

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, 12 marzo 2013 – *Zoso Presidente ed estensore*

Fallimento – Termine annuale ex art. 10 l. fall. – Società di fatto – Decorrenza – Necessità di iscrizione nel registro delle imprese – Esclusione

(R.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 10; codice civile, art. 2188, 2193, 2196, 2200, 2297)

Holding – Esercizio di attività di holding da parte di più persone – Attività d'impresa – Società di fatto per l'esercizio dell'attività – Sussistenza

(Codice civile, art. 2082, 2195, 2249, 2497)

Holding – Attività d'impresa – Caratteristiche – Spendita del nome – Non necessità

(Codice civile, art. 2082, 2195)

Società – Direzione e coordinamento – Persona fisica che esercita attività di direzione e coordinamento – Responsabilità – Può sussistere

(Codice civile, art. 2497)

Società – Direzione e coordinamento – Violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale – Perdita del capitale delle società eterodirette – Continuazione dell'attività – Responsabilità di chi esercita attività di direzione e coordinamento – Sussiste

(Codice civile, art. 2484, n. 4, 2485, 2497)

Il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, previsto dall'art. 10 l. fall., trova applicazione anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, e decorre dal momento in cui detta cessazione sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia stata dagli stessi conosciuta.

L'attività di holding è attività di impresa e, nel caso in cui sia svolta da più persone fisiche, si crea tra loro una società di fatto, soggetta a fallimento in caso di sua insolvenza.

L'attività di holding consiste nell'attività, svolta in modo professionale e organizzato, di controllo e coordinamento delle società partecipate, direttamente o indirettamente, mirante a perseguire risultati economici per la holding, causalmente ricollegabili all'attività medesima, ulteriori e diversi rispetto a quelli relativi alle società coordinate e dirette, senza che sia necessaria la spendita formale del nome della holding.

Anche la persona fisica può essere ritenuta responsabile nei confronti dei soci e dei creditori delle società su cui essa esercita attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Tra le ipotesi di responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale vi è la mancata adozione degli opportuni provvedimenti con conseguente continuazione dell'attività da parte delle

società soggette a direzione e coordinamento quando è integrata la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4 c.c.

Omissis – ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE. Con ricorso depositato il 6 novembre 2012 Zucchetto Ornella proponeva reclamo ex articolo 18 legge fallimentare avverso la sentenza numero 164 pronunciata l'11 ottobre 2012 dal tribunale di Venezia con cui era stato dichiarato il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles.

Esponeva la ricorrente che il fallimento era stato pronunciato su istanza del fallimento della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, del fallimento della società Sice Srl in liquidazione e del fallimento della società Victory Srl in liquidazione.

Il tribunale aveva dichiarato il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles rilevando che le società Graziano Poles costruzioni piscine Srl Sice Srl e Victory Srl risultavano di fatto prive di una propria autonoma amministrazione in quanto in realtà erano dirette, controllate e coordinate da Poles Graziano la cui attività verso l'esterno celava però una società irregolare occulta con il coniuge Zucchetto Ornella e con la figlia Poles Daria da cui derivava la responsabilità ex articolo 2497 c.c. nei confronti dei creditori sociali per il danno all'integrità patrimoniale delle società istanti il cui passivo fallimentare riferito alle tre procedure ammontava a circa euro 7.500.000,00.

Con il primo motivo di reclamo esponeva la reclamante che il fallimento non avrebbe potuto essere dichiarato per il decorso del termine annuale di cui all'articolo 10 legge fallimentare e ciò in quanto l'istanza di fallimento era stata depositata in data 28 maggio 2012 e gli istanti assumevano che l'attività di controllo e coordinamento era proseguita fino a tale data con riferimento a società diverse rispetto a quelle fallite e sempre facenti capo alla famiglia Poles. In realtà le società istanti erano state dichiarate fallite oltre un anno prima del deposito dell'istanza di fallimento per cui l'attività di impresa era cessata nel momento in cui erano stati dichiarati i fallimenti delle società istanti.

Per quanto riguardava le altre società, diverse dalle fallite, con riferimento alle quali si era perpetuata l'attività di gestione e coordinamento, esse erano le società Immo.daria Srl, La Piscina Srl e Immobiliare Santa Maria Srl.

Per quanto riguardava la società La Piscina Srl, di cui Poles Daria deteneva le quote per l'80% mentre il restante 20% apparteneva a soggetti estranei alla famiglia Poles, non rilevava il fatto che il sito web della fallita

Graziano Poles costruzioni piscine Srl fosse ancora consultabile e aggiornato con i numeri telefonici e di fax della nuova società poiché la società La Piscina Srl aveva preso in affitto l'azienda della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in data 15 giugno 2009 e, dunque, il sito Web costituiva bene aziendale legittimamente passato all'affittuaria. Inoltre Graziano Poles era legato alla società La Piscina Srl da un contratto di associazione in partecipazione e ciò giustificava il fatto che sul sito Web fosse rinvenibile il suo numero di cellulare.

Per quanto riguardava la società immobiliare Santa Maria Srl, essa era partecipata al 99% dalla società Sice Srl e dell'1% da soggetto estraneo alla famiglia Poles. Sice Srl era stata dichiarata fallita il 10 novembre 2010 ed alla stessa era subentrata la curatela per cui a far data dal 10 novembre 2010 l'attività gestionale non avrebbe potuto essere esercitata a mezzo della società immobiliare Santa Maria Srl.

La società Immo.daria Srl era costituita da Poles Daria quale socia unica e non si comprende in cosa sarebbe consistita l'attività di gestione e controllo da parte di tale società.

Con riferimento ad altre società ancillari quali la Stargest Srl, Mare Invest Srl, Orchidea Srl, Heraclia Pavimenti Srl non era individuabile alcun atto in cui si potesse ravvisare il potere gestorio, di coordinamento e di controllo dell'holder individuale Poles Graziano.

L'esclusione della fallibilità di Poles Graziano per decorso del termine di cui all'articolo 10 legge fallimentare comportava l'inaccogliabilità dell'istanza di fallimento riferita ai di lui asseriti soci occulti, Zucchetto Ornella e Poles Daria.

Il tribunale, con la sentenza reclamata, non aveva indicato atti di gestione compiuti nell'ultimo anno prima della dichiarazione di fallimento ad eccezione dell'attività di impresa compiuti dalla società La Piscina S.r.l. e, tuttavia, si trattava di attività riferibili esclusivamente a tale società mentre l'attività di controllo esercitata tramite la società Santa Maria s.r.l., se pure vi fosse stata, avrebbe avuto termine con l'ultimo fallimento dichiarato, vale a dire con quello di Sice Srl in liquidazione in data 10 novembre 2010.

Con il secondo motivo di reclamo deduceva la reclamante l'insussistenza del credito preteso dagli istanti. Invero il passivo dei tre fallimenti, ammontante ad euro 7.500.000, derivava dall'obbligazione ex art 2497 c.c. di fonte extra contrattuale ed il diritto era prescritto in quanto le operazioni intercorse tra Graziano Poles costruzioni piscine Srl e Steffy S.r.l. erano avvenute tra il 2001 e il 2006 mentre il danno derivato dai rapporti di finanziamento tra Sice Srl ed Immobiliare Santa Maria s.r.l. erano intercorsi nell'anno 2003.

Inoltre il credito evidenziato non era certo e gli istanti non avevano provato l'esistenza del fatto illecito giuridicamente rilevante, e neppure il danno ed il nesso di causalità tra fatto e danno.

Con il terzo motivo di reclamo deduceva la reclamante che non era con-

figurabile una *holding* di fatto perché mancavano gli elementi sintomatici tipici elaborati dalla giurisprudenza con riguardo a tale società. In particolare difettava la stabile organizzazione dei fattori produttivi, la *holding* non aveva mai agito spendendo il nome di Poles Graziano il quale non aveva mai agito in proprio ed ogni transazione era stata effettuata a nome delle diverse società. Dunque non di *holding* si trattava ma, caso mai, della fattispecie del socio tiranno il quale non aveva agito in nome proprio ma unicamente attraverso gli organi societari.

Non avevano rilievo, poi, al fine di affermare l'esistenza di una *holding* occulta, le fideiussioni prestate personalmente da Poles Graziano e Zucchetto Ornella a garanzia dei finanziamenti erogati in favore delle società fallite. Ed erroneamente il tribunale aveva ritenuto che nel corso degli anni Immo.daria s.r.l. avesse accumulato un proprio patrimonio immobiliare divenendo una sorta di cassaforte del patrimonio via via accumulato attraverso l'attività di *holding* della società di fatto intercorrente tra i componenti della famiglia Poles.

Invero la società Immo.daria Srl aveva acquistato del tutto regolarmente vari immobili negli anni 2001, 2004, 2006 e 2008 sicché era mancata la prova che dall'attività di holder fosse derivata un'utilità aggiuntiva in capo alla società stessa.

Si costituivano il fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles nonché, individualmente, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles chiedendo il rigetto del reclamo e si costituivano altresì il fallimento della società Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, il fallimento della società Sice Srl in liquidazione ed il fallimento della società Victory Srl in liquidazione chiedendo anch'essi il rigetto del reclamo.

Alla causa venivano riunite le due cause instaurate da Poles Graziano e Poles Daria aventi ad oggetto la revoca del fallimento dichiarato con sentenza n. 164/2012 del tribunale di Venezia.

Intervenuto il pubblico ministero con deposito di memoria e documenti ed avuta la discussione delle parti, la corte si riservava di decidere.

