

L'interpretazione dell'art. 147 co. 5 l.f. esclude dall'area dell'imprenditore occulto l'istituto dell'amministratore di fatto di società di capitali

Tribunale Santa Maria Capua Vetere, decr. 15 gennaio 2015 – Pres. Est. Arminio Salvatore Rabuano.

Società di capitali – Competenze degli amministratori – Limiti ai poteri degli amministratori – Opponibilità ai soci e ai terzi – Sussistenza.

Società di capitali - Art. 2361 cod. civ. - Partecipazione di società di capitali alle società di persone – Competenza assembleare - Mancanza delibera - Rilevabilità d'ufficio - Esclusione.

Fallimento delle società - Società di capitali - Estensione del fallimento ex art. 147 l.f. – Interpretazione analogica – Criteri.

Società di capitali – Imprenditore occulto – definizione e elementi - Applicabilità.

Fallimento delle società - Società di capitali – Estensione del fallimento ex art. 147 l.f. - Criteri ex art. 3 Cost. - Responsabilità imprenditore occulto – Responsabilità ex artt. 2497 e ss. cod. civ. - Responsabilità amministratore di fatto – Differenze.

Il sistema delle società di capitali è strutturato in modo che gli amministratori, che detengono i poteri di gestione della società, siano soggetti a regole che mirano ad assicurare la tutela dell'integrità del patrimonio sociale, nell'interesse dei soci e dei creditori.

Il combinato disposto degli artt. 2361 cod. civ. e 111 duodecies disp. att. cod. civ., in ragione degli effetti che derivano per la società di capitali dall'acquisizione della partecipazione in una società di persone, effetti rappresentati dall'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni gravanti sulla società acquisita, rappresenta un limite legale al potere degli amministratori riservandone la determinazione ai soci in sede assembleare e impone l'informativa per i creditori sociali tramite la nota integrativa, la cui violazione ne precluderebbe la riferibilità o imputabilità giuridica, non dei singoli atti compiuti, ma dell'attività d'impresa unitariamente considerata, intesa come coordinamento temporale e funzionale dei singoli atti, ed effettivamente svolta dagli amministratori.

L'art. 2361 cod. civ., quindi, è una norma che riserva all'organo assembleare la competenza alla formazione della volontà

societaria di esercitare attività d'impresa secondo lo schema della società di persone. Le delibere implicite sono inammissibili nell'ordinamento delle società per azioni e la mancanza della delibera è rilevabile d'ufficio.

Il criterio interpretativo della lettura costituzionalmente orientata della norma è diretta a precisare il significato precettivo di un enunciato letterale di ampio contenuto modulandone lo spettro applicativo, quindi, a livello metodologico non appare corretta l'utilizzazione di questo canone ermeneutico per applicare la norma ai casi da essa espressamente esclusi, rispetto ai quali, invece, deve essere utilizzato il canone dell'interpretazione analogica fondata sul meccanismo della "ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio in eadema ratio" e, quindi, sulla ricerca della ragione che ha ispirato il legislatore nella formulazione della disposizione. Pertanto, l'applicazione dell'art. 147, co. 5, l.f., ai casi di preventiva dichiarazione di fallimento di società di capitali per la sua estensione al soggetto al quale è "riferibile l'impresa", impone un'attività ermeneutica diretta alla ricerca della ratio della norma e degli interessi perseguiti dal legislatore, con la successiva verifica dell'esistenza delle medesime esigenze nei casi non rientranti nell'enunciato letterale della disposizione.

Con l'espressione "imprenditore occulto" si fa riferimento all'orientamento teorico secondo cui, nell'ordinamento del diritto d'impresa, il criterio per l'acquisto della qualità di imprenditore e per la riferibilità dell'attività d'impresa non è il canone formale della spendita del nome ma quello sostanziale della titolarità effettiva dell'attività economica. Il legislatore ha affermato la fallibilità di una società e, quindi, di un imprenditore collettivo, del quale non è mai stato speso il nome nell'esercizio dell'intrapresa economica e che è, quindi, occulto cioè è titolare effettivo dell'attività d'impresa, con i relativi elementi caratterizzanti ossia quelli afferenti il potere gestorio e la responsabilità patrimoniale.

La distinzione della figura dell'imprenditore occulto richiamata dall'art. 147 co. 5 l.f. rispetto al fenomeno del gruppo societario contemplato dagli artt. 2497 e ss. c.c. concerne il profilo sia gestorio sia economico: sotto il primo profilo, nel fenomeno del gruppo societario, si assiste a un potere di direzione unitaria che influenza la fase gestoria della società eterodiretta, con la facoltà degli amministratori, tuttavia, di adottare in piena autonomia una decisione difforme, invece, nel fenomeno contemplato dall'art. 147 co. 5 l.f., è previsto il potere dell'imprenditore o società "occulta" di compiere direttamente gli atti di gestione ovvero di condizionare in modo vincolante il compimento degli stessi da parte di colui che solo formalmente è il titolare dell'impresa; sotto il profilo economico, nel fenomeno del gruppo societario le

conseguenze economiche delle decisioni gestorie delle singole società non hanno una conseguenza diretta, in termini di profitti e perdite nel patrimonio delle società titolare del potere di direzione unitario, diversamente da quanto accade per l'imprenditore "occulto".

Il canone di interpretazione fondato sulla ragionevolezza, che ha il proprio fondamento nell'art. 3 Cost, induce a sostenere che l'estensione del fallimento, quindi, l'attivazione di una procedura esecutiva concorsuale per l'operare della responsabilità patrimoniale diretta con il superamento dello schermo societario possa conseguire solo rispetto a forme di ingerenza più penetrante nella gestione dell'impresa. Ne deriva che l'interpretazione dell'art. 147 co. 5 l.f. 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 i nuova finanza nel concordato preventivo).

(Massime a cura di Luca Caravella - Riproduzione riservata)

IL TRIBUNALE DI
SANTA MARIA CAPUA VETERE
III Sezione Civile

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

Dr. A. S. RABUANO Presidente rel./est.

Dr.ssa E. MERCURIO Giudice

Dr.ssa M. A. SABATINO Giudice

ha pronunciato il presente

DECRETO

Oggetto: ricorso ex art. 147 co. 5 L.F.

nel procedimento n. 395/14, su ricorso presentato:

da curatela del fallimento Azienda Agricola T. s.p.a., in persona dell'Avv.omissis;

per ottenere la dichiarazione di fallimento di:

Gra. G., omissis;

RESISTENTE SA. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;

Mo. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;

RESISTENTE Edil. Edilizia Ca. s.r.l., in persona del r.l.p.t. omissis;

RESISTENTE Società Agricola R.R. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;

RESISTENTE Na.. Società Agricola s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;

RESISTENTE K. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;

RESISTENTE Fattorie del Ma. Società s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE Latterie del Ma. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE T.D. s.r.l. in liquidazione, in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE Gia. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE Al. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE Fattoria d.L. s.r.l. in liquidazione, in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE Società Agricola del Ma. s.r.l., in persona del r.l.p.t., omissis;
RESISTENTE

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il ricorso di fallimento e il decreto di convocazione ex art. 15 R.D. 267/42 del tribunale sono stati notificati regolarmente, nel rispetto della procedura regolata dall'art. 15 cit., al Gra. e alle società rispetto alle quali la curatela del fallimento Azienda Agricola T. s.p.a. (da ora A.A.T. s.p.a.) ha domandato la declaratoria di estensione del fallimento.

Con il ricorso introduttivo, la curatela del fallimento A.A.T. s.p.a. ha dedotto che la fallita è socia illimitatamente responsabile di una società di fatto denominata "Gruppo Gra.", la cui compagine societaria sarebbe costituita da Gra. G., SA. s.r.l., Mo. s.r.l., Edil. Edilizia Ca. s.r.l.; Fattoria d.L. s.r.l. in liquidazione, Società Agricola del Ma. s.r.l., Società Agricola R.R. s.r.l., Na. Società Agricola s.r.l., Kali s.r.l.; Fattorie del Ma. s.p.a.; Latterie del Ma. s.r.l., T.D. s.r.l.; Gia. s.r.l. e Al. s.r.l.

È stato rappresentato che dal 2008 sono stati compiuti una pluralità atti diretti a "una distribuzione interna delle attività tra le società del cd. Gruppo Gra. costituenti la società di fatto e diretti a far divenire la società fallita" titolare di: a) un ramo di azienda avente a oggetto il commercio di prodotti alimentari nei territori dell'Italia meridionale, isole comprese. Con scrittura privata autenticata dal notaio L. del 12.11.08, reo. 69938, racc. 19484, registrato a Caserta il 20.11.08 al n. 9547, la società K. s.r.l., in persona dell'a.u., Z. Nicola, trasferiva alla società A.A.T. s.p., il ramo di azienda avente a oggetto il commercio di prodotti alimentari nei territori dell'Italia meridionale, isole comprese verso il corrispettivo di euro 37.401,07 che le parti dichiaravano essere stato pagato precedentemente all'atto; b) un'azienda avente a oggetto la prestazione di servizi di logistica, trasporto e stoccaggio. Con atto per notaio L. del 12.11.08, rep. 69943, racc. 19488, registrato a Caserta il 20.11.08 al n. 9548, la società T.D., in persona dell'a.u., V. Vincenzo, trasferiva all'A.A.T. s.p.a. l'azienda avente a oggetto la prestazione di servizi di logistica, trasporto e stoccaggio verso il corrispettivo di euro 30.000, che le parti dichiaravano essere stato pagato in precedenza.; c) un ramo di azienda avente a oggetto la produzione di latte bovino e bufalino. Con atto per notaio L. del 4.12.08, rep. 70029, racc. n. 19555, registrato a Caserta il 15.12.08 al n. 10301, la società Mo. s.r.l., in persona dell'a.u., S. G., trasferiva all'A.A.T. s.p.a., il ramo di azienda avente a oggetto al produzione di latte bovino e bufalino corrente in Gioia Sannitica, verso il corrispettivo di euro 134.291,69, da versarsi in dodici rate mensili. Il contratto prevedeva il subentro della cessionaria in tutti i contratti stipulati dalla cedente per l'esercizio dell'impresa e, in particolare, in tutti i rapporti contrattuali che consentissero l'utilizzo delle "quote latte"; d) un ramo di impacchettamento del latte. Con scrittura privata del 28.09.09 la società A.A.T. s.p.a. acquistava dalla società Latterie del Ma. s.r.l. 4

marchi, tra cui “F.M.”, verso il corrispettivo di euro 2.700.000,00. Tuttavia, l’Agenzia delle Entrate, nel riscontrare un’irregolarità nella autoliquidazione dell’imposta, notificava l’avviso di liquidazione n. 09/IT/008001/000/2001, evidenziando che con varie scritture, datate 31.12.2008, la società A.A.T. s.p.a. aveva acquistato dalla società Latterie del Ma. s.r.l. tutta la merce in giacenza nello stabilimento sito in Gioia Sannitica, aveva preso in affitto per 20 anni gli impianti ed apparati industriali siti in Gioia Sannitica e che “gran parte del personale () era stato dirottato da una società all’altra”.

