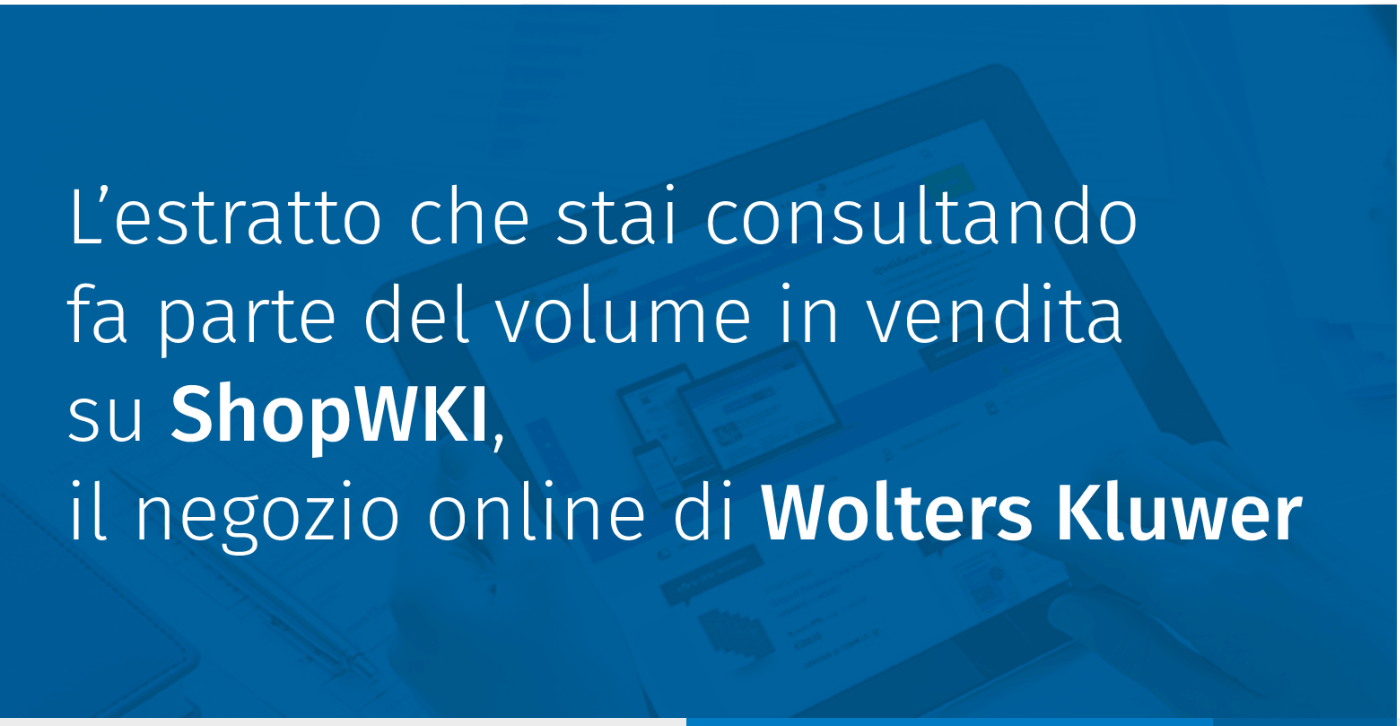
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

# IL FALLIMENTO E LE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI

## Volume IV


I. *Chiusura e concordato ed esdebitazione del fallito*
II. *Il fallimento della società*
III. *Diritto fallimentare internazionale*
IV. *Le procedure di composizione della crisi*
V. *La liquidazione coatta amministrativa*
VI. *La disciplina delle crisi delle banche non inserite in «gruppi bancari»*
VII. *La disciplina della crisi dei gruppi bancari*
VIII. *La disciplina della crisi degli intermediari in strumenti finanziari*
IX. *Disposizioni comuni alla crisi delle società del gruppo*
X. *L'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*
XI. *Profili fiscali*



UTET
GIURIDICA



61302295_000_PANZANI_FM.indd II 01/11/14 8:45 PM

**IL DIRITTO PRIVATO NELLA GIURISPRUDENZA**
a cura di Paolo Cendon

# IL FALLIMENTO E LE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI

diretto da Luciano Panzani

## IV

## Concordati – Piani ed accordi di ristrutturazione – Procedure d'insolvenza di grandi imprese – Banche ed intermediari finanziari – Profili internazionali e fiscali

UTET
GIURIDICA

61302295_000_PANZANI_FM.indd III 01/11/14 8:45 PM

## QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM**, **UTET Giuridica**, **IPSOA**. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a **www.lamiabiblioteca.com** e clicca su "Richiedi la tua password".

*La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.*

© 2014 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica:
Corso Lombardia, 69 - 10099 San Mauro Torinese (TO)
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

*Project editor*: Pietro Giordano e Manuela Piera Orsi
*Redazione*: Antonella Prandino
*Editing*: Isabella Medros
*Composizione*: Integra Software Services Pvt. Ltd.
*Stampa*: L.E.G.O. S.p.A., Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-1065-0

# INDICE SOMMARIO


Parte prima – CHIUSURA E CONCORDATO ED ESDEBITAZIONE DEL FALLITO

Capitolo I **La chiusura del fallimento** (V. Sparano) . . . . . *Pag.* 3

Premesse generali . . . . . » 5
1.1. Mancata presentazione di domande di ammissione al passivo . . . . . » 7
1.2. Pagamento o estinzione dei crediti ammessi, dei debiti e delle spese in prededuzione . . . . . » 9
1.3. Ripartizione finale dell'attivo . . . . . » 11
1.4. Insufficienza di attivo . . . . . » 11
1.5. Il decreto di chiusura . . . . . » 12
1.6. Il reclamo in appello e il termine per il ricorso in Cassazione . . . . . » 13
1.7. Gli effetti della chiusura . . . . . » 14
1.7.1. Effetti per il fallito . . . . . » 15
1.7.2. Effetti della chiusura del fallimento sociale . . . . . » 15
1.7.3. Effetti per le modificazioni dei rapporti pendenti . . . . . » 16
1.7.4. Effetti per gli Organi della procedura . . . . . » 17
1.7.5. Effetti sulle azioni in corso . . . . . » 17
1.7.6. Formalità di completamento della cessazione . . . . . » 19

Capitolo II **Il concordato fallimentare** (E. Bran, A. Marcone e G. Garesio) » 21
Sezione I La proposta di concordato: profili sostanziali . . . . . » 23
2.1. Natura e funzione del concordato fallimentare . . . . . » 23
2.2. La proposta. Contenuto necessario . . . . . » 27
2.2.1. *Segue*: *A*) soddisfazione integrale dei creditori aventi prelazione . . . . . » 28
2.2.2. *Segue*: *B*) attribuzione di una percentuale ai chirografari . . . . . » 34
2.2.3. *Segue*: *C*) creditori postergati . . . . . » 35
2.3. Contenuto ulteriore. Concordato con garanzia . . . . . » 37
2.4. Concordato con assunzione. La qualificazione dell'assuntore . . . . . » 41
2.4.1. Clausole di limitazione della responsabilità del proponente . . . . . » 43
2.4.2. L'acquisizione dell'attivo . . . . . » 49
2.4.3. La cessione delle azioni di pertinenza della massa . . . . . » 51
2.5. Accollo o espromissione del passivo da parte del terzo . . . . . » 62
2.6. Ristrutturazione del debito e operazioni sul capitale . . . . . » 62
2.6.1. Ristrutturazione del debito . . . . . » 63
2.6.2. Operazioni sul capitale . . . . . » 65
2.6.2.1. La competenza a deliberare le operazioni sul capitale . . . . . » 65
2.6.2.2. La conversione dei crediti in capitale . . . . . » 71


© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd V 01/11/14 8:45 PM

2.6.3. Fusione, scissione e trasformazione.. *Pag.* 73
2.6.3.1. Fusione . . . » 74
2.6.3.2. Scissione . . . » 77
2.6.3.3. Trasformazione . . . » 80
2.6.4. Conferimento dell'azienda in società . . . » 80
2.7. Le classi di creditori . . . » 83
2.7.1. Principi generali . . . » 84
2.7.2. Classi e creditori aventi prelazione . . . » 89
2.7.2.1. Obbligatorietà della formazione di classi per i creditori con prelazione incapiente . . . » 89
2.7.2.2. Falcidia dei creditori aventi prelazione e soddisfazione dei chirografari . . . » 90
2.8. Cessione dei beni ai creditori e concordato a liquidazione controllata . . . » 92
2.9. Accordi paraconcordatari . . . » 93

Sezione II Proposta di concordato. Voto ed approvazione. Il decreto del Tribunale. Il giudizio di reclamo. Efficacia dell'accordo concordatario . . . » 97
2.10. La proposta di concordato . . . » 97
2.10.1. Forma, termini e legittimazione . . . » 97
2.10.2. La proposta del fallito . . . » 98
2.10.3. La proposta dei creditori o del terzo . . . » 101
2.11. L'esame della proposta di concordato e la comunicazione ai creditori . . . » 102
2.11.1. Il parere del curatore . . . » 104
2.11.2. Il parere del comitato dei creditori . . . » 106
2.11.3. La delibazione del giudice delegato . . . » 108
2.11.4. La comunicazione della proposta ai creditori . . . » 110
2.11.5. Pluralità di proposte . . . » 111
2.12. Il voto dei creditori e l'approvazione del concordato . . . » 114
2.12.1. Creditori legittimati al voto . . . » 115
2.12.2. Esclusioni dal voto . . . » 117
2.12.3. Approvazione del concordato . . . » 120
2.13. Il decreto del Tribunale . . . » 121
2.14. Il giudizio di reclamo . . . » 124
2.14.1. Il ricorso . . . » 125
2.14.2. Le parti del procedimento . . . » 127
2.14.3. La fase introduttiva . . . » 128
2.14.4. La fase istruttoria . . . » 130
2.14.5. La decisione . . . » 130
2.15. Efficacia dell'accordo concordatario e chiusura del fallimento . . . » 131

Sezione III Gli effetti del concordato fallimentare. L'esecuzione del concordato. Risoluzione ed annullamento . . . » 134
2.16. Effetti del concordato fallimentare . . . » 134
2.16.1. Effetti per il debitore . . . » 135
2.16.2. Effetti per l'assuntore e per il terzo proponente . . . » 138
2.16.3. Effetti per il garante . . . » 141
2.16.4. Effetti per i creditori . . . » 142
2.16.5. Effetti sui giudizi pendenti . . . » 143
2.17. Esecuzione del concordato . . . » 146

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd VI 01/11/14 8:45 PM

2.18. Risoluzione ed annullamento del concordato. . . . . *Pag.* 153
2.18.1. Risoluzione . . . . . » 153
2.18.2. Annullamento . . . . . » 157
2.18.3. Effetti della risoluzione e dell'annullamento . . . . . » 157

Capitolo III **La riapertura del fallimento** (F. Pasi) . . . . . » 169

3.1. Premessa . . . . . » 171
3.2. Natura giuridica dell'istituto . . . . . » 172
3.3. I casi di riapertura . . . . . » 174
3.4. I presupposti della riapertura . . . . . » 175
3.5. La legittimazione . . . . . » 177
3.6. Il procedimento . . . . . » 178
3.7. Il concorso dei creditori . . . . . » 181
3.8. Gli effetti della riapertura sugli atti pregiudizievoli ai creditori . . . . . » 183

Capitolo IV **L'esdebitazione** (E. Norelli) . . . . . » 187

4.1. Profili generali . . . . . » 189
4.1.1. Funzione e *ratio* dell'istituto . . . . . » 190
4.1.2. Legittimità costituzionale . . . . . » 191
4.2. Ambito soggettivo di applicazione . . . . . » 192
4.2.1. Dubbi di legittimità costituzionale . . . . . » 192
4.2.2. Società ed altri enti . . . . . » 194
4.3. Presupposti . . . . . » 194
4.3.1. Concordato fallimentare . . . . . » 195
4.4. Condizioni soggettive . . . . . » 195
4.4.1. Cooperazione con gli organi della procedura . . . . . » 195
4.4.2. Atti ostruzionistici . . . . . » 196
4.4.3. Violazione dell'art. 48 l. fall. . . . . » 196
4.4.4. Precedente esdebitazione . . . . . » 197
4.4.5. Atti di distrazione e altri comportamenti pregiudizievoli . . . . . » 197
4.4.6. Condanne penali. . . . . » 199
4.5. Condizione oggettiva. . . . . » 200
4.5.1. Contrasto interpretativo . . . . . » 200
4.5.2. Tesi preferibile . . . . . » 203
4.5.3. Osservazioni di carattere sistematico . . . . . » 205
4.5.4. Dubbio di costituzionalità . . . . . » 205
4.5.5. Soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione . . . . . » 207
4.6. Esclusioni. . . . . » 209
4.6.1. Obblighi di mantenimento e alimentari. . . . . » 209
4.6.2. Rapporti estranei all'esercizio dell'impresa . . . . . » 209
4.6.3. Debiti risarcitori e per sanzioni . . . . . » 210
4.7. Il procedimento di esdebitazione . . . . . » 210
4.7.1. Iniziativa. Difesa tecnica . . . . . » 211
4.7.2. Legittimazione attiva . . . . . » 212
4.7.3. Decadenza . . . . . » 212
4.7.4. Legittimazione passiva. Illegittimità costituzionale . . . . . » 212
4.7.5. Istruttoria . . . . . » 214
4.7.6. Decisione . . . . . » 214
4.8. Reclamo . . . . . » 215
4.8.1. Termini . . . . . » 216
4.8.2. Procedimento di reclamo. Difesa tecnica . . . . . » 217

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd VII 01/11/14 8:45 PM

4.9. Ricorso per Cassazione. . . . . *Pag.* 217
4.10. Revocazione. . . . . » 217
4.11. Efficacia del provvedimento ed impugnazioni. . . . . » 217
4.12. Effetti dell'esdebitazione . . . . . » 218
4.12.1. Interessi . . . . . » 219
4.12.2. Giudicato. . . . . » 220
4.13. Obbligati solidali . . . . . » 220
4.14. Terzo datore di pegno o ipoteca e terzo acquirente del bene ipotecato . . . . . » 221
4.15. Creditori concorsuali non concorrenti. . . . . » 222
4.15.1. Altri creditori non concorrenti . . . . . » 223
4.15.2. Creditori non concorsuali . . . . . » 223
4.16. Disciplina transitoria. . . . . » 224
4.16.1. Questione di legittimità costituzionale . . . . . » 225

Parte seconda – IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ

Capitolo I **I soggetti** (M. Ferro e F. Aprile). . . . . » 231

1.1. L'impresa in forma sociale. . . . . » 234
1.1.1. L'esercizio sociale dell'attività di impresa. Società occasionali . . . . . » 236
1.1.2. La «commercialità» della società fallibile . . . . . » 237
1.1.2.1. Società di godimento . . . . . » 239
1.1.2.2. Associazioni, fondazioni ed enti ecclesiastici . . . . . » 239
1.1.2.3. Enti non commerciali. . . . . » 240
1.1.2.4. Società agricole . . . . . » 241
1.2. Il fallimento della società «anomala». Società di fatto, occulta, apparente, irregolare . . . . . » 242
1.2.1. Società illegale, illecita, mafiosa . . . . . » 244
1.3. Figure associative problematiche. Società familiare. . . . . » 246
1.3.1. Consorzi e reti di imprese . . . . . » 246
1.3.2. A.t.i. e associazione in partecipazione . . . . . » 247
1.3.3. Gruppi di società e *holding*. . . . . » 248
1.3.4. Partecipazioni societarie . . . . . » 250
1.3.5. Società con patrimonio destinato a uno specifico affare . . . . . » 250
1.4. Realtà societarie speciali. Società mutualistiche e cooperative . . . . . » 251
1.4.1. Società sportive . . . . . » 252
1.4.2. Società tra professionisti . . . . . » 252
1.4.3. Società pubbliche, in mano pubblica e *in house* . . . . . » 253
1.4.4. Società costituite all'estero e società europee . . . . . » 256
1.4.5. Società *start-up* innovative . . . . . » 256
1.5. Particolarità del fallimento societario. Presupposti di fallibilità. . . . . » 257
1.5.1. Stato di insolvenza . . . . . » 258
1.5.2. Società in liquidazione . . . . . » 259
1.5.3. Sopravvivenza degli organi societari . . . . . » 260
1.5.4. Termine annuale *ex* art. 10 l. fall. . . . . » 260
1.5.4.1. Cancellazione dal registro delle imprese. . . . . » 262
1.5.5. Trasformazione, fusione e scissione societarie in pendenza di fallimento. » 264

Capitolo II **Il procedimento** (M. Ferro e F. Aprile) . . . . . » 267

2.1. Osservazioni generali . . . . . » 269
2.2. Legittimazione al ricorso per l'autofallimento. Società di capitali . . . . . » 270
2.2.1. Organi non rappresentativi . . . . . » 271

© Wolters Kluwer

2.2.2. Amministratore e custode giudiziario. . . . . *Pag.* 272
2.2.3. Società di persone . . . . . » 273
2.3. Competenza. . . . . » 274
2.3.1. Competenza transnazionale . . . . . » 275
2.4. Convocazione della società debitrice . . . . . » 277
2.5. Amministrazione giudiziaria della società *ex* art. 15, 8° co., l. fall. . . . . » 278
2.6. Legittimazione al reclamo *ex* artt. 18 e 22 l. fall. . . . . » 279
2.7. Cancellazione della società dal registro delle imprese . . . . . » 280

Capitolo III **Fallimento del socio illimitatamente responsabile ed estensione del fallimento** (M. Arato) . . . . . » 287

3.1. La modifica dell'art. 147 l. fall. successivamente alle riforme della legge fallimentare . . . . . » 289
3.1.1. Il presupposto soggettivo . . . . . » 290
3.1.2. Il socio illimitatamente responsabile fallisce anche se non è «imprenditore commerciale» . . . . . » 291
3.1.3. Il socio illimitatamente responsabile fallisce anche se non è «insolvente» . . . . . » 291
3.1.4. I presupposti oggettivi. . . . . » 291
3.2. Casistica – Il socio defunto, receduto o escluso dalla società. . . . . » 292
3.2.1. Il socio cedente ed il socio cessionario . . . . . » 293
3.2.2. Il socio accomandatario . . . . . » 294
3.2.3. Il socio accomandante . . . . . » 294
3.2.4. Il socio unico . . . . . » 297
3.2.5. Il socio di società trasformata . . . . . » 298
3.2.6. Il socio di società fusa . . . . . » 299
3.2.7. Il socio di società scissa . . . . . » 300
3.2.8. Il socio occulto e il socio di società irregolare . . . . . » 300
3.2.9. Il socio e la società apparente . . . . . » 305
3.2.10. Il socio «tiranno» e la *holding* personale o di fatto . . . . . » 307
3.3. Il procedimento per la dichiarazione di fallimento in estensione *ex* art. 147 l. fall. . . . . » 310
3.4. L'impugnazione della sentenza . . . . . » 321

Capitolo IV **Ulteriori profili concorsuali societari** (F.M. del Bene e A. Bonfante) . . . . . » 327

4.1. Il fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili: premessa e piano di indagine . . . . . » 329
4.1.1. L'unicità degli organi giudiziari e del curatore. La nomina di un curatore speciale in ipotesi di conflitto d'interessi tra fallimento sociale e personale . . . . . » 330
4.1.2. La nomina dei comitati di creditori. Il problema della competenza . . . » 336
4.1.3. Autonomia tra fallimento sociale e fallimento dei soci . . . . . » 338
4.1.4. La distinzione delle masse patrimoniali ed il *beneficium excussionis* . . » 342
4.1.5. La verificazione dei crediti e l'ammissione allo stato passivo . . . . . » 346
4.1.5.1. Ammissione al passivo dei soci illimitatamente responsabili e sorte dei crediti privilegiati . . . . . » 349
4.1.5.2. Insinuazione automatica ed estensione del fallimento alla sottostante società occulta. . . . . » 353

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd IX 01/11/14 8:45 PM

4.1.6. Il regresso fra i fallimenti dei soci. ... *Pag.* 356
4.1.7. La ripartizione dell'attivo ... » 356
4.1.8. L'insinuazione dei creditori particolari nel fallimento individuale ... » 357
4.1.9. La legittimazione a contestare i crediti con cui ciascun creditore si trova in concorso ... » 358
4.2. Il fallimento del socio illimitatamente responsabile nella previsione dell'art. 149 l. fall. La operatività dell'esclusione del socio dichiarato fallito nei vari tipi di società ... » 361
4.2.1. Le emergenze sostanziali e processuali nel fallimento *ex* art. 149 l. fall. ... » 365
4.3. I versamenti ancora dovuti da parte dei soci a responsabilità limitata ... » 367
4.3.1. Il decreto ingiuntivo del giudice delegato e il procedimento di opposizione *ex* art. 645 c.p.c. ... » 370
4.4. Il concordato fallimentare della società. L'approvazione e la sottoscrizione della proposta ... » 374
4.4.1. Il contenuto della proposta. Analisi delle problematiche inerenti lo svolgimento del processo concordatario ... » 379
4.4.2. Gli effetti del concordato ... » 383
4.4.3. L'opposizione dei creditori particolari del socio ... » 385
4.4.4. La riabilitazione della società personale ... » 387
4.5. Il concordato particolare del socio ... » 388

Capitolo V **L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nei confronti degli organi di società di capitali** (U. De Crescienzo) ... » 395

5.1. L'azione di responsabilità in generale e le modificazioni introdotte dalla riforma dalla legge fallimentare ... » 397
5.2. La natura giuridica della responsabilità *ex* artt. 2392, 2394 c.c. ... » 407
5.3. La prescrizione in generale ... » 411
5.4. Prescrizione per i fatti previsti dall'art. 2394 c.c. ... » 411
5.5. La prescrizione per i fatti di cui all'art. 2392 c.c. ... » 413
5.6. La prescrizione per i fatti che costituiscono illecito penale ... » 415
5.7. L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, aspetti sostanziali ... » 416
5.8. La responsabilità *ex* art. 2392 c.c. ... » 416
5.9. La responsabilità per i fatti di gestione ... » 418
5.10. La responsabilità per violazione del dovere di vigilanza in particolare ... » 421
5.11. Casistica ... » 422
5.12. Il presupposto della responsabilità *ex* art. 2394 c.c. ... » 422
5.13. La solidarietà ... » 427
5.14. L'amministratore di diritto e di fatto ... » 428
5.15. Il direttore generale ... » 431
5.16. I liquidatori ... » 433
5.17. L'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci ... » 433
5.18. L'azione di responsabilità nei confronti di soci della s.r.l. ... » 443
5.19. Il danno ... » 445
5.20. Questioni processuali ... » 447

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd X 01/11/14 8:45 PM

Parte terza – DIRITTO FALLIMENTARE INTERNAZIONALE

Capitolo I **Diritto fallimentare internazionale** (P. Catallozzi e P. Fraulini) . . . . . *Pag.* 455

Sezione I La sentenza straniera . . . . . » 457
1.1. Premessa: i principi di universalità e di territorialità nel diritto fallimentare . » 457
1.1.1. Le scelte legislative dell'Italia e dei Paesi dell'Unione Europea . . . . . » 458
1.2. L'originario art. 9 l. fall. quale norma (anche) sulla giurisdizione . . . . . » 459
1.3. Le modifiche introdotte all'art. 9 dalla riforma del diritto fallimentare . . . . . » 460

Sezione II Le convenzioni internazionali sul fallimento . . . . . » 462
1.4. La disciplina pattizia internazionale . . . . . » 462
1.5. Il profilo comunitario: il regolamento CE 1346/00 sull'insolvenza transfrontaliera . . . . . » 463

Sezione III Il fallimento nel gruppo di interesse economico . . . . . » 467
1.6. Generalità . . . . . » 467
1.7. La disciplina dell'insolvenza del GEIE . . . . . » 467
1.8. Cenni comparatistici con il diritto interno . . . . . » 468

Parte quarta – LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Capitolo I **Accordi di ristrutturazione dei debiti** (G.B. Nardecchia) . . » 473

1.1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i concordati stragiudiziali . . . . . » 475
1.2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il concordato preventivo . . . . . » 477
1.3. Il presupposto soggettivo e quello oggettivo della domanda . . . . . » 480
1.4. Legittimazione e competenza . . . . . » 482
1.5. L'accordo. Forma e documentazione . . . . . » 483
1.6. *Segue*: il contenuto . . . . . » 485
1.7. Il trattamento dei creditori . . . . . » 486
1.8. La relazione del professionista . . . . . » 488
1.9. Il procedimento. La pubblicazione nel registro delle imprese . . . . . » 491
1.10. *Segue*: il giudizio del Tribunale . . . . . » 492
1.11. Il reclamo . . . . . » 497
1.12. La protezione del patrimonio del debitore . . . . . » 498
1.13. L'esenzione da revocatoria . . . . . » 506
1.14. La prededuzione dei crediti . . . . . » 508

Capitolo II **Il concordato preventivo** (E. Frascaroli Santi) . . . . . » 513

2.1. Finalità del concordato preventivo nella disciplina *ante* riforma . . . . . » 517
2.2. Natura giuridica del concordato *ante* riforma . . . . . » 521
2.3. Nuovo inquadramento del concordato preventivo impresso dalla riforma della legge fallimentare . . . . . » 524
2.3.1. I requisiti soggettivi di ammissibilità ***ante*** riforma . . . . . » 530
2.3.2. *Segue*: la regolare contabilità . . . . . » 531
2.3.3. *Segue*: condanne penali . . . . . » 534
2.3.4. Nuovo inquadramento dei requisiti soggettivi nella valutazione di ammissibilità alla procedura . . . . . » 536

© Wolters Kluwer

2.4. Legittimazione. Presupposto soggettivo. Esclusione. . . . . *Pag.* 537
2.4.1. Il socio illimitatamente responsabile . . . . . » 539
2.4.2. Società inattive . . . . . » 541
2.4.3. Imprenditore cessato . . . . . » 543
2.4.4. Imprenditore defunto. Incapaci. . . . . » 547
2.4.5. La successione *mortis causa* nella procedura di concordato preventivo . . . . . » 549
2.4.6. Imprenditore e società irregolare o di fatto . . . . . » 550
2.4.7. Impresa familiare . . . . . » 550
2.4.8. I gruppi d'impresa . . . . . » 553
2.5. Presupposto oggettivo. Concetto di crisi . . . . . » 554
2.6. La proposta di concordato nell'evoluzione normativa. . . . . » 560
2.6.1. Il contenuto della proposta di concordato. Concordato c.d. con riserva. Concordato con continuità aziendale . . . . . » 561
2.6.2. I contenuti normativi del piano di concordato. Il piano di concordato con continuità aziendale . . . . . » 564
2.6.3. Le specifiche operazioni indicate dall'art. 160 l. fall. . . . . » 566
2.6.4. *Segue*: le garanzie. La cessione dei beni . . . . . » 568
2.6.5. Le altre operazioni e modalità . . . . . » 571
2.6.6. Le classi dei creditori . . . . . » 572
2.6.7. Funzione e disciplina delle classi di creditori. Profili comparatistici . » 575
2.6.8. *Segue*: finalità . . . . . » 577
2.6.9. La suddivisione dei creditori in classi secondo il criterio della posizione giuridica e degli interessi economici. La «leva» del credito prelatizio . . . . . » 580
2.6.10. *Segue*: divieto di alterazione dell'ordine legittimo delle cause di prelazione. . . . . » 583
2.6.11. Il criterio di omogeneità degli interessi economici omogenei . . . . . » 586
2.7. La domanda di concordato. Competenza. Gestione dell'impresa nella fase interinale . . . . . » 588
2.7.1. Funzione informativa della documentazione allegata. Pendenza di istruttoria prefallimentare . . . . . » 593
2.8. Revoca della domanda di concordato . . . . . » 596
2.9. Modifica della domanda. Concessione di un termine per integrazioni. Limiti . . . . . » 597
2.9.1. La relazione del professionista. Responsabilità del professionista . . . » 601
2.9.2. La relazione giurata del professionista nel caso di falcidia dei creditori privilegiati (art. 160, 2° co., l. fall.) . . . . . » 604
2.9.3. L'attestazione di veridicità dei dati aziendali. Fattibilità del piano . . . » 605
2.10. Diritto di difesa del debitore. . . . . » 607
2.11. Svolgimento del giudizio di ammissione della domanda di concordato. Termine per l'integrazione del piano e produzione di nuovi documenti (art. 162 l. fall.). . . . . » 608
2.11.1. La tutela degli interessi nel giudizio di ammissione . . . . . » 612
2.11.2. Ambito applicativo del giudizio di ammissione. . . . . » 613
2.11.3. Il controllo del Tribunale . . . . . » 615
2.11.4. Disciplina della fase di ammissione alla procedura. Spese della procedura. Procedimento di revoca dell'ammissione . . . . . » 621
2.11.5. Impugnabilità dei decreti di ammissione alla procedura e di revoca . » 626
2.11.6. L'intervento del Pubblico Ministero. . . . . » 627
2.12. Inammissibilità della proposta (art. 162, 1° co., l. fall.) . . . . . » 629

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XII 01/11/14 8:45 PM

2.13. La formazione di classi anomale (art. 163, 1° co., l. fall.). . . . . *Pag.* 631
2.13.1. *Segue*: mancata formazione delle classi . . . . . » 634
2.14. Il decreto di ammissione alla procedura. Nomina degli organi. . . . . » 638
2.14.1. Tutela endoconcorsuale. Decreti del giudice delegato (art. 164 l. fall.) » 639
2.15. La consecuzione del fallimento al concordato preventivo. Riconoscimento della prededuzione (artt. 111 e 182 *quater*). . . . . » 640
2.16. Effetti dell'ammissione per il debitore (art. 167 l. fall.) . . . . . » 642
2.16.1. Valutazione dei beni ceduti . . . . . » 644
2.16.2. Il trasferimento d'azienda in corso di procedura . . . . . » 645
2.16.3. Affitto dell'azienda . . . . . » 647
2.16.4. Modalità di vendita dell'azienda in corso di procedura . . . . . » 647
2.17. Effetti per i creditori . . . . . » 649
2.17.1. Le azioni cautelari: sequestro conservativo e sequestro giudiziario . . » 653
2.17.2. Interessi e rivalutazione monetaria . . . . . » 654
2.17.3. I creditori postergati . . . . . » 658
2.18. I rapporti giuridici pendenti . . . . . » 660
2.18.1. I rapporti bancari . . . . . » 665
2.18.2. Il contratto di assicurazione . . . . . » 669
2.18.3. La disciplina degli immobili da costruire . . . . . » 670
2.18.4. Il rapporto di lavoro subordinato. . . . . » 670
2.19. L'annotazione delle scritture contabili . . . . . » 671
2.20. Rapporti tra accertamento giudiziale dei crediti ed efficacia dell'omologazione del concordato . . . . . » 673
2.21. Il commissario giudiziale. Funzioni . . . . . » 674
2.21.1. La verifica dell'elenco dei creditori e il potere di rettifica . . . . . » 675
2.21.2. L'attività di comunicazione, avviso e convocazione dei creditori. . . . . » 677
2.21.3. La redazione dell'inventario del patrimonio del debitore . . . . . » 679
2.21.4. La relazione del commissario giudiziale . . . . . » 681
2.21.5. La responsabilità e la revoca del commissario giudiziale. . . . . » 682
2.21.6. Il compenso del commissario. . . . . » 684
2.22. Adempimenti fiscali . . . . . » 686
2.23. L'adunanza dei creditori (art. 174 l. fall.). . . . . » 687
2.23.1. Legittimazione al voto . . . . . » 690
2.23.2. Voto per adesione. . . . . » 695
2.23.3. Astensioni . . . . . » 699
2.23.4. Revoca del voto contrario . . . . . » 700
2.24. La maggioranza per l'approvazione del concordato . . . . . » 702
2.24.1. *Segue*: trattamento dei creditori privilegiati e diritto al voto (art. 177, 2° co., l. fall.) . . . . . » 704
2.25. *Segue*: soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati. Formazione delle classi e loro incidenza nell'approvazione del concordato (art. 177, 3° co., l. fall.) . . . . . » 706
2.25.1. *Segue*: valorizzazione degli orientamenti interpretativi. Nuove esclusioni (art. 182 *quater,* ult. co.) . . . . . » 708
2.26. Mancata approvazione del concordato. . . . . » 710

