

La srl partecipa alla società di fatto e fallisce in estensione

Ribaditi e precisati dalla Cassazione gli effetti di quella che risulta una mera attività gestoria

/ Maurizio MEOLI

La Cassazione, nella sentenza n. [12120/2016](#), ha stabilito che l'amministratore di una srl può dar vita a una società di fatto e irregolare tra la srl e una persona fisica, con applicazione, in caso di insolvenza di essa, dell'**estensione** del fallimento ai suoi soci.

Il punto di partenza dell'argomentazione della Suprema Corte è rappresentato dalla sentenza n. [1095/2016](#), secondo la quale la partecipazione di una srl in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361 comma 2 c.c., dettato in tema di spa, e costituisce un **atto gestorio** proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale ex art. 2479 comma 2 n. 5 c.c. – la previa decisione autorizzativa dei soci. L'efficace assunzione della partecipazione determina tutte le **implicazioni** conseguenti, compreso il possibile fallimento della società di fatto cui la srl abbia partecipato, e della srl stessa in estensione, ex art. 147 comma 1 del RD 267/42, ovvero senza necessità dell'accertamento di una sua specifica insolvenza.

Più in generale, anzi, è pienamente valida la partecipazione acquisita dall'amministratore di una società di capitali senza osservanza dei requisiti legali prescritti: l'inadempimento dell'organo gestorio avrebbe rilevanza meramente **interna**, giustificando l'adozione dei rimedi rispetto ad esso predisposti (azione sociale di responsabilità, revoca, denuncia al Tribunale), ma non varrebbe a determinare la **nullità** dell'acquisto compiuto o l'**inefficacia** dell'attività imprenditoriale di fatto svolta (Cass. n. [10507/2016](#)).

Peraltro, quand'anche si volesse aderire all'opposta opinione, secondo cui il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361 comma 2 c.c. comporterebbe 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. Ciò in ragione della disciplina peculiare del contratto di società, espressa dall'art. 2332 c.c., ritenuto applicabile anche alle società di persone: la dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di una società di persone è equiparabile, quanto agli effetti, allo **scioglimento** della stessa (Cass. nn. [9124/2015](#) e [3166/1999](#)).

In pratica, ci si troverebbe in presenza di una società nulla e, tuttavia, considerata valida sia per il passato che per il futuro (in relazione al suo stato di liquidazione), senza caducazione retroattiva della sua esistenza. Pertanto, accertata l'esistenza di una società di fatto

insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano srl, il fallimento in estensione ne costituisce una conseguenza *ex lege*, ai sensi dell'art. 147 comma 1 del RD 267/42, senza necessità dell'accertamento della loro **specifica insolvenza**.

A questa conclusione non si frappone il meccanismo organizzativo di tale accertamento in estensione, per come "meramente esemplificato" dai commi 4 e, soprattutto, 5 dell'art. 147 del RD 267/42, che, pena la violazione dell'art. 3 Cost., non può essere limitato all'ipotesi espressamente contemplata dell'**imprenditore individuale**. Come già osservato dalla Cassazione n. 10507/2016, non v'è alcuna ragione che, nell'ipotesi disciplinata dal quinto comma – in cui l'esistenza della società emerga in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci – possa giustificare un differenziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio "già" fallito sia un imprenditore individuale o **collettivo**.

Lo "**spettro della fallibilità**", quindi, deve comprendere tutti i **fenomeni di fatto** (dagli imprenditori individuali di fatto alle società di fatto e dalle società occulte ai soci occulti di società palesi) che, come richiesto dal comma quinto dell'art. 147 del RD 267/42, "risultino". In particolare, occorre considerare anche soggetti – cui sia riferibile l'attività economica organizzata ad impresa ovvero la partecipazione *uti socius* – solo parzialmente occulti, ma "accertati" nella loro dimensione "fattuale". Una "realtà" che ad oggi ha giustificato la fallibilità dell'imprenditore individuale di fatto/palese, delle società di fatto e dei soci di fatto eventualmente occulti ad una parte dei terzi (ma non a tutti, né ovviamente, ai soci), e la non fallibilità del solo imprenditore individuale occulto che sia tale verso tutti. A rilevare potrebbe anche essere la mera società **apparente**.

Ad ogni modo, una volta appurato che, nella disciplina delle srl, la violazione di eventuali limiti autorizzatori verso gli atti diretti alla partecipazione in società di persone anche irregolari non producono conseguenze in termini di validità del tipo societario comunque determinatosi, e che, quindi, la srl può dar luogo, con una persona fisica, a una società di fatto e irregolare, l'insolvenza dell'imprenditore così organizzato seguirà le **regole comuni**: dichiarazione di fallimento diretta quanto al soggetto collettivo/società di fatto e irregolare, e per ripercussione, quanto ai suoi soci.

La protezione dei creditori e dei terzi dell'imprenditore effettivo, chiaramente, comporta un sacrificio in capo agli altri creditori coinvolti. Ciò vale soprattutto per i

creditori di società di capitali, ai quali si impone un mutamento del "titolo" della responsabilità della società ove questa fallisca *ex art. 147 comma 1 del RD 267/42*. Vale a dire che la condizione di società già fallita in proprio si evolve nella condizione di socio (della società di fatto) fallito, ampliandosi gli effetti della concorsualità, in quanto completati dalla seconda dichiarazione di fallimento; e l'eventuale revoca del fallimento individuale non produce la revoca del secondo fallimento (Cass. n. [3621/2016](#)).

Resta da considerare che, in sé, l'utilizzo di una o più società di capitali al fine di diversificare e, soprattutto, delimitare investimenti e responsabilità, è assolutamente **legittimo**. L'eventuale "abuso", da parte di singoli, società o enti, per le azioni condotte nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dominate, trova, innanzitutto, risposta nella **responsabilità risarcitoria** di cui all'art. 2497 c.c.; eventualmente azionata dal curatore della società do-

minata e fallita. Per giungere al fallimento anche dei primi (singoli individui, società o enti), invece, occorrerebbe provare i parametri organizzativi ed essenziali del **contratto di società** (di fatto), che consentirebbe di "risolvere" la predetta responsabilità in una dichiarazione di fallimento. In particolare, come già sottolineato dalla Cassazione n. 10507/2016, l'art. 147 del RD 267/42 non si presta all'estensione al dominus – società o persona fisica – dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione a un **gruppo orizzontale** di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone ovvero la c.d. supersocietà di fatto.

A tal fini, comunque, va provata un'insolvenza autonoma e propria della società di fatto, rispetto alla quale potrebbe rilevare, quale fatto indiziante, quella di uno (o più soci), ma senza alcuna traslazione automatica.