La curatela del fallimento A.A.T. s.p.a. ha dedotto che, successivamente, erano stati compiuti una serie di atti diretti a distribuire nuovamente, all’interno delle società costituenti la società di fatto, le attività commerciali inizialmente concentrate nella società A.A.T. s.p.a. in particolare: a) con atto per notaio L. del 23.03.11, rep. 73029, racc. n. 21582, registrato a Caserta il 28.03.11, n. 2856, la società A.A.T. s.p.a., in persona di dell’a.u., R. R., conferiva, con decorrenza dall’1.04.11, il ramo di azienda operante nel settore dell’allevamento del bestiame, “in pratica le mandrie nel 2014 pari ad oltre 2000 capi” alla società Agricola del Ma. s.r.l., già A.A.A. Azienda Agricola Al. s.r.l. Con lo stesso atto era stato redatto il verbale dell’assemblea dei soci dell’A.A.A. s.r.l., convocata con l’ordine del giorno che prevedeva: aumento del capitale sociale, modifica dell’oggetto sociale, modifica della denominazione sociale, riformulazione delle norme di funzionamento della società. Il capitale della A.A. Al. s.r.l. era composto da una quota di nominali euro 15.886,50 di Fattorie del Ma. s.p.a., e per la quota di nominali euro 51,00 di P. Italia. L’assemblea era costituita regolarmente con la presenza di tutti i soci, l’A.A.T. s.p.a., quale titolare del ramo d’azienda operante nel settore dell’allevamento del bestiame conferiva tale ramo nell’A.A. Al. s.r.l. Nel corso dell’assemblea era modificata la denominazione dell’A.A. Al. in Società Agricola del Ma. Società a Responsabilità Limitata e modificato l’oggetto sociale che diveniva solo ed esclusivamente l’esercizio dell’attività di coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse. Si deliberava l’aumento del capitale sociale per euro 94.062,50, con il conferimento, da parte dell’A.A. T. s.p.a., in persona dell’a.u. R. R., del ramo di azienda alla Società Agricola del Ma. s.r.l., ramo di azienda avente un valore di euro 5.848.604,41, imputato per euro 94.062,50 a capitale sociale mentre la differenza del valore stimato andava a costituire apposita riserva del patrimonio netto; b) con scrittura privata del 2.01.14, rep. n. 75730, racc. 23536, con firma autenticata dal notaio L., la Società Agricola del Ma. s.r.l., vendeva alla NAT.Alì. s.r.l. n. 2.167 capi di bestiame per euro 1.959.220,00 oltre IVA. La società NAT.Alì s.r.l., con sede in Gioia Sannitica, località F. ha un capitale di euro 10.000, di cui euro 9.800,00 di Paola Gra., figlia di G. Gra., euro 100 del sig. L. Antonio ed euro 100 del sig. D. Vincenzo, questi due dipendenti rispettivamente di A.A. T. s.p.a. e Società Agricola del Ma. s.r.l.; c) con atto redatto dal notaio Pasquale L. di Caserta del 28.03.12, rep. 74161, racc. n. 22353, veniva costituita dall’a.u. A.A. T. s.p.a., R. R. e da G. Gra., la società F.R. di T. s.r.l., il cui a.u. nominato era G. Gra., con capitale sociale di euro 100.000. L’A.A. T. s.p.a. sottoscriveva l’intero capitale sociale, conferendo, a integrale liberazione dello stesso, il ramo di azienda costituito da un “centro zootecnico” e apprezzamenti di terreni agricoli, siti per la maggior estensione nel comune di C. e per la parte restante nel comune di P., costituente l’intero patrimonio immobiliare

della fallita del valore di oltre euro 8.000.000,00, il cui valore netto, stimato dal consulente nominato con decreto del 18.01.12 del tribunale di Santa Maria Capua Vetere, era di euro 179.904,44. Con atto del 5.04.12, rep. n. 74183, racc. 22373. L'A.A.T. s.p.a. trasferiva l'intera quota di partecipazione nella società s.r.l. F.R. di T. alla Società Agricola G. s.r.l., verso il corrispettivo di euro 2.581.400,00; d) con atto per notaio L. del 3.05.13, rep. 75140, racc. n. 23109, la A.A. T. s.p.a., in persona dell'a.u., R., stipulava contratto di affitto di azienda con la società Na., in persona dell'a.u. G. Gra.. Nella premessa dell'atto veniva specificato che la Na., con scrittura privata autenticata dal notaio L.. In data 2.05.13, registrata a Caserta il 3.05.13, al n. 3618, aveva affittato l'azienda produttiva agricola ad indirizzo zootecnico denominata "Azienda Agricola del Ma." destinata all'allevamento di bestiame, bovino e bufalino, da latte nonché alla produzione di latte crudo. Si aggiungeva che la Na.. era interessata ad affittare anche l'azienda della quale era titolare l'Azienda Agricola T. s.p.a. al fine di poter esercitare anche la connessa attività diretta alla manipolazione, conservazione, commercializzazione e valorizzazione del latte prodotto nell'azienda agricola condotta in fitto; e) in data 29.05.13, l'A.A. T. s.p.a., in persona dell'a.u., G. Gravante, ha presentato al tribunale di Santa Maria Capua Vetere istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 co. 6 L.F., specificando che la prosecuzione dell'attività, sino alla realizzazione del piano concordatario, era affidata a una New.Co, costituita con atto per notaio L. del 19.04.13, rep. 75101, racc. 23084, denominata Na.; f) con scrittura privata del 2.01.14, rep. n. 74730, racc. 23536, con firma autenticata dal notaio L., la società Agricola del Ma. s.r.l., di cui la fallita è socia per la quota di euro 94.113,50 su un capitale sociale deliberato, sottoscritto e versato di euro 115.000,00, vendeva alla Na.. s.r.l. n. 2167 capi di bestiame per euro 1.959.220,00 oltre IVA. La ricorrente ha dedotto che il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Santa Maria Capua Vetere, su richiesta del P.M., ha disposto il sequestro preventivo del ramo di azienda della T. s.p.a., oggetto di affitto in favore della Na.. nonché del ramo di azienda della T. s.p.a. oggetto di conferimento in favore della S.A.M. qualificandoli come fatti penalmente rilevanti ai sensi degli artt. 216 co. 1 n. 1 e 223 R.D. 267/42, precisando che "le operazioni di cessione dei rami aziendali assumono ancora più chiara valenza distrattiva ove siano considerate non di per sé sole ed isolatamente ma come segmenti di una unica condotta che ha di fatto privato la società di ogni possibilità di pratico funzionamento e nel contempo sottratto ai creditori l'intera garanzia reale". Parte ricorrente sottolineava che dalla contabilità della fallita e, specificamente, dal mastro di sottoconto relativo alla Nat.alì s.r.l., si ricava che quest'ultima società aveva provveduto nel novembre del 2013 a pagamenti di competenze dei dipendenti della fallita; g) con scrittura privata del 28.02.12 la società Latterie del Ma. s.r.l., in persona dell'a.u., G. S., trasferiva per euro 10.000 all'A.A. T. s.p.a., in persona dell'a.u. R. R., il contratto di locazione finanziaria n. 3081120081, sottoscritto in data 2.05.08 con la ICCREA Banca Impresa s.p.a. La curatela del fallimento A.A. T. s.p.a. ha dedotto che l'esistenza della società di fatto ovvero di "un gruppo societario riconducibile a un'impresa di fatto gestita dal sig. Gra. G.", composta dalla società fallita, da Gra. G., SA. s.r.l., Mo. s.r.l., Edil. Edilizia Ca. s.r.l.; Fattoria d.L. s.r.l. in liquidazione, Società Agricola del Ma. s.r.l., Società Agricola R.R. s.r.l., Na. Società Agricola s.r.l., Kali s.r.l.;

Fattorie del Ma. s.p.a.; Latterie del Ma. s.r.l., T.D. s.r.l.; Gia. s.r.l. e Al. s.r.l., si evince “dalla sostanziale identità delle sedi legali ed operative; dalla parziale identità delle compagini sociali; nonché dal ruolo di amministratore svolto di volta in volta nelle predette società dal Rag. Gra. o dai suoi parenti più stretti”.

