

Non è configurabile la partecipazione della società di capitali ad una società di fatto

Tribunale di Bergamo, 19 marzo 2015. Presidente Vitiello. Relatore Gelato.

Società di capitali - Partecipazione a società a responsabilità illimitata - Previa delibera assembleare - Necessità - Partecipazione alla cd. supersocietà di fatto - Esclusione

Perché la società di capitali possa assumere la qualità di socio in una società a responsabilità illimitata è necessaria l'adozione di una delibera dell'assemblea dei soci e ciò in osservanza della disposizione di cui all'articolo 2479, comma 2, n. 5 c.c. che riserva alla competenza dei soci le decisioni relative ad operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale è certamente la partecipazione ad una società a responsabilità illimitata che determina una deviazione rispetto al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso lo schema tipico delle società di capitali.

In senso conforme: Corte d'Appello di Torino, 30 luglio 2007, in Nuovo dir. soc., 07, 2219; Corte d'Appello di Bologna, 11 giugno 2008, in Fall., 08, 1293; Corte d'Appello di Napoli, 5 giugno 2009, in Nuovo dir. soc., 09, n. 16, 42; Corte d'appello Venezia, 10 dicembre 2011, in Il caso.it; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in Il caso.it, Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 2015, in Il caso.it, 12037; Trib. Foggia, 3 marzo 2015, in Il fallimentarista.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Il Fallimento Prefabbricati La. s.r.l. ha richiesto in via principale la declaratoria del fallimento della società di fatto già costituita da Prefabbricati La. s.r.l. in bonis e dalle società Po. s.r.l. e Rachele s.r.l. e, per l'effetto, della società Po. s.r.l. quale socio illimitatamente responsabile della suddetta società di fatto.

A fondamento del ricorso la curatela ha prospettato l'applicabilità analogica della disposizione di cui all'art. 147, quinto comma, L.F.: la norma, seppure formalmente dettata per il caso del precedente fallimento di un imprenditore individuale e del successivo emergere della riferibilità dell'impresa ad una società di fatto (occulta) di cui il fallito fosse socio illimitatamente responsabile, sarebbe applicabile anche all'ipotesi del previo fallimento di un imprenditore collettivo, stante l'identità di ratio tra la due ipotesi.

Tanto premesso in diritto, parte ricorrente ha addotto come le suddette società di capitali, partecipate ed amministrate dai componenti di uno stesso gruppo familiare, fossero tra loro legate da affectio societatis, come dimostrato dall'unicità della struttura organizzativa ed operativa, dall'identità delle compagini sociali ed amministrative, dalla

commistione dei patrimoni e dal perseguimento di un interesse unitario, pur a fronte di oggetti sociali apparentemente diversi.

In subordine il ricorrente ha richiesto il fallimento autonomo della società Po. s.r.l., di cui ha addotto il palese stato di insolvenza.

La società Po. s.r.l. si è costituita contestando la prospettata applicabilità analogica della disposizione di cui all'art. 147, quinto comma, L.F. alla fattispecie indicata dal ricorrente, stante la natura eccezionale della relativa previsione normativa; in subordine la società resistente ha eccepito il decorso del termine annuale di cui all'art. 147, secondo comma, L.F., tra la data della dichiarazione del fallimento di Prefabbricati La. s.r.l. e la proposizione del presente ricorso.

In via ulteriormente gradata, nel merito, Po. s.r.l. ha contestato l'addotta configurabilità di una società di fatto tra i soggetti di cui in premessa, rilevando come le tre società, seppure appartenenti ad uno stesso gruppo familiare, avessero distinti oggetti sociali e perseguissero dunque scopi differenti.

La resistente ha da ultimo contestato la domanda formulata in via subordinata dal ricorrente, negando di trovarsi in stato di insolvenza.

L'istanza formulata in via principale dal Fallimento Prefabbricati La. s.r.l. non è ad avviso del Collegio suscettibile di accoglimento.

