

*Estensione del fallimento alla S.r.l. che partecipi
alla società di fatto*

Tribunale di Foggia, 3 marzo 2015. Presidente Cea. Relatore Nardelli.

Società a responsabilità limitata - Estensione del fallimento quale socio illimitatamente responsabile di società di fatto - Mancanza di delibera autorizzativa - Opponibilità

La decisione di partecipare ad una società a responsabilità patrimoniale illimitata è sottratta agli amministratori delle società di capitali ed è soggetta alla preventiva delibera dell'assemblea. Pertanto, in mancanza di detta delibera, la condotta dell'amministratore che abbia ciò nonostante posto in essere una partecipazione della specie è del tutto inefficace, perché proveniente da un soggetto privo dei relativi poteri legali in una condizione nella quale non vigono i principi di cui agli articoli 2384, comma 2, e 2475 bis, comma 2, c.c.

In mancanza di preventiva delibera di autorizzazione all'assunzione di partecipazione da parte di società a responsabilità limitata in una società di fatto, non può essere dichiarata l'estensione del fallimento a causa della inefficacia della costituzione o comunque della partecipazione per facta concludentia di una società di fatto da parte degli amministratori di una società di capitali privi dei relativi poteri.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Il ricorrente ha chiesto di dichiarare il fallimento in estensione del convenuto, evidenziando gli elementi idonei a □ dimostrare l'esistenza di una società di fatto costituita dalla XX S.r.l. e dal Sig. YY, sotto l'unitaria gestione di quest'ultimo che, sotto l'apparenza di due soggetti distinti, hanno in realtà costituito un'unica attività imprenditoriale, in funzione della realizzazione di un vantaggio patrimoniale proprio.

All'udienza del 19.2.2015 è stato chiesto alla parte ricorrente se vi fosse una delibera ai sensi dell'art. 2361 comma 2 cod. civ., e se una tale delibera fosse o non ritenuta necessaria al fine dell'accoglimento della domanda.

All'udienza del 26.2.2015 la parte ricorrente ha dedotto la mancanza di una delibera ai sensi dell'art. 2361 comma 2 cod. civ.

La domanda non può essere accolta.

In via preliminare deve esaminarsi la ammissibilità della estensione del fallimento, in ragione della soggettività giuridica del soggetto già dichiarato fallito. La decisione è stata infatti a suo tempo assunta nei confronti di una s.r.l.

Il dubbio sorge perché ai sensi dell'art. 2361 comma 2 cod. civ., l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, deve essere deliberata dall'assemblea, con l'onere per gli amministratori di dare specifica informazione di tali partecipazioni nella nota integrativa del bilancio.

Nel caso di specie si è infatti in presenza di una società di capitali già dichiarata fallita, rispetto alla quale deve ipotizzarsi la sua partecipazione ad una società di fatto con altri soggetti giuridici. Va da sé che viene allora all'attenzione proprio l'ipotesi disciplinata dalla norma richiamata, perché vi sarebbe la partecipazione di una società a responsabilità patrimoniale limitata, in una società a responsabilità patrimoniale illimitata, senza che sia in alcun modo dimostrato che l'assemblea della prima avesse deliberato la partecipazione.

Va premesso che è nota la giurisprudenza già espressasi sul punto (tra quelle edite, da ultimo, in senso sfavorevole all'estensione, App. Venezia, 16.7.2014, in banca dati leggiditalia, ove il richiamo, per la tesi negativa di; T. Mantova, 30-04-2013, in ilcaso.it; A. Venezia 10 dicembre 2011, in ilcaso.it; A. Napoli, 15-05-2009, in Riv. dir. soc., 2010, fasc. 1, 102; T. Salerno 08-04-2009, in Corti Salernitane, 2009, 718; A. Bologna, 11-06-2008, in Riv. dir. soc., 2010, fasc. 1, 99; A. Torino, 30-07-2007, in Giur. it., 2007, 2219; T. Torino, 04-04-2007, in Giur. it., 2007; e ; nel senso dell'ammissibilità dell'assunzione della partecipazione in società di persone da parte di società di capitali anche in assenza delle deliberazioni di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c. , v. T. Nola 23-05-2013 e T. Brindisi 07-01-2013 in ilcaso.it ; A. Catanzaro, 30-07-2012, in Giur. comm., 2013, II, 433; T. Palermo, 14-10-2012, in Società, 2013, 392; T. Napoli 19.01.2011 in il Fallimento.it; T. Prato 15.11.2010 in Foro it. Merito extra, 2011.3, 8/9; T. S.M. Capua Vetere, 08-07-2008, in Riv. dir. soc., 2010, fasc. 1, 98; T. Forlì, 09-02-2008, in Giur. it., 2008, 1425;). D'altra parte anche il Tribunale di Foggia, e la Corte d'Appello di Bari, si sono espressi per la tesi favorevole all'estensione, con provvedimenti inediti.