L’esistenza di una società di fatto tra la società A.A.T. s.p.a. e le altre società del gruppo sarebbe dimostrata, secondo la ricorrente, dalle dichiarazioni del r.l. della società fallita che, nel ricorso ex art. 161 co. 6 L.F. del 29.03.13 promosso dinanzi al tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in un paragrafo dedicato al “Gruppo” aveva affermato che: “La T. rientra in un più complesso ed ambizioso progetto imprenditoriale che sotto il celebre marchio “Foreste Molisane” vede coinvolte numerose società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del latte e derivati attraverso le varie fasi, dall’allevamento del bestiame alla distribuzione su scala nazionale e internazionale del prodotto. L’Azienda Agricola T. s.p.a. cura esclusivamente la conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione del latte (l’attività industriale e commerciale). Tutte le società, preme sottolinearlo, sono direttamente o indirettamente controllate dalla SA. s.r.l. della quale figura socio unico il rag. G. Gra., vero motore dell’impresa e cui fa capo l’intero Gruppo”.

Il riferimento al “Gruppo Gra.” e al ruolo del Gra. era contenuto, ha precisato la ricorrente, anche in un’istanza depositata alla Procura della Repubblica, pervenuta informalmente al curatore con la quale la società Na. aveva chiesto di poter condurre in affitto la mandria oggetto di sequestro.

Nel ricorso ex art. 6 L.F. la curatela ha precisato che “l’esistenza della società di fatto può desumersi, altresì, da ulteriori elementi idonei a provare l’esistenza di molteplici rapporti finanziari ed economici intrattenuti tra le varie società riconducibili al Gra., tali da comportare una sostanziale commistione tra i patrimoni personali del Gra. e delle società costituenti la supersocietà di fatto, nonché la gestione unitaria delle risorse aziendali delle stesse” che erano analiticamente rappresentati nello stesso atto introduttivo.

In conclusione, il curatore del fallimento A.A.T. s.p.a. domandava: “Che Codesto Onorevole Tribunale, esaminati i motivi del ricorso e valutata la documentazione probatoria allegata, voglia ai sensi dell’art. 147 L. Fall., dichiarare esteso il fallimento della società istante alla società di fatto esistente tra la fallita, il Sig. Gra. G. e tutte o, in subordine, parte delle società di capitali amministrate e/o controllate e/o partecipate da quest’ultimo, e conseguentemente dichiarare il fallimento di tutti o, in subordine, di parte, dei predetti soci illimitatamente responsabili”; In via più gradata, dichiarare il fallimento del gruppo societario/holding, di cui la fallita è parte, costituito dalle società riconducibili all’imprenditore di fatto Gra. G., e conseguentemente dichiarare il fallimento in estensione del predetto Gra. G. nonché di tutte o, in subordine, di parte, delle società illimitatamente responsabili con la fallita”.

Si costituivano in giudizio G. Gra. e le società SA. s.r.l., Mo. s.r.l., Edil. Edilizia Ca. s.r.l., Società Agricola R.R. s.r.l., Na.. Società Agricola s.r.l., K. s.r.l., Fattorie del Ma. Società s.r.l., Latterie del Ma. s.r.l., T.D. s.r.l. in liquidazione, Gia. s.r.l., Al. s.r.l., i quali si difendevano, sostanzialmente, contestando in diritto, le deduzioni della curatela del fallimento A.A.T. e, sul piano dei fatti, escludevano l’esistenza, tra gli stessi, della prospettata società di fatto. Nel corso dell’istruttoria, hanno partecipato alle udienze

dinanzi al collegio tutte le parti costituite e, inoltre, i curatori delle società Fattoria d.L. s.r.l. in liquidazione e Società Agricola del Ma. s.r.l., dichiarate fallite con sentenze pronunciate dall'intestato tribunale dopo il deposito del ricorso introduttivo del presente processo.

All'udienza del 15.1.15, il tribunale, sentite le parti, si riservava per la decisione

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Domanda di estensione del fallimento dalla società A.A.T. s.p.a. alla società di fatto partecipata dalla società A.A.T. s.p.a., dalle società resistenti e da Gra.. Partecipazione di società di capitali alle società di persone. Esclusione.

La curatela del fallimento A.A.T. s.p.a. ha domandato, in via principale, al tribunale: "Voglia dichiarare esteso il fallimento della società istante alla società di fatto esistente tra al fallita, il Sig. Gra. G. e tutte o, in subordine, parte delle società di capitali amministrare e o controllate e/o partecipate da

quest'ultimo, e conseguentemente dichiarare il fallimento di tutti o, in subordine, di parte, dei predetti soci illimitatamente responsabili".

La domanda è infondata.

1.1. Il tribunale ritiene necessario procedere alla preliminare verifica della possibilità giuridica della partecipazione di una società di capitali a una società di persone, in assenza dei presupposti previsti dall'attuale testo dell'art. 2361 co. 2 c.c. (sottolinea la necessità dell'esame della questione evidenziata Corte Costituzionale con sentenza 276/14: "Tuttavia, nel sollevare la questione, il rimettente non si è preliminarmente interrogato sulla possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di fatto a fronte del disposto dell'art. 2361, comma 2, codice civile. Questo, infatti – a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 3 ottobre 2001, n. 366) – nel consentire alle società per azioni di assumere partecipazioni in imprese comportanti la responsabilità illimitata, stabilisce che tale assunzione sia deliberata dall'assemblea dei soci e che gli amministratori ne diano specifica informazione nella nota integrativa del bilancio. Ebbene, il giudice a quo non ha verificato la compatibilità di tale previsione con la possibilità per le società di capitali di partecipare a società di fatto la cui costituzione avviene per *facta concludentia*, prescindendo, dunque, da qualunque formalità. In particolare, il Tribunale non ha preso posizione in ordine alla discussa questione concernente le conseguenze del mancato rispetto degli adempimenti previsti dall'art. 2361, comma 2, cod.civ., se, cioè, l'assunzione di partecipazioni in società di persone sia comunque efficace, rilevando eventualmente solo sul piano interno alla società ai fini della configurabilità di una responsabilità degli amministratori, ovvero se tale mancanza precluda la stessa possibilità per una società per azioni di partecipare ad una società di fatto. Il rimettente non ha nemmeno accertato se la conclusione valida per le società per azioni, cui ha specificamente riguardo l'art. 2361 cod.civ., possa estendersi anche alle società a responsa

bilità limitata per le quali manca una analoga previsione espressa”).

Prima della riforma societaria del 2003 la questione della partecipazione di società di capitali a società di persone era risolta, in giurisprudenza, in senso negativo (cfr. SS.UU. 5636/88).

Il collegio ritiene che nel sistema normativo riformata dal D.Lgs 6/03 sia superata la questione dell'ammissibilità della partecipazione delle s.p.a. e delle s.r.l. alle società con soci a responsabilità illimitata.

L'art. 2361 c.c. relativamente alle società per azioni prevede che “1.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.2.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”.

L'art. 111 duodecies disp. att. c.c. prevede che “qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'articolo 2361, comma secondo, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'articolo 26 del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, ed in presenza dei presupposti ivi previsti”.(nello stesso senso cfr. trib. Torino 3.04.07, corte di Appello Venezia 10.12.11, corte di Appello Napoli 15.05.09; corte di Appello Bologna 11.06.08).

La norma in esame, in ragione degli effetti che derivano per la società di capitali dall'acquisizione della partecipazione in una società di persone, effetti rappresentati dall'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni gravanti sulla società acquisita, riserva la determinazione gestionale in esame ai soci in sede assembleare e impone l'informativa per i creditori sociali tramite la nota integrativa.

Nel dettaglio, l'art. 2361 è una norma che, nel prescrivere la previa determina assembleare, tutela i soci, riservandogli il diritto di poter decidere se effettuare un investimento che ha come conseguenza la sottrazione della porzione di patrimonio sociale investita nella partecipazione alle regole che disciplinano l'amministrazione e la formazione del bilancio della società di capitali.

La seconda parte della disposizione, rappresentata dall'enunciazione della partecipazione nella nota integrativa del bilancio, è dettata a tutela dei creditori sociali affinché essi possano avere contezza e controllare le effettive condizioni di rischio della società debitrice, inevitabilmente influenzate dalle condizioni della società di persone partecipata.

L'art. 2361 co. 2 prima parte c.c. prevede un limite legale e generale al potere gestorio degli amministratori delle società di capitali, che si giustifica poiché essa determina, come sottolineato in letteratura, un'alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali o comunque in presenza di operazioni che sono destinate ad incidere in modo rilevante sui diritti dei soci o sul valore della partecipazione e anche sull'organizzazione e sulla struttura della società

La questione che deve essere esaminata dal collegio è se la violazione delle norme che prescrivono determinate forme per la partecipazione della s.p.a. a una società di persone determini esclusivamente la responsabilità degli amministratori nei confronti della società ovvero incida sulla validità e/o efficacia, in parte qua, della partecipazione, *rectius* del contratto di società di persone.

Il problema evidenziato assume rilievo applicativo nel caso in esame atteso che la soluzione incide sulla configurabilità della partecipazione di una società di capitali a una società di fatto.

Secondo una prima tesi, che il tribunale condivide (cfr. corte di Appello Venezia 10.12.11: “Non è configurabile la costituzione di una società irregolare partecipata da società di capitali, in assenza della preventiva deliberazione assembleare di cui all'art. 2361, comma 2, c.c.: tale prescrizione normativa costituisce dunque un limite al potere gestorio degli amministratori imposto dalla legge, la cui violazione non può che riverberarsi sull'efficacia dell'atto medesimo, radicalmente inopponibile ai terzi. La relativa questione è rilevabile d'ufficio in sede di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento inerendo ai presupposti per l'assoggettabilità alla dichiarazione di fallimento di un'impresa esercitata in forma collettiva, e così al fatto costitutivo dell'istanza per dichiarazione di fallimento”; corte di appello Bologna 11.06.08: “Non può essere dichiarato il fallimento di una società di capitali in quanto socia di una società di fatto, se la partecipazione non sia stata preventivamente autorizzata dall'assemblea della società di capitali”; trib. Torino 4.4.07: “Deve ritenersi preclusa la partecipazione "di fatto" di una società di capitali ad una società di persone e ciò in quanto la mancanza di una delibera dei soci in tal senso e della relativa notizia nella nota integrativa al bilancio (art. 2361 cod. civ.) integrerebbero una violazione dei diritti dei soci e dei creditori della società a tutela dei quali è preposta la normativa sulla veridicità dei dati del bilancio e della nota integrativa () La società a responsabilità limitata può, al pari della società per azioni, partecipare ad una società di persone essendo l'art. 2361 c.c., 2° comma, applicabile in via analogica anche alle società a responsabilità limitata; Non è configurabile una società di fatto tra società di cui una o entrambe siano società di capitali”) l'art. 2361 co. 2 c.c. fissa la competenza esclusiva dell'assemblea rispetto alla determinazione societaria di partecipare a una società di persone, non sarebbe, quindi, un delibera meramente autorizzativa di un atto degli amministratori della società ma un atto attributivo, *ex lege*, del diritto della società di capitali di svolgere, secondo lo schema delle società di persone, attività d'impresa (Corte di Appello Bologna 11.06.08).

