

LA HOLDING OCCULTA E LA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO: UNA “NUOVA” FRONTIERA DELL’ATTIVITÀ RECUPERATORIA NEL FALLIMENTO

di MARCO GREGGIO

Sommario: 1. L’esigenza di integrare l’attivo nel fallimento e le nuove frontiere dell’attività recuperatoria – 2. La holding personale, la società di fatto occulta, la spendita del nome e gli indici sintomatici – 3. L’esercizio abusivo dell’attività di direzione e coordinamento da parte della *holding* occulta – 4. La natura di impresa commerciale e l’insolvenza della holding (e dei suoi soci) – 5. La competenza del Tribunale che dovrà dichiarare il fallimento e l’applicazione del termine di cui all’art. 10 l.f. – 6. Conclusioni.

1. L’esigenza di integrare l’attivo nel fallimento e le nuove frontiere dell’attività recuperatoria

Nelle procedure fallimentari è assai sentita l’esigenza di integrare l’attivo, spesso assai scarso e comunque insufficiente per una congrua (e talvolta anche minima) soddisfazione dei creditori (non solo chirografari).

Anche a seguito del depotenziamento dell’azione revocatoria dopo l’intervento legislativo del 2005¹, nella prassi si sono cercate nuove vie, con elaborazioni giurisprudenziali che hanno recepito - talora - alcune suggestioni dottrinali. Tra queste la super

¹ Le modifiche sostanziali del sistema revocatorio risalgono essenzialmente al D.lgs. 35/2005, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80; nel D.lgs. n. 5/2006 e nel D.lgs. 169/2006 (il c.d. Correttivo) vi sono state novità minime e prevalentemente formali.

società di fatto², la *holding personale* e la responsabilità da direzione e coordinamento della stessa ai sensi dell'art. 2497 c.c..

Il presente intervento analizzerà la *holding personale*, ed in particolare la *holding* che sia anche una *società di fatto occulta*, così come elaborata dalla recente giurisprudenza di merito. Fattispecie che potrebbe soccorrere i fallimenti incapienti laddove si riesca a provare che una o più persone abbiano di fatto utilizzato una società (poi fallita) per scopi estranei all'interesse sociale, nell'ambito di una eterodirezione unitaria ed abusiva e talora a favore di altra società detenuta dai medesimi componenti della *holding*.³

² Sulla super-società di fatto v., anche per ampi riferimenti, FIMMANÒ, *Super-società di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, in www.il-caso.it, 1 giugno 2016; ID., *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fall.*, 2009, p. 90 ss. nonché FIMMANÒ, *Art. 2497, commi 3-4*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di SBISÀ, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2012, pp. 144-156; ABETE, *L'insolvenza del gruppo e nel gruppo*, in *Fall.*, 2009, p. 1111 ss. In giurisprudenza v. di recente Cass., 20 maggio 2016, n. 10507; Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Società*, 2014, p. 816, con nota di ATTANASIO, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63, con nota di GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria* (l'A. – p. 64 – evidenzia il rischio che il ricorso eccessivo a questa figura comporti «un pericoloso spostamento dell'asse del sistema dei rimedi dalla responsabilità "risarcitoria" alla responsabilità "patrimoniale"»); Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, p. 392, con nota di HAMEL, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; App. Catanzaro, 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 433, con nota di SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*; Trib. Bari, 20 novembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 319.

³ Sulle holding personali si veda *ex plurimis*: GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contratto e impresa*, 1986, 327 ss.; SANTASPIERE, *Verso un assetto giuridico della holding*, nota a Cass. n. 1439 del 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I; FARINA, *Società holding: holding personale ed attività d'impresa*, nota a Cass. n. 1439 del 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I; WEIGMANN, nota a Cass. 5 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I; PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della etero direzione dell'impresa societaria*, in *Fall.*, 2009, 9; MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, nota a Trib. Milano, sezione II, n. 276 del 2011, in *Fall.*, 2011, 10; PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della holding individuale*, nota a App. Ancona 5 marzo 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, II; CARBONE-GIUFFRÈ, *Fallimento ed autonomia infragruppo*, nota a Cass. n. 23344 del 2010, in *Soc.*, 2011, 1; SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, nota a Cass. n. 23344 del 2010, in *Fall.*, 2011, 5; CECCHETTO, *Sul fallimento della holding individuale e sulla responsabilità della stessa ai sensi dell'articolo 2497, co. 1, c.c.*, nota a Trib. Venezia n. 164/2012, febbraio 2013, in www.dirittobancario.it.

Tale fenomeno, invero, risulta frequente nel panorama delle imprese italiane ed ancor più accentuato nelle piccole o micro imprese a conduzione familiare. Fisiologicamente può accadere che l'imprenditore sia portato a considerare la società come un personale "portafoglio". E già questo crea non pochi problemi, che si accentuano nel caso - purtroppo non così raro - in cui sovrappiunga una situazione di *crisi* (sia essa economica o finanziaria).

Spesso tale eterodirezione conduce ad una vera e propria "distrazione", sotto le forme più varie, dell'attivo, a favore di altre società del *gruppo* (orizzontale o verticale)⁴: la società eterodiretta viene lasciata in balia del proprio destino, magari cambiando *-in limine mortis-* il legale rappresentante e tentando di accedere ad una procedura concorsuale c.d. minore. L'esito fallimentare è frequentemente l'esito naturale di tali tentativi e le curatele si trovano sovente attivi spesso risibili e comunque insufficienti.

Di qui le azioni recuperatorie promosse dalla curatela. E, tra esse, l'**istanza di fallimento** promossa dalla curatela della società eterodiretta nei confronti della holding personale (occulta). Azione che presenta, tra l'altro, alcuni vantaggi: è *economica* - nel senso che basta un contributo unificato di Euro 98 e una marca da bollo di Euro 27- e *veloce* -nel senso che la procedura trova il suo epilogo (normalmente) entro qualche mese.

Onde procedere all'istanza di fallimento della holding personale andrà, quindi, verificato:

a) se si è in presenza di una **holding occulta**, che di fatto ha esercitato il proprio potere di direzione e coordinamento rispetto ai soggetti eterodiretti, alla luce dell'eventuale presenza di alcuni *indici sintomatici*;

b) se tale **attività di direzione sia stata abusiva**, ossia esercitata dal *dominus* in dispregio delle normali regole di correttezza gestionale, previste dalla legge nell'interesse del soggetto controllato;⁵

⁴ Sui gruppi *ex plurimis* si v. GUIZZI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, p. 360.