Preliminarmente rileva la corte che non sussiste la dedotta inammissibilità del ricorso, a norma dell'art. 342 c.p.c. per difetto di specifica enunciazione delle parti della sentenza che la parte ha inteso impugnare o dell'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione di legge.

Invero si deve considerare che l'opposizione al fallimento costituisce un mezzo di impugnazione con il quale viene avviato un processo di cognizione di primo grado cui vanno, tuttavia, applicate le norme del secondo libro del c.p.c. relative al processo di impugnazione e, nei tre atti di opposizione proposti dai reclamanti, i motivi di doglianza e le questioni sottoposte al giudizio della corte appaiono delineati in maniera chiara sì da consentire l'analisi degli stessi.

Nel merito si osserva che l'istanza di fallimento proposta dal fallimento

Graziano Poles costruzioni piscine Srl in liquidazione, dal fallimento della società Sice Srl in liquidazione e dal fallimento della società Victory Srl in liquidazione era volta alla dichiarazione del fallimento di Poles Graziano nonché della società occulta intrattenuta con la moglie Zucchetto Ornella e con la figlia Poles Daria ai sensi dell'art. 147, comma quinto, ipotizzandosi una società di fatto tra i soci che, attraverso la costituzioni di varie altre società, svolgeva la funzione di holder delle società fallite rendendosi responsabile nei confronti delle stesse del danno prodotto ai sensi dell'art. 2497 c.c..

È stata sollevata la questione del decorso dell'anno dalla cessazione dell'impresa da parte di Poles Graziano o della società di fatto di talché, a norma dell'art. 10 L.F, il fallimento non potrebbe più essere dichiarato.

Ora, va considerato che il principio secondo cui il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 della legge fallimentare ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese, anziché dalla definizione dei rapporti passivi, non esclude l'applicabilità del predetto termine anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, nei confronti delle quali il necessario bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche impone d'individuare il "dies a quo" nel momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, o comunque sia stata dagli stessi conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si è manifestata (cfr. Cass. 18618/2006 e Cass. 6199/2009).

Nel caso che occupa si ipotizza che l'attività della società di fatto holder sia stata esercitata a mezzo di varie società tra le quali La piscina s.r.l. costituita nel 2009, quasi in concomitanza con la messa in liquidazione della società Graziano Poles s.r.l., tra Poles Daria, socia all'80%, e soggetti terzi. Tale società risulta amministrata da Poles Daria ma risulta altresì che Poles Graziano continua ad operare all'interno della stessa, ancorché dietro il paravento del contratto di associazione in partecipazione, sia perché il suo numero di cellulare è indicato sul sito web che pubblicizza l'attività della società sia in quanto risulta dai documenti allegati alla memoria depositata dal procuratore generale che egli è stato fermato dalla guardia di finanza alla frontiera con la Slovenia ed è stato trovato in possesso del timbro della società La Piscina s.r.l, di documentazione contrattuale e di appunti che documentano come lo stesso continui ad ingerirsi nella gestione dei lavori e degli appalti conseguiti dalla società stessa.

Pertanto l'attività di Poles Graziano, sia considerato come persona fisica che come socio della società di fatto formata con Zucchetto Ornella e Poles Daria ha continuato a manifestarsi all'esterno fino all'attualità, determinando nei terzi la percezione della continuità dell'attività esercitata dal gruppo Poles nel campo edilizio.

L'eccezione è, dunque, infondata.

Nel merito osserva la corte che il credito per la tutela del quale le società fallite hanno proposto istanza di fallimento nei confronti di Poles Graziano e della società di fatto costituita tra il medesimo, Zucchetto Ornella e Poles Daria si fonda sulla norma di cui all'articolo 2497 c.c. che prevede la responsabilità delle società o degli enti i quali, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime.

Soggetti legittimati ad esercitare tale azione risarcitoria sono i soci delle società dominate ed i creditori di queste nonché il curatore, il commissario liquidatore e il commissario straordinario nei casi rispettivamente di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria e l'azione è concessa nel caso di una lesione cagionata all'integrità del patrimonio delle società.

La natura della responsabilità nascente dall'articolo 2497 c.c. è stata oggetto di dibattito dottrinale ma la relazione governativa e la più recente giurisprudenza (Cass. 28.2.2012 n. 3003) propendono per la natura aquiliana della responsabilità in questione, essendo essa riconducibile alla clausola generale dell'art. 2043 c.c., per essere l'autore dell'illecito estraneo al contratto sociale e per non essere configurabile l'inadempimento di specifiche obbligazioni gravanti sulla società o sull'ente che ha cagionato il danno; ne consegue che la parte danneggiata ha l'onere di provare tutti gli elementi, oggettivo e soggettivo, della fattispecie dannosa.

E mette conto osservare che la norma richiede una valutazione che non si limiti alla singola operazione ma si spinga a verificare in generale il risultato dell'intera attività di direzione e coordinamento rispetto all'interesse della società controllata.

Da ciò consegue che, poiché il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal fatto illecito inizia a decorrere solo quando il danno si è concretamente prodotto e manifestato, il *dies a quo* non può che identificarsi nella dichiarazione di fallimento delle società controllate in considerazione del fatto che il singolo atto di gestione che, di per sé solo considerato, potrebbe considerarsi lesivo dell'interesse della società, potrebbe non esserlo più all'esito della gestione complessiva soprattutto laddove la società mantiene stretti rapporti con altre e dal compimento di un atto momentaneamente svantaggioso ritiene di poter trarre una utilità futura.

Ne consegue che l'obbligazione risarcitoria nascente dall'attività di direzione e controllo non può ritenersi estinta per prescrizione, contrariamente a quanto sostengono i reclamanti.

In ordine al fatto che non sarebbe configurabile la responsabilità derivante dall'articolo 2497 c.c. in capo a Poles Graziano quale imprenditore individuale, osserva la corte che la norma di cui al citato articolo, così come interpretata dall'articolo 19, comma sesto, del decreto legge 1 luglio 2009

numero 78 convertito in legge 3 agosto 2009 numero 102, è riferita, per quanto concerne gli “enti” ai soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria.

Peraltro si sostiene in dottrina che la norma di interpretazione autentica va, interpretata, a sua volta, nel senso che nell’ampia categoria degli “enti” non rientrerebbe solo lo Stato, per il che non sarebbe esplicitamente escluso l’imprenditore individuale.

La questione, tuttavia, non appare avere rilievo nel caso che occupa, considerato che, per le ragioni che si vanno ad esporre, l’attività di direzione e coordinamento non è stata esercitata da Poles Graziano come imprenditore individuale ma quale socio ed amministratore della società di fatto intrattenuta con la moglie e con la figlia.

Secondo la ricostruzione dei fatti operata dalle procedure che hanno chiesto il fallimento di Poles Graziano (e della società occulta costituita con Zucchetto Ornella e Poles Daria) il Poles ha agito nei confronti delle società controllate e dei terzi quale holder individuale ma, al fine di poter espletare tale sua attività di controllo, si è avvalso dello strumento della società di fatto con Zucchetto Ornella e Poles Daria in quanto queste ultime, partecipando quali socie alle varie società del gruppo ed assumendo, in taluni casi, la veste di amministratore, hanno consentito di operare flussi di liquidità e di trasferire beni immobili a favore di talune società abbandonandone altre (quelle depauperate) al loro destino con buona pace dei creditori ed, in particolar modo, delle banche che avevano concesso finanziamenti dietro prestazione di fidejussioni da parte di Poles Graziano e Zucchetto Ornella, rivelatisi poi essere privi di beni immobili per averli ceduti alla società Immo.daria s.r.l. di cui Poles Daria risulta unica socia.

Ora, è ben noto che la giurisprudenza di legittimità ammette da tempo la configurabilità della *holding* personale (si vedano la ben nota sentenza numero 1439/90 c.d. “sentenza Caltagirone”, la n. 12113/2002 e la n. 3724/2003), che ricorre quando una persona fisica, attraverso la partecipazione ad una o più società di cui detenga le quote, esorbitando dai limiti che la partecipazione in qualità di socio gli consente, esercita il controllo e la gestione delle società medesime (*holding* pura), ovvero ne procuri il finanziamento (*holding* operativa). E perché chi opera in forma di *holding* personale sia qualificabile come imprenditore occorre: a) che egli agisca in nome proprio affinché la sua attività sia fonte di responsabilità diretta; b) persegua un risultato economico collegabile alla detta attività; c) operi in maniera professionale e cioè in maniera abituale e non occasionale attraverso un’organizzazione, cioè mediante il coordinamento dei fattori produttivi.

Quanto al primo di tali requisiti, si osserva che dai documenti prodotti dalle procedure istanti si evince che Poles Graziano ha agito in nome proprio anche quando non era amministratore delle società nei confronti delle quali si sarebbero prodotti gli effetti dei contratti che stipulava. In-

vero il 19 marzo 2008 Poles Graziano ha stipulato un atto di transazione tra Victory srl e La bottega dei sogni s.a.s. per conto di Victory quando amministratore risultava essere Zucchetto Ornella; ha stipulato l'accordo transattivo del 20 gennaio 2009 tra Sice e Asfalti Busco s.r.l.; il contratto di appalto tra Sice e Mosole S.p.A. in relazione all'immobile di Spresiano; il contratto di appalto 9 febbraio 2007 tra Sice e Sil campeggi; lo scioglimento del contratto di appalto 7 aprile 2030 tra Immobiliare Santa Maria Srl e immobiliare Vanessa Srl con la partecipazione di Sice Srl; in tali contratti Poles Graziano ha agito per conto di Sice apponendo la propria firma per conto di Sice quando invece il legale rappresentante era Zavattin Sonia.

