

CORTE DI CASSAZIONE, sezione I civile, 21 gennaio 2016, n. 1095 –  
Presidente CECCHERINI – Relatore NAZZICONE – P.M. SOLDI

**Partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto – Assunzione delle partecipazioni ex art. 2361 c.c. – Applicabilità dell'art. 2361 c.c. alle s.r.l. - Fallimento in estensione**

Codice civile, artt. 2361, 2479, 111-*duodecies* att. c.c.; Legge Fallimentare art. 147.

*La partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361, Il comma, c.c. dettato per le società per azioni e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale – la previa decisione autorizzativa dei soci ai sensi dell'art. 2479, Il comma, n. 5, c.c.*

(*Omissis*) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – Il Tribunale di Foggia con sentenza del 23 marzo 2012 dichiarò il fallimento della Dalois Import Export s.r.l., e, quindi, della società di fatto, riconosciuta insolvente, esistente tra detta società a responsabilità limitata, la Dalois Trade s.r.l. e la Dalois Produce s.r.l., provvedendo, infine, a dichiarare il fallimento in estensione delle due socie illimitatamente responsabili.

La Corte d'appello di Bari con sentenza del 31 dicembre 2012 ha, respinto il reclamo.

La corte territoriale ha ritenuto che il nuovo testo dell'art. 2361 c.c. e art. 111 *duodecies* att. c.c. abbia risolto la questione dell'ammissibilità della partecipazione di società di capitali a società di persone.

Tuttavia, la prima norma, dettata in tema di s.p.a., non è estensibile, quanto alle prescrizioni in essa contenute, anche alla s.r.l., per le quali la partecipazione in esame costituisce atto gestorio proprio degli amministratori, qualora non comporti la modificazione dell'oggetto sociale, a norma dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5.

Pur ove la norma fosse applicabile, del resto, la deliberazione assembleare, nel contesto dell'art. 2361 c.c., mira a rimuovere un limite ai poteri gestori all'unico fine di esonerare gli amministratori da responsabilità sociale, mentre l'assunzione della partecipazione resta valida ed efficace, come in altre fattispecie ove è richiesta la previa deliberazione assembleare (azioni proprie o della controllante); l'indicazione nella nota integrativa, dal suo canto, è posta a tutela dei soli creditori della società di capitali, avendo i soci altri strumenti a disposizione, di carattere preventivo e sanzionatorio.

La sottrazione a fallimento, invece, costituirebbe un privilegio discendente da un'omissione e non sarebbe ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi, posto che la deliberazione autorizzativa non è soggetta a pubblicità (così come non ricevono alcuna tutela i creditori del socio occulto di società palese).

Ne deriva che, in caso di fallimento della società di persone, la società di capitali dovrà essere dichiarata fallita.

Nella specie, ha osservato la corte territoriale che non si tratta del fallimento in estensione da società di capitali ad altra società di capitali, avendo invece correttamente il tribunale dichiarato il fallimento della società di fatto, riconoscendone prima l'esistenza e poi l'insolvenza, e, quindi, in applicazione dell'art. 147, comma 1, L. Fall., dichiarato il fallimento di ciascun socio della società di fatto medesima.

Gli elementi raccolti, infine, secondo la sentenza impugnata, confermano la prova piena della sussistenza del vincolo sociale e dell'insolvenza della società di fatto, esistendo plurimi indizi della sussistenza di un'unica struttura economica associativa e dei presupposti della fallibilità; quanto alle altre s.r.l., il fallimento può essere dichiarato in estensione di quello della società di fatto. (OMISSIS)

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico motivo, le ricorrenti denunciano la violazione o la falsa applicazione degli artt. 2361, 2384 e 2479 c.c. e dell'art. 147 L. Fall., in quanto l'acquisto della partecipazione, da parte di una società di capitali, in una società di persone è di competenza esclusiva dell'assemblea, quale limite legale ai poteri gestori e di rappresentanza degli amministratori, onde esso deve essere necessariamente espresso, restando inefficace ove compiuto senza le condizioni previste dall'art. 2361 c.c. (OMISSIS) Nè l'estensione del fallimento iniziale di una società di capitali ad una presunta società di fatto potrebbe fondarsi sull'art. 147, comma 5, L. Fall., norma eccezionale e riferibile solo all'iniziale fallimento di un imprenditore individuale.

2. - Il complesso motivo proposto pone la questione relativa alla fallibilità di una società di capitali, nella specie società a responsabilità limitata, che si accerti essere socia di una società di fatto insolvente, allorchè la partecipazione sia stata assunta in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361 c.c., comma 2. Tale riassuntiva questione ne contiene, quali necessari passaggi logico-giuridici, diverse:

1) se sia ammissibile la partecipazione di una società di capitali, nella specie s.r.l., ad una società personale;

2) quale sia il contenuto precettivo dell'art. 2361 c.c., comma 2, in ordine alle prescrizioni, ivi contenute, sulla previa deliberazione assembleare e sulla indicazione della partecipazione nella nota integrativa al bilancio, ed agli effetti dell'inottemperanza;

3) se le prescrizioni di cui all'art. 2361 c.c., comma 2, trovino applicazione anche alle s.r.l.;

4) l'estensibilità del fallimento della società di fatto alla società di capitali, nella specie s.r.l., quale socia illimitatamente responsabile.

(OMISSIS) 4. - Essendosi il dibattito processuale tra le parti interamente svolto con riguardo all'interpretazione dell'art. 2361 c.c., comma 2, - norma introdotta dalla riforma del 2003 - si rende opportuno esaminarne la portata precettiva all'interno del sistema della s.p.a., prima di valutare la sua applicabilità alla s.r.l. Nella menzionata disposizione, la "partecipazione in altre imprese" non (necessariamente) snatura l'oggetto (come invece è previsto dal comma 1), ma implica il sorgere della responsabilità illimitata in capo alla società di capitali che ne sia diventata socia. Si tratta, dunque, di una partecipazione in società personale, anche di fatto, posto che anche quest'ultima è caratterizzata dal regime desunto dall'art. 2297 c.c., e quindi dall'art. 2291 c.c., con la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci. In "tal caso, però, il legislatore, a differenza che nel comma 1 - che preesisteva alla riforma del diritto societario (salva la sostituzione della parola "atto costitutivo" con "statuto") e che è precetto imperativo preclusivo della partecipazione della

società per azioni anche in altra società di capitali "rivolto ad evitare modificazioni tacite e informali dell'oggetto sociale" (così Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636) - non ha posto una norma di divieto.