Capitolo III **Il giudizio di omologazione. L'esecuzione. La risoluzione e l'annullamento** (E. Frascaroli Santi) . . . . . » 729

3.1. Il giudizio di omologazione *ante* riforma (art. 180 l. fall.) . . . . . » 731
3.1.1. Natura e struttura del novellato giudizio di omologazione . . . . . » 733
3.1.2. Svolgimento del giudizio . . . . . » 735

© Wolters Kluwer

3.1.3. Le parti del giudizio di omologazione . . . . . *Pag.* 736
3.1.4. Costituzione e iscrizione a ruolo . . . . . » 737
3.1.5. Opposizione all'omologazione. Istruttoria . . . . . » 739
3.2. Il controllo del Tribunale. . . . . » 743
3.2.1. Disciplina *ante* riforma del giudizio di convenienza in sede di omologazione e la sufficienza delle garanzie. . . . . » 747
3.2.1.1. *Segue*: il giudizio di meritevolezza *ante* riforma . . . . . » 749
3.2.1.2. *Segue*: la meritevolezza delle società *ante* riforma . . . . . » 751
3.2.2. Decreto di omologazione. Rigetto dell'omologazione. . . . . » 753
3.2.3. Reclamo contro il decreto che respinge il concordato preventivo (art. 183) . . . . . » 755
3.3. Chiusura della procedura. Termine conclusivo (art. 181 l. fall.) . . . . . » 757
3.4. Provvedimenti in caso di cessione dei beni. Natura . . . . . » 758
3.4.1. Modalità di cessione . . . . . » 759
3.4.2. I liquidatori . . . . . » 761
3.4.3. Revoca del liquidatore . . . . . » 764
3.4.4. La legittimazione processuale del liquidatore . . . . . » 765
3.4.5. Liquidazione dei compensi al liquidatore . . . . . » 767
3.4.6. Il rendiconto . . . . . » 769
3.5. Il comitato dei creditori . . . . . » 770
3.6. Le prelazioni legali . . . . . » 771
3.7. La sospensione delle vendite . . . . . » 772
3.8. Natura coattiva delle vendite. La cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni » 773
3.9. Effetti del concordato preventivo per i creditori (art. 184 l. fall.) . . . . . » 777
3.9.1. Efficacia esdebitatoria . . . . . » 778
3.9.2. Effetti nei confronti di coobligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso. . . . . » 780
3.9.3. La posizione di coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso nel piano di concordato secondo il novellato art. 160 l. fall. . . . . » 781
3.9.4. La *ratio* dell'art. 184, 1° co., l. fall. . . . . » 783
3.10. Effetti del concordato preventivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili . . . . . » 784
3.10.1. Posizione del socio unico. Effetti del concordato. . . . . » 787
3.11. La posizione del socio illimitatamente responsabile che ha prestato garanzia per debiti sociali . . . . . » 791
3.11.1. *Segue*: effetti del concordato con riguardo alla garanzia ipotecaria prestata dal socio . . . . . » 793
3.12. L'esecuzione del concordato preventivo . . . . . » 796
3.12.1. L'esecuzione del concordato preventivo per percentuale *ante* riforma . . . . . » 799
3.12.2. La sorveglianza sull'adempimento. Chiusura della fase di esecuzione . . . . . » 800
3.12.3. Modalità *ante* riforma del pagamento dei creditori aventi diritto di prelazione . . . . . » 801
3.13. I patti paraconcordatari . . . . . » 801
3.14. La risoluzione del concordato preventivo (art. 186). . . . . » 802
3.14.1. Procedimento. Decorso del termine annuale . . . . . » 805
3.14.2. Effetti della risoluzione . . . . . » 807
3.15. Le garanzie prestate da terzi per l'esecuzione del concordato preventivo . . . » 808
3.16. L'annullamento del concordato . . . . . » 810
3.17. Profili applicativi del regolamento CE 1346/2000 . . . . . » 811

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XIV 01/11/14 8:45 PM

Capitolo IV **Il concordato e la transazione fiscale** (E. Frascaroli Santi) . . . . . *Pag.* 817

4.1. La transazione fiscale . . . . . » 819
4.1.1. Il rapporto di convivenza tra la transazione fiscale e il concordato preventivo . . . . . » 821

Capitolo V **I piani attestati di risanamento** (S. Ambrosini e M. Aiello) . » 827

5.1. Introduzione ed evoluzione della disciplina . . . . . » 829
5.2. Natura privatistica e non concorsuale dell'istituto . . . . . » 831
5.3. La negozialità intrinseca alla ricerca di un'intesa negoziale con i *partners* finanziari, industriali e commerciali dell'imprenditore in crisi . . . . . » 832
5.4. Presupposti soggettivo e oggettivo . . . . . » 835
5.5. Il piano di risanamento: aspetti formali e contenutistici . . . . . » 836
5.6. Compiti e requisiti dell'attestatore . . . . . » 838
5.7. L'esenzione da revocatoria fallimentare . . . . . » 841
5.8. L'eventuale contestazione del piano in sede giudiziale . . . . . » 843
5.9. La negoziazione con gli istituti di credito tra buona fede e Codice ABI . . . . . » 843
5.10. La richiesta e la formalizzazione di un'intesa interinale di moratoria . . . . . » 847
5.11. Il consolidamento dell'esposizione a breve termine e il problema della concessione di nuove garanzie con riguardo al suo rimborso . . . . . » 848
5.12. La nuova finanza . . . . . » 852
5.13. Le clausole destinate a operare nell'ipotesi di *overperformance* dell'impresa rispetto alle previsioni del piano: l'eccesso di cassa e la commissione di ristrutturazione . . . . . » 854
5.14. Il monitoraggio sull'esecuzione del piano di risanamento e sull'adempimento all'accordo: i *covenants* e le modifiche alla manovra e al contratto . . . . . » 857

Parte quinta – LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

Capitolo I **Liquidazione coatta amministrativa** (E. Stasi) . . . . . » 865

1.1. Generalità . . . . . » 868
1.2. *Segue*: legittimità costituzionale della liquidazione coatta amministrativa . . . » 870
1.3. *Segue*: le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 870
1.4. *Segue*: concorso tra il fallimento e liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 871
1.5. Rapporti tra liquidazione coatta amministrativa e procedure alternative . . . . » 873
1.6. Gli enti di fatto . . . . . » 876
1.7. Accertamento preventivo dello stato di insolvenza . . . . . » 876
1.8. Il provvedimento di liquidazione . . . . . » 879
1.9. Accertamento successivo dell'insolvenza . . . . . » 880
1.10. Brevi note sull'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza delle assicurazioni, delle banche e degli altri enti finanziari . . . . . » 881
1.11. Effetti della liquidazione coatta per il debitore . . . . . » 883
1.12. Effetti della liquidazione per i creditori . . . . . » 886
1.13. Effetti della liquidazione sui rapporti giuridici preesistenti . . . . . » 887
1.14. Effetti della liquidazione sugli atti pregiudizievoli. Il sistema revocatorio nella liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 888
1.15. I soci illimitatamente responsabili . . . . . » 891
1.16. Gli organi di *governance* della procedura. L'autorità vigilante . . . . . » 891

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XV 01/11/14 8:45 PM

1.17. *Segue*: il commissario liquidatore. Nomina, revoca, sostituzione. . . . . *Pag.* 892
1.18. *Segue*: la gestione del patrimonio concorsuale . . . . . » 894
1.19. *Segue*: il comitato di sorveglianza . . . . . » 905
1.20. L'accertamento del passivo . . . . . » 906
1.21. *Segue*: le comunicazioni ai creditori . . . . . » 906
1.22. *Segue*: le domande degli interessati . . . . . » 907
1.23. *Segue*: lo stato passivo . . . . . » 908
1.24. *Segue*: la trasmissione dello stato passivo ai creditori . . . . . » 909
1.25. *Segue*: impugnazioni dello stato passivo . . . . . » 909
1.26. *Segue*: le domande tardive . . . . . » 912
1.27. *Segue*: l'accertamento del passivo nella liquidazione coatta amministrativa delle banche e degli enti finanziari. . . . . » 914
1.28. La liquidazione dell'attivo . . . . . » 914
1.29. Escussione dei soci . . . . . » 915
1.30. La ripartizione dell'attivo . . . . . » 916
1.31. *Segue*: acconti parziali e ripartizioni parziali. . . . . » 916
1.32. La chiusura della procedura . . . . . » 917
1.33. Il concordato . . . . . » 920
1.34. Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato . . . . . » 923
1.35. Cenni sulla disciplina penale dei reati nella liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 924

Parte sesta – LA DISCIPLINA DELLE CRISI DELLE BANCHE NON INSERITE IN «GRUPPI BANCARI»

Capitolo I **I provvedimenti straordinari** (G. Falcone) . . . . . » 933

1.1. Generalità . . . . . » 935
1.2. Il divieto di intraprendere nuove operazioni e l'ordine di chiusura di succursali . . . . . » 936
1.2.1. Presupposti oggettivi . . . . . » 936
1.2.2. Autorità creditizia competente all'adozione . . . . . » 937
1.2.3. Il provvedimento . . . . . » 938
1.2.3.1. Ordine di chiusura di succursali . . . . . » 938
1.2.3.2. Il divieto di intraprendere nuove operazioni. . . . . » 939
1.3. I provvedimenti adottabili nei confronti delle banche comunitarie . . . . . » 940

Capitolo II **L'amministrazione straordinaria delle banche** (G. Falcone) » 945

2.1. Premessa. L'amministrazione straordinaria delle banche dalla «legge bancaria» al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lg. 385/1993) e successivi interventi di modifica. La «esportazione» del modello bancario . . . . . » 949
2.2. Natura e funzioni dell'amministrazione straordinaria delle banche . . . . . » 951
2.2.1. *Segue*: amministrazione straordinaria e amministrazione controllata . » 954
2.2.2. *Segue*: amministrazione straordinaria e accordi di ristrutturazione. . . » 956
2.3. I presupposti soggettivi della amministrazione straordinaria delle banche. . . » 957
2.3.1. I presupposti soggettivi. Individuazione delle fattispecie: banche, società capogruppo del gruppo bancario, società (non bancarie) facenti parte del gruppo bancario, «banche di fatto» . . . . . » 957
2.4. I presupposti oggettivi dell'amministrazione straordinaria delle banche. . . . . » 960
2.4.1. Premessa. . . . . » 960
2.4.2. *Segue*: (*A*) Le irregolarità nell'amministrazione . . . . . » 962

© Wolters Kluwer

2.4.3. *Segue*: (*B*) Le «violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie». . . . . *Pag.* 964
2.4.4. *Segue*: (*C*) Le previsioni di «gravi perdite del patrimonio» . . . . . » 965
2.4.5. *Segue*: (*D*) La «istanza motivata» degli organi amministrativi o dell'assemblea straordinaria . . . . . » 967
2.4.6. I presupposti specifici della banca «capogruppo» (e delle società del «gruppo»). Rinvio . . . . . » 969
2.4.7. *Segue*: la sottoposizione a un provvedimento di «congelamento dei fondi» . . . . . » 969
2.4.8. *Segue*: la «crisi di liquidità» . . . . . » 970
2.5. Il procedimento per l'adozione del provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria. (*A*) Lo schema procedimentale. . . . . » 970
2.5.1. *Segue*: (*B*) La soppressione del parere del CICR . . . . . » 972
2.5.2. *Segue*: (*C*) La deroga all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento. . . . . » 973
2.5.3. *Segue*: (*D*) Il carattere discrezionale del provvedimento . . . . . » 976
2.5.4. *Segue*: (*E*) La motivazione del provvedimento . . . . . » 977
2.6. Gli effetti del provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria: la individuazione degli effetti . . . . . » 978
2.6.1. *Segue*: (*a*) effetti nei confronti degli esponenti bancari . . . . . » 978
2.6.1.1. *Segue*: in particolare: la figura del direttore generale . . . . . » 980
2.6.2. *Segue*: (*b*) effetti nei confronti dell'assemblea. . . . . » 982
2.6.3. *Segue*: (*c*) effetti nei confronti dei soci . . . . . » 986
2.6.3.1. *Segue*: in particolare: l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. . . . . » 988
2.7. La decorrenza degli effetti . . . . . » 991
2.8. La durata della amministrazione straordinaria . . . . . » 992
2.8.1. *Segue*: la chiusura della procedura e la cessazione delle funzioni degli organi straordinari. . . . . » 992
2.9. L'impugnabilità del decreto del Ministro del tesoro: profili processuali. . . . . » 994
2.9.1. Questioni di competenza: individuazione del giudice competente per territorio a conoscere delle impugnative avverso il decreto . . . . . » 994
2.9.2. Le parti del giudizio di impugnazione: profili di legittimazione . . . . . » 997
2.9.2.1. *Segue*: (*a*) la legittimazione processuale della Banca d'Italia . . . . . » 997
2.9.2.2. *Segue*: (*b*) la legittimazione processuale della banca in amministrazione straordinaria e quella dei componenti degli cessati organi aziendali. . . . . » 998
2.9.2.3. *Segue*: in particolare: (*b1*) la legittimazione all'impugnazione del provvedimento di scioglimento del consiglio di amministrazione da parte del presidente dimissionario . . . . » 998
2.9.3. La domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria . . . . . » 999
2.9.4. La mancata enunciazione delle «ragioni di urgenza» come presupposto della omissione del parere del CICR: cenni . . . . . » 1000
2.9.5. Amministrazione straordinaria e accertamento tecnico preventivo . . » 1000
2.10. Gli organi della procedura. La nomina degli organi straordinari . . . . . » 1000
2.10.1. *Segue*: la pubblicazione del provvedimento . . . . . » 1003
2.10.2. *Segue*: le indennità spettanti ai commissari ed ai membri del comitato di sorveglianza . . . . . » 1004
2.10.3. *Segue*: la nomina di un commissario provvisorio . . . . . » 1005
2.11. Poteri e funzionamento degli organi straordinari . . . . . » 1005

© Wolters Kluwer

2.11.1. I commissari straordinari. Ambito di autonomia, funzioni e natura giuridica. . . . . *Pag.* 1006
2.11.2. *Segue*: l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti dei disciolti organi amministrativi e di controllo . . . . . » 1010
2.11.2.1. *Segue*: in particolare: l'azione di responsabilità nei confronti del direttore generale . . . . . » 1013
2.11.2.2. La prosecuzione delle azioni da parte degli organi succeduti all'amministrazione straordinaria . . . . . » 1014
2.11.3. *Segue*: la convocazione delle assemblee e degli «altri organi indicati nell'art. 70, comma 2». Rinvio . . . . . » 1015
2.11.4. *Segue*: l'insediamento dei commissari straordinari . . . . . » 1015
2.11.5. *Segue*: la relazione sulla situazione patrimoniale ed economica . . . . . » 1018
2.11.6. *Segue*: la sospensione dei pagamenti . . . . . » 1019
2.11.6.1. In particolare: la sospensione dei pagamenti nel d.lg. 210/2001 . . . . . » 1025
2.11.7. Il funzionamento dell'organo commissariale. . . . . » 1026
2.12. Il comitato di sorveglianza: attribuzioni e funzionamento . . . . . » 1027
2.13. Il ruolo della Banca d'Italia e la responsabilità degli organi della procedura. . » 1029
2.14. La chiusura della procedura di amministrazione straordinaria. Il ruolo degli «organi» della procedura . . . . . » 1032
2.14.1. *Segue*: il ruolo della Banca d'Italia . . . . . » 1033
2.14.2. *Segue*: il ruolo dei commissari liquidatori e del comitato di sorveglianza. . . . . » 1034
2.15. La gestione provvisoria . . . . . » 1037
2.15.1. Finalità della «gestione provvisoria». . . . . » 1038
2.15.2. Esiti della «gestione provvisoria» . . . . . » 1039
2.15.3. Requisiti soggettivi e poteri del «gestore provvisorio» . . . . . » 1040
2.16. Ambito soggettivo di applicazione della procedura di amministrazione straordinaria: (*a*) le succursali di banche extracomunitarie . . . . . » 1043
2.16.1. *Segue*: le succursali di banche comunitarie . . . . . » 1044

Capitolo III **La liquidazione coatta amministrativa della banca** (S. Bonfatti) . . . . . » 1051

Sezione I I presupposti soggettivi ed oggettivi . . . . . » 1053
3.1. La disciplina del dissesto della banca nel quadro della disciplina delle situazioni di «crisi» dell'impresa. *A*) Il fenomeno della creazione di diritti concorsuali speciali per determinate categorie di imprese . . . . . » 1054
3.2. *Segue*: l'esigenza di assicurare la salvaguardia di interessi pubblici di carattere generale nell'esercizio di determinate attività economiche anche in occasione delle situazioni di «crisi» . . . . . » 1056
3.3. *Segue*: profili di legittimità costituzionale delle procedure di diritto speciale di liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 1058
3.4. *Segue*: la disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle banche dalle leggi bancarie ai «Testi Unici» dell'intermediazione creditizia e finanziaria. . . . . » 1059
3.5. La disciplina del dissesto della banca nel quadro della disciplina delle situazioni di «crisi» dell'impresa. *B*) La «riforma organica» della legge fallimentare, le procedure concorsuali amministrative e la l.c.a. delle banche . . . . . » 1060
3.6. La disciplina positiva dell'art. 80 t.u. I presupposti soggettivi . . . . . » 1061
3.7. *Segue*: istituti di credito speciale; casse di risparmio e monti di credito su pegno di 1ª categoria; banche di credito cooperativo; banche individuali; banche «pubbliche» . . . . . » 1062

© Wolters Kluwer

3.8. *Segue*: banche extracomunitarie; «capogruppo» di gruppo bancario, società facenti parte di un gruppo bancario, intermediari finanziari non bancari. ... *Pag.* 1062
3.9. *Segue*: il problema della soggezione alla liquidazione coatta amministrativa della «banca di fatto» ... » 1063
3.10. *Segue*: le banche private dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia. ... » 1066
3.11. *Segue*: le banche in liquidazione ordinaria ... » 1067
3.12. *Segue*: le banche in amministrazione straordinaria ... » 1067
3.13. I presupposti oggettivi. Premessa ... » 1069
3.14. I presupposti oggettivi «comuni» all'amministrazione straordinaria. *A*) Le «irregolarità nell'amministrazione» ... » 1070
3.15. *Segue*: *B*) Le «violazioni di legge» e la irrogazione di «sanzioni interdittive» per illecito amministrativo dipendente da reato ... » 1070
3.16. *Segue*: *C*) «Le perdite previste» (di patrimonio) ... » 1072
3.17. *Segue*: *D*) La «istanza motivata» della banca ... » 1074
3.18. I presupposti distinti da quelli «comuni» alla amministrazione straordinaria. *A*) L'esigenza di «rendere la liquidazione (ordinaria) più sollecita» ... » 1075
3.19. *Segue*: *B*) L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza ... » 1075
3.20. *Segue*: *C*) La esclusione dai sistemi di garanzia e di indennizzo ... » 1076
3.21. *Segue*: *D*) La mancata adesione o la esclusione dai sistemi di indennizzo degli investitori ... » 1077
3.22. *Segue*: *E*) I presupposti specifici della banca appartenente ad un «gruppo bancario» (rinvio) ... » 1077
3.23. L'accertamento di una situazione di «crisi», «anche di liquidità», che possa recare pregiudizio alla stabilità del sistema finanziario (legge «salvabanche») ... » 1078

Sezione II Il procedimento di disposizione della liquidazione coatta amministrativa bancaria e gli organi della procedura ... » 1080
3.24. Struttura del procedimento e ruolo del CICR ... » 1081
3.25. Rapporti con la disciplina del procedimento amministrativo ... » 1082
3.26. Avvio dell'istruttoria e legittimazione a proporre la disposizione della procedura ... » 1083
3.27. La discrezionalità delle autorità creditizie in materia di disposizione della l.c.a. bancaria ... » 1085
3.28. Ammissibilità della disposizione di misure diverse dalle procedure di crisi, in presenza dei presupposti relativi, ed ammissibilità della disposizione dell'amministrazione straordinaria nelle situazioni di crisi cosiddette «irreversibili» ... » 1086
3.29. Contenuto del provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia e di liquidazione coatta amministrativa ... » 1087
3.30. Comunicazione e pubblicazione del provvedimento ... » 1087
3.31. Impugnabilità del provvedimento di l.c.a. bancaria ... » 1088
3.32. Effetti della l.c.a. bancaria sugli organi sociali ... » 1090
3.33. Il carattere esclusivo della procedura di liquidazione coatta amministrativa ... » 1090
3.34. *Segue*: ammissibilità dell'impresa bancaria all'«Accordo di Ristrutturazione» *ex* art. 182 *bis* l. fall. ... » 1091
3.35. Gli organi della procedura. Provvedimento di nomina, decorrenza delle funzioni, formalità pubblicitarie ... » 1093
3.36. Sostituzione e revoca dei membri degli organi straordinari ... » 1094
3.37. Le indennità spettanti ai commissari liquidatori ed ai membri del Comitato di sorveglianza ... » 1095
3.38. Le «linee guida» per la nomina degli organi delle procedure di gestione delle crisi ... » 1095

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XIX 01/11/14 8:45 PM

Sezione III Accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, effetti del provvedimento di l.c.a. bancaria, poteri e funzionamento degli organi della procedura . . . . . *Pag.* 1098
3.39. Premessa. I rapporti della disciplina speciale della l.c.a. bancaria con la disciplina generale delle procedure di liquidazione coatta amministrativa contenuta nella legge fallimentare . . . . . » 1099
3.40. La nozione di «insolvenza» . . . . . » 1100
3.41. La «insolvenza» della banca non assoggettata a l.c.a. . . . . » 1100
3.42. Il procedimento per la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza dell'impresa bancaria. Giudice competente, legittimazione attiva, audizioni preventive . . . . . » 1102
3.43. Gli effetti della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza. Decorrenza, obbligo di disporre la liquidazione coatta della banca, promuovibilità delle azioni revocatorie e perseguibilità dei reati fallimentari. . . . . » 1104
3.44. Effetti del provvedimento di l.c.a. bancaria sulla banca, sui creditori e sui terzi in generale. . . . . » 1105
3.45. Effetti sui rapporti giuridici preesistenti . . . . . » 1108
3.46. Poteri e funzionamento degli organi della l.c.a. bancaria. Ambito di autonomia dei commissari liquidatori . . . . . » 1109
3.47. L'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei cessati esponenti aziendali. . . . . » 1111
3.48. Il comitato di sorveglianza . . . . . » 1113
3.49. Il ruolo della Banca d'Italia e la responsabilità degli «organi della liquidazione» » 1114

Sezione IV Adempimenti iniziali e accertamento dello stato passivo . . . . . » 1116
3.50. L'insediamento dei commissari liquidatori. . . . . » 1117
3.51. I primi adempimenti. L'insediamento dei commissari liquidatori: la «presa in consegna dell'azienda» e la redazione del «sommario processo verbale» . . . . » 1117
3.51.1. L'acquisizione della situazione dei conti e le attività di «inventariazione» . . . . . » 1118
3.52. La relazione sulla situazione economica e patrimoniale della banca . . . . . » 1119
3.53. L'accertamento del passivo nella l.c.a. bancaria: coordinamento delle fonti . . » 1120
3.54. La struttura della formazione del passivo nella liquidazione coatta bancaria. Fase «amministrativa» e fase «giudiziale»; fase «necessaria» e fase «eventuale» . . . . . » 1122
3.55. Articolazione del procedimento . . . . . » 1123
3.56. Attività preparatorie e comunicazione ai «creditori» delle pretese risultanti dalle scritture della banca. . . . . » 1124
3.57. I destinatari delle comunicazioni dei commissari liquidatori. Funzione dell'accertamento del «passivo» nella liquidazione coatta amministrativa bancaria. . . . . » 1125
3.58. Ambito di applicazione del procedimento. Problemi comuni all'accertamento del passivo nel fallimento . . . . . » 1126
3.59. L'accertamento di diritti aventi ad oggetto beni immobili. . . . . » 1127
3.60. L'accertamento dei diritti «reali» sui beni mobili in possesso della banca. . . . » 1127
3.61. Diritti «reali» su strumenti finanziari relativi ai servizi di investimento . . . . . » 1128
3.62. I diritti alla restituzione degli strumenti finanziari relativi ai servizi di investimento. Impostazione del problema ed individuazione della *ratio* della norma e dei suoi effetti. . . . . » 1129
3.63. Il regime della prova dei diritti reali su beni e strumenti finanziari e dei diritti alla restituzione di strumenti finanziari . . . . . » 1130

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XX 01/11/14 8:45 PM

3.64. Il reclamo contro gli accertamenti compiuti dai commissari liquidatori. . . . . *Pag.* 1131
3.65. Le domande dei creditori pretermessi . . . . . » 1132
3.66. La formazione dello stato passivo. Audizione degli amministratori della banca . . . . . » 1133
3.67. Contenuto degli elenchi formanti lo stato passivo . . . . . » 1133
3.68. Presentazione degli elenchi dei creditori alla Banca d'Italia e deposito nella cancelleria del Tribunale. La tutela del «segreto bancario» . . . . . » 1134
3.69. Esecutività dello stato passivo. Decorrenza ed effetti . . . . . » 1136
3.70. Comunicazione e pubblicazione dello stato passivo . . . . . » 1136
3.71. Le contestazioni dello stato passivo. Premessa: opposizioni allo stato passivo e «impugnazioni» dello stato passivo . . . . . » 1137
3.72. L'opposizione allo stato passivo della banca in l.c.a. Legittimazione attiva e passiva; forme; termini di proposizione ed effetti dell'opposizione . . . . . » 1138
3.73. Il procedimento di opposizione allo stato passivo . . . . . » 1139
3.74. I giudizi di appello e di Cassazione . . . . . » 1141
3.75. I giudizi di impugnazione dello stato passivo . . . . . » 1141
3.76. Le insinuazioni tardive. Ambito di applicazione e procedimento . . . . . » 1142
3.77. Effetti della domanda . . . . . » 1143
3.78. La disciplina delle spese del giudizio ed i rapporti con la liquidazione dell'attivo mediante cessione delle attività e passività. Rinvio . . . . . » 1144
3.79. L'istanza di revocazione contro i crediti ammessi (art. 102 l. fall.) . . . . . » 1144

Sezione V Liquidazione dell'attivo, ripartizione del ricavato, adempimenti finali e concordato di liquidazione . . . . . » 1145
3.80. La liquidazione dell'attivo bancario. Struttura della disciplina . . . . . » 1146
3.81. La liquidazione dell'attivo bancario attraverso operazioni di cessione «atomistica» . . . . . » 1147
3.82. La liquidazione dell'attivo bancario attraverso operazioni di cessione «aggregata». Le operazioni consentite e la possibilità di effettuarle «in qualsiasi stadio della procedura» . . . . . » 1147
3.83. La struttura delle operazioni di «cessione aggregata» (effettuate prima del deposito dello stato passivo): la situazione di «trapasso» provvisoria e la situazione di «trapasso» definitiva. In particolare: ammissibilità ed effetti della cessione delle azioni revocatorie e della cessione delle azioni di responsabilità . . . . . » 1149
3.84. Le operazioni di cessione di attività e passività. In particolare: la cedibilità di sole attività e di sole passività (con eventuale intervento dei sistemi di garanzia dei depositanti) . . . . . » 1151
3.85. Operazioni di cessione di attività e passività e cessione di azienda . . . . . » 1151
3.86. Regime autorizzatorio e requisiti del cessionario nelle operazioni di cessione «aggregata» . . . . . » 1152
3.87. Effetti delle operazioni di cessione di passività . . . . . » 1153
3.88. La responsabilità del cessionario nelle operazioni di «cessione aggregata». In particolare: il principio della limitazione della responsabilità del cessionario alle sole passività risultanti dallo stato passivo . . . . . » 1155
3.89. Ammissibilità della limitazione della responsabilità del cessionario ad alcune soltanto delle passività risultanti dallo stato passivo, con l'esclusione di altre . . . . . » 1156
3.90. Ammissibilità della limitazione della responsabilità del cessionario ad una parte soltanto dell'ammontare delle passività risultanti dallo stato passivo . . » 1157