⁵ A mente dell'art. 2497 c.c., le società che esercitano attività di direzione e coordinamento di società ed agiscono nell'interesse proprio o altrui "*in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste*"; l'ultimo

c) se via sia una conseguente attribuzione di **responsabilità ex art. 2497** c.c. in capo alla predetta *holding* occulta, con la relativa pretesa risarcitoria per i *danni* causati alla società eterodiretta (fallita), che così avrà la *legittimazione ad agire*;

d) se la *holding* occulta sia un'**impresa commerciale insolvente** e, quindi, possa fallire, con conseguente fallimento dell'imprenditore individuale o della società di fatto (e, quindi, anche dei soci illimitatamente responsabili), *ex art. 147 l.f.*⁶, dichiarato dal Tribunale *competente*.

2. La holding personale, la società di fatto occulta, la spendita del nome e gli indici sintomatici.

Secondo la giurisprudenza ormai consolidata la **holding personale** ricorre ogni qualvolta una persona fisica (o una società di fatto tra persone fisiche o *tra diverse società*) agisca in nome proprio, per il perseguimento di un risultato economico ottenuto attraverso attività svolta professionalmente, con organizzazione e coordinamento dei fattori produttivi: il che consente la configurabilità di una autonoma impresa assoggettabile a fallimento, sia quando la suddetta attività si espliciti nella sola gestione del gruppo (cd. *holding* pura), sia quando abbia natura ausiliaria o finanziaria (cd. *holding* operativa).⁷

comma chiarisce poi che, in caso di fallimento di una società c.d. figlia, l'azione andrà esperita dal curatore.

⁶ L'art. 147 l.f. (nel testo emendato dalle riforme del 2006-2007), prevede l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili della società fallita, sia palesi che occulti, anche in relazione alla c.d. "società di fatto" (società collettiva o accomandita irregolare). Tipicamente attraverso l'applicazione dell'art. 147 l.f. si tenta di ampliare l'area della responsabilità per i debiti concorsuali a soggetti che, pur operanti formalmente quali meri soci di società di capitali e come tali normalmente "irresponsabili" per le obbligazioni sociali, risultino avere assunto comportamenti diretti ad acquisire i vantaggi dalla gestione imprenditoriale, trasferendo i rischi e gli oneri sulla struttura societaria che direttamente o indirettamente governavano.

⁷ La configurabilità della *holding* è stata elaborata dalla nota "sentenza Caltagirone" (Cass. S.U., 26 febbraio 1990, n. 1439) e poi confermata dalle successive decisioni delle Corti di legittimità (Cass., 16 gennaio 1999, n. 405; Cass., 13 marzo 2003, n. 3724; Cass., 18 novembre 2010, n. 23344; Cass., 25 luglio 2016, n. 15346) e di merito (App. Catania, 18 gennaio 1997; Trib. Padova, 2 novembre 2001; Trib. Vicenza, 23 novembre 2006; Trib. Napoli 8 gennaio 2007; App. Milano, 17 giugno 2008; Trib. Milano, 7 aprile 2011; Trib. Roma, 8 novembre 2011).

Si distingue tra *holding* personale, qualora si tratti di persona fisica che esercita tale attività individualmente e **holding** che è anche una **società di fatto**, nell'ipotesi in cui l'esercizio della suddetta attività avvenga in forma collettiva.

In particolare, i dubbi inizialmente posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla necessità - ai fini del riconoscimento della predetta società di fatto holding - del presupposto della *spendita del nome* della società medesima nei rapporti esterni⁸, è stato risolto recentemente dalla Suprema Corte, secondo la quale la holding/società di fatto “esiste come impresa

Recentemente Cass., 6 marzo 2017, n. 5520, ha statuito che “è configurabile una *holding* di tipo personale allorquando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime, non limitandosi, così, al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio. 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 espliciti 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”. Precedentemente la Suprema Corte, con una sentenza del 2002, aveva precisato che “la configurabilità di un' autonoma impresa, come tale assoggettabile a fallimento, postula che detta attività si espliciti in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio – quindi fonte di responsabilità diretta del loro autore – e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo o le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività di impresa” (Cass. 9 agosto 2002, n. 12113 in *Fallimento*, 2003, 6 p. 609, con nota di TRENTINI).

⁸ Una parte della giurisprudenza ha precisato che ai fini della esistenza di una *holding* personale ed occulta suscettibile di fallimento, occorra accertare anche la *spendita del nome* proprio delle persone che agiscono attraverso le società di fatto controllate (Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *DFSC* 2014, II, 514; Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, in www.ilcaso.it). Nella c.d. “sentenza Caltagirone”, le cui conclusioni sono state poi riprese Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, si afferma che la *holding* potrà essere chiamata a rispondere, con l'intero suo patrimonio, ai sensi dell'articolo 2740 c.c., soltanto delle obbligazioni che ha direttamente contratto spendendo il proprio nome, non anche di quelle assunte dalle e in nome delle imprese dirette e coordinate.

Al riguardo Trib. Milano, 4 febbraio 2016, in *Fall.*, 2016, 6, 745, ha ritenuto che “ai fini della sussistenza del presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento del titolare di una *holding* unipersonale (c.d. *holder*), è necessario che il medesimo, ancorché persona fisica, eserciti una attività imprenditoriale in nome proprio e, quindi, un'attività, anche negoziale, con *spendita del nome*, nella quale l'*holder* si avvalga organizzativamente e finanziariamente di vari soggetti imprenditoriali, svolga questa attività con economicità e con perseguimento dell'utile, volto quest'ultimo sia all'incremento del valore delle proprie partecipazioni nelle società, sia all'incremento della capitalizzazione del gruppo, nonché

commerciale per il solo fatto di essere stata costituita tra i soci col fine della direzione unitaria delle società commerciali figlie, vale a dire per l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e controllo oggi esplicitamente considerata dall'art. 2497 e seg. c.c.”.⁹ Così la spendita del nome della società “*occulta*” (laddove evidentemente il rapporto sociale tra i soci di fatto non è stato reso noto all'esterno) “non ha senso perché (...) è propria di quella fattispecie giustappunto la concordata volontà dei soci che ogni rapporto con i terzi venga posto in essere per conto della società ma non in suo nome. Sicché (...) è assolutamente pacifico che in casi del genere, gli atti di impresa, se esistenti in termini oggettivi, sono sempre stati posti in essere “per conto” di un soggetto diverso da quello che appare”.¹⁰

Premesso che risulta pacifico che si possa accertare (incidentalmente) l'esistenza di una *società di fatto* in sede di procedimento prefallimentare¹¹, l'esistenza di una *holding occulta* che

del patrimonio personale, ed eserciti questa attività con professionalità e organizzazione imprenditoriale, avvalendosi stabilmente di una struttura composta eventualmente anche di personale dipendente ...”.