Il legislatore, invero, si è qui limitato a prevedere solo due adempimenti formali: che l'assunzione della partecipazione sia "deliberata dall'assemblea" e che riceva una "specifica informazione nella nota integrativa del bilancio". Le due condizioni potrebbero non sussistere, anche disgiuntamente l'una dall'altra: come quando gli amministratori, senza affatto chiamare i soci a decidere, acquisiscano la detta partecipazione o senz'altro svolgano in concreto attività d'impresa con altri soggetti, individuali o collettivi, mediante una c.d. società di fatto; e, in aggiunta o indipendentemente dal primo inadempimento, omettano di rendere la dovuta informazione in bilancio.

Reputa il Collegio che simili evenienze lascino sussistere una valida ed efficace assunzione della partecipazione, sia essa formale o sostanziale, nell'altra impresa sul mercato, a tale conclusione inducendo plurime considerazioni.

4.1. - Nessuna disposizione sancisce il divieto di assumere la partecipazione in una società che preveda la responsabilità illimitata della società azionaria esistendo, al contrario, una norma di permesso - nè commina al riguardo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 3, la nullità della partecipazione stessa, sol perchè manchi la previa deliberazione assembleare o l'indicazione nella nota integrativa; quanto all'inadempimento degli amministratori a detto obbligo di darne notizia nella nota integrativa al bilancio, ancor più dubbio è che da ciò possa derivare, quale adempimento successivo all'assunzione della partecipazione ed in mancanza di espressa previsione contraria, tale conseguenza. (OMISSIS) Se, dunque, la preoccupazione da fugare era quella di una finale gestione extrasociale del patrimonio sociale da parte di soggetti che non sono gli amministratori della società per azioni, con il venir meno dei vincoli e dei controlli che li disciplinano, il legislatore della riforma vi ha fatto fronte: mediante la previsione della sottoposizione ai soci della proposta, che deve essere portata a loro conoscenza e formare oggetto di discussione (la deliberazione assembleare); la trasparenza nel bilancio della s.p.a. (con la nota integrativa); l'imposizione degli stessi vincoli contabili (la redazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato). Tutto ciò a tutela soprattutto dei soci, e poi anche dei terzi che entrano in contatto con le società partecipante e partecipata: ma pur sempre secondo un'opzione legislativa pianamente favorevole alla figura, espressione di autonomia imprenditoriale: favor palesato anche dalla mancanza di una norma di divieto o che ne sancisca la nullità in assenza delle descritte cautele; le quali, già per tale aspetto, non paiono perciò costituire condizioni di validità o di efficacia (OMISSIS).

4.3. - Per l'art. 2384 c.c., agli amministratori è attribuito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

L'art. 2380-*bis* c.c., dal suo canto, precisa che gli amministratori compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; dunque, sussiste il potere degli amministratori di attuare l'oggetto programmato sotto ogni aspetto, ma anche al di fuori dell'oggetto essi sono in grado di impegnare la società.

Tale regime regola lo speciale sottosistema del diritto delle società (si veda infatti pure l'art. 2475-*ter* c.c., di cui oltre), in rilevante difformità dalla disciplina comune dell'art. 1398 c.c. e dalla stessa disposizione generale sull'opponibilità degli atti societari, derivante dall'art. 2193 c.c..

Il legislatore del 2003 ha inteso, anzi, modificare il regime dell'opponibilità dei limiti ai poteri dell'organo amministrativo nei confronti dei terzi in senso ancor più restrittivo rispetto al testo previgente, pur sempre nell'ambito delle prescrizioni della direttiva CEE n. 151 del 9 marzo 1968 (c.d. prima direttiva in tema di società), che agli art. 7-9 ha regolato la materia, ora "codificata" nella direttiva 2009/101/CE, art. 8-10. (OMISSIS)

L'ambito stesso dell'agire gestorio in funzione del raggiungimento dell'oggetto programmato, contemplato nell'atto costitutivo e presidiato da numerose e stringenti regole (si pensi alle numerose cautele che sempre circondano per legge la scelta dell'oggetto sociale, la sua liceità, le sue modificazioni e il suo raggiungimento: art. 2247; art. 2295, n. 5, 2328, comma 2, n. 3, 2521, comma 3, n. 3; art. 2332; art. 2369; art. 2379, comma 1, ultima parte e art. 2479-ter, comma 3; art. 2436; art. 2437, 2473 e 2497- quater, con varie distinzioni; art. 2271, n. 2, e art. 2484, n. 2; tutti gli oggetti riservati a società di dati tipi e caratteristiche; le disposizioni sugli oggetti sociali esclusivi; etc), così, resta di regola inopponibile ai terzi. Ne deriva che, attesa la ricordata disposizione della direttiva, va valorizzato l'accento ivi posto sull'eccesso dai poteri agli amministratori conferiti per legge ed anche da quelli che essa "consente di conferire" loro: proprio i casi, come quello in esame, in cui l'assemblea è chiamata ad assumere la decisione preliminare (ma lo stesso ove fosse richiesta la previa deliberazione consiliare). In questa prospettiva, che legge l'art. 2384 c.c. secondo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole e dall'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi, comma 1) e non trascura la lettera e la ratio della norma primaria comunitaria, il riferimento alle limitazioni per gli atti conclusi in nome della società senza una previa decisione degli organi competenti può intendersi non solo con riguardo alla fonte della limitazione dei poteri degli amministratori, nel senso che essa sia richiesta ad iniziativa (per quanto ora interessa) dell'assemblea, ma anche con riferimento alla previa deliberazione assembleare tout court, pur quando l'assunzione della stessa fosse (come nel caso in esame) richiesta da fonte legale.

Ciò, in coerenza con il favor generale della riforma, tracciato dalla legge di delega, per la tutela del mercato, la stabilità dell'agire societario e la certezza dei traffici, nell'intento di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito verso gli organismi societari.(OMISSIS). Come questa Corte ha osservato (Cass. n. 1525 del 2006, cit.), in tal modo "il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori, mediante il compimento di atti eccedenti i poteri loro conferiti, è stato trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa avrebbe fatto fronte agli atti posti in essere, nel suo nome, dagli amministratori, anche se in violazione dei limiti posti", principio "che, come non si è mancato di rilevare, lungi dal penalizzare le società, consente una più intensa valorizzazione delle loro potenzialità, eliminando una possibile remora alla instaurazione di rapporti con esse".