Nell'ordine, la prima questione da affrontare riguarda l'applicabilità della norma richiamata alle s.r.l., essendo essa dettata per le spa.

In proposito, non pare potersi dubitare della risposta affermativa, dal momento che ai sensi dell'art. 111-duodecies, disp. att. cod. civ., è ben possibile che una s.r.l. partecipi ad una società di persone, al pari di quanto è previsto in tale norma per la spa. E d'altra parte, per le s.r.l. è espressamente previsto dall'art. 2479 comma 4 cod. civ., che nelle materie di cui ai precedenti nn. 4 e 5 del comma 2 le decisioni dei soci debbano essere adottate mediante deliberazione assembleare (addirittura a prescindere dal fatto che l'atto costitutivo preveda o non che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, stante l'uso della congiunzione □e□, nella individuazione delle materie che richiedono la deliberazione assembleare). Ed è bene evidenziare che non vi è dubbio che la decisione di partecipare ad una società a responsabilità patrimoniale illimitata rientri nel novero del nr. 5 di tale articolo, posto che come già rilevato da una parte della dottrina, essa certamente comporterebbe una rilevante modificazione dei diritti dei soci (secondo altra parte della dottrina la decisione in argomento integrerebbe una modificazione dell'oggetto sociale, e ciò troverebbe un avallo nell'art. 2361 comma 1 cod. civ., ma in

ogni caso non cambierebbe nulla ai fini di quello che qui si sostiene). Deve allora concludersi nel senso che certamente la norma indicata si applichi anche alle s.r.l.

La seconda questione da affrontare riguarda propriamente il merito della decisione, vale a dire se in mancanza di delibera, come nel caso di specie, la partecipazione non di meno acquisita in una società di fatto, o la costituzione di un tale tipo di società posta in essere per *facta concludentia*, da parte degli amministratori della s.r.l., possa comunque comportare l'efficacia della decisione (vale a dire la partecipazione della s.r.l. ad una società a responsabilità patrimoniale illimitata), ovvero se una conclusione di tal fatta sia preclusa. Si tratta in altre parole di decidere se la preventiva deliberazione sia o non necessaria per aversi l'effetto giuridico della partecipazione, con le conseguenze che ne derivano in tema di ammissibilità dell'estensione del fallimento.

Al fine di dare una risposta a tale interrogativo, occorre prendere le mosse dall'estensione dei poteri degli amministratori.

È noto che sia l'art. 2384 comma 2, e sia l'art. 2475-bis comma 2, dettati rispettivamente per le s.p.a. e per le s.r.l., prevedono che le limitazioni dei poteri degli amministratori (rispettivamente stabilite nello statuto o in una decisione degli organi competenti, ovvero nell'atto costitutivo o nell'atto di nomina) non siano opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

Come si vede, le limitazioni non opponibili, anche se pubblicate, sono solo quelle che derivano da decisioni comunque riconducibili alle stesse società. Ma la limitazione del potere di assumere partecipazioni in società a responsabilità patrimoniale illimitata, come visto, non è riconducibile ad una decisione societaria, bensì allo stesso disposto della legge, per effetto di quanto previsto dagli artt. 2361 comma 2 (esplicitamente) e 2479 comma 4 cod. civ. (implicitamente).

Non può allora che ritenersi in ogni caso opponibile ai terzi la limitazione del potere dell'amministratore che abbia assunto la partecipazione, poiché essa è prevista nella legge, e sarebbe semmai l'eliminazione del limite, da parte degli organi societari, a consentire l'affidamento dei terzi in ordine all'esistenza dei poteri in capo agli amministratori.