⁹ Cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346. Tale principio è stato richiamato anche da App. Venezia, Sez. I, 16 marzo 2017, in www.ilcaso.it. Del pari il Trib. Fermo, 31 agosto 2016, in www.ilcaso.it, ha ritenuto non necessaria la spendita del nome, e quindi ha statuito il fallimento in estensione di una società di fatto fra la ditta individuale/società già dichiarata fallita ed altre società di capitali o persone fisiche, a prescindere dagli adempimenti di cui all'art. 2361, secondo comma, c.c..

¹⁰ Cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346. Difatti, chi esercita l'attività di direzione e coordinamento in modo illecito, approfittando e abusando dei poteri di direzione, ed eludendo per fini propri i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497, primo comma), risponde non di obbligazioni derivanti da un agire negoziale, in questo senso contratte direttamente (e per le quali potrebbe in astratto valere un problema di *spendita del nome*), ma di obbligazioni risarcitorie (*amplius infra*).

¹¹ Si v. Trib. Padova, 24 novembre 2016, in www.ilcaso.it (sentenza poi confermata da App. Venezia, 16 marzo 2017, cit.). Dalla lettura della pronuncia si ricava che nel caso esaminato dal Tribunale patavino due coniugi con i loro due figli erano stati (direttamente o indirettamente) soci di tre società (due s.r.l. –per semplicità “Alfa” e “Beta”- e una s.a.s., che nomineremo “Gamma”); negli anni v'è stata una ricorrente modifica sia nelle posizioni di socio che negli organi gestori, ma sempre all'interno dei membri della famiglia. Negli anni antecedenti al fallimento della s.r.l. operativa (“Alfa”), v'erano stati prelievi dei soci per oltre € 2 milioni, cui non era corrisposta l'effettiva produzione di utili per pari importo. Pertanto Alfa era stata utilizzata quale “portafoglio” di famiglia e tali debiti per prelievi dei soci erano stati “abbattuti” registrando contabilmente dei crediti in virtù di accolti –secondo il Tribunale privi di giustificazione- da parte di Beta e Gamma. A sua volta il debito accollato da Gamma era stato azzerato -mediante compensazione- con la vendita (ad un prezzo di esorbitante e giudicato fuori mercato) da parte della medesima s.a.s. Gamma (debitrice) a Alfa (creditrice) di un

è anche una *società di fatto* (di seguito *breviter* anche: “*holding/sdf*” o semplicemente “*holding*”) - e che esercita, appunto, attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società - trova conferma in presenza di “consolidati tratti dell’esercizio in comune dell’attività economica, della esistenza di fondi comuni (da apporti attivi patrimoniali) e dall’effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite, dunque di un agire nell’interesse (ancorché diversificato e non però contro l’interesse) dei soci”,¹² ed in particolare di alcuni **indici sintomatici**:¹³

- la detenzione da parte dei soggetti – soci della *holding/sdf* – di quote societarie delle società cd “figlie”;
- lo svolgimento da parte dei medesimi soggetti di ruoli preponderanti nell’amministrazione delle medesime;
- la coincidenza tra le attività e l’organizzazione delle società di capitali controllate;
- lo svolgimento dell’attività di impresa in locali anche parzialmente coincidenti;
- l’esistenza di ricavi derivanti soprattutto da fatturati *inter-company*.

Laddove nella fattispecie concreta sussistano tali indici¹⁴, si è in presenza pertanto di una società di fatto che è anche una *hol-*

proprio immobile (che aveva, in virtù delle numerose ipoteche iscritte, un valore pressoché nullo). Peraltro Gamma era stata costituita -8 anni prima- per effetto di scissione parziale di Alfa, con il trasferimento di alcuni immobili, tra cui il capannone industriale ove si svolgeva l’attività caratteristica; inoltre nel 2013 Alfa aveva trasferito alla neocostituita Gamma il principale ramo d’azienda, per un canone di affitto esiguo rispetto ai valori di bilancio riportati poi dall’affittuaria. Ebbene secondo il Tribunale patavino v’era stata una articolata e prolungata condotta funzionale a portare i valori immobiliari ed aziendali all’esterno di Alfa ed a favore di Beta e Gamma. Pertanto, è stato dichiarato il fallimento della società *holding* occulta costituita tra i membri della famiglia (genitori e figli).

¹² Cfr. Cass. 13 giugno 2016, n. 12120.

¹³ Cfr. Cass., 13 giugno 2016, n. 12120; Cass., 18 novembre 2010, n. 23344; Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, in *Fall.* 2013, p. 125; Trib. Crotone, 4 dicembre 2013, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Padova, 24 novembre 2016, cit..

¹⁴ In una recente pronuncia di merito (Trib. Fermo, 31 agosto 2016, cit.) si è ritenuto sussistere una serie di elementi dai quali desumere la gestione di un’unica attività imprenditoriale riconducibile all’imprenditore individuale che aveva eterodiretto varie s.r.l., ricavando la sussistenza della *holding* in primo luogo dalla compagine sociale delle predette società, comune agli imprenditori individuali o a parenti di questi ultimi, dalla comunanza della sede operativa delle predette società e dalla circostanza che i valori della produzione – desumibili dai bilanci de-

ding occulta (in quanto non manifestata all'esterno) e che assume la forma di una **società di persone (s.n.c.) irregolare** (in quanto non formalmente iscritta in Camera di Commercio).

Essendo *occulta*, la *holding/sdf* non avrà per definizione alcuna iscrizione al Registro delle Imprese, né sede, né p.e.c., sicché il luogo di notifica del ricorso (e del decreto) non può che coincidere con la residenza dei soci occulti.¹⁵ D'altronde nelle società di fatto ogni socio è legittimato a stare in giudizio per la società, sia come attore che come convenuto, avendone la rappresentanza a norma degli artt. 2297 e 2257 c.c..¹⁶

3. L'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento da parte della *holding occulta*.

La *holding/sdf* che esercita l'attività di direzione e coordinamento in modo illecito, approfittando e abusando dei poteri di direzione, ed eludendo per fini propri i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, risponde di obbligazioni risarcitorie, ai sensi dell'art. 2497, primo comma, c.c.¹⁷ (anche considerato il richiamo testuale dell'*incipit* del comma alle società "o gli *enti*", quali appunto la *holding*¹⁸), in presenza dei seguenti *presupposti*.