La riserva posta dall'art. 2384 c.c., comma 2 post riforma rappresenta un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo alla società una vera e propria *exceptio doli*, volta a garantire che la regola del contenuto inderogabile della rappresentanza non sia utilizzata per finalità contrastanti con gli interessi tipici che il legislatore ha inteso tutelare. (OMISSIS) L'esplicita disposizione, che rimette all'assemblea dei soci la decisione su alcuni atti di amministrazione - art. 2364 c.c., comma 1, n. 5, - non implica il trasferimento dei poteri gestori in capo all'assemblea, nè la valenza invalidante, o condizionante l'efficacia, dell'autorizzazione assembleare, la cui mancanza si riflette unicamente nei rapporti interni. In quei casi, il socio concorre alla formazione di una decisione gestoria, che resta pur sempre propria degli amministratori. Anche per le materie sottoposte all'assemblea dei soci deve, quindi, ritenersi che il potere gestorio e rappresentativo permanga in capo agli amministratori. La pronuncia

assembleare lascia in capo agli amministratori il potere-dovere di valutare essi stessi l'operazione e la sua conformità all'interesse sociale. Proprio questo è stato l'intento del nuovo art. 2364 c.c.: evidenziare l'"uscita" delle competenze degli azionisti dal governo dell'impresa sociale, affidata agli amministratori da loro scelti secondo le direttrici ed i valori che all'impresa i primi intendano imprimere. Il sistema ordinamentale della società azionaria esclude, in via di principio, la nullità o l'inefficacia dell'atto negoziale compiuto dagli amministratori in violazione delle disposizioni sull'autorizzazione assembleare, nelle fattispecie che la richiedano in occasione di determinati negozi: tutto ciò in coerenza con la scelta di fondo della riforma del 2003 in favore di una tutela di tipo obbligatorio, piuttosto che caducatoria. (OMISSIS).

4.6. - Tutto quanto esposto va riferito anche alla partecipazione concreta della società azionaria in un'impresa esercitata da società di fatto. (OMISSIS) Non sarebbe, dunque, giustificabile ammettere che la società di capitali, la quale abbia svolto attività d'impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle relative conseguenze proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori. Se tale condotta di inadempimento è tale da giustificare i rimedi che l'ordinamento rispetto a ciò predispose (azioni di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), non rende però, essa stessa, invalido l'atto compiuto o inefficace l'attività imprenditoriale di fatto svolta. Al potere di scegliere liberamente la persona che rivesta la carica di organo amministrativo vanno ricondotte, se si vuole, le conseguenze di un eventuale errore in capo alla società che lo abbia nominato. Del resto, come si è osservato da molti, sarebbe assai semplice, per gli amministratori della società, aggirare le norme sulla responsabilità patrimoniale e quelle a ciò collegate, invocando la mancata autorizzazione in caso di risultati negativi e, invece, acquisire gli effetti favorevoli di quella partecipazione.

La verità è che lo svolgimento di un'attività economica comune con altra società, di capitali o di persone, o con una persona fisica è fatto ormai avvenuto, condividendo esso la natura materiale ed empirica dell'attività d'impresa, per il c.d. principio di effettività. (OMISSIS) Non può dirsi, in definitiva, che l'attività di partecipazione a società personale, anche di fatto, resti giuridicamente irrilevante in assenza di decisione assembleare. (OMISSIS)

4.10. - In conclusione, l'esplicita attribuzione agli amministratori della società per azioni di poteri di rappresentanza "generale", in una con la mancanza di diversa disposizione per il caso di limiti legali ed, al contrario, la costante tutela del mercato e dei terzi che colora tutta la riforma, inducono a ritenere inopponibile l'assenza della deliberazione assembleare ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (anche collusi con l'amministratore). Gli amministratori pur in presenza della deliberazione assembleare in discorso restano peraltro responsabili dell'assunzione della partecipazione, posto che essa rimuove un ostacolo all'acquisto, ma non li sottrae alla responsabilità per le loro azioni.

5. - A questo punto, occorre esaminare il profilo dell'applicabilità dell'art. 2361, 2° comma, c.c. alla s.r.l., sia per dare ragione del discorso svolto, sia per valutare se poi, all'interno della disciplina del tipo, sia rinvenibile una prescrizione analoga.

5.1. - L'art. 111 -*duodecies* att. c.c. è stato introdotto in adeguamento alle prescrizioni della Direttiva 90/605/CEE del Consiglio dell'8 novembre 1990, che ha modificato le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE relative ai conti annuali e ai conti consolidati ed al loro ambito d'applicazione (OMISSIS). La norma, con la sua formulazione ambigua, non sembra affatto contenere un'estensione alle s.r.l. anche del precetto relativo all'autorizzazione assembleare ed alle indicazioni in nota integrativa, di cui all'art. 2361, 2° comma, c.c. Da un lato, la fattispecie è incentrata sulle figure della società

personale (s.n.c. e s.a.s.) in cui tutti i soci siano società di capitali (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.), senza che però, all'interno di essa, l'inciso "di cui all'art. 2361, comma secondo, del codice" risulti in una corretta collocazione grammaticale, posto che si riferisce ai "soci illimitatamente responsabili" invece che alla partecipazione da essi detenuta, come sarebbe stato logico. Onde l'inciso sembra dettato al puro scopo di instaurare un raccordo con la disposizione del codice civile. Dall'altro lato, l'effetto della norma - vera ragione per cui è stata dettata - è la prescrizione della redazione del bilancio di società personale secondo i criteri di redazione di cui agli art. 2423 ss. c.c.; salvo poi aggiungere il legislatore, nell'ultima proposizione, che "esse" - cioè, grammaticalmente, le società personali controllate, ossia il soggetto della proposizione principale coordinata che precede - devono redigere il bilancio consolidato: il quale, però, è notoriamente un obbligo, semmai, della società controllante. Ad ulteriore conferma dell'approssimazione lessicale della disposizione, la quale rende incerta qualsiasi sua interpretazione puramente letterale.

5.2. - Il riferimento contenuto nell'art. 111-*duodecies* att. c.c. sembra valere, piuttosto, unicamente ad individuare la fattispecie - partecipazione in impresa implicante la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali - da cui deriva l'obbligo di redigere il bilancio secondo quella disciplina, che non ad estendere le prescrizioni formali dell'art. 2361, 2° comma, c.c. alle società a responsabilità limitata. La norma, in sostanza, intende solo dire che la società personale interamente partecipata da società di capitali sarà soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio, mentre le partecipanti avranno altresì l'obbligo del consolidamento. La costruzione di una disciplina autonoma ad hoc delle società a responsabilità limitata, la mancanza di un'analoga previsione nel suo ambito dettata e la struttura personalistica inducono a tale conclusione.

