. 150 l.fall. alla curatela fallimentare mediante richiesta al giudice delegato per l'emissione di un decreto ingiuntivo (e dall'art. 2491 c.c. ai liquidatori) non esclude ma si cumula al generale potere di chiedere l'adempimento secondo il procedimento previsto dagli artt. 2344 e 2466 c.c. (rispettivamente per le società azionarie e a responsabilità limitata) nonché a quello di agire in giudizio secondo il procedimento monitorio ordinario.*

*(2) La controversia instauratasi in seguito alla proposizione, da parte del socio, dell'opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal giudice delegato su proposta della curatela fallimentare ex art. 150 l.fall. per la condanna all'esecuzione dei conferimenti ancora dovuti è una controversia inerente il rapporto sociale ai sensi dell'art. 34, c. 1, del d.lgs. n. 5/2003, esercitando la curatela fallimentare un diritto che è a tutti gli effetti proprio della società fallita e già presente nel patrimonio sociale al momento della dichiarazione di fallimento della società, non potendosi questa considerare terza rispetto all'organizzazione sociale, e che ha la medesima causa pretendi dell'ordinaria azione che l'organo amministrativo (o liquidatorio) avrebbe esperito al di fuori del fallimento.*

*(3) La controversia instauratasi in seguito alla proposizione, da parte del socio, dell'opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal giudice delegato su proposta della curatela fallimentare ex art. 150 l.fall. per la condanna all'esecuzione dei conferimenti ancora dovuti non è una controversia avente ad oggetto diritti indisponibili ai sensi degli artt. 806 c.p.c. e 34, c. 4, del d.lgs. n. 5/2003, per il sol fatto che l'art. 150 l.fall. tuteli anche il capitale sociale, né è assoggettata a competenza esclusiva ed*

*inderogabile del giudice fallimentare per il sol fatto che l'art. 150 l.fall. riconosca la competenza del giudice delegato per l'emissione del decreto ingiuntivo.*

*(4) Ove lo statuto della società fallita preveda il deferimento di ogni controversia inerente i rapporti sociali ad arbitrato, il socio che intende proporre opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal giudice delegato su proposta della curatela fallimentare ex art. 150 l.fall. per la condanna all'esecuzione dei conferimenti ancora dovuti deve adire il giudice privato secondo quanto previsto dalla clausola statutaria compromissoria e non il giudice ordinario, che è non è quindi competente a conoscere della controversia.*

#### COMMENTO

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. I fatti di causa – 3. La curatela fallimentare quale *parte* – ai fini dell'opponibilità della clausola compromissoria – dell'atto costitutivo e non quale terzo – 4. La disciplina speciale – integrativa ma non derogatoria di quella generale – del richiamo dei conferimenti ancora dovuti da parte della curatela fallimentare – 5. L'*arbitrabilità* della controversia in caso di opposizione del socio al decreto ingiuntivo emesso dal giudice delegato.

#### 1. Introduzione

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione decide di un caso – si direbbe oggi, secondo la formula d'uso – di *diritto societario della crisi*, fondato tuttavia su una delle poche (nove) disposizioni già costituenti la (pur scarna) disciplina societaria dell'impianto storico della legge fallimentare del '42 (ed ancor prima di quella del codice di commercio dell'82), l'art. 150 a proposito dei "*versamenti dei soci a responsabilità limitata*" (così la *rubrica legis* della legge fallimentare, vecchio art. 840 del previgente codice ed odierno art. 260 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). Inoltre, ed in stretta connessione con il tema ora evocato, il Collegio decide pure di una questione che (si direbbe allora) di *diritto processuale della crisi*, ossia il rapporto fra la clausola compromissoria prevista dallo statuto della società fallita e la sorte delle controversie instauratesi in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento fra la società fallita e i suoi soci.

## 2. I fatti di causa

Come detto, le circostanze sono delle più tradizionali: su proposta della curatela fallimentare, il giudice delegato emetteva, ai sensi dell'art. 150 l.fall., decreto ingiuntivo nei confronti di un socio della società fallita per l'immediato versamento delle somme che questi ancora doveva alla società in forza della sottoscrizione di un pregresso (alla dichiarazione di fallimento) aumento del capitale sociale, non ancora interamente liberato.

Il socio ingiunto, nel contesto del procedimento monitorio, proponeva a sua difesa opposizione ai sensi dell'art. (ora espressamente richiamato dall'art. 150) 645 del codice di rito civile, formulando in quella sede una serie di eccezioni di rito – in ordine alla competenza del giudice adito – nonché ad altre questioni di merito.

Il Tribunale di Mantova rigettava l'opposizione, non accogliendo su tutta la linea le eccezioni e riconoscendosi competente a conoscere dell'opposizione.