Corollario di tale conclusione è che in presenza non solo di un limite legale al potere degli amministratori, ma anche di norme che ne prevedono, sia pure indirettamente, l'opponibilità ai terzi, certo non può ritenersi che la condotta dell'amministratore, che dovesse in tale situazione assumere una partecipazione in una società a responsabilità illimitata, sia meritevole di produrre effetti meritevoli di tutela giuridica.

In questo senso, peraltro, non può neppure sostenersi che al Legislatore sia sfuggita la distinzione tra □oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea□ ed □autorizzazioni richieste dallo statuto per il compimento di atti amministrativi□. È l'art. 2364 nr. 5, infatti, a rimettere alle delibere assembleari le due materie indicate, con la conseguenza che nelle prime non può che rientrare, evidentemente, e per quanto di qui di interesse, la delibera di cui all'art. 2361 comma 2, ciò che rappresenta una ulteriore conferma al fatto che i poteri degli amministratori incontrino limiti sia legali e sia statutari, che però sono soggetti ad effetti diversi quanto alla loro opponibilità ai terzi: solo per i secondi, infatti, le norme -come visto- ne escludono l'opponibilità nei

termini ricordati. Per le s.r.l., la distinzione è contenuta nel richiamato art. 2479, in ordine al quale le rilevanti modificazioni dei diritti dei soci (comma 2 nr. 5) sono comunque rimesse alla decisione assembleare, e sono contrapposte alle altre ipotesi riconducibili ad interventi sull'atto costitutivo, ciò che conferma la volontà del Legislatore di tenere distinte le due ipotesi, anche in relazione al disposto dell'art. 2475-bis comma 2 cod. civ.

La conclusione che deve trarsi da queste ultime considerazioni, è che la decisione di partecipare ad una società a responsabilità patrimoniale illimitata è sottratta agli amministratori delle società di capitali, ed è soggetta alla preventiva delibera della assemblea. Va da sé che in mancanza di delibera preventiva, la condotta dell'amministratore che abbia ciò nonostante posto in essere una partecipazione della specie sia del tutto inefficace, perché proveniente da un soggetto privo dei relativi poteri legali (come detto distinti dai poteri statutari), in una condizione nella quale non vigono i principi di cui agli artt. 2384 comma 2 e 2475-bis comma 2 cod. civ.

Nel senso che qui si sostiene militano poi alcune altre considerazioni.

Da un punto di vista sistematico, non vi è alcuna ragione per preferire, quale effetto implicito della estensione del fallimento, le ragioni dei creditori della fallita, rispetto a quelle dei creditori dei soggetti a cui il fallimento dovrebbe estendersi (ammesso che dalla estensione i primi vengano ad essere avvantaggiati sotto il profilo dell'aspettativa di soddisfazione concorsuale). Senza dimenticare che i secondi ben potrebbero confidare nel dato normativo, che impone la delibera per la partecipazione, e verrebbero in tal modo a subire gli effetti negativi dell'estensione del fallimento, in una condizione che andrebbe ad incidere proprio sul loro affidamento allorquando avevano assunto il credito. Ovviamente le medesime considerazioni valgono anche per i soci, che si troverebbero esposti ad una modifica del tutto rilevante del regime patrimoniale della società, e quindi dei propri diritti, e subirebbero le conseguenze negative di una condotta degli amministratori, che la legge non consentiva a costoro, in assenza della preventiva delibera assembleare.

Da un punto di vista interpretativo, la soluzione che qui si sostiene sembra peraltro aver ricevuto l'implicito avallo della Corte Costituzionale. Come noto, con sentenza nr. 276 dell'1.12.2014, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 147 LF sollevata dal Tribunale di Bari. E ciò ha fatto rilevando in motivazione che il rimettente non si fosse preliminarmente interrogato proprio 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, prendendo 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;;