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXI 01/11/14 8:45 PM

3.91. La nozione di «stato passivo» rilevante ai fini della limitazione prevista dall'art. 90, 2° co., t.u.l.b. In particolare: responsabilità del cessionario nelle operazioni di «cessione aggregata» compiute prima del deposito dello stato passivo. . . . . *Pag.* 1158
3.92. La responsabilità del cessionario per le pretese accolte a seguito della definizione dei giudizi di opposizione allo stato passivo, e della definizione delle insinuazioni tardive accolte o pendenti alla data del compimento dell'operazione di «cessione aggregata» . . . . . » 1159
3.93. La responsabilità del cessionario per i debiti «di massa» . . . . . » 1160
3.94. La responsabilità del cessionario per le passività connesse all'accoglimento di domande tardive presentate successivamente all'atto di cessione e alla emersione di sopravvenienze passive. In particolare: la responsabilità del cessionario per le revocatorie fallimentari proposte contro la banca cedente . . . . . » 1160
3.95. La responsabilità del cessionario per passività inerenti i rapporti in corso . . » 1161
3.96. Operazioni di «cessione aggregata» e «*par condicio creditorum*». Prospettive innovative . . . . . » 1161
3.97. La continuazione dell'esercizio dell'impresa bancaria. Premessa . . . . . » 1163
3.98. La continuazione (*rectius*: ripresa) dell'esercizio dell'impresa bancaria disposta dai commissari liquidatori (art. 90, 3° co., prima parte, t.u.l.b.) . . . » 1164
3.99. La continuazione dell'esercizio dell'impresa bancaria disposta all'atto dell'insediamento degli organi liquidatori (art. 90, 3° co., seconda parte, t.u.l.b.) . . . . . » 1164
3.100. Le «operazioni passive» della procedura di liquidazione coatta bancaria . . . » 1165
3.101. Restituzione dei beni e ripartizione del ricavato tra i creditori. Premessa. Le modificazioni apportate dal d.lg. 415/1996 . . . . . » 1166
3.102. Le attività di restituzione dei beni e degli strumenti finanziari (relativi ai servizi di investimento) in possesso della banca ma «di pertinenza» dei clienti . . . . . » 1166
3.103. Le attività di ripartizione dell'attivo. «Prededucibilità» delle somme spettanti agli organi dell'eventuale amministrazione straordinaria . . . . . » 1167
3.104. Restituzioni e ripartizione dei diritti alla restituzione di beni individuati soltanto nel genere (diversi dagli strumenti finanziari relativi ai servizi di investimento) . . . . . » 1168
3.105. Restituzioni e ripartizioni dei diritti alla restituzione di strumenti finanziari ammessi alla sezione separata dello stato passivo. . . . . » 1168
3.106. I riparti e le restituzioni parziali . . . . . » 1171
3.107. La disciplina degli accantonamenti . . . . . » 1171
3.108. La partecipazione al riparto dei creditori «ritardatari» e dei creditori «tardivi» . . . . . » 1172
3.109. Il soddisfacimento dei diritti reali e dei diritti di prelazione. . . . . » 1173
3.110. L'amministrazione degli strumenti finanziari gestiti dalla banca «in un'ottica di minimizzazione del rischio» . . . . . » 1173
3.111. La disciplina degli adempimenti finali di liquidazione e le cause di chiusura della procedura . . . . . » 1174
3.112. La tipologia degli «adempimenti finali». Redazione del bilancio finale di liquidazione, del rendiconto finanziario e del piano di riparto. Relazione degli organi della liquidazione . . . . . » 1175
3.113. Autorizzazione della Banca d'Italia al deposito della documentazione finale di liquidazione presso la cancelleria del Tribunale. Il problema del «segreto bancario» per i creditori chirografari . . . . . » 1176

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXII 01/11/14 8:45 PM

3.114. Deposito della documentazione finale di liquidazione, formalità pubblicitarie e dichiarazioni fiscali.. *Pag.* 1176
3.115. Impugnazione della documentazione finale di liquidazione. Istruttoria e definizione delle controversie, esecuzione del piano di riparto finale, accantonamenti. Chiusura della procedura . » 1177
3.116. La chiusura della procedura in pendenza di giudizi non definiti . » 1177
3.117. Chiusura della procedura e legittimazione a proseguire i giudizi pendenti . » 1178
3.118. Il concordato di liquidazione. Insuccesso dell'istituto nella previgente legge bancaria e caratteri della nuova disciplina . » 1179
3.119. Procedimento di proposizione della domanda di concordato e legittimazione attiva . » 1180
3.120. Il contenuto della proposta concordataria . » 1181
3.121. Il procedimento di omologazione del concordato di liquidazione e le opposizioni degli interessati . » 1182
3.122. La decisione sulla proposta di concordato; il regime delle impugnazioni; l'eseguibilità di riparti parziali nel corso della procedura . » 1183
3.123. L'esecuzione del concordato di liquidazione . » 1184
3.124. Gli effetti della esecuzione del concordato di liquidazione . » 1185
3.125. La cessazione della procedura. Trasformazione o liquidazione dell'impresa (ex) bancaria . » 1186
3.126. Annullamento e risoluzione del concordato di liquidazione . » 1187
3.127. Il concordato di liquidazione con assuntore . » 1187

Sezione VI Succursali di banche extracomunitarie e banche operanti in ambito comunitario . » 1188
3.128. Il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva comunitaria 2001/24/CE . » 1188
3.129. La liquidazione coatta delle succursali di banche extracomunitarie . » 1189
3.130. Disposizione della procedura di l.c.a. della succursale di banca extracomunitaria e revoca dell'autorizzazione ad operare in Italia . » 1189
3.131. Gli effetti del provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia adottato dal Paese di origine di una banca extracomunitaria avente succursali operative in Italia . » 1189
3.132. L'obbligo di informazione agli Stati comunitari che ospitano succursali della banca extracomunitaria ovverosia succursali di banche italiane assoggettate a provvedimenti di rigore . » 1190
3.133. Riconoscimento delle procedure di risanamento e liquidazione di banche comunitarie . » 1190
3.134. Pubblicità e informazioni agli aventi diritto . » 1192

Capitolo IV **I sistemi di garanzia dei depositanti** (G. Falcone) . » 1203
4.1. Origine ed evoluzione della disciplina . » 1205
4.2. Obbligatorietà dell'adesione al sistema di garanzia e suo rapporto con l'autorizzazione all'attività bancaria . » 1207
4.3. Il «riconoscimento» da parte dell'autorità di vigilanza . » 1208
4.4. Natura giuridica del sistema di garanzia . » 1209
4.5. Obbligo di contribuzione . » 1211
4.6. I poteri della Banca d'Italia . » 1211
4.6.1. *Segue*: l'esclusione dal sistema . » 1212
4.6.2. *Segue*: la circolazione delle informazioni . » 1212

© Wolters Kluwer

4.7. Diritto soggettivo al rimborso e relativi presupposti oggettivi. . . . . *Pag.* 1213
4.7.1. *Segue*: ulteriori forme di intervento . . . . . » 1213
4.8. Limiti dell'intervento e cause di esclusione dall'intervento . . . . . » 1214

Capitolo V **Liquidazione ordinaria della banca, sostituzione dei relativi organi e responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato** [G. Falcone (sez. I); S. Bonfatti (sez. II)] . . . . . » 1221

Sezione I Sostituzione degli organi della liquidazione ordinaria . . . . . » 1223
5.1. La liquidazione ordinaria delle banche . . . . . » 1223

Sezione II Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato . . . . . » 1227
5.2. Premessa . . . . . » 1227
5.3. Comunicazioni e interventi nel procedimento penale di Banca d'Italia e CONSOB . . . . . » 1228
5.4. Acquisizione di informazioni sulla situazione della banca prima della sentenza . . . . . » 1228
5.5. Esecuzione della sentenza . . . . . » 1228
5.6. Sanzioni interdittive in via cautelare . . . . . » 1229

Parte settima – LA DISCIPLINA DELLA CRISI DEI GRUPPI BANCARI

Capitolo I **L'amministrazione straordinaria della «capogruppo» del gruppo bancario** (G. Falcone) . . . . . » 1233

1.1. Premessa . . . . . » 1235
1.2. I presupposti oggettivi dell'amministrazione straordinaria della capogruppo . . » 1236
1.2.1. I presupposti «speciali»: (*a*) le gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento . . . . . » 1237
1.2.2. I presupposti «speciali»: (*b*) «procedure» che investano una delle società del gruppo . . . . . » 1238
1.3. Lo svolgimento della procedura . . . . . » 1240
1.3.1. La durata della procedura . . . . . » 1240
1.3.2. I poteri dei commissari straordinari . . . . . » 1240
1.3.2.1. Il potere di revoca o di sostituzione degli amministratori delle società del gruppo . . . . . » 1241
1.3.2.2. Il potere di richiedere l'accertamento dello stato di insolvenza di società del gruppo . . . . . » 1242
1.3.2.3. Il potere di richiesta di dati e informazioni alle società del gruppo . . . . . » 1242
1.3.2.4. Il potere di disporre la sospensione dei pagamenti . . . . . » 1242
1.3.3. I poteri della Banca d'Italia . . . . . » 1243

Capitolo II **La liquidazione coatta amministrativa della «capogruppo»** (G. Falcone) . . . . . » 1245

2.1. Considerazioni generali . . . . . » 1247
2.2. I presupposti della liquidazione coatta amministrativa della capogruppo . . . . . » 1247
2.2.1. Crisi del gruppo bancario e presupposti «speciali» previsti dalla normativa anticrisi: cenni . . . . . » 1249

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXIV 01/11/14 8:45 PM

2.3. Poteri dei commissari liquidatori. . . . . *Pag.* 1250
2.3.1. Gli adempimenti pubblicitari. . . . . » 1250
2.3.2. *Segue*: il potere di richiedere l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza e il potere di richiedere informazioni alle società del gruppo. . . . . » 1250
2.3.3. L'esercizio delle cc.dd. «revocatorie aggravate». . . . . » 1250

Capitolo III **Le procedure di crisi delle altre società del «gruppo»** (G. Falcone) . . . . . » 1255

3.1. Premessa . . . . . » 1257
3.2. Amministrazione straordinaria . . . . . » 1257
3.2.1. L'estensione della procedura . . . . . » 1258
3.2.2. La conversione delle procedure . . . . . » 1259
3.2.3. Il parere dell'Autorità di vigilanza . . . . . » 1262
3.2.4. La durata delle procedure . . . . . » 1263
3.2.5. La sospensione dei pagamenti. . . . . » 1263
3.3. Liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 1264
3.3.1. L'estensione della procedura . . . . . » 1264
3.3.2. La conversione delle procedure «originarie» delle singole società nella liquidazione coatta amministrativa «bancaria» . . . . . » 1265
3.3.3. La salvezza degli «atti legalmente compiuti» . . . . . » 1267
3.3.4. L'azione revocatoria «aggravata». . . . . » 1267
3.4. Le procedure proprie delle singole società . . . . . » 1268

Capitolo IV **Disposizioni comuni alle procedure di crisi delle società del «gruppo»** (G. Falcone) . . . . . » 1271

4.1. Premessa . . . . . » 1273
4.2. Unicità dei componenti gli organi delle procedure delle società appartenenti al gruppo bancario . . . . . » 1273
4.3. Situazioni di conflitto di interessi. . . . . » 1275
4.4. Indennità spettanti ai commissari ed ai componenti del comitato di sorveglianza . . . . . » 1276
4.5. Competenza giurisdizionale in materia civile . . . . . » 1276
4.6. Competenza giurisdizionale in materia amministrativa . . . . . » 1278
4.7. Il gruppo bancario «di fatto» . . . . . » 1278
4.8. Gruppo «di fatto» e banca «di fatto» . . . . . » 1280

Parte ottava – LA DISCIPLINA DELLA CRISI DEGLI INTERMEDIARI IN STRUMENTI FINANZIARI

Capitolo I **La disciplina dei provvedimenti ingiuntivi e cautelari** (G. Falcone) . . . . . » 1285

1.1. La disciplina dei provvedimenti ingiuntivi. . . . . » 1287
1.2. I provvedimenti ingiuntivi adottabili nei confronti degli intermediari nazionali ed extracomunitari . . . . . » 1288
1.3. I provvedimenti ingiuntivi nei confronti di intermediari comunitari . . . . . » 1290
1.4. La sospensione degli organi amministrativi. . . . . » 1291
1.5. Altri provvedimenti ingiuntivi. . . . . » 1293

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXV 01/11/14 8:45 PM

Capitolo II **La disciplina delle crisi degli intermediari in strumenti finanziari** (G. Falcone) . . . . . *Pag.* 1297

2.1. Premessa . . . . . » 1299
2.2. L'amministrazione straordinaria . . . . . » 1299
2.3. La liquidazione coatta amministrativa . . . . . » 1301
2.4. Le «sanzioni interdittive» *ex* d.lg. 231/2001: nuovi presupposti per le procedure di crisi? . . . . . » 1302
2.5. L'applicazione delle procedure di crisi agli intermediari in strumenti finanziari «di fatto» . . . . . » 1303

Capitolo III **I sistemi di indennizzo degli investitori** (G. Falcone) . . » 1305

3.1. Origine ed evoluzione della disciplina . . . . . » 1307
3.2. Obbligatorietà dell'adesione al sistema di garanzia e suo rapporto con l'autorizzazione alla prestazione di servizi e attività di investimento . . . . . » 1308
3.3. Il «riconoscimento» da parte dell'autorità di vigilanza . . . . . » 1309
3.4. Natura giuridica del sistema di indennizzo . . . . . » 1309
3.5. Obbligo di contribuzione. . . . . » 1309
3.6. I poteri delle autorità di vigilanza. . . . . » 1310
3.6.1. *Segue*: l'esclusione dal sistema . . . . . » 1311
3.7. L'indennizzo ed i relativi presupposti oggettivi . . . . . » 1312
3.8. Il «Fondo nazionale di Garanzia» . . . . . » 1315
3.9. Intermediari comunitari ed extracomunitari. . . . . » 1316
3.10. I «Fondi» previsti dalla l. 266/2005 e dalla l. 262/2005 . . . . . » 1316

Parte nona – DISPOSIZIONI COMUNI ALLA CRISI DELLE SOCIETÀ DEL GRUPPO

Capitolo I **La disciplina della crisi degli intermediari finanziari di cui ai titoli V, V *bis* e V *ter* del testo unico bancario** (G. Falcone) . . . . . » 1323

1.1. La crisi degli intermediari finanziari «riformati» . . . . . » 1325

Parte decima – L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE INSOLVENTI

Capitolo I **L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi – Introduzione** (L. Rovelli) . . . . . » 1331

1.1. Le ragioni della riforma. Profili di diritto interno . . . . . » 1334
1.1.1. Gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa e la faticosa ricerca di un punto di equilibrio . . . . . » 1334
1.1.2. Linee dell'evoluzione del sistema normativo e «coesistenza» di modelli diversi. La legge fallimentare del 1942 e la sua caratteristica di «legge processuale» . . . . . » 1335
1.1.3. Interesse dei creditori ed interesse alla sopravvivenza dell'impresa: l'esperienza del c.d. «uso alternativo delle procedure concorsuali» . . . » 1336
1.1.4. Il ribaltamento della gerarchia degli interessi con la legge Prodi del 1979. . . . . » 1338

© Wolters Kluwer

1.1.5. Contraddizione tra la funzione risanatoria e la struttura liquidativa. Prevalenza della funzione. . . . . *Pag.* 1339
1.1.6. Il punto cruciale di ogni procedura con finalità conservative d'impresa «insolvente»: quello della continuazione nell'esercizio dell'impresa. . . . » 1340
1.1.7. Natura strumentale del processo esecutivo e limiti costituzionali alla destinazione del patrimonio del debitore a scopi alternativi alla tutela esecutiva. . . . » 1341
1.1.8. La «continuazione dell'impresa» nella legge Prodi. Affievolimento del diritto di credito? I rimedi giurisdizionali, loro insufficienza. . . . » 1342
1.1.9. Conclusioni. . . . » 1344
1.2. Le radici comunitarie della riforma . . . » 1345
1.2.1. Il diritto di «aiuti pubblici» (art. 87 del Trattato di Amsterdam); le censure della Commissione alla legge Prodi. . . . » 1345
1.2.2. I modelli interpretativi del diritto comunitario espressi dalla Corte di giustizia. La nozione di aiuti e la garanzia dello Stato per debiti contratti da imprese; i limiti di compatibilità. Gli aiuti di salvataggio e gli aiuti di ristrutturazione . . . » 1346
1.2.3. Aiuti di Stato e continuazione dell'attività dell'impresa insolvente. Specificità degli aiuti e discrezionalità dell'atto amministrativo che, per un interesse generale, e in danno di creditori, consente la continuazione dell'attività economica in circostanze in cui tale eventualità sarebbe esclusa in base ai principi generali . . . » 1347
1.3. Le principali «linee guida» della riforma. Analisi e valutazioni. . . . » 1349
1.3.1. L'interesse pubblico che giustifica la natura amministrativa della procedura sulla legge Prodi e sulla «nuova» amministrazione straordinaria. Il superamento dell'automatismo nell'accesso alla procedura conservativa. Le due correzioni: quella di diritto sostanziale e quella processuale . . . . » 1349
1.3.2. Il piano sostanziale. . . . » 1351
1.3.2.1. Le «concrete possibilità di recupero dell'equilibrio economico». La finalità «conservativa» dell'impresa . . . » 1351
1.3.2.2. I due strumenti attuativi: il risanamento e la cessione dei complessi aziendali. Problemi di coerenza sistematica. . . . » 1352
1.3.2.3. Il programma di cessione e significato di «recupero dell'equilibrio economico». Non decisività della sorte dei crediti pregressi. . . . » 1352
1.4. Il piano processuale. . . . » 1354
1.4.1. Il processo «bifasico». Contemperamento dei poteri discrezionali dell'autorità amministrativa con il ruolo del giudice. La fase di «osservazione» . . . » 1354
1.4.2. Finalità conservativa dell'impresa, interesse dei creditori in relazione alla natura della crisi dell'impresa. Finalità conservativa e verifica della fattibilità del «recupero» . . . » 1355
1.4.3. Essenzialità del ruolo dei creditori di corretta impostazione di una procedura «conservativa» . . . » 1357
1.4.4. Le carenze, al riguardo, della «novella» . . . » 1358
1.4.5. Automaticità della continuazione all'atto della verifica dei (soli) presupposti soggettivi di ammissibilità alla procedura . . . » 1359
1.4.6. Centralità della relazione del commissario giudiziale e l'anomalia della sua nomina su designazione vincolante del Ministro dell'Industria . . . . » 1361
1.5. I requisiti soggettivi e le soglie dimensionali . . . » 1363
1.5.1. Le imprese soggette alla disposizione sul fallimento . . . » 1363
1.5.2. Eliminazione delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento. Problemi interpretativi . . . » 1364

© Wolters Kluwer

1.5.3. Alternatività con la procedura di concordato preventivo. . . . . *Pag.* 1365
1.5.4. L'impresa individuale e l'impresa collettiva. Il coinvolgimento dei soci illimitatamente responsabili. . . . . » 1366
1.5.5. I presupposti soggettivi: confronto con la legge Prodi. . . . . » 1367
1.5.6. La nozione di «grande impresa» e il requisito del numero dei dipendenti; primi orientamenti giurisprudenziali con riferimento al calcolo del numero dei dipendenti nel c.d. «gruppo d'imprese» . . . . . » 1368
1.5.7. Il requisito dell'indebitamento e l'irrazionalità della previsione . . . . . » 1369
1.5.8. L'accertamento dello stato di insolvenza e la nozione di insolvenza rilevante . . . . . » 1371
1.6. La nuova amministrazione straordinaria fra amministrazione e giurisdizione. Cenni sulle amministrazioni straordinarie speciali . . . . . » 1373
1.6.1. Sulla natura della nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Le condizioni per la continuazione dell'impresa . . . . . » 1373
1.6.2. Il diritto di credito fatto valere come interesse? . . . . . » 1373
1.6.3. Le amministrazioni straordinarie speciali. Il caso Parmalat e l'abolizione del sistema bifasico. . . . . » 1374
1.6.4. Una legge-fotografia elevata a nuova procedura . . . . . » 1376
1.6.5. Il decreto Alitalia. Completamento della totale «amministrativizzazione» della procedura e caduta della tutela del credito. I problemi di ordine costituzionale e le conseguenze negative per il sistema economico. . . . . » 1377
1.6.6. Elementi per un bilancio: i dati dell'esperienza concreta . . . . . » 1379
1.6.7. La giurisdizionalità affidata alla scansione bifasica e inconsistenza della regola di giudizio cui è affidata la «selezione qualitativa» delle imprese da ammettere alla procedura conservativa . . . . . » 1380
1.6.8. Conseguenzialità dell'abolizione della fase di osservazione e di ogni «apparenza» di giurisdizionalità . . . . . » 1381

Capitolo II **Sguardo d'insieme** (F. Di Marzio) . . . . . » 1387

2.1. Gli interessi tutelati nel diritto concorsuale e le leggi sull'amministrazione straordinaria . . . . . » 1389
2.2. Vicende della tutela dell'interesse creditorio. Dalla «Legge Prodi» sull'amministrazione straordinaria alla legge «Prodi *bis*» alla legge «Marzano». . . . . » 1390
2.3. Ancora sugli interessi tutelati. Breve raffronto con l'ordinamento tedesco . . » 1392
2.4. Condizioni per l'ammissione alla procedura: le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico . . . . . » 1393
2.5. Il risanamento dell'impresa tra ristrutturazione e cessione . . . . . » 1394
2.6. La relazione del commissario giudiziale. . . . . » 1396
2.7. Il parere del Ministero. . . . . » 1398
2.8. Le osservazioni dei creditori. . . . . » 1398
2.9. Il procedimento. Adempimenti preliminari e decreto di apertura della procedura o di dichiarazione di fallimento . . . . . » 1399
2.10. Reclami e giudizi in corso nei confronti del commissario giudiziale . . . . . » 1400
2.11. Conversione del fallimento in amministrazione straordinaria . . . . . » 1402
2.12. Apertura della procedura secondo la «Legge Marzano». . . . . » 1403
2.13. Recenti leggi-provvedimento e prospettive di riforma. In particolare, la unificazione delle procedure di amministrazione straordinaria. . . . . » 1405

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXVIII 01/11/14 8:45 PM

Capitolo III **Il processo di dichiarazione dello stato di insolvenza** (F. Dimundo) ..... *Pag.* 1409

3.1. Il trattamento dell'insolvenza delle imprese commerciali dalla legge fallimentare del 1942 alla c.d. legge Prodi: evoluzione interpretativa e normativa del sistema ..... » 1412
3.1.1. L'emersione dell'esigenza di conservazione dell'impresa ..... » 1412
3.1.2. La c.d. «legge Prodi», sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ..... » 1413
3.2. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: motivi ed obiettivo finale ..... » 1414
3.3. Le due direttrici fondamentali della nuova procedura: (*a*) il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali ..... » 1416
3.4. Le direttrici della riforma: (*b*) il c.d. «sistema binario» o «bifasico» ..... » 1417
3.5. Le luci e le ombre della legge sull'amministrazione straordinaria ..... » 1418
3.6. Aspetti funzionali dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ..... » 1420
3.7. Aspetti strutturali della nuova amministrazione straordinaria ..... » 1422
3.8. La prima fase della procedura ..... » 1423
3.9. Il processo di dichiarazione dello stato di insolvenza delle grandi imprese: presupposti sostanziali ..... » 1424
3.9.1. Il processo: il presupposto soggettivo. Rinvio ..... » 1425
3.9.2. Il processo: il presupposto oggettivo ..... » 1426
3.9.3. Il processo: il presupposto processuale ..... » 1430
3.10. Il rapporto tra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori ..... » 1431
3.11. Imprenditore cessato o defunto ..... » 1435
3.12. L'istruttoria per la dichiarazione dello stato di insolvenza ..... » 1438
3.13. Qualificazione giuridica dell'istruttoria ..... » 1438
3.14. L'oggetto del processo per la dichiarazione dello stato di insolvenza ..... » 1438
3.15. La struttura sommaria del processo ..... » 1440
3.16. Carattere inquisitorio del processo per la dichiarazione dello stato di insolvenza ..... » 1441
3.17. Iniziativa per la dichiarazione dello stato di insolvenza ..... » 1441
3.18. Il ricorso dell'imprenditore ..... » 1443
3.18.1. Il soggetto richiedente ..... » 1446
3.19. Il ricorso del creditore ..... » 1446
3.20. Il ricorso del pubblico ministero ..... » 1447
3.21. La dichiarazione «d'ufficio» ..... » 1448
3.22. La competenza ..... » 1449
3.23. L'istruzione probatoria ..... » 1452
3.23.1. Natura inquisitoria del processo ..... » 1452
3.23.2. Onere della prova ..... » 1453
3.23.3. Mezzi di prova ammissibili ..... » 1454
3.24. Convocazione ed audizione degli interessati ..... » 1456
3.24.1. Il soggetto o l'organo cui spetta la convocazione ..... » 1457
3.24.2. L'avviso di convocazione ed il suo contenuto. Il termine a comparire » 1458
3.24.3. La comunicazione dell'avviso di convocazione ..... » 1460
3.24.4. Audizione collegiale oppure delegata ad un componente del collegio . » 1460
3.25. Effetti della violazione del diritto di difesa ..... » 1463

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXIX 01/11/14 8:45 PM

3.26. Adozione di misure cautelari *ex* art. 15 l. fall. . . . . *Pag.* 1463
3.27. Conclusione dell'istruttoria probatoria . . . . . » 1464

Capitolo IV **Il rigetto del ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza e i mezzi di impugnazione** (A. Dimundo) . . » 1465

4.1. Premessa . . . . . » 1467
4.2. Il provvedimento di rigetto del ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza: natura ed effetti . . . . . » 1468
4.3. Il decreto di rigetto: irrevocabilità . . . . . » 1470
4.4. Il decreto di rigetto: forma . . . . . » 1471
4.5. Il decreto di rigetto: motivazione. Contenuto . . . . . » 1471
4.6. Il decreto di rigetto: spese processuali . . . . . » 1471
4.7. L'impugnazione del decreto di rigetto del ricorso. Il reclamo alla Corte d'Appello . . . . . » 1472
4.8. L'atto impugnabile col reclamo . . . . . » 1472
4.9. Il termine per il reclamo . . . . . » 1472
4.10. La legittimazione al reclamo . . . . . » 1473
4.11. La disciplina del procedimento. La competenza . . . . . » 1474
4.12. Forma, contenuto, sottoscrizione, patrocinio legale, trattazione . . . . . » 1475
4.13. L'intervento del pubblico ministero e del terzo. Sospensione dei termini processuali . . . . . » 1476
4.14. La decisione sul reclamo. Decreto di rigetto . . . . . » 1476
4.15. Conseguente dichiarazione dello stato di insolvenza. Problemi di costituzionalità . . . . . » 1477
4.16. Qualificazione giuridica del decreto della corte e della sentenza del Tribunale . . . . . » 1477
4.17. Il rapporto tra il decreto della corte ed i poteri del Tribunale . . . . . » 1478
4.18. L'irrevocabilità del decreto di accoglimento del reclamo . . . . . » 1478
4.19. La riproponibilità dell'istanza . . . . . » 1478
4.20. Il ricorso per cassazione . . . . . » 1479
4.21. Regolamento di competenza . . . . . » 1479

Capitolo V **La sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza** (A. Dimundo) . . . . . » 1481

5.1. La sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza: natura . . . . . » 1483
5.2. I contenuti precettivi della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza . . . » 1484
5.3. Le particolarità del contenuto della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza . . . . . » 1488
5.4. La nomina dei commissari giudiziali: critiche della dottrina . . . . . » 1489
5.5. La continuazione della gestione dell'impresa nella fase prodromica . . . . . » 1491
5.6. L'affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale . . . . . » 1492
5.7. Gli aspetti formali della sentenza. Inapplicabilità della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale . . . . . » 1496
5.8. Il principio di immutabilità del giudice . . . . . » 1497
5.9. Indicazione delle parti e motivazione. Effetti della mancanza di motivazione » 1497
5.10. Dispositivo, sottoscrizione, data di deliberazione e deposito, pubblicazione . » 1499
5.11. Esecuzione provvisoria . . . . . » 1500
5.12. La sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza: giudicato . . . . . » 1501
5.13. La sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza: pubblicità . . . . . » 1502

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXX 01/11/14 8:45 PM

Capitolo VI **L'impugnazione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza** (F. Dimundo) . . . . . *Pag.* 1503

6.1. Premessa . . . . . » 1505
6.2. Natura del giudizio di opposizione . . . . . » 1506
6.3. Oggetto del giudizio . . . . . » 1507
6.4. Legittimazione attiva . . . . . » 1508
6.5. Termine per l'opposizione e sua decorrenza . . . . . » 1510
6.6. Legittimazione passiva . . . . . » 1512
6.7. Ammissibilità dell'intervento di terzi . . . . . » 1513
6.8. Intervento del pubblico ministero . . . . . » 1514
6.9. Atto introduttivo del giudizio . . . . . » 1514
6.10. Competenza . . . . . » 1515
6.11. Riserva di collegialità . . . . . » 1515
6.12. Carattere inquisitorio del giudizio . . . . . » 1515
6.13. Contenuto ed effetti della sentenza resa nel giudizio di opposizione . . . . . » 1516
6.13.1. Rigetto dell'opposizione . . . . . » 1516
6.13.2. Accoglimento dell'opposizione e revoca della sentenza opposta. Effetti » 1517
6.13.3. Accoglimento parziale dell'opposizione e conversione in fallimento . » 1519
6.13.4. Conversione del fallimento in amministrazione straordinaria . . . . . » 1523
6.14. La sentenza di revoca non è provvisoriamente esecutiva . . . . . » 1524
6.15. Il giudizio di appello . . . . . » 1525

Capitolo VII **Gli organi, gli effetti e i provvedimenti immediati** (V. Zanichelli) . . . . . » 1529

7.1. Premesse . . . . . » 1531
7.1.1. Il ruolo dell'Autorità giudiziaria e di quella amministrativa . . . . . » 1532
7.1.2. Amministrazione straordinaria comune e amministrazione straordinaria speciale . . . . . » 1534
7.2. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi-*bis*) . . . . . » 1535
7.2.1. La struttura bifasica del procedimento . . . . . » 1535
7.2.2. La fase di osservazione . . . . . » 1536
7.2.3. Gli organi in generale . . . . . » 1537
7.2.4. Il Tribunale . . . . . » 1538
7.2.5. Il giudice delegato . . . . . » 1541
7.2.6. Il commissario giudiziale . . . . . » 1546
7.3. Effetti della dichiarazione di insolvenza sui rapporti processuali . . . . . » 1550
7.4. Effetti sostanziali e processuali per i creditori . . . . . » 1551
7.5. Il pagamento dei debiti anteriori alla sentenza di insolvenza . . . . . » 1554
7.6. I provvedimenti conservativi . . . . . » 1555
7.7. Il procedimento di reclamo . . . . . » 1556
7.8. Gli effetti della dichiarazione di insolvenza sui rapporti giuridici preesistenti . » 1558
7.9. L'avviso ai creditori per l'accertamento del passivo . . . . . » 1559
7.10. L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano) . . . . . » 1560
7.10.1. Premessa: dalla legge Prodi-*bis* al decreto Marzano . . . . . » 1560
7.10.2. La struttura del procedimento . . . . . » 1561
7.10.3. Gli organi. Il Tribunale . . . . . » 1562
7.10.3.1. Il giudice delegato . . . . . » 1563
7.10.3.2. Il commissario straordinario . . . . . » 1565
7.10.3.3. Il comitato di sorveglianza . . . . . » 1567
7.10.3.4. L'Autorità amministrativa . . . . . » 1568

