

D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; D.Lgs. 12 maggio 2007, n. 169; D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; R.D. 16 marzo 1942, n. 267: art. 147; Codice civile: artt. 2361 e ss., 2384, 2082, 1705, 1719, 2497.

Elaborato dagli Avv. Alessandro Benedetti, Sabrina Belmonte, Nicolino Gentile, aggiornato dall'Avv. Nicolino Gentile

Differenze e analogie tra imprenditore occulto, società di fatto, società occulta, società apparente e società irregolare

Secondo il disposto dell'art. 2082 c.c. è "imprenditore" colui che "esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

Non essendo possibile identificare nel nostro Ordinamento un imprenditore attraverso un registro, è possibile che un soggetto che nel rapporto con i terzi si qualifica come imprenditore in realtà non lo sia, ovvero, potrebbe capitare, nel medesimo caso, che un soggetto che non si attribuisce la qualità di imprenditore in realtà sia tale.

Al riguardo, il principio generale vigente nel nostro ordinamento è quello della "spendita del nome", in virtù del quale la disciplina dell'attività di impresa è imputabile solo a colui che ha agito in proprio nome; pertanto può essere considerato imprenditore colui che esercita personalmente l'attività d'impresa compiendo in proprio nome gli atti relativi; al contrario, non può essere considerato imprenditore il soggetto che gestisce l'altrui impresa spendendo il nome dell'imprenditore per effetto del potere di rappresentanza conferitogli dall'interessato ovvero riconosciuto dalla legge. Potrebbe, tuttavia, accadere che l'imprenditore che non sia un mandatario di un altro soggetto, ma solo un prestanome, agisca sotto le direttive di un altro soggetto, persona fisica o giuridica, il quale gestisce realmente l'impresa senza apparire di fronte ai terzi. È l'ipotesi della "interposizione fittizia" che si distingue dall'ipotesi in cui vi sia un mandato, detta della "interposizione reale".

Nel primo caso avremo un "imprenditore palese", ossia colui che spende il nome pur non gestendo

Rapporto sociale occulto e fallimento

LA QUESTIONE

Una volta dichiarato il fallimento di un imprenditore apparentemente individuale che risulti, in realtà, socio di una società di fatto, occulta, esercitante la stessa impresa, può essere dichiarato il fallimento della società e di altri soci occulti, senza che sia necessario provare l'insolvenza di questi ultimi?

l'impresa, mentre nel secondo caso, parleremo di "imprenditore occulto", ossia colui che gestisce realmente l'impresa senza apparire come imprenditore di fronte ai terzi.

Alla luce di quanto considerato, sorgeva il problema della responsabilità dell'imprenditore occulto nel caso di fallimento dell'imprenditore palese. Al riguardo ci si è domandati (visto che per essere sottoposti al fallimento è necessario essere un imprenditore e per divenire imprenditore è necessario spendere il proprio nome) se può essere sottoposto al fallimento l'imprenditore occulto che, non avendo speso il suo nome, non è mai divenuto formalmente imprenditore. Nel rispondere a tale interrogativo la dottrina si è divisa tra coloro che propendono incondizionatamente per una risposta affermativa ritenendo che l'imprenditore occulto fallisca sempre insieme all'imprenditore palese, per effetto dell'applicazione analogica dell'art. 147 l. fall., relativo al fallimento del socio occulto che, come è noto, può essere dichiarato fallito insieme alla società se illimitatamente responsabile e coloro che non ritengono sia possibile sottoporre a fallimento l'imprenditore occulto, per la vigenza del principio della "spendita del nome".

Quanto alla posizione della giurisprudenza sull'argomento (si veda Cass. civ. 24 febbraio 1983, n. 1418) si può osservare come i giudici di fronte al fallimento dell'imprenditore palese considerano l'imprendi-

tore occulto come un socio occulto estendendo il fallimento anche a quest'ultimo a norma dell'art. 147 l. fall.

Parzialmente differenti sono, poi, le posizioni dottrinali e giurisprudenziali riguardanti le c.d. "società occulte". Queste vanno, prima di tutto, distinte dalle c.d. "società di fatto", apparenti e irregolari. Il nostro ordinamento giuridico, che non contiene la definizione di "azienda" ma soltanto di "imprenditore", riconosce che, per la costituzione di una società di persone non è necessario "un atto scritto", per cui il rapporto societario tra due o più soggetti si può perfezionare anche per fatti concludenti. In tal caso si parlerà di società di fatto. Questa sarà regolata dalle norme della società semplice se l'attività esercitata non è di carattere commerciale, ovvero dalla disciplina della società collettiva irregolare se l'attività esercitata dalla società di fatto sarà di carattere commerciale. In quest'ultimo caso la conseguenza sarà che i soci di tale tipologia di società di fatto risponderanno personalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali.