Il socio ingiunto adiva, così, direttamente la Suprema Corte proponendo regolamento di competenza, col supporto del pubblico ministero che pure insisteva per la cassazione dell'impugnata sentenza e per il riconoscimento della competenza arbitrale, competenza *in thesi* sussistente in forza di una clausola compromissoria, contenuta nello statuto della società fallita, secondo la quale – replicando fedelmente il disposto dell'art. 34, c. 1, del d.lgs. n. 5/2003 – “*tutte le controversie aventi a oggetto rapporti sociali ... saranno risolte mediante arbitrato rituale secondo diritto ... da un arbitro unico ...*”.

Secondo le argomentazioni (censurate ed) addotte dal giudice di primo grado, invece, la ora citata clausola arbitrale non si sarebbe attivata per il semplice fatto che il curatore – terzo rispetto alla compagine societaria che “*non ha sottoscritto il contratto sociale contenente la clausola arbitrale*” – non sarebbe mai subentrato in quel particolare contratto pendente che è l'atto costitutivo della società, così risultandogli inopponibile quella clausola, e comunque non facendo valere egli, nel richiamare i conferimenti ancora dovuti, un obbligo avente fonte nell'atto costitutivo bensì nella autonoma e distinta deliberazione di aumento del capitale sociale. In sintesi, quindi, non si tratterebbe di una controversia “*avent[e] a oggetto rapporti sociali*” come esige la clausola arbitrale, clausola che, *in thesi* e per espressa previsione dell'art. 34, c. 3, del d.lgs. n. 5/2003, non sarebbe applicabile ad un soggetto che non è parte della compagine sociale, come non lo è il curatore.

Infine – e forse questa è l'argomentazione *prima facie* più fondata – il rinvio che l'art. 150 l.fall. opera in favore del procedimento monitorio (arg. *ex c.* 2) varrebbe a configurare una competenza giurisdizionale esclusiva ed inderogabile, tale da rendere inoperante ogni rinvio pattizio ad un giudice privato.

### **3. La curatela fallimentare quale parte – ai fini dell’opponibilità della clausola compromissoria – dell’atto costitutivo e non quale terzo**

La Corte anzitutto respinge *in toto* la ricostruzione giuridica propugnata dal Tribunale di Mantova circa l’inquadramento dell’agire del curatore (in particolar modo nell’esercizio del potere *ex art. 150 l.fall.*): egli non agisce assolutamente come terzo rispetto all’organizzazione sociale ma proprio – al contrario – “*nella medesima posizione sostanziale e processuale*” della società fallita, esercitando in nome di quest’ultima tutti i diritti già sorti prima della dichiarazione di fallimento. In prima approssimazione, quindi, mai potrebbe sostenersi l’inapplicabilità della clausola arbitrale per il sol fatto di considerare la curatela quale soggetto cui non è possibile opporre una clausola statutaria. Inoltre, sostiene la Corte che a nulla vale invocare la presunta alterità fra atto costitutivo e deliberazione di aumento del capitale sociale posto che essi si pongano in “*termini di continuità sostanziale*” e non “*antagonistici*”. In altri termini, la curatela – chiedendo l’emissione di un decreto ingiuntivo *ex art. 150 l.fall.*, poi effettivamente emesso ed opposto – si ritrova ad essere parte di una controversia che, a tutti gli effetti, è “*avente ad oggetto rapporti sociali*” e cioè obblighi connotati di sicuro da *causa societatis*, aventi fonte direttamente nel contratto di società, come successivamente integrato o modificato da tutti quegli atti organizzativi che sono le deliberazioni di modificazione statutaria (e, fra queste, quelle di aumento del capitale sociale).

### **4. La disciplina speciale – integrativa ma non derogatoria di quella generale – del richiamo dei conferimenti ancora dovuti da parte della curatela fallimentare**

La Corte approccia poi il tema del richiamo dei conferimenti ancora dovuti da parte della curatela fallimentare mostrando di aderire alla tesi – già autorevolmente sostenuta in tempi risalenti da CAMPOBASSO, *Fallimento della società per azioni ed esecuzione dei conferimenti in denaro*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 511 e ss. (spec. 522), contributo che rimane ancor oggi l’unico interamente dedicato al tema – della valenza meramente integrativa – e non derogatoria – dell’art. 150 l.fall rispetto alla generale disciplina codicistica dell’inadempimento all’obbligo di conferimento, dettata, rispettivamente per le società azionarie e a responsabilità limitata, dagli artt. 2344 e 2466 c.c.

