



Tribunale di Nola

Prima sezione civile

Settore Fallimenti

Il Tribunale di Nola, I sezione civile, in composizione collegiale, composto dai signori magistrati:

Giovanni Tedesco – Presidente –

Eduardo Savarese- Giudice rel.

Giuseppa D’Inverno – Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA di FALLIMENTO

Visto il ricorso proposto dal Fallimento Sp [REDACTED] in liquidazione il nei confronti di S [REDACTED] SRL in liquidazione, con sede in M [REDACTED], nonché della società di fatto costituita tra la fallita e la S [REDACTED];

Considerato che la curatela fallimentare ricorrente ha dedotto e dato prova: 1) che la società S [REDACTED] veniva dichiarata fallita dal Tribunale di Nola il 26 marzo 2009; 2) che essa detiene partecipazione quasi totalitaria pari al 99,99% nella società, oggi fallenda, S [REDACTED]; 3) che la curatela invano, a seguito di messa in liquidazione della società, tentava di alienare la partecipazione sociale indicata in sede fallimentare, secondo l’art. 107 L.F.: infatti, il fallimento S [REDACTED] provvedeva ad avviare il procedimento di scioglimento e messa in liquidazione della S. [REDACTED], atteso che detta società, gravata da rilevante debitoria, non svolgeva più attività alcuna, sicché risultava necessario provvedere alla liquidazione degli assets attivi, e, sostanzialmente, del locale deposito sito in M [REDACTED]; 4) che apprendeva che creditori individuali della società fallenda

avevano dato corso ad esecuzioni immobiliari individuali; 5) che i legami tra la fallita e la fallenda sono strettissimi, e, apprezzati unitariamente, dimostrano la sostanziale destinazione della società fallenda agli scopi sociali della fallita, sicché, venuta meno l'attività imprenditoriale della società fallita, è venuta meno l'attività svolta dalla fallenda; che, infatti, la S.■■■■. è stata costituita e pensata soltanto in funzione della attività di logistica da effettuare per conto della Spadaro, tanto che essa non aveva alcun altro cliente (cfr. nota integrativa dell'ultimo bilancio contabile approvato al 31.12.07 prima della dichiarazione di fallimento della S■■■■); tra le due società, poi, esisteva promiscuità finanziaria e patrimoniale, come dimostrano le operazioni di cessioni infragruppo di un credito IVA di euro 3.683.517,00 che la S■■■■ trasferiva alla Sp■■■■ senza contropartita alcuna, e le fidejussioni prestate dalla S■■■■ verso le banche della S■■■■ per euro 26 milioni, nonché la circostanza che tutti gli arredi e i lavori edili realizzati negli uffici ubicati nel deposito della SLT (per circa 2.800 mq) venivano realizzati dalla Sp■■■■ ed iscritti nel suo libro cespiti ammortizzabili, e non annotati in quello della S■■■■ (cfr. all. n. 14 produzione parte ricorrente); la curatela ne deduce che “tra la Sp■■■■ e la S■■■■ non sussisteva un mero rapporto di collegamento societario, individuato dallo schema del gruppo piramidale, bensì un vero e proprio rapporto supersocietario, caratterizzato dalla promiscuità patrimoniale oltre che da trasferimenti di risorse, dall'una all'altra società, non compensati da vantaggi di segno opposto. Tutto ciò è indice e manifestazione di una vera e propria affectio societaris, e cioè di un rapporto di condivisione dei rischi e degli eventuali utili” (cfr. pag. 7 del ricorso introduttivo); 6) che sussiste, comunque, lo stato di insolvenza della fallenda, atteso che gli elementi di attivo liquidabile non sono in grado di garantire la soddisfazione dei debiti sociali di questa; a tal proposito, infatti, la curatela ricorrente rileva che: “vero è che il suo saldo patrimoniale – sia alla stregua dei dati di bilancio (all. nn. 8,9 e 10), sia alla stregua delle valutazioni dell'attivo immobiliare effettuate dall'ing. Z■■■■ – e cioè dal CTU a suo tempo incaricato dal G.D. di stimare il deposito della società (all. n. 11) – si dimostra tutt'ora attivo; ma è altresì vero che se – nonostante i tentativi di asta fin qui sperimentati e l'ampia pubblicità data agli stessi – nessuno si è mai dimostrato interessato ad acquistare le quote partecipative della Sp■■■■, ciò significa che il “mercato” giudica l'indebitamento della S■■■■, obiettivamente superiore al valore dei suoi assets