Ora, ancorché la questione non sia stata affrontata dalla Corte, nel senso che essa non abbia preso espressa posizione sul punto, la circostanza per la quale abbia comunque ritenuto rilevante la mancanza di motivazione

sul punto da parte del giudice rimettente, certo induce a ritenere che le argomentazioni a sostegno della tesi negazionista non siano incongrue. L'attuale formulazione normativa, conseguente alla riforma del 2003, è intervenuta in un panorama giurisprudenziale che aveva escluso la partecipazione di una società di capitali in una società di persone (Cass. 18 giugno 1955, n. 1903, in Rep. Foro it., 1955, 189; Cass. 26 ottobre 1956, n. 3963, in Foro it., 1957, 513, I; Cass. 11 gennaio 1962, n. 21, tra l'altro ivi, I, 239, 1963, e in Giust. Civ., 1962, I, 239; Cass. 19 novembre 1981, n. 6151, tra l'altro in Foro it., I, 2897, 1982, e in Giur. It., 1983, 8, I, 1334; Cass. Sez. Lav., 28 gennaio 1985, n. 464, in Giur. Comm., 1986, II, 418; Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, tra l'altro in Foro It., 1988, 11, I, 3248 e in Giust. Civ., 1989, 2, I, 349; Cass. Sez. Lav., 13 febbraio 1993, n. 1906, in Foro it., I, 1875, 1993; Cass. 2 gennaio 1995, n. 7, in Riv. dir. comm., II, 1996, 35), laddove gran parte della dottrina proponeva invece la posizione contraria. La norma di cui all'art. 2361 comma 2 cod. civ., pertanto, non può ritenersi poco meditata, proprio alla stregua del dibattito che caratterizzava la decisione in esame. Essa se da un lato, al pari dell'art. 111-duodeciesdisp. att. cod. civ., legittima ora definitivamente la partecipazione di cui è cenno, dall'altro lato non può essere intesa, laddove ha previsto la necessità della previa delibera assembleare (per le s.r.l. la modifica normativa ha riguardato l'art. 2479 comma 4), come priva di rilievo sistematico, in vista delle modalità di realizzazione della partecipazione.

Quanto alla modifica che ha riguardato l'art. 2384 cod. civ., va premesso che tale norma è stata oggetto di riscrittura già con l'art. 5, d.p.r. 29.12.1969, n. 1127, in attuazione della direttiva CEE n. 151 del 9.3.1968 - la "primadirettiva" CEE in tema di società-, peraltro in vista dell'esclusione dell'opponibilità ai terzi delle limitazioni dei poteri degli organi sociali risultanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti; anche se pubblicate; e quindi di successivo intervento con la riforma del 2003. La precedente formulazione del comma 1 prevedeva espressamente che per gli amministratori dotati della rappresentanza della società valessero comunque le limitazioni risultanti dalla legge o dall'atto costitutivo, laddove la riforma prevede ora al comma 2 l'inopponibilità dei soli limiti derivanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, salvo il dolo. L'intervento di modifica ha innescato un dibattito in ordine alla attuale portata dell'opponibilità dei limiti legali, ma è stato tuttavia ritenuto priva di rilievo a questo scopo, sia da parte della dottrina, e sia dalla giurisprudenza. Quest'ultima (Sez. 1, Sentenza n. 1525 del 26/01/2006, Rv. 585923, in Giur. It., 2006, 10, 1863, e in Obbl. e Contr., 2007, 2, 132), infatti, in una vicenda relativa all'individuazione dei presupposti per l'opponibilità ai terzi del limite derivante dal divieto di agire in conflitto di interessi con la società rappresentata, ha evidenziato, in motivazione, e per quanto qui interessa, che è sufficiente rilevare, a tale riguardo, che 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 privata;.

In conclusione, deve ritenersi che in mancanza di preventiva delibera di autorizzazione all'assunzione di partecipazione da parte della s.r.l., in una

società di fatto, l'estensione del fallimento non possa essere dichiarata, dovendosi affermare l'inefficacia della costituzione o comunque della partecipazione- per facta concludentia di una società di fatto, in assenza di formalità, da parte degli amministratori di una società di capitali, privi dei relativi poteri legali (in ciò superandosi il precedente approdo al quale era giunto il Tribunale di Foggia).

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, stante la contumacia del convenuto.

P.Q.M.

rigetta la domanda;

nulla sulle spese.

Foggia, 3 marzo 2015

Depositata in Cancelleria il 03/03/2015