La società di fatto che esercita attività commerciale può essere esposta al fallimento al pari di ogni imprenditore commerciale e tale fallimento determinerà automaticamente il fallimento di tutti i soci (art. 147 l. fall.), dei soci noti al momento della dichiarazione di fallimento della società (c.d. "soci palesi"), ma anche dei soci occulti, ossia quei soci la cui esistenza venga scoperta successivamente (art. 147, c. 4, l. fall.). La prova dell'esistenza di soci occulti potrà basarsi anche su presunzioni rivelatrici degli elementi essenziali del contratto di società nei soli rapporti interni (conferimento, gestione comune), purché tali indizi siano univoci e concordanti.

L'aver tenuto celato ai terzi la propria partecipazione a una società di fatto non esonera i c.d. "soci occulti" da responsabilità per le obbligazioni sociali e dal fallimento e il disposto dell'art. 147, c. 4, l. fall., in merito, non lascia dubbi.

Dalla società con soci occulti va tenuto distinto il fenomeno della società occulta. Potrà essere considerata società occulta la società costituita con l'espressa e concorde volontà dei soci di non rivelarne l'esistenza all'esterno. Quindi, ciò che la caratterizza è il fatto che i soci, di comune accordo, stabiliscono che l'attività d'impresa dovrà essere svolta per conto della società, ma senza spenderne il nome. Ebbene, tale tipologia di società può essere di fatto,

ma può anche risultare da un atto scritto tenuto ovviamente segreto dai soci. Conseguentemente, nei rapporti esterni, l'impresa si presenterà come impresa individuale di uno dei soci o anche di un terzo, che operano spendendo il proprio nome.

Lo scopo che i soci di tale società si propongono di realizzare mediante il patto di non esteriorizzazione della società (patto assolutamente valido e vincolante fra le parti) è quello di limitare la responsabilità, nei confronti dei terzi, al solo patrimonio (solitamente modesto) del gestore, evitando, così, che la società e gli altri soci rispondano delle obbligazioni di impresa e siano esposti al fallimento. Tali obiettivi, sono considerati di per sé leciti e possono essere conseguiti con gli strumenti appositamente apprestati dal nostro ordinamento.

In particolare è possibile che una società di persone costituisca e controlli una società di capitali, anche unipersonale. In tale contesto (in cui, tuttavia, troveranno applicazione una serie di istituti posti a tutela anche dei terzi quali, per esempio, regole sulla effettività e integrità del capitale, responsabilità diretta e personale degli amministratori, controlli interni ed esterni sulla gestione, responsabilità della controllante per abuso di attività di direzione e coordinamento, etc.) la limitazione di responsabilità e l'esenzione dal fallimento dei soci verranno conseguiti in modo trasparente. Sulla questione, da tempo la giurisprudenza e parte della dottrina hanno reagito contro questo fenomeno sostenendo che la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società occulta e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa venga, successivamente, scoperta (*ex multis*, Cass. civ. 20 settembre 1989, n. 3931; Cass. civ. 7 dicembre 1989, n. 5408; Cass. civ. 30 gennaio 1995, n. 1106; Cass. civ. 17 gennaio 1998, n. 366). Indispensabile e adeguato a tal fine sarà, per i terzi, dimostrare, *a posteriori*, l'esistenza del predetto contratto di società e che gli atti posti in essere dal soggetto agente (o gestore) in proprio nome siano comunque riferibili alla società, non esteriorizzata. In tal caso (e una volta acquisite le prove), la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale potrà essere estesa alla società e agli altri soci occulti.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato recepito anche dal Legislatore della riforma del diritto fallimentare (D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006), tant'è che la nuova lettera dell'art. 147, c. 5 (confermato an-

che dal successivo D.Lgs. n. 169 del 12 maggio 2007) dispone che “qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile a una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile”, si applica agli altri soci illimitatamente responsabili la regola del fallimento del socio occulto.

In sintesi, ai fini della dichiarazione di fallimento la legge tratta allo stesso modo il socio occulto di società palese e la società occulta e, in entrambi i casi, ritiene sufficiente la prova dell'esistenza del contratto di società nei rapporti interni. Sono, generalmente, considerati indici probatori di una società occulta il sistematico finanziamento di un imprenditore individuale anche attraverso il rilascio di fidejussioni *omnibus*, la partecipazione a trattative di affari con i fornitori, il compimento di atti di gestione, sia pure in nome dell'imprenditore individuale, il prelievo di somme di pertinenza dell'impresa e così via.

La parificazione così operata e le conseguenze che se ne traggono sotto il profilo fallimentare non devono tuttavia essere fraintese in quanto, come anticipato precedentemente, socio occulto di società palese e società occulta sono fenomeni molto differenti sotto il profilo giuridico.

Infatti, in caso di socio occulto di società palese l'attività di impresa viene svolta in nome della società, pertanto, la responsabilità di impresa della società è fuori contestazione e la partecipazione alla società viene considerata titolo sufficiente a fondare la responsabilità e il fallimento sia dei soci palesi sia di quelli occulti; nel caso, invece, di società occulta chi opera nei confronti dei terzi agisce in nome proprio, sia pure nell'interesse e per conto di una società di cui è eventualmente socio (agisce, cioè, come mandatario senza rappresentanza della società occulta), pertanto, saranno a lui imputabili gli atti di impresa e i relativi effetti (art. 1705 c.c.).