La disposizione in esame si ricollega all'art. 2364 co. 1 n. 5 c.c. che, nel determinare le competenze assembleari delle s.p.a., vi comprende le delibere sugli oggetti attribuiti dalla legge.

La disposizione in esame, si deve notare, distingue tra potere dell'assemblea di deliberare sugli oggetti riservati alla sua competenza dalla legge e potere della stessa assemblea di autorizzare il compimento di atti da parte degli amministratori rimuovendo un limite legale, alla competenza loro riservata, di realizzare una determinata operazione.

Nel sistema delle società per azioni, esistono diverse disposizioni che riservano all'assemblea la competenza relativa a particolari atti di gestione, come le disposizioni dettate dagli artt. 2502 c.c. in tema di fusione e scissione.

Logico corollario della violazione dell'art. 2361 co. 2 c.c. è che, in assenza della determina assembleare, la società di capitali non ha il diritto di partecipare alla società di persone, quindi, si verifica, l'inopponibilità e l'inefficacia dell'atto con il quale si manifesta all'esterno la volontà della società di svolgere in modo collettivo e secondo lo schema delle società di persone l'attività d'impresa.

La mancanza della deliberazione è rilevabile d'ufficio poiché riguarda i presupposti, inerenti il fatto costitutivo, per la sottoposizione alla legge fallimentare della società (cfr. corte di appello Napoli 15.5.09; corte di appello Bologna 11.06.08).

Si deve sottolineare che l'art. 2361 co. 2 c.c. stabilisce un limite legale al potere di gestione degli amministratori della s.p.a., quindi, esso è sempre opponibile ai terzi.

L'art. 2384 c.c. prevede il potere di rappresentanza generale degli amministratori delle s.p.a. e fissa la regola dell'inopponibilità ai terzi dei soli limiti fissati dallo statuto o da una precisa determina degli organi competenti, salvo la prova che i terzi abbiano agito intenzionalmente per cagionare un pregiudizio alla società (sulla ratio dell'art. 2384 co. 2 c.c. cfr. Cass. 1525/06: "E' bensì vero che l'art. 2384 c.c., nella sua formulazione originaria, richiamava la disciplina dettata dall'art. 2298 c.c. per le società in nome collettivo, il quale stabilisce che l'amministratore fornito di poteri di rappresentanza ha il potere di compiere "tutti i atti che rientrano nell'oggetto sociale, salve le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura", precisando che tali limitazioni sono opponibili ai terzi una volta iscritte nel registro delle imprese e, in mancanza di tale adempimento, se viene fornita la prova che essi ne erano a conoscenza. E che, pertanto, ricorrendo tali condizioni, anche le società per azioni avevano la possibilità di ottenere l'accertamento dell'inopponibilità degli atti compiuti in loro nome dagli amministratori in violazione dei limiti posti dallo statuto.

4.2 Tale disciplina fu però radicalmente modificata dal D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127, art. 5, con il quale venne data attuazione alla direttiva CEE n. 151 del 9 marzo 1968 (c.d. "prima direttiva" CEE in tema di società) che tra le sue finalità aveva proprio quella di escludere l'opponibilità ai terzi delle limitazioni dei poteri degli organi sociali risultanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti "anche se pubblicate" (art. 9 c.c., comma 2). Il citato art. 2384 c.c., fu infatti integralmente riformulato, sancendo, nel comma 2, l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto "anche se pubblicate", salvo che si fosse provato che tali soggetti avevano "intenzionalmente agito a danno della società". Eccezion fatta per quest'ultima ipotesi, il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori, mediante il compimento di atti estranei all'oggetto sociale o comunque eccedenti i poteri loro conferiti, fu così trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa avrebbe fatto fronte agli atti posti in essere, nel suo nome, dagli amministratori, anche se in violazione dei limiti posti dallo statuto. E tale principio (che, come non si è mancato di rilevare, lungi dal penalizzare le società, consente una più intensa valorizzazione delle loro potenzialità, eliminando una possibile remora alla instaurazione di rapporti con esse) è stato tenuto fermo dal nuovo testo dell'art. 2384 c.c., introdotto dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 1, comma 1. 4.3 Non vi è dubbio che tra le "limitazioni" del potere di rappresentanza contemplate dal secondo comma dell'alt.

2384 c.c. rientrano anche quelle derivanti dalla dissociazione tra potere gestorio e potere di rappresentanza, quando, come nel caso di specie, esse trovino fondamento in una disposizione statutaria (Cass. 7 febbraio 2000, n. 1325). Non varrebbe obiettare che la limitazione, in questo caso, colpisce il potere di "gestione", anziché quello di "rappresentanza". È agevole replicare, infatti, che anche tali limitazioni si riflettono sull'esercizio del potere rappresentativo, che viene ad essere corrispondentemente ristretto. La situazione che in tal caso si determina è quindi affine a quella prodotta dalla limitazioni che vengono ad incidere, in via immediata, sul potere di rappresentanza. E non vi è, pertanto, ragione di escluderla dall'ambito di applicazione della norma appena ricordata. Specie considerando l'art. 9 c.c., comma 2 della direttiva comunitaria, ai cui contenuti il legislatore nazionale era tenuto ad adeguarsi (art. 139 c.c., ora art. 249, Trattato CE), faceva generico riferimento alle "limitazioni dei poteri degli organi sociali", senza distinguere tra poteri di rappresentanza e poteri di gestione.() trattandosi di un limite derivante da una norma di legge (art. 1394 c.c.) la sua rilevanza esterna non può essere subordinata ai presupposti stabiliti dal secondo comma dell'art. 2384 c.c., il cui ambito di applicazione è riferito alle limitazioni del potere di rappresentanza derivanti "dall'atto costitutivo o dallo statuto", che abbiano cioè la propria fonte (non nella legge, ma) nell'autonomia priva

ta"; cfr. corte di appello Torino 30.07.07: "trattasi in questo caso (ndr. 2384 co. 2 c.c.) di disposizioni di interesse generale, e sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori, norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come priva di effetti verso i terzi la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva").

È stato obiettato che la tesi in esame non è coerente con le norme che corredano il sistema societario, in particolare, con le disposizioni che, prescrivendo la necessaria previa determinazione dell'assemblea, come gli artt. 2357 e 2359 bis c.c. relativamente all'acquisto di azioni proprie o di azioni o quote delle società controllate, non sanziona con la nullità o l'inefficacia l'atto negoziale compiuto dagli amministratori in violazione delle disposizioni sulle autorizzazioni ma prescrive, soltanto, l'obbligo di assumere comportamenti idonei a regolarizzare la situazione.

L'art. 2357 c.c. dispone, infatti, che i titoli entrati nel patrimonio sociale in violazione delle disposizioni sull'acquisto delle azioni proprie devono essere alienati entro un anno ovvero annullati.

L'art. 2359 bis c.c. prevede le medesime misure per le azioni della controllante acquistate in violazione delle norme di legge.

Il collegio ritiene, tuttavia, che l'obiezione formulata in dottrina sia superabile, tenuto conto che l'art. 2361 c.c. è una norma che riserva all'organo assembleare la competenza alla formazione della volontà societaria di esercitare attività d'impresa secondo lo schema della società di persone, invece, l'art. 2356 c.c. riconosce all'assemblea il potere di autorizzare il compimento di un atto da parte degli amministratori della s.p.a., rimuovendo un limite all'esercizio del potere gestorio che comprende la determinazione di acquistare azioni proprie o della società controllante.

Le ragioni della diversa previsione legislativa di riservare alla competenza dell'assemblea la decisione di intraprendere l'attività economica tramite la partecipazione a una società di persone e di riconoscere, invece, agli

amministratori il potere di decidere, previa autorizzazione assembleare, di acquistare azioni proprie o della società controllante devono essere individuate nella diversa rilevanza delle due operazioni e della loro incidenza sull'organizzazione societaria.

Il collegio rileva, sulla base dell'insegnamento della corte di legittimità, che il sistema delle società di capitali è strutturato in modo che gli amministratori, che detengono i poteri di gestione della società, siano soggetti a regole che mirano ad assicurare la tutela dell'integrità del patrimonio sociale, nell'interesse dei soci e dei creditori, per cui le regole sull'amministrazione delle società per azioni costituiscono, nel loro complesso, norme imperative.

La decisione di partecipare a una società di persone determina che la parte di patrimonio investita è sottratta a quelle regole ed è soggetta ai poteri degli amministratori delle società di persone che, tuttavia, sono estranei al sistema di controllo proprio della società di capitali partecipante.

Diverso è il caso di partecipazione di società di capitali in altra società di capitali dove le regole applicabili a tale amministrazione sarebbero identiche a quelle che si applicano nella società partecipante, che di riflesso verrebbe così tutelata (Cfr. SS.UU. 5636/98).