Inoltre nella comparsa di costituzione depositata nella causa tra Sice e Immobiliare Santa Maria il 21.9.2011 si legge che Poles Graziano effettuava per il tramite della società Sice, in allora rappresentata da Zavattin Sonia, l'acquisto delle quote di immobiliare Santa Maria

Dunque in svariate occasioni il Poles ha agito nei confronti dei terzi dimostrando di essere colui che assumeva le decisioni riguardanti le varie società e che aveva il potere di impegnarle non trovando ostacolo nella compagine sociale delle stesse.

Quanto alla economicità dell'impresa, ossia al perseguimento da parte del Poles e della società di fatto di cui era socio di un autonomo fine di lucro, distinto da quello delle società che allo stesso od alle socie facevano capo, la ricostruzione dei fatti, peraltro mai contestati, che si va ad esporre rivela la fondatezza dell'assunto degli istanti, ovvero che esisteva una vera e propria attività di coordinamento delle diverse imprese, finalizzata al perseguimento di un risultato economico ulteriore rispetto a quello raggiunto dalle singole società, ma esterno ad esse, in quanto afferente al gruppo costituito dalla *holding* di famiglia.

Le società fallite sono Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l., Sice Srl e Victory Srl, già Steffy Srl.

La società Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l. era composta da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Zavattin Sonia, mentre Graziano Poles ne era l'amministratore.

La Sice Srl aveva la medesima compagine sociale ed era amministrata da un consiglio di amministrazione di cui Graziano Poles era presidente.

La Victory Srl, già Steffy Srl era composta da Poles Graziano costruzioni piscine S.r.l. quale socio al 98,60% mentre le restanti quote erano intestate a terzi.

La Immo.daria Srl è stata costituita nel 1999 da Graziano Poles e Zucchetto Ornella con amministratore Zucchetto Ornella; nel 2007 le quote sono state cedute a Poles Daria che è divenuta unica socia.

La società La piscina Srl è stata costituita nel 2009 da Poles Daria, che è l'amministratrice e detiene l'80% delle quote.

L'immobiliare Santa Maria s.r.l. è stata costituita nel 2001 e soci erano Sice s.r.l. al 99% mentre l'1% apparteneva a soggetto estraneo.

La società Co.immo Srl è stata costituita nel 1995 da Graziano Poles e Zucchetto Ornella con Graziano Poles amministratore.

La società Esmeralda Srl è stata costituita nel 2004 con soci Poles, Barzan, Franceschetto.

La società Mare Invest Srl è stata costituita nel 2006 con socio al 20% Poles Graziano; la quota del 60% è detenuta da Stargest Srl di cui Poles Daria detiene la quota del 20%.

Orchidea Srl è stata costituita al 25% da Graziano Poles, il quale ha ceduto la quota a Poles Daria nel 2007.

La società Heraclia Srl aveva come socio al 30% Graziano Poles, il quale nel 2008 ha ceduto la quota a Poles Daria.

Risulta che alla società Immo.daria s.r.l. è stato venduto nel 2001 l'immobile sito in Eraclea di proprietà di Graziano Poles; nello stesso anno la società Co.immo Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. 12 appartamenti con garage siti in Eraclea; nel 2004 Immobiliare Santa Maria Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. due appartamenti con garage in San Donà di Piave; nel 2006 Esmeralda Srl ha venduto a Immo.daria s.r.l. due appartamenti con garage siti Eraclea; nel 2008 Mare Invest Srl ha venduto a Immo Daria un appartamento con garage in Eraclea; nel 2008 Zucchetto Ornella ha venduto a Immo.daria s.r.l. la propria quota dell'immobile sito in Eraclea.

Gli immobili che Esmeralda Srl e Santa Maria Srl hanno ceduto a Immo.daria s.r.l. stati costruiti a seguito di contratti di appalto stipulati con Sice s.r.l. e Graziano Poles costruzione piscine s.r.l..

Nel 2002 Graziano Poles costruzioni piscine s.r.l. ha stipulato un contratto d'appalto con Steffy Srl (poi Victory s.r.l.) per la costruzione di un albergo; Steffy Srl, quale committente, è divenuta creditrice della somma di euro 1.303.675,87 e di ulteriori a euro 216.139,28 per finanziamento soci ed euro 1.812.233,75 per finanziamenti per cassa. A fronte di tali crediti Graziano Poles costruzioni piscine S.r.l. ottiene € 565.000,00 mentre non risultano pagati gli altri creditori.

La società Sice s.r.l. risulta aver effettuato finanziamenti in qualità di socio della società Santa Maria s.r.l. nel 2003 per euro 1.123.082,00 e di aver ottenuto il rimborso di soli euro 320.000,00 grazie al finanziamento ottenuto da Santa Maria s.r.l. nel 2008 da parte della banca di San Gimignano e San Prospero.

Santa Maria s.r.l. il 5 giugno 2009 ha stipulato con Immo.daria s.r.l. un preliminare di cessione di quote e solo due mesi dopo le parti (amministratore di Santa Maria s.r.l. era Poles Graziano) hanno risolto il contratto con incameramento della caparra da parte di Immo.daria s.r.l. per euro 50.000,00.

Graziano Poles costruzione piscine s.r.l. ha stipulato contratti di appalto con Sice s.r.l. ma, di fatto, la prima, che era priva di personale, ha stipulato contratti di subappalto con imprese di Caserta alle quali ha versato per cassa ingenti somme di denaro (sono in corso accertamenti da parte dell'A-

genza delle entrate sulle imprese di Caserta per emissione di fatture false).

Sice s.r.l., a sua volta, ha ottenuto il denaro necessario per pagare i contratti di appalto stipulati con Graziano Poles costruzione Piscine s.r.l. grazie a fideiussioni prestate da Zucchetto Ornella e Graziano Poles.

La società Immo.daria s.r.l., grazie agli acquisti immobiliari effettuati intercompany, ha ottenuto finanziamenti con cui ha effettuato rimborsi dei finanziamenti soci apparentemente eseguiti da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria benché essi fossero postergati ad altri crediti.

Da tali fatti emerge inequivocabilmente, a giudizio di questa corte, che esisteva una società di fatto tra Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria ove ciascuno dei soci agiva al fine comune di perseguire lo scopo di lucro.

Nessuno dei soci aveva un ruolo meramente passivo, non il Poles che agiva nei confronti dei terzi, e neppure Zucchetto Ornella che amministrava la Victory s.r.l., faceva parte del consiglio di amministrazione di Sice s.r.l. e si era prestata a rilasciare fideiussioni a favore di Graziano Poles Costruzione Piscine s.r.l. e Sice s.r.l. non per solidarietà familiare verso il coniuge ma allo scopo di ottenere i finanziamenti che si sarebbero tradotti in utili per la società di fatto cui corrispondeva il depauperamento delle società garantite; infine un ruolo attivo nella società di fatto ha assunto Poles Daria, la quale non solo è divenuta socia unica della Immo.daria s.r.l. cui sono pervenuti a vario titolo gli immobili, ma ha lucrato euro 50.000,00 in danno della Immobiliare Santa Maria s.r.l. a mezzo della stipula del preliminare del 5.6.2009 risolto soli due mesi dopo; infine, nella qualità di amministratore della società La Piscina s.r.l., ha acconsentito che il padre, dietro il paravento del contratto di associazione in partecipazione, continuasse a gestire l'attività d'impresa della società di fatto.

La società di fatto, dunque, abusando delle società di cui i suoi soci erano pure soci o amministratori, ha consentito la realizzazione di utili che si sono concretizzati, in parte, in immobili trasferiti alla società Immo.daria s.r.l..

Basti pensare che la società Santa Maria s.r.l. ha beneficiato del finanziamento soci da parte di Sice s.r.l. per euro 1.123.082,00 nel 2003 e che ha ceduto ad Immo.daria s.r.l. alcuni tra gli immobili realizzati nel 2004; inoltre Immo.daria s.r.l. ha ritratto l'utile indebito di € 50.000,00 in danno di Immobiliare Santa Maria s.r.l. grazie al contratto preliminare di cessione di quota, poi risolto, stipulato al solo fine di incamerare la caparra.

Graziano Poles ha, verosimilmente, incamerato in proprio ingenti somme apparentemente versate ai subappaltatori e derivanti dai finanziamenti ottenuti da Sice s.r.l. grazie alle fideiussioni prestate da Graziano Poles stesso e da Zucchetto Ornella ben sapendo che le fideiussioni non sarebbero state onorate (gli immobili a loro intestati sono stati ceduti ad Immo.daria s.r.l.).

Risulta, insomma, che Immo.daria Srl è intestataria non solo dei beni immobili pervenuti dalle società del gruppo cui erano state orientate le liquidità ottenute grazie ai finanziamenti alle società fallite ma anche dei beni immobili dei fideiussori Graziano Poles e Zucchetto Ornella i quali,

essendosene spogliati, non hanno potuto pagare in qualità di fideiussori i debiti di Sice s.r.l. e di Graziano Poles costruzioni piscine s.r.l..

E tutta tale attività risulta essere stata svolta a mezzo di una stabile organizzazione costituita dagli immobili del gruppo siti in Eraclea, ove ha sede Immo.daria s.r.l., e, da ultimo, dalla società La piscina Srl, sorta sulle ceneri di Graziano Poles costruzione piscine S.r.l., la quale opera con organizzazione di mezzi anche pubblicitari ed avvalendosi di un timbro che, come è emerso dalle indagini effettuate dalla procura della repubblica, viene utilizzato anche da Poles Graziano.