(i) La società deve essere (stata) **assoggettata, mediante imposizione, al potere di direzione e di coordinamento di un altro soggetto**, laddove tale potere va inteso come flusso costante

positati - dei primi anni di vita di dette società fossero di ammontare particolarmente elevato tale da far presumere una continuità aziendale con la ditta fallita. V'era stata quindi una "incestuosa commissione di locali attrezzature, merci, mezzi finanziari, dipendenti, marchio e dominio", oltre ad "una commistione di fornitori" (e ciò emergeva da indagini della Guardia di Finanza, che aveva rinvenuto una frode c.d. carosello).

¹⁵ Al riguardo cfr. App. Venezia, 16 marzo 2017, cit..

¹⁶ Cfr. Cass., 12 ottobre 1998, n. 10097.

¹⁷ Cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346.

¹⁸ Trib. Venezia 3 luglio 2015 (Pres.Rel. Farini) ha rilevato che "l'espressione 'società o enti' indicata nell'art. 2497, comma 1, cc debba intendersi, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, riferita anche alle persone fisiche".

di istruzioni che la *holding* impartisce alla controllata sulle modalità gestionali, sul reperimento dei mezzi finanziari, sulle politiche di bilancio, sulla scelta dei contraenti *etc.*¹⁹.

Sarà peraltro necessario accertare se il *dominus*²⁰ abbia esercitato l'attività di direzione abusiva con quelle caratteristiche di stabilità, professionalità ed organizzazione che integrano lo *status* di imprenditore commerciale.²¹

Al riguardo la Suprema Corte ha stabilito che l'esercizio dell'attività commerciale, suscettibile di fallimento, è "fonte di responsabilità diretta dell'imprenditore, quando questa agisca in nome proprio per il perseguimento di un risultato economico ottenuto attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione e il coordinamento dei fattori produttivi relativi al

¹⁹ Il *dominio* può essere esercitato mediante tutti gli strumenti possibili. Il controllo assembleare e l'influenza dominante (in via partecipativa o contrattuale) possono rappresentare indici meramente presuntivi, ma il controllo e la direzione possono concretizzarsi con le modalità più disparate: "l'attività di direzione e coordinamento consiste, invero, nell'esercizio effettivo di un'ingerenza qualificata nella gestione di una o più società, espressione di una posizione di potere tale da incidere stabilmente nelle scelte gestorie e operative dei singoli organi amministrativi e tuttavia concretizzata in comportamenti estranei alla sfera della corretta gestione societaria e imprenditoriale, animati dal perseguimento di interessi propri o di terzi" (cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346).

²⁰ Il *dominus* può essere un socio (di maggioranza) oppure un perfetto estraneo alla società, che ne dipende economicamente o finanziariamente, od anche l'amministratore (di diritto o di fatto), senza che però rilevi, ai fini della configurazione del fenomeno, che tale dominio venga esercitato in virtù di poteri formali o meno. L'attività di dominio su società di capitali, poi dichiarate insolventi, viene esercitata in genere da altre persone giuridiche, da enti, da società di persone, anche di fatto od occulte, da soggetti di diritto e soprattutto da persone fisiche.

²¹ Cfr. Trib. Venezia, 11 ottobre 2012 e App. Napoli, 24 gennaio 2012, entrambe in *www.ilcaso.it*; Cass., 9 agosto 2002, n. 12113. È essenziale individuare il carattere organizzato dell'attività svolta dalla persona, o dalle persone, che svolgono l'attività di direzione e coordinamento, distinguendo tra diverse graduazioni nella qualificazione della persona fisica al vertice di un "gruppo": (a) se vi è mero controllo, ma non attività di direzione e coordinamento, non vi è né impresa (né quindi fallibilità) né possibile responsabilità *ex art. 2497 c.c.*; (b) se vi è attività di direzione e coordinamento, ma nulla di più, si è probabilmente al di fuori dell'ambito dell'impresa ma si è nel campo di applicazione dell'art. 2497 c.c.: con conseguente possibile responsabilità, ma senza soggezione al fallimento; (c) se vi è attività di holding, in quanto l'attività di direzione e coordinamento è svolta in modo organizzato e professionale, vi è impresa, e vi può essere anche responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, con possibile soggezione al fallimento qualora vi sia insolvenza, che può derivare da (i) obbligazioni assunte in proprio dalla holding (es., garanzie, finanziamenti) o di cui debba comunque rispondere; (ii) danni di cui la holding debba rispondere *ex art. 2497 c.c.* (o ad altro titolo).

proprio gruppo d'impresе. Deve cioè trattarsi di una stabile organizzazione volta a determinare l'indirizzo, il controllo e il coordinamento di altre società (non limitandosi al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio): il che appunto ne consente la configurabilità come un'autonoma impresa assoggettabile a fallimento sia quando la suddetta attività si espliciti nella sola gestione del gruppo, sia quando abbia natura ausiliaria o finanziaria.”²²

(ii) La *holding* deve aver compiuto attività di direzione **contraria ai principi di corretta gestione** imprenditoriale e societaria, suscettibile di condizionare le scelte della controllata, per il “perseguimento di un risultato economico ulteriore rispetto a quello raggiunto dalle singole società, ma esterno ad esse, in quanto afferente al gruppo costituito dalla holding di famiglia”.²³

Invero l'individuazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale non è stata delineata dal legislatore, che al riguardo ha utilizzato una *clausola generale*²⁴. Di volta in volta, quindi, l'interprete dovrà valutare, alla luce della fattispecie concreta, se sono stati violati i suddetti principi, adottando il metro della ragionevolezza delle scelte gestionali e non di opportunità delle stesse, in quanto quest'ultima appartiene al campo della discrezionalità non sindacabile secondo il noto principio della c.d. *business judgment rule*.²⁵

²² Cfr. Cass., 18 novembre 2010, n. 23344.

²³ La definizione è presa da App. Venezia, 12 marzo 2013, cit.. Nell'ambito delle attività avocate alla controllante dovrebbe potersi giudicare sotto il profilo della correttezza della gestione ogni scelta relativa ai tempi, modi e contenuti con cui esercitare tale attività; dunque, potrebbe configurarsi una responsabilità della capogruppo non solo per l'attività svolta, ma anche per comportamenti omissivi, qualora naturalmente da essi possa essere conseguito un danno per soci o i creditori (in tal senso cfr. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1557).

²⁴ Volutamente, come avverte la stessa relazione di accompagnamento alla legge di riforma del 2003.

²⁵ MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 16; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *CeI*, 2002, 1021; DOMENICHINI, *Il sistema dei controlli*, in *Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate*, in *Soc.*, 1999, 795; MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: "il modello latino"*, in *Soc.*, 2003, 1319. Si valuta, quindi, il *metodo*, non il *merito*: ad esempio, se vi sia stata una preventiva raccolta di informazioni di mercato, una valutazione dei rischi, un'analisi dei costi, dei ricavi ragionevolmente connessi e dell'impatto della scelta sull'equilibrio finanziario (cfr. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.*, 2003, 390).