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXXI 01/11/14 8:45 PM

7.10.4. Gli effetti dell'ammissione.. . . . . *Pag.* 1568
7.10.5. L'autorizzazione al pagamento di debiti pregressi . . . . . » 1570

Capitolo VIII **Le società con soci illimitatamente responsabili** (M. Arato). . . . . » 1577

8.1. I soci illimitatamente responsabili nel d.lg. 270/1999 e nella precedente disciplina . . . . . » 1579
8.2. L'estensione dell'amministrazione straordinaria ai soci illimitatamente responsabili . . . . . » 1580
8.3. L'esame delle varie fattispecie in cui l'amministrazione straordinaria di una società di persone può essere estesa ai soci illimitatamente responsabili. . . . » 1581
8.4. Gli effetti e le regole procedurali dell'estensione dell'amministrazione straordinaria ai soci illimitatamente responsabili . . . . . » 1585
8.4.1. La sentenza che dichiara l'automatica estensione al socio illimitatamente responsabile degli effetti della amministrazione straordinaria della società . . . . . » 1586
8.4.2. La separata sentenza che estende l'amministrazione straordinaria al socio illimitatamente responsabile la cui esistenza venga successivamente accertata . . . . . » 1587
8.4.3. La difesa del socio illimitatamente responsabile . . . . . » 1588
8.4.4. L'opposizione alla sentenza . . . . . » 1588
8.5. Conclusioni . . . . . » 1588

Capitolo IX **Gli organi, gli effetti e l'accertamento del passivo** (V. Di Gravio) . . . . . » 1593

9.1. Gli organi dell'amministrazione straordinaria. Premessa . . . . . » 1595
9.2. Il Tribunale e il giudice delegato . . . . . » 1596
9.3. Ministero e Ministro dello sviluppo economico . . . . . » 1600
9.3.1. Ministero dello sviluppo economico . . . . . » 1601
9.3.2. Ministro dello sviluppo economico . . . . . » 1602
9.4. Commissario straordinario . . . . . » 1604
9.4.1. I diversi ruoli degli organi della procedura nell'amministrazione straordinaria speciale. . . . . » 1606
9.5. Comitato di sorveglianza. . . . . » 1608
9.5.1. Conclusioni . . . . . » 1609
9.6. Responsabilità del commissario straordinario. . . . . » 1611
9.6.1. Responsabilità civile. . . . . » 1611
9.6.2. Responsabilità penale . . . . . » 1613
9.7. La responsabilità del Ministero e del Ministro dello sviluppo economico . . . . » 1615
9.8. Gli effetti in generale. . . . . » 1616
9.8.1. Gli effetti per l'impresa . . . . . » 1616
9.8.2. Gli effetti per le società . . . . . » 1617
9.8.3. Gli effetti per i creditori. . . . . » 1618
9.8.4. Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti . . . . . » 1619
9.9. Crediti sorti per la continuazione dell'esercizio di impresa . . . . . » 1621
9.10. L'accertamento del passivo. . . . . » 1624

Capitolo X **La definizione e l'esecuzione del programma** (V. Di Gravio). . . . . » 1631

10.1. Le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio delle attività d'impresa e la definizione del programma di risanamento . . . . . » 1633

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXXII 01/11/14 8:45 PM

10.2. Il sistema concertativo nella redazione del programma: i compiti dell'autorità governativa, del commissario straordinario e del Tribunale nella fase della predisposizione; i termini e la revoca. . . . . *Pag.* 1637
10.3. Il contenuto di merito del programma: la conformità agli indirizzi di politica industriale e gli altri criteri di orientamento . . . . . » 1641
10.4. La specificazione di dettaglio della cessione dei complessi aziendali e della ristrutturazione d'impresa . . . . . » 1644
10.5. Il ricorso alla garanzia del Tesoro dello Stato o ad altre agevolazioni pubbliche, in rapporto all'ordinamento comunitario . . . . . » 1649
10.6. La fase dell'autorizzazione all'esecuzione del programma; la riservatezza . . . » 1651
10.7. La modifica e la sostituzione del programma di risanamento già autorizzato » 1654

Capitolo XI **L'esecuzione del programma: vendita e affitto di azienda** (V. Di Gravio) . . . . . » 1659

11.1. L'esecuzione del programma e la proroga del termine di scadenza del programma di cessione dei complessi aziendali . . . . . » 1661
11.2. L'alienazione dei beni: principi generali . . . . . » 1664
11.3. La vendita dell'azienda in esercizio . . . . . » 1666
11.4. *Segue:* la scelta dell'acquirente dell'azienda in esercizio . . . . . » 1670
11.5. L'esenzione da responsabilità dell'acquirente per i debiti delle aziende cedute anteriori al trasferimento . . . . . » 1670
11.6. L'affitto di azienda . . . . . » 1671
11.7. Cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni e impugnazione degli atti di liquidazione . . . . . » 1672

Capitolo XII **La ripartizione dell'attivo in generale** (E. Stasi) . . . . . » 1677

12.1. Ripartizione dell'attivo in generale . . . . . » 1679
12.2. Riparti . . . . . » 1680
12.3. Acconti . . . . . » 1682

Capitolo XIII **La cessazione della procedura di amministrazione straordinaria per la conversione in fallimento e per concordato** (V. Zanichelli) . . . . . » 1685

Sezione I La chiusura per conversione in fallimento . . . . . » 1687
13.1. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi *bis*) . . . . . » 1687
13.1.1. La cessazione della procedura . . . . . » 1687
13.2. La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento . . . . . » 1688
13.2.1. Il fenomeno della conversione . . . . . » 1688
13.2.2. Le varie ipotesi di conversione in corso di procedura . . . . . » 1689
13.2.2.1. La mancata autorizzazione del programma . . . . . » 1691
13.2.2.2. La conversione in corso di esecuzione del programma . . . . » 1692
13.2.3. La conversione al termine della procedura . . . . . » 1693
13.2.4. Il procedimento di conversione . . . . . » 1695
13.2.5. Gli effetti della conversione . . . . . » 1698
13.2.5.1. L'anticipata applicazione della normativa della legge fallimentare . . . . . » 1698
13.2.5.2. Gli effetti espressamente disciplinati . . . . . » 1699
13.2.5.3. Gli ulteriori effetti . . . . . » 1701
13.3. La conversione del fallimento in amministrazione straordinaria . . . . . » 1704
13.4. La chiusura della procedura . . . . . » 1705

© Wolters Kluwer

13.4.1. La cessazione dell'esercizio dell'impresa. ... *Pag.* 1705
13.4.2. Le singole ipotesi di chiusura della procedura ... » 1708
13.4.2.1. Le ipotesi di chiusura comuni a tutte le tipologie di programma ... » 1708
13.4.2.2. Le ipotesi di chiusura dei soli programmi di cessione ... » 1710
13.4.3. Bilancio finale della procedura e rendiconto del commissario straordinario ... » 1712
13.4.4. Il decreto di chiusura ... » 1715
13.4.5. Gli effetti della chiusura ... » 1716
13.5. La riapertura del procedimento ... » 1718
13.6. L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano) ... » 1720
13.6.1. La cessazione della procedura ... » 1720
13.6.1.1. Premessa ... » 1720
13.6.1.2. Cessazione per rigetto del ricorso per la dichiarazione di insolvenza ... » 1721
13.6.1.3. La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ... » 1725
13.6.1.3.1. I casi di conversione propri dell'amministrazione straordinaria speciale ... » 1725
13.6.1.3.2. Le ipotesi comuni all'amministrazione straordinaria *ex* d.lg. 270/1999 ... » 1727
13.6.1.3.3. Il procedimento di conversione in fallimento ... » 1728
13.6.1.4. La chiusura della procedura ... » 1729

Sezione II La chiusura per concordato ... » 1730
13.7. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi *bis*) ... » 1730
13.7.1. Il concordato: la evoluzione normativa dell'istituto ... » 1730
13.7.2. La disciplina applicabile «*ratione temporis*» ... » 1731
13.7.3. Il procedimento prima del decreto correttivo ... » 1732
13.8. Il procedimento dopo le modifiche: in generale ... » 1734
13.9. La proposta di concordato: il tempo della presentazione ... » 1734
13.10. I soggetti legittimati ... » 1736
13.11. Il contenuto della proposta ... » 1737
13.12. L'autorizzazione ministeriale ... » 1739
13.13. L'omologazione ... » 1740
13.14. Il concordato particolare del socio ... » 1744
13.15. L'efficacia del decreto ... » 1745
13.16. Il reclamo ... » 1745
13.17. Effetti del concordato ... » 1746
13.18. I giudizi pendenti ... » 1748
13.19. La chiusura della procedura per concordato ... » 1751
13.20. L'esecuzione del concordato ... » 1751
13.21. Il concordato nell'amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo ... » 1752
13.22. La risoluzione e l'annullamento del concordato ... » 1753

Sezione III L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano) ... » 1756
13.23. La natura del concordato speciale ... » 1756
13.24. Gli elementi di novità della proposta ... » 1757
13.24.1. La suddivisione dei creditori in classi ... » 1758
13.24.2. I creditori privilegiati ... » 1759
13.24.3. I trattamenti differenziati ... » 1761
13.24.4. Modalità di soddisfazione dei creditori ... » 1761

© Wolters Kluwer

13.24.5. La posizione dei piccoli risparmiatori. ... *Pag.* 1762
13.24.6. Le possibili forme del concordato ... » 1763
13.25. Cenni sul gruppo nell'amministrazione straordinaria speciale ... » 1765
13.25.1. Il concordato di gruppo ... » 1766
13.26. La legittimazione alla presentazione della proposta ... » 1768
13.27. Il collegamento tra programma e proposta di concordato ... » 1769
13.28. La presentazione della proposta ... » 1770
13.29. L'autorizzazione ... » 1772
13.29.1. La giurisdizione sul controllo dell'autorizzazione ... » 1776
13.30. L'accertamento del passivo in generale ... » 1777
13.30.1. La sospensione e l'interruzione delle operazioni di accertamento con rito fallimentare ... » 1778
13.30.1.1. Il procedimento: l'avviso ai creditori ... » 1779
13.30.1.2. Gli elenchi del commissario straordinario e le osservazioni dei creditori ... » 1780
13.30.1.3. L'inserimento dei creditori nelle classi ... » 1781
13.31. Gli elenchi redatti dal giudice delegato ... » 1783
13.31.1. Gli elenchi del giudice delegato e le classi ... » 1790
13.31.2. L'ammissione degli obbligazionisti e dei sottoscrittori di strumenti finanziari ... » 1791
13.31.3. Il termine per la presentazione delle osservazioni e delle domande al giudice delegato ... » 1793
13.32. Il deposito degli elenchi del giudice delegato ... » 1794
13.33. Le impugnazioni degli elenchi del giudice delegato: i termini e la loro decorrenza ... » 1796
13.33.1. Le impugnazioni: il rito applicabile ... » 1797
13.33.2. Le diverse forme di impugnazione ... » 1799
13.34. Gli effetti delle variazioni dello stato passivo ... » 1804
13.35. La contestazione dell'ammissione al voto dei creditori ammessi in massa ... » 1804
13.36. L'accantonamento delle somme spettanti ai creditori contestati ... » 1805
13.37. L'accertamento dei crediti tardivamente azionati ... » 1807
13.38. La fissazione del termine e delle modalità della manifestazione del voto ... » 1808
13.39. La votazione e il calcolo delle maggioranze ... » 1810
13.40. Il giudizio del Tribunale ... » 1812
13.41. La pubblicazione della sentenza ... » 1815
13.42. Gli effetti della sentenza che approva il concordato ... » 1815
13.43. Il giudizio di impugnazione ... » 1817
13.44. La fase esecutiva del concordato ... » 1818
13.45. La sentenza che respinge il concordato ... » 1819
13.46. La risoluzione e l'annullamento del concordato ... » 1820

Capitolo XIV **Il gruppo di imprese** (V. Zanichelli) ... » 1821

Sezione I Il gruppo di imprese in generale ... » 1823
14.1. Il fenomeno del gruppo di imprese ... » 1823
14.2. Le ragioni economiche dell'organizzazione in gruppo ... » 1824
14.3. Il fenomeno giuridico del gruppo ... » 1824

Sezione II Il gruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria ... » 1829
14.4. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi *bis*) ... » 1829
14.4.1. Premessa ... » 1829
14.4.2. Gruppo e imprese individuali ... » 1830
14.4.3. I criteri di collegamento delle imprese ad un gruppo ... » 1831

© Wolters Kluwer

14.4.3.1. La nozione di controllo. ... *Pag.* 1832
14.4.3.2. Controllo ascendente, discendente, laterale ... » 1834
14.4.3.3. Il controllo indiretto ... » 1835
14.4.3.4. Controllo e forme particolari di enti collettivi ... » 1835
14.4.4. La direzione comune ... » 1836
14.4.4.1. Direzione comune e collegamenti paritetici: criteri distintivi ... » 1838
14.4.5. L'orizzonte temporale dell'appartenenza al gruppo ... » 1838
14.5. L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano). ... » 1841
14.5.1. Il gruppo nell'amministrazione straordinaria speciale in generale ... » 1841
14.5.2. Il gruppo e la sua rilevanza per il requisito dimensionale ... » 1842
14.5.3. I criteri di collegamento al gruppo ... » 1843
14.5.3.1. L'orizzonte temporale dell'appartenenza al gruppo ... » 1844

Sezione III Estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo » 1846
14.6. Premesse: le ragioni della amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo ... » 1846
14.7. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi *bis*) ... » 1847
14.7.1. I limiti temporali dell'estensione della procedura ... » 1847
14.7.1.1. Il presupposto dell'assoggettabilità al fallimento ... » 1848
14.7.1.2. Il presupposto dell'appartenenza al gruppo ... » 1849
14.7.1.3. Il presupposto dello stato di insolvenza ... » 1850
14.7.2. La condizione costituita dalle prospettive di risanamento ... » 1852
14.7.2.1. L'opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza ... » 1852
14.7.3. Il procedimento di accertamento dei presupposti e delle condizioni per l'ammissione ... » 1853
14.7.3.1. La competenza ... » 1853
14.7.3.2. L'iniziativa ... » 1855
14.7.3.3. La decisione sull'insolvenza ... » 1856
14.7.3.3.1. L'opposizione alla sentenza di insolvenza ... » 1858
14.7.3.3.2. Il concorso tra diverse procedure concorsuali ... » 1859
14.7.3.3.3. Il decreto di ammissione alla procedura ... » 1859
14.7.4. Conversione del fallimento in amministrazione straordinaria ... » 1861
14.7.4.1. L'impugnazione del decreto del Tribunale ... » 1863
14.7.5. La gestione unitaria delle procedure ... » 1864
14.7.6. Il programma delle imprese del gruppo ... » 1866
14.7.7. La conversione in fallimento dell'amministrazione straordinaria dell'impresa del gruppo ... » 1868
14.7.8. Il procedimento di conversione ... » 1870
14.8. L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano). ... » 1871
14.8.1. Le condizioni per l'ammissione di un'impresa del gruppo ... » 1871
14.8.1.1. L'appartenenza al gruppo ... » 1873
14.8.1.2. Le prospettive di risanamento e l'opportunità della gestione unitaria ... » 1874
14.8.2. Il procedimento di ammissione ... » 1875
14.8.2.1. La legittimazione ... » 1876
14.8.2.2. Il decreto di ammissione immediata ... » 1877
14.8.2.2.1. Gli effetti del decreto di ammissione immediata » 1878
14.8.2.2.2. Il Tribunale territorialmente competente ... » 1879
14.8.2.3. Competenza del giudice italiano e del giudice di altro Stato » 1880

© Wolters Kluwer

14.8.3. La sentenza dichiarativa dell'insolvenza. ... *Pag.* 1884
14.8.3.1. Contenuto ed effetti della sentenza del Tribunale ... » 1886
14.8.3.2. L'impugnazione della sentenza ... » 1886
14.8.3.3. L'impugnazione del provvedimento del Tribunale che rigetta il ricorso ... » 1887
14.8.4. Il programma relativo alle imprese del gruppo ... » 1888
14.8.5. Conversione del fallimento in amministrazione straordinaria ... » 1888
14.8.6. Conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ... » 1891

Capitolo XV **Azioni di responsabilità ed azioni revocatorie nella disciplina di gruppo** [U. De Crescienzo (sez. I); V. Zanichelli (sez. II)]. ... » 1893

Sezione I La responsabilità nei casi di direzione unitaria ... » 1895
15.1. La normativa di riferimento e la riforma del diritto societario ... » 1895
15.2. La disciplina dell'art. 90, d.lg. 270/1999 e il concetto di «gruppo» societario » 1896
15.3. Direzione unitaria ... » 1901
15.3.1. Il concetto di direttiva e di abuso di direzione unitaria ... » 1903
15.4. I presupposti dell'azione ... » 1907
15.4.1. La dichiarazione di insolvenza ... » 1907
15.4.2. La esistenza del rapporto di controllo ... » 1908
15.4.3. La legittimazione attiva e passiva ... » 1908
15.4.4. La competenza ... » 1909
15.5. La natura dell'azione: la tesi della natura contrattuale e quella della natura extracontrattuale ... » 1910
15.6. La solidarietà e il danno ... » 1911
15.7. L'innovazione introdotta dall'art. 2497 c.c. e la responsabilità per i casi di direzione e coordinamento di società ... » 1912
15.7.1. Il pregiudizio dei creditori e i limiti all'azione di responsabilità. ... » 1915

Sezione II Le azioni revocatorie. L'amministrazione straordinaria comune (legge Prodi *bis*) ... » 1917
15.8. Azione revocatoria e amministrazione straordinaria nella disciplina della l. 3.4.1979, n. 95 (legge Prodi) ... » 1917
15.9. I limiti all'esperibilità dell'azione revocatoria nella disciplina del d.lg. 8.7.1999, n. 279 (Prodi *bis*) ... » 1919
15.10. Sostituzione del programma ... » 1921
15.11. La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ... » 1922
15.12. La conversione del fallimento in amministrazione straordinaria ... » 1926
15.13. Beni acquisiti alla liquidazione e cessazione dell'esecuzione del programma di cessione ... » 1928
15.14. Le azioni esperibili. ... » 1929
15.15. La competenza e la legittimazione ... » 1930
15.16. Il computo del periodo sospetto ... » 1931
15.17. La decadenza dell'azione revocatoria ... » 1933
15.18. La revocatoria incidentale ... » 1936
15.19. Revocatorie e soci a responsabilità illimitata ... » 1937
15.20. La revocatoria aggravata ... » 1939
15.21. L'amministrazione straordinaria speciale (decreto Marzano) ... » 1941
15.21.1. Azione revocatoria e interesse dei creditori ... » 1941
15.21.2. La cessione delle azioni revocatorie ... » 1943
15.21.3. La data di decorrenza dei termini previsti per l'azione revocatoria ... » 1944

© Wolters Kluwer

Capitolo XVI **Il titolo VI (Disposizioni penali) e l'art. 99 del d.lg. 8.7.1999, n. 270** (G.G. Sandrelli) . . . . . *Pag.* 1947

16.1. Premessa . . . . . » 1949
16.2. L'art. 95, 1° co., d.lg. 8.7.1999, n. 270. . . . . » 1951
16.3. L'art. 95, 2° co., d.lg. 8.7.1999, n. 270. . . . . » 1959
16.4. L'art. 96, d.lg. 8.7.1999, n. 270 . . . . . » 1960
16.5. L'art. 97, d.lg. 8.7.1999, n. 270 . . . . . » 1965
16.6. L'art. 99, d.lg. 8.7.1999, n. 270 . . . . . » 1966
16.7. La disciplina penale transitoria . . . . . » 1968

Capitolo XVII **La disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria pendenti** (D. Manente) . . . . . » 1975

17.1. Generalità . . . . . » 1977
17.2. L'ambito di applicazione della disciplina transitoria: *a*) Premessa. . . . . » 1979
17.2.1. *b*) Le procedure di amministrazione straordinaria in corso. . . . . » 1980
17.2.2. *c*) L'estensione successiva ad imprese del gruppo . . . . . » 1982
17.2.3. *d*) Altri casi possibili. . . . . » 1983
17.3. L'ultrattività della normativa previgente . . . . . » 1985
17.3.1. Le disposizioni della l. 95/1979: *a*) Gli artt. 1 e 1 *bis*. . . . . » 1988
17.3.2. *b*) Gli artt. 2 e 2 *bis* . . . . . » 1988
17.3.3. *c*) Gli artt. 3 e 4. . . . . » 1990
17.3.4. *d*) Gli artt. 5 *bis*, 6 e 6 *bis*. . . . . » 1991
17.3.5. *e*) Non applicabilità degli artt. 5, 5 *ter* e 6. . . . . » 1992
17.3.6. Altre disposizioni . . . . . » 1992
17.3.7. Problemi di compatibilità con le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato: *a*) Il quadro di riferimento . . . . . » 1993
17.3.8. *b*) La questione e le soluzioni. . . . . » 1998
17.4. L'irretroattività della nuova disciplina . . . . . » 2003
17.4.1. Le deroghe . . . . . » 2004
17.4.2. *a*) I termini per il parere del comitato di sorveglianza. . . . . » 2005
17.4.3. *b*) La riapertura della procedura . . . . . » 2005
17.4.4. *c*) Il concordato. . . . . » 2007
17.5. Il compenso degli organi delle procedure in corso . . . . . » 2008
17.6. La proroga del trattamento di cassa integrazione guadagni. . . . . » 2008
17.7. Le modifiche alla disciplina transitoria apportate dall'art. 7, l. 12.12.2002, n. 273 . . . . . » 2009

Parte undicesima – PROFILI FISCALI

Capitolo I **Profili fiscali** (E. Stasi) . . . . . » 2015

Sezione I Fallimento . . . . . » 2017
1.1. Le imposte sul reddito. Termini di presentazione e contenuto della dichiarazione iniziale . . . . . » 2017
1.2. *Segue*: il reddito d'impresa del periodo fallimentare . . . . . » 2019
1.3. *Segue*: la dichiarazione finale. . . . . » 2020
1.4. *Segue*: revoca del fallimento . . . . . » 2021

© Wolters Kluwer

61302295_000_PANZANI_FM.indd XXXVIII 01/11/14 8:45 PM

1.5. *Segue*: il curatore sostituto d'imposta ... *Pag.* 2022
1.6. *Segue*: le dichiarazioni del precedente periodo d'imposta ... » 2024
1.7. Adempimenti contabili ... » 2025
1.8. L'imposta sul valore aggiunto. Adempimenti iniziali ... » 2025
1.9. *Segue*: adempimenti in corso di procedura ... » 2027
1.10. *Segue*: i beni recuperati attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria ... » 2028
1.11. *Segue*: il versamento dell'acconto Iva ... » 2029
1.12. *Segue*: il rimborso del credito Iva ... » 2029
1.13. *Segue*: adempimenti finali ... » 2030
1.14. *Segue*: l'affitto di azienda ... » 2030
1.15. *Segue*: le note di variazione Iva ... » 2031
1.16. Regime Iva per cassa ... » 2032
1.17. L'imposta regionale sulle attività produttive ... » 2033
1.18. L'imposta municipale unica. L'imposta sul valore degli immobili situati all'estero ... » 2034
1.19. I crediti tributari ... » 2036
1.20. L'imposta di registro. La sentenza dichiarativa di fallimento ... » 2036
1.21. *Segue*: le vendite fallimentari ... » 2037
1.22. *Segue*: i piani di riparto ... » 2038
1.23. Imposte di successione ... » 2038
1.24. La legittimazione processuale del curatore nelle liti fiscali ... » 2039
1.25. La responsabilità del curatore ... » 2041

Sezione II Concordato fallimentare ... » 2043
1.26. Le imposte dirette ... » 2043
1.27. L'imposta regionale sulle attività produttive ... » 2043
1.28. L'imposta sul valore aggiunto ... » 2044
1.29. L'imposta municipale unica ... » 2045
1.30. L'imposta di registro ... » 2045

Sezione III Concordato preventivo ... » 2048
1.31. Le imposte sul reddito ... » 2048
1.32. L'imposta sul valore aggiunto ... » 2049
1.33. L'imposta regionale sulle attività produttive ... » 2049
1.34. L'imposta di registro ... » 2050
1.35. L'imposta municipale unica ... » 2050

Sezione IV Accordi di ristrutturazione ... » 2051
1.36. Le imposte dirette, l'Irap e l'Iva ... » 2051
1.37. L'imposta di registro ... » 2051

Sezione V Liquidazione coatta amministrativa ... » 2052
1.38. Rinvio agli adempimenti del curatore ... » 2052

Sezione VI Profili fiscali dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi ... » 2053
1.39. Premessa ... » 2053
1.40. Adempimenti dei commissari della procedura di amministrazione straordinaria di cui al d.lg. 270/1999. Le imposte sul reddito ... » 2054

© Wolters Kluwer

1.41. *Segue*: il commissario straordinario sostituto d'imposta. . . . . *Pag.* 2059
1.42. *Segue*: l'imposta sul valore aggiunto . . . . . » 2059
1.43. *Segue*: l'imposta regionale sulle attività produttive . . . . . » 2062
1.44. *Segue*: l'imposta municipale unica . . . . . » 2062
1.45. La nota 19.7.2010 dell'Agenzia delle Entrate . . . . . » 2062
1.46. Adempimenti dei commissari delle procedure di amministrazione straordinaria speciali di cui ai d.l. 347/2003 e 134/2008 . . . . . » 2064
1.47. *Segue*: la risoluzione ministeriale 16.6.2009, n. 161/E . . . . . » 2064

*Indice analitico* . . . . . » 2071

© Wolters Kluwer

Parte seconda

# IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ

61302295_002_PANZANI_P2.indd 229 31/10/14 8:18 PM

61302295_002_PANZANI_P2.indd 230 31/10/14 8:18 PM

Capitolo primo

# I SOGGETTI

Massimo Ferro e Fabrizio Aprile

61302295_002_PANZANI_P2.indd 231 31/10/14 8:18 PM

61302295_002_PANZANI_P2.indd 232 31/10/14 8:18 PM

# CAPITOLO I ***I soggetti***

***Sommario*** 1.1. L'impresa in forma sociale - 1.1.1. L'esercizio sociale dell'attività di impresa. Società occasionali - 1.1.2. La «commercialità» della società fallibile - 1.1.2.1. Società di godimento - 1.1.2.2. Associazioni, fondazioni ed enti ecclesiastici - 1.1.2.3. Enti non commerciali - 1.1.2.4. Società agricole - 1.2. Il fallimento della società «anomala». Società di fatto, occulta, apparente, irregolare - 1.2.1. Società illegale, illecita, mafiosa - 1.3. Figure associative problematiche. Società familiare - 1.3.1. Consorzi e reti di imprese - 1.3.2. A.t.i. e associazione in partecipazione - 1.3.3. Gruppi di società e *holding* - 1.3.4. Partecipazioni societarie - 1.3.5. Società con patrimonio destinato a uno specifico affare - 1.4. Realtà societarie speciali. Società mutualistiche e cooperative - 1.4.1. Società sportive - 1.4.2. Società tra professionisti - 1.4.3. Società pubbliche, in mano pubblica e *in house* - 1.4.4. Società costituite all'estero e società europee - 1.4.5. Società *start-up* innovative - 1.5. Particolarità del fallimento societario. Presupposti di fallibilità - 1.5.1. Stato di insolvenza - 1.5.2. Società in liquidazione - 1.5.3. Sopravvivenza degli organi societari - 1.5.4. Termine annuale *ex* art. 10 l. fall. - 1.5.4.1. Cancellazione dal registro delle imprese - 1.5.5. Trasformazione, fusione e scissione societarie in pendenza di fallimento.

***Legislazione*** Cost. 3, 41, 43, 118 - c.c. 14, 38, 230 *bis*, 1100, 2082, 2083, 2084, 2093, 2112, 2135, 2191, 2193, 2195, 2201, 2217, 2221, 2230, 2238, 2247, 2249, 2261, 2286, 2288, 2294, 2297, 2308, 2312, 2331, 2332, 2358, 2359, 2361, 2424, 2435 *bis*, 2447 *bis*, 2447 *novies*, 2447 *decies*, 2449, 2463, 2463 *bis*, 2484, 2490, 2495, 2497, 2497 *sexies*, 2499, 2500 *novies*, 2501, 2501 *bis*, 2504 *bis*, 2506, 2507, 2508, 2509, 2509 *bis*, 2511, 2512, 2513, 2514, 2517, 2519, 2520, 2545 *septies*, 2545 *duodecies*, 2545 *terdecies*, 2546, 2549, 2555, 2602, 2612, 2615 *ter*, 2620, 2645 *ter*, 2729, 2740 - disp. att. c.c. 111 *duodecies* - c.p.c. 110, 299, 395 - c.p. 416, 416 *bis* - l. fall. 1, 5, 10, 11, 15, 18, 26, 45, 49, 72 *ter*, 77, 78, 105, 118, 119, 142, 146, 147, 149, 152, 155, 156, 160, 161, 182 *bis*, 182 *ter*, 200 - l. 23.3.1981, n. 91, lavoro sportivo - l. 8.8.1985, n. 443, legge quadro artigianato, art. 3 - d.p.r. 22.12.1986, n. 917, t.u. imposte dirette, art. 111 - d.lg. 23.7.1991, n. 240, g.e.i.e. - l. 7.8.1997, n. 266, riforma professioni, art. 24 - d.lg. 8.7.1999, n. 270, amministrazione straordinaria, artt. 24, 90 - regolamento CE 29.5.2000, n. 1346, insolvenza transfrontaliera, art. 3 - d.lg. 2.2.2001, n. 96, società avvocati, art. 16 - l. 3.4.2001, n. 142, lavoro cooperativo - d.lg. 18.5.2001, n. 228, riforma settore agricolo - regolamento CE 8.10.2001, n. 2157, società europea, artt. 1, 63 - d.lg. 17.1.2003, n. 6, riforma società di capitali - regolamento CE 22.7.2003, n. 1435, società cooperativa europea - direttiva CE 31.3.2004, n. 18, appalti pubblici, art. 1 - d.p.r. 23.7.2004, n. 247, cancellazione d'ufficio registro imprese - d.lg. 9.1.2006, n. 5, riforma legge fallimentare - d.lg. 24.3.2006, n. 155, impresa sociale - d.lg. 12.4.2006, n. 163, codice lavori pubblici, art. 3 - d.l. 4.7.2006, n. 223, rilancio economico, art. 2 - l. 27.12.2006, n. 296, finanziaria 2007, art. 1 - d.lg. 9.12.2007, n. 169, decreto correttivo legge fallimentare - d.lg. 4.8.2008, n. 142, costituzione s.p.a. - d.l. 10.2.2009, n. 5, decreto anticrisi, art. 3 - d.l. 1.7.2009, n. 78, decreto anticrisi, art. 19 - l. 23.7.2009, n. 99, internazionalizzazione imprese, art. 9 - d.l. 6.7.2011, n. 98, manovra economica, art. 23 - d.l. 13.8.2011, n. 138, manovra anticrisi, art. 3 - d.lg. 6.9.2011, n. 159, codice antimafia, artt. 34, 41, 63, 64 - l. 27.1.2012, n. 3, composizione crisi da sovraindebitamento, art. 7 - d.l. 22.6.2012, n. 83, decreto sviluppo, art. 45 - l. 28.6.2012, n. 92, riforma mercato lavoro, art. 1 - d.l. 6.7.2012, n. 95, revisione spesa pubblica, art. 6 - d.l. 18.10.2012, n. 179, decreto sviluppo *bis*, artt. 18, 25, 31, 36 - l. 31.12.2012, n. 247, riforma forense, art. 5 - l. 4.1.2013, n. 4, riforma professioni non organizzate, art. 2 - d.m. 8.2.2013, n. 34, regolamento società tra professionisti - d.l. 28.6.2013, n. 76, decreto lavoro, artt. 7, 9 - regolamento CE 18.12.3013, n. 1407, aiuti comunitari alle imprese, art. 2 - d.l. 23.12.2013, n. 145, decreto destinazione Italia, art. 11 - l. 27.12.2013, n. 147, l. stabilità 2014, art. 1.