Il danno esposto dalle procedure istanti, corrispondente ai debiti di natura tributaria e fiscale che costituiscono la maggior parte del passivo, per tutte le ragioni esposte deriva, se non completamente almeno in parte, dall'aver Poles Graziano, quale socio della società di fatto composta anche da Zucchetto Ornella e Poles Daria, agito nell'interesse della società stessa in violazione della corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società di cui egli aveva la direzione ed il coordinamento.

E non si comprende, poi, per quale ragione i reclamanti ravvisano la mancanza della dualità necessaria tra controllato e controllante dal momento che si tratta di rapporti tra una società di fatto (la controllante) e società di capitali (le controllate) laddove peraltro, con riguardo a Sice s.r.l. e Victory s.r.l. la qualità di amministratore neppure fa capo direttamente e formalmente a Graziano Poles.

Per tutte tali ragioni i reclami riuniti vanno rigettati.

Le spese processuali, liquidate come del dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M. - La Corte d'Appello di Venezia, pronunciando in via definitiva nelle cause riunite promosse da Poles Graziano, Zucchetto Ornella e Poles Daria contro il Fallimento di Graziano Poles, della società occulta tra Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles, dei componenti della predetta società Graziano Poles, Ornella Zucchetto e Daria Poles, così provvede:

rigetta i reclami;

condanna i reclamanti in solido a rifondere ai convenuti le spese processuali di questo grado di giudizio, che liquida in euro 5.400,00 per la fase di studio, in euro 2.700,00 per la fase introduttiva ed in euro 6.750,00 per la fase decisoria, oltre agli accessori di legge.

Il fallimento della *holding* (società di fatto) per insolvenza da responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c.

Andrea Zorzi

(Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract Italian courts use various techniques to address misuse of corporate assets, systematic syphoning and extreme opportunistic behaviour by controlling shareholders. In this case, the Court decides that the controlling shareholder and shadow director, his wife and the daughter of the couple, formed a holding partnership. It then uses a new rule on controlling shareholders' liability for wrongful control (article 2497 of the Civil Code) to impose liability on this partnership. Finally, it finds that the partnership is insolvent because of the burden of the debt for damages under article 2497 and hence declares the partnership's bankruptcy. This note addresses the issues arising from this line of reasoning and the dangers of a doctrine which basically transforms liability for damages under article 2497 into a short way to bankruptcy. More specifically, the note examines the conditions which must be met so that the controlling entity can be qualified as an "entrepreneur" under the Italian bankruptcy code and the problem of how to assess damages for wrongful control under article 2497, along with various other miscellaneous issues.

Sommario 1. La vicenda all'esame della corte d'appello. – 2. Il fallimento di chi esercita l'attività di impresa *holding*. – 3. Il debito per danni da direzione e coordinamento e la sua riferibilità alla persona fisica. – 4. Un passo indietro: attività di direzione e coordinamento e impresa *holding*. – 5. La legittimazione ex art. 6 l. fall. del creditore di credito illiquido e la tutela dei fallendi (e falliti). – 6. Altre questioni: l'accertamento dell'*affectio societatis*. Il decorso del termine annuale ex art. 10 l. fall. per le società non iscritte. – 7. Conclusioni.

1 La vicenda all'esame della corte d'appello

La corte d'appello conferma la decisione con cui il tribunale di Venezia aveva dichiarato il fallimento della società di fatto che svolgeva attività di *holding* su una serie di società di capitali fallite¹. Si tratta di una decisione che si inserisce in una crescente corrente volta a sanzionare dei comportamenti genericamente definibili di "abuso della personalità giuridica" (con tutte le ambiguità connesse a tale espressione); abuso normalmente in danno di una specifica categoria di creditori, ovvero il fisco e gli enti previdenziali. La tecnica di repressione, come si vedrà, pur avendo dei pregi, suscita dei problemi che dovrebbero indurre a farne un uso molto attento.

Ringrazio Lorenzo Stanghellini.

1 La sentenza del Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, è pubblicata in *Società*, 2013, p. 84 (solo m.) e in *Fallimento*, 2013, p. 125 (solo m.) nonché in *Il Fallimentarista*, 24 maggio 2013.

Nel caso specifico, i curatori fallimentari di tre società partecipate e amministrate dalle stesse persone – l'imprenditore, sua moglie e una dipendente delle società –, affermando la sussistenza di un credito delle rispettive procedure per il danno da abuso di direzione e coordinamento, chiedono che sia dichiarato il fallimento dell'imprenditore stesso come *holding* persona fisica nonché della società occulta o di fatto costituita dall'imprenditore, la moglie e la figlia. L'intento finale parrebbe quello di aggredire il patrimonio delle società immobiliari di famiglia, nelle quali era confluito il patrimonio familiare e le cui quote erano state donate dai genitori alla figlia. Il tribunale si era trovato dinanzi a una storia di fallimenti pregressi e – stando a quanto risulta dalla motivazione – a molteplici atti sintomatici della confusione tra le diverse società, sia dal punto di vista patrimoniale, sia dal punto di vista amministrativo (l'imprenditore interviene sistematicamente, in carenza di poteri, per firmare per società di cui non era formalmente investito di alcuna carica); di atti apparentemente distrattivi che, se esistenti, integrerebbero pacificamente fattispecie di bancarotta fraudolenta.

La particolare configurazione data alla vicenda nelle domande di estensione dei fallimenti (almeno da quanto risulta dalla decisione di primo grado) influisce sul percorso argomentativo della sentenza di fallimento. Essa, infatti, si fonda – così espressamente nel dispositivo – sull'art. «147, comma 4° e 5°» della legge fallimentare: il tribunale accerta lo svolgimento dell'attività di *holding* riferita a un imprenditore individuale “palese” (il signor Poles) e ne accerta l'insolvenza (in virtù del debito risarcitorio da attività di direzione e coordinamento, come si vedrà), dichiarandone conseguentemente il fallimento. Successivamente (dal punto di vista logico), accerta che in realtà l'attività del signor Poles non è riferibile a lui come imprenditore individuale, ma a una società occulta composta da lui, da un lato, e dalla moglie e alla figlia, dall'altro, come socie occulte della società occulta. Accertata, infine, l'insolvenza anche della società occulta, sempre in virtù del medesimo credito, dichiara il fallimento della società e, per effetto di esso, dei soci (Poles, moglie e figlia).

La sentenza della corte d'appello, invece, non si incentra specificamente sui co. 4 e 5 dell'art. 147 l. fall. e il risultato è una motivazione più lineare. Come si vedrà, essa si limita ad accertare lo svolgimento di attività d'impresa (attività di *holding*) in capo a una società di fatto (non quindi a una società occulta) composta dai tre membri della famiglia, pur con qualche “ritorno” alla condotta di Poles come unica condotta con rilevanza esterna, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

Sul debito da cui origina l'insolvenza le decisioni sono succinte e affrontano il tema soprattutto dal punto di vista della legittimazione dell'istante, ma esso è comunque presente nella discussione. Non così, invece, per il requisito dell'organizzazione, che sembra del tutto assorbito nella nozione di professionalità. Sui due temi si tornerà subito.

2 Il fallimento di chi esercita l'attività di impresa *holding*

Il percorso logico che conduce alla dichiarazione di fallimento della holding-società di fatto richiede, preliminarmente, la qualificazione dell'attività svolta dalla persona (o dalle persone) al centro della costellazione di società² non come attività di mera detenzione di partecipazioni, ma come attività di gestione attiva delle partecipazioni e, come tale, attività d'impresa³.

In secondo luogo, eventualmente, è necessario ricondurre l'attività di *holding* svolta alla società di fatto composta dalle persone fisiche⁴.

In terzo luogo, è necessario individuare il debito di cui debba rispondere chi esercita l'impresa *holding* (imprenditore individuale o società); debito che, nel caso di specie, è individuato nel debito da «violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria» da parte di chi esercita l'impresa *holding* (imprenditore individuale o società), sul necessario presupposto (ritenuto in questo caso esistente) che chi esercita l'impresa *holding* stia anche esercitando attività di direzione e coordinamento⁵.

A questo punto, se viene accertata l'insolvenza della società di fatto che esercita l'attività di *holding*, diviene inevitabile dichiarare il fallimento di chi esercita l'impresa *holding*, imprenditore individuale o società e, in quest'ultimo caso, dei suoi soci illimitatamente responsabili.

Difficilmente si sarà, peraltro, in presenza della situazione disciplinata dall'art. 147, co. 5, l. fall., secondo cui si procede alla dichiarazione di falli-

2 Questa "costellazione" può costituire un vero e proprio gruppo di società o, invece, essere un cosiddetto "gruppo informale", in cui non vi è una società capogruppo e, invece, tale ruolo è svolto da una o più persone fisiche tra loro collegate da rapporti di natura personale.

3 Sul punto v. anche *infra*, par. 3.

4 Circa la *holding* persona fisica o società di fatto in giurisprudenza v. Cass. 9 agosto 2002, n. 12113; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 (caso Caltagirone), edita in moltissimi luoghi (v. per alcuni la nt. 15) nonché di recente, sia pur senza grande approfondimento, Cass., S.U., 29 novembre 2006, n. 25275 e Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fall.*, 2011, p. 565, con nota di SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento* (ivi riferimenti, spec. a p. 569).