Le società eterodirette, in altri termini, appaiono come “strumenti strategici per un interesse sovradimensionato”²⁶: in tale ottica andrà verificato il risultato dell’intera attività di direzione e coordinamento rispetto all’interesse della società controllata, individuando le distrazioni infragruppo e le altre operazioni di “spostamento” dei guadagni verso l’alto che lasciano le perdite nelle controllate e, più in generale, andranno vagliati tutti i comportamenti pregiudizievoli posti in essere dalla capogruppo.²⁷

(iii) L’agire illecito deve aver causato un **danno all’integrità patrimoniale della società diretta e coordinata**, tale da rendere il patrimonio sociale insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori.²⁸

Il danno dovrebbe essere pari (i) a quella parte di passivo che non sia stato possibile pagare per effetto delle distrazioni e degli spostamenti patrimoniali illegittimi (non solo mediante spostamento di denaro, ma anche mediante – per esempio – l’uso di personale delle controllate a vantaggio e per il profitto della holding o di altre società del gruppo) e, secondo alcuni, (ii) anche al danno da aggravamento del passivo.²⁹ D’altronde l’incapienza

²⁶ La definizione è presa da Cass., 25 luglio 2016, n. 15346.

²⁷ Cfr. App. Venezia, 12 marzo 2013, cit.. Più in generale, andrà valutata la correttezza nell’individuazione dei punti di equilibrio fra l’interesse del gruppo e quello delle singole società partecipanti al gruppo, anche – e soprattutto – alla luce dei c.d. vantaggi compensativi (art. 2497 primo comma c.c.). La valutazione dovrà essere condotta, quindi, non solo con riferimento ad un’operazione isolatamente considerata, ma tenuto conto del risultato complessivo dell’attività gestoria di gruppo per la società soggetta a direzione e coordinamento.

²⁸ Secondo la recente giurisprudenza di legittimità “*la società di fatto holding risponde delle obbligazioni volontariamente assunte in nome proprio ma risponde anche delle obbligazioni risarcitorie derivanti dall’aver esercitato l’attività direttiva in modo estraneo alla fisiologica corretta gestione societaria e imprenditoriale; e in tale secondo caso l’obbligazione risarcitoria sorge nei confronti dei creditori delle società figlie per il sol fatto che l’agire illecito abbia causato il danno all’integrità patrimoniale della società diretta e coordinata, tale da rendere il patrimonio sociale insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori*” (cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346).

²⁹ Cfr. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 51 ss., sulla possibilità di coinvolgere la società che esercita direzione e controllo nella responsabilità per l’aggravamento del dissesto (ivi considerazioni sulla responsabilità per *wrongful trading*); sul danno ex art. 2497 c.c., con particolare riguardo al caso dell’azione esercitata dal curatore fallimentare (e ai rapporti con l’azione dei soci) v. BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395 ss., partic. pp. 418-421 e 427-428. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. dir. comm.*, 2013. Più in generale, sui vantaggi derivanti dall’appartenenza al

patrimoniale della società eterodiretta dichiarata fallita sarà presumibilmente un dato inequivocabile, e di conseguenza l'eterodiretta *non* potrà far fronte integralmente ai propri debiti (laddove molto spesso la previsione di soddisfacimento dei creditori chirografari - ed anche di parte dei privilegiati - è pari a ... zero).

Peraltro il credito del Fallimento non deve necessariamente essere certo, liquido ed esigibile, bastando una prudente valutazione del Tribunale onde valutare la sussistenza dell'*an de-beatur*.³⁰ Non è quindi richiesto "un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo, essendo viceversa a tal fine sufficiente un accertamento incidentale da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la legittimazione dell'istante e la conseguente insolvenza del debitore".³¹

Il fallimento pertanto è legittimato, ai sensi dell'art. 2497 quarto comma c.c., in caso di abuso di direzione unitaria, ad esercitare l'azione spettante ai creditori della società eterodiretta contro la *holding/sdf*, facendo valere un **proprio credito risarcitorio** (come sopra evidenziato) nei confronti della predetta *holding*, che risponde *direttamente* delle conseguenze - anche risarcitorie - delle proprie condotte.³²

Sulla *natura* di tale responsabilità risarcitoria, le opinioni divergono. Alcuni sostengono la natura *extracontrattuale*, con conseguente termine di prescrizione quinquennale;³³ altri - appa-

gruppo che *compensino* il pregiudizio derivante dal singolo atto in sé considerato cfr. Cass. 4 agosto 2006, n. 17696; in dottrina MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Gco*, 2002, I, 624 CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 289; in particolare, con riferimento al regime temporale della compensazione si v. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, 1247; ID., *La compensazione dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *BBTC*, 2005, II, 373, il quale si esprime a favore dell'ultima soluzione; nello stesso senso anche CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto comm.*, IV, 4a ed., Torino, 2008, 290.

³⁰ Cfr. Trib. Pordenone, 13 giugno 2014, in www.fallimentiesocieta.it. Il *quantum* invero potrebbe rilevare solo in punto di superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 1 l.f..

³¹ Cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346; Cass. Ss.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521; App. Venezia, 16 marzo 2017, cit.. Di questo avviso anche Trib. Padova, 1 agosto 2017, in www.ilcaso.it, per il quale nell'istanza di fallimento la quantificazione esatta del credito preteso dal fallimento non è necessaria.

³² Cfr. Trib. Padova, 24 novembre 2016 e Trib. Padova, 1 agosto 2017, cit..

³³ Al riguardo si v. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *Cel*, 2002, 1037; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in

rentemente la maggioranza- propendono per la natura *contrattuale*, derivando dalla violazione di obblighi giuridici preesistenti rispetto ai fatti di responsabilità, con conseguente prescrizione ordinaria.³⁴ Tema di non poco momento atteso che, spesso, le condotte produttive di danno per la società eterodiretta sono risalenti nel tempo.

Va anche detto che il *dies a quo* per l'esercizio dell'azione ex art. 2497 c.c. si identifica nel giorno della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento della società controllata, in considerazione del fatto che il singolo atto di gestione, che di per sé solo considerato potrebbe considerarsi lesivo dell'interesse

CeI, 2003, 591; PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, 1477 ss.; ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 6, 659; MAGGIOLLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 191 ss.;

A favore della natura extracontrattuale si è posta la dottrina prevalentemente sulla base di quanto riferito dal legislatore nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 6/2003, in cui si legge che "la responsabilità [...] è di stampo aquiliano". In giurisprudenza si veda, ancorchè con un *obiter dictum*, Cass. 25 luglio 2016, n. 15346.

