

CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – II EDIZIONE

Prof. Avv. Matteo De Poli

Studio De Poli per Amici di Adamitullo

Se si mira ad ottenere il **riconoscimento dei crediti formativi**, collegarsi utilizzando il proprio nome e cognome (e non soprannomi o simili) e mantenere la connessione al webinar per tutta la durata dell'incontro.

Sempre ai fini della corretta attribuzione dei crediti formativi, appena si avrà accesso a ciascun webinar, scrivere nella chat di Zoom un messaggio con le seguenti informazioni:

- i) nome e cognome;
- ii) qualifica (avvocato/commercialista);
- iii) ordine di appartenenza;
- iv) codice fiscale;
- v) numero di tesserino.

Le informazioni inviate verranno lette solo dagli organizzatori e saranno comunicate ai rispettivi ordini professionali di appartenenza.



CINQUE CASI DI DIRITTO SOCIETARIO – II EDIZIONE

SUPER SOCIETÀ E FALLIMENTO

WEBINAR – 22 OTTOBRE 2021

Prof. Avv. Matteo De Poli

Studio De Poli per Amici di Adamitullo



INDICE

1. Il caso
2. Prolegomeni
3. Le questioni, di massima
4. Messa a fuoco dei concetti più rilevanti per la soluzione del caso
5. La normativa rilevante
6. SSDF ed istituti affini per la giurisprudenza: 1) chiarimenti preliminari
7. Continua: 2) il fallimento... in famiglia
8. Ancora: 3) Il problema della competenza assembleare ex art. 2361 c.c.
9. Risposta al quesito
10. Domanda di controllo
11. Di cosa parliamo venerdì?
12. Q&A

IL CASO

IL CASO

La curatela fallimentare di X srl propone istanza di estensione del fallimento ex art. 147 l. fall., a

- i)* Y srl (società riferibile al signor A),
- ii)* al signor A, nella sua qualità di socio di X e di impresa individuale – holding,
- iii)* alla società occulta sussistente tra A, la moglie B, la figlia C, e Y srl,
- iv)* ai soci illimitatamente responsabili di detta società irregolare ed occulta.

Il Fallimento afferma che X srl è eterodiretta da A la cui attività all'esterno celava però una società irregolare occulta tra questi, i suoi familiari e Y srl da cui deriva la responsabilità ex art. 2497 c.c. nei confronti dei creditori sociali per il danno arrecato all'integrità patrimoniale di X srl. Si prendono le difese di Y srl e di A, ricordando che Y srl non aveva quote di partecipazioni in X srl, né viceversa, e che Z, invece, esercitava direzione e coordinamento verso X srl in quanto titolare del 70% del capitale sociale.

PROLEGOMENI

PROLEGOMENI

“ ... la tendenza ad ammettere l'estensione del fallimento appare tanto marcata da suggerire la battuta secondo cui si rischia il coinvolgimento per il solo fatto di essere stati visti a prendere il caffè con un imprenditore poi fallito” (F. DI SABATO)

LE QUESTIONI, DI MASSIMA

LE QUESTIONI, DI MASSIMA

Sono fondamentalmente queste:

- I presupposti per configurare una società di fatto (anche «sdf») con un soggetto già fallito;
- L'ammissibilità di una sdf tra un soggetto fallito società di capitali ed una o più società di capitali o persone fisiche.

MESSA A FUOCO DEI CONCETTI
PIÙ RILEVANTI PER LA
SOLUZIONE DEL CASO

MESSA A FUOCO DEI CONCETTI PIÙ RILEVANTI PER LA SOLUZIONE DEL CASO

La super-società di fatto (SSDF)

- Termine di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale;
- Requisiti: a) un fondo comune; b) l'esercizio in comune dell'attività di impresa, c) la partecipazione ai risultati economici dell'attività in termini di utili o di perdite ; d) l'*affectio societatis*, o l'intenzione di vincolarsi e di collaborare per il conseguimento di risultati comuni, conformi all'interesse dei soci.
- Elementi indiziari: a) rilascio sistematico di fideiussioni, b) concessione di garanzie ipotecarie; c) erogazione di finanziamenti; d) incasso di assegni e utilizzazione di altre forme di liquidità d'impresa.