Nella giurisprudenza di merito v. le recenti decisioni del Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in *Eutekne*, con nota di FIMMANÒ, *Sulla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento* (caso Fondiaria SAI / Ligresti); Trib. Torre Annunziata, 18 marzo 2013, in *ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 8698 (2013); Trib. Milano, 11 aprile 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1229, con nota di MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto* (caso Lele Mora); Trib. Ancona, 10 agosto 2009 e App. Ancona, 5 marzo 2010, entrambe in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 633, con nota di PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della holding individuale* (ove condivisibili critiche al criterio dell'imputazione delle obbligazioni sociali delle controllate alla *holding* e ove - v. p. 648, nt. 2 e 3, ulteriori riferimenti); App. Napoli, 24 gennaio 2012, in *Il Fallimentarista*, 8 novembre 2012; App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, p. 169, con nota di PENTA, *La fallibilità dell'holder persona fisica*.

5 Il debito potrebbe essere anche di diversa natura: per esempio, e tipicamente, per fidejussioni e altre garanzie rilasciate in favore di società del "gruppo".

mento dei soci illimitatamente responsabili «*qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile*», perché molto raramente vi sarà una espressa auto-attribuzione della qualificazione di imprenditore individuale da parte di una persona fisica che svolge l'attività di *holding*. Normalmente, invece, la qualificazione dell'attività come di tipo imprenditoriale sarà effettuata dal giudice indipendentemente dalla presenza di indici formali che possano indurre a una "pre-valutazione" nel senso dell'attività svolta dall'imprenditore individuale, cui poi consegua il diverso accertamento di cui all'art. 147, co. 5, l. fall.⁶. Di conseguenza, il giudice, rilevato lo svolgimento di attività imprenditoriale da parte di alcune persone, procederà direttamente all'imputazione di quest'attività alla società di fatto da loro costituita, contestualmente rilevando l'esistenza, appunto, di una società di fatto (che in tanto esiste in quanto sia svolta attività imprenditoriale)⁷. In altri termini, il giudice procederà non a "estendere" il suo accertamento dall'imprenditore individuale alla società, ma ad accertare l'esistenza di una società di fatto⁸; la cognizione del giudice si dovrà svolgere in una sorta di zona ambigua tra accertamento dell'esistenza di una società di fatto (che richiede, perché possa esservi società, l'esercizio in comune dell'attività d'impresa) e accertamento dell'esercizio dell'attività d'impresa stessa⁹.

La sentenza di primo grado e quella d'appello seguono, sul punto, impostazioni in parte differenti, come si è accennato sopra. Il tribunale parte dall'idea che vi sia un imprenditore individuale che si manifesta all'esterno in quanto tale, ma che nasconde però, dietro di sé, una società occulta, composta di moglie e figlia dell'imprenditore. Di conseguenza, il tribunale si trova nella necessità di giustificare l'imputabilità anche a una persona fisica (l'imprenditore individuale, appunto) del danno da direzione e co-

6 Come accade, invece, nel caso - normale nella prospettiva dell'art. 147, co. 5, l. fall. - in cui vi sia un imprenditore individuale regolarmente iscritto nel registro delle imprese ma poi emerga che, in realtà, egli è socio di una società occulta.

7 Com'è noto, la legge si riferisce, in realtà, allo svolgimento di attività «economica» (art. 2247 c.c.), ma la dottrina conviene sul fatto che i casi di società senza impresa siano del tutto marginali: v. per es. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁸, Torino, 2014, p. 11 ss.

8 La non sempre facile distinguibilità tra il procedere in base al co. 5 o, invece, al co. 1 dell'art. 147 l. fall. si pone anche in tema di fallimento della società di fatto cui partecipino società di capitali (v. *infra* nel testo, nonché nt. 13; e v. le notazioni di DELL'OSSO, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 322 ss., partic. p. 331 ss.

9 V. anche Trib. Torre Annunziata, 18 marzo 2013, cit.: «*per dimostrare la sussistenza di una holding di fatto è sufficiente la prova dell'esistenza di un'organizzazione semplice e rudimentale, e ciò in quanto la holding svolge un'attività che si esplica in sostanza nella sola predisposizione delle linee pianificatorie strategiche e nella loro comunicazione alle società satellite*».

ordinamento¹⁰. Il tribunale aggiunge poi, quasi *ad abundantiam*, che «[l]a questione perde comunque, in questo caso, rilevanza, una volta configurata l'esistenza della società di fatto, holding occulta del gruppo».

La corte d'appello, pur intrattenendosi anch'essa sulla questione della possibile imputabilità del danno da direzione e coordinamento alla persona fisica, fa leva prevalentemente sulla circostanza che l'attività di *holding* sarebbe stata svolta dalla società di fatto, con ciò riconducendo la posizione della società di fatto pacificamente nell'alveo dei soggetti, non persone fisiche, potenzialmente responsabili *ex art.* 2497 c.c. Si registra peraltro qualche sbavatura, quando la sentenza si riferisce all'attività svolta dalla persona fisica come attività svolta «*quale holder individuale*» che si è però «*avvalso dello strumento della società di fatto*», un “avvalersi” che riecheggia semmai un rapporto di mandato (la figlia come mandataria) e non sembra compatibile con la presenza di *affectio societatis*¹¹; e anche dal punto di vista fattuale la decisione si incentra sul compimento di atti in nome proprio da parte della persona fisica-imprenditore individuale¹².

Vale, infine, la pena di ricordare che, sebbene dal punto di vista concettuale vi sia una chiara distinzione tra esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (da parte di una persona fisica o di una società di fatto) su una o più società (come nel caso di specie) da un lato e, dall'altro, l'esistenza di una società di fatto tra quelle persone fisiche e le società del “gruppo”, le condotte che danno luogo a pronunce di un tipo o dell'altro sono sovente analoghe. Per reprimere tali condotte – di abusiva commistione di patrimoni, trasferimenti da una società all'altra al fine di pregiudicare i creditori, e simili –, infatti, la giurisprudenza, specie dopo la riforma del diritto societario, che ha ammesso in linea generale la possibilità che una società di capitali sia socia di società di persone (art. 2361 c.c.), ricorre talvolta alla figura della “super-società di fatto”, ovvero sia a una società di fatto tra le società e le persone fisiche che le dominano. Si tratta peraltro di una figura che presenta significativi problemi, fra cui quello per cui è difficile scorgere l'*affectio societatis* in una società che viene dominata e usata come strumento (per perpetrare abusi) dalle persone fisiche che la controllano¹³.

10 Sul punto v. *infra*, par. 3.

11 Sul punto v. un cenno *infra*, par. 6.

12 V. per es. il paragrafo (non numerato) in cui la sentenza in commento si intrattiene sui requisiti per la configurabilità della *holding* personale.

13 Sulla super-società di fatto v., anche per ampi riferimenti, FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fall.*, 2009, p. 90 ss. nonché FIMMANÒ, *Art. 2497, commi 3-4*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2012, pp. 144-156 (ove considerazioni sul carattere contermino dei rimedi della responsabilità risarcitoria da abuso e del fallimento della super-società di fatto); più in generale ABETE, *L'insolvenza del gruppo e nel gruppo*, in

3 Il debito per danni direzione e coordinamento e la sua riferibilità alla persona fisica

Nel loro percorso argomentativo il tribunale e la corte d'appello affrontano diverse questioni, alcune delle quali per nulla pacifiche. In primo luogo, e condivisibilmente, il tribunale e la corte (nel caso della corte si è però visto trattarsi di argomento secondario) escludono che vi sia alcun limite alla possibilità di configurare un'attività di direzione e coordinamento in capo alla persona fisica, come alcuni argomentano dal testo dell'art. 2497 c.c. (che si riferisce a «società od enti»), indipendentemente dall'intento del legislatore storico (che così cambiò l'espressione "chi", che sicuramente comprendeva anche le persone fisiche)¹⁴.

In realtà, dal testo dell'art. 2497 c.c. si poteva, al limite, dedurre l'impossibilità di configurare una *responsabilità* da abusiva direzione e coordinamento in capo alla persona fisica, non certo l'impossibilità che una persona fisica potesse esercitare attività di direzione e coordinamento: la giurisprudenza è, come si è riferito, saldamente nel senso della piena ammissibilità di una persona fisica-*holding* (e della sua possibile soggezione al fallimento, in quanto imprenditore). Il tribunale deve però intrattenersi sul punto perché l'insolvenza, nel caso di specie, derivava proprio dall'impossibilità di fare fronte al debito risarcitorio da abuso di attività di direzione e coordinamento. In altri termini, se non fosse stato applicabile l'art. 2497 c.c., allora - se si fosse seguito il ragionamento del tribunale,

Fall., 2009, p. 1111 ss. In giurisprudenza v. di recente Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Società*, 2014, p. 816, con nota di ATTANASIO, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63, con nota di GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria* (l'A. - p. 64 - evidenzia il rischio che il ricorso eccessivo a questa figura comporti «un pericoloso spostamento dell'asse del sistema dei rimedi dalla responsabilità "risarcitoria" alla responsabilità "patrimoniale"»); Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, p. 392, con nota di HAMEL, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; App. Catanzaro, 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 433, con nota di SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?* (nella nota - pp. 440-444 - v. le considerazioni sul problema della compatibilità della configurazione di una società di fatto cui partecipi una società di capitali e la disciplina delle partecipazioni ex art. 2361 c.c.). V. anche Trib. Bari, 20 novembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 319, con nota di DELL'OSSO, *cit.* (solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, co. 5, l. fall., per non prevedere la possibilità di estendere il fallimento alla società occulta e ai suoi soci quando l'imprenditore che appare all'esterno non è un «imprenditore individuale», come recita testualmente la norma, ma una società).