La suddetta istanza, come sopra indicato, si fonda sulla postulata possibilità di applicazione della disposizione di cui all'art. 147, quinto comma, L.F. anche all'ipotesi della previa declaratoria del fallimento di un soggetto collettivo, che si accertasse essere socio illimitatamente responsabile di una società di fatto, questione che come noto è ampiamente dibattuta nella recente giurisprudenza di merito.

Il tema presuppone la delibazione di un'ulteriore e prioritaria questione, pure ampiamente controversa, ovvero quella relativa alla possibilità, per una società di capitali, di partecipare ad una società esercitata in via di mero fatto ovvero in forma occulta.

A tale secondo interrogativo deve darsi ad avviso del Collegio risposta negativa, il che assorbe ogni considerazione in ordine alla portata applicativa della disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 147 L.F.

Il soggetto dal cui fallimento trae origine la richiesta di fallimento in estensione è una società di capitali, la cui partecipazione a società di persone è nell'attuale quadro normativo espressamente disciplinata (quanto alle s.p.a.), dal novellato art. 2361, secondo comma, c.c.

Tale disposizione, nell'ammettere la partecipazione di una società per azioni ad imprese comportanti responsabilità illimitata, ha subordinato l'acquisto di simili partecipazioni all'assunzione di una delibera da parte dell'assemblea dei soci (prescrivendo altresì che gli amministratori diano specifica informazione della partecipazione, ritualmente deliberata, nella nota integrativa al bilancio).

La previsione, espressamente dettata per le società per azioni, deve ritenersi applicabile anche alle società a responsabilità limitata, che pure, secondo quanto previsto dall'art. 111 duodecies disp. att. c.c., possono divenire socie illimitatamente responsabili di società di persone.

Il rispetto di analoghi vincoli di forma per tali società (ovvero appunto l'assunzione della partecipazione previa delibera assembleare) è invero prospettabile in funzione della generale disposizione di cui all'art. 2479, secondo comma, n. 5 c.c., che riserva alla competenza dei soci le decisioni relative ad operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci

(quale è certamente quella in oggetto, che determina una deviazione rispetto al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso lo schema tipico delle società di capitali); in tale materia, secondo quanto espressamente disposto dal quarto comma dell'art. 2479 c.c., la decisione dei soci deve essere assunta mediante delibera assembleare.

Date queste premesse, ritiene il Collegio che la postulata possibilità di configurazione di una società di fatto tra le tre società di cui in premessa (e, per questa via, la possibilità di declaratoria del fallimento della società di fatto da esse costituita e dei suoi soci illimitatamente responsabili) si scontri con un insuperabile ostacolo normativo.

Nella consapevolezza delle diverse tesi sul punto espresse nella giurisprudenza di merito, si ritiene invero che la mancata formalizzazione della partecipazione, attraverso l'assunzione della necessaria delibera assembleare, sia tale da inibire la venuta ad esistenza del legame societario.

L'espressa previsione di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c., e quella implicitamente discendente dal richiamato art. 2497 c.c., sono infatti tali da prevedere un limite legale ai poteri degli amministratori, atto a presidiare gli interessi collettivi dei soci e dei creditori alla trasparenza delle partecipazioni di società di capitali in società di persone; tali disposizioni costituiscono, in capo all'assemblea dei soci, una competenza funzionale, rispetto alla quale non opera il disposto di cui all'art. 2384 c.c., posto appunto che non si tratta di una limitazione convenzionale al generale potere di gestione degli amministratori (come tale non opponibile ai terzi) bensì di una previsione legale incidente sulla stessa distribuzione di competenze esclusive tra i vari organi della società.

Non pare invero contestabile che il legislatore, esigendo la previa delibera dei soci per l'acquisto della partecipazione in una società comportante responsabilità illimitata da parte di una società di capitali, abbia ricondotto la fattispecie alla competenza dell'assemblea, a norma dell'art. 2364 n. 5, prima parte c.c.