La tendenza della giurisprudenza nel coinvolgere il maggior numero possibile di persone nel fallimento di un imprenditore individuale si manifesta anche laddove i giudici si convincono spesso che dietro un imprenditore individuale, insolvente o già fallito, ci sia una società, per la presenza di comportamenti degli “indiziati” nei confronti dei terzi, quali il rilascio di fidejussioni o di avalli a favore dell'imprenditore individuale, il pagamento di debiti e/o la partecipazione a trattative di affari insieme allo stesso.

Quanto alla c.d. “società apparente” la giurispru-

denza più costante afferma che una società, anche se non esistente nei rapporti tra i presunti soci, deve considerarsi esistente all'esterno quando due o più persone operino in modo da ingenerare nei terzi la ragionevole opinione che essi agiscono come soci e quindi da determinare in essi l'incolpevole affidamento circa l'esistenza effettiva della società e anche in tale ipotesi la c.d. società apparente è assoggettata a fallimento come una società di fatto realmente esistente (*ex multis*, Cass. civ. 9 gennaio 1975, n. 49; Cass. civ. 21 giugno 2004, n. 11491; Cass. civ. 20 aprile 2006, n. 9250; Cass. civ. 20 giugno 2006, n. 14280; Cass. civ. 22 febbraio 2008, n. 4529; Cass. civ. 11 marzo 2010, n. 5961; Cass. civ., Sez. I, 5 luglio 2013, n. 16829).

Questa singolare figura di società non ha mancato di suscitare vivaci reazioni critiche in dottrina la quale ritiene che si può parlare per lo più di responsabilità dell'apparente socio nei confronti dei terzi in buona fede che hanno ragionevolmente fatto affidamento sui suoi comportamenti esterni e non di fallimento della società apparente, dato che al fallimento partecipano tutti i creditori, ossia anche quelli che con il presunto socio non hanno trattato e che pertanto non possono aver fatto alcun tipo di affidamento sulla sua responsabilità.

Queste critiche non hanno, a ogni modo, scalfito l'atteggiamento della giurisprudenza che continua a far vivere e ad applicare la sua creatura mantenendosi, in un certo senso, coerente con la posizione assunta in tal senso con le c.d. “società occulte”. Infatti, se per tutelare i creditori di un'impresa la legge fa fallire le società che esistono nei rapporti interni ma non esistono di fronte ai terzi, per quale motivo i giudici non dovrebbero far fallire le società che, secondo gli stessi giudici, “esistono” di fronte ai terzi ma non esistono nei rapporti interni (società apparente)?

Il problema di fondo, in realtà, sembra essere a monte. Cioè quello della non superabilità del criterio di imputazione formale della responsabilità per debiti di impresa; pertanto, fino a quando si penserà il contrario, continueranno a vivere nelle aule dei tribunali società apparenti e presunte società occulte. Per quanto riguarda, infine, la c.d. “società irregolare”, sono tali le società per le quali non si è compiuto il procedimento di formazione previsto dalla legge. Il fenomeno riguarda soprattutto la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice nel

caso di mancata iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro delle Imprese. In tali ipotesi le società vengono assoggettate alla disciplina propria della società semplice, per la quale non è previsto nessun regime di pubblicità legale; il contratto di società rimane valido mentre non si verificano le conseguenze che sono proprie del regime di pubblicità previsto dalla legge. L'irregolarità può essere iniziale, quando fin dalla costituzione, la società non è stata iscritta nel Registro delle imprese, ovvero sopravvenuta, nell'ipotesi di successiva cancellazione dal Registro delle imprese, avvenuta per qualsiasi motivo (mancanza delle condizioni di legge, cessazione dell'attività), quando la società continua di fatto l'attività. Si parla di irregolarità sopravvenuta anche nel caso di fusione attuata mediante costituzione di nuova società quando l'atto di fusione non viene registrato nel Registro delle imprese.

L'irregolarità, ferma restando la validità e l'efficacia del contratto, possiede influenza soltanto nei confronti dei terzi (la posizione dei creditori sociali e di quelli particolari del socio è regolata dalle norme sulla società semplice); esse non sono ammesse al beneficio del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata (ciascun socio che agisce si presume abbia la rappresentanza della società e, a meno che non si provi la conoscenza del terzo, non sono opponibili a questo i patti limitativi della rappresentanza). A differenza della società semplice, la società irregolare presenta alcune diversità, e esempio: il terzo che contratta con la società irregolare non ha l'onere di accertare, sulla base del contratto sociale, il potere di rappresentanza del socio che agisce, mentre chi contratta con una società semplice deve accertarlo; il socio accomandante risponde, nella società irregolare per le obbligazioni sociali nei limiti della sua quota, anche in mancanza di pubblicità di fatto, laddove nella società semplice le limitazioni della responsabilità del socio sono efficaci solo se sottoposte a idonea pubblicità.