Deve ritenersi superata dunque, la contrapposta tesi, sostenuta anche in giurisprudenza, secondo cui l'art. 2361 co. 2 c.c. stabilisce un mero limite interno all'attività degli amministratori delle società di capitali inopponibile ai terzi (in questo senso cfr. Trib. Bridisi 7.01.13: "È configurabile in astratto un fallimento di una società di fatto esistente fra società di capitali, e cioè senza che debbano necessariamente ricorrere le condizioni, di derivazione "formalistica", dettate dall'art. 2361, comma 2, c.c., come modificato dalla riforma del diritto societario"; "L'atto di assunzione delle partecipazioni in società di persone ha natura di atto gestorio, in quanto tale riservato alla esclusiva competenza degli amministratori; da tale qualificazione discende che lo stesso è idoneo ad obbligare la società nei confronti dei terzi, anche nell'ipotesi di carenza della delibera assembleare, in quanto il difetto di autorizzazione dei soci ha una rilevanza meramente interna alla dinamica sociale, determinando esclusivamente la responsabilità dell'organo amministrativo nei confronti della società").

Il tribunale ritiene, inoltre, di non aderire alla tesi, sostenuta in dottrina, secondo la quale l'art. 2361 co. 2 c.c. regola la partecipazione della società di capitali a una società di persone "palese" e, quindi, l'imputabilità a essa dell'atto con il quale il proprio organo amministrativo manifesta, in suo nome e per suo conto, la volontà di partecipare all'impresa collettiva di natura personale (questo orientamento pare essere seguito dal tribunale di Nola con la sentenza 29.05.13, su www.unijuris.it, nella parte in cui afferma: "È possibile addivenire alla dichiarazione di fallimento in estensione di una società di fatto partecipata da una società di capitali, anche se la partecipazione di esse non rispetta i requisiti di cui all'art. 2361 c.c.: ed invero, gli elementi richiesti dall'art. 2361 c.c. costituiscono condizioni di validità del fenomeno della partecipazione rispetto all'articolazione interna della società e rispetto ai terzi, ma non incidono in alcun modo sull'esistenza di tale fenomeno").

Secondo un diverso orientamento, opposto rispetto a quello seguito dal collegio, è configurabile la partecipazione "di fatto" della società di capitali a una società di persone, cioè una partecipazione che si

concretizzi senza il preventivo consenso al programma rappresentato nel contratto di società ma tramite il compimento diretto dell'attività imprenditoriale in forma collettiva.

Secondo questo orientamento teorico, per il diritto d'impresa, caratterizzato dal principio di effettività il cui fondamento è rappresentato dagli artt. 2082 e 2247 c.c., lo svolgimento dell'attività economica costituisce il presupposto primo e indispensabile per l'attribuzione ad un soggetto di diritto, persona fisica o persona giuridica, della qualità di imprenditore.

Il principio di effettività, che si ricollega alla teoria di matrice germanica dei rapporti contrattuali di fatto e, con riferimento alle società, alla particolare categoria del "rapporto comune di interessi", impone all'interprete di valutare l'attività come fatto e non come atto giuridico, consegue, sul piano dei principi che il soggetto, reiterando certi atti, abbia o no la consapevolezza delle conseguenze, anche svantaggiose, cui si espone e che è assolutamente irrilevante per l'ordinamento, acquista la qualità di imprenditore perché esercita, con metodo economico, attività diretta alla produzione e allo scambio di beni e servizi.

Si ha, quindi, la scissione tra profilo programmatico, rappresentato dalla stipula del contratto e momento attuativo, di guisa che l'attuazione, tramite l'esercizio dell'attività d'impresa, del rapporto societario assume una propria autonomia e determina, sul piano giuridico, la rilevanza del fenomeno societario.

Secondo questa tesi, l'art. 2361 co. 2 c.c. sarebbe applicabile unicamente ai casi in cui la volontà della società sia manifestata dall'organo amministrativo, senza previa determina assembleare, in un atto formale costitutivo della società di persone e non, invece, quando la volontà di costituire la società è immediatamente attuata con la costituzione in fatto dell'impresa collettiva.

Il collegio nel rimarcare che l'art. 2361 co. 2 c.c. riserva all'assemblea la competenza alla deliberazione dell'atto gestorio ivi previsto, quindi alla formazione della volontà della società di capitali di svolgere attività d'impresa tramite lo schema della società di persone stabilendo un limite al potere degli amministratori opponibile ai terzi, osserva che, la violazione della disposizione in esame, preclude la riferibilità o imputabilità giuridica alla società di capitali, non dei singoli atti compiuti, ma dell'attività d'impresa unitariamente considerata, intesa come coordinamento temporale e funzionale dei singoli atti, ed effettivamente svolta dagli amministratori.

Si deve osservare, peraltro, che l'art. 2361 c.c. stabilendo un limite legale al potere degli amministratori di decidere se programmare con il contratto costitutivo dei società di persone lo svolgimento dell'attività d'impresa in regime di responsabilità illimitata, applicandosi al singolo negozio giuridico rappresentato proprio dal contratto di società, si applica, a fortiori, all'attività giuridica, cioè ai fatti giuridici che si compongono di una pluralità di atti negoziali o atti giuridici.

Inoltre, se il legislatore prevede la competenza dell'assemblea per la formazione ed espressione della volontà della società di capitali di partecipare a una società di persone, che l'amministratore, solo come nuncius, deve trasfondere nel contratto costitutivo della società, avendo una competenza limitata, in ragione del modulabile rapporto di immedesimazione organica, alla mera trasmissione della volontà già formata dell'ente, nel caso in cui l'amministratore, spendendo il nome

della società compia singoli atti d'impresa, gli stessi sono solo atomisticamente riferibili alla società di capitali, che opererebbe quindi, utilizzando l'espressione diffusa dalla dottrina che ha più analiticamente analizzato la questione in esame, come institore "occulto", invece l'attività è riferibile esclusivamente all'amministratore persona fisica che concretamente ha agito.

Il collegio, peraltro, non ritiene condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che applica analogicamente la disposizione dettata dall'art. 147 co.5 L.F. per estendere il fallimento di una società di capitali alla società di fatto partecipata dal soggetto fallito e da altre persone fisiche o giuridiche, basandosi sul rilievo che l'interpretazione letterale della disposizione determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, essendo irragionevole che la stessa società di fatto, risultata esistente tra i medesimi soci (persone fisiche e società), possa essere dichiarata fallita in estensione in base all'art. 147 quinto comma L.F. solo se l'accertamento della sua esistenza derivi dal fallimento di una persona fisica socia e non qualora consegua al fallimento di una società socia (Tribunale di Forlì 9.02.08 relativamente all'estensione del fallimento ad una società di fatto tra una società a responsabilità limitata, già dichiarata fallita, ed un'altra s.r.l., una s.p.a. ed una persona fisica ha affermato che "La fattispecie prevista dal quinto comma dell'art. 147 L.F. deve intendersi comprensiva di tutte le ipotesi in cui, dopo il fallimento di un imprenditore (sia esso persona fisica o società), risulta che l'attività dallo stesso esercitata era in realtà riferibile ad una società partecipata anche da altre parti; in ogni caso, la disposizione citata deve reputarsi analogicamente applicabile, ricorrendo l'identità di ratio, anche all'ipotesi in esame. Ed infatti dalla risposta negativa scaturirebbe una ingiustificata disparità di trattamento, essendo del tutto irragionevole che la stessa società di fatto, risultata esistente tra i medesimi soci (persone fisiche e società), possa essere dichiarata fallita in estensione in base all'art. 147 quinto comma L.F. solo se l'accertamento della sua esistenza deriva dal fallimento di una persona fisica socia e non qualora consegua al fallimento di una società socia"; trib. Vibo Valentia 10.06.11; tribunale di Milano 28.03.13: "Dall'acclarata esistenza di un fenomeno imprenditoriale unitario, riconducibile ad una società partecipata da (e da), discende l'applicazione alla fattispecie, in via analogica, della norma di cui al comma 5 dell'art. 147 l. fall., che prevede la possibilità per il curatore di chiedere il fallimento in estensione quando, dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l'impresa sia riferibile ad una società, di cui il fallito risulti socio illimitatamente responsabile. Non può esservi dubbio in merito al fatto che la norma in discorso sia applicabile anche allorquando socio dell'imprenditore individuale già dichiarato fallito sia una società commerciale, risolvendosi così l'estensione del fallimento nella dichiarazione del fallimento della società di fatto esistente tra l'individuale e la società, oltre che di quest'ultima come socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni assunte dalla s.d.f. Se così è, ne consegue l'ipotizzabilità dell'applicazione della norma all'ipotesi contraria (corrispondente al caso in esame), in cui ad essere dichiarata fallita sia stata la società, e si accerti che quest'ultima gestisse un'impresa in società con un imprenditore individuale, donde la necessità di estendere il fallimento alla società di fatto ed alla persona fisica titolare dell'impresa individuale, quale socio illimitatamente responsabile della s.d.f. Se così non fosse, infatti, il

medesimo fenomeno, la gestione di un'unica attività d'impresa da parte di una persona fisica e di una società commerciale in società tra loro, sarebbe sussumibile nella norma di cui all'art. 147, comma 5, l. fall. soltanto nel caso in cui il fallimento da estendere riguardi l'imprenditore individuale e non nel caso, inverso, in cui il fallimento da estendere sia intervenuto con riguardo alla società. E tale conseguenza non pare accettabile, tenuto conto della necessità di dare alle norme una lettura costituzionalmente orientata e rispettosa del principio di eguaglianza sostanziale. In altri termini, una lettura costituzionalmente corretta impone di considerare la norma di cui all'art. 147, comma 5 l. fall. come riferita a tutte le ipotesi in cui, dopo il fallimento di un imprenditore (sia esso persona fisica o società), risulti che l'attività svolta fosse in concreto riferibile ad una società partecipata anche da altri soggetti; di qui l'inevitabilità di un'applicazione analogica della norma in parola alla fattispecie in cui ad essere dichiarato inizialmente fallita sia stata la società, fattispecie in rapporto alla quale si ravvisa un'evidente lacuna normativa trib. Prato 15 ottobre 2010; trib. Nola 29.05.13 su www.uniuris.it "L'art. 147, co. 5, l. fall. secondo cui in caso di dichiarazione di fallimento di un'impresa individuale riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile, il Tribunale può dichiarare il fallimento anche di tale società va letto alla luce del comma 1 del medesimo articolo, ed interpretato in modo estensivo ovvero analogico, come disciplina riferentesi a tutti i casi in cui, dichiarato il fallimento, anche di un'impresa sociale, emerga che essa fosse socia di fatto di una società di persone irregolare, composta da altre società di capitali, ovvero da imprenditori individuali. Ciò per ragioni di coerenza sistematica ed interpretazione costituzionalmente orientata del sistema, nonché per razionalizzare la gestione delle insolvenze, in virtù del principio di efficienza della giurisdizione. Sarebbe, infatti, irragionevole, infatti, discriminare l'ipotesi in cui l'imprenditore individuale dichiarato fallito risulti socio di una società occulta, con la possibilità di dichiarare il fallimento di essa, dall'ipotesi in cui sia dichiarato prima il fallimento di una società di capitali, rispetto alla quale emerga, in un secondo momento, che essa era parte di una società occulta, unitamente ad imprenditore individuale e/o collettivo, a sua volta, quest'ultimo, di natura personale ovvero di società di capitali")

