

TEMI DEL NUOVO
DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di

Gianmaria Palmieri



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-83-348-8669-4

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SINS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	XIII
IL PICCOLO IMPRENDITORE ... DA UNA RIFORMA ALL'ALTRA	1
di <i>Mario Campobasso</i>	
1. Una storia travagliata	1
2. Una nuova definizione di piccolo imprenditore. Anzi no	3
3. Le soglie dimensionali	7
4. Il criterio degli investimenti	8
5. (<i>Segue</i>): la sua riforma	10
6. L'orizzonte temporale dell'accertamento	11
7. Il criterio dei ricavi	12
8. Il nuovo criterio dell'indebitamento	14
9. L'onere della prova	15
10. Il piccolo imprenditore e le distonie della riforma fallimentare	17
STATO D'INSOLVENZA E INDEBITAMENTO MINIMO	19
di <i>Gian Paolo La Sala</i>	

	<i>pag.</i>
IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ESTINTA	129
di <i>Marco Speranzin</i>	
1. La disciplina dell'estinzione della società e le nuove ipotesi di cancellazione dal registro delle imprese	129
2. L'art. 10 l. fall. e (alcuni) problemi conseguenti	133
3. Questioni in tema di fallimento di società di persone estinte	139
4. Il fallimento delle società non iscritte nel registro delle imprese	141
5. La tutela dei creditori prima della iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese e dopo tale iscrizione. La responsabilità dei liquidatori per debito o per danni	143
IMPRESA COLLETTIVA NON SOCIETARIA E PROCEDURE CONCURSUALI	149
di <i>Antonio Cetra</i>	
1. Premessa	149
2. L'assoggettabilità dell'impresa collettiva non societaria insolvente alle procedure concorsuali	150
3. La procedura concorsuale concretamente utilizzabile	151
4. La ricostruzione del «patrimonio responsabile»	153
5. (<i>Segue</i>): l'attivazione della responsabilità per debito	154
6. (<i>Segue</i>): la responsabilità degli amministratori	162
TUTELA DEL CREDITO DELLE COOPERATIVE E PRIVILEGI EX ART. 2751 BIS C.C.:	167
UN'ANALISI GIURISPRUDENZIALE	
di <i>Vincenzo De Stasio</i>	
1. Il problema del fondamento costituzionale del privilegio del credito ex art. 2751-bis, n. 5, c.c.	167

	<i>pag.</i>
2. I principi giurisprudenziali elaborati con riferimento al caso <i>Baye-rische Milchindustrie c. Ital-latte</i>	168
3. L'estensione del privilegio alle cooperative agricole	173
4. Riduzione teleologica e riferimento alla mutualità prevalente	174
5. Irrecuperabilità sistematica di finalità teleologiche unitarie e auspicio di riforma della disciplina dei privilegi	175
LE REGOLE DI DISTRIBUZIONE DELL'ATTIVO TRA VECCHIO E NUOVO	177
di <i>Manlio Lubrano di Scorpaniello</i>	
1. Un interrogativo insolito	177
2. Alcune luci ed ombre della riforma	178
3. Possibili conseguenze negative della ridotta area di revocabilità	180
4. Limiti delle regole ordinarie su concorso e graduazione dei crediti	181
5. Fine dell'intangibilità dei crediti privilegiati?	183
6. (<i>Segue</i>): introduzione delle classi e di trattamenti (relativamente) differenziati nei concordati	184
7. I più ampi spazi di autonomia negli accordi di ristrutturazione dei debiti	188
8. Conclusioni	190

IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ESTINTA

di Marco Speranzin

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'estinzione della società e le nuove ipotesi di cancellazione dal registro delle imprese. – 2. L'art. 10 l. fall. e (alcuni) problemi conseguenti. – 3. Questioni in tema di fallimento di società di persone estinte. – 4. Il fallimento delle società non iscritte nel registro delle imprese. – 5. La tutela dei creditori prima della iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese e dopo tale iscrizione. La responsabilità dei liquidatori per debito o per danni.

1. *La disciplina dell'estinzione della società e le nuove ipotesi di cancellazione dal registro delle imprese.* – A seguito del nuovo art. 2495, 2° comma, c.c. si deve ritenere certo che la società (per lo meno di capitali¹ sia da considerarsi estinta con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione e la successiva iscrizione della cancellazione della società dal registro delle imprese².

Non si può quindi più sostenere, come faceva la giurisprudenza prevalente nel vigore della precedente norma dell'art. 2456 c.c., che la socie-

¹ Sembra peraltro che una norma, quale l'art. 2495 c.c. nuova formulazione, dettata per le società di capitali al fine di risolvere un dubbio interpretativo che precedentemente si poneva per tutte le società registrate, possa ora servire anche per l'interpretazione degli artt. 2312 e 2324 c.c., relativi al momento estintivo rispettivamente delle s.n.c. e delle s.a.s. iscritte nel registro delle imprese. In questo senso è orientata anche parte della giurisprudenza: v. Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, in *Giur. it.*, 2007, 117 ss.; Trib. Monza, 6 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2007, 72 ss.; *contra* Trib. Padova, 13 agosto 2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, 246 ss.