SULLE DIFFERENZE TRA SSDF E HOLDING DI FATTO (HDF)

- **SSDF** = i soggetti che la compongono mirano a perseguire un comune interesse. Le entità che partecipano al sistema della super-società si collocano l'una “a latere” dell'altra, svolgendo attività autonome ma comunque connesse dalla medesima finalità.
- **HDF** = le persone fisiche che hanno il controllo (anche di fatto) di una società e perseguono il proprio interesse, agiscono quali holders, non quali componenti di una SSDF.
 - Se dall'attività di controllo svolta in modo abusivo deriva il fallimento della controllata, allora è possibile che venga dichiarata anche l'insolvenza della controllante se soci e creditori non sono stati soddisfatti dalla società sottoposta a direzione e coordinamento. Si tratta di responsabilità non automatica, perché l'holder risponde limitatamente ai propri debiti (responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c.), **non patrimoniale**;
 - Per dichiarare il fallimento di HDF occorre che l'attività di direzione abusiva sia stata svolta con stabilità, professionalità ed organizzazione tipiche dell'imprenditore commerciale.

LA NORMATIVA RILEVANTE

ART. 147 L.F.

“La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.

Il fallimento dei soci di cui al comma primo non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.

Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, deve disporre la convocazione a norma dell'articolo 15.

Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi.

Allo stesso modo si procede, qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile.

Contro la sentenza del tribunale è ammesso reclamo a norma dell'articolo 18.

In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l'istante può proporre reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 22”.

ART. 2361 C.C.

“L’assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l’oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l’oggetto sociale determinato dallo statuto.

L’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio”.

LA SSDF PER LA GIURISPRUDENZA: 1. CHIARIMENTI PRELIMINARI

SOCIETÀ DI FATTO, SOCIETÀ APPARENTE E LEGITTIMO AFFIDAMENTO DEI TERZI

Cass. 22/2/2008, n. 4529: “L’esistenza del rapporto sociale, anche ai fini della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile a norma dell’art. 147 l. fall., può risultare da indici rivelatori, allorquando essi, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell’attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali; la società di fatto, ancorché non esistente nei rapporti fra i soci, può infatti apparire esistente di fronte ai terzi, quando due o più persone operino in modo da ingenerare l’opinione che essi agiscano come soci, suscitando il legittimo affidamento sull’esistenza della società, affidamento che, per il principio di tutela della buona fede dei terzi e dell’apparenza del diritto, attribuisce a coloro che si comportino esteriormente come soci, la responsabilità solidale per le obbligazioni assunte, come se la società esistesse”.

SOCIETÀ REGOLARE, APPARENTE, OCCULTA: LE SITUAZIONI “ANOMALE” E “ALTERNATIVE”

Cass. 13/9/2021, n. 24633 “Al fine dell’applicazione della L. Fall., art. 147, è sufficiente il riscontro, oltre che della situazione normale di una società che esista nella realtà e come tale operi nei rapporti con i terzi, anche delle situazioni anomale costituite dalla società meramente apparente nei confronti dei terzi, pure se inesistente nei rapporti interni, e dalla società occulta, cioè realmente esistente, ma non esteriorizzata. Queste due ultime situazioni, peraltro, in relazione alla diversità di presupposti, si pongono su un piano alternativo. Ne consegue che l’estensione del fallimento di un imprenditore individuale ad altro soggetto, previo riscontro di una società di fatto, non può essere contraddittoriamente giustificata in base al contemporaneo accertamento, in detto soggetto, della qualità di socio apparente e di socio occulto”.

LA PROVA DELLA SOCIETÀ DI FATTO

Cass., Sez. Un., 6/2/2015, n.2243: “Per poter considerare esistente una società di fatto, anche in sede fallimentare, non occorre la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione [...] di un comportamento, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato e incolpevole, di agire come soci, atteso che, nonostante l’inesistenza dell’ente, per il principio dell’apparenza del diritto a tutela della buona fede dei terzi, coloro che si comportano esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse; cionondimeno, un conto è aver dimostrato l’esistenza di una società di fatto, altro è considerare dimostrata la specifica partecipazione a detta società di un singolo collaboratore dichiarato fallito per estensione”.