(OMISSIS) Insomma, è la disciplina del bilancio, di esercizio e consolidato, come dettata dal complesso sistema dato da altre disposizioni, il punto di emersione essenziale della partecipazione in società personale, cui l'art. 111-*duodecies* ha aggiunto un ulteriore tassello.

5.4. - Giova anche osservare come non sarebbe fondato sostenere che, ai sensi dell'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c., la partecipazione della società, a responsabilità limitata a società personale rientri sempre nelle operazioni idonee a comportare una "rilevante modificazione dei diritti dei soci", quale attribuzione riservata alla competenza dei soci stessi. La partecipazione di una società di capitali in una società di persone non tanto comporta una modificazione dei diritti dei soci, quanto della società partecipante stessa, che diviene illimitatamente responsabile. I soci di questa, invece, continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento. Ciò che muta, in sostanza, è l'intensità del rischio che quel conferimento corre in dipendenza dell'assunta responsabilità illimitata per le obbligazioni della società personale in capo alla società partecipante; ma non muta, invece, alcun diritto del socio, da interpretare come diritti speciali al medesimo attribuiti ex art. 2468 c.c. (OMISSIS).

5.5. - Semmai, è l'altra previsione contenuta nella fattispecie del menzionato n. 5 - le operazioni che comportano una "sostanziale modificazione dell'oggetto sociale" - ad attingere la ratio di mantenere inalterato il livello di rischio investito (come afferma Cass. 12 luglio 2002, n. 10144, sulla facoltà di recesso): ma dovrebbe accertarsi che la partecipazione in società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare l'oggetto in concreto.

E resterebbe comunque da considerare se, nel sottosistema costituito dalla disciplina ad hoc di questo tipo sociale, in forza dello speciale dettato derivante dal combinato disposto degli art. 2473 e 2479, 2° comma, n. 5, c.c., il recesso spetti al socio sia quando la relativa decisione sia stata assunta dall'assemblea senza il suo consenso, sia allorché quella decisione sia



mancata e l'organo amministrativo abbia senz'altro posto in essere l'atto. Perché, allora, ove il socio avesse solo il diritto di recedere dalla società di fronte al "compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo" (oltre che per il cambiamento della clausola statutaria sull'oggetto), il legislatore avrebbe inteso che la società sia divenuta titolare della partecipazione così assunta, avendo sancito la piena validità dell'acquisto, costituente l'evidente presupposto del successivo recesso. E resterebbe, altresì, da considerare il tema generale dell'art. 2475-*bis* c.c., che esclude l'opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri gestori, salva l'*exceptio doli*, da porre in relazione all'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c.: dovrebbe, cioè, qualora la partecipazione nella società personale integrasse la fattispecie della sostanziale modificazione dell'oggetto - vicenda estranea a quella ora all'esame, e dunque non esaminabile in questa sede - valutarsi se la soluzione, posta l'unica fonte comunitaria della I direttiva CEE che regola la rappresentanza nelle società di capitali, debba poi essere la stessa della società azionaria. Al di là di tale ipotesi, non sussistente nel caso di specie e da non esaminarsi, la partecipazione resta dunque efficace, quale atto gestorio degli amministratori, sino al limite dell'agire intenzionale dannoso dei terzi, di cui all'art. 2475-*ter* c.c.

6. - L'efficace assunzione della partecipazione ne comporta tutte le implicazioni, ivi compreso il possibile fallimento della società di fatto, cui quella di capitali abbia partecipato, e dei suoi soci illimitatamente responsabili. Accertata l'esistenza di una società di fatto e la sua insolvenza, i soci possono essere dichiarati falliti in estensione, ai sensi dell'art. 147, 1° comma, l.f. (OMISSIS) Si tratta del fallimento *ex lege* - in estensione di quello della società di fatto, che invece va accertata nei suoi elementi costitutivi e nello status di soggetto imprenditore insolvente - dei soci illimitatamente responsabili, che non richiede l'accertamento diretto anche della loro insolvenza, ma unicamente della loro qualità di soci.

### ***La partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto: atto gestorio proprio degli amministratori***, di DAVIDE MARIA TESTA

(Nota a Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095)

SOMMARIO: **1. IL CASO; 2. LA NATURA DELL'ART. 2361 C.C. IN TEMA DI SOCIETÀ PER AZIONI; 3. LA NON APPLICABILITÀ DELL'ART. 2361, II COMMA, C.C. ALLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA; 4. CONCLUSIONI.**

**1. Il caso** – La Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 1095, depositata in cancelleria il 21 gennaio 2016, ha rigettato l'impugnazione proposta avverso la conferma in sede di appello della sentenza del 23 marzo 2012, con la quale il Tribunale di Foggia aveva dichiarato il fallimento di una s.r.l. e della società di fatto, riconosciuta insolvente, esistente tra la prima società ed altre due società di capitali, anch'esse dichiarate fallite in estensione, quali socie illimitatamente responsabili della società di fatto.

Chiamata a pronunciarsi sulla validità della partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto in assenza della preventiva delibera assembleare di cui all'art. 2361, II comma, c.c., la Corte riconosce che la partecipazione di una s.r.l. in una società di persone, anche di fatto, è un atto gestorio proprio degli amministratori, efficace anche senza la preventiva delibera assembleare prevista dal richiamato articolo per le società per azioni.

Ne consegue che, in caso di dichiarazione di fallimento della società di fatto, alla quale partecipi la società di capitali, il fallimento si applica in estensione ai soci illimitatamente responsabili della società di fatto ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall.

Punto di partenza delle riflessioni della Corte è la questione circa l'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali, s.r.l. nel caso *de qua*, in una società di persone; l'analisi si concentra poi sulla portata del contenuto precettivo di cui all'art. 2361 c.c. e, in particolare, se le prescrizioni di cui al comma II del suddetto articolo possano trovare applicazione anche nei confronti delle s.r.l.