Invero, il criterio interpretativo della lettura costituzionalmente orientata della norma è diretta a precisare il significato precettivo di un enunciato letterale di ampio contenuto modulandone lo spettro applicativo, quindi, a livello metodologico non appare corretta l'utilizzazione di questo canone ermeneutico per applicare la norma ai casi da essa espressamente esclusi, rispetto ai quali, invece, deve essere utilizzato il canone dell'interpretazione analogica fondata sul meccanismo della "ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio in eadem ratio" e, quindi, sulla ricerca della ragione che ha ispirato il legislatore nella formulazione della disposizione,

Pertanto, l'applicazione dell'art. 147 co. 5 L.F. ai casi di preventiva dichiarazione di fallimento di società di capitali per la sua estensione al soggetto al quale è "riferibile l'impresa", impone un'attività ermeneutica diretta alla ricerca della ratio della norma e degli interessi perseguiti dal legislatore, con la successiva verifica dell'esistenza delle medesime esigenze nei casi non rientranti nell'enunciato letterale della disposizione.

Infine, il collegio sottolinea che non può ritenersi neppure ammissibile una deliberazione implicita dell'assemblea della società di capitali di partecipare a una società di persone ovvero di svolgere concretamente l'attività d'impresa secondo il relativo schema giuridico, essendo, le delibere implicite, inammissibili nell'ordinamento delle società per azioni.

Infatti, l'ammissibilità di delibere tacite, nelle quali, cioè, la volontà dell'assemblea si manifesta per *facta concludentia*, e di delibere implicite, il cui contenuto presuppone necessariamente quello di distinte deliberazioni, si pone in contrasto con le regole di formazione della volontà della società, in particolare con l'art. 2366 c.c. che afferma la necessità, salvo che la legge disponga diversamente, come l'art. 2393 co. 2 c.c., in tema di azione sociale di responsabilità deliberata in sede di approvazione del bilancio, della previa indicazione nell'ordine del giorno degli argomenti sui quali deliberare, al duplice scopo di rendere edotti i soci circa gli argomenti sui quali essi dovranno deliberare e per consentire la loro partecipazione all'assemblea con la necessaria preparazione ed informazione, evitando che sia sorpresa la buona fede degli assenti (cfr. SS.UU. 21933/08).

In conclusione, per le ragioni rappresentate, il tribunale ritiene che l'art. 147 co. 5 L.F. non è applicabile in caso di dichiarazione di fallimento della società di capitali.

1.2. Con riferimento al caso in esame, il tribunale ritiene che la domanda della curatela di estensione del fallimento dalla società A.A.T. s.p.a. alla società di fatto esistente tra la fallita e resistenti è inammissibile atteso che, mancando la delibera di cui all'art. 2361 co. 2 c.c., non è configurabile nessuna partecipazione della A.A.T. s.p.a. a una società di fatto.

2. Domanda di estensione del fallimento alla società holding e alle società del gruppo.

La curatela del fallimento A.A.T. s.p.a. ha domandato al tribunale, in via subordinata: "Dichiarare il fallimento del gruppo societario/holding, di cui la fallita è parte, costituito dalle società riconducibili all'imprenditore di fatto Gra. G. nonché di tutte o, in subordine, di parte delle società illimitatamente responsabili con la fallita".

La domanda è infondata nei limiti di seguito precisati.

Il tribunale ritiene opportuno svolgere preliminarmente l'analisi dell'art. 147 co. 5 L.F. per delimitare l'ambito applicativo della disposizione che, secondo l'avviso del Collegio giudicante concerne la figura, nei termini che di seguito saranno delineati, dell' "imprenditore occulto"

2.2. La figura dell'imprenditore occulto.

Con l'espressione "imprenditore occulto" si fa riferimento all'orientamento teorico secondo cui, nell'ordinamento del diritto d'impresa, il criterio per l'acquisto della qualità di imprenditore e per la riferibilità dell'attività d'impresa non è il canone formale della spendita del nome ma quello sostanziale della titolarità effettiva dell'attività economica.

Il collegio rileva che da numerose norme che compongono il sistema del diritto che governa l'attività d'impresa si evince che la qualità di imprenditore è strettamente connessa alla titolarità dell'attività e del relativo interesse economico. L'art. 2267 c.c. prevede che: "1. I creditori della società possono far valere i loro diritti sul patrimonio sociale. Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente e solidalmente i

soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci”.

La norma in parola non distingue tra soci palesi e soci occulti, pertanto, anche i soci occulti, titolari dell’interesse imprenditoriale connesso all’attività economica svolta, rispondono delle obbligazioni delle società.

Solo la limitazione della responsabilità deve essere resa manifesta ai terzi per escludere che i soci, palesi o occulti, rispondano delle obbligazioni sociali. L’art. 2297 c.c. prevede per le società in nome collettivo irregolare la responsabilità per le obbligazioni sociali di tutti i soci non operando nessuna distinzione tra soci palesi e soci occulti.

L’art. 2615 co. 2 c.c. stabilisce che per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso d’insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell’insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote.

Il legislatore fissa la responsabilità dei consorziati per i debiti che sono stati assunti dagli organi del consorzio in ragione del legame esistente tra atti costitutivi della posizione debitoria e interesse dei consorziati, i quali, in caso di insolvenza del consorzio, rispondono pro quota dei relativi debiti.

Questa tesi risulta corroborata dalla lettura dell’art. 2208 c.c.

L’art. 2208 c.c., in tema di preposizione institoria, che rappresenta una forma di sostituzione giuridica nell’esercizio dell’impresa, prevede: “1.L’institore è personalmente obbligato se omette di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente; tuttavia il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti compiuti dall’institore, che siano pertinenti all’esercizio dell’impresa a cui è preposto”.

Il legislatore prevede la responsabilità del titolare dell’impresa per i debiti “pertinenti” all’esercizio dell’impresa attribuendo rilevanza alla titolarità dell’interesse economico e dispone la responsabilità solidale del preponente che spendendo il proprio nome abbia ommesso di far conoscere al terzo che egli ha trattato per il preponente.

L’art. 2339 co. 2 c.c. dispone che: “1.I promotori sono solidalmente responsabili verso la società e verso i terzi: 1)per l’integrale sottoscrizione del capitale sociale e per i versamenti richiesti per la costituzione della società; 2)per l’esistenza dei conferimenti in natura in conformità della relazione giurata indicata nell’articolo 2343; 3)per la veridicità delle comunicazioni da essi fatte al pubblico per la costituzione della società. 2.Sono del pari solidalmente responsabili verso la società e verso i terzi coloro per conto dei quali i promotori hanno agito”.

La relazione ministeriale n. 950 precisava che: “Ad evitare poi evasioni al giusto rigore di questa disposizione (dell’art. 2339 comma 1°), si stabilisce, infine, che con i promotori rispondono del pari e verso la società e verso i terzi anche coloro per conto dei quali essi hanno agito”.

Pertanto, il legislatore, applicando una regola equitativa, aveva fissato uno stretto collegamento tra responsabilità patrimoniale e interesse imprenditoriale. Si deve sottolineare che l’art. 2362 nella sua formulazione originaria prevedeva la responsabilità illimitata del socio unico di società per azioni e la Relazione ministeriale al codice civile al n. 943 giustificava la disposizione nei seguenti termini: “Il codice dispone che nel caso d’insolvenza della società l’unico socio risponda senza limitazione per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni della società risultano essere state tutte di sua proprietà (art. 2362). In tal

modo il mezzo escogitato per limitare la propria responsabilità non potrà più funzionare nel momento in cui esso può costituire un'insidia per i creditori, mentre restano eliminate le incerte questioni che oggi si dibattono per raggiungere tale risultato attraverso l'istituto della simulazione o ricorrendo alla difficile prova che la costituzione della società sia preordinata a perpetrare una frode ai creditori dell'unico socio".