In altri termini, sostiene la Corte che in caso di fallimento (ora liquidazione giudiziaria) l’applicazione dell’art. 150 l.fall. non comporti il venir meno per la curatela – in sostituzione dell’organo amministrativo – del potere di esperire il generale procedimento societario (*i.e.* non contenzioso) che inizia con la diffida ad adempiere e si conclude (per le s.r.l.) con la vendita (prima *in danno*, offerta ai soci, e poi all’incanto, offerta a terzi) della quota, eventualmente culminando con l’esclusione del socio. Il fatto che in pratica ciò non avvenga – circostanza dovuta alla naturale assenza di compratori della quota atteso lo stato di (giudizialmente dichiarata) insolvenza dell’impresa –

rimane tuttavia un “*ostacolo puramente fattuale*” e la scelta è solo di “*opportunità*” (e lo stesso vale per l’analogo potere che conservano i liquidatori in caso di liquidazione *volontaria*, a fronte della disposizione speciale che li è rappresentata dall’art. 2491, c. 1, c.c.) (esattamente in tal senso CAMPOBASSO, *Fallimento*, p. 519, nt. 24, ove si definisce l’esperimento del procedimento *ex art. 2344 c.c. “alternativa puramente teorica”*). Aggiunge la Corte, poi, che la curatela non perderebbe nemmeno la generale azione monitoria di diritto comune per chiedere l’ingiunzione al Tribunale, in luogo di farla pronunciare, su propria proposta, con decreto del giudice delegato come più agevolmente consente l’art. 150 l.fall. “*nelle maggiori rapidità e snellezza del relativo procedimento*” (come apprezza anche DI CICCIO, commento *sub art. 150 nel Commentario alla legge fallimentare* diretto da Cavallini, II, *Artt. 1234-215 e disposizioni transitorie*, Milano, 2010, p. 276, ove si sottolinea la duplice specialità del procedimento in parola: in primo luogo per attribuire la competenza al tribunale fallimentare in luogo del giudice di pace o del tribunale civile in composizione monocratica; in secondo luogo per attribuire la competenza al giudice delegato).

In ogni caso – chiarisce il Collegio – questa triplice via percorribile non vale a differenziare in modo apprezzabile la posizione della curatela rispetto a quella del sostituito organo amministrativo (o liquidatorio), “*realizzandosi così un fenomeno di semplice sostituzione (di tratto essenzialmente gestorio)*” senza “*dare vita a una posizione di diversità rilevante di terzietà*”: “*In effetti, la causa petendi rimane comunque identica, pur nel caso di utilizzo dello strumento che arricchisce i poteri del curatore*”.

(Su altri aspetti non toccati dalla pronuncia si v., (i) quanto all’onere probatorio e all’insufficienza delle annotazioni sul titolo o delle dichiarazioni rese in assemblea, DI CICCIO, commento, p. 277, ed agli orientamenti ivi citati, nonché Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 498 e ss., (ii) quanto al regime della responsabilità solidale dell’alienante azioni o quote non interamente liberate – in particolare alla sorte del beneficio di preventiva escussione e del termine di prescrizione/decadenza triennale – CAMPOBASSO, *Fallimento*, p. 532 e ss.; Trib. Torino, 26 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 1985 e ss.; IRRERA, commento *sub art. 150*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2197 e ss.; JORIO, *Il fallimento delle società*, in AMBROSINI, JORIO e CAVALLI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, vol. XI, t. II, Padova, 2009, p. 779; NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, p. 324 e ss.; ADIUTORI, commento *sub art. 150* in *La legge fallimentare dopo la riforma* a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, *Fallimento*, t. II, *Artt. 84-159*, Torino, 2010, p. 1973, (iii) quanto alla eccepibilità in compensazione da parte del socio di un credito da finanziamento in favore della società e (iv) all’esclusività del rimedio dell’opposizione *ex art. 645 c.p.c.* (cioè all’esclusione del reclamo *ex art. 26 l.fall.*), DI CICCIO, commento, pp. 280-281, (v) quanto alla decadenza del beneficio del

termine eventualmente apposto in favore dei soci dallo statuto, CAMPOBASSO, *Fallimento*, pp. 521 e 525-526, e infine (vi) quanto ai presupposti di esigibilità dei conferimenti, anche in confronto con la disciplina della liquidazione *volontaria*, CAMPOBASSO, *Fallimento*, p. 536 e ss., JORIO, *Il fallimento*, p. 780, e ADIUTORI, commento, p. 1974).

### **5. L'arbitrabilità della controversia in caso di opposizione del socio al decreto ingiuntivo emesso dal giudice delegato**

Dopo la superiore ricostruzione della disciplina dell'art. 150 l.fall. nel confronto con quella generale civilistica, la Corte si fa carico dell'eccezione che prima è stata ritenuta, a prima vista, come la più fondata ossia la questione della compatibilità, con la procedura fallimentare, di un giudizio arbitrale (ed in particolar modo di un giudizio arbitrale non già pendente ma da instaurarsi *ex novo*).