La disciplina del fallimento per le società occulte

Le riforme del diritto societario e del diritto fallimentare hanno rivoluzionato il tema di diritto commerciale più discusso degli ultimi anni ossia quello dell'imprenditore occulto.

Negli ultimi anni le Corti di merito si sono continuamente pronunciate in materia con provvedimenti, pur articolati, che continuano tuttavia a risentire

in modo sensibile dei, seppur datati, consolidati orientamenti giurisprudenziali, ormai superati dal nuovo assetto normativo.

Nonostante, infatti, alcune sentenze manifestano tendenze evolutive in tal senso (si veda come esempio la sentenza del Tribunale di Vicenza del 23 novembre 2006), ancora non si arriva a recepire i risultati dell'intervenuta rivoluzione e cioè che le molteplici fattispecie di imprenditore occulto e soprattutto le connesse tecniche di reazione all'abuso della personalità giuridica (in particolare quella dell'estensione del fallimento), sono definitivamente superate dal nuovo impianto normativo che pone al centro del sistema la responsabilità derivante dall'attività di abusivo dominio sull'impresa. Il nuovo comma 1 dell'art. 147, l. fall., prevede l'estensione del fallimento ai soci, anche non persone fisiche, illimitatamente responsabili, di società appartenenti «a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile». Per queste ultime in assenza di dati formali per l'imputazione della responsabilità, la scelta normativa non è l'esistenza nell'ordinamento di criteri di imputazione sostanziale diversi dalla spendita del nome, ma una vera e propria eccezione normativa che altri ordinamenti hanno peraltro abbandonato (da ultime la legge di riforma spagnola del 9 luglio 2003 e quella francese del 26 luglio 2005) e che, invece, il Legislatore fallimentare, alla luce dell'art. 2361 c.c. ha esteso anche alle persone giuridiche che rivestano la qualità di soci illimitatamente responsabili della fallita.

In questo senso si muovono anche i commi 4 e 5 del nuovo art. 147, l. fall., che contemplano il fallimento in estensione del socio occulto, scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, ma soprattutto il fallimento in estensione della società occulta insolvente e dei soci illimitatamente responsabili quando si scopra successivamente il carattere societario dell'impresa individuale originariamente dichiarata insolvente.

Considerazioni conclusive

Il testo modificato dell'art. 147 della Legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942 n. 267, contiene una puntuale formulazione dei termini di estensione dell'efficacia della dichiarazione di fallimento di società con soci in regime di responsabilità illimitata.

L'incipit dell'art. 147 l. fall., conferma il principio dell'estensione del fallimento della società a quelli, tra

i soci, che rispondono illimitatamente delle obbligazioni sociali, precisando il riferimento della prescrizione alle società di cui ai Capi III, IV e VI del titolo V del Libro V del codice civile (ovvero le società in nome collettivo, in accomandita semplice e in accomandita per azioni), il cui fallimento coinvolge anche i soci illimitatamente responsabili. Ciò anche quando essi non siano persone fisiche, adeguandosi, così, il dettato normativo all'ipotesi contemplata dal secondo comma dell'art. 2361 c.c., nella formulazione assunta dopo la riforma del diritto societario (D.Lgs. n. 6/2003). Tale norma prevede che una società per azioni possa partecipare a una società di persone, che tale partecipazione venga deliberata dall'assemblea e che di essa gli amministratori diano specifica informazione nella nota integrativa del bilancio, così consentendo l'assunzione di partecipazioni in altre imprese sottoposte al regime di responsabilità illimitata. Quindi, l'inciso di cui al primo comma dell'art. 147 «pur se non persone fisiche» è stato inserito proprio per chiarire che falliscono, per estensione, anche le società, sia di capitali che di persone, che abbiano assunto una partecipazione comportante l'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte dalla società dichiarata fallita. Al quarto comma del menzionato art. 147 viene, poi, ribadita l'estensione del fallimento della società ai soci occulti illimitatamente responsabili individuati successivamente alla dichiarazione di fallimento, su istanza del curatore e anche dei singoli creditori e degli stessi soci illimitatamente responsabili già dichiarati falliti. Recita l'articolo: «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».

Il successivo quinto comma, prevede che si proceda «allo stesso modo qualora, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile a una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile». Questa disposizione è la conseguenza del recepimento da parte del Legislatore del noto orientamento giurisprudenziale (Cass. civ. 30 gennaio 1995 n. 1106) relativo, appunto, all'estensione del fallimento dell'imprenditore individuale alla società occulta che si scopra esistere successivamente alla dichiarazione di fallimento e di cui l'imprenditore fallito sia socio illimitatamente responsabile.