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 233 31/10/14 8:18 PM

***Bibliografia*** Galgano 1988 - Gliozzi 1998 - Ragusa Maggiore 2000 - Bonfante e Cottino 2001 - Galgano 2003 - Audino 2005 - Dal Soglio 2005 - Stanghellini 2007 - Galgano 2008 - Abete 2009 - Bettazzi 2009 - Bruno 2009 - Capo 2009 - Cavalli 2009 - Censoni 2009 - Cetra 2009 - D'Attorre 2009 - De Crescenzo 2009 - Fimmanò 2009 - Genovese 2009 - Lo Cascio 2009 - Palmieri 2009 - Panzani 2009 - Patti 2009 - Rovelli 2009 - Verna 2009 - Abriani 2010 - Aprile, Celentano e Cultrera 2010 - Bisogno 2010 - Blatti 2010 - D'Attorre 2010 - Dichio 2010 - Ferro 2010 - Filocamo 2010 - Filocamo, D'Amora, Salvato e Schirò 2010 - Minutoli 2010 - Minutoli, Ragaglia e Salvato 2010 - Ragaglia, Minutoli e Salvato 2010 - Roveroni 2010 - Tamponi, D'Amora e Plenteda 2010 - Blatti 2011 - Campobasso 2011 - Carmignani 2011 - Ferro 2011 - Guglielmucci 2011 - Michelotti 2011 - Orlando 2011 - Sandulli 2011 - Scarafoni 2011 - Signorelli 2011 - Silvestrini 2011 - Bonavera 2012 - Cagnasso 2012 - Cagnasso e Quaranta 2012 - Cetra 2012 - Marino e Carminati 2012 - Minutoli 2012 - Panzani 2012 - Stasi 2012 - Balestra 2013 - Bartolacelli 2013 - Bernabò Brea, Casavecchia e Redi 2013 - Fimmanò 2013 - La Croce 2013 - La Malfa 2013 - Lo Cascio 2013 - Macrì 2013 - Maffei Alberti 2013 - Patti 2013 - Stanghellini 2013 - Terenghi 2013 - Valentini 2013 - Aprile 2014 - Di Majo 2014 - Salvato 2014.

### 1.1. L'impresa in forma sociale.

La legge fallimentare (nonostante la rubrica del capo X del tit. II) non dedica una disciplina compiuta e organica al fallimento delle società, che, perciò, risulta priva di adeguate corrispondenze con la disciplina codicistica del diritto societario (v. Lo Cascio 2009, 1023) e articolata in larga misura, sul versante tanto della soggettività, quanto dell'*iter* processuale, in mirati **rimandi alla normativa generale**, solo occasionalmente parafrasati da specifiche puntualizzazioni, talvolta chiarificatrici, sovente pleonastiche. Né la dizione legislativa «fallimento delle società» avanza pretese di esaustività, se non in prospettiva paradigmatica, circa l'impatto dell'esecuzione collettiva sull'intera variegata fenomenologia (dietro e oltre lo schema negoziale dell'art. 2247 c.c.) delle imprese *lato sensu* associative e delle persone giuridiche esercenti un'attività commerciale. Ciò, peraltro, in percettibile differenza rispetto alla procedura di concordato preventivo, ove gli invasivi interventi riformatori della recente decretazione hanno favorito un più sistematico «contatto», come è stato suggestivamente scritto (Stanghellini 2013, 25), con il diritto societario.

È, a monte, la stessa formulazione dell'art. 1 l. fall., così come risolta dalla verifica correttiva del d.lg. 12.9.2007, n. 169, a dimostrare, significativamente, come non sia importante distinguere, neppure a livello lessicale, tra impresa individuale e società – entrambe costrette nella medesima griglia dei parametri oggettivi (stato di insolvenza) e soggettivi (attivo patrimoniale, ricavi lordi, debiti) di fallibilità – se è vero che a fallire, così semplicemente, sono gli «**imprenditori che esercitano una attività commerciale**», essendo definitivamente caduto l'originario inciso «in forma individuale o collettiva» che accompagnava il testo introdotto dal d.lg. 9.1.2006, n. 5. Questa sorta di omologazione enunciativa operata dall'art. 1 l. fall. (di cui un'eco si avverte pure nell'art. 147, 5° co., l. fall.) appare ispirata a un certo pragmatismo semplificatorio, non disgiunto da implicite corrispondenze con la normativa europea in tema di impresa. Quest'ultima infatti, a differenza delle frequenti esasperazioni della legislazione domestica, designa con il termine imprenditore «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti e servizi» (art. 1, 8° §, direttiva CE 31.3.2004, n. 18), tenuto altresì presente che il 9° *Considerando*, regolamento CE 29.5.2000, n. 1346, sull'insolvenza

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 234 31/10/14 8:18 PM

transfrontaliera, ne prevede l'applicazione a qualunque debitore «persona fisica o giuridica»; e si muove in maniera coerente la giurisprudenza comunitaria, per cui

> la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento
> (CGUE 26.3.2009, c. C-113/07, *Eurlex*).

L'intento omologatorio dell'art. 1 l. fall. appare allora condivisibile e (forse) opportuno a patto che si ribadisca come a fallire sia **il soggetto che gestisce l'impresa** e come, perciò, i concetti di impresa e di società possano in tanto unitariamente convergere in quanto la società sia intesa, appunto più semplicemente, quale soggetto gestorio dell'organizzazione imprenditoriale, e in quanto la società sia concepita, altrettanto semplicemente, come imprenditore commerciale (Galgano 1988, 4). In quest'ambito concettuale si può allora intendere

> la nozione di imprenditore in senso giuridico-formale e di imprenditore in senso economico. Al di là del caso, del tutto marginale, dell'impresa individuale, la qualifica di imprenditore in senso giuridico-formale spetta alla società in nome della quale vengono compiuti gli atti di impresa. Ma in senso economico imprenditore è il «socio di riferimento» o il «gruppo di soci» che controlla la società e ne influenza gli indirizzi o, ancora, nella società di modeste dimensioni, anche l'intera compagine sociale (...). A questo punto occorre però considerare che ad essere assoggettabile a fallimento (...) è l'imprenditore in senso giuridico-formale, non l'imprenditore in senso economico (Guglielmucci 2011, 15-16 e 24).

Anzi, a dire il vero (e nonostante il capo X faccia riferimento alle «società»), queste rilevano di per sé, in chiave per così dire «strutturale», quali particolari organizzazioni gestionali dell'impresa, giustapposte, pertanto, ad altri enti collettivi che, pur non rivestendo la trama societaria, nondimeno esercitano un'attività commerciale (Capo 2009, 21). Ne consegue che (e in questo l'originario inciso «in forma individuale o collettiva» coglieva nel segno) a fallire, propriamente, non sarebbero le «società» ma le «imprese collettive» o, meglio, le «**imprese in forma sociale**» (cfr. Galgano 1988, 133), in riferimento alle quali la natura societaria (o, comunque, associativa) si destruttura convertendosi in peculiare «forma» gestionale e organizzativa della «sostanza» imprenditoriale. Inaspettatamente utile a suffragio di ciò si rivela la particolare formulazione dell'art. 147, 5° co., l. fall., laddove, a proposito di ripercussione del fallimento dell'imprenditore individuale sulla società occulta, parla di «**impresa riferibile ad una società**», così contribuendo a chiarire l'essenza della questione.

Se poi tale questione si riguarda dalla prospettiva del diritto fallimentare si può anche giungere al quasi paradossale esito per cui

> l'espressione «essere imprenditore commerciale» ha due significati diversi: può voler dire essere soggetto a fallimento personale oppure svolgere la funzione economica caratteristica di un imprenditore commerciale, consistente nell'investire professionalmente mantenendo il controllo del proprio investimento. Tenendo presente questi due distinti significati, è perciò consentito dire che nel nostro, come in altri ordinamenti, si può svolgere la funzione tipica di un imprenditore commerciale senza essere soggetti *personalmente* al fallimento
> (Gliozzi 1998, 139, nota 15).

Tralasciando ora la domanda se sia dato un concetto di impresa in senso oggettivo (che è altra cosa dall'azienda *ex* art. 2555 c.c., quale complesso degli *assets* organizzati dall'imprenditore, e che forse si avvicina al *frame* «lavoristico» di azienda portato, su suggestione comunitaria, dall'art. 2112, 5° co., c.c.: Valentini 2013, 96), si osserva che uno dei profili più qualificanti della riforma introdotta dal d.lg. 5/2006, in sensibile

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 235 31/10/14 8:18 PM

discontinuità con l'impianto originario della legge fallimentare, è rappresentato dalla **tendenziale distinzione tra impresa e titolarità soggettiva della stessa** (Abriani 2010, 392; Capo 2009, 22-23), in una logica ordinata alla valorizzazione del mercato competitivo (Rovelli 2009, 1032) e alla salvaguardia dell'impresa come bene in sé (Patti 2013, 1100; Stanghellini 2007, 97), perdipiù da intendersi

> non già come attività produttiva, ma come potenziale organizzazione di beni e di persone, che non si deve disgregare col procedimento concorsuale, piuttosto strumento di conservazione della sua unitarietà, in vista della finalità primaria del risanamento dell'impresa
> (Patti 2009, 78).

Se allora di questo si tratta, si può concedere che l'art. 1 l. fall. compia solo un rapido sorvolo sulla peculiarità dogmatica della società, che, per converso, costituisce un istituto affatto diverso dall'impresa e con la quale si compenetra, senz'altro, ma non coincide. Se, da un lato, l'art. 1 l. fall. rinvia indirettamente all'art. 2082 c.c. quanto all'individuazione *substantialiter* dell'imprenditore commerciale, l'art. 2247 c.c., dall'altro, fa dell'esercizio di un'attività economica (e non, immediatamente, di attività di impresa: Campobasso 2011, 124) la causa, al contempo, efficiente e funzionale del contratto di società, che, però, rimane essenzialmente orientato alla divisione degli utili. Detto altrimenti, la definizione codicistica

> dà lo schema generale del contratto, ne profila il momento genetico ed è quindi anche la causa stessa del contratto, non intesa in senso soltanto di causa efficiente, ma anche funzionale (...) accanto al momento genetico, esiste quello funzionale dell'esercizio, che non sempre coincide con quello genetico e l'esercizio è quello che dà vita all'impresa e aggiunge al contratto di società il soggetto società, cioè l'impresa determina anche la presenza dell'imprenditore. E qui l'art. 2247 cod. civ. si ricollega direttamente all'art. 2082 cod. civ. con un *usteron proteron*, il secondo che diventa il primo e l'imprenditore non prescinde dal guadagno, indipendentemente dalla divisione, mentre la società senza divisione di utili non è più società, anche se l'impresa da essa creata persiste. Ecco come si spiega il fatto che una società può cessare di tendere dalla divisione degli utili senza cessare di essere impresa
> (Ragusa Maggiore 2000, 94-95).

### 1.1.1. L'esercizio sociale dell'attività di impresa. Società occasionali.

In effetti, qualche nodo viene al pettine, ad es., quando si declina *sub specie societatis* il concetto di imprenditore che esercita un'attività commerciale. Al riguardo, la giurisprudenza pone una netta distinzione, circa il momento iniziale di tale esercizio, tra imprenditore individuale e impresa societaria: mentre per il primo deve considerarsi l'effettivo compimento di attività economica (v. Cass. 6.12.2012, n. 21991, *Fa*, 2013, 993; Trib. Milano 11.4.2011, *ivi*, 2011, 880), per la seconda tale momento viene fatto retroagire alla costituzione della società stessa e all'indicazione, nel relativo atto, dello scopo perseguito, sicché l'individuazione del *dies a quo* dell'attività di impresa viene rimessa (non senza perplessità) a un fatto sostanziale per l'imprenditore individuale, a un atto formale per l'imprenditore societario – con l'ulteriore conseguenza per cui le **società occasionali**, pur difettando dell'elemento della professionalità *ex* art. 2082 c.c., sarebbero comunque fallibili anche quando non abbiano compiuto alcuna continuativa attività economica. Si è infatti affermato che

> le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 236 31/10/14 8:18 PM

> effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile per l'impresa non collettiva stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale
> (Cass. 26.5.2001, n. 8694, *Fa*, 2002, 602).

Ma si è pure replicato che

> una così vistosa disparità di trattamento fra imprenditore individuale ed imprenditore sociale è inspiegabile, una volta stabilito, come appare inevitabile, che nel nostro ordinamento la qualità di imprenditore non dipende da enunciazioni o riconoscimenti di ordine formale, ma si acquista solo con l'effettivo esercizio dell'impresa. La costituzione di una società non può reputarsi, *ex se*, come un atto organizzativo di futuri fattori produttivi: essa esprime la semplice intenzione di svolgere in forma collettiva un'attività d'impresa, ma non ne determina ancora l'effettivo esercizio, così come si riconosce, pacificamente, per l'iscrizione dell'imprenditore individuale nel registro delle imprese. Ne consegue che la predicata coincidenza cronologica fra la costituzione della società e l'acquisto della qualifica imprenditoriale è un dato meramente eventuale
> (Cavalli 2009, 88-89; così anche Campobasso 2011, 44).

C'è da segnalare – peraltro – come l'intera questione si sia arretrata nel momento in cui l'art. 1, 2° co., l. fall. ha introdotto, ai fini dell'apertura del concorso, soglie economico-contabili di difficile (o di impossibile) superamento da parte di una società che non abbia esercitato attività economica o l'abbia esercitata in maniera meramente occasionale. La questione, tuttavia, non smarrisce spessore problematico: se l'art. 10 l. fall. (che non si occupa dell'inizio dell'attività di impresa, ma della sua cessazione e della relativa incidenza temporale per la dichiarazione di fallimento) recupera e riassume coerentemente il dissolvimento dogmatico della specie societaria nel *genus* dell'imprenditore, ecco che il problema riemerge prepotente riguardo alle imprese di fatto e alle **società irregolari**, per le quali si deve ritenere ancora valevole la tradizionale distinzione: ai fini del requisito temporale varrebbe per l'impresa individuale l'effettiva cessazione dell'attività, mentre l'assoggettabilità al fallimento di una società di fatto o irregolare si perpetuerebbe fino a quando le relative vicende estintive non si siano esteriorizzate, a nulla rilevando l'interruzione o la cessazione dell'attività commerciale, a meno che non si dimostri, in particolare applicazione dell'art. 2193, 1° co., c.c., che tutti i creditori interessati al fallimento della società fossero a conoscenza dell'avvenuta cessazione dell'ente o che questa fosse stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, dato che

> il principio (...) secondo cui il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 legge fall. 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, nei confronti delle quali il 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
> (Cass. 13.3.2009, n. 6199, *Fa*, 2009, 1350; conf. Cass. 13.7.2011, n. 15428, *ivi*, 2012, 621; Cass. 21.5.2012, n. 8033, *ivi*, 2013, 237).

### 1.1.2. La «commercialità» della società fallibile.

Nonostante l'evidenziata criticità, resta il fatto che non si dà (più) alcuna distinzione *iure cuncursuali* tra impresa individuale e società. Poiché, anche per questo, la legge fallimentare, come visto, non introduce un'organica disciplina sul dissesto delle società, essa ne rimette la nozione sostanziale (come già per l'imprenditore

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 237 31/10/14 8:18 PM

*tout court*) alla corrispondente comprensione civilistica; né sarebbe ormai più legittimo – aldilà di certe resistenze «culturali» talora affioranti tra le pieghe della prassi giurisprudenziale (v. Aprile, Celentano e Cultrera 2010, 184; v. anche Macrì 2013, 1003-1004) – soffermarsi su ogni paradigma alternativo di «società fallibile» sulla base di criteri selettivi qualitativi riguardanti, ad es., l'organizzazione dei fattori produttivi, il contributo del lavoro dei soci, l'entità del dissesto, il più intenso fine di speculazione, l'ammontare del capitale sociale (riguardo, ad es., alle s.r.l. semplificate *ex* art. 2463 *bis* c.c., come novellato dall'art. 9, 13° co., d.l. 28.6.2013, n. 76, convertito nella l. 9.8.2013, n. 99: v. Bartolacelli 2013, 7-11), la prevalenza del profitto sul semplice guadagno, ecc. Ciò che conta ai fini della fallibilità delle società (e di tutte le società: di fonte negoziale e autoritativa; di persone e di capitali; uni- e pluri-personali; lucrative e mutualistiche; quotate o non quotate; ordinarie o semplificate) è la ricorrenza dei consueti presupposti, oggettivo e soggettivo, valevoli per qualsivoglia imprenditore (Blatti 2010, 1072): lo stato di insolvenza *ex* art. 5 l. fall. e l'avvenuto superamento dei parametri tabellari dell'art. 1, 2° co., l. fall. e del limite di indebitamento di cui all'art. 15, 9° co., l. fall.

Superfluo aggiungere come debba ritenersi senz'altro tramontata l'antica pericope sul piccolo imprenditore e, quindi, sulla **piccola società commerciale** (nonché, segnatamente, sulla **società artigiana** *ex* art. 3, 2° co., l. 8.8.1985, n. 443), che, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata del testo originario dell'art. 1, 2° co., ultimo inciso, l. fall. (di per sé escludente qualunque equiparazione tra società e piccolo imprenditore, per cui la «commercialità» dell'ente societario era essa sola necessaria e sufficiente ai fini fallimentari), si voleva non passibile di fallimento. Non appare ormai più seriamente discutibile che

> la possibilità di ricorrere al criterio sancito nella norma sostanziale contenuta nell'art. 2083 cod. civ., il cui richiamo da parte dell'art. 2221 cod. civ. (che consacra l'immanenza dello statuto dell'imprenditore commerciale al sistema dell'insolvenza, salve le esenzioni ivi previste), non spiega alcuna rilevanza; il regime concorsuale riformato ha infatti tratteggiato la figura dell'«imprenditore fallibile» affidandola in via esclusiva a parametri soggettivi di tipo quantitativo, i quali prescindono del tutto da quello, canonizzato nel regime civilistico, della prevalenza del lavoro personale rispetto all'organizzazione aziendale fondata sul capitale e sull'altrui lavoro
> (Cass. 28.5.2010, n. 13086, *Fa*, 2010, 772).

L'intera problematica, peraltro, ha smarrito molto della sua originaria importanza a seguito dell'introduzione, per opera della l. 27.1.2012, n. 3 (completamente rivista dall'art. 18, d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito nella l. 17.12.2012, n. 221), delle **procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio**, accessibili, segnatamente, alle imprese societarie «sotto-soglia» (Panzani 2012, 9) o, comunque, non comprese nell'ambito applicativo dell'art. 1 l. fall. Rimane ovviamente rilevante che l'imprenditore collettivo eserciti, in senso ampio, un'attività commerciale *ex* **art. 2195 c.c.**, e proprio il riferimento legislativo all'esercizio di tale attività, e non già al concetto astratto di «società commerciale», permette, da un lato, di escludere pregiudizialmente dal circuito della fallibilità (quasi per presunzione assoluta) quei tipi di società per cui è interdetto lo svolgimento di attività commerciale (e si tratta essenzialmente delle s.s.: v. art. 2249, 2° co., c.c.), ma, dall'altro, di mantenervi tutte quelle società che, a prescindere dal tipo formale adottato o dalla veste giuridica indossata (e quindi, se del caso, anche le s.s.), esercitino in concreto un'attività del genere. Si tratta


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 238 31/10/14 8:18 PM

dunque di un duplice criterio: sono escluse dal fallimento le società formalmente non commerciali ovvero quelle che, per oggetto sociale statutario, non perseguono attività commerciale, anche se nella tipica veste di società commerciale (ad es., le s.r.l. agricole), mentre non sfuggono all'attrazione fallimentare gli enti collettivi (e quindi le società, qualunque ne sia il tipo) che di fatto risultino esercitare un'attività commerciale; se, pertanto, un'organizzazione collettiva

> esercita di fatto, e con carattere di professionalità, una attività commerciale (...), essa è esposta al fallimento in caso di insolvenza. Ciò che conta, per l'assoggettamento della società al fallimento, è la natura dell'attività effettivamente esercitata o, se si preferisce, l'oggetto sociale di fatto perseguito
> (Galgano 1988, 11).

In altre parole, se

> l'oggetto sociale indicato nello statuto è, in tutto o in parte, un oggetto di tipo commerciale, tanto basta per far qualificare la società come imprenditore commerciale e per consentirne il fallimento. Non è vero, però, il contrario, nel senso che l'enunciazione di un oggetto non commerciale rappresenta un dato non sufficiente a precludere la dichiarazione di fallimento ove si accerti che, ciò malgrado, la società ha svolto un'attività di natura commerciale
> (Cavalli 2009, 79).

### 1.1.2.1. Società di godimento.

Questi criteri interpretativi consentono inoltre di chiarire la sorte delle società di mero godimento *ex* **art. 2248 c.c.**, in ordine alle quali la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che

> il fatto che una società di capitali cessi di svolgere ogni attività di impresa commerciale dedicandosi esclusivamente all'amministrazione del proprio patrimonio immobiliare, quando rimanga la struttura societaria, non determina il venir meno della società e la trasformazione dell'impresa sociale in una comunione a scopo di godimento, con la conseguente applicazione delle regole dettate dagli art. 1100 ss. c.c., sicché deve ritenersi corretta, in tale situazione, la decisione del giudice del merito che faccia discendere dalla cessione dell'intero pacchetto azionario della società stessa l'effetto del trasferimento non già del diritto di proprietà sugli immobili costituenti il patrimonio sociale, ma dello «*status*» di soci
> (Cass. 23.7.1998, n. 7209, *FI*, 1999, 1, 3018).

Ciò anche nell'ipotesi di **comunione incidentale di impresa**, allorché

> a seguito del ricadere in comunione ereditaria delle componenti mobiliari ed immobiliari di un complesso aziendale, la decisione di mantenere la precedente destinazione dei beni e di conservare in vita l'impresa, presa dai coeredi nell'ambito della divisione degli altri cespiti, è idonea a porre i coeredi medesimi nella qualità di contitolari di tale impresa, con assunzione dei rischi, ancorché le attività gestionali siano delegate ad un terzo, e, quindi, nel concorso degli altri requisiti, vale ad integrare costituzione di società
> (Cass. 14.4.1997, n. 3195, *GI*, 1998, 956).

### 1.1.2.2. Associazioni, fondazioni ed enti ecclesiastici.

Dunque, alla luce di tutte le precedenti premesse, non è neppure importante, dal punto di vista concorsuale, che si tratti di «società» *ex* art. 2247 c.c., ben potendo essere assoggettate a fallimento anche le **associazioni** (riconosciute o non riconosciute) e le **fondazioni** (artt. 14 ss. c.c.) per le quali si accerti l'effettivo esercizio di attività commerciale; infatti,

> è assoggettabile a fallimento una fondazione che si trova in stato di insolvenza, in conseguenza dell'eccessivo indebitamento comportato dal compimento di talune operazioni immobiliari, rientranti in una più ampia iniziativa imprenditoriale posta in essere direttamente e per il tramite di una società interamente partecipata
> (Trib. Alba 25.3.2009, *Fa*, 2009, 1427);

così come

> una fondazione insolvente che ha esercitato un'impresa commerciale, benché sia astrattamente assoggettabile alle procedure concorsuali e, in particolare, al fallimento, non può

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 239 31/10/14 8:18 PM

essere dichiarata fallita se ha cessato l'attività da più di un anno
(Trib. Gorizia 18.11.2011, *Fa*, 2012, 722).

È analogamente assoggettabile a fallimento, quando effettivamente eserciti un'attività commerciale organizzata in forma di impresa (Aprile 2014, 210), un **ente ecclesiastico** che

gestisca un'attività socio-sanitaria e versi in stato di insolvenza, in quanto il fine spirituale o comunque altruistico non pregiudica l'attribuzione del carattere d'imprenditorialità, ove le prestazioni siano oggettivamente organizzate in modo che i ricavi pareggino i costi
(Trib. Paola 3.12.2009, *Fa*, 2010, 979; v. anche, per l'amministrazione straordinaria, Trib. Roma 30.5.2013, *ivi*, 2014, 201).

Nell'ipotesi del fallimento di un'associazione, d'altra parte, si discute sull'eventualità della sua estensione all'associato che, ai sensi dell'art. 38 c.c., abbia agito in nome e per conto dell'ente; alla tendenziale chiusura dottrinale, essenzialmente fondata sul rigore tassativo attribuito alla clausola di estensività *ex* art. 147, 2° co., l. fall. (Cetra 2009, 1433), si contrappone la posizione «possibilista» della giurisprudenza, per cui

il fallimento di una associazione non riconosciuta avente lo «*status*» di imprenditore commerciale non comporta né che gli associati siano imprenditori commerciali, né che il fallimento dell'ente produca il fallimento di tutti gli associati, poiché tale effetto si produce solo nei riguardi degli associati che siano illimitatamente responsabili secondo la disciplina propria delle associazioni non riconosciute, ossia, a norma dell'art. 38 cod. civ., per le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione
(Cass. 18.9.1993, n. 9589, *DF*, 1994, 2, 436).

L'omologazione dell'associazione all'impresa commerciale, peraltro, implica che talune regole pubblicitarie comuni giovino anche in chiave di esenzione dal fallimento (Cetra 2012, 727), così che tale aggregazione soggettiva

non riconosciuta (nella specie, onlus), la quale, sebbene non iscritta nel registro delle imprese, abbia cessato da oltre un anno l'attività di impresa in precedenza esercitata, non è più soggetta alla dichiarazione di fallimento, in quanto, ai sensi del secondo comma dell'art. 10 legge fallimentare, come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, anche per gli imprenditori mai iscritti nel registro sussiste la possibilità di dimostrare la data di conoscenza da parte dei terzi della effettiva cessazione dell'attività, restando pur sempre necessario, in difetto di forme di pubblicità legale, contemperare l'affidamento dei terzi e la necessità di dare stabilità ai rapporti giuridici e di evitare di lasciare «*sine die*» aperta la possibilità di dichiarazione di fallimento di una impresa in realtà cessata
(Cass. 13.7.2011, n. 15428, *Fa*, 2011, 1407).

### 1.1.2.3. Enti non commerciali.

Se non si dà simile riscontro di «commercialità», non è assoggettabile al fallimento l'eterogeneo e caleidoscopico settore degli enti non commerciali, ossia degli enti privati che – come appena visto – perseguono finalità non lucrative, come le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (**onlus**) e gli enti collettivi attinenti ad associazioni di categoria, politiche, sindacali, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale, di volontariato (Roveroni 2010, 490). Tali organismi c.d. *no profit* (ricondotti al «terzo settore», oltre la tradizionale dicotomia codicistica tra imprese agricole e commerciali) vanno considerati imprenditori commerciali a tutti gli effetti se, pur perseguendo fini istituzionali ideali, esercitino, in concreto, attività potenzialmente economiche; questo a prescindere, inoltre, dal fatto che un certo statuto legislativo, ad es. quello fiscale, consideri come non commerciali determinate attività, poiché

ai fini dell'assoggettamento alla procedura fallimentare, lo «*status*» di imprenditore commerciale deve essere attribuito anche agli enti di tipo associativo che in concreto svolgano, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale, a nulla rilevando in contrario l'art. 111 t.u. delle imposte dirette, d.p.r.

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 240 31/10/14 8:18 PM

> n. 917 del 1986, che «considera» non commerciale le attività delle associazioni in esso indicate, attività che, pertanto, non concorrono alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come ricomprese tra i redditi diversi, con una disposizione la cui portata è limitata alla previsione di esenzioni fiscali, ed alla quale non può attribuirsi, avuto riguardo alla specificità delle ragioni di politica fiscale che la ispirano, una valenza generale nell'ambito civilistico
> (Cass. 20.6.2000, n. 8374, *FT*, 2001, 269).

Ancora diverse sono le società che gestiscono **imprese sociali** di cui al d.lg. 24.3.2006, n. 155, per cui sono tali quelle organizzazioni che, in assenza di scopo di lucro, esercitano in via stabile e principale un'attività economica finalizzata alla produzione e scambio di beni e servizi di utilità sociale, ma che rimangono ciononostante soggette (non al fallimento, bensì) alla liquidazione coatta amministrativa.

### 1.1.2.4. Società agricole.

Per l'art. 2135 c.c. è imprenditore agricolo colui che esercita la coltivazione del fondo, la silvicoltura, l'allevamento di animali e le attività connesse; l'imprenditore ittico è equiparato a quello agricolo, tale intendendosi chi esercita l'attività di pesca professionale diretta alla cattura o alla raccolta di organismi acquatici in ambienti marini, salmastri o dolci. La qualifica di imprenditore agricolo è estesa alle **cooperative agricole** e ai loro **consorzi** (Campobasso 2011, 24). La dicotomia codicistica tra impresa agricola e impresa commerciale (cui solo si applica la disciplina del fallimento) appare ormai affetta da un certo **sentore anacronistico** (Maffei Alberti 2013, 23); si è infatti osservato in dottrina che

> nel contesto di un concetto evolutivo di imprenditore agricolo e di tecniche colturali, è evidente la recisione del tradizionale nesso tra attività agricola e fattore-terra (a maggior ragione nelle attività c.d. connesse) e l'ampliamento della nozione di imprenditore agricolo, la cui distinzione da quello commerciale appare sempre più labile (...): infatti, l'ancoraggio della nozione di attività agricola al criterio del ciclo biologico, animale o vegetale, ha determinato una spinta ad abbandonare la centralità dell'elemento fondiario [c.d. concezione territoriale dell'attività agricola], anche per la diffusione nel comparto agrario di nuove forme di attività collaterali e complementari a quelle tradizionali
> (Minutoli 2010, 396; v. anche Guglielmucci 2011, 29, nonché, nel senso invece di ribadire la specialità dell'impresa agricola, Carmignani 2011, 546).

