Fallimenti e Società.it
OSSERVATORIO DI DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE
Triveneto

CAMERA CIVILE *'GIULIO PARTESOTTI'* – VENEZIA
aderente all'UNCC
OSSERVATORIO VENETO DEL DIRITTO D'IMPRESA

LE SOCIETA' DI PERSONE ASSOGGETTABILI ALLA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

di Diego Manente

Avvocato in Venezia

Professore a contratto di Diritto Commerciale nell'Università Cà Foscari Venezia

1. La presente relazione affronta il tema del **presupposto soggettivo del concordato preventivo** muovendo dal particolare angolo visuale delle **società personali**.

2. Il dato istituzionale insegna che sono soggette alla disciplina del concordato preventivo **le società di persone commerciali che esercitano attività commerciale** (e, naturalmente, che si collocano per dimensione nell'area della fallibilità, superando le soglie di cui all'art. 1, co. 2, l. fall.). Dunque:

- la società in nome collettivo

- la società in accomandita semplice.

Occorre subito aggiungere una precisazione che riguarda i **soci illimitatamente responsabili** di queste società**.** Essi – ancora una volta il dato è istituzionale - sono assoggettabili al **fallimento in estensione** *ex* art. 147, co. 1 e 2, l. fall. (fallibilità in estensione, va ricordato, che, oltre a riguardare i soci illimitatamente responsabili tipologicamente tali delle società di persone, opera, almeno secondo la giurisprudenza, anche per il socio accomandante che abbia consentito che il suo nome sia compreso nella ragione sociale *ex* art. 2314, co. 2, cod. civ. ovvero che abbia violato il divieto di immistione sancito dall'art. 2320 cod. civ., conseguendo la responsabilità illimitata e solidale verso i terzi). Viceversa, a loro **non si estende il concordato preventivo della società personale**, del cui **effetto esdebitatorio,** salvo patto contrario, **solo beneficiano ai sensi dell'art. 184, co. 2, l. fall**.; inoltre ne

beneficiano **unicamente per i debiti sociali, non per quelli personali di ciascuno** (mentre, precisiamolo per completezza, nella disciplina del concordato fallimentare, dove pure si trova una norma [art. 153 l. fall.] corrispondente a quella del 2° co dell'art. 184 l. fall., è altresì possibile il concordato particolare del socio [art. 154 l. fall.]).

L'estraneità dei soci illimitatamente responsabilità alla procedura concordataria pone il grave problema, di cui ampiamente si discuterà nel prosieguo di questa tavola rotonda, dell'operatività o meno degli effetti protettivi di cui all'art. 168 l. fall. sul loro patrimonio, sia con riferimento ai creditori sociali, sia, soprattutto, ai creditori particolari.

3. Specularmente, **non sono**, invece, **assoggettabili al concordato preventivo** (così come non lo sono al fallimento) – e ciò per la semplice ragione che non sono imprenditori commerciali – **le società di persone che non hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale,** istituzionalmente (e dunque **la società semplice**) o perché, pur avendo forma commerciale **(s.n.c., s.a.s.),** il loro oggetto è non commerciale (cfr. art. 2249, co. 2 cod. civ.).

Non lo sono, inoltre, le società aventi forma e oggetto commerciale, ma c.d. **sotto soglia** *ex* art. 1, co. 2, l. fall. o per le quali sia **decorso il termine annuale dalla cancellazione del Registro delle Imprese** *ex* art. 10 l. fall..

Relativamente a quest'ultima ipotesi va anzi ricordato che il Supremo Collegio (Cass. 20.10.2015, n. 21286, con specifico riguardo ad una s.r.l., ma enunciando un principio di carattere generale) ha addirittura escluso, indipendentemente dal decorso del termine annuale, che, una volta stata cancellata dal Registro, la società possa richiedere il concordato preventivo, e questo anche se ne sia stato domandato il fallimento entro l'anno dalla cancellazione (in senso contrario v., tuttavia, proprio in tema di società di persone, Trib. Verona 17 luglio 2015, in *Il fall.* 2016, 428, sulla base del principio di necessaria alternatività prevalente del concordato preventivo rispetto alla dichiarazione di fallimento e di una lettura costituzionalmente orientata dagli artt. 10 e 161 l. fall., nel senso che il deposito della domanda di concordato preventivo comporti la sospensione del termine annuale di fallibilità).