**2. La natura dell'art. 2361 c.c. in tema di società per azioni** – Attesa la nota posizione<sup>1</sup> giurisprudenziale e dottrinale che consente la partecipazione di società di capitali in società di persone, la prima questione affrontata dalla sentenza che si commenta riguarda la natura dell'art. 2361 c.c., ove, al II comma, è previsto che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, da cui derivi una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, è soggetta alla previa deliberazione assembleare e che gli amministratori devono darne specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 5; cfr. inoltre S. BARTOLOMUCCI, *La questione di ammissibilità della società di capitali socia di società personale e le problematiche connesse* in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 349; G. MARZIALE, *Ancora in tema di partecipazione delle società di capitali alle società di persone*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3248.

Parte dei commentatori<sup>2</sup> ha interpretato l'articolo in parola quale norma volta ad intervenire sul riparto di competenze tra amministratori e soci e, come tale, derogatoria rispetto al principio sancito dall'art. 2380-*bis* c.c. Conseguenza di tale impostazione è l'asserita inefficacia di una partecipazione posta in essere senza la prescritta delibera assembleare.

Secondo altra prospettazione, parte della giurisprudenza<sup>3</sup> riteneva che le prescrizioni poste dall'art. 2361, Il comma, rappresentassero dei limiti legali ai

---

<sup>2</sup> F. VESSIA, *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *Riv. not.*, 2011, p. 107: "Dal tenore dell'art. 2361, 2° comma c.c., appare evidente la centralità dell'interesse dei soci rispetto ad acquisti che comportino l'assunzione della responsabilità illimitata della società e che giustifica il loro coinvolgimento in tale operazione, anche se diverse sono le spiegazioni cercate a fondamento della scelta di rimessione all'assemblea dell'operazione in parola: per alcuni «l'alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività d'impresa costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali», per altri «il coinvolgimento dell'intero patrimonio sociale in un rischio che non è formalmente «governato» dagli organi della società, non comunque secondo le sue regole organizzative», e per altri ancora è «il frutto di un compromesso fra la posizione rigidamente negativa assunta dalla prevalente giurisprudenza e le nuove linee-guida, dettate in tema di gestione» per cui «la prescrizione della deliberazione assembleare (...) va letta alla luce della nuova impostazione dei rapporti fra organo assembleare ed organo gestorio». Superata la questione della ratio giustificativa della scelta di perimetrare queste operazioni in favore dell'assemblea riducendo la, sempre più ampia e accentrata, competenza gestoria è ineludibile, nell'ottica di questo lavoro, spostare lo sguardo sull'interesse dei creditori nell'operazione in parola, totalmente omissso dal legislatore; interesse collegato alla circostanza che l'acquisto di questo particolare tipo di partecipazione, a differenza delle forme partecipative in altri tipi societari capitalistici, determina un pregiudizio non solo potenziale ma anche concreto ed attuale per i creditori sociali".

In tal senso anche P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, p. 448.

<sup>3</sup> Cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1442: "Infatti, se il dettato dell'art. 2361 2° comma cod. civ. fuga ogni dubbio sulla liceità della partecipazione ad una società di persone da parte di una società di capitali (con ciò tagliando il nodo gordiano della supposta non configurabilità dell'*intuitus personae* a proposito di un ente non umano, ma giuridico), pure è palese come il legislatore abbia posto a condizione della detta partecipazione la necessità di una delibera dei soci in proposito, e, soprattutto, la necessità che la partecipazione sia ostesa all'apprezzamento dei creditori nella nota integrativa al bilancio.

È evidente che se la prima delle condizioni (la delibera assembleare- ovvero la decisione da parte dei soci della srl- di assumere una partecipazione in una impresa comportante la responsabilità illimitata) è posta a tutela dei soci, la seconda è funzionale alla tutela degli interessi dei creditori della società, che devono essere posti nella possibilità di avere contezza

poteri di rappresentanza degli amministratori, preordinati a tutelare e informare dei rischi connessi i soci e i creditori delle società di capitali partecipanti. Ne consegue che, stante la natura di limite legale, l'assenza della preventiva delibera sarebbe in ogni caso opponibile ai terzi. In dottrina, sul punto, si è assistito all'avvicinarsi di posizioni maggiormente rigide<sup>4</sup>, in piena condivisione di tale linea giurisprudenziale, e posizioni

secondo cui l'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 2361, II comma, c.c. determinerebbe unicamente la responsabilità in capo agli amministratori della società partecipante, non riscontrandosi alcuna specifica deroga al principio di rappresentanza generale degli stessi di cui all'art. 2384<sup>5</sup>.

---

che la società loro debitrice è illimitatamente responsabile per obbligazioni assunte dalla società personale alla quale partecipa.

Ma allora, la partecipazione di fatto ad una società personale da parte di una società di capitali (e dunque: l'assunzione di responsabilità illimitata) a prescindere sia dalla delibera- o decisione- di autorizzazione, sia dalla "specifica informazione" (così, letteralmente, l'art. 2361 2° comma cod. civ.) relativa a tale partecipazione contenuta nella nota integrativa al bilancio, deve dirsi tutt'ora preclusa, in quanto si risolve non solo in una violazione dei diritti dei soci, ma anche dei diritti dei creditori, alla tutela dei quali è preposta, anche, l'intera normazione relativa alla veridicità e correttezza dei dati di bilancio, intesi, in una con la nota integrativa, quali fondamentali strumenti di controllo della sussistenza o meno della garanzia patrimoniale offerta dalla società debitrice".

<sup>4</sup> In tal senso, fra gli altri, V. DONATIVI, *Partecipazioni, sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2004, p. 220; A. AUDINO, *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 416.

<sup>5</sup> S. GISOLFI, M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, fasc.6, 2004, p. 1329, secondo cui "l'art. 2384 veniva attribuito agli amministratori un potere di rappresentanza per tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale, senza possibilità di opporre ai terzi le limitazioni risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto anche se pubblicate e salvo l'*exceptio doli*".

Cfr. inoltre: A. BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 2, p. 309 ss. a mente del quale "È, anzitutto, opportuno puntualizzare che [...] la previsione dell'autorizzazione assembleare per il compimento di un atto di gestione (qual è l'acquisto di una partecipazione in una società di persone) è inquadrabile come una limitazione *legale* al potere di rappresentanza, che, secondo la migliore dottrina, è opponibile ai terzi: conclusione questa che è desumibile sia dal fatto che la diversa disciplina dell'art. 2384, comma 2, c.c. è riferibile soltanto alle limitazioni *convenzionali* dei poteri degli amministratori, sia dalla circostanza che la normativa comunitaria (art. 9, n. 1, della Direttiva 68/151/CEE) espressamente fa salva la ripartizione di competenza fra organi sociali, stabilita dalla legge.