14 Sul tema della responsabilità da direzione e coordinamento v. in particolare VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011 e BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012 (entrambi favorevoli alla responsabilità della persona fisica-*holding*); v. poi specificamente sul tema PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 105 ss.; FIMMANÒ, *Art. 2497, commi 3-4, cit.*

basato sull'individuazione di un imprenditore individuale e solo poi di una società occulta, in applicazione dell'art. 147, co. 5, l. fall. - non vi sarebbe stato un credito della massa dei creditori delle controllate verso la *holding* e, quindi, non solo non vi sarebbe stata legittimazione dei curatori istanti, ma neppure insolvenza. La corte d'appello, invece, osserva che la preoccupazione è irrilevante, una volta ricondotta l'attività di direzione e coordinamento alla società di fatto (con un fallimento, quindi, dichiarato ai sensi del co. 1, non 5, dell'art. 147 l. fall.).

I giudici di Venezia, dunque, fanno applicazione della giurisprudenza che si può ormai dire consolidata, sia di legittimità, sia di merito, questa volta con una particolarità in grado di superare uno dei più gravi limiti della tesi secondo cui l'attività di *holding*, essendo attività d'impresa, può condurre al fallimento di chi esercita tale attività, se insolvente.

Il problema che si aveva nella declaratoria di fallimento della *holding* era l'individuazione di *quali fossero* i debiti di cui la *holding* dovesse rispondere: e questi venivano individuati in quelli assunti direttamente dalla *holding* (persona fisica), e così debiti per garanzie, per versamenti, ecc.; tanto che si chiedeva che l'attività della *holding* fosse svolta *in nome proprio* della *holding*, circostanza molto difficile a verificarsi.

Il fallimento, essendo solo uno strumento per l'attuazione della responsabilità, non migliorava la condizione dei creditori delle società dominate se non nella misura in cui, facilitando l'attuazione della responsabilità patrimoniale per quei creditori verso cui la *holding* fosse coobbligata, venisse "alleggerito" il passivo fallimentare delle società dominate.

Qui la situazione è diversa. L'art. 2497 c.c. offre lo strumento per far "risalire" la responsabilità patrimoniale al livello superiore, ovviamente nei limiti in cui ricorrano i presupposti della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento. Questo consente di incrementare il patrimonio destinato ai creditori delle società controllate per effetto del sorgere di un credito risarcitorio verso chi ha esercitato, abusandone, attività di direzione e coordinamento, arrecando pregiudizio a questi creditori.

4 Attività di direzione e coordinamento e impresa *holding*

È evidente, però, che l'attuazione della responsabilità non richiede necessariamente il fallimento di chi, esercitando attività di direzione e coordinamento, sia debitore del credito risarcitorio. Si pone qui la necessità di distinguere tra mera attività di direzione e coordinamento, quale inerente all'esercizio delle prerogative del socio di controllo, e svolgimento dell'attività di *holding*, che è attività d'impresa, in quanto svolta professionalmente e in modo organizzato; in difetto, se qualsiasi attività di direzione e coordinamento fosse da considerarsi, anche se svolta da una persona fisica, un'attività d'impresa (in quanto attività di gestione di partecipazio-

ni), allora dovrebbe discendere che, sussistendo i requisiti dimensionali, qualsiasi persona fisica potrebbe astrattamente essere dichiarata fallita per il solo fatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Il discrimine verrebbe affidato solo al requisito dell'insolvenza, anziché incentrarsi sui requisiti propri per qualificare l'attività come d'impresa.

Ma questo ragionamento (che pur sembra leggersi tra le righe della sentenza di primo grado), non può essere seguito, pena la quasi inevitabile sovrapposizione tra il piano della responsabilità *ex art.* 2497 c.c. e quello della "imprenditorialità" e, quindi, fallibilità.

È necessario, quindi, distinguere tra diverse graduazioni nella qualificazione della persona fisica al vertice di un "gruppo":

- (a) se vi è mero controllo, ma non attività di direzione e coordinamento, non vi è né impresa (né quindi fallibilità) né possibile responsabilità *ex art.* 2497 c.c.;
- (b) se vi è attività di direzione e coordinamento, ma nulla di più, si è probabilmente al di fuori dell'ambito dell'impresa ma si è nel campo di applicazione dell'*art.* 2497 c.c.: con conseguente possibile responsabilità, ma senza soggezione al fallimento;
- (c) se vi è attività di *holding*, in quanto l'attività di direzione e coordinamento è svolta in modo organizzato e professionale, vi è impresa¹⁵, e vi può essere anche responsabilità *ex art.* 2497 c.c., con possibile soggezione al fallimento qualora vi sia insolvenza, che può derivare da (i) obbligazioni assunte in proprio dalla *holding* (es., garanzie, finanziamenti) o di cui debba comunque rispondere; (ii) danni di cui la *holding* debba rispondere *ex art.* 2497 c.c. (o ad altro titolo).

Con riguardo a quest'ultimo caso, diviene essenziale individuare il carattere organizzato dell'attività svolta dalla persona, o dalle persone, che svolgono l'attività di direzione e coordinamento. Si tratta di un aspetto al quale non è dedicato speciale approfondimento né da parte della sentenza in commento né da quella di primo grado da essa confermata. Si fa riferimento a un'attività svolta per mezzo delle strutture societarie dominate¹⁶,

15 Sulla definizione dell'attività di *holding* di partecipazioni e sulla riferibilità dell'attività a una persona fisica v. i diversi commenti alla sentenza sul caso Caltagirone (cfr. nt. 2) e in particolare quelli di GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401 ss.; LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 552 ss., partic. pp. 556-557; RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366 ss.; v. poi GLIOZZI, *Holding e attività imprenditoriale*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 522 ss.; DE ANGELIS, *L'impresa holding, l'impresa di gruppo o il gruppo di imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 417 ss., ivi a pp. 428-431.

16 La sentenza di primo grado tocca la questione degli strumenti per l'esercizio dell'attività in due punti, senza che emerga mai espressamente il tema dell'organizzazione: essa riferisce

diversamente da quanto accadde proprio nel caso Caltagirone, in cui l'elemento dell'organizzazione in capo a chi esercitava l'attività di *holding* era stato positivamente accertato¹⁷; e anche nella giurisprudenza successiva si fa riferimento alla necessità di una «*stabile organizzazione*»¹⁸.

I giudici di Venezia ritengono, dunque, che ricorra il caso (c), e si sia quindi in presenza di una vera e propria attività imprenditoriale riferibile a una società di fatto (o a un imprenditore e a una società occulta) e che questa sia insolvente, con conseguente dichiarazione di fallimento della società e dei suoi soci. Si tratta di una soluzione molto invasiva ma, in generale, apprezzabile, perché consente di offrire protezione ai creditori pregiudicati dalle distrazioni infragruppo e dalle altre operazioni di "spostamento" dei guadagni verso l'alto che lasciano le perdite nelle controllate e, più in generale, da tutti i comportamenti pregiudizievoli posti in essere dalla capogruppo. I naturali destinatari sono soprattutto i creditori che non sono in grado di tutelarsi al meglio da sé e, tra questi, soprattutto i creditori fiscali e previdenziali, le cui pretese nascono in base alla legge e non da atti volontari¹⁹.

Nel caso in commento, il tribunale aveva quantificato il danno – sia ai fini del vaglio della legittimazione degli istanti, sia ai fini dell'accertamento dell'insolvenza della società di fatto-*holding* – in misura pari ai passivi

del fatto che «[l]a prosecuzione dell'attività imprenditoriale di Graziano Poles e l'attività di direzione e controllo dello stesso e della holding occulta si sono realizzate tramite l'utilizzazione di una serie di società» e poi, analogamente, «attraverso l'articolato complesso di mezzi delle società del gruppo, che il Poles, di diritto o di fatto, per la maggior parte amministrava, disponendo delle società e dei loro conti come un unicum indistinto, e di cui spende anche il nome». La sentenza d'appello affronta, invece, il tema espressamente, ma anche qui sembra accontentarsi dell'uso delle strutture delle società eterodirette («tale attività risulta essere stata svolta a mezzo di una stabile organizzazione costituita dagli immobili del gruppo siti in Eraclea, ove ha sede Immo.daria s.r.l., e, da ultimo, dalla società La piscina Srl, sorta sulle ceneri di Graziano Poles costruzione piscine S.r.l., la quale opera con organizzazione di mezzi anche pubblicitari ed avvalendosi di un timbro che ... viene utilizzato anche da Poles Graziano»).

17 Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., nel riferire il contenuto della sentenza d'appello rileva che questa aveva accertato «l'esistenza di organizzazioni personali del tutto indipendenti dagli apparati amministrativi e produttivi delle società di capitali, organizzazioni che, sul piano strutturale, traevano la loro autonomia dall'appartenenza esclusiva ai singoli falliti dei fattori materiali e dalla dipendenza diretta dagli stessi del personale con mansioni amministrative e tecniche»; la Corte ritiene, nell'esame dei ricorsi, che «[dovesse] darsi per ammesso che ciascuno dei due fratelli disponesse di un'organizzazione stabile, di mezzi e di persone [...], organizzazione di cui ciascuno del sig.ri Caltagirone si avvaleva per lo svolgimento di una serie di attività elencate nella sentenza della Corte di merito».