A questa conclusione i giudici di legittimità sono pervenuti sul rilievo che "*il concordato preventivo è strumento volto alla risoluzione della crisi dell'impresa. Alla società che ha cessato la propria attività di impresa, tanto da essersi cancellata dal Registro, l'accesso alla procedura concorsuale minore è dunque precluso* ipso facto, *atteso il venir meno del bene al cui risanamento il concordato tende. Va escluso, per altro verso, che l'attività di impresa si trasferisca in capo ai soci, che, secondo la sentenza n. 6070/2013 SU, sono successori a titolo particolare della società unicamente nei rapporti obbligatori attivi e passivi che sopravvivono all'estinzione (peraltro nei limiti in cui la successione può ritenersi operante)*".

4. Il riferimento al Registro delle Imprese può essere sviluppato, con riguardo alle società di persone, anche in una direzione opposta rispetto a quella appena vista della cancellazione.

Fin qui, nel parlare di società di persone assoggettabili alla disciplina del concordato preventivo, abbiamo, implicitamente, considerato l'ipotesi basica che queste società siano **regolari**, vale a dire abbiano osservato le prescrizioni relative agli adempimenti pubblicitari (iscrizione nel Registro delle Imprese, appunto) previsti dagli artt. 2296 cod. civ. per le società in nome collettivo e 2315 cod. civ. per le società in accomandita semplice.

Ma, come sappiamo bene, l'iscrizione nel Registro delle Imprese per le società personali (pur essendo obbligatoria: l. n. 580/1993 e relativo regolamento attuativo) non costituisce presupposto essenziale per la loro esistenza, come accade invece per le società di capitali, e la sua mancanza, originaria o sopravvenuta, determina soltanto una parziale modificazione della disciplina loro applicabile (art. 2297 cod. civ. per le s.n.c.; art. 2317 cod. civ. per le s.a.s.).

Complessivamente inteso è, questo, il fenomeno delle società **irregolari** o **di fatto**.

Le due locuzioni vengono sovente usate come sinonimi, anche se non del tutto appropriatamente, essendovi, in realtà, tra le due fattispecie delle differenze concettuali (per ulteriori approfondimenti in proposito v. BUONOCORE, *Le società Disposizioni generali artt. 2247-2250*, in *Codice civile Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 2000 *sub* art. 2247, p. 130 ss). Basti, comunque, dire che *"in ultima analisi la società di fatto rappresenta una tecnica [soprattutto giurisprudenziale], la quale viene utilizzata per individuare una serie di fattispecie che vengono poi assoggettate alla disciplina della società irregolare"* (ANGELICI, voce <<*Società di fatto.* 1. *Società di fatto e irregolare*>>, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1993, *sub* 1.2).

Dunque, semplificando, parleremo unitariamente di questi variegati fenomeni, con una indicazione di massima e senza sentirci ad essa eccessivamente vincolati, in termini di "società di fatto", ricomprendendo nella fattispecie anche le figure, coniate dalla giurisprudenza fallimentare nel crogiuolo dell'art. 147 l. fall., della **società apparente** (sulle quale v. per tutte, Cass. 9 settembre 1996, n. 8168; Cass. 13 giugno 2016, n. 12120) e della **società occulta** (al riguardo v. *ex multis* Cass. 30 gennaio 1995, n. 1106; Cass. 13 giugno 2016, n. 12120; Cass. 12 settembre 2016, n. 17925).

5. Venendo al tema della relazione, occorre allora chiedersi come si atteggia il fenomeno "società di fatto", nel senso sopra delineato, rispetto al concordato preventivo.

A questo proposito, è opinione assolutamente condivisa che oggi, a seguito dell'avvenuta eliminazione con la riforma della legge fallimentare dei requisiti dell'iscrizione nel Registro delle Imprese e della

regolare tenuta della contabilità, precedentemente richiesti dal previgente art. 160 l. fall. ai fini dell'ammissione alla procedura, **le società di fatto sono assoggettabili al concordato preventivo**.

Questa conclusione è ulteriormente avvalorata dalla sostituzione, nella norma che disciplina la decisione sull'approvazione della proposta di concordato da parte delle società (art. 152, co. 2, lett. a l. fall.), in tema di concordato fallimentare, a cui fa espresso rinvio, per quanto riguarda il concordato preventivo, l'art. 164, co. 4, l. fall., del riferimento specifico alle s.n.c. e alle s.a.s. con la più generica espressione "*società di persone*".