Questo argomentare, in termini pressoché analoghi, è stato fatto proprio dalla giurisprudenza, per cui la nozione di impresa agricola risulta

> decisamente più ampia rispetto al passato, essendo sufficiente, al fine di legittimarne la configurazione, che il suo intervento nell'ambito del processo produttivo sia limitato ad una attività di controllo sull'esistenza delle condizioni necessarie per la verificazione di un esito riconducibile all'andamento in sé del ciclo biologico. Non sembra infine dubbio che tale maggiore ampiezza, proprio in quanto riconducibile a criteri diversi da quelli rispetto ai quali era stata riconosciuta la specialità dell'impresa agricola, può legittimare riserve (peraltro specificamente sollevate da parte della dottrina) in ordine all'affermata assoggettabilità al fallimento del solo imprenditore commerciale
> (Cass. 10.12.2010, n. 24995, *Fa*, 2011, 542).

Le riserve sul punto sono tali che si è ritenuta

> rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l.f., per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non include gli imprenditori che esercitano un'attività agricola alla soggezione delle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. Invero, la modifica dell'art. 2135 c.c., attuata con l'art. 1 del D. L.vo n. 228 del 2001, superando il criterio della limitazione delle attività connesse a quelle di alienazione e trasformazione dei prodotti del fondo (per includervi le attività dirette alla fornitura di beni o servizi), nonché ridimensionando fortemente il criterio della riconducibilità di tali attività all'esercizio normale dell'agricoltura, ha definitivamente fatto venire meno le ragioni che storicamente giustificavano l'esenzione

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 241 31/10/14 8:18 PM

> dell'imprenditore agricolo dal fallimento (l'esposizione al rischio ambientale, umanamente non governabile, e la minima diffusione del ricorso al credito, con conseguente minore rilevanza dell'insolvenza) ed impresso alla impresa agricola un carattere di commercialità per alcuni tratti indistinguibile dall'impresa avente oggetto commerciale
> (Trib. Torre Annunziata 20.1.2011, *OCI*, ms. 498).

La questione di costituzionalità, tuttavia, è stata ritenuta inammissibile (v. Corte cost. 16.4.2012, n. 104, *Fa*, 2012, 1174).

La fallibilità riservata alle sole imprese esercenti un'attività commerciale impedisce di per sé il fallimento della società agricola, tradizionalmente costituita in forma di s.s. o di cooperativa (v. Trib. Pordenone 9.7.2008, *Fa*, 2009, 39, che ha escluso la fallibilità di una cooperativa agricola che commercializzava il latte dei soci produttori), ma che può operare anche come **s.n.c.** e **s.r.l.** (ossia di società tipicamente commerciali, il che contribuisce a rendere ulteriormente poco comprensibile l'esclusione dal fallimento), quando svolgano attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione di prodotti agricoli ceduti dai soci (art. 1, 1094° co., l. 27.12.2006, n. 296). Peraltro, alle imprese e alle società agricole è stato fatto muovere un deciso passo in avanti nella «lunga marcia» verso la concorsualità sia dall'art. 7, 2° co. *bis*, l. 3/2012, che le ammesse alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, sia dall'art. 23, 43° co., d.l. 6.7.2011, n. 98 (convertito nella l. 15.7.2011, n. 111), che le ha autorizzate, se in stato di crisi o di insolvenza, ad accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l. fall. e alla transazione fiscale *ex* art. 182 *ter* l. fall. (La Malfa 2013, 138-140; Marino e Carminati 2012, 633-635): una novità dirompente ove rapportata alla tradizionale indicazione programmatica dell'art. 1 l. fall. e tale da tradursi in un rafforzato dubbio di coerenza costituzionale ove tali soggetti siano ammessi ancora a godere dell'esenzione dal fallimento come beneficio (Ferro 2011a, 917).

Come già indicato, non basta però per evitare il fallimento la sola qualifica formale di società agricola, essendo necessario accertare, ove detta qualifica sia contestata, che fattualmente essa non eserciti, in maniera assoluta o prevalente, attività commerciale (v. App. Torino 26.10.2007, *Fa*, 2007, 1484), per quanto, alla luce della più recente interpretazione giurisprudenziale dei presupposti dell'art. 2135 c.c., tale accertamento non possa più fondarsi esclusivamente su parametri di natura quantitativa (Cass. 10.12.2010, n. 24995, cit.), sicché riveste

> carattere commerciale o industriale ed è, quindi, soggetta al fallimento, se esercitata sotto forma di impresa grande e media, quell'attività che, oltre ad essere idonea a soddisfare esigenze connesse alla produzione agricola, risponda a scopi commerciali o industriali e realizzi utilità del tutto indipendenti dall'impresa agricola o, comunque, prevalenti rispetto ad essa
> (Cass. 23.3.2011, n. 6853, *ItalgiureWeb*, rv. 617391; conf. Cass. 21.1.2013, n. 1344, *ivi*, rv. 624822; Cass. 17.7.2012, n. 12215, *diritto.net*).

### 1.2. Il fallimento della società «anomala». Società di fatto, occulta, apparente, irregolare.

Se, dunque, ciò che in definitiva conta è la sussistenza di un'impresa gestita collettivamente, non dovrebbe importare particolari questioni la fallibilità della **società di fatto**, ossia della società che non ha formalizzato l'esistenza del vincolo societario e che

> prescinde dalle qualità o capacità personali dei contraenti e si fonda sul concorso di un elemento oggettivo (conferimento di beni o servizi in un fondo comune) ed uno soggettivo (comune intenzione dei contraenti di collaborare per conseguire risultati comuni nell'esercizio collettivo di una attività imprenditoriale), ricorrendo i quali la stessa non è esclusa dal fatto che il fine degli associati consista nel compimento di una opera unica, purché di obiettiva complessità (cosiddette società


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 242 31/10/14 8:18 PM

occasionali), ovvero dalla mancanza di un atto scritto, potendo la sua costituzione risultare da manifestazioni esteriori della attività di gruppo, quando esse, per la loro sintomaticità e concludenza, evidenzino la esistenza della società
(Cass. 25.2.2010, n. 4588, *ItalgiureWeb*, rv. 611831).

In effetti,

per poter considerare esistente una società di fatto, agli effetti della responsabilità delle persone e/o dell'ente, anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato ed incolpevole che quelli agissero come soci, atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto, il quale tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportano esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse
(Cass. 21.6.2004, n. 11491, *RIDL*, 2005, 2, 87),

per cui

l'esistenza di una qualunque società, semplice, di persone, di capitali, regolare, irregolare, e quindi anche di una società di fatto, richiede il concorso di un elemento oggettivo, rappresentato dal conferimento di beni o servizi, con la formazione di un fondo comune, e di un elemento soggettivo, costituito dalla comune intenzione dei contraenti di vincolarsi e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale. Tale comune intenzione costituisce il contratto sociale, senza del quale la società, qualsiasi società, non può esistere. Quel che caratterizza la società di fatto, e la differenzia dalla società irregolare, non è dunque la mancanza del contratto sociale, ma il modo in cui questo si manifesta e si esteriorizza; esso infatti può essere stipulato anche tacitamente, e risultare da manifestazioni esteriori dell'attività di gruppo, quando esse, per la loro sintomaticità e concludenza, evidenzino l'esistenza della società
(Cass. 22.2.2000, n. 1961, *ItalgiureWeb*, rv. 534194).

Va precisato, inoltre, che

non è configurabile, e di conseguenza non può essere dichiarata fallita, una società di fatto alla quale partecipi una società di capitali unitamente ad altre società o persone fisiche
(Trib. Mantova 30.4.2013, *Fa*, 2013, 1001).

Per l'accertamento del vincolo sociale di fatto

si deve ricorrere a prove storiche basate su elementi documentali o, in mancanza, a prove critiche basate su mere presunzioni. Evidentemente, a norma dell'art. 2729 c.c., deve trattarsi nella seconda ipotesi di presunzioni gravi, precise e concordanti fondate su elementi assolutamente chiari ed univoci. Per dimostrare la sussistenza del rapporto societario occorre provare la volontà negoziale dei soci, l'esistenza di un fondo comune, formato in virtù di conferimenti di beni o servizi, la sussistenza di un'organizzazione di tipo imprenditoriale, di un'alea comune nei guadagni e nelle perdite ed infine dell'*affectio societatis*. Quest'ultima espressione spesso abusata (visto che una società può configurarsi anche in costanza di dissidi) va intesa come volontà di essere soci ossia volontà contrattuale dei singoli di esercitare assieme, nell'interesse sociale comune, un'attività economica al fine di conseguire risultati patrimoniali comuni
(Fimmanò 2009, 96).

Né particolari questioni dovrebbe comportare il fallimento della **società occulta**, che, fra l'altro, è normativamente imposto dall'art. 147, 5° co., l. fall., avente appunto di mira (sulla falsariga dell'art. 24, d.lg. 8.7.1999, n. 270, sull'amministrazione straordinaria) quei patti societari in forza dei quali viene esercitata collettivamente un'attività commerciale senza che il relativo vincolo venga esteriorizzato ai terzi e ai creditori e con mera apparenza di un'impresa individuale. Va segnalato, peraltro, che sulla norma *ex* art. 147, 5° co., l. fall. è stata sollevata questione di legittimità costituzionale nella parte in cui essa non consentirebbe l'estensione del fallimento a una società di fatto tra la società originariamente dichiarata fallita e altri soci di fatto, persone fisiche o anche altre società (così Trib. Bari 20.11.2013, *Fa*, 2014, 233).
Si tratta di un principio – quello della prevalenza della situazione reale su quella apparente (Maffei Alberti 2013, 1000) – che

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 243 31/10/14 8:18 PM

può dirsi senz'altro acquisito dalla giurisprudenza, per cui

> quando, dopo la dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata, risulti l'esistenza di altro socio illimitatamente responsabile, ovvero dopo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale, risulti l'esistenza di una società di fatto tra lo stesso imprenditore ed altro od altri soci, la successiva dichiarazione di fallimento (ed in estensione) del socio occulto ha effetto *ex nunc*, in virtù del carattere autonomo che, pur nel *simultaneus processus*, va ad essa riconosciuto (Cass., Sez. U., 7.6.2002, n. 8257, *DF*, 2003, II, 37),

in modo tale che

> se, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore apparentemente individuale, risulti che egli era socio di una società di fatto esercente la stessa impresa, una volta dichiarato il fallimento della società e di altri soci non è più possibile per questi ultimi contestare la sussistenza dei presupposti di fallibilità dell'imprenditore individuale, deducendone la natura di piccolo imprenditore, dovendo tale qualità essere fatta valere con l'opposizione alla prima dichiarazione di fallimento, alla quale i soci sono legittimati come controinteressati (Cass. 18.6.2008, n. 16594, *ItalgiureWeb*, rv. 603999).

Si tratta, in un certo senso, di un fenomeno speculare quello della **società apparente**, quando cioè

> l'esistenza del rapporto sociale, anche ai fini della dichiarazione di fallimento del socio illimitatamente responsabile a norma dell'art. 147 legge fall., può risultare da indici rivelatori, allorquando essi, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali; la società di fatto, ancorché non esistente nei rapporti fra i soci, può infatti apparire esistente di fronte ai terzi, quando due o più persone operino in modo da ingenerare l'opinione che essi agiscano come soci, suscitando il legittimo affidamento sull'esistenza della società, affidamento che, per il principio di tutela della buona fede dei terzi e dell'apparenza del diritto, attribuisce a coloro che si comportino esteriormente come soci, la responsabilità solidale per le obbligazioni assunte, come se la società esistesse (Cass. 22.2.2008, n. 4529, *Fa*, 2008, 914).

In questo medesimo ambito si configura il c.d. **imprenditore indiretto**, ossia

> la persona fisica che opera per il tramite di società delle quali detta persona disponga come cosa propria, anche senza esserne socio né amministratore, allo scopo di esercitare una attività commerciale riferibile in fatto a sé ma formalmente imputata alle società stesse mediante stabile ed esclusiva spendita del loro nome (Trib. Milano 11.11.2011, *Fa*, 2011, 1229).

Non si ritiene problematica (se non riguardo ai soci) la fallibilità della **società irregolare**, con particolare riferimento alla società di capitali non iscritta nel registro delle imprese, come tale priva di autonomia patrimoniale perfetta e perciò riconducibile a tutti gli effetti (fintantoché non venga iscritta) al tipo della s.n.c., che, a propria volta, ai sensi dell'art. 2297, 1° co., c.c., richiama le disposizioni relative alla s.s. (v. Cass. 26.7.2012, n. 13287, *Fa*, 2013, 765).
Inoltre, l'eventuale nullità della società capitalistica che sia già stata iscritta nel registro delle imprese non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione medesima (artt. 2332, 2° co., e 2463, 3° co., c.c.); se ne desume l'efficacia solamente ***ex nunc*** della nullità del patto societario, che, come tale, non dovrebbe involgere conseguenze sulla dichiarazione di insolvenza della società nulla, assoggettabile pertanto al fallimento.

### 1.2.1. Società illegale, illecita, mafiosa.

Non dissimile il discorso relativo alla **società illegale**, che opera senza le prescritte autorizzazioni o le condizioni legali *ex* art. 2084 c.c. o in presenza di incompatibilità. Maggiore problematicità può emergere ove l'illegalità riguardi l'ipotesi in cui tra i soci di una società insolvente figurino un **incapace** o un **minorenne** privi della prescritta autorizzazione all'esercizio dell'impresa, così come imposto dall'art. 2294 c.c., e senza che

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 244 31/10/14 8:18 PM

siano stati esclusi dalla compagine sociale ai sensi dell'art. 2286, 1° co., c.c. Si è osservato in proposito che

> il provvedimento di autorizzazione dell'esercizio dell'impresa da parte dell'incapace ha natura costitutiva, attribuendo al predetto lo status di imprenditore (...): il che, comunque, pone il problema dell'eventuale dissociazione tra titolarità dell'impresa ed esercizio della stessa e della possibile iniquità delle conseguenze che la *mala gestio* del terzo (genitore, tutore, amministratore di sostegno, curatore, giudice tutelare) può avere sullo stesso incapace. Per il vero tale questione è risolta affermando che le conseguenze patrimoniali e personali vengono scisse, nel senso che le prime (come lo spossessamento) ricadono sul patrimonio dell'incapace (quale titolare dell'impresa), mentre le seconde non dovrebbero ricadere sullo stesso, perché non esercita e non può esercitare l'attività imprenditoriale
> (Minutoli, Ragaglia e Salvato 2010, 193-194).

La **società illecita**, avente un oggetto illecito e integrante gli estremi dell'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) o dell'**associazione mafiosa** (art. 416 *bis* c.p.), deve senz'altro ritenersi soggetta alle norme sulla tutela dei terzi – aldilà delle pur legittime perplessità circa l'applicazione ad essa dello statuto generale dell'imprenditore (Bonfante e Cottino 2001, 443; ma v. anche Campobasso 2011, 13) – e, quindi, a quelle sul fallimento.

In particolare, la disciplina di cui al d.lg. 6.9.2011, n. 159 (**codice antimafia**) prevede che, qualora ricorrano sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, sia sottoposto direttamente o indirettamente alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p., oppure che il libero esercizio delle predette attività economiche agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluni gravi reati, può essere disposta dal Tribunale l'**amministrazione giudiziaria** dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività, comprese le aziende (art. 34, 1° e 2° co., d.lg. 159/2011). In quest'ultimo caso, l'attività dell'impresa societaria, nonostante l'eventuale sequestro o confisca, può essere proseguita dall'amministratore giudiziario ovvero, in caso di insolvenza, può esserne dichiarato il fallimento.

Nell'eventualità di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per legge, l'amministratore giudiziario può convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori, impugnare le delibere societarie di trasferimento della sede sociale, trasformazione, fusione, incorporazione o estinzione della società, nonché di ogni altra modifica dello statuto che possa arrecare pregiudizio agli interessi dell'amministrazione giudiziaria (art. 41, 6° co., d.lg. 159/2011).

In caso di insolvenza, il **pubblico ministero**, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti (Minutoli 2012, 419), può chiedere al Tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca (art. 63, 1° co., d.lg. 159/211) (Orlando 2011, 147). Allorché queste ultime misure, disposte dopo il fallimento della società – e si tratta di una rilevante deroga al principio *ex* art. 45 l. fall. dell'inopponibilità alla massa creditoria degli atti e delle formalità successive all'apertura del concorso – hanno per oggetto l'intera massa attiva fallimentare ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, sentito il curatore e il comitato dei creditori, dichiara la **chiusura del fallimento** con decreto *ex* art. 119 l. fall. (art. 64, 7° co., d.lg. 159/2011).

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 245 31/10/14 8:18 PM

Si è inoltre chiarito che la confisca del capitale sociale di una società di capitali

> deve intendersi riferita alle quote di partecipazione dell'indiziato di mafia, non al patrimonio sociale, cosicché essa non interferisce con la dichiarazione di fallimento della società; neppure rileva, agli effetti della dichiarazione di fallimento della società, che il creditore sociale non dimostri la propria buona fede nell'acquisto del titolo sui beni aziendali, in quanto tale stato soggettivo incide esclusivamente sui conflitti interni alla procedura di confisca, mentre i beni aziendali non sono colpiti in modo diretto da questa, al pari della società in sé considerata (Cass. 24.5.2012, n. 8238, *Fa*, 2012, 1427).

### 1.3. Figure associative problematiche. Società familiare.

Fattispecie peculiare, che può in certa misura interferire con la società di fatto, è quella dell'**impresa familiare** *ex* art. 230 *bis* c.c., che oscilla tra struttura individuale e organizzazione plurisoggettiva e che, tuttavia, almeno secondo l'orientamento dottrinale dominante, mantiene natura giuridica individuale, poiché il ruolo di imprenditore, anche riguardo ai terzi, resta esclusivo in colui che ha l'effettiva gestione dell'attività imprenditoriale e la proprietà o disponibilità dell'azienda. Ne dovrebbe derivare la fallibilità del solo imprenditore familiare, a meno che non si ritenga essersi costituita tra i familiari una società di fatto (App. Napoli 5.6.2009, *OCI*, ms. 328), per cui

> a prescindere dal problema più generale relativo alla natura in sé societaria o meno dell'impresa familiare, in ogni caso, quando il rapporto fra i componenti della stessa si strutturi all'esterno, come un rapporto societario, nell'ambito del quale i soci partecipino agli utili ed alle perdite, intrattengano rapporti con i terzi assumendo le conseguenti obbligazioni, spendano il nome della società, manifestando palesemente, nei rapporti esterni, «l'*affectio societatis*», si costituisce fra i componenti stessi una società di fatto che si sovrappone al rapporto regolato dall'art. 230 *bis* cod. civ., di talché tale rapporto perde di rilevanza esterna, con conseguente applicazione – ad esempio – in relazione alle procedure concorsuali, dei principi generali che regolamentano le società di fatto, tra i quali l'assoggettabilità al fallimento di tutti i soggetti che partecipano al rapporto societario (Cass. 24.3.2000, n. 3520, *DF*, 2001, II, 369).

Infatti,

> ai fini dell'estensione del fallimento del titolare dell'impresa familiare agli altri componenti della stessa è necessario il positivo accertamento dell'effettiva costituzione di una società di fatto, attraverso l'esame del comportamento assunto dai familiari nelle relazioni esterne all'impresa, al fine di valutare se vi sia stata la spendita del «*nomen*» della società o quanto meno l'esteriorizzazione del vincolo sociale, l'assunzione delle obbligazioni sociali ovvero un complessivo atteggiarsi idoneo ad ingenerare nei terzi un incolpevole affidamento in ordine all'esistenza di un vincolo societario, mentre non assume rilievo univoco né la qualificazione dei familiari come collaboratori dell'impresa familiare, né l'eventuale condivisione degli utili, trattandosi d'indicatori equivoci rispetto agli elementi indefettibili della figura societaria costituiti dal fondo comune e dalla «*affectio societatis*» (Cass. 16.6.2010, n. 14580, *Fa*, 2010, 1146).

In questo senso, è rilevante

> il fatto che il soggetto abbia utilizzato i propri conti correnti personali per fare e ricevere pagamenti afferenti l'attività di impresa e per farvi confluire finanziamenti dichiaratamente utilizzati per acquistare un bene strumentale dell'attività del coniuge, in quanto tali comportamenti sono riconducibili all'*affectio societatis* e non all'*affectio maritalis* (App. Milano 22.6.2010, *Fa*, 2011, 120).

#### 1.3.1. Consorzi e reti di imprese.

I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi sono a tutti gli effetti imprese collettive: infatti, l'art. 2602 c.c. definisce il consorzio come «organizzazione comune» di stampo associativo istituita «per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese» associate, facendo intendere che esso assume **natura imprenditoriale autonoma** da quella delle singole imprese associate, anche qualora

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 246 31/10/14 8:18 PM

l'organizzazione consortile sia limitata alla mera attività di ausilio e di coordinamento interaziendale.
Si ritiene pacifico, in particolare, l'assoggettamento dei consorzi interaziendali **con attività esterna** (art. 2612 c.c.), anche se a carattere artigiano o mutualistico, allo statuto dell'imprenditore e all'esecuzione concorsuale (Minutoli 2010, 494), ovviamente anche quando perseguono le finalità consortili in forma di società commerciale (art. 2620 c.c.) e, segnatamente, di **società cooperativa** (come è il caso dei consorzi agrari per effetto dell'art. 9, l. 23.7.2009, n. 99) e di **società consortile** *ex* art. 2615 *ter* c.c. (Dichio 2010, 510).
Ne discende che

> il consorzio con attività esterna, qualora abbia svolto in concreto attività imprenditoriale, è assoggettabile a fallimento
> (Trib. Prato 15.11.2010, *Fa*, 2011, 497; conf. Cass. 16.12.2013, n. 28015, *ivi*, 2014, 148),

e che, d'altra parte,

> la dichiarazione di fallimento (che dovrebbe comportare lo scioglimento del contratto di consorzio in applicazione analogica dell'art. 2308 c.c., ovvero per impossibilità *ex* art. 2611 n. 2 c.c. di conseguire utilmente l'oggetto consortile) non si estende alle imprese consorziate, sia perché la loro responsabilità per le obbligazioni del consorzio è solidale ma non illimitata (art. 2615 cpv. c.c.), sia perché la norma *ex* art. 147 comma 1 l. fall. non può essere analogicamente applicata oltre i casi da essa stessa previsti
> (Trib. Saluzzo 3.6.2002, *Soc*, 2002, 1528).

Né, a maggior ragione, può ammettersi la regola inversa, sicché il fallimento della società consorziata non investe l'intero consorzio.
Un impianto in parte analogo a quello dei consorzi è stato attribuito alla c.d. **rete di imprese**, figura introdotta dall'art. 3, 4° co. *ter*, d.l. 10.2.2009, n. 5 (convertito nella l. 9.4.2009, n. 33, e quindi modificato dall'art. 36 d.l. 179/2012), per cui più imprese, sulla base di un programma comune e di uno specifico «contratto di rete» (v. art. 45 d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito nella l. 7.8.2012, n. 134), perseguono lo scopo di accrescere la propria capacità innovativa e la competitività sul mercato, anche tramite l'acquisto della personalità giuridica e la costituzione di un fondo patrimoniale comune cui si applica la disciplina del fondo consortile.

### 1.3.2. A.t.i. e associazione in partecipazione.

Rappresentano un fenomeno diverso da quello consortile le **associazioni temporanee di imprese** (a.t.i.), che intrattengono con l'ente committente (pressoché sempre una pubblica amministrazione) un rapporto di appalto e che attuano al loro interno un rapporto di mandato. Pur venendosi a creare tra le imprese associate una realtà associativa atipica (Terenghi 2013, 1346), non sorge tra di loro un'autentica organizzazione sociale, come neppure sorge un analogo vincolo tra i soggetti coinvolti in un contratto di **associazione in partecipazione**.
Su entrambi gli istituti la Suprema Corte si è espressa affermando che

> l'istituto dell'associazione in partecipazione di cui all'art. 2549 e segg. cod. civ., che si qualifica per il carattere sinallagmatico fra l'attribuzione da parte di un contraente (associante) di una quota degli utili, anche forfettari, derivanti dalla gestione di una sua impresa o di un suo affare all'altro (associato) e l'apporto, da quest'ultimo conferito, che può essere di qualsiasi natura, purché strumentale per l'esercizio di quell'impresa o per lo svolgimento di quell'affare, non determina la formazione di un soggetto nuovo o la costituzione di un patrimonio autonomo, né la comunione dell'affare o dell'impresa, che restano di esclusiva pertinenza dell'associante; pertanto, è solo l'associante che fa propri gli utili, salvo, nei rapporti interni, il suo obbligo di liquidare all'associato la sua quota di utili e a restituirgli l'apporto (...). Dall'associazione in partecipazione si differenzia anche l'associazione temporanea di

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 247 31/10/14 8:18 PM

> imprese (...) che, pur non costituendo una persona giuridica distinta dalle imprese riunite che conservano la propria autonomia, è però caratterizzata da un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, conferito collettivamente all'impresa «capogruppo» che è legittimata a compiere, con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'affare comune (di solito, appalto di opere pubbliche) e produttiva di effetti direttamente nei confronti delle imprese mandanti (Cass. 17.5.2001, n. 6757, *GCo*, 2003, 2, 137).

Sul contratto di associazione in partecipazione – che sovente si presta a «mascherare» sotto la specie associativa autentici rapporti di lavoro subordinato – è intervenuto l'art. 1, 28° co., l. 28.6.2012, n. 92 (ritoccato poi dall'art. 7, 5° co., d.l. 76/2013), disponendo che, quando l'apporto dell'associato consiste anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati nella medesima attività non possa essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associati e fatta eccezione per i rapporti di coniugio, parentela e affinità (v. art. 2549, 2° co., c.c.).

Mentre gli effetti del fallimento sul contratto di associazione in partecipazione sono disciplinati dall'art. 77 l. fall., l'a.t.i. non è in sé soggetta al fallimento, invece rimanendolo, ovviamente, la società capogruppo (cfr. Cass. 29.12.2011, n. 29737, *Fa*, 2012, 1387) e ciascuna delle altre società riunite; inoltre

> in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, qualora intervenga il fallimento della società capogruppo, costituita «*ex lege*» come mandataria dell'altra (...), il mandato deve reputarsi risolto a norma dell'art. 78 della legge fallimentare (...), e, conseguentemente, l'impresa mandante (essendo l'accettazione dell'opera avvenuta anteriormente alla dichiarazione di fallimento) deve reputarsi direttamente legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto, per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui esecuzione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza (Cass. 17.10.2008, n. 25368, *ItalgiureWeb*, rv. 506054).

Un'altra forma quasi-associativa è rappresentata dal **g.e.i.e.** (gruppo europeo di interesse economico) previsto dal d.lg. 23.7.1991, n. 240; esso può essere costituito su base contrattuale (a forma scritta a pena di nullità) da due o più imprese che svolgono un'attività economica in almeno due Stati della UE, e, se esercita attività commerciale, si scioglie per la dichiarazione di fallimento (Campobasso 2011, 117).

### 1.3.3. Gruppi di società e *holding*.

Il gruppo di società rappresenta una peculiare forma di manifestazione dell'impresa che, pur se unitaria dal punto di vista economico (come dimostra la redazione del bilancio consolidato), si articola funzionalmente in una serie di società orientata al perseguimento di uno specifico «interesse di gruppo» (Galgano 2003, 177), ciascuna delle quali, tuttavia, costituisce una sorta di «tessera» di un unico mosaico imprenditoriale ed è soggetta alla direzione unitaria tramite i meccanismi del collegamento e del controllo *ex* artt. 2359 e 2497 *sexies* c.c. Infatti, ai fini degli aiuti finanziari alle imprese da parte della UE, si considera **impresa unica** quella che detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra società o che ha il diritto di nominare o revocare il c.d.a. di un'altra società o vi esercita un'influenza dominante o ne controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o dei soci (art. 2, 2° co., regolamento CE 18.12.2013, n. 1407). Con tale organizzazione – disciplinata dagli artt. 2497 ss. c.c. (nonché dall'art. 2545 *septies* c.c. riguardo al **gruppo cooperativo paritetico**), che, in verità, non introducono una definizione espressa di gruppo societario (Censoni 2009, 459; Dal Soglio 2005, 2303) ma ne tratteggiano le modalità di direzione e coordinamento – si ottiene

> il vantaggio di potere più intensamente fruire del beneficio della responsabilità limitata: non solo si sottrae – secondo la funzione originaria della responsabilità limitata – il patrimonio

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 248 31/10/14 8:18 PM

> personale ai rischi dell'impresa, ma si sottrae altresì il capitale investito in ciascun ramo o settore dell'impresa ai rischi relativi a ciascun altro ramo o settore. Le diverse società, essendo tra loro giuridicamente distinte, rispondono solo dei debiti assunti da ciascuna di esse; il disteso che colpisca una di esse lascerà indenne il patrimonio delle altre
> (Galgano 2008, 715).

È esattamente quanto recepito dalla giurisprudenza, per cui, in virtù di una concezione «atomistica» del gruppo societario,

> ai fini della dichiarazione di fallimento di una società, che sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società «*holding*», l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti
> (Cass. 18.11.2010, n. 23344, *Fa*, 2011, 565; conf. Cass. 21.4.2011, n. 9260, *ivi*, 2011, 1163).

Non si dubita più della natura imprenditoriale della *holding* – ossia della società o del soggetto (anche persona fisica) titolari, professionalmente e con stabile organizzazione, del potere di direzione e coordinamento delle altre società – sia quando si limiti alla sola direzione del gruppo (la c.d. *holding* pura), sia, a maggior ragione, quando eserciti un'attività ausiliaria o comunque connessa a quella svolta dalle società dirette (la c.d. *holding* operativa); a tal fine

> è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (cosiddetta *holding* pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta *holding* operativa), si esplichi in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, fonte, quindi, di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima
> (Cass., Sez. U., 29.11.2006, n. 25275, *GC*, 2007, I, 888; conf. Trib. Torre Annunziata 18.3.2013, *www.ilcaso.it*).