18 Così per es. Cass., S.U., 29 novembre 2006, n. 25275, cit., sia nella massima sia nella motivazione.

19 Nella sentenza in commento, peraltro, si fa riferimento alle «banche che avevano concesso finanziamenti dietro prestazione di fidejussioni [dei tre "soci di fatto"], rivelatisi poi essere privi di beni immobili per averli ceduti» a una delle società eterodirette, di cui la figlia era unica socia: situazione, questa, nella quale il sistema revocatorio parrebbe approntare una tutela più che sufficiente, persino in assenza di insolvenza.

fallimentari delle società ricorrenti, con una valutazione che non è oggetto di peculiare attenzione da parte della corte. Questo criterio di commisurazione del danno riecheggia quello adottato dalla vecchia giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori e, come non era condivisibile in quella sede (ed è stato superato dall'evolversi della giurisprudenza)²⁰, così non lo è in questa. Il danno, infatti, dovrebbe essere pari (*a*) a quella parte di passivo che non sia stato possibile pagare per effetto delle distrazioni e degli spostamenti patrimoniali illegittimi (non solo ovviamente mediante spostamento di denaro, ma anche mediante - per esempio - l'uso di personale delle controllate a vantaggio e per il profitto della *holding* o di altre società del gruppo) e, forse, (*b*) anche il danno da aggravamento del passivo²¹.

5 La legittimazione ex art. 6 l. fall. del creditore di credito illiquido e la tutela dei fallendi (e falliti)

Un problema solo marginalmente affrontato nella decisione, e che è invece centrale, specie in combinazione con il profilo della tutela dei fallendi, è quello della legittimazione ad agire delle curatele delle società eterodirette. Il curatore della società eterodiretta, infatti, si legittima in questo caso in base a una pretesa risarcitoria, un credito cioè illiquido e, per definizione contestato. La sussistenza della legittimazione ad agire ex art. 6 l. fall. del titolare di un credito contestato è conclusione prevalente in giurisprudenza, ma che merita un esame attento, in considerazione del venir meno dell'iniziativa officiosa. L'abolizione dell'iniziativa d'ufficio ha, infatti, reso di grande importanza l'accertamento del credito del ricorrente: nel caso il credito sia ritenuto insussistente, viene meno la legittimazione e, anche se ci fosse insolvenza, il fallimento non potrebbe essere dichiarato²². Vi è

20 Per una panoramica sulla giurisprudenza in materia v. ARATARI, IANNACCONE, in ARATARI, IANNACCONE, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, Torino, 2013, p. 183 ss.

21 V. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 51 ss., sulla possibilità di coinvolgere la società che esercita direzione e controllo nella responsabilità per l'aggravamento del dissesto (ivi considerazioni sulla responsabilità per *wrongful trading*); sul danno ex art. 2497 c.c., con particolare riguardo al caso dell'azione esercitata dal curatore fallimentare (e ai rapporti con l'azione dei soci) v. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395 ss., partic. pp. 418-421 e 427-428. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore.

22 Sulla necessità di accertare l'esistenza del credito ai fini del vaglio della legittimazione a chiedere il fallimento, v. Cass., 4 luglio 2013, n. 16751 (parzialmente *obiter*, perché era venuto meno lo stesso creditore istante, essendosi cancellata la società ricorrente dal registro delle imprese); Cass., S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521 (sufficiente l'accertamento incidentale del

un rischio – una cui possibile materializzazione traspare anche nelle sentenze del caso in commento, specie con riguardo alla posizione della figlia dell'imprenditore, per quanto è possibile evincere dalle decisioni – che il fallimento divenga una scorciatoia che eviti delicati accertamenti di fatto²³.

credito da parte del giudice, «*all'esclusivo scopo di accertare la legittimazione dell'istante*»: caso di credito di una banca per mutuo fondiario, contestato in giudizio da parte del debitore; la sentenza è nota soprattutto per le sue affermazioni in tema di concordato preventivo); Cass., 18 novembre 2011, n. 24309 (la circostanza che il creditore ricorrente avesse ottenuto un sequestro conservativo non è di per sé sufficiente; nel caso di specie, si trattava di una allegata responsabilità per danni da rovina di edificio ex art. 1669 c.c.); Cass., 11 febbraio 2011, n. 3472, in *Fall.*, 2011, p. 1193, con nota di ROLFI, *Accertamento del credito e legittimazione attiva* (afferma esplicitamente la rilevanza, ai fini della legittimazione, anche di crediti non liquidi né esigibili; nel caso di specie, si trattava però dell'azione di regresso dei fideiussori, non di crediti risarcitori); Cass., 18 novembre 2010, n. 23338. Nella giurisprudenza di merito Trib. Monza, 8 maggio 2012 in *ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 7181 (2012); Trib. Torino, 8 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 235 (solo m.) (legittimazione del socio di s.n.c. ancora non escusso, in considerazione del possibile credito di regresso). Si confronti questa giurisprudenza per es. con Cass., 24 maggio 1968, n. 1585, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1844, secondo cui si può prescindere dall'accertamento della reale esistenza del credito vantato dall'istante poiché il fallimento può pur sempre essere dichiarato d'ufficio.

Si noti che i casi giurisprudenziali in cui si afferma la legittimazione del creditore di crediti illiquidi o inesigibili hanno riguardo a crediti non liquidi né esigibili, ma comunque di fonte contrattuale. La sufficienza di un credito inesigibile non è, peraltro, unanimemente condivisa: v. per es. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 36 ss. In giurisprudenza v. Trib. Cagliari, 4 gennaio 2010, in *ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 2257 (2010) (caso in cui era pendente il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo chiesto e ottenuto contro la società fallenda); e v. AULETTA, *Articolo 6*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, Artt. 1-63, p. 124 ss., circa il fatto che il concetto di "legittimazione" del creditore ex art. 6 l. fall. è diverso da quello del giudizio civile, nel quale è sufficiente la mera affermazione della titolarità del diritto, occorrendo un accertamento del tribunale sul punto; in senso analogo FABIANI, *Artt. 6-7*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, Fabiani, Bologna, 2006, I, pp. 110-112; CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Il fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli, Jorio, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, Torino, 2009, p. 153 ss. Diversamente per es. ROLFI, *cit.*, p. 1197 ss., il quale, pur affermandosi consapevole della necessità di distinguere la legittimazione ex art. 6 l. fall. dalla legittimazione dell'attore nel processo civile, in realtà manifesta il convincimento che sia sufficiente che il creditore fornisca un *fumus* del suo credito per affermarne la legittimazione; soluzione probabilmente accettabile, e pragmatica, per evitare che la contestazione del credito dell'istante possa fornire una facile difesa per il fallendo, ma che non si attaglia allo stesso modo ai casi in cui il credito sia del tutto illiquido e litigioso com'è quello per risarcimento del danno ex art. 2497 c.c.

23 In materia di azione revocatoria ordinaria (per il parallelismo con la legittimazione ex art. 6 l. fall. v. anche FABIANI, *op. cit.*, p. 111) è noto che, fino alla decisione di Cass., S.U., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2267, si fronteggiavano l'indirizzo secondo cui, nel caso l'attore fosse titolare di un credito litigioso, era necessario sospendere l'azione revocatoria ex art. 295 c.p.c. fino all'accertamento definitivo del credito, e quello – poi prevalso, con apprezzabile ragionevolezza – secondo cui l'accertamento del credito poteva essere fatto in via incidentale. La giurisprudenza (v. Cass., 14 settembre 2007, n. 19289) però, afferma la natura intrinsecamente condizionale all'esistenza del credito dell'accoglimento dell'azione revocatoria e prende in espressa considerazione l'ipotesi in cui, a seguito del vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, il preteso creditore soccomba invece nel giudizio di accertamento del suo credito: non solo l'azione revocatoria diviene inutile, perché manca il

In un contesto di crediti illiquidi di questo tipo, si porrà poi un non trascurabile problema di tutela dei falliti, posto che l'accertamento del credito avverrà in sede di insinuazione nel passivo: la difesa del patrimonio fallimentare sarà quindi affidata a persone nominate normalmente dallo stesso tribunale che ha dichiarato il fallimento sulla base dell'accertamento della sussistenza di quei crediti.

È un problema comune a ogni accertamento del credito, ma che diventa molto più grave per crediti che richiedono indagini di grande complessità e delicatezza, in cui una difesa tecnica e un vero contrasto di interessi (difficile a riscontrarsi tra curatori nominati dal medesimo tribunale) possono incidere in maniera determinante sull'esito della lite (si pensi soltanto alla possibile prova dei "vantaggi compensativi"). Il limitatissimo intervento del fallito (che «*può chiedere di essere sentito*» in sede di udienza di verifica, ai sensi dell'art. 95, co. 4, l. fall., e che non può impugnare l'ammissione dei crediti)²⁴ non è certo un presidio sufficiente. La struttura stessa del procedimento - anche in fase di opposizione o impugnazione dei crediti ammessi - è poi di per sé inadatta a liti che richiedono una istruttoria complessa, che può richiedere non solo una quasi obbligatoria consulenza tecnica d'ufficio, ma anche l'assunzione di prove costituende.

credito in base al quale procedere ad esecuzione, ma le spese di lite eventualmente liquidate in favore del creditore agente in revocatoria devono essere restituite. Non accadrebbe nulla di tutto questo, invece, se dopo la dichiarazione di fallimento emergesse che il credito, in realtà, non esiste: il debitore, all'unica condizione che fosse al tempo insolvente, rimarrebbe fallito. Ciò dimostra che, ancorché incidentale, l'accertamento del tribunale in sede di istruttoria prefallimentare deve essere pieno.