attivi, sicché deve prendersi atto che, con ogni evidenza, la S. ■■■■■ medesima, in applicazione dei noti orientamenti assunti dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alle Società commerciali in liquidazione, versa in stato di insolvenza, perché dimostra di avere una preponderanza di passività rispetto alle sue attività patrimoniali” (Cfr. pag. 4-5 del ricorso introduttivo); 7) che la resistente con memoria del 21 maggio 2013 ha aderito a tutte le richieste della ricorrente curatela;

considerato, inoltre, che la ricorrente non si limita a chiedere il fallimento della società controllata, per la dedotta situazione di insolvenza, ma che essa ritiene sussistere una società di fatto costituita da due società di capitali, e cioè la controllante e la controllata, sicché di essa società dovrebbe essere dichiarato il fallimento e della socia di essa ancora non fallita, cioè la società controllata dalla fallita, in estensione, in applicazione dell’art. 147 comma 5 L.F.;

tanto premesso, il collegio osserva quanto segue.

La questione della fallibilità in estensione di una società di fatto costituita da società di capitali (in parte o integralmente, vale a dire anche con la partecipazione di un imprenditore individuale ovvero in via esclusiva con la partecipazione di società di capitali) è dibattuta, come noto, sia in dottrina che in giurisprudenza. L’analisi di esse, e della giurisprudenza più recente, consente di individuare due posizioni assai diverse.

Secondo un primo orientamento, il legislatore della riforma del diritto societario, prima, e del diritto fallimentare, poi, avrebbe configurato l’estensione del fallimento ai casi, legislativamente previsti, in cui la società di persone irregolare (nella forma, di norma, di società in nome collettivo) risulti formata non solo da persone fisiche, ma anche da persone giuridiche, ivi comprese, in esse, tanto società di persone, quanto società di capitali. Infatti, l’art. 2361 c.c. prevede la possibilità che una società di capitali diventi socia di una società di persone. Specularmente, dunque, l’art. 147 della L.F. prevede l’estensione di fallimento, in quanto socio strutturalmente responsabile in via illimitata e cioè con tutto il suo patrimonio da destinare, appunto, alla liquidazione in sede fallimentare, a quei soci che siano a loro volta società di capitali. Questo fenomeno, tuttavia, intanto sarebbe configurabile in diritto, si argomenta, in quanto le condizioni poste dall’art. 2361 del c.c., e cioè che la partecipazione della società di capitali in una società di persone sia deliberata dall’assemblea dei soci ed annotata nella nota integrativa al bilancio, siano tutte