Sul punto, la giurisprudenza di merito (Tribunale

di Busto Arsizio sentenza del 16 giugno 2010), in adesione al citato orientamento della Cassazione risalente alla pronuncia n. 1106 del 1995, ha stabilito che «la disciplina complessivamente ricavabile dagli articoli 147 della legge fallimentare e 2361 del codice civile, che prevede la possibilità di dichiarare, su richiesta del curatore del fallimento di una società di capitali il fallimento, in estensione, di una società costituita tra la fallita e un'altra società di capitali (cosiddetta “supersocietà”) e, conseguentemente, il fallimento di questa seconda società di capitali deve ritenersi applicabile anche all'ipotesi in cui la supersocietà sia stata costituita senza osservare il dettato dell'articolo 2361 e cioè senza la preventiva deliberazione assembleare e senza l'indicazione della partecipazione nella nota integrativa del bilancio».

Il mancato rispetto della norma da ultimo indicata comporta, infatti, l'inefficacia dell'assunzione della partecipazione solo nei rapporti interni (in ipotesi tra i soci e gli amministratori) e non anche nei rapporti con i terzi estranei alla società: tale assunto si desume dalla norma di cui all'articolo 2384 del codice civile che qualifica come “generale” il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori e che qualifica come inopponibili ai terzi le limitazioni a tali poteri risultanti dallo statuto ovvero da una “decisione degli organi competenti”. Nessuna distinzione è infatti logico operare, sotto questo profilo, tra una limitazione derivante dallo statuto o da una specifica deliberazione (anche se i relativi atti siano stati regolarmente pubblicati) e una limitazione derivante dalla legge. Diversamente opinando, si lascerebbe al singolo imprenditore la scelta in ordine all'attuazione dei presupposti richiesti per la sua dichiarazione di fallimento (posto che l'art. 147 citato sarebbe applicabile solo nell'ipotesi di partecipazione regolarmente deliberata e indicata nella nota integrativa del bilancio) e, soprattutto, si escluderebbe l'applicabilità dello stesso art. 147 nell'ipotesi della società di fatto, la cui costituzione prescinde dalla redazione di un formale contratto.

Il Tribunale di Busto Arsizio ha confermato quanto aveva stabilito la Cassazione con la citata pronuncia del 1995, nella quale si legge che «Se, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore apparentemente individuale, risulti che egli era socio di una società di fatto, anche se occulta, esercitante la stessa impresa, deve essere dichiarato il fallimento della società e di altri soci occulti, senza che sia ne-

cessario provare l'insolvenza di questi ultimi, essendo il loro fallimento conseguenza automatica del fallimento della società».

La Cassazione aveva chiarito che la dichiarazione di fallimento della società di fatto (occulta) di cui fa parte un'impresa già dichiarata fallita non è una nuova e autonoma dichiarazione di fallimento, ma una dichiarazione di fallimento "in estensione" ai sensi dell'articolo 147 della legge fallimentare e non richiede, pertanto, l'accertamento né dello stato di insolvenza, né dell'avvenuto superamento delle soglie di fallibilità, perché tali presupposti, da valutarsi, in ipotesi, con riguardo alla società occulta (la cosiddetta "supersocietà"), sono gli stessi già valutati e individuati con riguardo alla società già dichiarata fallita: nella fattispecie, infatti, la dichiarazione del fallimento in estensione comporta «...la sola individuazione di altri soggetti da sottoporre alla medesima procedura». Contrariamente all'orientamento sopra descritto, risalente alla pronuncia della Cassazione del 1995 e alla decisione del Tribunale di Busto Arsizio, si è espressa la Corte di Appello di Venezia con la sentenza del 10 dicembre 2011, nella quale viene dato decisivo rilievo sia al cosiddetto patto di occultamento, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di una società occulta, e sia alla preventiva deliberazione assembleare ex art. 2361 c.c., ai fini dell'estensione del fallimento anche alla società di capitali partecipata dalla società di fatto costituita

tra quest'ultima e la fallita.

Quanto al primo presupposto si legge: «Essenziale elemento costitutivo della società occulta è rappresentato dal patto di occultamento, in forza del quale i rapporti con i terzi, ancorché intrattenuti per conto della società, figurano posti in essere da uno solo dei soci che appare all'esterno titolare di un'impresa individuale dal punto di vista fattuale, sì che - allorché non sia dato desumere, dalla ricostruzione operata dal Tribunale, alcuna plausibile ragione, e tanto meno dimostrazione, dell'esistenza del patto di occultamento - deve revocarsi la sentenza dichiarativa di fallimento di una società occulta».

Quanto al secondo, è affermato che «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.».

Il medesimo elemento che non consentirebbe l'applicazione del comma 5 dell'art. 147 della l. fall. in ragione della disciplina contenuta all'art. 2631, comma 2 c.c. viene ripreso e sottolineato anche dalla più recente giurisprudenza di merito, dal Tribunale di Bergamo nella decisione del 19 marzo 2015.