6. A prima vista, dunque, la questione sembrerebbe risolta.

In realtà non è propriamente così, se si considera che, una volta ammessa in via teorica l'assoggettabilità delle società di fatto alla procedura, occorre pur sempre coordinare questa - ormai incontestabile - enunciazione di principio con il dato normativo risultante a seguito delle **modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo con la novella di cui al d. l. 83/2012** (che, evidentemente, non ha tenuto conto del mutato quadro di riferimento rispetto alla società di fatto), modifiche per le quali la **dinamica del concordato preventivo** è **nuovamente incardinata sull'iscrizione del debitore** nel Registro delle Imprese.

Decisivi, ai fini del nostro discorso, sono, in particolare, l'art. 161, co. 5, l. fall. (il quale richiede che la domanda di concordato preventivo sia "*pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria*") e, soprattutto, l'art. 168, co. 1, l. fall..

Invero, secondo quest'ultima disposizione, che sulla prima all'evidenza si appoggia, gli effetti protettivi della presentazione del ricorso decorrono non più, come in passato, dalla data di presentazione, ma "*dalla data*" della sua "*pubblicazione (…) nel registro delle imprese*", cosi come "*le ipoteche giudiziali*" sui beni del debitore sono "*inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato*" quando "*iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese*". Merita aggiungere che, in questi casi, l'iscrizione nel Registro delle Imprese ha **efficacia normativa** (nel senso che l'adempimento pubblicitario costituisce condizione per rendere applicabile la disciplina in parola), e non soltanto dichiarativa ai fini dell'opponibilità ai terzi, e che, dunque, risulterebbe del tutto irrilevante, a questi effetti, l'eventuale conoscenza del ricorso, conseguita *aliunde* o con altre modalità pubblicitarie, dai creditori.

7. In questo modificato quadro normativo appare dunque evidente che la società di fatto (la quale, per definizione, iscritta nel Registro delle Imprese, non è) che voglia accedere al concordato preventivo dovrà comunque confrontarsi con la necessità dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, e ciò non tanto ai fini della sua assoggettabilità della procedura (salvo ritenere che le modifiche apportate nel 2012

abbiano reintrodotto implicitamente il requisito dell'iscrizione come condizione per l'ammissione al concordato preventivo, il che escluderei), quanto per rendere concretamente possibile il funzionamento e, soprattutto, il dispiegarsi degli effetti del procedimento concordatario.

8. L'iscrizione nel Registro delle Imprese potrà, ovviamente, conseguire anzitutto dalla **regolarizzazione** – prima del deposito della domanda di concordato (o di preconcordato) preventivo – della società di fatto.

La regolarizzazione si sostanzia, in particolare, nella enunciazione e riproduzione in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata dell'accordo sociale, ma potrebbe avere anche un contenuto costitutivo - traslativo di diritti (a seconda del contenuto dell'atto di regolarizzazione si potranno determinare conseguenze differenti ai fini delle imposte di registro, ipotecaria e catastale: per approfondimenti su queste tematiche v. Studio n. 853-2014/F del Consiglio Nazionale del Notariato).

La regolarizzazione della società di fatto, del resto, sembra presupposta anche dal necessario adempimento previsto, come già abbiamo ricordato, dall'art. 152, co. 2, lett. a) l. fall. (richiamato dall'art. 161, co. 4, l. fall.), secondo cui la proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, nelle società di persone devono essere preventivamente approvate dai soci (che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale). Questo, almeno, ove si ritengano applicabili anche alla decisione dei soci di società di persone le prescrizioni del successivo comma terzo dell'art. 152 l. fall. (verbale redatto da notaio; deposito a iscrizione della decisione nel Registro delle Imprese), riferite testualmente soltanto alle società di capitali.

Certo è, in ogni caso, che, a stretto rigore, l'ipotesi di previa regolarizzazione si pone all'evidenza, fuori dall'ambito del concordato preventivo della società di fatto in quanto tale, poiché, nel momento in cui accede alla procedura, la società è, in realtà, già divenuta regolare.