FALLIMENTO IN ESTENSIONE E ACCERTAMENTO DELLO STATO DI INSOLVENZA

- Cass. 13/6/2016, n.12120: *“Accertata l’esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società a responsabilità limitata, il fallimento in estensione di queste ultime costituisce una conseguenza ex lege prevista dall’art. 147, co. 1, R.D. n. 267 del 1942 senza necessità dell’accertamento della loro specifica insolvenza”*, mentre
- l’insolvenza della SSDF presenta **carattere autonomo** rispetto all’insolvenza di uno o più soci, potendo quest’ultima costituire un mero fatto indiziante, sicché si deve provare una «autonoma e affatto propria insolvenza» della super-società alla quale si può *“giungere anche eventualmente muovendo, quale fatto indiziante, dalla rilevazione dell’insolvenza di uno o più soci, ovvero del socio cui era inizialmente imputabile l’attività economica, ma senza alcuna automatica traslazione ovvero dogmatico esaurimento in esse della prova richiesta, come per tutti gli insolventi fallibili, dall’art. 5 legge fall.”* (Cass. 12120/2016).

SUL RILASCIO DI GARANZIE COME INDICE RIVELATORE DELLA SOCIETÀ DI FATTO

Trib. Napoli Nord 19/4/2017: “La mera prestazione di garanzie fideiussorie è un indice non univoco dell’esistenza di una società. Infatti, le fideiussioni di per sé non sono sufficienti a costituire la prova dell’esistenza di un rapporto sociale, perché fideiussioni o finanziamenti in favore dell’imprenditore non sono idonei ad evidenziare il rapporto sociale fra quest’ultimo ed il garante, ma possono soltanto costituire indici rivelatori del rapporto stesso, allorquando per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto, siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell’attività dell’impresa, qualificabile come una collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali”.

SULL'IMPRENDITORE OCCULTO E L'AMMINISTRATORE DI FATTO

Tribunale Napoli Nord, 19/4/2017: *“Per la configurabilità dell'imprenditore “occulto”, nell'ambito della società di capitali, è necessaria la presenza degli elementi caratteristici della titolarità d'impresa, elementi afferenti il potere gestorio e la responsabilità patrimoniale. Una corretta interpretazione dell'art. 147 l. fall. esclude dall'area dell'imprenditore occulto l'istituto dell'amministratore di fatto di società di capitali, atteso che per la configurabilità dell'imprenditore occulto non è sufficiente l'esistenza di un penetrante potere di ingerenza nella gestione della società tramite il compimento diretto di atti gestori ovvero tramite il condizionamento vincolante dell'operato degli amministratori di diritto, ma è necessario che dall'attività derivino anche conseguenze economiche dirette, in termini di rischi, utili e perdite, nel suo patrimonio (come nel caso di prestazione di fideiussione con rinuncia al diritto di regresso nei confronti della società; finanziamenti infruttiferi, apporto di nuova finanza nel concordato preventivo). Parimenti, l'art. 147, comma 5, l. fall., con la locuzione “impresa riferibile”, esprime il concetto di “imprenditore occulto” che va tenuto distinto rispetto a quello di “direzione e coordinamento” contemplato dagli artt. 2497 e ss. c.c.”.*

SOCIETÀ DI FATTO HOLDING OCCULTA E IRRILEVANZA DELLA SPENDITA DEL NOME

In un caso in cui il Fallimento di Alfa S.r.l. aveva chiesto dichiararsi il fallimento del signor N.A., assumendo che quest'ultimo, senza essere socio od amministratore della società, aveva posto in essere una serie di operazioni che comportavano la sua posizione di dominio su Alfa, che era stata in tal modo pesantemente svuotata, Cass. 7/7/2017, n. 16846 ha affermato: *“In presenza di società di fatto è irrilevante accertare se vi sia stata, o meno, spendita del nome quando si tratti di società occulta, ovvero si verta in tema di responsabilità da direzione abusiva ex articolo 2497 del c.c. Nelle società di fatto holding il problema della spendita del nome si pone al fine di stabilire la fallibilità della società di fatto in ragione della sua specifica responsabilità imprenditoriale per le obbligazioni assunte, non anche la esistenza della società medesima. Tuttavia, allorquando la società di fatto risponda ai canoni della “società occulta”, non ha senso porsi il problema della spendita del nome, ai fini del riconoscimento della sua esistenza e operatività. Alla stessa conclusione deve giungersi anche quando alla base della insolvenza della società di fatto vi è un credito risarcitorio ex articolo 2497 del c.c. Infatti, chi esercita l’attività di direzione e coordinamento in modo illecito, approfittando e abusando dei poteri di direzione e eludendo per fini propri i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, risponde non di obbligazioni derivanti da un agire negoziale, in questo senso contratte direttamente (e per le quali potrebbe in astratto valere un problema di spendita del nome), ma di obbligazioni appunto risarcitorie. Trattandosi di responsabilità di tipo esclusivamente risarcitorio (extracontrattuale) per i danni arrecati dalla attività di direzione abusiva non si pone e non può porsi un problema di esteriorizzazione, non essendosi innanzi a obbligazioni volontarie”.*

SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 147, 5° CO., ALLA SOCIETÀ DI CAPITALI FALLITA

Cass. 13/1/2021, n. 366 “Il focus dell’art. 147, comma 5, l.fall. non appare diretto verso una o altra forma di esercizio dell’attività di impresa (individuale o, per contro, collettiva), ma è volto piuttosto verso l’ipotesi in cui - una volta dichiarato il fallimento di un singolo - emerga che, invece, si tratta di una impresa riferibile ad una società. Pertanto, non vi è alcuna ragione che, nell’ipotesi disciplinata dalla citata norma, possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendo o non ammettendo il fallimento di una società che risulti socia di fatto di una società irregolare a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo”. (Conf.: Cass.17/4/2020, n. 7902)

SULL'IMPOSSIBILITÀ DI ESTENDERE IL FALLIMENTO AL SOGGETTO ESERCENTE DIREZIONE E COORDINAMENTO

Cass. 17/4/2020, n. 7903. “L’art. 147, comma 5, l.fall. trova applicazione non solo quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l’impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto tra il fallito ed uno o più soci occulti, ma, in virtù di sua interpretazione estensiva, anche laddove il socio già fallito sia una società, anche di capitali, che partecipi, con altre società o persone fisiche, ad una società di persone (cd. supersocietà di fatto) - non assoggettata ad altrui direzione e coordinamento - la cui sussistenza, però, postula la rigorosa dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che dev’essere conforme, e non contrario, all’interesse dei soci, dovendosi ritenere che la circostanza che le singole società perseguano, invece, l’interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo, anche solo di fatto, costituisca, piuttosto, una prova contraria all’esistenza della supersocietà di fatto”.

Conf. Cass. 20/5/2016, n.10507: “L’art. 147 legge fall. non si presta all’estensione al dominus (società o persona fisica) dell’insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all’estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)”.

2. CONTINUA: IL FALLIMENTO... IN FAMIGLIA

IL FALLIMENTO IN FAMIGLIA: LE “MANIFESTAZIONI ESTERIORI RIVELATRICI DEL RAPPORTO SOCIALE”

Cass. 28/10/2019, n. 27541: *“In tema di estensione del fallimento del titolare dell’impresa individuale agli altri componenti della famiglia, l’esistenza del contratto sociale può essere desunta, oltre che da prove [...] riguardanti i suoi requisiti (“affectio societatis”, costituzione di un fondo comune, partecipazione agli utili ed alle perdite), anche da **manifestazioni esteriori** che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, siano **rivelatrici**, per il loro carattere di sistematicità e concludenza, **delle componenti del rapporto societario**, tra le quali particolare significatività può riconoscersi ai rapporti di finanziamento e di garanzia che siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell’attività dell’impresa per il raggiungimento degli scopi sociali”*.

CONTINUA: SUL RUOLO DELL' *AFFECTIO FAMILIARIS*

Trib. Taranto sez. fall. 18/11/2015: *“Anche se l'affectio familiaris non è condizione sufficiente a connotare l'affectio societatis nei confronti dei terzi, dal contesto probatorio può trarsi il ragionevole convincimento dell'esistenza di una società di fatto e l'assoggettabilità al fallimento in estensione anche dei familiari che: abbiano prestato plurime garanzie personali e reali per le obbligazioni aziendali, stipulato numerosi contratti di mutuo e finanziamento al fine di garantire liquidità all'impresa dichiarata fallita, gestito alcuni affari dell'impresa fallita, usufruito dei ricavi aziendali su propri conti bancari, partecipato agli utili e alle perdite dell'impresa fallita e, infine, costituito, col fallito, una società a responsabilità limitata con il medesimo oggetto sociale dell'impresa fallita, facendola subentrare nei contratti di locazione e attivandola pochi mesi prima della cessazione dell'attività dell'impresa individuale, rendendo il sodalizio altresì acquirente delle attrezzature e delle merci riconducibili all'impresa individuale in decozione”.*