Questione – quella del rapporto fra arbitrato e fallimento – che – come osservato di recente (da CANALE, *L'arbitrato del curatore*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 18 e ss.) – affiora in un solo articolo della legge fallimentare (che solo parzialmente la tratta): l'83-bis, introdotto nel 2004 e poi trasfuso, immutato, nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza all'art. 192. La disposizione in parola, tuttavia, è ben distante dalla fattispecie di cui al caso che interessò la Cassazione, limitandosi questa a “*normare se e in che misura la procedura fallimentare sia vincolata all'accordo arbitrale (meglio, alla sola clausola compromissoria) esistente e al giudizio innanzi agli arbitri ormai ovviati*” e rimanendo invece del tutto carente “*il profilo dell'ammissibilità e dei limiti dell'arbitrato su liti che vedano parte una procedura fallimentare, della sorte e degli effetti del relativo giudizio arbitrale*” (così sempre CANALE, *L'arbitrato*, p. 18).

Nel caso di specie, infatti, si dà il caso di quello che l'autore ora citato ha definito “*l'arbitrato le curatore*” ossia “*il giudizio arbitrale che abbia avvio – o debba aver avvio, come nel caso di specie – per iniziativa del curatore o nei suoi confronti*”, cosa che può accadere in primo luogo “*quanto il curatore subentri in un contratto che preveda una clausola compromissoria*”, com'è il caso del contratto in cui egli – prima di ogni altro – *subentra*, quello di società (fallita).

Il Supremo Collegio parte dunque dalla considerazione generale per cui l'ammissibilità dell'arbitrato – di un nuovo arbitrato, nel senso ora chiarito – incontra un duplice limite, uno di natura sostanziale ed uno processuale: il primo sarebbe quello della disponibilità, per le parti del diritto fatto valere, scolpito negli artt. 806 c.p.c. e 34, c. 4, del d.lgs. n. 5/2003, ed il secondo quello della (eventuale) presenza di una speciale norma fallimentare che preveda una competenza esclusiva ed inderogabile del giudice fallimentare per le controversie inerenti un certo diritto, sia pure esso un diritto astrattamente compromettibile in arbitrato.

Con particolare riguardo al primo limite, la Corte nota che la *disponibilità del diritto*, in materia societaria, sia declinata tale da considerare come indisponibili quelle controversie “*che hanno a oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell’interesse collettivo dei soci o dei terzi*” (così Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772 e Cass., 30 settembre 2019, n. 24444, entrambe in *DeJure*): tuttavia, ad avviso dei giudici, il fatto che – in via generale – la disciplina dei conferimenti abbia come sfondo la tutela del(l’effettività del) capitale sociale e quindi – in definitiva – dei terzi non basta per ricondurre nel novero dei diritti indisponibili anche il diritto controverso nascente dall’opposizione del socio ad un decreto *ex art.* 150 l.fall. e ciò perché è la stessa disciplina del cd. socio moroso a consentire, quale possibile epilogo del procedimento *ex artt.* 2344 e 2466 c.c., l’esclusione del socio con volontaria riduzione del capitale sociale.

Infine, la Corte conclude nel senso della competenza arbitrale – cassando quindi la sentenza di primo grado impugnata – anche sulle scorta di una precedente pronuncia (la sopra citata n. 24444), nella quale, decidendo di una controversia del tutto analoga, pure si era riconosciuta la *socialità* della controversia (“*perché inscindibilmente correlata alla partecipazione e tramite essa al rapporto in base al quale è stata assunta la deliberazione di aumento di capitale da parte della società*”) ed il suo avere ad oggetto diritti disponibili, “*siccome attinente al credito della società e al debito (individuale) del socio*” (si v. inoltre, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2018, n. 28533, e 10 marzo 2020, n. 6771, in materia di clausola compromissoria, prevista dallo statuto del consorzio cui la società fallita aveva aderito, e di azione per risarcimento dei danni proposta dal curatore nei confronti delle altre società consorziate, Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2019, n. 25476, riguardo l’inopponibilità della clausola arbitrale alla curatela fallimentare nell’esercizio dell’unitaria azione *ex art.* 146 l.fall.). Ed in dottrina, del resto, proprio con riguardo al caso del giudizio sorto in esito ad opposizione *ex art.* 150, c. 2, l.fall., nemmeno si era mai dubitato di queste conclusioni: da ultimo CANALE, *L’arbitrato*, p. 24, nt. 33, ove si cita ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, 2, p. 4, che sua volta rinvia a VINCRE, *Fallimento e arbitrato rituale (premesse per uno studio)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 741 (*contra* si v. invece JORIO, *Introduzione*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, sezione *Diritto commerciale* diretta da Cagnasso e Cottino della *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, Torino, 2016, p. 13, e, per una posizione intermedia, BONFATTI, *Versamenti dei soci e competenza del giudice*, nota a Cass., 14 settembre 1999, n. 9803, in *Fall. e le altre proc. conc.*, 2000, p. 771 e ss.).