9. L'iscrizione – sempre prima del deposito della domanda di concordato (o di preconcordato) – potrebbe, in linea teorica, avvenire anche sulla base di un **ordinario accertamento giudiziale**. In concreto, tuttavia, questa eventualità appare assolutamente residuale, poichè, in linea di principio, oltre a presupporre, nella normalità dei casi, una controversia tra o con i soci, che poco si concilia con le prospettive concordatarie, la tempistica del giudizio ordinario risulterebbe ben difficilmente compatibile con la programmazione del concordato da parte della società.

10. Resta da verificare se e, nell'affermativa, con quali modalità una società di fatto che presentasse *come tale* domanda di concordato potrebbe essere iscritta nel Registro delle Imprese.

Per rispondere al quesito partiamo dal diverso caso del **fallimento** di una società di fatto (con tutte le possibili varianti dell'art. 147 l. fall.), dove la richiesta di iscrizione viene giustificata con l'esigenza di **annotare nel Registro delle Imprese, a norma dell'art. 17 l. fall. la relativa sentenza**, pur dovendosi rilevare che l'annotazione è una formalità che ha natura di mera pubblicità-notizia, priva dunque di efficacia costitutiva, e può essere integrata anche da altre modalità pubblicitarie: es. pubblicazioni sui giornali (in senso contrario all'iscrivibilità della società di fatto sulla base della sentenza dichiarativa di fallimento v. tuttavia, articolatamente, SALAFIA, *Società di fatto e registro delle imprese*, in *Il Fall.* 2014, 525ss., la cui rigida posizione è tuttavia smentita dalla prassi di molti Conservatori del Registro delle Imprese, tra cui quello di Venezia, che, senza particolari problemi, iscrivono le società di fatto, talvolta sotto la dizione "*Fallimento Tizio, Caio e Sempronio s.d.f.*" o similare, sulla base della sola sentenza dichiarativa di fallimento, indicata come atto costitutivo).

Avendo riguardo al **concordato preventivo**, dove pure è prevista l'annotazione nel Registro delle Imprese, a cura del Conservatore, del decreto di ammissione alla procedura e del successivo decreto di omologazione (v., rispettivamente, artt. 166, co. 1 e 180, co. 5 l. fall., che richiamano le pubblicazione "*a norma dell'art. 17 l. fall.")*, si tratterebbe di individuare un corrispondente atto di riferimento in base al quale giustificare la richiesta primaria di iscrizione nel Registro delle Imprese della società di fatto.

Verrebbe naturale pensare, a tale proposito, al decreto di cui all'art. 161, co. 6, l. fall. (nel caso di concordato in bianco) e al decreto di apertura della procedura *ex* art. 163 l. fall. (nel caso di concordato pieno), considerato che, in entrambi, il tribunale deve aver verificato la sussistenza del presupposto soggettivo e, dunque, nell'ipotesi, l'esistenza della società di fatto (considerate le modalità di delibazione del tribunale nella fase introduttiva, la domanda di concordato presentata dalla società di fatto dovrebbe essere supportata da prove liquide, idonee a dimostrare i parametri organizzativi ed essenziali del contratto di società, secondo i consolidati tratti dell'esercizio in comune dell'attività economica, dell'esistenza di fondi comune da apporti o attivi patrimoniali e dell'effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite).

Questa ipotesi deve tuttavia confrontarsi con il dato che i decreti in parola (a differenza della sentenza dichiarativa di fallimento) non hanno contenuto decisorio (e non sono definitivi) e che, comunque, l'iscrizione del ricorso nel Registro delle Imprese da cui conseguono gli effetti protettivi *ex* art. 168 l. fall. avverrebbe, in ogni caso, con una sequenza temporale sfalsata rispetto a quanto prevede la norma, con il rischio di vanificare proprio quegli effetti fondamentali ai fini del buon esito della procedura (il che, tra l'altro, rende davvero impossibile ipotizzare che l'atto che giustifica l'iscrizione debba invece essere il decreto di omologazione *ex* art. 180 l. fall., che interverrebbe troppo tardi rispetto a questa esigenza).

Tutto ciò, beninteso, al netto del preliminare problema, a cui abbiamo accennato nel par. 8, della forma della decisione dei soci e dell' eventuale necessità di preventivo deposito e iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese *ex* art. 152 l. fall. (decisione la cui mancanza precluderebbe a priori l'ammissione al concordato preventivo).