Ne discende, dunque, che l'atto negoziale, che si traduce nella violazione di una siffatta limitazione *legale* al potere di rappresentanza è *inefficace*, in quanto posto in essere da un *falsus procurator*, da un soggetto, cioè, privo dei poteri necessari per impegnare la società.

Secondo l'orientamento<sup>6</sup> da ultimo seguito dalla Suprema Corte, la disposizione in esame non comporta il trasferimento dei poteri gestori in capo all'assemblea né, in base all'impianto normativo a disciplina delle società azionarie, può affermarsi la nullità o l'inefficacia dell'atto compiuto dagli amministratori in assenza dell'autorizzazione assembleare. Tale conclusione si fonda sia sull'esplicita attribuzione agli amministratori della società per azioni di poteri di rappresentanza "generale", sia in considerazione della mancanza di diversa disposizione per il caso di limiti legali rispetto a quanto previsto dall'art. 2384 c.c. per i limiti c.d. convenzionali. Secondo la Corte, posta la propensione del legislatore alla certezza del diritto che caratterizza tutta la riforma, l'assenza

---

L'inefficacia di tale atto, però, è *relativa*, nel senso che esso non è, di per sé, improduttivo di ogni e qualsiasi effetto. Esso, tutt'al contrario, è, in primo luogo, immediatamente vincolante per il terzo, che abbia contrattato con il *falsus procurator*: ciò si desume chiaramente dall'art. 1399, comma 3, c.c., che gli consente, d'accordo con quest'ultimo, di «sciogliere il contratto prima della ratifica», con ciò stesso confermando che esso si è, comunque, perfezionato. Inoltre, la carenza di poteri rappresentativi in capo al soggetto che ha stipulato l'atto può essere fatta valere solo dallo pseudo-rappresentato, non già dal terzo che abbia contrattato con il *falsus procurator*, né può essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

D'altra parte, la società ha la facoltà, mediante la ratifica (art. 1399, comma 1, c.c.), di far proprio l'atto posto in essere dal soggetto privo di poteri rappresentativi: e la ratifica ha portata retroattiva, nel senso che il contratto produce i suoi effetti *ex tunc* (cioè, dalla data in cui è stato stipulato dal *falsus procurator*). [...] Ed inoltre, "Se, poi, le limitazioni *legali* al potere di rappresentanza degli amministratori vengono equiparate a quelle *convenzionali*, con la conseguenza che diventano opponibili al terzo solo in base all'*exceptio doli generalis* (art. 2384, comma 2, c.c.), l'assunzione di una partecipazione in una società di persone, pur in assenza della deliberazione dei soci della S.p.a. partecipante, dovrà essere considerata *efficace*, almeno nella normalità dei casi". Cfr. infine G. PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 85 ss.

<sup>6</sup> Cfr. App. Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219 ove si afferma che "bene sono invece opponibili ed efficaci le limitazioni che derivino direttamente dalla legge: trattasi in questo caso di disposizioni di interesse generale, e sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori, norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come priva di effetti verso i terzi la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva. Ciò posto, la prescrizione che l'atto (di competenza degli amministratori) di assunzione di partecipazione comportante illimitata responsabilità della società sia preceduto da delibera assembleare (art. 2361 cit.), costituisce appunto un condizionamento ai poteri gestori dell'organo amministrativo direttamente imposto dalla legge, sicché il superamento di detti limiti non può comportare l'inefficacia dell'atto." Cfr. anche Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 906, ove si riprende integralmente l'indirizzo seguito da App. Torino, 30 luglio 2007, cit.

della deliberazione assembleare è soggetta al regime di cui all'art. 2384 c.c. ed è pertanto inopponibile ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società. La partecipazione in società di persone rimane pertanto valida ed efficace anche in assenza di preventiva delibera assembleare che costituisce un mero "adempimento formale"; ed invero, gli amministratori, pur in presenza della deliberazione assembleare in discorso, rimarrebbero responsabili dell'assunzione della partecipazione. Non sarebbe, infatti, giustificabile che una società di capitali, che abbia svolto attività d'impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle relative conseguenze proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori. Secondo la Corte, tale condotta di inadempimento potrebbe in definitiva giustificare rimedi quali azioni di responsabilità, revoca o denuncia al tribunale; non rende però, essa stessa, l'atto di partecipazione compiuto invalido o inefficace.

**3. La non applicabilità dell'art. 2361, Il comma, c.c. alle società a responsabilità limitata** – Il passo successivo dell'indagine compiuta dalla Corte di Cassazione riguarda la possibilità di estendere alle s.r.l. la disciplina dettata dall'art. 2361, Il comma, c.c. per le s.p.a.

E' diffusa, invero, l'opinione secondo la quale l'ambito applicativo dell'art. 2361, Il comma, c.c. non possa limitarsi al settore della partecipazione delle sole società per azioni in società di persone: parte della dottrina<sup>7</sup> e della

---

<sup>7</sup> U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *Riv. soc.*, fasc.2-3, 2006, p. 185 a mente del quale "i principi di disciplina in esame (art. 2361, comma 2, c.c.; art. 111-duodecies, disp. att.) troveranno applicazione nelle ipotesi in cui la s.p.a. – e più in generale la società di capitali – assuma partecipazioni: a) in una società semplice, a meno che la società di capitali "rinunci ad assumere la veste di amministratore della società partecipata e pattuisca il beneficio della responsabilità limitata, rendendolo conoscibile ai terzi attraverso "mezzi idonei" di pubblicità ex art. 2267"; b) in una società in nome collettivo; c) in una società in accomandita semplice (o in accomandita per azioni), qualora la società di capitali venga a ricoprire la posizione di accomandatario". Cfr. inoltre le posizioni di: A. MENGALI, *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle Società*, n. 1/2007, p. 32 ss.; A. MIRONE, *Commento all'art. 2361*, op.cit. p. 418 ss.; A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, p. 147; V. DONATIVI, *Commento all'art. 2361 c.c.*, op. cit., p. 236.

giurisprudenza di merito<sup>8</sup> hanno infatti sostenuto l'applicabilità di tale norma anche alle s.r.l. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 111-*duodecies* att. c.c., secondo il quale la società di persone partecipata da società di capitali è soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio di cui agli artt. 2423 ss. c.c.