In questa prospettiva si ritiene che l'assunzione di una delibera assembleare (per definizione inesistente nel caso di partecipazione ad una società la cui costituzione non sia stata formalizzata) costituisca elemento indefettibile per la stessa venuta ad esistenza del fenomeno partecipativo, il che inibisce la possibilità di postulare l'acquisto della qualità di socio, da parte di una società di capitali, in una società di mero fatto (in questo senso, Corte d'Appello di Torino, 30.7.2007, in Nuovo dir. soc., 07, 2219; Corte d'Appello di Bologna, 11.6.2008, in Fall., 08, 1293; Corte d'Appello di Napoli, 5.6.2009, in Nuovo dir. soc., 09, n. 16, 42; Corte d'appello Venezia, 10.12.2011, in Il caso.it; Trib. Mantova, 30.4.2013, in Il caso.it, Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 15.1.2015, in Il caso.it, 12037; Trib. Foggia, 3.3.2015, in Il fallimentarista).

Seppure tale soluzione determini l'effetto di sottrarre il fenomeno delle cd. supersocietà di fatto (qualora costituite da società di capitali) dall'area della fallibilità, si ritiene peraltro non condivisibile l'opposta soluzione, in forza della quale dovrebbe comunque ritenersi possibile l'assunzione di simili partecipazioni sulla base di meri comportamenti concludenti, quand'anche illegittimi, posti in essere dagli amministratori.

Ribadito che l'efficacia esterna di simili condotte non appare al Collegio giustificabile in funzione del disposto di cui all'art. 2384 c.c., si evidenzia come, così ragionando, si verrebbero a frustrare le esigenze di tutela dei

soci e degli stessi creditori della società di capitali (con dirompente deviazione rispetto allo schema legale previsto per tali società), cui appare espressamente finalizzata la previsione di specifici vincoli di forma per l'acquisto di partecipazioni in imprese comportanti responsabilità illimitata.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'istanza formulata dal ricorrente in via principale deve essere rigettata, restando come premesso assorbita ogni considerazione sulla possibilità, o meno, di applicazione analogica dell'art. 147, quinto comma, L.F., al caso del precedente fallimento di un imprenditore collettivo.

Deve infine essere disattesa anche l'istanza formulata in via subordinata dal ricorrente, volta ad ottenere la declaratoria del fallimento della (sola) Po. s.r.l.

Il Fallimento Prefabbricati La. non ha invero allegato, nell'ambito del ricorso introduttivo, il credito di cui sarebbe titolare nei confronti di Po. s.r.l., di modo che difetta la prova della legittimazione attiva in capo all'istante.

Solo in sede di udienza di audizione del fallito il ricorrente ha addotto di essere creditore della somma di euro 3.730.000,00 nei confronti della resistente, credito asseritamente comprovato dalle ammissioni contenute in una memoria già redatta dalla società Prefabbricati La. s.r.l. nell'ambito della procedura di concordato preventivo che ha preceduto la sua dichiarazione di fallimento.

Ebbene, a prescindere da ogni considerazione in ordine all'ammissibilità delle suddette deduzioni (con le quali si tenta di introdurre a posteriori una delle condizioni dell'azione, che l'istante avrebbe dovuto allegare nell'ambito del ricorso introduttivo), pare dirimente rilevare come l'esistenza del vantato credito, contestata dal legale rappresentante di Po. s.r.l. (il quale ha negato l'esistenza di posizioni debitorie nei confronti del ricorrente), non possa ritenersi comprovata dalla documentazione prodotta dall'istante, in quanto proveniente dalla stessa Prefabbricati La. s.r.l.

P.Q.M.

rigetta le istanze formulate dal Fallimento ricorrente.

Così deciso in Bergamo, nella Camera di Consiglio del 19 marzo 2015.