Difetta nell'ordinamento una compiuta disciplina legislativa dell'insolvenza del gruppo societario e, proprio per questo, si discute (non senza perplessità: Panzani 2009, 1058) se l'art. 2497 c.c., laddove regolamenta la responsabilità verso soci e creditori della *holding* – nonché dei soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale o per finalità di natura economica o finanziaria (art. 19, 6° co., d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito nella l. 3.8.2009, n. 102) – possa

> individuare allora (ed almeno) un principio generale della società dominante, tale da renderne possibile la dichiarazione come autonomo fallimento, nei casi in cui sia stato esercitato dal soggetto dominante, sia esso una società controllante, coordinante o addirittura un socio, un dominio abusivo
> (Ragaglia, Minutoli e Salvato 2010, 229),

arrivando perfino a configurare nel gruppo una sorta di «supersocietà» cui eventualmente applicare le regole *ex* art. 2297 c.c. sulla responsabilità illimitata e solidale a carico di tutte le società riunite (Abete 2009, 1120). Tuttavia – anche al chiarore analogico dell'art. 147, 1° co., l. fall., che interdice l'estensione del fallimento societario all'unico azionista di s.p.a. e al socio unico quotista di s.r.l. unipersonale – non è consentito il fallimento della *holding* capogruppo in estensione di quello delle compagini societarie controllate (cfr. Trib. Nola 23.5.2013, *www.ilcaso.it*; Trib. Salerno 11.6.2012, *OCI*, ms. 666; Blatti 2011, 1649; Signorelli 2011, 573), e, simmetricamente,

> in ipotesi di crisi di un gruppo societario, la revoca, all'esito del giudizio di opposizione *ex* art. 18 l. fall. (...), del fallimento della società capogruppo non consente l'esercizio dell'azione di revocazione, ai sensi dell'art. 395, nn. 2, 3 e 4 c.p.c., della dichiarazione di fallimento di una società controllata
> (Trib. Padova 7.4.2009, *Fa*, 2010, 487).

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 249 31/10/14 8:18 PM

Potrebbero rispondere, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, anche quelli della società che ha abusato della direzione del gruppo, se si applicasse analogicamente anche al fallimento, come pure sostenuto (Campobasso 2011, 232), l'art. 90 d.lg. 270/1999.

### 1.3.4. Partecipazioni societarie.

Rinviando allo specifico capitolo in tema di estensione ai soci del fallimento societario, si sottolinea qui l'interessante inciso contenuto nell'art. 147, 1° co., l. fall. – che scardina, nell'ambito delle società personalistiche, l'antico riferimento essenziale all'*intuitus personae* – per cui il fallimento in estensione riguarda anche i soci «**pur se non persone fisiche**»; se, pertanto, una s.n.c. annovera tra i suoi soci una s.p.a. (così come consentito, con talune cautele, dagli artt. 2361, 2° co., c.c. e 111 *duodecies* disp. att. c.c.), il fallimento della prima coinvolge pure la seconda (Trib. Palermo 17.10.2012, *OCI*, ms. 747; Trib. Prato 15.11.2010, *Fa*, 2011, 497; Trib. Santa Maria Capua Vetere 8.7.2008, *ivi*, 2009, 89; Lo Cascio 2009, 1021) ancorché solvibile, per quanto, in pratica,

> la partecipazione può tuttavia configurare uno strumento di indiretta elusione del principio di responsabilità illimitata ogni qualvolta le società di capitali che assumono la qualità di soci illimitatamente responsabili siano preordinatamente dotate, a differenza di propri soci, di patrimonio esiguo o irrisorio
> (Audino 2005, 423).

Non può mai realizzarsi il contrario: il fallimento del socio non persona fisica non si estende alla società, in forza sia dell'art. 2288, 1° co., c.c., per cui il fallimento del singolo socio ne è solo motivo di esclusione *de iure*, sia dell'art. 149 l. fall., per cui il fallimento del socio illimitatamente responsabile non si estende alla società.

### 1.3.5. Società con patrimonio destinato a uno specifico affare.

Rinviando anche per questa materia allo specifico capitolo, va qui ribadita l'impossibilità di dichiarare il fallimento in proprio del solo patrimonio destinato c.d. operativo *ex* art. 2447 *bis*, 1° co., lett. *a*), c.c. (l'unico peraltro preso in considerazione dagli artt. 155 e 156 l. fall., essendo quello c.d. finanziario disciplinato, quale rapporto pendente, dall'art. 72 *ter* l. fall., sulla falsariga dell'art. 2447 *decies*, 5° co., c.c.), come d'altronde espressamente previsto dall'art. 2447 *novies*, 3° co., c.c., laddove si consente ai creditori insoddisfatti di pretendere (non il fallimento, ma) l'attivazione della relativa **procedura di liquidazione** (Ferro 2010, 771); in effetti, la stessa dizione usata dall'art. 156 l. fall., che parla di patrimonio «incapiente», ne escluderebbe, quanto al concorso, l'assimilazione all'insolvenza della società (De Crescenzo 2009, 1565).

Il patrimonio separato, una volta osservati dalla società gli oneri deliberativi e pubblicitari per la sua costituzione e per la sua segregazione dal resto delle disponibilità patrimoniali, **non subisce in estensione il fallimento della società** (arg. *ex* art. 2447 *novies*, 4° co., c.c.), in conseguenza del quale esso, a prescindere dalla sua propria solvibilità e senza perdere il vincolo di destinazione, viene assunto in gestione separata dal curatore societario e, in ogni caso, non può essere acquisito all'attivo fallimentare (Scarafoni 2011, 1689; De Crescenzo 2009, 1561). Si è però anche segnalato, dalla diversa e «reciproca» prospettiva dello stato di insolvenza del patrimonio separato rispetto alla società *in bonis*, che

> l'insolvenza del patrimonio medesimo costituirebbe esteriorizzazione dell'incapacità dell'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni, con la conseguente dichiarazione

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 250 31/10/14 8:18 PM

> di fallimento della società ed apprensione del patrimonio destinato alla massa fallimentare (Minutoli, Ragaglia e Salvato 2010, 196).

Non manca, d'altra parte, chi sottolinea come il patrimonio destinato,

> introdotto come strumento sostanzialmente equivalente alla costituzione di una nuova società «col vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa» è diventato – per una sorta di «eterogenesi dei fini» come la chiamano gli storici – strumento per l'esercizio di un'attività di impresa al riparo dal rischio fallimento e quindi dal rischio di revoca non solo dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, ma anche e soprattutto dalle ipoteche giudiziali (Guglielmucci 2011, 299).

L'istituto condivide qualche analogia con il c.d. ***trust*** **autodichiarato**, che differisce dall'altro per la carenza dell'affidamento fiduciario del patrimonio a un *trustee* (Ferro 2010, 763), ma che, come quello, sfugge all'attrazione del fallimento della società disponente, sempre che sia opponibile alla massa (anche eventualmente in forza delle trascrizioni ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c.) e non sia passibile di azioni recuperatorie o di nullità (Filocamo 2010, 1127).

### 1.4. Realtà societarie speciali. Società mutualistiche e cooperative.

La società cooperativa è definita dall'art. 2511 c.c. come «società a capitale variabile con scopo mutualistico» e, ai sensi degli artt. 2517 e 2520, 1° co., c.c., rappresenta la tipica espressione dell'**impresa mutualistica**, da intendersi essenzialmente (in carenza di una compiuta definizione legislativa di mutualità) quale organizzazione economica preordinata a fornire beni, servizi e lavoro direttamente ai componenti dell'organizzazione stessa (ad es., consumatori, lavoratori, utenti, ecc.) a condizioni e a prezzi più vantaggiosi rispetto a quelli di mercato. Il fine mutualistico viene spesso contrapposto al fine lucrativo proprio della società capitalistica in senso stretto, ma è forse più corretto ritenere che il primo sia una sottospecie dell'altro nella misura in cui lo scopo di lucro integra il programma causale cooperativo (Bonfante e Cottino 2001, 438; v. anche Minutoli 2010, 532). Le società cooperative (che investono con la loro opera ampi settori economici, dalle cooperative di produzione e lavoro a quelle edilizie, da quelle di consumo a quelle attive nei servizi assistenziali, ecc.), pur essendo, come si è detto, le più rappresentative espressioni del variegatissimo fenomeno della mutualità, non ne esauriscono tutte le possibili manifestazioni, così come si desume dall'art. 2517 c.c. per cui le disposizioni sulle cooperative «non si applicano agli enti mutualistici diversi dalle società». Tipicamente mutualistiche sono anche le **società mutue assicuratrici**, ove non si può acquistare la qualità di socio se non assicurandosi presso la società (art. 2546, 3° co., c.c.).

L'art. 2512 c.c. ritaglia nell'ambito delle società cooperative – che possono costituirsi *ex* art. 2518 c.c. solo in forma di società azionaria o di s.r.l. (le «piccole cooperative» *ex* art. 2519, 2° co., c.c.), non essendo più contemplata la responsabilità sussidiaria solidale dei soci cooperatori – quelle a **mutualità prevalente**, che svolgono la propria attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni e servizi, si avvalgono, altrettanto prevalentemente, della prestazione lavorativa dei soci (disciplinata dalla l. 3.4.2001, n. 142), e sono soggette a precisi vincoli statutari e di bilancio (artt. 2513 e 2514 c.c.). Le cooperative, se insolventi, sono soggette alla liquidazione coatta amministrativa oppure, se esercitano un'attività commerciale, anche al fallimento; in tal caso, questo, preventivamente, esclude l'altra e viceversa (art. 2545 *terdecies*, 2° co., c.c.).

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 251 31/10/14 8:18 PM

In caso di affitto o di alienazione di azienda o di ramo di azienda di imprese sottoposte a procedure concorsuali, hanno **diritto di prelazione** per l'affitto o per l'acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura (art. 11, 2° co., d.l. 23.12.2013, n. 145).

### 1.4.1. Società sportive.

Le società sportive si costituiscono in forma di s.p.a. o di s.r.l. e sono affiliate a una o più federazioni sportive nazionali riconosciute dal C.O.N.I.; esse perseguono esclusivamente **attività di carattere sportivo** e attività connesse o strumentali, possono sottoscrivere contratti di lavoro sportivo (disciplinati dalla l. 23.3.1981, n. 91) e sono sottoposte al controllo delle federazioni di appartenenza, che devono anche verificarne l'equilibrio finanziario. Le società sportive, per quanto formalmente prive di scopo di lucro, fanno capo a imprese commerciali e, come tali, possono essere dichiarate fallite, anche perché, con particolare riferimento alle società calcistiche, la relativa regolamentazione

> contiene prescrizioni normative che presuppongono la dichiarazione dello stato di insolvenza e, pertanto, non incidono sul presupposto oggettivo né sui presupposti soggettivi del fallimento
> (Bruno 2009, 86).

Altrettanto deve dirsi per tutti quegli altri enti sportivi non professionistici che gestiscono a fine di lucro spettacoli sportivi a pagamento o svolgano prevalente attività di sponsorizzazione.

### 1.4.2. Società tra professionisti.

L'art. 2230 c.c. descrive il contratto d'opera intellettuale come il patto per cui l'obbligato assolve in favore del committente, verso il pagamento di un compenso, un determinato incarico per il quale necessitano peculiari competenze tecnico-professionali e culturali; si tratta quindi della tipica prestazione del professionista, che, normalmente, deve seguire personalmente l'opera intellettuale affidatagli, pur potendo anche ricorrere a collaboratori o dipendenti. Gli artt. 24, l. 7.8.1997, n. 266, e 2, d.l. 4.7.2006, n. 223 (convertito nella l. 4.8.2006, n. 248) – nonché l'art. 3, 5° co., d.l. 13.8.2011, n. 138 (convertito nella l. 14.9.2011, n. 148), che ha imposto il principio di liberalizzazione delle professioni c.d. protette – consentono, rimuovendo un antico divieto, la costituzione di società tra professionisti (**s.t.p.**), così come erano state autorizzate le **società di *engineering***, le **società tra avvocati** e quelle di **servizi professionali interdisciplinari**. L'art. 2 l. 4.1.2013, n. 4, prevede altresì la possibilità di costituire **associazioni di professionisti** nell'ambito delle professioni non organizzate.

Anche se l'esercizio della professione può avvenire in forma di impresa (art. 2238, 1° co., c.c.), la società di professionisti, per ragioni di opportunità «politica» (Campobasso 2011, 19), non assume propriamente carattere commerciale, oltretutto non rientrando tra le attività annoverate dall'art. 2195 c.c., e, pertanto, non è assoggettabile al fallimento (Cagnasso 2012, 11) – così come esplicitamente previsto, ad es., per le società tra avvocati (v. artt. 16, 3° co., d.lg. 2.2.2001, n. 96, e 5, l. 31.12.2012, n. 247) – nonostante che, peraltro, il d.m. 8.2.2013, n. 34, consenta alle s.t.p. di assumere qualunque tipo societario.

In specifico riferimento alle società di *engineering* adottanti la forma della società lucrativa, si è tuttavia affermato che

> spetta la qualifica di imprenditori commerciali, in quanto la forma sociale adottata, che è quella di una società lucrativa, ed i mezzi impiegati dalla società in coerenza con tale forma, non sono contraddetti dal fatto che il contenuto


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 252 31/10/14 8:18 PM

dell'attività organizzata a scopo di profitto, essendo di tipo professionale, postuli che la società si avvalga di professionisti intellettuali iscritti in un apposito albo
(Cass. 3.10.2003, n. 10860, *NGCC*, 2004, I, 379).

### 1.4.3. Società pubbliche, in mano pubblica e *in house*.

Sono escluse dal fallimento le società che gestiscono **enti pubblici economici** (artt. 2093 e 2201 c.c.), nei quali i pubblici poteri possono esercitare influenza dominante anche indiretta; ciò che conta, in tal senso, è il **fine pubblico perseguito**, in termini di ingerenza dei pubblici poteri, di erogazione di capitale pubblico e di particolari vincoli pubblici (arg. *ex* art. 3, 26° co., d.lg. 12.4.2006, n. 163), con la conseguenza che una società può definirsi pubblica se ricorre anche uno solo di tali elementi; in particolare,

ha natura di ente pubblico in senso sostanziale – e, come tale, non è assoggettabile al fallimento – il soggetto formalmente costituito come società di capitali, ma partecipato esclusivamente da enti pubblici per la migliore gestione di un servizio pubblico essenziale qual è la raccolta dei rifiuti, allorquando lo stesso è dotato di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici. In tale ipotesi, infatti, può dirsi realizzato un vero e proprio trasferimento alla società di capitali dell'esercizio di una pubblica funzione, venendo quest'ultima a rivestire la qualifica di organo indiretto della pubblica amministrazione
(Trib. Catania 20.7.2010, *OCI*, ms. 321);

mentre

è imprenditore commerciale, assoggettabile al fallimento se insolvente, la società per azioni interamente partecipata dal comune e da tale ente istituita – già secondo il proprio statuto – oltre che per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti, anche per l'esecuzione di lavori edili e con facoltà di assumere attività, altresì con privati, in territori ulteriori rispetto a quello cittadino, concludendo ogni forma di contratto o collaborazione d'impresa. Né assumono portata scriminante, rispetto alla predetta qualità privatistica ed ai fini del riconoscimento della natura sostanziale di ente pubblico, la genesi procedimentale dell'ente, riferita ad un atto unilaterale del comune, la speciale disciplina codicistica applicabile (*ex* art. 2449 c.c.), i particolari poteri di controllo ed indirizzo spettanti all'ente locale, con sostegno finanziario regolare ed in analogia agli altri servizi pubblici essenziali, la strumentalità dell'attività esercitata dall'azienda rispetto all'attività comunale, il controllo della Corte dei Conti: si tratta invero di circostanze irrilevanti ove non precludano, come nella specie, la integrale applicazione, per ogni altra vicenda organizzativa e relazione di mercato, proprio delle norme del codice civile dettate in tema di società per azioni e dei contratti, risolvendosi gli stessi controlli dell'ente pubblico nell'esercizio dei poteri spettanti al socio ed all'assemblea
(Trib. Palermo 11.2.2010, *OCI*, ms. 154; analogamente Trib. Palermo 8.1.2013, *Fa*, 2013, 498).

Inoltre,

le società a partecipazione pubblica possono essere qualificate in termini di soggetto pubblico, allorché l'aspetto gestionale e quello operativo risultino completamente avulsi dalle regole del diritto commerciale, così da rappresentare un mero tramite dell'ente pubblico che la partecipa, mentre se non ricorrono indici sintomatici della natura pubblica dell'attività svolta, è possibile configurare tali enti assoggettabili alla procedura concorsuale
(Trib. Santa Maria Capua Vetere 9.1.2009, *Fa*, 2010, 690; Trib. Velletri 14.1.2013, *OCI*, ms. 818).

Alle società c.d. **in mano pubblica**, nelle quali lo Stato o altre pubbliche amministrazioni partecipano, in forma maggioritaria o totalitaria, al capitale azionario (artt. 2449-2451 c.c.), pur se di particolare rilevanza costituzionale (artt. 41, 3° co., e 43 Cost.), si applicano tendenzialmente le norme sul fallimento ove non sia diversamente previsto (Capo 2009, 33; Galgano 2003, 439), infatti:

le società in mano pubblica, anche quando siano concessionarie esclusive di servizi pubblici essenziali, forniscano i beni o i servizi esclusivamente all'ente pubblico che ne è unico socio, siano alimentate da risorse pubbliche, siano sottoposte a penetranti poteri di ingerenza e di controllo di carattere pubblicistico e siano, ad altri specifici effetti, equiparate agli enti pubblici, non possono essere definite, in linea

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 253 31/10/14 8:18 PM

> generale, enti pubblici al fine della sottrazione alla procedura di fallimento, di concordato preventivo o di amministrazione straordinaria, salvo che sia la stessa legge a definirle espressamente come tali ovvero a fornire indicazioni ermeneutiche tali da indurre a ritenere del tutto impredicabile il contrario
> (App. Napoli 24.4.2013, *Fa*, 2013, 767);
>
> una società per azioni, il cui statuto non evidenzi poteri speciali di influenza ed ingerenza, ulteriori rispetto agli strumenti previsti dal diritto societario, dell'azionista pubblico ed il cui oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la propria qualità di soggetto privato – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile – per il fatto che essa, partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest'ultimo
> (Cass. 6.12.2012, n. 21991, *Fa*, 2013, 1273).

Il quadro di riferimento, in tale ambito, è in parte mutato riguardo alle c.d. **società *in house***, quelle, cioè, che gestiscono appalti aggiudicati all'interno della stessa pubblica amministrazione. Su di esse si sono espresse le Sezioni Unite della Suprema Corte, secondo cui si devono

> considerare ormai ben delineati nell'ordinamento i connotati qualificanti della società *in house*, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi e definita dai tre requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Ma s'intende che, per poter parlare di società *in house*, è necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale (...). L'espressione «controllo» non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale
> (Cass., Sez. U., 25.11.2013, n. 26283, *Fa*, 2014, 33),

con conseguente assoggettamento alla **giurisdizione della Corte dei Conti** degli organi sociali per l'eventuale azione di responsabilità per danni causati contro il patrimonio della società *in house*. Gli elementi caratterizzanti tali società, come sottolineano i supremi giudici,

> bastano a rendere evidente l'anomalia del fenomeno dell'*in house* nel panorama del diritto societario. È già anomalia non piccola il fatto che si abbia qui a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato. Forse entro certi limiti una siffatta anomalia la si potrebbe ancora giustificare, in un contesto storico nel quale la causa lucrativa delle società di capitali è andata via via sbiadendosi in favore di una concezione che vede in quelle società dei modelli organizzativi utilizzabili per scopi diversi
> (Cass., Sez. U., 25.11.2013, n. 26283, *Fa*, 2014, 33);

si consideri al riguardo il fatto, assai significativo, per cui l'art. 1, 562° co., l. 27.12.2013, n. 147, ha abrogato il divieto (già contenuto all'art. 9, 6° co., d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito nella l. 7.8.2012, n. 135) per le amministrazioni locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica (comprese, quindi le società commerciali), che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 Cost., con conseguente possibilità di trasformazione eterogenea di società private in società pubbliche e aziende speciali. Pur tuttavia,

> ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 254 31/10/14 8:18 PM

> potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale (...). La società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione
> (Cass., Sez. U., 25.11.2013, n. 26283, *Fa*, 2014, 33).

La pronuncia della Corte, inoltre, precisa che la distinzione tra il patrimonio dell'ente pubblico partecipante e quello della società si pone in termini di separazione, ma non di distinta titolarità; si ripropone, pertanto, all'attenzione degli interpreti la questione della **fallibilità delle società *in house***: se, infatti, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, si ritenevano senz'altro fallibili (cfr., ad es., App. Napoli 27.5.2013, *Fa*, 2013, 1290; Fimmanò 2013, 1204), c'è da chiedersi adesso, in virtù del loro accertato inserimento «organico» nella pubblica amministrazione partecipante, se vada estesa ad esse la clausola esonerativa dal fallimento degli enti pubblici prevista dall'art. 1, 1° co., l. fall. (in questo senso Trib. Verona 19.12.2013, *www.ilcaso.it*; *contra* Trib. Modena 10.1.2014, *ivi*, che ribadisce l'assoggettamento delle società *in house* alla disciplina privatistica delle imprese e, quindi, a quella fallimentare). In questo senso, la sentenza della Suprema Corte

> offre, tuttavia, una convincente soluzione, perché ha sottolineato «l'anomalia del fenomeno», ha mantenuto fermo il pregresso principio in relazione alle società della galassia di quelle cc.dd. pubbliche non riconducibili alla «*singolarità*», che ha confinato entro i limiti imposti dall'evoluzione del fenomeno e ciò dovrebbe fare escludere che possa rilevare ad altri fini
> (Salvato 2014, 48),

tant'è che

> In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità
> (Cass. 27.9.2013, n. 22209, *Fa*, 2013, 1338).

Si deve osservare, peraltro, che non sussiste uno statuto unitario della società pubblica (Salvato 2014, 38; D'Attorre 2009, 717; si veda anche l'ampia ed eterogenea rassegna normativa raccolta in materia da Bernabò Brea, Casavecchia e Redi 2013, 70-141 e 48-110); ciò comporta disomogeneità della disciplina e, di conseguenza, per verificare, sulla base di un criterio «funzionale» (Balestra 2013, 1285-1286; D'Attorre 2010, 695; ma v., in senso critico, Lo Cascio 2009, 1016), l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale e

> per individuare la natura – di ente privato ovvero di ente pubblico in senso sostanziale – delle c.d. società in mano pubblica (il cui capitale è totalmente o parzialmente detenuto da un ente pubblico), ai fini della loro sottoposizione a fallimento, è necessario fare ricorso, piuttosto che a un criterio formale basato sulla forma giuridica assunta dall'ente, ad un criterio «funzionale», incentrato sulle finalità perseguite, sulle risorse utilizzate per il loro raggiungimento e sull'esercizio di potestà di imperio
> (Trib. Messina 29.4.2010, *OCI*, ms. 274);

in altri termini

> ai fini della dichiarazione di fallimento, per valutare la natura privatistica o pubblicistica di un soggetto, non è sufficiente che esso abbia la struttura di una società commerciale, ma occorre avere riguardo a determinati indici rivelatori attinenti alla struttura, all'attività, al regime di controllo e all'ingerenza dell'ente pubblico partecipante nella gestione della società
> (App. Genova 2.2.2012, *Fa*, 2012, 880).

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 255 31/10/14 8:18 PM

Se, dunque, la *ratio* dell'inassoggettabilità al fallimento si fonda sull'incompatibilità della procedura concorsuale con l'ordinaria attività di tali società (v. App. Torino 15.2.2010, *Fa*, 2010, 689), allora in esse

> l'interesse pubblico interferisce con il funzionamento dell'attività, è evidente che non possono ritenersi fallibili, perché ciò ne comporterebbe la paralisi in vista di una tutela del ceto creditorio, nonché l'inammissibile sostituzione degli organi gestionali dell'ente da parte degli organi della procedura. Pertanto, se il fallimento della società in mano pubblica non lede l'interesse pubblico, non c'è motivo per escluderlo (...); se invece esso determina la fuoriuscita dal mondo economico di un ente destinato a soddisfare bisogni collettivi, allora non è ammesso, perché altrimenti si attribuirebbe all'autorità giudiziario il potere di sostituirsi all'attività amministrativa nell'esercizio di facoltà a carattere pubblico, riservate alla discrezionalità politico-amministrativa
> (Aprile, Celentano e Cultrera 2010, 184).

### 1.4.4. Società costituite all'estero e società europee.

Una società italiana può costituirsi all'estero e, se in uno Stato membro della UE, è fatta salva la normativa comunitaria (art. 2507 c.c.), con conseguente applicazione ad essa della *lex fori*. Se, tuttavia, la società costituita all'estero mantiene una sede secondaria in Italia deve applicare la legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali e, in generale, sull'esercizio dell'impresa; se il tipo societario non corrisponde a quelli tassativamente previsti nel codice civile deve farsi riferimento, in ogni caso, alle norme sulle s.p.a. (artt. 2508 e 2509 c.c.). Fino all'adempimento delle formalità pubblicitarie coloro che agiscono in nome della società **rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali** (art. 2509 *bis* c.c.), anche in caso di insolvenza.
L'art. 1, regolamento CE 8.10.2001, n. 2157, autorizza la costituzione in ciascun Paese della UE della società per azioni europea (**SE**) con personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta. La SE può anche trasformarsi in una s.p.a. disciplinata dalla legge dello Stato membro in cui ha la sede sociale; tuttavia, tale trasformazione non dà luogo a scioglimento o a creazione di una nuova persona giuridica. In caso di insolvenza, la SE è soggetta alle disposizioni legislative che sarebbero applicabili se essa fosse una s.p.a. costituita conformemente alla **legge dello Stato membro in cui la SE ha sede sociale** (art. 63, regolamento CE 2157/2001; v. anche artt. 2508 e 2509 c.c.), luogo che, ai sensi dell'art. 3, 1° §, regolamento CE 1346/2000, si presume coincidere con il centro degli interessi principali del debitore.
Disciplina non dissimile per la società cooperativa europea (**SCE**) di cui al regolamento CE 22.7.2003, n. 1435.

### 1.4.5. Società *start-up* innovative.

Introdotte dall'art. 25, d.l. 179/2012 (quindi modificato dall'art. 9, 16° co., d.l. 76/2013), sono quelle costituite in forma di società di capitali (anche cooperativa e unipersonale) o di società europea, che, nel rispetto di vari vincoli statutari e di bilancio e beneficiando di talune deroghe alla normativa societaria, lavoristica e tributaria, gestiscono imprese aventi per oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di **prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico**. Tali società sono tenute a investire in ricerca e sviluppo risorse uguali o superiori al 15% del maggior valore fra costo e valore totale della produzione, a occupare personale qualificato e a disporre di almeno una **privativa industriale** relativa a un'invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori, a una nuova varietà vegetale o a un programma per elaboratore originario. Le società *start-up* innovative, per salvaguardare al massimo il valore e l'unitarietà


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 256 31/10/14 8:18 PM

dell'impresa tecnologica, sono **escluse dal fallimento** (Lo Cascio 2013, 815) e da ogni altra procedura concorsuale (compreso il concordato preventivo), e sono soggette solamente alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 31, 1° co., d.l. 179/2012). Tale previsione, peraltro, è funzionale solo a incentivare la nascita di queste imprese e ad accompagnarne la crescita e l'affermazione nel mercato, poiché è previsto che il regime di esclusione decada dopo **4 anni dalla costituzione** (ossia, trattandosi di società capitalistiche, dall'iscrizione nel registro delle imprese), oppure (anche prima dello spirare di tale termine) in caso di perdita dei requisiti di qualificazione come *start-up* innovativa.

### 1.5. Particolarità del fallimento societario. Presupposti di fallibilità.

L'assoggettamento a fallimento delle società, come si è già visto, transita attraverso il riscontro dell'avvenuto superamento della *no failure line* tratteggiata, sul versante soggettivo, dall'art. 1, 2° co., l. fall., sulla base, essenzialmente, di quanto emerge dai dati contabili offerti dalla società debitrice o, comunque, acquisiti nel corso dell'istruttoria prefallimentare. È dubbio, a quest'ultimo proposito, se, ai fini della fallibilità di una società personalistica, si debba tenere esclusivo conto delle sole emergenze del bilancio societario, oppure si debbano considerare anche **i beni o i debiti personali dei soci illimitatamente responsabili**, chiamati *ex* art. 147, 2° co., l. fall. al coinvolgimento nel fallimento della società.
La soluzione è ovviamente diversa a seconda che si privilegi una lettura, per così dire, «formalistica» dell'art. 1 l. fall. (che si rivolge all'imprenditore e tale non è, di per sé, il socio illimitatamente responsabile), ovvero si valorizzino, congiuntamente, la regola generale *ex* art. 2740 c.c. (per cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri) e l'inciso «ammontare complessivo» usato alle lett. *a*) e *b*) del 2° co. dell'art. 1 l. fall., per cui la verifica dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi deve considerare «complessivamente» la situazione dell'imprenditore, comprese perciò tutte le attività comunque destinate a formare l'attivo liquidabile, ancorché facenti capo a soggetti non suscettibili di fallire o fallibili per «imputazione» (Capo 2009, 22) a titolo di diversa costruzione legale (*contra* Stasi 2012, 1445, per cui le passività rilevanti sono solo quelle relative all'esercizio dell'attività aziendale). In effetti,

> la tesi della inclusione dell'attivo personale dei soci nell'attivo patrimoniale si correla, dunque, nel caso delle società di persone alla portata normativa espansiva dell'aggettivo «complessivo». Nella prospettiva funzionale (...) nell'attivo va compreso il valore del patrimonio dei soci illimitatamente responsabili della società fallita. Del resto, anche in tema di concordato preventivo, l'art. 161, co. 2, lett. *d*), l.f. stabilisce che il debitore debba indicare nel ricorso «il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili»
> (Michelotti 2011, 42).

Si tenga inoltre conto che il citato perimetro tracciato dalla *no failure line* tende a circoscrivere l'accertamento prefallimentare a carico, perlopiù, di società di capitali (in particolare di s.r.l.: Bisogno 2010, 37-38) autorizzate al **bilancio in forma abbreviata** *ex* art. 2435 *bis* (che non è analitico quanto alle singole informazioni contabili), nonché di imprese collettive tenute alla sola redazione del bilancio di chiusura dell'inventario *ex* art. 2217, 2° co., c.c., che svolge un richiamo generico alle norme sul bilancio delle s.p.a.; sul punto si è però precisato che

> nella valutazione del capitale investito, ai fini del riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore, trovano applicazione i principi di logica contabile, cui si richiama l'art. 1, secondo comma, lett. *a*), della legge fall. (...) e di cui è espressione lo stesso art. 2424 cod.

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 257 31/10/14 8:18 PM

civ., con la conseguenza che, pur non essendo il piccolo imprenditore tenuto alla redazione di un bilancio come quello previsto per le società di capitali, tra le poste attive della situazione patrimoniale vanno incluse anche le rimanenze di magazzino, mentre nel passivo devono essere computati i debiti contratti per l'acquisto degli stessi beni
(Cass. 29.7.2009, n. 17553, *GCo*, 2011, II, 486).