Secondo diverso orientamento<sup>9</sup> - che è quello seguito dalla Corte di Cassazione - la norma in parola si concentra esclusivamente sui principi di redazione del bilancio, d'esercizio e consolidato. Al riguardo, le considerazioni della Corte si articolano in due direzioni: in primo luogo non sarebbe fondato sostenere che la partecipazione della s.r.l., rientri nelle "operazioni idonee a comportare una rilevante modificazione dei diritti dei soci", per le quali, ai sensi del dettato normativo di cui all'art. 2479, Il comma, n. 5 c.c., la competenza spetta ai soci stessi.

La Corte, su tal profilo, sostiene che operazioni di tal portata non comportano una modificazione dei diritti dei soci, bensì della società partecipante, in quanto (esclusivamente) quest'ultima diviene illimitatamente responsabile; i soci, invece, continuano ad esser vincolati nei limiti dei loro conferimenti iniziali. In sostanza si rileva una variazione di intensità dell'*alea* cui sono soggetti i suddetti conferimenti, e ciò in dipendenza dell'assunta responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte dalla società personale,

---

Anche M. STELLA RICHTER JR., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, fasc.1, 2004, p. 11, afferma l'applicabilità della norma in commento alle s.r.l., per analogia, prescindendo dal riferimento all'art. 111-*duodecies* att. c.c., ("se la disposizione dell'art. 2361 c.c., non espressamente richiamata in materia di società a responsabilità limitata, sia da considerarsi espressione di un principio generale e come tale sia applicabile anche alle società a responsabilità limitata - come propenderei a credere tanto per quanto attiene al divieto posto dal primo comma, quanto per la possibilità posta dal secondo. ... Riterrei anche a questo riguardo ragionevole sostenere che l'acquisto da parte di una società a responsabilità limitata di una partecipazione in società di persone - possibilità che era già prima della riforma affermata in dottrina, ma negata dalla giurisprudenza, in assenza di espressi dati testuali - comporti l'applicazione delle regole specificamente poste dall'art. 2361, comma 2, c.c., e cioè autorizzazione dei soci e informativa nella nota integrativa del bilancio di esercizio").

<sup>8</sup> Cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Vita notarile*, 2007, II, p. 766; Trib.Prato, 13 novembre 2010.

<sup>9</sup> F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, fasc. 2, p. 267; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, p. 298 ss.

gravante sulla società partecipante; non muta, invece, alcun diritto del singolo socio.

In secondo luogo, quanto alla possibilità di assimilare la partecipazione comportante una responsabilità illimitata a una “sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo” (per la cui autorizzazione l’art. 2479 riserva la decisione ai soci) la Corte si è espressa con interpretazione aperta; in particolare ha ritenuto che la partecipazione in società di persone potrebbe configurare, astrattamente, una “modificazione dell’oggetto sociale” sulla base di specifici elementi di fatto, assenti tuttavia nella fattispecie<sup>10</sup>.

Alla luce delle considerazioni riportate, deve ritenersi che, con riferimento alle s.r.l., l’assunzione di partecipazioni in altra società comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rientri tra gli atti gestori propri degli amministratori<sup>11</sup> e non serve pertanto alcuna deliberazione dei soci

---

<sup>10</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, op. cit., 267, secondo cui “per le società a responsabilità limitata sembrerebbe quindi, in assenza di prescrizioni normative, che l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rappresenti un atto gestorio proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell’art. 2479, comma 2 n. 5, c.c.. Ciò anche se a contrario va rilevato che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto”.

<sup>11</sup> Appare opportuno richiamare le diverse posizioni dottrinali in ordine all’ammissibilità o meno di limiti “legali” al potere di rappresentanza degli amministratori e ai rapporti con l’art. 2479 c.c. Al riguardo, secondo parte della dottrina sarebbero configurabili limitazioni legali ai poteri di rappresentanza; tale considerazione è mossa da una dissociazione tra potere gestorio e potere di rappresentanza in capo agli amministratori, che potrebbe attingere i suoi fondamenti in una generale ricostruzione del fenomeno rappresentativo volta ad evidenziare la sua autonomia (negoziato di procura, autonomo da quello di mandato) da quello gestorio. In tal senso cfr. G. ZANARONE, *Art. 2475-bis, Della società a responsabilità limitata*, 2, ne *Il Codice Civile. Commentario a cura di P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli*, Milano, 2010, p. 1008; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 40; D. REGOLI, *La rappresentanza*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibbà, p. 155; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 1341;

I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 115 ss.; R. RORDORF, *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi di decidere*, in *Società*, 2006. In contrasto con tali posizioni si è espressa gran parte della dottrina secondo la quale sussiste un potere di rappresentanza generale in capo agli amministratori, e pertanto il compimento di operazioni di cui all’art. 2479, Il comma, n.5, comporta solamente una

salvo il caso in cui, dall'analisi delle circostanze concrete, la predetta partecipazione possa costituire un "modificazione dell'oggetto sociale". Ne consegue che la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società personale, ancorché in difetto della previa decisione autorizzativa dei soci, spiega validamente i suoi effetti quale atto gestorio degli amministratori, sino - come specificato dalla Corte - al limite dell'agire intenzionale dannoso di terzi ex art. 2475-ter c.c.

**4. Conclusioni** – La legittimità della più volte citata partecipazione della s.r.l. in una società persone, anche di fatto, ne comporta la sottoponibilità a fallimento della società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall. Secondo la Corte è necessario, a tal fine, il rigoroso accertamento dei presupposti, quali l'esistenza di tale società di fatto ed il suo stato di insolvenza. Non è richiesto, invece, l'accertamento dell'insolvenza dei soci, società di capitali, della società di fatto: questi, infatti,

---

violazione, nei rapporti interni, del riparto delle competenze fra amministratori e soci, risultando la circostanza irrilevante per i terzi. In tal senso M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, fasc. I, p. 1 ss. a mente del quale "...deve indurre a dubitare che il riparto di competenze posto dall'art. 2479, n. 5, c.c., possa considerarsi come una limitazione legale al potere di rappresentanza degli amministratori, e a ritenere piuttosto che esso costituisca sì una limitazione legale al potere degli amministratori, e però soltanto al loro (altrimenti pieno, salve eventuali limitazioni statutarie) potere decisionale. Così che il compimento di un'operazione sostanzialmente modificativa dell'oggetto sociale senza una previa decisione dei soci, dunque decisa autonomamente dagli amministratori, espone senz'altro questi ad una censura di quelli (revoca, azione di responsabilità); ma non rappresenterebbe, nei rapporti esterni, un superamento del loro generale potere di rappresentanza". Cfr. anche C. DE LULIIS, *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1840; S. AMBROSINI, *Art. 2475-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1579; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo - S. Patriarca, Torino, 2006, p. 323 ss.; con riferimento alle s.p.a., cfr. G. D. MOSCO, *Art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, p. 612-613, a mente del quale "l'affermazione del carattere generale del potere di rappresentanza sembra deporre nel senso che non esiste (più) alcun limite legale a tale potere, che con tale carattere sarebbe in contraddizione, ma solo limiti che sono inerenti ai rapporti interni della società e dunque al potere di gestione degli amministratori".

possono essere dichiarati falliti in estensione, ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall., quali soci illimitatamente responsabili.