24 La giurisprudenza esclude che la mancata previsione di un potere in capo al fallito di impugnare i crediti ammessi al passivo sia costituzionalmente illegittima, in considerazione dell'efficacia meramente endofallimentare dell'accertamento (efficacia ora espressamente sancita dall'art. 96, co. 6, l. fall.): v. Cass. 13 settembre 2006, n. 19653, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1856, con nota di FABIANI, *Accertamento del passivo: la partecipazione del fallito al nuovo procedimento* e in *Fall.*, 2007, p. 287, con nota di FERRI, *Il fallito nella nuova disciplina della verifica dei crediti: esclusione di poteri processuali di proporre domande ed eccezioni, difetto di legittimazione all'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo* (nella nota di FABIANI, *cit.*, redatta quando era in vigore l'art. 99 l. fall. così come riformulato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e prima della sua ulteriore modifica ad opera del "decreto correttivo", d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 - formulazione che prevedeva la notificazione dell'impugnazione anche al fallito - alcune osservazioni sul mutamento del quadro normativo complessivo con riguardo alla posizione del fallito nell'accertamento del credito); la sentenza conferma la validità della giurisprudenza costituzionale anteriore (cfr. Corte cost., 29 aprile 1992, n. 205; Corte cost., 13 luglio 1984, n. 222); in termini analoghi, con riguardo alla carenza di legittimazione a proporre ricorso per cassazione, Cass., 25 marzo 2013, n. 7407 (ord.); Cass., 29 marzo 2012, n. 5095. Anche queste due decisioni si richiamano a quei precedenti, pur in un contesto istituzionale ormai significativamente diverso da quello nel quale erano maturate le pronunce della Corte costituzionale.

6 Altre questioni: l'accertamento dell'*affectedio societatis*. Il decorso del termine annuale ex art. 10 l. fall. per le società non iscritte

Si è accennato poco sopra che un profilo non pienamente soddisfacente della decisione in commento riguarda l'accertamento del vincolo sociale in capo alla figlia. Mentre i coniugi condividevano incarichi di amministrazione e partecipazioni sociali, la figlia entrò nel "sistema" di famiglia, a quanto si legge nelle sentenze, solo come socia delle due società in cui erano stati fatti confluire gli attivi delle società del gruppo, nonché come amministratrice di una di queste due. Pur nei limiti di quanto emerge dalla sentenza, non sembra potersi escludere che la figlia si fosse lasciata coinvolgere in virtù di *affectedio familiaris*²⁵ piuttosto che *societatis*, come richiesto dalla costante giurisprudenza, anche in considerazione della sua giovane età (da questo punto di vista, non si comprende perché invece non vi sia stato esame delle posizioni delle due impiegate, apparentemente, in base alla lettura della sentenza, ben più coinvolte della figlia nella gestione del gruppo)²⁶. Ovviamente, l'esclusione dal fallimento non avrebbe pregiudicato la possibilità di agire contro la stessa sia in base all'art. 2497, co. 2, c.c. (secondo cui «[r]isponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio»), sia con gli ordinari strumenti per consentire il recupero alla garanzia dei creditori della *holding* padre-madre anche dei beni fuoriusciti dal loro patrimonio e andati in favore della figlia²⁷.

La sentenza in commento, infine, aderisce all'orientamento giurispru-

25 Se non per timore reverenziale nei confronti del padre, come tuttora talvolta accade in alcuni contesti socio-culturali; onde il tribunale avrebbe dovuto verosimilmente indagare anche sugli effettivi rapporti tra genitori e figlia (indagine, invece, inutile in un contesto di responsabilità civile, nel quale la mera colpa è sufficiente).

26 In generale sull'accertamento dell'esistenza di una società di fatto v. MARULLI, *Il contratto di società di persone*, in *Le società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, Torino, 2014, pp. 242 ss., ove ampi riferimenti (v. in part. pp. 261-262 circa la prova del vincolo sociale tra membri della famiglia). In giurisprudenza v. per es., di recente, Cass., 5 luglio 2013, n. 16829, in *Giur. it.*, con nota di MORINO, *Affectedio societatis e affectedio familiaris fra società apparente e società di fatto*; nella sentenza si osserva che «in caso di società di fatto che si assuma intercorrente fra consanguinei, la prova della esteriorizzazione del vincolo deve essere particolarmente rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dalla *affectedio familiaris*», v. anche Cass., 20 marzo 2012, n. 4380; Cass. 26 luglio 1996, n. 6770, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 160 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 996, con nota di USAI, *In tema di prova di società apparente tra consanguinei* (la decisione discorre di società apparente, ma in realtà tratta della prova della società di fatto).

27 Il rapporto di parentela è un elemento indiziario significativo e ricorrente ai fini della *scientia damni* nell'azione revocatoria: v. per es. Cass., 29 maggio 2013, n. 13447 (si tratta di giurisprudenza costante).

denziale secondo cui l'art. 10 l. fall. si applicherebbe anche alle società non iscritte nel registro delle imprese, con decorrenza dal momento in cui la cessazione dell'attività d'impresa è resa conoscibile ai terzi o comunque da questi conosciuta²⁸; opinione, questa, maggioritaria ma non pacifica²⁹. La sentenza però, rigetta l'argomento in punto di fatto, ritenendo che non vi fosse stata cessazione di attività imprenditoriale.

7 Conclusioni

La sentenza è frutto di una convergenza tra diritto dell'impresa e fallimentare, da un lato, e diritto dei gruppi, dall'altro. Il tribunale applica la disciplina dell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento in ambito fallimentare, giungendo a risultati interessanti dal punto di vista della repressione delle condotte fraudolente anche dal punto di vista civilistico (dal punto di vista penale, infatti, molte delle condotte addebitate ai soci della *holding* sarebbero state comunque penalmente rilevanti). Il rischio è quello di eccedere nella repressione; c'è da auspicare che la giurisprudenza non rinunci a un rigoroso accertamento sia dell'ammontare del debito risarcitorio, sia dell'esistenza del vincolo sociale.

Questa decisione si può collocare nell'importante, e apprezzabile, tendenza, sia del legislatore, sia della giurisprudenza, a trovare forme di tutela particolari per i creditori "involontari", come si dice usando un'espressione

28 V. Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Giur. it.*, 2007, p. 117, con nota di BERLOTTI; in *Fall.*, 2007, p. 294, con nota di ZANICHELLI, *Società irregolari: cessazione dell'attività e dichiarazione di fallimento*; in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 246, con nota di CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ. e l'applicabilità dell'art. 10 l. fall. alle società di fatto* (il termine annuale si applica anche alle società non iscritte nel registro delle imprese e decorre dal momento in cui detta cessazione sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia stata dagli stessi conosciuta; nella specie, il termine viene fatto decorrere dall'atto notarile di trasferimento dell'azienda); Cass., 13 marzo 2009, n. 6199, in *Società*, 2009, p. 729 (solo m.) e in *Fall.*, 2009, p. 1350 (solo m.) (*obiter*, perché nel caso di specie la s.d.f. non era mai stata cancellata neppure dall'albo delle imprese artigiane); Cass., 7 maggio 2010, n. 11111 (semberebbe richiamare un principio di effettività nella verifica della cessazione dell'impresa anche per le società, nella specie una s.n.c. che, cancellata d'ufficio dal registro delle imprese per decorrenza del termine - i fatti non sono del tutto chiari - aveva continuato le operazioni; la corte censura il giudice di merito che aveva ritenuto irrilevante la cessazione in fatto dell'attività imprenditoriale); Cass., 13 luglio 2011, n. 15428, in *Fall.*, 2011, p. 1407, con nota di CATALDO, *Pubblicità della cessazione dell'impresa e disciplina del fallimento successivo*; Cass., 8 novembre 2011, n. 25217 (imprenditore individuale che aveva cambiato, e non cessato, attività d'impresa). Sul punto v. anche CETRA, *Fallimento della fondazione e art. 10 l. fall.*, in *Fall.*, 2012, p. 725 ss.

29 V. in particolare IBBA, *Il fallimento dell'impresa cessata*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 936 ss., *ivi* a p. 950-951, che rileva come la legge preveda un obbligo di iscrizione e che l'imprenditore, individuale o societario, non iscritto può sempre far cessare questa sua soggezione a fallimento con l'iscrizione (dell'impresa e della sua cessazione).

nata nella dottrina anglo-americana. I creditori da fatto illecito e il fisco non possono essere messi sullo stesso piano dei creditori contrattuali, che entrano nella relazione volontariamente e hanno, o possono avere, tutti gli strumenti per tenere conto della rischiosità del loro debitore: dai più sofisticati *covenant* inseriti nei contratti finanziari all'opzione di andarsene che hanno i dipendenti se non viene pagato loro lo stipendio. L'applicazione della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* sembra, invero, trovare il suo naturale campo elettivo specie nella tutela di quei creditori che non hanno scelto di diventare tali. La sua espansione alla zona dell'insolvenza, consentendo di estendere *ex art. 2497 c.c.* alla capogruppo la responsabilità per non aver preso misure adeguate a fronteggiare la crisi delle società controllate, può, peraltro, avere una importante funzione, che non sembra ancora adeguatamente esplorata, per ampliare la tutela dei creditori nelle situazioni in cui il rischio di comportamenti opportunistici dei soci e di adozione di decisioni inefficienti da parte degli amministratori è massimo.