In ogni caso, l'art. 2217 c.c. non riguarda le **s.s.**, obbligate soltanto al rendiconto *ex* art. 2261 c.c.

Quanto ai valori dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi, le lett. *a*) e *b*) del 2° co. dell'art. 1 l. fall. impongono che il relativo riscontro faccia riferimento ai **tre esercizi** antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, ovvero dall'inizio dell'attività produttiva se di durata inferiore. Se l'esercizio corrisponde di norma all'anno solare, può darsi che ciò sia diversamente previsto presso talune società di capitali o cooperative, per cui si dovrà considerare l'**esercizio sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto** (che potrà avere inizio in giorno diverso dal 1° gennaio o prevedere una durata maggiore o minore di 12 mesi), con la conseguenza che il periodo temporale potrà risultare anche più breve rispetto agli anni di calendario e salvo il ragguaglio proporzionale all'anno (Verna 2009, 1255); sempre che, al contrario, non si ritenga che l'espressione «ultimi tre esercizi» indichi comunque gli anni fiscali scaduti il 31 dicembre (Tamponi, D'Amora e Plenteda 2010, 239). Non mancano, tuttavia, opinioni per cui il ragguaglio all'anno del dato di bilancio infrannuale sarebbe arbitrario (Stasi 2012, 1446; Silvestrini 2011, 957).

In caso di **fusione** societaria per incorporazione o tramite costituzione di una nuova società

sembra ragionevole ritenere che, ove l'istanza di fallimento venga presentata nell'esercizio successivo a quello in cui si è concluso il procedimento di fusione (esempio, istanza di fallimento depositata il 2 febbraio dell'anno x e la fusione si è perfezionata il 30 novembre dell'esercizio x-1), si possa e si debba fare riferimento, oltre che ai dati del bilancio relativo all'esercizio antecedente a quello del perfezionamento della fusione, alle risultanze del c.d. bilancio di chiusura della società incorporata o fusa, ancorché questo non sia ritenuto obbligatorio dalla prevalente dottrina. Nella diversa ipotesi in cui il procedimento di fusione, iniziato in un esercizio, si sia completato in quello successivo in cui viene presentata l'istanza di fallimento, occorrerà fare, invece, riferimento alle risultanze dei bilanci annuali della società fusa o incorporata (vale a dire ai bilanci dei due esercizi precedenti rispetto a quello in cui la fusione si è perfezionata). Analoghi principi dovrebbero valere, *mutatis mutandis*, anche per il fallimento della società scissa in caso di scissione totale e conseguente estinzione di questa società
(Stasi 2012, 1446-1447).

### 1.5.1. Stato di insolvenza.

Anche sullo stato di insolvenza della società non si rinvengono particolari disposizioni nell'ambito della legge fallimentare, per cui valgono le medesime considerazioni relative all'art. 5 l. fall. (e all'art. 160, 3° co., l. fall. per lo stato di crisi nel quale è compresa anche l'insolvenza). Ribadita la necessità che gli amministratori, il collegio sindacale e i revisori contabili attuino una costante e doverosa opera di sorveglianza sull'andamento economico-finanziario della società (v. *amplius* Sandulli 2011, 1103-1109), vale la pena segnalare la premura del diritto sostanziale circa l'eventualità che talune operazioni imprenditoriali o societarie possano rappresentare motivi di rischio per la solvibilità o per l'equilibrio economico-finanziario – fonte, pertanto, di responsabilità degli amministratori e degli altri organi sociali (quando non penale, di certo) ai sensi dell'art. 146, 2° co., l. fall.

In particolare, l'**art. 2358 c.c.** (nel testo novellato dal d.lg. 4.8.2008, n. 142) ha introdotto una sorta di *solvency test* prevedendo che, in caso di operazioni azionarie, gli amministratori della società predispongano

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 258 31/10/14 8:18 PM

una relazione che illustri, tra l'altro, i rischi che esse operazioni possono comportare per la liquidità e la solvibilità della società (Abriani 2010, 400; v. anche Stanghellini 2007, 39).

Applicazione specifica della predetta norma è rappresentata dalle disposizioni sul progetto e sulla relazione dell'organo amministrativo in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (c.d. *leveraged buy out*), che devono indicare, rispettivamente, le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione e le fonti di tali disponibilità (art. 2501 *bis*, 2° e 3° co., c.c.).

È stato precisato che, in caso di **scissione societaria**,

> l'apprezzamento dell'insolvenza non può più condursi sommando o comunque calcolando unitariamente i debiti della società scissa e della società beneficiaria; la prima, infatti, risponde in via solidale dei debiti trasferiti alla seconda ma nei soli limiti del valore effettivo del patrimonio netto rimastole; la società beneficiaria, a sua volta, risponde in via solidale dei debiti rimasti in carico alla società scissa nei limiti del valore del patrimonio netto trasferitole. È dunque errata la dichiarazione di fallimento che, rapportando l'elemento oggettivo all'insieme dei debiti originariamente facenti capo alla società *ante* scissione, abbia omesso di considerare, come accertato dal giudice di merito, le conseguenze di una operazione realizzata per finalità atipiche, cioè fatta per conferire alla società scissa un apparente stato di solvibilità
> (Cass. 20.11.2013, n. 26043, *Fa*, 2014, 25).

### 1.5.2. Società in liquidazione.

Pur essendo pacificamente ammesso, in linea di principio, il fallimento delle società in liquidazione o altrimenti inattive (arg. *ex* art. 146, 1° co., l. fall., che annovera espressamente i liquidatori tra i soggetti equiparati al fallito), il riferimento ai tre esercizi antecedenti la data di deposito del ricorso ne potrebbe determinare l'esclusione dal fallimento; a questo proposito, tuttavia, il criterio meramente cronologico del triennio anteriore alla domanda di fallimento imporrebbe di includere nel computo anche gli eventuali periodi di tempo in cui la società sia stata inattiva; a meno che

> ai fini dell'accertamento della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1 l. fall. di una società in stato di liquidazione volontaria, non devono considerarsi come anni di riferimento quelli antecedenti al deposito dell'istanza di fallimento, bensì i tre esercizi antecedenti la messa in liquidazione
> (Trib. Reggio Calabria 8.6.2010, *Fa*, 2010, 1335)

cioè

> i requisiti richiesti dall'art. 1, co. 2, l. f. (…) maturati dall'impresa nel corso del suo effettivo e normale esercizio, e pertanto l'ammontare dei ricavi va computato con riferimento al periodo di attività antecedente la messa in liquidazione
> (App. Napoli 29.10.2008, *OCI*, ms. 137).

Per ciò che riguarda l'insolvenza della società in liquidazione, si è ritenuto che

> la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall. deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessarie per soddisfare le obbligazioni contratte
> (Cass. 14.10.2009, n. 21834, *Fa*, 2010, 869).

Tale criterio appare ribadito anche dopo la riforma, con la specificazione che

> quando l'impresa è in liquidazione deve escludersi lo stato d'insolvenza ove si accerti che gli elementi attivi del patrimonio del debitore consentono di assicurare il soddisfacimento eguale ed integrale di tutti i creditori sociali, mentre è del tutto irrilevante il mancato assolvimento con regolarità delle obbligazioni

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 259 31/10/14 8:18 PM

> assunte, riferendosi tale sintomo dell'insolvenza all'impresa ancora in attività
> (Trib. Lanusei 14.3.2008, *OCI*, ms. 269; conf. App. Sassari 2.12.2011, *OCI*, ms. 604)

ma non senza contrasti, tendendosi a evitare che l'inerzia amministrativa della società e la flessione obiettiva delle sue movimentazioni dell'ultimo periodo siano eluse per via della mera valorizzazione dell'idoneità contabile del suo attivo a pareggiare il passivo, piuttosto ponendosi un'esigenza di riunificazione, a questa stregua, della nozione di insolvenza, che sarebbe in realtà

> unica e, pertanto, va interpretata allo stesso modo per le società in attività e per società in liquidazione. Ne consegue che, ai fini dell'accertamento della sussistenza dello stato di insolvenza di una società in liquidazione, non può farsi ricorso al criterio giurisprudenziale della eccedenza delle passività sulle attività patrimoniali, il quale consentirebbe a tale società di evitare la dichiarazione di fallimento dimostrando la propria capacità di soddisfare, sia pure irregolarmente, le proprie obbligazioni.
> (App. Napoli 25.11.2010, *OCI*, ms. 461; cfr. anche Macrì 2013, 1012).

### 1.5.3. Sopravvivenza degli organi societari.

Tra le cause di scioglimento delle società di capitali indicate dall'art. 2484 c.c. (richiamato per le cooperative dall'art. 2545 *duodecies* c.c.) non figura la dichiarazione di fallimento; ne consegue che il fallimento non è di per sé causa di scioglimento della società (se non altrimenti necessitato), ma solo se **previsto nell'atto costitutivo o nello statuto**.

In effetti, l'art. 146, 1° co., l. fall. – coerentemente con il principio di autonomia statutaria, nonché, più a monte, con le premesse segnate dall'art. 1 l. fall., che, come si è visto, ha ritenuto pleonastico ogni accenno distintivo tra imprenditore individuale e societario – equipara semplicemente il fallito agli amministratori e ai liquidatori delle società fallite (compresi gli ex amministratori: cfr. Trib. Milano 11.3.2013, *Fa*, 2014, 214), tenuti agli obblighi imposti dall'art. 49 l. fall. e a essere sentiti quando la legge prevede che sia sentito il fallito.

L'affermazione per cui tale disposto

> mantiene un importante valore esegetico nel momento in cui da esso può trarsi il convincimento che per tutte le società, anche per quelle di persone, vale il principio secondo cui, dopo la dichiarazione di fallimento, amministratori e liquidatori continuano a rimanere in carica (...) e, con particolare riferimento alle società di persone, (...) dovrebbe escludersi che la stessa dichiarazione di fallimento determini la messa in liquidazione delle società
> (Blatti 2011, 1623),

va posto in relazione con l'art. 2308 c.c. ove si prevede, quale effetto del fallimento, lo scioglimento (non però l'estinzione: Bettazzi 2009, 415) della società di persone che esercita un'attività commerciale. Certo è, d'altra parte, che la **proposta di concordato fallimentare** deve essere sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza sociale della società fallita (art. 152, 1° co., l. fall.), anche se di persone – norma che conferma la tendenziale non compromissione della *governance* societaria da parte del fallimento (peraltro, in evidente discontinuità con la liquidazione coatta amministrativa: v. art. 200, 1° co., l. fall.). I soci di società di capitali fallita non possono reclamare *ex* art. 26 l. fall. i decreti del giudice delegato o del Tribunale (Cass. 28.5.2012, n. 8434, *ItalgiureWeb*, rv. 622810). Alle società in quanto tali non si applica l'istituto dell'esdebitazione (art. 142 l. fall.), previsto solo per il fallito persona fisica (però anche per il socio illimitatamente responsabile: cfr. Cass., Sez. U., 18.11.2011, n. 24214, *ItalgiureWeb*, rv. 619470).

### 1.5.4. Termine annuale *ex* art. 10 l. fall.

Si è visto *supra*, § 1.1.1, che il termine annuale *ex* art. 10 l. fall. per la dichiarazione di fallimento si riferisce, per espressa previsione normativa, anche all'imprenditore


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 260 31/10/14 8:18 PM

collettivo e alle società, sia di capitali, sia di persone (cfr. Cass. 8.8.2013, n. 18964, *ItalgiureWeb*, rv. 627399; Cass. 3.5.2012, n. 6692, *ivi*, rv. 622548; App. L'Aquila 16.6.2012, *Fa*, 2012, 1005). Esso si ritiene altresì applicabile in caso di **scissione societaria**, mentre ne è più controversa l'applicazione alla **fusione**. A quest'ultimo proposito, è irrilevante secondo la giurisprudenza

> che i debiti siano stati, con la fusione, assunti dalla società incorporante; che la fusione non sia stata contrastata dai creditori; che sia mancato il fallimento della società incorporante; che sia mancata qualsiasi richiesta di pagamento rivolta dai creditori dell'incorporata alla società incorporante. Infatti, il fallimento della società incorporata è conseguenza della sua insolvenza e del mancato decorso dell'anno dalla sua estinzione per fusione e prescinde dalla solvibilità o meno della società incorporante, che può semmai costituire ragione di eventuale soggezione di quest'ultima a procedura concorsuale, al pari di quanto si verifica per l'imprenditore individuale defunto ai sensi dell'art. 11, primo comma, legge fall., norma, quest'ultima, che postula una sorta di sopravvivenza dell'impresa rispetto al soggetto che ne era titolare, a garanzia della massa dei creditori
> (Cass. 1.2.2007, n. 2210, *Fa*, 2007, 793).

Si è pure detto che

> a seguito della nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* cod. civ. (...), in base al cui primo comma la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali anteriori alla fusione, la fusione configura una vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto giuridico (allo stesso modo di quanto avviene con la trasformazione), senza la produzione di alcun effetto successorio ed estintivo
> (Cass. 23.6.2006, n. 14526, *RDPr*, 2007, 178),

per cui, conformemente,

> una società non può essere dichiarata fallita entro un anno dalla sua fusione per incorporazione in altra società, in applicazione analogica degli artt. 10 e 11 l. fall., in quanto la fusione non comporta l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa; pertanto, ove ne sussistano i presupposti, può essere dichiarato il fallimento della sola incorporante
> (Trib. La Spezia 18.6.2010, *Fa*, 2010, 1215).

D'altra parte, poiché la fusione per incorporazione si configura

> come una vicenda modificativa-evolutiva riguardante il patrimonio e l'organizzazione societaria, non può essere dichiarato il fallimento della società incorporata, nonostante la fusione sia avvenuta meno di un anno addietro, ma occorre, se mai, verificare la sussistenza dei requisiti per la dichiarazione di fallimento in capo alla società incorporante
> (Trib. Saluzzo 19.3.2012, *Fa*, 2012, 1469).

In dottrina, si è osservato che la fusione non determina la cessazione dell'attività di impresa, né, ai sensi dell'art. 2504 *bis* c.c., l'estinzione della società incorporata o partecipante (Filocamo, D'Amora, Salvato e Schirò 2010, 420), con impossibilità di applicazione, neppure in via analogica, dell'art. 10 l. fall. (Bonavera 2012, 1474). Se poi la fusione interviene durante l'istruttoria prefallimentare, bisogna che

> la verifica dell'insolvenza debba essere operata avuto riguardo al patrimonio della società come risultante dalla fusione la quale potrà, se insolvente, essere dichiarata fallita
> (App. Perugia 16.12.2008, *Fa*, 2009, 1304).

Non rappresenta motivo per l'applicazione dell'art. 10 l. fall., se non limitatamente alla responsabilità personale dei soci (v. App. Milano 15.11.2012, *Fa*, 2013, 241), la **trasformazione societaria** (anche eterogenea), che non comporta l'estinzione dell'ente collettivo, né il verificarsi di una causa di scioglimento della società, poiché

> in caso di scioglimento della società in nome collettivo per il venir meno della pluralità di soci, il fallimento della società (e del socio superstite) può essere dichiarato, ai sensi dell'art. 10 legge fallim., sino a quando sia decorso un anno dalla cancellazione della società dal registro delle imprese (Corte cost. sent. n. 319 del 2000), e non già dal verificarsi della causa di

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 261 31/10/14 8:18 PM

> scioglimento, atteso che, per quanto le cause di scioglimento operino automaticamente, ossia di diritto, tuttavia, verificatasi una di tali cause, la società non si estingue automaticamente, ma entra in stato di liquidazione e rimane in vita sino al momento della cancellazione
> (Cass. 13.7.2006, n. 15924, *Fa*, 2007, 165).

Il termine *ex* art. 10 l. fall. non decorre, inoltre, nell'ipotesi di società cancellata a seguito di procedimento di liquidazione conclusosi con l'**affidamento dell'intero attivo patrimoniale a un *trustee***, senza liquidazione di alcuna posta e senza soddisfacimento di alcun creditore (cfr. Trib. Milano 22.11.2013, *Il nuovo diritto della società*, 2014, 3, 47).

Non decorre neppure in caso di cancellazione della società per **trasferimento all'estero**, poiché

> laddove la cancellazione di una società dal registro delle imprese italiano sia avvenuta non a compimento del procedimento di liquidazione dell'ente, o per il verificarsi di altra situazione che implichi la cessazione dell'esercizio dell'impresa e da cui la legge faccia discendere l'effetto necessario della cancellazione, bensì come conseguenza del trasferimento all'estero (nella specie, in Francia) della sede della società, e quindi sull'assunto che questa continui, invece, a svolgere attività imprenditoriale, benché in altro Stato, non trova applicazione l'art. 10 legge fall., atteso che un siffatto trasferimento, almeno nelle ipotesi in cui la legge applicabile nella nuova sede concordi sul punto con i principi desumibili dalla legge italiana, non determina il venir meno della continuità giuridica della società trasferita e non ne comporta, quindi, in alcun modo, la cessazione dell'attività, come peraltro agevolmente desumibile dal disposto degli articoli 2437, primo comma, lett. c) e 2473, primo comma, cod. civ.
> (Cass., Sez. U., 11.3.2013, n. 5945, *Fa*, 2014, 88).

### 1.5.4.1. Cancellazione dal registro delle imprese.

La cancellazione della società dal registro delle imprese rappresenta un preciso obbligo dei liquidatori sociali, sia delle società di persone (art. 2312, 1° co., c.c.), sia di quelle di capitali (art. 2495, 1° co., c.c.), obbligo che segue all'esaurimento delle operazioni liquidatorie e all'approvazione del bilancio finale di liquidazione. La cancellazione è un **atto formale** e, pertanto, fino alla sua richiesta e al suo ottenimento, non opera il termine annuale *ex* art. 10 l. fall., anche se esaurita la liquidazione e anche se la società sia di fatto inattiva (App. L'Aquila 15.11.2011, *Fa*, 2012, 235); essa, inoltre, svolge mera efficacia dichiarativa rispetto alle società personali, mentre ha **efficacia costitutiva** per le società di capitali, essendo per queste costitutiva la stessa iscrizione nel registro delle imprese (artt. 2331, 1° co., e 2463, 3° co., c.c.). Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha definitivamente precisato che

> il principio normativo secondo cui la cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese è produttiva, senza limiti, di quest'effetto, non è applicabile alle società di persone in quanto l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto che le cancella ha valore di pubblicità meramente dichiarativa superabile con la prova contraria con cui occorre dimostrare che la società ha continuato ad operare e ad esistere, pur dopo la cancellazione, cosicché si è ritenuto che tanto per le società di persone, quanto per le società di capitali si addiviene di ufficio alla cancellazione in forza dell'art. 2191 c.c. con la presunzione che la società non abbia mai cessato *medio tempore* di operare e di esistere
> (Cass., Sez. U., 12.3.2013, n. 6071, *Fa*, 2013, 831).

Se al momento dell'estinzione della società, di persone o di capitali, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, rimangano pendenti rapporti giuridici facenti capo alla società estinta (sicché può darsi che la cancellazione sia disposta anche in costanza di rapporti non liquidati), si verifica, secondo la Suprema Corte, un **fenomeno di tipo successorio**, non diverso dalla morte della persona fisica (La Croce 2013, 840-841),

> in virtù del quale: *a*) l'obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificherebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si


© Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 262 31/10/14 8:18 PM

> trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, «pendente societate», fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; *b*) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo
> (Cass., Sez. U., 12.3.2013, n. 6070, *ItalgiureWeb*, rv. 625323).

La decisione della Corte ha suscitato polemiche in dottrina

> con riguardo al riferimento della successione nei c.d. residui attivi, perché si sostiene che questa opererebbe in danno dei creditori sociali. E ciò per la ragione che, a seguito della successione, si verificherebbe la confusione del patrimonio della società e quello dei soci, con chiara diversità rispetto a quanto ha luogo per la successione dell'erede che ha accettato con beneficio d'inventario. Onde ai soci sarebbe consentito di appropriarsi di elementi dell'attivo, anche laddove sussistano passività insoddisfatte. Il che determinerebbe paradossalmente, per questo verso, la convenienza di ricorrere a una c.d. cancellazione in via anticipata, così da sottrarre ai creditori beni sui quali essi avrebbero potuto avere diritto. A siffatta critica può rispondersi che il regime della comproprietà e/o contitolarità dei residui attivi non liquidati e/o delle sopravvenienze attive, se è volto a rendere possibile che tali situazioni abbiano a far valere i soci, in qualità di successori, specie in occasione di vicende che riguardano la società estinta in corso di processo, non intende sottrarre i residui attivi così ottenuti alla garanzia dei creditori, garanzia che pur sempre trova il suo titolo nel debito (rimasto) insoddisfatto e nel quale è subentrato il socio, sia pure *pro quota*
> (Di Majo 2014, 9).

Se, dunque, di fenomeno successorio si tratta,

> qualora l'estinzione intervenga nella pendenza di un giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 e ss. cod. proc. civ., con eventuale prosecuzione o riassunzione da parte o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 cod. proc. civ.; qualora l'evento non sia stato fatto constare nei modi di legge o si sia verificato quando farlo constare in tali modi non sarebbe più stato possibile, l'impugnazione della sentenza, pronunciata nei riguardi della società, deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, atteso che la stabilizzazione processuale di un soggetto estinto non può eccedere il grado di giudizio nel quale l'evento estintivo è occorso
> (Cass., Sez. U., 12.3.2013, n. 6070, *ItalgiureWeb*, rv. 625324).

Ne dovrebbe ulteriormente conseguire che la società estinta va dichiarata fallita in persona dei «soci-eredi» (cfr.: Cass. 18.7.2013, n. 17564, *fiscoediritto.it*; Cass. 6.6.2013, n. 14338, *Fa*, 2013, 923; App. Napoli 8.2.2012, *ivi*, 2012, 1242) e non del liquidatore in sé considerato (così, invece, Cass. 13.9.2013, n. 21026, *Fa*, 2013, 1339; Cass. 28.7.2013, n. 18138, *ivi*, 2013, 1259; Cass. 30.5.2013, n. 13659, *ivi*, 2013, 830; v. anche Di Majo 2014, 10-11).

Il 2° co. dell'art. 10 l. fall., nel caso di disposta cancellazione d'ufficio della società, fa salva la facoltà di provare **il momento dell'effettiva cessazione dell'attività di impresa** da cui decorre il termine annuale, in modo tale che è possibile fornire la prova (soltanto da parte del creditore istante o del pubblico ministero) che l'attività della società debitrice sia proseguita nonostante la cancellazione. La norma – non applicabile in relazione al periodo anteriore all'istituzione del registro delle imprese (Cass. 21.5.2012, n. 8033, *Fa*, 2013, 237) – dimostra di considerare, dunque, non la cancellazione richiesta dai liquidatori, bensì quella disposta d'ufficio *ex* art. 2490, 6° co., c.c. (Campobasso 2011, 47; Capo 2009, 52, nota 185), per cui la società è cancellata qualora per oltre tre anni consecutivi non venga depositato il bilancio di liquidazione, nonché

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 263 31/10/14 8:18 PM

quella disposta dal giudice del registro ai sensi dell'art. 2191 c.c. e del d.p.r. 23.7.2004, n. 247. In tali casi il termine annuale decorre dalla data di iscrizione nel registro delle imprese del decreto di cancellazione (Cass. 10.4.2012, n. 5655, *ItalgiureWeb*, rv. 622284). Si deve pertanto sottolineare che la facoltà della prova contraria non sembra riconosciuta se la società abbia chiesto e ottenuto la cancellazione su domanda e all'esito della liquidazione. È stato anche precisato che

> in tema di dichiarazione di fallimento di una società, ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro, fa presumere sino a prova contraria la continuazione delle attività d'impresa, atteso che il rilievo, di regola, solo dichiarativo della pubblicità, se avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge, comporta che la iscrizione del decreto, emanato *ex* art. 2191 cod. civ., determina solo la opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione, con effetto retroattivo, della estinzione della società, per non essersi questa effettivamente verificata; né è di ostacolo a tale conclusione l'estinzione della società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, a norma dell'art. 2495 cod. civ.
> (Cass., Sez. U., 9.4.2010, n. 8426, *Fa*, 2010, 1401; v. anche Trib. Napoli 5.11.2013, *Il nuovo diritto della società*, 2014, 2, 86).

Bisogna inoltre concludere nel senso che la cancellazione d'ufficio non può essere disposta per gli atti iscrittivi aventi efficacia costitutiva, quale deve ritenersi, come si è detto, la cancellazione delle società di capitali, che, pertanto, può essere ottenuta non ai sensi dell'art. 2191 c.c., ma all'esito di un'azione giudiziale di nullità dell'atto costitutivo, con l'ulteriore conseguenza che la possibilità della prova contraria può essere riconosciuta in caso di cancellazione officiosa della società personale, mentre la società capitalistica non potrà in ogni caso essere dichiarata fallita trascorso l'anno dalla cancellazione

> pur se l'attività della medesima sia stata in seguito proseguita mediante la costituzione di una nuova s.r.l., essendo la cancellazione una circostanza insuperabile e non una mera formalità
> (App. Torino 13.6.2011, *Fa*, 2011, 1006).

Si rammenta infine che quando sia esaurita la ripartizione finale dell'attivo oppure quando ne sia accertata l'insufficienza, **il curatore deve chiedere la cancellazione della società fallita dal registro delle imprese** (art. 118, 2° co., l. fall.), sicché l'eventuale ripresa delle azioni individuali contro il debitore tornato *in bonis*, da parte dei creditori in tutto o in parte insoddisfatti, non potrà evidentemente riguardare la società cancellata, specie quella di capitali in forza dell'efficacia costitutiva del provvedimento di cancellazione – fatta salva l'azione *ex* art. 2495, 2° co., c.c., norma questa che, fra l'altro, si applica anche alle società personali, poiché

> una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495, secondo comma, cod. civ. (...), nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata delle società di capitali, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, in virtù del quale la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente di presumere il venir meno della loro capacità e soggettività limitata, negli stessi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali
> (Cass., Sez. U., 22.2.2010, n. 4060, *Fa*, 2010, 1403).

### 1.5.5. Trasformazione, fusione e scissione societarie in pendenza di fallimento.

La trasformazione di società può essere attivata anche in corso di procedura concorsuale, compatibilmente con le finalità o

 © Wolters Kluwer

61302295_002_PANZANI_P2.indd 264 31/10/14 8:18 PM

con lo stato della stessa; ciò in virtù della norma di cui all'art. 2499 c.c., che può tornare utile, ad es., in caso di esercizio provvisorio dell'attività dell'impresa societaria fallita, oppure nella particolare ipotesi prevista dall'**art. 105, 8° co., l. fall.**, che consente, ai fini liquidatori, il conferimento di attività in una o più società, non necessariamente costituite *ex novo*. Rimane dubbio se la massa creditoria possa opporsi *ex* art. 2500 *novies* c.c. alla trasformazione.

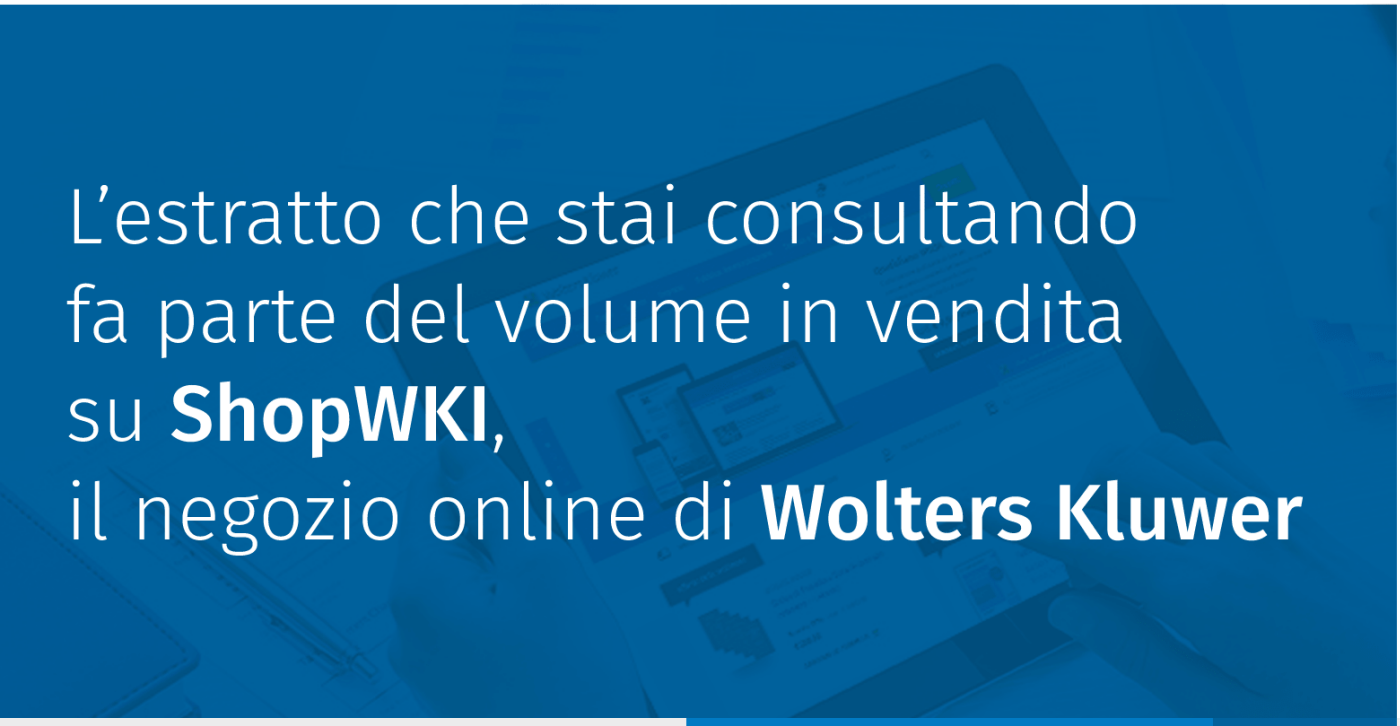
Si ritengono praticabili in costanza di procedura concorsuale, eventualmente per gli stessi fini liquidatori, anche la fusione (arg. *ex* art. 2501, 2° co., c.c., ove l'originario divieto è stato rimosso dalla riforma di cui al d.lg. 17.1.2003, n. 6) e la scissione (arg. *ex* art. 2506, 4° co., c.c.; cfr. Abriani 2010, 393; Genovese 2009, 1309; Palmieri 2009, 1095).

© Wolters Kluwer


61302295_002_PANZANI_P2.indd 265 31/10/14 8:18 PM

61302295_002_PANZANI_P2.indd 266 31/10/14 8:18 PM

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX