

# Problemi applicativi nel fallimento della super società di fatto

di Emanuele D'Innella (Dottore Commercialista in Roma e Milano) e Bernardo Cartoni (Avvocato in Roma e Londra)

**Abstract:** La creazione giurisprudenziale della super società di fatto permette di combattere il fenomeno dell'abuso della personalità giuridica. Per dichiarare il fallimento della super società di fatto e - di riflesso - dei soci è necessaria la prova dell'insolvenza della società medesima e dell'esistenza dell'*affectio societatis*. In caso di persona fisica predominante particolare cura deve essere utilizzata per capire se ci si trovi in presenza di una super società di fatto o di un amministratore di fatto.

## 1. Le basi normative

Una serie di decisioni della Corte Suprema di Cassazione, rese a cavallo del dicembre 2023 – gennaio 2024 sotto la presidenza Ferro, ha riportato in luce la questione del fallimento della cosiddetta “super società di fatto”, con interessanti spunti di carattere pratico.

I casi sono stati tutti decisi sulla base della vecchia Legge Fallimentare (“LF”), ma vi è continuità normativa con il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (“CCII”), per cui problemi e soluzioni sono valide anche per il futuro.

La norma di riferimento per i casi decisi in sede di legittimità è l'articolo 147 LF, il quale prevede l'estensione del fallimento della società anche ai soci illimitatamente responsabili, anche se non persone fisiche, ed anche in caso di società di fatto.

Tale norma è stata sostanzialmente riprodotta nell'articolo 256 CCII.

L'articolo 2297 del Codice Civile prevede la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci della società non ancora iscritta nel registro delle imprese, come è – tipicamente – la società di fatto.

## 2. La giurisprudenza di legittimità sul fallimento della super società di fatto

La giurisprudenza di legittimità ammette pacificamente il fallimento della super società di fatto, che si ha quando una società di capitali assume la qualità di socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo, pur se irregolare (art. 2297 c.c.) come la società di fatto (Cass. Sez. I 4.1.2024 n. 204).

Riassumiamo brevemente i punti salienti dei casi in rassegna.

- L'insolvenza della super società di fatto è desumibile dall'insolvenza dei suoi soci: sul punto, la Cassazione ha ritenuto che l'insolvenza vada accertata in capo alla super società di fatto, considerando - tuttavia - che “l'insolvenza della società occulta è la stessa insolvenza dell'imprenditore apparentemente individuale (o della società) già dichiarato fallito” (Cass. Sez. I 27.12.2023 n. 35942, paragrafo 4.4; la questione è

oggetto anche dei casi decisi da Cass. Sez. I 3.1.2024 n. 144 e da Cass. Sez. I 4.1.2024 n. 204)

- L'inapplicabilità del termine annuale per la dichiarazione di fallimento e l'estensibilità del fallimento della società di fatto anche al socio già dichiarato fallito in proprio: la Corte regolatrice ha ritenuto che "il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, previsto dall'art. 10 l.fall. ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese e non può trovare, quindi, applicazione per quegli imprenditori che, come la società di fatto, non siano stati iscritti nel menzionato registro, in quanto, da un lato, si tratta di beneficio riservato soltanto a coloro che abbiano assolto all'adempimento formale dell'iscrizione e, dall'altro, i creditori e il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 10, comma 2, l.fall., possono dare la prova della data di effettiva cessazione dell'attività d'impresa soltanto nei confronti di soggetti cancellati dal registro, d'ufficio o su richiesta e, quindi, comunque in precedenza necessariamente iscritti" (Cass. Sez. I 29.12.2023 n. 36378, paragrafo 3.2) ed ha negato che il fallimento del socio di società di fatto illimitatamente responsabile determini gli effetti previsti dall'articolo 2288, comma 1, c.c. ed ha ulteriormente argomentato che "l'esclusione del socio fallito da tale società non impedisce che il curatore di tale fallimento, come espressamente previsto dall'art. 147, comma 5, l.fall., possa chiedere al tribunale di pronunciarne l'estensione alla società "di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile", ancorché, evidentemente, dalla stessa (in ipotesi) già escluso, nonché agli (altri) soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni della stessa" (Cass. Sez. I 29.12.2023 n. 36378, paragrafo 3.6) .
- L'esistenza o meno del vincolo societario tra i soggetti coinvolti, argomento che - per la sua centralità - sarà oggetto del prossimo paragrafo.