Sull'argomento è stato infine sollevato un dubbio di legittimità costituzionale, che la Corte Costituzionale ha respinto come manifestamente inammissibile (si veda decisione Corte Costituzionale 29 gennaio 2016, n. 15). ●

LA SELEZIONE GIURISPRUDENZIALE

ESTENSIONE DEL FALLIMENTO

Corte Costituzionale 29 gennaio 2016, n. 15

È manifestamente inammissibile, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, primo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, comma 5, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, impugnato nella parte in cui, nel consentire l'estensione della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale alla società di cui questi è socio illimitatamente responsabile, non prevede analoghe possibilità nell'ipotesi di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali, socia della società di fatto. Il rimettente, infatti, ha omissis del tutto di valutare l'effettiva esistenza di una società occulta costituita con la partecipazione della società originaria fallita: dal che la rilevanza meramente eventuale della questione. Inoltre, non ha verificato la compatibilità del disposto dell'art. 2361,

comma 2, c.c. - che consente alle società per azioni di assumere partecipazioni in imprese comportanti la responsabilità illimitata soltanto nel rispetto di determinati adempimenti con la possibilità per le società di capitali di partecipare a società di fatto la cui costituzione avviene per *facta concludentia*, né ha preso posizione circa le conseguenze del mancato rispetto di detti adempimenti. Per di più, il rimettente non ha nemmeno accertato se la disciplina codicistica, testualmente riferita alle società per azioni, possa estendersi anche alle società a responsabilità limitata per le quali manca una analogha previsione espressa.

Tribunale di Bergamo, Sez. II, 19 marzo 2015

L'art. 147, comma 5, l. fall. non può applicarsi anche all'ipotesi della previa declaratoria del fallimento di un soggetto collettivo, che si accertasse essere socio

illimitatamente responsabile di una società di fatto. Questo in quanto non è possibile, secondo la disciplina codicistica (2631, comma 2), per una società di capitali, la partecipazione ad una società esercitata in via di mero fatto ovvero in forma occulta: la mancata formalizzazione della partecipazione attraverso la necessaria delibera assembleare, infatti, inibisce la venuta ad esistenza del legame societario.

Corte d'Appello di Venezia 10 dicembre 2011

Essenziale elemento costitutivo della società occulta è rappresentato dal patto di occultamento, in forza del quale i rapporti con i terzi, ancorché intrattenuti per conto della società, figurano posti in essere da uno solo dei soci che appare all'esterno titolare di un'impresa individuale dal punto di vista fattuale, sì che - allorché non sia dato desumere, dalla ricostruzione operata dal Tribunale, alcuna plausibile ragione, e tanto meno dimostrazione, dell'esistenza del patto di occultamento - deve revocarsi la sentenza dichiarativa di fallimento di una società occulta. 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.

Tribunale di Busto Arsizio 16 giugno 2010

La disciplina complessivamente ricavabile dagli articoli 147 della legge fallimentare e 2361 c.c., che prevede la possibilità di dichiarare, su richiesta del curatore del fallimento di una società di capitali, il fallimento, in estensione, di una società costituita tra la fallita e un'altra società di capitali (cosiddetta "supersocietà") e, conseguentemente, il fallimento di questa seconda società di capitali, deve ritenersi applicabile anche all'ipotesi in cui la supersocietà sia stata costituita senza osservare il dettato dell'articolo 2361 e cioè senza la preventiva deliberazione assembleare e senza l'indicazione della partecipazione nella nota integrativa del bilancio.

Cassazione civ., Sez. I, 30 gennaio 1995, n. 1106

Se, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore apparentemente individuale, risulti che egli era socio di una società di fatto, anche se occulta, esercitante la stessa impresa, deve essere dichiarato il fallimento della società e di altri soci occulti, senza che sia necessario provare l'insolvenza di questi ultimi, essendo il loro fallimento conseguenza automatica del fallimento della società (art. 147, comma 1, l. fall.).

ESTENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ ALLA SOCIETÀ OCCULTA

Cassazione civ., Sez. I, 17 gennaio 1998, n. 366

La mancata esteriorizzazione del rapporto societario costituisce il presupposto indispensabile perché possa legittimamente predicarsi, da parte del giudice, l'esistenza di una società occulta, ma ciò non toglie che si richieda pur sempre la partecipazione di tutti i soci all'esercizio dell'attività societaria in vista di un risultato unitario, secondo le regole dell'ordinamento interno, e che i conferimenti siano diretti a costituire un patrimonio "comune", sottratto alla libera disponibilità dei singoli partecipi (art. 2256 c.c.) e alle azioni esecutive dei loro creditori personali (artt. 2270 e 2305 stesso codice), l'unica particolarità della peculiare struttura collettiva *de qua* consistendo nel fatto che le operazioni sono compiute da chi agisce non già in nome della compagine sociale (vale a dire del gruppo complessivo dei soci), ma in nome proprio.