CONTINUA: SU *AFFECTIO FAMILIARIS* E SOCIETÀ DI FATTO

Cass. 16/6/2010, n.14580: *“Ai fini dell’estensione del fallimento del titolare dell’impresa familiare agli altri componenti della stessa è necessario il positivo accertamento dell’effettiva costituzione di una società di fatto, attraverso l’esame del comportamento assunto dai familiari nelle relazioni esterne all’impresa, al fine di valutare se vi sia stata la spendita del nomen della società o quanto meno l’esteriorizzazione del vincolo sociale, l’assunzione delle obbligazioni sociali ovvero un complessivo atteggiarsi idoneo ad ingenerare nei terzi un incolpevole affidamento”*.

NB: Quanto alla spendita del nome, questo indirizzo è **opposto** rispetto a Cass. 16846/2017; cionondimeno l’adesione a questa tesi accorda una tutela al familiare contro il rischio dell’estensione del fallimento quando è mancata l’esteriorizzazione del vincolo.

3. IL PROBLEMA DELLA COMPETENZA ASSEMBLEARE EX ART. 2361 C.C.

SPA O SRL E DELIBERA ASSEMBLEARE EX ART. 2361 C.C.

App. Catania, 5/8/2020, n. 1460: *“È ammissibile la dichiarazione di fallimento di una società di fatto tra una società di capitali e una persona fisica e se la società di capitali, già dichiarata fallita, ha esercitato attività imprenditoriale con un altro soggetto, sia esso una persona fisica o altra società, **senza delibera assembleare che avesse autorizzato tale attività**, potrà estendersi il fallimento alla società occulta, successivamente scoperta e ai suoi soci, ai sensi dell’art. 147, comma 5, l. fall. [...] non potendosi giustificare un trattamento normativo differenziato a seconda che il socio già dichiarato fallito sia un imprenditore individuale o collettivo”*.

Contra, Trib. Como 7/05/2015: *“La configurabilità di una società di fatto composta da società di capitali e società di persone può essere ammessa solo nei limiti di cui all’art. 2361 c.c. ovvero solo in presenza di deliberazione assembleare e di espressa indicazione nella nota integrativa del bilancio: ove manchi la prova della sussistenza di tali condizioni l’istanza di fallimento in estensione alla società di persone deve essere rigettata”* (v. anche Trib. Bergamo 19/3/2015).

SULL'ESIGENZA DELLA DELIBERA ASSEMBLEARE NELLE SRL

Cass. 13/6/2016, n. 12120: “In presenza di una società di persone irregolare insolvente, della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da s.r.l., il fallimento in estensione di queste ultime è una conseguenza prevista “ex lege” dall’art. 147 l. fall., senza che sia necessario accertarne la specifica situazione di insolvenza, e ciò anche nel caso in cui la partecipazione alla società di fatto sia stata assunta in assenza di previa deliberazione da parte dell’assemblea, dal momento che la disposizione di cui al comma 2 dell’art. 2361 c.c. è dettata in via esclusiva per le s.p.a.”.

Cass. 21/1/2016, n. 1095 : “La partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell’art. 2361, comma 2, c.c., dettato per le società per azioni, e costituisce un atto gestorio proprio dell’organo amministrativo, il quale non richiede - almeno allorché l’assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell’oggetto sociale [...] - la previa decisione autorizzativa dei soci, ai sensi dell’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.”.

RISPOSTA AL QUESITO

DOMANDA DI CONTROLLO PER ACCREDITAMENTO
LA CASSAZIONE RITIENE APPLICABILE ALLA SRL L'ART.
2361 C.C.

RISPONDERE IN CHAT ESCLUSIVAMENTE AI PANELIST SCRIVENDO
SOLO VERO O FALSO

Q&A

GRAZIE PER LA PARTECIPAZIONE!

Le *slides* saranno disponibili su www.studiodepoli.eu

Ci vediamo venerdì 29 ottobre alle 14.30, per discutere di
Cancellazione della società e sopravvenienze