³⁴ *Ex multis v.* BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, 2004, 162; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *RS*, 2004, 1244; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *RS*, 2003, 770; TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fa*, 2004, 1166; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Gco*, 2003, I, 668; RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 335; ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Aa. Vv.*, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, p. 613 ss.; BENEDETTI, *La responsabilità 'aggiuntiva' ex art. 2497 c.c.*, in *Quad. giur. comm.*, 2012, 9; FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 2, 267. In giurisprudenza cfr. Trib., Milano, 22 gennaio 2001 in www.iurisimpresa.com; Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Giur. Comm.* 2013, 3, II, 507. Secondo tale prospettiva, il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale costituisce una obbligazione specifica in capo alla capogruppo, sia che ne si voglia individuare il fondamento nella specifica previsione di legge, sia che ci si spinga fino a rinvenire gli estremi di un rapporto contrattuale di fatto. Invero la capogruppo esercita un certo grado di continuità l'attività di direzione sulle società facenti parte del gruppo, diversamente da un qualunque estraneo che cagioni un danno. Di qui la natura contrattuale: il danneggiato è così sollevato dall'onere di fornire la prova delle specifiche direttive della holding in base alle quali sia stata realizzata l'attività lesiva, dal momento che tale prova è insita nell'esercizio dell'attività di direzione; spetta viceversa alla capogruppo fornire eventualmente la prova di non aver esercitato l'attività di direzione rispetto alla specifica condotta contestata.

della società, potrebbe non esserlo più all'esito della *gestione complessiva* (soprattutto laddove la società mantiene stretti rapporti con altre e dal compimento di un atto momentaneamente svantaggioso ritiene di poter trarre un'utilità futura).³⁵ D'altronde analogo principio si rinviene in materia di azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società *ex art. 2394 c.c.* promossa dal curatore fallimentare *ex art. 146 l.f.*, laddove si afferma la sussistenza di una presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento.³⁶

4. La natura di impresa commerciale e l'insolvenza della holding (e dei suoi soci).

La *holding/sdf* per fallire deve avere natura di **impresa commerciale**, ai sensi dell'art. 1, primo comma, l.f. e quindi esercitare (o avere esercitato) in forma professionale un'attività economica - da intendersi come una pluralità di atti funzionalmente collegati, tali da tendere alla copertura dei costi e dei ricavi - organizzata e diretta alla produzione e/o allo scambio di beni e/o di servizi. E i limiti dimensionali di cui all'art. 1 l.f. potranno risultare *de facto superati* anche considerando il volume d'affari della società fallita.

Inoltre dovrà ricorrere anche il presupposto di cui all'art. 5 l.f.: andrà quindi valutata l'**insolvenza** dell'ente di cui sia chiesto il fallimento.³⁷

Tale valutazione andrà condotta sulla base del patrimonio della società medesima. E laddove il *dominus* si riveli insolvente potrà essere dichiarato fallito in via autonoma ed i creditori delle

³⁵ Cfr. App. Venezia, 12 marzo 2013, cit.; Trib. S.M. Capua Vetere, 16 luglio 2014, in www.ilcaso.it. In tale ottica secondo una recente pronuncia del Tribunale patavino l'inizio del decorso del termine di prescrizione "*andrà fatto risalire al momento in cui si verifica l'insufficienza patrimoniale in conseguenza dell'illecita condotta della holding. Ebbene il momento in cui risulta essersi senz'altro verificata detta fattispecie è da ricondurre, in assenza di differenti specifici indici, a quello della dichiarazione di fallimento*" (Trib. Padova, 1 agosto 2017, cit.).

³⁶ Al riguardo v. Cass., 4 dicembre 2015, n. 24715 e Trib. Padova, 1 agosto 2017, cit..

³⁷ Con la precisazione che l'"*insolvenza si valuta sul piano oggettivo della sua esistenza, a prescindere dalla imputabilità delle singole cause di dissesto*" (App. Venezia, 16 marzo 2017, cit.).

società eterodirette concorreranno sul suo patrimonio con i suoi creditori diretti.³⁸

Sul requisito dell'insolvenza, le opinioni giurisprudenziali discordano.

(i) Secondo una prima opzione, laddove si tratti di una *società occulta* “non v'è alcun patrimonio attribuibile all'ente, che quindi non è in grado di far fronte alla richiesta risarcitoria avanzata dal Fallimento”.³⁹

(ii) Alla medesima conclusione, seppur per una diversa via, giunge altra giurisprudenza di merito, la quale ritiene che l'insolvenza vada desunta “*attraverso la verifica dell'insolvenza di una delle società socie*”: quindi la *holding/sdf* è insolvente allorché lo sia una società-socia già dichiarata fallita.⁴⁰

(iii) Altri Tribunali, invece, hanno ritenuto che per constatare la sussistenza dello stato di insolvenza di una società di fatto debbano essere accertate l'esposizione debitoria e la situazione finanziaria dei suoi soci (società di capitali e persone fisiche).⁴¹

³⁸ Invero non si tratta di fallimento automatico del *dominus* (soggetto fisico o giuridico, individuale o collettivo), come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147, l.f.

³⁹ Cfr. Trib. Padova, 24 novembre 2016, cit., e Trib., Padova 1 agosto 2017, cit..

⁴⁰ Cfr. Trib. Foggia, 23 marzo 2013 e App. Bari, 31 dicembre 2012, tutte in *www.ilcaso.it*. Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, sentenza criticata da GUERRERA, *Dir. Fall.*, 2014, 1, 76, pur con riferimento ad una super-società, per il quale “è evidente che, ove pure si volesse, in presenza di un rapporto di gruppo, configurare una «supersocietà» per farne il centro soggettivo imputazione di un'autonomia attività d'impresa che cumula e «assorbe» quelle delle società di capitali che ne fanno parte, con distinte formali sfere di attività di rapporti, il giudice avrebbe poi anche l'onere di accertarne autonomamente lo squilibrio economico-finanziario e i segni esteriori di decozione”.