Cassazione civ., Sez. I, 7 dicembre 1989, n. 5408

L'accertamento dell'esistenza tra più persone di una società irregolare o di fatto deve essere condotta dal giudice, per quanto attiene ai rapporti tra i soci, tenendo conto di un complesso di circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di un'attività d'impresa e l'*affectio societatis*, in difetto, cioè, della prova scritta del contratto sociale, l'esistenza della società di fatto può essere desunta dai comportamenti tenuti dai soci, anche nei confronti dei terzi, per l'esercizio collettivo dell'impresa. Tale indagine, risolvendosi nell'apprezzamento di elementi di fatto, è incensurabile in sede di legittimità, se sorretta da motivazione adeguata e giuridicamente corretta.

Cassazione civ., Sez. I, 20 settembre 1989, n. 3931

Il terzo, il quale abbia concluso un contratto con il socio di una società di fatto con riguardo ad attività a questa riferibili, senza conoscere all'epoca l'esistenza di tale società e di detta qualifica dell'altro contraente, può far valere le sue ragioni di credito nei confronti della società stessa e dei suoi soci illimitatamente responsabili, anche al fine del loro fallimento e nell'ambito delle relative procedure, alla stregua del principio della prevalenza della situazione reale su quella apparente, con la sola salvezza delle posizioni dei controinteressati che abbiano senza colpa riposto affidamento sull'apparenza.

FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ APPARENTE

Cassazione civ., Sez. I, 5 luglio 2013, n. 16829

Per poter considerare esistente una società di fatto, agli

effetti della responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato e incolpevole che quelli agissero come soci, atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto, il quale tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportino esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse. In caso di società di fatto che si assuma intercorrente fra consanguinei, la prova della esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dalla "*affectio familiaris*", sicché, di regola, non è di per sé sufficiente la dimostrazione di finanziamenti e/o pagamenti ai creditori dell'impresa da parte del congiunto dell'imprenditore, costituendo questi atti neutri, spiegabili anche in chiave di solidarietà familiare (nella specie, la Cassazione ha confermato la decisione dei giudici del merito, che avevano ritenuto sussistente la società di fatto tra due coniugi, in ragione della co-intestazione di tre conti correnti affidati, utilizzati per l'esercizio dell'impresa, della prestazione sistematica di fidejussioni a garanzia delle esposizioni, della comproprietà della maggior parte degli immobili utilizzati nell'esercizio dell'impresa, della costituzione di ipoteca volontaria a favore di banche creditrici e della collaborazione prestata dalla moglie alla gestione dell'impresa).

Cassazione civ., Sez. I, 11 marzo 2010, n. 5961

La mancanza della prova scritta del contratto di costituzione di una società di fatto o irregolare (non richiesta dalla legge ai fini della sua validità) non impedisce al giudice del merito l'accertamento "*aliunde*", mediante ogni mezzo di prova previsto dall'ordinamento, ivi comprese le presunzioni semplici, dell'esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di una attività imprenditoriale, quali il fondo comune costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite e l'*affectio societatis*, cioè il vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi; peraltro, è sufficiente a far sorgere la responsabilità solidale dei soci, ai sensi dell'art. 2297 c.c., l'esteriorizzazione del vincolo sociale,

ossia l'idoneità della condotta complessiva di taluno dei soci a ingenerare all'esterno il ragionevole affidamento circa l'esistenza della società. Tali accertamenti, risolvendosi nell'apprezzamento di elementi di fatto, non sono censurabili in sede di legittimità, se sorrette da motivazioni adeguate e immuni da vizi logici o giuridici.

Cassazione civ., Sez. II, 20 aprile 2006, n. 9250

La società di fatto, sebbene inesistente nella realtà, può apparire esistente di fronte ai terzi quando due o più persone operino nel mondo esterno in modo da determinare l'insorgere dell'opinione ragionevole che essi agiscano come soci e del conseguente legittimo affidamento circa l'esistenza della società stessa: in tale ipotesi, a tutela della buona fede dei terzi, è sufficiente che il soggetto che abbia trattato con il socio apparente provi un comportamento che, secondo l'apprezzamento insindacabile del giudice di merito, sia idoneo a designare la società come titolare del rapporto. In tal caso incombe sulla società apparente la prova che controparte fosse consapevole dell'inesistenza del vincolo sociale e quindi non meritevole di tutela.

**FALLIBILITÀ DELLA SOCIETÀ DI FATTO E CAPOGRUPPO
Tribunale di Vicenza 23 novembre 2006**

Ove più persone fisiche abbiano svolto attività di direzione e controllo di società a responsabilità limitata agendo nell'interesse imprenditoriale proprio in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sussiste la responsabilità di tali persone nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società e se fra di esse è ravvisabile una società di fatto svolgente attività di impresa la quale abbia assunto, in virtù dell'art. 2497 c.c., obbligazioni risarcitorie quantomeno nei confronti dei creditori delle società fallite per i danni subiti, tale società di fatto, laddove ne sia dimostrata l'insolvenza, può senz'altro essere dichiarata fallita.

Qualora poi sia possibile configurare tale società come una *holding* che possieda, anche in via di fatto, le quote delle società commerciali utilizzate come strumento, la fallibilità è confermata dall'evoluzione giurisprudenziale che, a partire dal 1990, ha ammesso la fallibilità della società finanziaria capogruppo di società partecipate insolventi.



Per le sentenze si rinvia a: Plus Plus 24 Diritto
(www.plusplus24diritto.com)

LA PRATICA

IL CASO CONCRETO

Cassazione civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507

Il Fallimento della società Alfa richiedeva l'accertamento dell'esistenza di una società di fatto intercorrente tra Alfa, Beta - società di capitali - e Caio, persona fisica, per vedere dichiarato nei loro confronti il fallimento in estensione ex art. 147, comma 5 l. fall.

Nei primi due gradi di giudizio, il Tribunale accoglieva le doglianze del Fallimento Alfa, e la Corte d'Appello successivamente le confermava, dichiarando e accertando l'esistenza dei presupposti per fallimento di Beta e Caio, in qualità di soci illimitatamente responsabili della società di fatto.

Beta e Caio proponevano dunque ricorso per cassazione contestando in particolare la configurazione della partecipazione di una società di capitali in una società di fatto in mancanza della delibera assembleare ex art. 2361, comma 2, c.c.; in secondo luogo, lamentavano la violazione e falsa applicazione dell'art. 147, comma 5, l. fall., il quale consentirebbe l'estensione al fallimento della società solo quando il socio già fallito fosse un imprenditore individuale e non anche quando fosse una società di capitali.

La soluzione accolta dalla Suprema Corte

È ammissibile l'esistenza di una società di fatto (occulta o comunque irregolare, ai sensi dell'art. 2297 c.c.) fra società di capitali, allorché la partecipazione sia assunta dall'amministratore, seppur mancanza della previa delibera assembleare e della successiva indicazione della nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361, comma 2 c.c.

Il rilievo determinante consiste nel fatto che colui che entra in contatto con l'ente-società deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza: agli amministratori è infatti conferito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri non sono opponibili ai terzi, ai sensi dell'art. 2384 c.c., anche se pubblicate, salvo che si provi che questi ultimi abbiano agito scientemente in danno della società. Alla medesima conclusione si giunge anche in caso di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere gestorio: l'eventuale rilevanza esterna di tale dissociazione si porrebbe infatti in contrasto con le finalità perseguite dal legislatore della riforma del diritto societario - di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito favorendo la tutela del mercato, la stabilità dell'agire sociale e la certezza dei traffici - in quanto minerebbe alla base ogni possibilità di garantire ai terzi la necessaria sicurezza in ordine alla validità degli atti compiuti dall'organo che ha formalmente la rappresentanza della società.

Il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori mediante il compimento di atti eccedenti i poteri loro conferiti è stato perciò interamente trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa farà fronte in ogni caso agli atti posti in essere, in suo nome e per suo conto, dall'organo gestorio. Non può in conseguenza ammettersi che la società di capitali, la quale abbia svolto attività di impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle eventuali conseguenze negative derivanti dal suo agire (ivi compreso il fallimento per ripercussione nel caso in cui sia accertata l'insolvenza della società di fatto) proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori.

Quand'anche si volesse aderire all'opposta opinione dottrina e giurisprudenziale, secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361 c.c., comma 2, comporta l'invalidità o l'inefficacia dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo, il fenomeno non resterebbe irrilevante per l'ordinamento, in quanto non varrebbe a determinare la caducazione retroattiva dell'esistenza dell'ente, attesa la disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall'art. 2332 c.c., ritenuto applicabile anche alle società di persone. La declaratoria di nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, "quoad effectum", allo scioglimento della stessa; trattandosi di un ente collettivo, per il quale vale il principio di effettività dell'attività di impresa svolta, ed il cui agire esula dall'orbita meramente negoziale ed assume una sua autonoma rilevanza, la patologia insanabile che affligge la società si converte in causa di scioglimento, con conseguente necessità di nomina dei liquidatori, ai sensi dell'art. 2332 c.c., comma 4.

La società di fatto nulla continua dunque ad esistere sino alla definizione dei rapporti giuridici pendenti, con la conseguenza che rimangono fermi i diritti acquisiti nei suoi confronti dai terzi creditori di buona fede e, soprattutto, che rimane ferma la sua soggezione al fallimento in caso che ne venga accertata l'insolvenza.

GLI APPROFONDIMENTI DOTTRINALI

- › **Ascarelli**, «Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano», in *Foro it.*, 1956, I, 405;
- › **Bigiavi**, *L'imprenditore occulto*, Cedam, 1957;
- › **Bigiavi**, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Cedam, 1962;
- › **Bigiavi**, «Responsabilità del socio tiranno», in *Foro it.*, 1956, I, 405;
- › **Campobasso**, *Diritto delle Società*, Vol. II, Utet, 2011;
- › **Ferri**, *Le società*, Utet, 1987;
- › **Fimmanò**, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, 2007, Il Caso;
- › **Galgano**, *Le società in genere*, Giuffrè, 2007.