### 3. La prova dell'*affectio societatis*. Il labile confine tra socio di fatto ed amministratore di fatto

Uno dei punti più importanti e qualificanti, per dichiarare il fallimento della super società di fatto è la prova dell'*affectio societatis*.

Tre delle sentenze in rassegna affrontano tale questione.

Il punto di partenza è la verifica, in concreto, se sussistano le condizioni di cui all'articolo 2247 c.c., vale a dire l'accordo (anche tacito od occulto) tra più soggetti di esercitare in comune un'attività economica, conferendo beni o servizi ed allo scopo di dividerne gli utili.

La Prima Sezione della Corte (con la sentenza 4.1.2024 n. 204, paragrafo 4.6) ha ribadito i propri precedenti, sottolineando che gli indizi (o elementi) rilevanti sono:

- L'esercizio in comune di un'attività economica;
- L'esistenza di fondi comuni;
- L'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite;
- "Un agire nell'interesse (ancorché diversificato e non però contro l'interesse) dei soci":
- L'assunzione ed esteriorizzazione del vincolo anche nei confronti dei terzi

Quest'ultimo elemento pare difficilmente ravvisabile nel caso della società occulta.

La mancanza dell'*affectio societatis* determina l'impossibilità di dichiarare il fallimento o - se già dichiarato - ne impone la revoca.

Sul tema, la Corte di legittimità ha chiarito che: "Una volta accertato, secondo un procedimento definito "ascendente", che la cooperazione tra le persone fisiche X (si

omettono le generalità delle parti, n.d.a.), Y e Z e le società Alfa Srl e Beta Srl (già dichiarate fallite) non ha operato, anche *per facta concludentia*, sul piano societario, secondo i consolidati tratti dell'esercizio in comune dell'attività economica, esistenza di fondi comuni (da apporti o attivi patrimoniali) ed effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite e che non era stata neppure prospettata la situazione di insolvenza della asserita supersocietà di fatto, viene meno la dichiarazione di fallimento, per ripercussione, di tutti i soci componenti la società di persone irregolare e di fatto" (Cass. Sez. I 3.1.2024 n. 144, paragrafo 4.6).

Il problema è distinguere quando la volontà preponderante di una persona fisica, trasformi quest'ultima in amministratore di fatto, piuttosto che in socio di fatto.

A tale problema, la Cassazione prova a rispondere argomentando che "non è, peraltro, incompatibile con la sussistenza del rapporto societario non formalizzato tra persone fisiche e una o più società di capitali (e la sua prosecuzione tra le stesse fino al recesso di fatto di una delle stesse o alla sua esclusione in conseguenza del suo fallimento ovvero alla cessazione in fatto dell'attività d'impresa comune), il fatto che queste ultime, sin dall'inizio oppure in seguito, siano state, in concreto, programmaticamente volte a farsi carico dei debiti conseguenti all'attività comune in misura superiore rispetto agli utili ad esse riservati o comunque ricevuti (e le persone fisiche, simmetricamente, ad assumere debiti in misura inferiore rispetto ai vantaggi patrimoniali ricevuti)" (Cass. Sez. I 2.1.2024 n. 74, paragrafo 3), ritenendo (in maniera abbastanza criptica) che solo l'abuso programmato sin dall'origine costituirebbe indizio contro l'esistenza di una (super) società di fatto.

#### 4. Fallimento della super società di fatto e fallimento del gruppo

Sotto la vigenza della vecchia Legge Fallimentare si era esclusa la possibilità di un fallimento del gruppo, stante l'autonomia soggettiva delle società appartenenti allo stesso gruppo.

Molto opportunamente, l'attuale CCII tratta della crisi di gruppo e – per quanto attiene alla procedura di liquidazione giudiziale – l'articolo 287 CCII prevede la possibilità di un'unica procedura liquidatoria per l'intero gruppo "quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive", a condizione che le imprese abbiano il centro degli interessi principali in Italia.

L'articolo 287, comma 4, CCII attribuisce competenza territoriale al Tribunale dove sia stata depositata la prima istanza di liquidazione giudiziale e non al Tribunale territorialmente competente in base al centro degli interessi principali della capogruppo.

Se un'impresa del gruppo ha il proprio centro di interesse principale in altro Paese UE, si applicherà il Capo V del Regolamento UE n. 2015/848, il quale prevede forme di collaborazione, cooperazione e coordinamento tra le varie procedure, le quali – tuttavia – rimangono distinte.

A livello extraeuropeo, si segnala la UNCITRAL *Model Law on Enterprise Group Insolvency* del 2019, la quale aderisce al principio di coordinamento e collaborazione tra le varie procedure (articoli da 9 a 15), consente la partecipazione volontaria di una società del gruppo ad una procedura aperta in altro Stato (articolo 18) e permette il tentativo di una

soluzione unitaria di gruppo (articolo 26). Tale modello normativo è stato incorporato (nel 2021) nella più generale *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Recognition and Enforcement of Insolvency-related Judgments, and Enterprise Group Insolvency*, dove il tema dell'insolvenza di gruppo è trattato nel Capitolo VII.

Pertanto, una vera trattazione unitaria dell'insolvenza di gruppo è possibile solo su scala domestica; il riparto tra le giurisdizioni dei vari Stati impedisce tale soluzione nel caso di insolvenza transfrontaliera di gruppo, pur essendoci gli strumenti giuridici per cercare di massimizzare la coerenza delle distinte procedure, tramite un'intensa cooperazione tra gli organi delle stesse, alla ricerca di una soluzione la più possibile coerente ed unitaria.

#### 5. Abuso del diritto e squarcio del “velo societario”

La creazione della super società di fatto nasce “come reazione all'abuso della personalità giuridica” (Signorelli, La supersocietà di fatto nella “vecchia” legge fallimentare e nel codice della crisi, in *IUS Societario*, 5 marzo 2024).

La separata personalità giuridica della società di capitali è stata dapprima ammessa nei Paesi di *common law* (*Salomon v A. Salomon and Co Ltd* [1897] AC 22), poi riconosciuta anche in sede di Comunità Europea con la Direttiva 89/667/CEE (cosiddetta XII Direttiva), recepita nell'ordinamento italiano dal D.Lgs. N. 88/1993.

Ma la prassi ha visto anche un abuso della distinta personalità giuridica e vi è stata una reazione a livello internazionale, anche se limitata nella sua ampiezza.

La Corte Suprema del Regno Unito ha ritenuto di poter superare tale barriera, laddove la persona giuridica sia stata creata allo scopo di proteggere (in modo fraudolento od abusivo) il socio dalle proprie obbligazioni (*Lord Sumption in Prest v Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34).

In Italia, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha creato la categoria della super società di fatto per colpire quell'unione - di fatto e non formalizzata - tra società di capitali e società di persone o persone fisiche.

#### 6. Considerazioni conclusive

In primo luogo: esiste veramente una super società di fatto?

L'unico elemento distintivo tra società di fatto e la sua versione “super” è la presenza di società di capitali nella seconda. Ma questo non giustifica – a parere di chi scrive – la creazione di una nuova categoria.

Nella catalogazione degli elementi vale sempre la regola coniata dalla filosofia Scolastica, meglio nota come “rasoio di Occam”: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

Una distinzione teorica è valida se aggiunge veramente qualcosa, se – per dirla altrimenti – permette di giungere ad un risultato diverso; altrimenti è inutile.

È molto più semplice e lineare sostenere che anche le società di capitali possano partecipare ad una società di fatto, senza creare una nuova categoria.

La tassonomia è rigorosa e non ama il barocco.

La creazione della figura della super società di fatto ha permesso di colpire alcune situazioni di abuso della personalità giuridica, sotto la vigenza della vecchia Legge Fallimentare.

Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, disciplinando il fenomeno dell'insolvenza di gruppo, probabilmente riporterà molte fattispecie di super società di fatto nell'alveo della crisi del gruppo, in maniera più opportuna e corretta.

La crescente globalizzazione dell'economia, con conseguente ramificazione in più Paesi di società appartenenti al medesimo gruppo comporta la necessità di strumenti il più possibile unitari (od almeno uniformi) per contrastare efficacemente i fenomeni di crisi (o di insolvenza) transfrontaliera.

### Riferimenti principali

#### Normativa

Articolo 2247 Codice Civile

Articolo 2297 Codice Civile

Articolo 147 Legge Fallimentare

Articolo 256 Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Articolo 287 Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

#### Giurisprudenza

Cass. Sez. I 27.12.2023 n. 35942

Cass. Sez. I 29.12.2023 n. 36378

Cass. Sez. I 2.1.2024 n. 74

Cass. Sez. I 3.1.2024 n. 144

Cass. Sez. I 4.1.2024 n. 204

*Prest v Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34