⁴¹ Cfr. Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011, in *www.ilfallimento.it*: “assumono rilievo determinante sia la notevole esposizione debitoria della società, soprattutto nei confronti degli enti previdenziali e dell'Erario, sia l'esistenza di diversi protesti, dai quali si desume una situazione finanziaria dissestata della società...ciò palesa uno stato di chiara illiquidità e quindi la sussistenza di un grave stato di insolvenza confermato per quanto riguarda la posizione personale di (...) dalla pendenza presso questo stesso Tribunale di una procedura esecutiva immobiliare per la vendita di cespiti personali concessi in garanzia per di debiti bancari della S.r.l.”. In tema di super-società di fatto (e non, quindi, di holding e responsabilità ex art. 2497 c.c.), la Suprema Corte ha precisato che all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.s.d.f., cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti (e ciò anche per “evitare il rischio che l'art. 147, comma 5 L. Fall. venga utilizzato, per aggirare le disposizioni dettate dall'art. 2476 c.c., comma 7 e art. 2497 c.c. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai

Laddove sia dichiarato - ai sensi dell'art. 6 l.f. - il fallimento della *holding/sdf*, costituita tra vari soggetti (persone fisiche e/o giuridiche), trattandosi di una società irregolare svolgente attività commerciale, ai sensi dell'art. 147 l.f. andrà dichiarato altresì il **fallimento in proprio dei soci** della predetta società di fatto/holding, nei cui confronti dovrà essere stato costituito il contraddittorio.⁴²

5. La competenza del Tribunale che dovrà dichiarare il fallimento e L'applicazione del termine di cui all'art. 10 l.f.

L'art. 9, primo comma, l.f. prevede - come noto - che “il fallimento è dichiarato dal Tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa”, che si identifica con “il luogo in cui si trova il centro direttivo ed amministrativo degli affari”⁴³, ossia dove si trova il “centro propulsore dell'attività d'impresa”.⁴⁴

Andrà quindi dimostrato che la *holding/sdf* ha la propria sede nel circondario del Tribunale ove si richiede la pronuncia di fallimento e che, quindi, in tale circondario si trova il luogo “in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito, e coincide, di regola, con la sede legale, salvo che non

profili assai più complessi e dagli esiti incerti”): “come è stato correttamente rilevato in dottrina, la norma non si presta, infatti, all'estensione al dominus (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)” (Cass., 20 maggio 2016, n. 10507).

⁴² Cfr. Trib. Padova, 24 novembre 2016, cit.. Al riguardo la Suprema Corte (Cass., 20 maggio 2016, n. 10507) ha statuito che, una volta accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società di capitali, “il fallimento di queste ultime costituisce una conseguenza ex lege prevista dalla L. Fall., art. 147, comma 1, senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza (Cass. n. 1095/16 cit.)”. D'altronde, secondo una recente pronuncia di merito, la fallibilità per estensione ex art. 147 l.f. non integra l'ipotesi preclusiva di accesso alla procedura di sovraindebitamento ex art. 7 L. 3/2012 (cfr. Trib. di Prato, 16 novembre 2016, in www.ilcaso.it)

⁴³ *Ex multis* cfr. Cass., 28 agosto 2012, n. 14676; Cass., 8 settembre 2009, n. 16080; Cass., 21 marzo 2003, n. 4206.

⁴⁴ Si veda Cass., 12 marzo 2002, n. 3655.

emergano prove univoche tali da smentire la presunzione suddetta”.⁴⁵

Tale sede potrà coincidere con la stessa sede legale, amministrativa ed operativa della società eterodiretta già dichiarata fallita, restando irrilevante la residenza dei soci (che falliscono solo in estensione e non in quanto imprenditori).⁴⁶ Si ha, quindi, una presunzione di coincidenza del luogo in cui ha sede la società fallita e la sede della *holding*, salvo prova contraria (a carico dei resistenti).

Altra questione di non poco momento è l'eventuale applicazione per il fallimento della *holding* occulta (e dei suoi soci) del termine di cui all'art. 10 l.f., a mente del quale gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti *entro un anno* dalla cancellazione dal registro delle imprese. Detta disposizione si applica anche alle società *non* iscritte nel registro delle imprese quali le società occulte?

È evidente che, laddove si ritenesse di applicare tale termine, potrebbe giungersi all'affermazione che decorso l'anno dalla dichiarazione di fallimento della società eterodiretta, ove tale evento fosse identificato come momento di cessazione dell'attività di direzione e coordinamento della *holding* di fatto, il fallimento della stessa sarebbe precluso.

A favore dell'applicazione di tale termine si è espressa parte della giurisprudenza di legittimità⁴⁷ e di merito⁴⁸. In particolare, secondo la sentenza della Cassazione n. 15346/2016 il termine annuale si applica anche alle società non iscritte nel registro delle imprese e il *dies a quo* decorre dal momento in cui la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento (della *holding*) 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, spettando al resistente l'onere di fornire la prova di tali circostanze.

⁴⁵ Cfr. Cass., 25 giugno 2013, n. 15872.

⁴⁶ Cfr. Cass., 8 novembre 2002, n. 15677. Di questa opinione è anche Trib. di Padova, 1 agosto 17, cit., secondo cui “*il luogo da cui provengono le direttive per l'attività d'impresa svolta dalla società di fatto deve ragionevolmente ritenersi coincidente con le sedi principali delle società etero dirette poiché è in relazione alla attività di queste ultime che sono state assunte le scelte strategiche per la realizzazione dell'interesse sovradimensionato ...*”.

⁴⁷ Cfr. Cass. 25 luglio 2016, n. 15346.

⁴⁸ Cfr. Trib. Padova, 1 agosto 2017 e 24 novembre 2016, cit.

Alcune recenti pronunzie della Suprema Corte⁴⁹ hanno precisato che il termine annuale riguarda *unicamente* i soci illimitatamente responsabili di società regolare e non, invece, il socio occulto che risulti dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale. Secondo tale interpretazione non possono in alcun modo essere poste a raffronto, ai fini dell'applicabilità del termine annuale entro cui può essere dichiarato il fallimento personale del socio illimitatamente responsabile di una società personale, due situazioni fra loro del tutto diverse, quali sono quella del socio receduto da una società regolarmente costituita e registrata, nel rispetto delle forme di pubblicità prescritte dalla legge, e quella del socio occulto.⁵⁰

6. Conclusione.

Si potrebbe essere facili profeti nel preconizzare che il tema del fallimento delle *holding* occulte, siano esse personali oppure società di fatto, da tempo oggetto di studi e di pronunzie controverse, è destinato ad affaticare la dottrina e dividere la giurisprudenza ancora per molto. Se non altro perché lambisce diversi profili critici, tra cui la spendita del nome, la responsabilità da direzione e coordinamento, ma soprattutto quello che da sempre costituisce il *punctum pruriens* della dottrina commercialistica italiana: la teoria dell'imprenditore occulto, elaborata negli anni '50 nel tentativo di porre rimedio alle conseguenze -potenzialmente esiziali- dell'esercizio indiretto dell'attività di impresa.⁵¹

⁴⁹ Cfr. Cass. 25 settembre 2017, n. 22270; Cass. 6 marzo 2017, n. 5520; Cass. 20 giugno 2013, n. 15488.