Il legislatore prevedeva espressamente il superamento dello schermo societario nel caso di obbligazioni sociali sorte nel corso del periodo in cui l'intera partecipazione al capitale era concentrata in capo a un unico socio (su questa disposizione cfr. Cass. 2602/70: "Il problema della Costituzione di società per azioni preordinata ,con il concorso di finti soci, al concentramento delle azioni in sola persona, non va risolto sul terreno della simulazione (la quale non si cela nel mezzo prescelto, realmente voluto, ma nel risultato da raggiungere, ossia nel permettere al vero titolare dell'azienda l'Esercizio dell'impresa nel proprio esclusivo interesse con responsabilità limitata al valore del capitale versato), ma piuttosto sul terreno della responsabilità sussidiaria, personale ed illimitata, del socio effettivo, la quale amplia la garanzia patrimoniale dei terzi (ciò, in analogia con quanto disposto dall'art 2362 cod civ per l'ipotesi del concentramento delle azioni in unica mano in epoca successiva alla Costituzione della società). D'altra parte, nei rapporti esterni e indifferente l'appartenenza delle quote sociali (dato che il frazionamento in azioni del capitale sociale, contro cui possono agire i terzi per il soddisfacimento delle obbligazioni sociali, fa di ciascuna di queste un valore mobiliare destinato alla circolazione) a questa od a quella persona, non comportando alcuna ripercussione sull'esistenza dell'ente, sulla sua personalità giuridica e sulla sua autonomia patrimoniale").

L'art. 147 co. 2 L.F. nella sua formulazione originaria prevedeva che: "Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili il tribunale, su domanda del curatore o d'ufficio, di chiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio". Era stato autorevolmente sostenuto in dottrina che l'art. 147 co. 2 L.F. era applicabile analogicamente nel caso di imprenditore individuale che spendesse formalmente il proprio nome ma che agisse nell'interesse della società occulta. Si sottolineava in particolare che se sulla base del dato letterale dell'art. 147 co. 2 L.F. rispondeva il socio occulto di una società palese, doveva, come conseguenza sul piano logico, necessariamente rispondere anche il socio occulto di una società occulta, identica essendo in ambo i casi la ratio decidendi, perché in ambo i casi i terzi non contavano sulla responsabilità di chi era loro ignoto.

Si concludeva, inoltre, che ai sensi dell'art. 147 L.F. doveva rispondere, in definitiva, il soggetto titolare dell'impresa che operasse per il tramite di un prestanome.

Infatti, le norme citate fondavano, secondo l'orientamento dottrinale in esame, che influenzò anche la giurisprudenza, la tesi secondo cui la qualifica di imprenditore era assunta da colui che, direttamente o indirettamente, partecipava o avrebbe avuto la possibilità di partecipare alla direzione dell'impresa con la conseguenza, sul piano logico ed equitativo, che colui che ritraeva utili da un'impresa alla cui direzione partecipava o aveva avuto la possibilità di partecipare, rispondeva anche

delle perdite subite. In proposito si affermava che le norme in esame supportavano la “dottrina della sovranità” per la quale erano responsabili coloro che avevano il dominio dell’impresa, poco importa se palesemente o occultamente.

La tesi della “sovranità dell’impresa”, che originava dalla premessa teorica secondo la quale il legislatore delineava il concetto di imprenditore, sovrapponendolo a quella economico, per la realizzazione di interessi ritenuti rilevanti e meritevoli di protezione, aveva la propria base normativa nelle disposizioni che fissavano un connubio inscindibile tra direzione dell’impresa e responsabilità, e, tra queste, era citato l’art. 2320 c.c., secondo cui il socio accomandante, nella s.a.s., non può compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società se non in forza di una procura speciale. Con la violazione del divieto, egli assumeva la responsabilità illimitata e solidale per tutte le obbligazioni sociali.

Il legislatore ricollega anche oggi la responsabilità illimitata nella s.a.s. alla manifestazione esterna della volontà della società nei rapporti con i terzi, ai sensi dell’art. 2320 c.c. che prevede la trattazione e conclusione di affari in nome della società in assenza di procura, e al compimento di atti di amministrazione interna, atteso che la disposizione in esame ricollega al generale compimento di atti di amministrazione, separatamente dalla trattazione e conclusione degli affari con i terzi, la responsabilità personale del socio accomandante per le obbligazioni sociali.

Il testo attuale dell’art. 147 co. 5 L.F. dispone che: “Allo stesso modo si procede (ndr. Cfr. co. 4 secondo cui: “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”) qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l’impresa è riferibile alla società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile”

Il collegio ritiene che il legislatore ha affermato la fallibilità di una società e, quindi, di un imprenditore collettivo, del quale non è mai stato speso il nome nell’esercizio dell’intrapresa economica e che è, quindi, occulto, cioè, è titolare effettivo dell’attività d’impresa.

Non è persuasiva la diversa tesi secondo cui il legislatore non ha previsto espressamente la dizione di società occulta, sicché essa riguarderebbe il caso in cui sia occulta non la società ma la relazione di dominio di quest’ultima sull’impresa fallita.

Invero, la ratio legis è di estendere il fallimento da chi spendeva il nome nel compimento degli atti d’impresa al soggetto titolare dell’attività che è colui nel cui interesse i singoli atti d’impresa sono stati compiuti.

Significativo è il testo della disposizione nella parte in cui il legislatore introduce il concetto di riferibilità dell’impresa che, rispetto a una società occulta, implicitamente prevede il criterio della titolarità dell’interesse imprenditoriale economico (nello stesso senso tribunale Milano 11.04.11: “E’ imprenditore individuale soggetto a fallimento la persona fisica che operi per il tramite di società delle quali detta persona disponga come cosa propria, anche senza esserne socio né amministratore, allo scopo di esercitare una attività commerciale riferibile in fatto a sé ma formalmente imputata alle società stesse mediante stabile ed esclusiva spendita del loro nome” e in cui si parla della “capacità del resistente di

condizionare uti dominus l'attività delle società del gruppo come meri strumenti della sua individuale attività d'imprenditore e manager di artisti (”).

2.2.1. Criteri per individuare la qualità di imprenditore “occulto”.

Il tema più complesso concerne il criterio fissato dal legislatore per l'assunzione della qualità di imprenditore e, precisamente, per la riferibilità o imputazione dell'attività economica.

Il collegio ritiene, alla stregua delle norme citate, che sia necessario, per la configurabilità dell'imprenditore “occulto”, nell'ambito della società di capitali, che siano presenti gli elementi caratteristici della titolarità d'impresa, elementi afferenti il potere gestorio e la responsabilità patrimoniale.

Nel dettaglio, sotto il primo profilo, è necessario che sussista il potere di governare in modo incondizionato l'esercizio dell'attività imprenditoriale, e, nel caso in cui sia stato creato lo schermo societario, si deve verificare, come è stato autorevolmente sottolineato in dottrina, se la società, pur esistendo, non funziona come società giacché essa non opera in favore di più soci ma di una sola persona, ovvero di un gruppo di persone configuranti una società di fatto, funzionando, la società il cui nome è speso nei traffici commerciali, come prestanome o come “uomo di paglia” di questa persona o società di fatto (la quale addirittura si è creato il suo prestanome) e che assumerà perciò la qualifica di imprenditore occulto o indiretto.

La “confusione dei patrimoni” lungi dall'essere elemento costitutivo di una società di fatto tra il dominus, imprenditore o società occulta e l'imprenditore o la società il cui nome è speso nei traffici commerciali, rappresenta solo una prova del dominio dell'imprenditore ovvero della società occulta che ha degradato a proprio strumento l'imprenditore o la società palese.

Sotto il secondo profilo, è necessario che il potere di gestione imprenditoriale produca in modo definitivo i suoi effetti, in termini di profitti e perdite, nel patrimonio dell'imprenditore “occulto”.

2.3. Distinzione della figura dell'imprenditore occulto richiamata dall'art. 147 co. 5 L.F. rispetto al fenomeno del gruppo societario contemplato dagli artt. 2497 e ss. c.c. e alla figura dell'amministratore di fatto.

Il collegio ritiene di dover approfondire il tema relativo alla definizione della figura dell'imprenditore occulto, in ragione della necessità di distinguerlo, da un lato, rispetto al fenomeno del controllo e coordinamento societario e, dall'altro, dall'istituto dell'amministrazione di fatto nelle società di capitali. L'art. 147 co. 5 L.F. con la locuzione “impresa riferibile” esprime, ad avviso del collegio, il concetto di riferibilità dell'attività d'impresa del soggetto “palese” dichiarato fallito, riferibilità che la norma collega alla società imprenditore collettivo “occulto” e che può, a fortiori, collegarsi all'imprenditore individuale “occulto”.

Il concetto in parola è distinto rispetto a quello di “direzione e coordinamento” contemplato dagli artt. 2497 e ss. c.c. (segue lo stesso orientamento tribunale di Nola con la sentenza 29.05.13: “Gli artt. 2497 e ss. c.c., relativi alla responsabilità della società che eserciti direzione e controllo, disciplinano una fattispecie differente dall'art. 147 l. fall.: le prime norme, infatti, riguardano il cattivo esercizio di un potere di direzione e coordinamento su altre società; la seconda disposizione, invece, disciplina il caso in cui emerga che le distinte personalità

giuridiche servono a simulare l'esistenza di un'unica impresa, individuale o collettiva, che, come tale, in caso di sua insolvenza, va dichiarata fallita con fallimento in estensione dei suoi componenti”).

L'art. 2497 c.c. nel prevedere che “Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”, dispone che il potere di direzione e coordinamento deve essere esercitato nel rispetto dei principi di corretta gestione, quindi, si desume che esso presuppone il potere di incidere sulle scelte strategiche e operative della società eterodiretta.

L'assunto è confermato dalla lettura degli artt. 2497 bis, ter e quater c.c., i quali prevedono la situazione di soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento che presuppone il compimento di atti che incidono sulla gestione della società eterodiretta e sulla competenza degli amministratori.

L'art. 2497 sexies c.c. prevede che “Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume, salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c.”.

Il legislatore prevede quale presupposto della direzione unitaria la relazione societaria delineata dall'art. 2359 c.c. secondo cui: “1. Sono considerate società controllate: 1)le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2)le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3)le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. 2.Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. 3.Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

Tuttavia, come precisato, il potere di direzione unitaria si deve esplicare in atti che incidono sulla sfera gestoria degli amministratori della società eterodiretta. Si deve segnalare, tuttavia, che l'art. 2497 ter c.c. dispone che:“Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”.