La norma, peraltro, nell'operare un riferimento al capo III, titolo V, libro V del codice civile, si riferisce, chiaramente, anche alla disciplina sulla società in nome collettivo irregolare esercitante attività d'impresa, che può agevolmente considerarsi, dal punto di vista strutturale, analoga alla società di fatto.

Secondo quanto precisato dalla Corte, trattasi di fallimento *ex lege*, in estensione di quello della società di fatto (la cui esistenza va accertata nei suoi elementi costitutivi e della quale deve essere verificato lo *status* di soggetto insolvente), dei soci illimitatamente responsabili, non richiedendosi l'accertamento diretto della loro insolvenza, ma unicamente della loro qualità di soci della prima. Escludere la fallibilità delle società socie illimitatamente responsabili costituirebbe, ad avviso della Corte, un privilegio derivante da un'omissione: non sarebbe infatti ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi, posto che la deliberazione autorizzativa non è soggetta a pubblicità (così come non ricevono alcuna tutela i creditori del socio occulto di società palese).

Siffatta interpretazione del comma I, art. 147, I. fall. non ha goduto, precedentemente alla sentenza in commento, della sufficiente focalizzazione: del medesimo articolo, oltre al comma I, è stato il comma V a esser interessato da contrastanti visioni dottrinali, attribuendo allo stesso un ruolo centrale nella risoluzione della questione in esame. In dettaglio, taluni commentatori<sup>12</sup>, al fine di risolvere il problema della fallibilità della "super-società di fatto", hanno sostenuto l'operatività dell'art. 147, comma V, legge fallimentare anche in ipotesi di avvenuta dichiarazione di fallimento di un imprenditore collettivo, ricollegando l'effetto del fallimento in estensione degli altri soggetti qualificabili come soci della "super-società di fatto". In senso opposto, parte della dottrina<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> M. SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*, op. cit.; A. MIRONE, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali*, op. cit.

<sup>13</sup> N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, op. cit.; G. CAVALLI, *I presupposti del*

ha obiettato che con la norma in parola il legislatore avrebbe semplicemente recepito il pregresso orientamento giurisprudenziale favorevole al fallimento dei soci occulti di società occulta, sicché la norma sarebbe di stretta interpretazione.

Superando tali contrasti, la Corte afferma che la questione debba essere inquadrata nell'ambito del primo comma del medesimo articolo: per la sottoponibilità a fallimento della società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili è necessario il rigoroso accertamento dell'esistenza di tale società di fatto e del suo stato di insolvenza; al contrario non è richiesto l'accertamento dell'insolvenza dei soci, società di capitali, della società di fatto: questi, infatti, possono essere dichiarati falliti, in estensione, ai sensi dell'art. 147, comma I, l. fall., quali soci illimitatamente responsabili.

#### **Riferimenti bibliografici**

- ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543.
- ABRIANI N., *Decisioni dei soci*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo S. Patriarca, Torino, 2006, p. 323 ss.
- AMBROSINI S., *Art. 2475-bis*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini A. Stagno D'alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1579.
- AUDINO A., *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 416.
- BARTALENA A., *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 2, p. 309 ss.
- BARTOLOMUCCI S., *La questione di ammissibilità della società di capitali socia di società personale e le problematiche connesse*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 349.
- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, p. 298 ss.
- CAPO G., *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia - L. Panzani, Torino, 2009, I, p. 60.
- CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2009, 105.
- DE IULIIS C., *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1840.
- DEMURO I., *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 115 ss.
- DONATIVI V., *Partecipazioni, sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli E V. Santoro, I, Torino, 2004, p. 220.

---

*fallimento*, in *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2009, 105; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia - L. Panzani, Torino, 2009, I, p. 60; F. VASSALLI, *Commento all'art. 147*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro -V. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, II, p. 1933 ss.

- FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, fasc. 2, p. 267.
- FIMMANÒ F., *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in *ilcaso.it*, 23.7.2007.
- GAMBINO A., *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, p. 147.
- GISOLFI S., LUPETTI M. C., *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. notariato*, fasc.6, 2004, p. 1329.
- IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Fallimento*, 2008, p. 1337.
- MARZIALE G., *Ancora in tema di partecipazione delle società di capitali alle società di persone*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3248.
- MENGALI A., *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle Società*, n. 1/2007, p. 32 ss.
- MIRONE A., *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini - A. Stagno D'alcontres, Napoli, 2004, p. 418 ss.
- MOSCO G. D., *Art. 2384*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini - A. Stagno D'alcontres, II, Napoli, 2004, p. 612-613.
- NIGRO A., *Commento all'art. 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2182.
- PALMIERI G., *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 85 ss.
- PINTO V., *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, p. 448.
- REGOLI D., *La rappresentanza*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibbà, p. 155.
- RONDINONE N., *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *riv. soc.*, fasc.6, 2015, p. 1045.
- RORDORF R., *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi di decidere*, in *Società*, 2006.
- SCIUTO M., *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *riv. soc.*, 2014, fasc. I, p. 1 ss.
- SPADA P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 40.
- SPIOTTA M., *Società di fatto o «del fatto compiuto»?* , in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 451.
- STELLA RICHTER JR. M., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, fasc.1, 2004, p. 11.
- TOMBARI U., *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *riv. soc.*, fasc.2-3, 2006, p. 185. VASSALLI F., *Commento all'art. 147*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro -V. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, II, p. 1933 ss.
- VESSIA F., *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *riv. not.*, 2011, p. 107.
- ZANARONE G., *Art. 2475-bis, Della società a responsabilità limitata, 2*, ne *Il Codice Civile*. Commentario a cura di P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1008.