11. In ogni caso appare anche chiaro che le due ricordate categorie simmetriche della **società apparente** e della **società occulta** (v. *supra* par. 5) , create sostanzialmente nell'ottica dell'applicazione all'interno del sistema del fallimento, risultano, invece, **avulse dalla disciplina del concordato preventivo**.

La società apparente, perché gli "apparenti" soci, per definizione, non dovrebbero potersi avvalere di questo schema ricostruttivo ai fini del concordato per evitare il fallimento della società e, conseguentemente, il loro fallimento personale, trattandosi di un fenomeno bastato, all'opposto, sul legittimo affidamento dei **terzi** sull'esistenza della società, non voluta invece dai suoi attori.

La società occulta, perché, almeno nella situazione paradigmatica prevista dal 5° co dell'art. 147 l. fall., la scoperta del sodalizio occulto di fatto avviene **dopo** la dichiarazione di fallimento individuale e, dunque, in un quadro non compatibile con l'ipotesi di un concordato preventivo della società di fatto occulta.

12. Tutte le considerazioni svolte *supra* nei parar. 10 e 11 sono ripetibili, con gli adattamenti del caso, anche con riguardo alle fattispecie ben più sofisticate – in quanto collocate nella dimensione del gruppo, e dunque della media e grande impresa – ma pur sempre riconducibili agli schemi della società di fatto, della **c.d. supersocietà di fatto** e della **società di fatto holding** (pura o operativa) **responsabile *ex* art. 2497 cod. civ.** (per un'ampia e articolata ricognizione di queste figure si veda, per tutti, di recente, RONDINONE, *Le tecniche di coinvolgimento di* domini e holders *nel fallimento delle imprese eterodirette*, in *Riv. Soc.* 2015, 1045 ss.; v. anche Cass., 13 giugno 2016, n. 12120).

13. Un rapido accenno deve, infine, essere fatto all'ipotesi della **costituzione di società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo c.d. di gruppo.**

Questa fattispecie è stata esaminata dal Supremo Collegio con la sentenza 13 ottobre 2015, n. 20559.

Il caso affrontato dalla Corte Suprema riguardava la presentazione di una proposta di concordato preventivo da parte di una società in nome collettivo di nuova costituzione e delle sue socie – quattro società di capitali, la holding e tre operative – le quali, poco prima, avevano conferito pressoché l'intero loro patrimonio alla nuova società personale.

Nello specifico il S.C. ha concluso, sulla scorta di un argomentato ragionamento, che "*l'operazione societaria posta in atto nella vicenda in esame, non può superare in via interpretativa l'assenza di una disciplina positiva che regoli il concordato di gruppo"* e che "*in definitiva, la descritta operazione ha forzato il dato normativo – in particolare, la l. fall., art. 161, e art. 2740 c.c. – oltre i limiti che, a mezzo di una mera interpretazione ed in mancanza di una disciplina positiva del fenomeno (una legge che intenda disciplinare il concordato preventivo di gruppo dovrebbe verosimilmente occuparsi de regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, la formazione – delle classi delle masse) esso poteva ragionevolmente tollerare*".

Non è questa la sede per affrontare una tematica così rilevante e complessa qual è il concordato preventivo di un gruppo e, più in generale, la gestione unitaria dell'insolvenza e della crisi nei gruppi di imprese.

E' sufficiente constatare, allo stato, la rigida posizione assunta dalla Cassazione, rispetto ai tentativi empirici – di cui il caso esaminato costituiva emblematico esempio – di coordinare le diverse procedure afferenti le diverse società del gruppo alla ricerca di una gestione unitaria dell'insolvenza (per una analisi delle aporie e delle contraddizioni che caratterizzano la posizione assunta dalle S.C. con la sentenza appena ricordata si veda FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo,* in *Giur. Comm.* 2016, II, 118 ss.).

Anche per questa ragione, se ve n'era bisogno di una ulteriore, si rende davvero improrogabile che giunga a completamento con la massima rapidità il percorso iniziato con la presentazione alla Camera dei Deputati del disegno governativo di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, basato sui lavori della Commissione Rordorf, dove anche il concordato di gruppo, pur con qualche chiaroscuro, trova finalmente una compiuta disciplina.