La disposizione in esame prevede, quindi, che il potere di direzione unitaria della società controllante non è assolutamente vincolante per la società controllata atteso che gli amministratori hanno il potere di adottare, motivandole, decisioni difformi e assumendosene la relativa responsabilità (trib. Biella 12.3.07 secondo cui l'art. 2497 ter c.c. “evidenzia la permanenza della riserva di competenza esistente a favore degli amministratori, che difatti non possono liberarsi dalle loro

responsabilità semplicemente obbedendo alle disposizioni della controllante”; cfr. Cass. 16707/04; Cass. 26325/06; trib. Roma 5.2.08).

Il collegio sottolinea che l’art. 2497 c.c. ha previsto, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, la responsabilità della società titolare del potere di direzione unitario nei confronti dei soci e dei creditori delle società eterodirette.

Deve escludersi che l’art. 147 co. 5 L.F. con la locuzione di “riferibilità dell’impresa” a una società abbia voluto riferirsi al fenomeno del gruppo societario.

Innanzitutto, la relazione al D.Lgs. 5/06 prevede che “Nel quarto e quinto comma (ndr. Dell’art. 147) viene recepito il noto orientamento giurisprudenziale in tema di socio e di società occulta”, quindi, il legislatore ha espressamente precisato che il principio ispiratore della disposizione era quello di conferire forma normativa alla figura dell’imprenditore occulto che, come delineata nei suoi caratteri essenziali, è assolutamente diversa dal fenomeno del gruppo societario.

In secondo luogo, il collegio rileva che il D.Lgs. 5/06, emanato successivamente al D.lgs. 6/03 che ha riformulato il capo IX, Titolo V, Libro III del codice civile, nel prevedere il fenomeno dell’estensione del fallimento ha utilizzato il concetto di riferibilità dell’impresa che è differente rispetto al concetto, utilizzato nell’art. 2497 c.c., di direzione e coordinamento, quindi, si deve ritenere che il legislatore abbia voluto contemplare un fenomeno differente rispetto a quello del gruppo societario.

Infine, appare rilevante l’ulteriore osservazione, autorevolmente sostenuta in dottrina, che l’affectio societatis, quale elemento essenziale per la configurabilità della società di fatto, non è riscontrabile in caso di illegittima eterodirezione imprenditoriale di una società di capitali, invero, l’uso strumentale della società fallita impedisce di individuare un legame societario caratterizzato da affectio tra la società eterodiretta e il soggetto gestore.

In conclusione, ad avviso del tribunale, la differenza tra i due fenomeni concerne il profilo sia gestorio sia economico: sotto il primo profilo, nel fenomeno del gruppo societario, si assiste a un potere di direzione unitaria che influenza la fase gestoria della società eterodiretta, con la facoltà degli amministratori, tuttavia, di adottare in piena autonomia una decisione difforme, invece, nel fenomeno contemplato dall’art. 147 co. 5 L.F., è previsto il potere dell’imprenditore o società “occulta” di compiere direttamente gli atti di gestione ovvero di condizionare in modo vincolante il compimento degli stessi da parte di colui che solo formalmente è il titolare dell’impresa; sotto il profilo economico, nel fenomeno del gruppo societario le conseguenze economiche delle decisioni gestorie delle singole società non hanno una conseguenza diretta, in termini di profitti e perdite nel patrimonio delle società titolare del potere di direzione unitario, diversamente da quanto accade per l’imprenditore “occulto”.

Infine, il tribunale ritiene che proprio il canone di interpretazione fondato sulla ragionevolezza, che ha il proprio fondamento nell’art. 3 Cost, induce a sostenere che l’estensione del fallimento, quindi, l’attivazione di una procedura esecutiva concorsuale per l’operare della responsabilità patrimoniale diretta con il superamento dello schermo societario possa conseguire solo rispetto a forme di ingerenza più penetrante nella gestione dell’impresa.

Si deve precisare, inoltre, che l'interpretazione dell'art. 147 co. 5 L.F. seguita dal tribunale, 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).

2.4. Esame della domanda presentata in via subordinata dalla curatela del fallimento A.A.T. s.p.a.

Tanto premesso sul piano dell'interpretazione dell'art. 147 co. 5 L.F., il tribunale ritiene che dalla domanda formulata, in via subordinata, dalla curatela ricorrente e, dagli atti d'istruttoria, non è emersa, nei termini sopra delineati, la riferibilità dell'impresa a una società occulta ovvero a un imprenditore occulto. Invero, per quanto concerne le società resistenti, manca in modo assoluto il profilo della figura dell'imprenditore occulto caratterizzato dall'esercizio di un potere di gestione nell'impresa di A.A.T. s.p.a., precisamente, nessuna società resistente, individualmente o collettivamente, ha compiuto direttamente atti di gestione inerenti l'impresa della società fallita o ha condizionato in modo vincolante l'operato degli amministratori di diritto.

Un'analisi separata deve essere svolta per la figura di G. Gra..

Il collegio ritiene che dall'istruttoria sia emersa in modo assolutamente nitido la sua qualità di amministratore, di diritto e di fatto, per il periodo in cui la ufficio gestorio è stato ricoperto da altri soggetti, della società A.A.T.

Il Gra., spendendo il nome dell'A.A.T. s.p.a. ha presentato ricorso ex art. 161 co. 6 L.F. dichiarando espressamente di essere il "vero motore dell'impresa e cui fa capo l'intero Gruppo" (cfr. All. 13 produzione ricorrente).

Con riferimento ai documenti prodotti in giudizio, il tribunale ritiene particolarmente significativa l'istanza depositata in data 22.4.14 in cui il Rag. Gra., unitamente a R. R., ha riferito che "nella qualità di ex amministratori della fallita Azienda Agricola T. s.p.a. rispettivamente a far data da 14.12.2009 e dal 10.05.2013 fino al dicembre dello stesso anno, dopo lunga riflessione sugli accadimenti che hanno portato l'azienda da noi rispettivamente amministrata nel anzidetto periodo a richiedere, in persona del nuovo amministratore, Dott. G. Scunio, al competente tribunale di Santa Maria Capua Vetere, il fallimento della società"

Quindi, il Gra. ha espressamente dichiarato di aver determinato la decisione dello S., amministratore della società, che quindi ha agito come imprenditore occulto. di presentare istanza di autofallimento ex art. 6 L.F. della società A.A.T. (All. 19)

Inoltre, dalla predetta istanza, emerge che il Gra. conosceva, anche con riferimento al periodo in cui non era stato amministratore di diritto della A.A.T. (fine anno 2011), la situazione finanziaria della società.

Nel dettaglio, lo stesso Gra., unitamente a R., riferisce che "Verso la fine dell'anno 2011 soffrendo la T. di crisi di liquidità, versando in gravi

difficoltà finanziarie, per ricapitalizzare la stessa venne deciso di vendere, sebbene con grande dispiacere, l'intera quota di partecipazione di proprietà della Azienda Agricola T. s.p.a., pari al 100% del capitale della F.R. di T.". Per il perfezionamento dell'operazione, che si doveva concludere con un contratto di compravendita da stipulare con la società G., si rese necessario un finanziamento bancario, quindi, il Gra., unitamente al R., ha dichiarato nella stessa istanza: "Ci rivolgemmo a numerosi istituti bancari" e, inoltre "che ci fu un pellegrinaggio quasi quotidiano presso il Banco di Napoli da parte".

Il Gra. ha precisato che il fido bancario fu concesso solo in seguito alla rinuncia effettuata, dietro le pressioni del Banco di Napoli, alle azioni giudiziarie intraprese dalla A.A.T. e da altre società del Gruppo, di cui il Gra. era amministratore o socio, nei confronti dello stesso istituto di credito (Cfr. All. 19)

Il collegio rileva che, sebbene si giustifichi il ruolo del R., quale amministratore p.t. della A.A.T., il comportamento del Gra. evidenzia un'ingerenza diretta nella gestione della società.

Ulteriore conferma ai risultati istruttori indicati, proviene dalle dichiarazioni trasmesse alla curatela ricorrente da uno dei fornitori della A.A.T. s.p.a., la L. L. s.c. a r.l. la quale, in persona del r.l., ha dichiarato di aver svolto sempre le trattative, per il contratto di fornitura con il Gra..

Inoltre, particolarmente significative sono le deduzioni dei lavoratori che, nel presentare domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento, istanze depositate dal ricorrente nel presente processo, hanno sottolineato il ruolo di vertice assunto nella organizzazione aziendale dal Gra. il quale esercitava il potere di direzione nei confronti del personale dipendente.

Il tribunale osserva, tuttavia, che dall'istruttoria non è emerso il profilo "economico" di imprenditore occulto del Gra..

Precisamente, sebbene sia stato dimostrato che il Gra. abbia prestato fidejussioni per la società fallita A.A.T., non è emerso che da queste operazioni di finanziamento e dalle altre, puntualmente indicate dalla curatela del fallimento A.A.T. s.p.a., siano derivate conseguenze dirette ed esclusive in termini di rischio, utili e perdite, come precedentemente descritte, nel patrimonio del resistente, trattandosi, invece, di operazioni che esaurivano il loro effetto economico nel patrimonio della società fallita ovvero delle altre società resistenti, configurandosi, dunque, come operazioni infragruppo.

Infatti, non è emerso la concessione da parte del Gra. di finanziamenti infruttiferi, di prestazioni di garanzie con rinuncia al diritto di regresso, elementi che, unitamente alla gestione diretta della società, avrebbe consentito di qualificare l'impresa della società fallita come riferibile allo stesso Gra. in qualità di imprenditore occulto.

3. Spese processuali.

Il collegio, rilevata la complessità delle questioni trattate, ritiene che sussistano giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

rigetta il ricorso;

compensa le spese del giudizio tra le parti.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, il 15.01.15.

Il Presidente Rel./Est.

Dott. A. S. Rabuano