rispettate. In altri termini, una società irregolarmente partecipata da una società di capitali non può essere dichiarata fallita in estensione. Il fallimento in estensione esige il rispetto dei requisiti di forma di cui all'art. 2361 c.c. (cfr. Corte di Appello Napoli, 5 giugno 2009, Corte di Appello Bologna, 11 giugno 2008, Corte di Appello Torino 30 luglio 2007, Tribunale Torino 4 aprile 2007; il recentissimo decreto emesso dal Tribunale di Mantova 30 aprile 2013, rinvenibile su www.ilcaso.it). Secondo la sentenza richiamata della Corte di Appello di Napoli, infatti, mentre il fenomeno della società di fatto tra persone fisiche è pienamente legittimo e trova espresso riscontro legislativo nell'art. 2297 c.c., *“altrettanto non può dirsi per la partecipazione ad una simile società di una società di capitali, nel difetto (coessenziale al fenomeno, connotato proprio dalla mancanza di formalizzazioni) della deliberazione di autorizzazione dell'assemblea; infatti, il fenomeno si tingerebbe di illegittimità, per violazione dei filtri che l'ordinamento societario ha inteso porre (...), onde evitare che l'attività di gestione degli amministratori possa esporre la società alle conseguenze dell'insolvenza della società partecipata in via di fatto, senza che i soci abbiano avuto modo di apprezzare tale rischio ed anche senza che i creditori abbiano potuto valutare l'affidabilità della società anche alla luce della partecipazione in esame e dei suoi riflessi sulla fallibilità della società loro debitrice”*. Né soccorrerebbe, secondo questo primo orientamento, militando in senso inverso, il disposto dell'art. 147 comma 5 L.F., secondo cui il fallimento in estensione di una società discende quando dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa non è invero individuale, ma sociale, di cui il fallito – imprenditore individuale, appunto, non sia altro che socio, illimitatamente responsabile. In effetti, si argomenta, la dizione letterale della norma è più che chiara: il fenomeno della estensibilità del fallimento alla società occulta è ricollegato dal legislatore all'avvenuta dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale e non anche di una società (sia essa di persone o di capitali). Che l'art. 147 L.F. *“possa applicarsi anche ad una eventuale situazione societaria irregolare e/o di mero fatto fra società di capitali, oppure che ai sensi del quarto comma dell'art. 147 L.F. – dopo il fallimento di una società di persone regolare possa conseguire il fallimento anche di socio di fatto/ società di capitali (...), appare testualmente da escludersi proprio alla luce del disposto del quinto comma del richiamato art. 147 l.f. con il quale è previsto che l'estensione al fallimento societario e degli ulteriori soci illimitatamente responsabili possa conseguire unicamente all'iniziale fallimento di un imprenditore 'individuale' – con espressione formalmente riferibile appunto al solo imprenditore persona fisica. Ciò significa che non è*

consentito estendere il fallimento iniziale di una società di capitali ad una società di fatto, sia essa formata solo da società di capitali o anche da persone fisiche e, per evidente linearità logica, che, dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale, neppure è ammissibile il fallimento di una società di fatto così composta”. Inoltre, le norme di cui all’art. 2361 c.c., si argomenta, non sono un limite statutario, ma legale, e presidiano gli interessi collettivi dei soci e dei terzi alla trasparenza delle partecipazioni di società di capitali in società di persone. Esse, pertanto, costituiscono in capo all’assemblea dei soci una competenza per così dire funzionale, rispetto alla quale il disposto dell’art. 2384 c.c., sul generale potere di rappresentanza costituito in capo agli amministratori, che impegna la società anche per atti ultronei e pur conoscibili nella loro ultroneità, non rilevarebbe: *“In realtà, infatti, il legislatore – esigendo la previa delibera dei soci – ha chiaramente ricondotto l’oggetto di che trattasi alla ‘competenza’ dell’assemblea (art. 2364 n. 5 c.c. – ove è palesemente chiara al legislatore la differenza fra ‘oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell’assemblea’ e ‘autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti amministrativi’ – e 2365, primo comma c.c.), sottraendolo alla competenza gestoria dell’organo amministrativo e, dunque, all’operatività dell’art. 2384, secondo comma, cit. In altri termini l’art. 2361 cit. incide (...) non già come limitazione al potere gestorio degli amministratori, bensì sulla distribuzione delle competenze esclusive tra i vari organi della società. Ne consegue che l’art. 2361 cit., ammettendo che la società di capitali possa essere socia illimitatamente responsabile di una società di persone, purché l’assunzione di tale partecipazione venga espressamente deliberata dall’assemblea e, quindi, sia esplicitamente dichiarata, non può che riferirsi alle sole ipotesi di società stipulata nella forma di società regolare. E, se l’assunzione della partecipazione deve essere sempre espressa, deve ovviamente escludersi che la stessa possa desumersi dal comportamento concludente degli amministratori, con conseguente inammissibilità per il nostro ordinamento di una società di fatto fra società di capitali”* (Corte di Appello Bologna, cit.).