⁵⁰ Si v. Cass., 25 settembre 2017, n. 22270: “il socio occulto di una società, privo di ogni riconoscimento nell'ambito del registro delle imprese, non può fornire alcuna prova in ordine alla cessazione della propria qualità di socio illimitatamente responsabile, nel prevalente interesse della tutela dell'affidamento dei terzi, che ha indotto il legislatore a trattare l'interesse di detto socio come del tutto recessivo”.

⁵¹ Laddove v'è una dissociazione tra il soggetto che compie -in proprio nome- atti pertinenti all'impresa e quello che impartisce le direttive, fornisce i capitali occorrenti ed incamera i profitti (senza, tuttavia, palesarsi ai terzi: cfr. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957; ID., *La giurisprudenza della Cassazione sull'ammissibilità della società occulta*, in *Giur.it.*, 1957, IV; ID., *Società controllata e società adoperata “come cosa propria”*, in *Giur.it.*, 1959, I, p. 623.

L'eterodirezione abusiva diventa così il punto di convergenza tra il diritto commerciale e quello fallimentare, laddove le condotte dell'*holder* personale (o dei soci della *holding*) spesso risultano rilevanti anche dal punto di vista penale.

Si registrano varie aperture nella giurisprudenza di merito in favore della *holding occulta*. Tali aperture si inseriscono nell'alveo delle recenti pronunzie della Suprema Corte, che sempre più pare porre in dubbio principi (che sembravano) consolidati nel nostro panorama giuridico. Tra questi, la *spendita del nome*, che non è più necessaria ai fini dell'acquisto della qualità di imprenditore e quindi dell'applicazione del conseguente regime responsabilizzante in materia di debiti,⁵² e la *partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone*, anche di fatto (occulta o comunque irregolare), senza il necessario rispetto dell'art. 2361, secondo comma, c.c.⁵³.

Forse anche prendendo atto di tale *vento innovatore*, il legislatore sta via via positivizzando la disciplina dei gruppi in vari ambiti: prima quello *societario* -con il D.lgs. 17.1.2003, n. 6 (che ha introdotto con gli artt. 2497 ss. c.c. l'"attività di direzione e coordinamento di società")- poi in quello *fiscale* -con l'art. 1, co. 24, della legge di bilancio 2017⁵⁴ e recentemente in materia *fallimentare*, con la legge 19 ottobre 2017, n. 155 ("*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*", pubblicata in G.U. Serie Generale n. 254 del 30-10-2017), nel cui capo secondo, intitolato "*Principi e criteri direttivi per la riforma della disciplina delle procedure di crisi e dell'insolvenza*", viene disciplinata, appunto, la crisi e l'insolvenza di *gruppi d'impresa*, consentendo lo svolgimento di una gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale e di concordato preventivo di gruppo e dall'altro prevedendo, in caso di procedure distinte concorsuali (in Italia o all'estero), obblighi

⁵² Cfr. Cass., 25 luglio 2016, n. 15346.

⁵³ Tema di particolare interessa nell'individuazione della c.d. "supersocietà di fatto": si v. la recente Cass., 13 giugno 2016, n. 12120, in *Giur.it.*, aprile 2017, p. 895, con nota (critica) di RIGANTI, "*Supersocietà*" di fatto ed estensione del fallimento al socio s.r.l., pp. 898 e ss.; Cass., 20 maggio 2016, n. 10507, in *Dir.fall.*, 2/2017, p. 571, con nota di FIMMANÒ, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fall.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, pp. 576 e ss..

⁵⁴ Che ha inserito il nuovo Titolo V-bis nel D.P.R. n. 633/1972, composto dagli artt. da 70-bis a 70-duodecies, introducendo il nuovo istituto del "Gruppo IVA". Tale norma ha recepito quanto disposto dall'art. 11 della Direttiva 2006/112/CE. Le nuove disposizioni si applicano, ai sensi dell'art. 1, co. 30, della Legge di Bilancio 2017, a decorrere dal 1 gennaio 2018.

di reciproca informazione e collaborazione a carico degli organi precedenti.⁵⁵

A ben guardare è in corso una lenta *erosione* del principio dell'autonomia patrimoniale e della distinta soggettività giuridica delle singole componenti del gruppo di imprese. Sta il gruppo diventando un *ente autonomo*?

La teoria della c.d. *supersocietà di fatto* pare dare una risposta positiva al quesito. La *holding occulta*, invece, cerca di, possiamo dire, condurre all'insolvenza il soggetto che abusivamente (etero)gestiva la società dominata –prima depauperata e, poi, fallita- senza pregiudicare il principio della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale.

Così nell'ambito del declino delle azioni recuperatorie “classiche”, si sta (ri)affacciando nel nostro panorama giurisprudenziale una dirompente “novità”, che trae abbrivio dall'esiziale esigenza di tutelare la massa dei creditori.⁵⁶ In nome di un'avvertita esigenza di *aequitas* il diritto diviene –ricordando Hans George Gadamer- più applicazione che norma.⁵⁷ Il diritto non “galleggia” sul reale ma lo “vive”, lo comprende, ne è il suo specchio, interagisce con esso, “*com'è proprio di ogni fenomeno autenticamente e non fittiziamente ordinativo*”.⁵⁸ E la holding occulta ne è la riprova, ancorchè “*esse unum secundum ordinem, non est esse unum simpliciter*”.⁵⁹

⁵⁵ Invero già il Regolamento europeo n. 2015/848 (in vigore dal 26.6.2017), che ha riformato la disciplina dell'insolvenza transfrontaliera (già regolata dal Reg. 1346/2000), ha previsto una disciplina dell'insolvenza di gruppo.

⁵⁶ Ed in particolare i creditori c.d. “involontari”, che non hanno scelto di diventare tali (tra cui il fisco ed i creditori da fatto illecito): al riguardo cfr. ZORZI, *Il fallimento della holding (società di fatto) per insolvenza da responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c.*, in *Ricerche giuridiche*, 3, 1, 2014, pp. 167-168.

⁵⁷ Con l'ermeneutica giuridica, sulla stregua dell'insegnamento di Hans Georg Gadamer (cfr. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, soprattutto il capitolo dedicato a “*Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica*”), si ha la rivalutazione massima del momento applicativo in seno a quell'unità complessa che è l'itinerario normativo. Secondo questa teorica non bisogna separare il momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, ritenendo quest'ultima non la spiegazione di un testo conchiuso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte, e sottolineando la “tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso” (cfr. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 639).

⁵⁸ Cfr. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 79).

⁵⁹ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, II, c. 58.