Secondo altro orientamento, invece, sarebbe possibile addivenire alla dichiarazione di fallimento in estensione anche di società di fatto partecipata da una società di capitali, pur nel mancato rispetto di cui all’art. 2361 c.c. (Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, n. 6, Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, Corte di Appello di Catanzaro, 30 luglio 2012 rinvenibile su www.ilcaso.it). Si argomenta, in tal senso, che una cosa è la irregolarità del fenomeno sotto il profilo della disciplina codicistica, altra cosa è la esistenza in fatto, appunto, della società, pur irregolare, costituita da società di capitali. Questo orientamento invoca il

disposto dell'art. 2384 c.c. *“La più recente giurisprudenza aderisce all'orientamento secondo cui le conseguenze del mancato rispetto delle condizioni previste dalla norma in esame si limitino ai rapporti interni, ai fini del riconoscimento della responsabilità degli amministratori, e ciò in considerazione del novellato articolo 2384 c.c., che qualifica come 'generale' il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori ed esclude l'opponibilità ai terzi delle limitazioni ai poteri degli amministratori, derivanti dallo statuto e da una decisione degli organi competenti, ancorché pubblicate. Con la conseguenza che, se l'esigenza di tutelare i terzi (alla quale si ispira il novellato art. 2384 c.c. cui si correla l'abrogazione dell'art. 2384 bis c.c.) deve prevalere rispetto a quello di tutelare i soci anche con riferimento ad atti di gestione che eccedono l'oggetto sociale o che non sono contenuti entro i limiti imposti dallo statuto o da una delibera, ancorché risultanti dai pubblici registri, è da ritenersi altrettanto irrilevante nei confronti dei terzi il mancato rispetto delle precondizioni dell'agire degli amministratori con riferimento all'assunzione di partecipazione ad una società di persone che configura un tipico atto di gestione esterna”* (Trib. Brindisi cit.). Detto orientamento ritiene che l'art. 147 comma 5 L.F., per ragioni di coerenza sistematica ed interpretazione costituzionalmente orientata del sistema, vada 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. Si sostiene, infatti, che sarebbe irragionevole 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 (anche quando si tratti di una società di capitali, posto che il legislatore alcuna distinzione opera sul punto), 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: *“In ogni caso, la disposizione del quinto comma dell'art. 147 L.F. è analogicamente applicabile, ricorrendo la identica 'ratio', anche all'ipotesi (che già non si ritenga ricompresa nella sua previsione) in cui, dichiarato il fallimento di una società, risulti che l'attività di impresa della società fallita è riconducibile ad una società di cui quella già fallita fa parte e delle cui obbligazioni risponde illimitatamente, stante la riconducibilità della società di fatto alla società in nome collettivo irregolare. Non vi è infatti alcuna differenza tra l'ipotesi in cui si giunga al fallimento in estensione della società (tra persona fisica ed altre società) cui risulta essere riferita l'impresa*

delle persona fisica già dichiarata fallita come imprenditore individuale e l'ipotesi in cui si giunga al fallimento in estensione della stessa attraverso il percorso inverso, e cioè dopo il fallimento di una società, se risulti che l'impresa dalla stessa gestita è in realtà riferibile ad una diversa società di cui la prima è socia illimitatamente responsabile. (...). In entrambe le ipotesi, la dichiarazione di fallimento della società di fatto cui è riferibile la stessa impresa (sia essa persona fisica o società) già dichiarata fallita non è una dichiarazione nuova ed autonoma di fallimento e non richiede pertanto l'accertamento ex novo dell'insolvenza" (Trib. Forlì cit.).

Ritiene al collegio di aderire a questo secondo orientamento con le seguenti precisazioni. In primo luogo, è opportuno prendere le mosse dalla riforma del diritto societario nella parte in cui, all'art. 2361 co. 2 c.c. sopra citato, prevede che "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". Ora, non convince l'interpretazione di questa disposizione che fa dei requisiti indicati dalla norma (delibera assembleare, informazione nella nota integrativa di bilancio) elementi indefettibili per la configurabilità dell'esistenza della fattispecie. Gli elementi richiesti dalla norma indubbiamente costituiscono le condizioni di validità del fenomeno della partecipazione, rispetto all'articolazione interna della società (necessità, appunto, che l'organo assembleare deliberi, con cognizione di causa dell'effetto di responsabilità illimitata discendente dall'acquisizione della partecipazione), e rispetto ai terzi (i creditori che, appunto, esaminano la nota integrativa al bilancio). Trattasi di condizioni incidenti sulla validità e non sulla esistenza del fenomeno della partecipazione. Una società a responsabilità illimitata può essere sempre costituita nella forma della società in nome collettivo irregolare o di fatto. Alla stessa categoria dei fenomeni che si realizzano nei fatti oltre e al di là delle previsioni normative, può essere ricondotta anche la partecipazione di una società di capitali in una società di persone, ove difetti la delibera dell'assemblea e l'indicazione di detta partecipazione nella nota integrativa di bilancio. Aderendo a questa interpretazione, in effetti, la bilancia della tutela si sposta dall'assemblea dei soci ai creditori. Infatti, ritenendo la configurabilità di una società di fatto tra società di capitali, i creditori delle sole società, singolarmente considerate, in caso di fallimento, concorrono sul patrimonio di ciascuna massa sociale ex art. 111

L.F., ma il concorso è, per così dire, allargato anche a quei creditori il cui credito sia sorto nei confronti della società di fatto nel suo insieme, concorrendo questi, dunque, sulla massa sociale, ove individuabile. Tuttavia, questa massa sociale è invero difficilmente configurabile quale massa distinta dalle due masse individuali di ciascuna società di capitali, socia di fatto illimitatamente responsabile. Per individuarla, dovrebbe provarsi che i beni apparentemente nella titolarità di una società furono invece acquistati dalla società di fatto. Ipotesi rara a verificarsi, come può intuirsi. Dunque, dalla configurabilità di una società di fatto costituita da società di capitali il ceto creditorio esce maggiormente garantito ovvero le garanzie patrimoniali sulle quali esso fa affidamento non risultano sostanzialmente modificate. Quanto all'assemblea sociale, i soci ben potranno agire nei confronti dell'organo amministrativo che, di fatto, abbia costituito una società di fatto con altra società di capitali, ove da questa partecipazione derivi la dichiarazione di fallimento della società partecipante. In questa prospettiva, poi, è necessario che l'assemblea dei soci, in presenza di forti indici di strutturale collegamento tra più società di capitali, vigili sulla natura di tali rapporti sul piano economico, finanziario e patrimoniale, in modo da poter costantemente verificare l'eventuale esistenza di una società di fatto, contro cui opporsi con le opportune iniziative disponibili all'assemblea e ai soci. In conclusione, non si ravvisano elementi impeditivi a configurare l'esistenza di una società di fatto tra società di capitali, benché la partecipazione di esse non sia conforme ai requisiti di cui all'art. 2361 c.c. In secondo luogo, neppure un ostacolo a questo tipo di ricostruzione il collegio ritiene di ravvisare nella formulazione letterale dell'art. 147 L.F. I commi 4 e 5 di questa disposizione prevedono le ipotesi in cui, dopo la dichiarazione di fallimento di una società, emergano altri soci illimitatamente responsabili (fenomeno del cd. socio occulto di società palese), ovvero, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, emerga l'esistenza di una cd. società occulta. In dette norme, di per sé sole considerate, sembra che il legislatore abbia attribuito al curatore fallimentare il potere di agire richiedendo il fallimento in estensione soltanto di altri soci illimitatamente responsabili di una società già dichiarata fallita ovvero di una società di fatto composta (anche) da un imprenditore individuale già dichiarato fallito. Queste disposizioni devono però essere lette alla luce della disposizione generale contenuta nel primo comma dell'art. 147 L.F., secondo cui "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”. La disposizione, dunque, contempla anche l’ipotesi che, ex art. 2361 c.c., soci illimitatamente responsabili siano anche società, ivi comprese società di capitali. Il collegamento tra questa disposizione e i commi 4 e 5 del medesimo art. 147 L.F. consente di affermare che il legislatore ha inteso disciplinare i casi in cui l’emersione di soggetti giuridici illimitatamente responsabili sia successiva alla sentenza di fallimento, sia che essa riguardi una società, sia che essa riguardi un imprenditore individuale. Ma questa emersione può sempre riguardare, a sua volta, oltre a singoli soci illimitatamente responsabili di una società già dichiarata fallita, anche fenomeni più ampi, e cioè una società di persone di fatto, che di per sé produce il fallimento dei singoli soci, anche non persone fisiche, secondo il disposto del primo comma dell’art. 147 L.F. E questa società di fatto può emergere anche quando il fallimento iniziale non concerna una società, ma un imprenditore individuale. Ha ragione la già citata giurisprudenza di merito a rilevare l’incongruità di una interpretazione secondo cui una società di fatto potrebbe essere dichiarata fallita, ove si accerti che l’imprenditore individuale già dichiarato fallito sia suo socio illimitatamente responsabile, in questa ipotesi potendo ricadere anche una società di fatto costituita (anche) da società di capitali, mentre non potrebbe essere dichiarata fallita nel caso in cui l’avvio del fallimento abbia riguardato, dei suoi membri, la società di capitali, appunto, e non l’imprenditore individuale. In terzo luogo, il collegio non ritiene che la disciplina dettata dagli artt. 2497 e ss. c.c., relativi alla responsabilità della società che eserciti attività di direzione e controllo (anche nella forma del cd.holder personale), individui un percorso normativo imperniato sulla responsabilità risarcitoria della holding alternativo alla responsabilità patrimoniale delle società facenti parte del gruppo. Le norme ora citate del codice civile e l’art. 147 L.F. disciplinano fattispecie differenti, le prime avendo riguardo al cattivo esercizio di un potere (effettivo e lecito) di direzione e coordinamento su altre società, la seconda riguardando il caso in cui emerga che le distinte personalità giuridiche ad altro scopo non servono che 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. In quarto ed ultimo luogo, il collegio evidenzia

come un'interpretazione di questo tipo consenta, in caso di insolvenza di società di capitali facenti parte di un gruppo ovvero strettamente collegate da fenomeni di controllo, dichiarato il fallimento di una delle società, e sussistendone i presupposti, di avvalersi della procedura del fallimento in estensione per ragioni di razionalizzazione di gestione delle insolvenze, in virtù di un principio cd. *di efficienza della giurisdizione* sempre più centrale anche nella composizione dei conflitti giurisprudenziali svolta dalla Suprema Corte di Cassazione.

Giova in ogni caso evidenziare che, nella specie, la società fallita - controllante quasi totalitaria della fallenda - è riconducibile alla famiglia Sp[REDACTED] sia quanto a composizione dell'organo assembleare, sia quanto a composizione dell'organo amministrativo. La società controllata, attualmente in liquidazione, non si è opposta all'accertamento di una società di fatto tra essa e la fallita, ed alla dichiarazione del fallimento in estensione;

rilevato che la soglia di cui all'art. 15 ultimo comma L.F. risulta ampiamente superata;

P.Q.M.

Dichiara il fallimento in estensione del fallimento Sp[REDACTED] in liquidazione della società di fatto costituita dalla S[REDACTED] in liquidazione e da, nonché della quale socio illimitatamente responsabile di essa società di fatto.

Così deciso in Nola, nella camera di consiglio del 29 maggio 2013.

Il Presidente dott. Giovanni Tedesco

Il giudice est. Dott. Eduardo Savarese