² La conclusione di cui nel testo è pacifica: cfr. *ex multis* L. PARRELLA, *Cancellazione della società*, in *La riforma delle società, Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 305 ss.; G. NICCOLINI, *Art. 2495*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1839 ss.; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007, I, 184.

ta continui ad esistere finché tutti i rapporti ad essa facenti capo, siano essi attivi o passivi, sostanziali o processuali, non siano stati completamente definiti³. Il legislatore, con l'inserimento dell'inciso «ferma restando l'estinzione della società» nel 2° comma dell'art. 2495 c.c., ha in sostanza accolto l'indirizzo decisamente prevalente in dottrina secondo il quale la società come *soggetto di diritto* deve considerarsi estinta dal momento dell'attuazione della pubblicità nel registro delle imprese, mediante iscrizione del fatto estintivo (la cancellazione della società). Tale conclusione deve ritenersi ferma anche qualora la società sia stata cancellata in presenza di debiti non soddisfatti e di rapporti processuali pendenti⁴: non avrebbe altrimenti senso il nuovo art. 10 l. fall. che, come vedremo, assoggetta l'ente estinto a fallimento per un anno dalla data dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese (considerare che la norma sia stata pensata solo per l'ipotesi in cui sopravvengano debiti successivamente alla cancellazione pare, infatti, poco convincente, pur se è vero che l'insolvenza può dipendere anche da fatti successivi all'iscrizione della cancellazione); non avrebbe altrimenti senso il nuovo art. 2490 c.c., che prevede l'iscrizione della cancellazione d'ufficio.

Rimane aperto il problema della natura della responsabilità dei soci (art. 2495, 2° comma, c.c.) a seguito dell'estinzione dell'ente⁵ (problema che ha rilevanti, e – se non inteso correttamente – inquietanti, effetti processuali⁶;

³ Anche se non erano mancate, soprattutto nell'ultimo periodo precedente alla riforma del 2003, alcune prese di posizione della giurisprudenza in senso contrario alla sopravvivenza della società alla cancellazione dal registro delle imprese: v. Trib. Monza, 12 febbraio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 91 ss.; Trib. Vercelli, 5 luglio 2002, in *Società*, 2003, 221 ss. (con riferimento all'art. 2312 c.c.); App. Milano, 29 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1195 ss.

⁴ F. BELVISO, *Cancellazione della società e tutela dei creditori dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 10 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1272 ss.; M. SPOTTA, *Cancellazione ... della cancellazione?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 717; la tesi è altresì accettata da chi è molto critico nei confronti della tesi scelta dal legislatore: cfr. M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, 825 e 839, che propone una soluzione diversa per il caso in cui si verificano sopravvenienze o sopravvenienze attive (ossia ritiene che in tale ipotesi la cancellazione dell'iscrizione possa essere a sua volta cancellata: v. *infra*, paragrafo 5).

⁵ Sia consentito rinviare, per l'esame delle varie tesi, a M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 530 ss.

⁶ Cfr. Corte App. Napoli, 27 aprile-6 maggio 2005, in *Impresa c.i.*, 2006, 1782 ss.:

in relazione al momento dell'estinzione dell'imprenditore collettivo è stata però fatta chiarezza (anche la giurisprudenza della Cassazione ha da ultimo mutato il proprio granitico orientamento precedente)⁷.

Successivamente alla riforma del diritto societario, che ha chiarito il collegamento tra cancellazione dal registro delle imprese ed estinzione della società, si è verificata una proliferazione di norme in tema di iscrizione della cancellazione delle società dal registro delle imprese.

Già il legislatore delegato aveva introdotto, con riferimento alle società di capitali, due ipotesi di *iscrizione d'ufficio* della cancellazione nel registro delle imprese, una delle quali si verifica nel caso di mancanza di un'attività liquidativa: il mancato deposito del bilancio in fase di liquidazione (*ex art. 2490, 1° comma, c.c.*) *per tre anni* consecutivi determina, ai sensi dell'art. 2490, 6° comma, c.c., l'obbligo per l'ufficio del registro delle imprese di provvedere alla iscrizione della cancellazione della so-

secondo la Corte l'avvenuta cancellazione della società nel corso del giudizio (ed in particolare, nel caso in esame, prima della pubblicazione della sentenza di primo grado) determina l'improseguibilità del processo con conseguente caducazione della sentenza eventualmente pronunciata nei confronti della società. La decisione è da criticare aspramente. In sostanza seguendo tale interpretazione una società potrebbe richiedere la cancellazione dal registro delle imprese con conseguente improseguibilità del giudizio promosso nei suoi confronti. I giudici napoletani hanno del tutto trascurato di esaminare la dottrina in materia che ritiene applicabili, al caso della cancellazione della società nel corso del giudizio, le norme di cui agli artt. 299 ss. c.p.c.: v. G. NICCOLINI, *op. cit.*, 1841, nt. 27; v. anche il caso deciso da App. Milano, 12 marzo 2003, in *Giur. milanese*, 2004, 111 (appello instaurato dal legale rappresentante dopo l'estinzione della società); va infine considerato il dibattito che si è aperto in materia di effetti processuali della fusione dopo la nota Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Corr. giur.*, 2006, 460 ss. (si v. V. COLESANTI, *Noterelle in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2006, I, 491 ss., nonché i commenti di D. DALFINO, E. RICCI, C. CONSOLO e la replica dello stesso V. COLESANTI nei primi due fascicoli di *Riv. dir. proc.*, 2007), dal quale potrebbero trarsi utili argomenti anche per il caso dell'estinzione della società (ad es. per escludere l'interruzione del processo).

⁷ V. Cass., 28 agosto 2006, n. 18618, cit., 117 ss. Ancora per la tesi prevalente in precedenza (estinzione al momento del pagamento di tutti i debiti) cfr. invece di recente Cass., 24 settembre 2003, n. 14147, in *Società*, 2003, 1622; Cass., 28 maggio 2004, n. 10314, in *Notariato*, 2005, 244 ss.; Cass., 8 luglio 2004, n. 12553, in *Riv. not.*, 2005, 812 ss.

Solo l'Agenzia delle Entrate non sembra essersi accorta della nuova norma: cfr. *Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate* n. 68 del 30 marzo 2007, secondo cui «... la cancellazione della società dal suddetto registro (delle imprese) non ne determina l'estinzione, finché non sia compiuta l'effettiva liquidazione di tutti i rapporti giuridici pendenti. Tale assunto è confortato da una costante giurisprudenza ...». L'Agenzia delle Entrate non si accorge quindi che è cambiata la legge (e ora anche la giurisprudenza: v. infatti in senso diverso *Commiss. Trib. Prov. Lucca*, sent. n. 176/04/07, inedita).

cietà «con gli effetti previsti dall'art. 2495 c.c.»⁸. Inoltre, ai sensi dell'art. 223 *quater*, 2° comma disp. att., nel caso di iscrizione della società nel registro delle imprese avvenuta senza l'autorizzazione di cui all'art. 2329, numero 3), c.c. l'autorità competente al rilascio di tale autorizzazione può proporre istanza per la «cancellazione della società dal registro»; tuttavia, nel caso di accoglimento dell'istanza da parte del tribunale, si applica l'art. 2332 c.c., e quindi la procedura da seguire per il caso di nullità della società. Sembra quindi che la norma si esprima in realtà impropriamente e non regoli direttamente un'ipotesi di estinzione in seguito all'iscrizione della cancellazione, bensì di scioglimento della società⁹, con nomina dei liquidatori da parte del tribunale (art. 2332, 4° comma, c.c.) e successiva liquidazione ed estinzione¹⁰.

A queste disposizioni hanno fatto seguito:

– il d.p.r. n. 247 del 23 luglio 2004, che, con riferimento alle società di persone, ha previsto (all'art. 3) l'avvio del procedimento (definito) di cancellazione della società qualora si verifichi una delle cinque ipotesi stabilite in tale articolo¹¹, previa audizione degli amministratori ed eventuale nomina del liquidatore da parte del Presidente del Tribunale; già la dottrina¹² ha evidenziato le peculiarità di questo decreto, che (solo per

⁸ Per un approfondito commento del (problematico) art. 2490, 6° comma, c.c., che sembra risentire di una concezione sanzionatoria – nei riguardi della società e quindi dei suoi soci – della cancellazione v. G. NICCOLINI, *Art. 2490*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1785 ss.; V. DONATTI, *La pubblicità legale delle società di capitali*, Milano, 2006, 304 ss. Si ha notizia dalla stampa circa le prime cancellazioni d'ufficio di società di capitali da parte del Registro delle imprese di Milano: v. *Il-sole-24ore*, 22 maggio 2007, 31.

⁹ Sul collegamento tra art. 2332 c.c. e 223 *quater*, 2° comma, disp. att. cfr. anche G. PALMIERI, *La nuova disciplina della nullità della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2003, 854.

¹⁰ Inoltre l'art. 223 *quater*, 2° comma, disp. att. e transit., prevede che il tribunale, prima di procedere alla cancellazione, debba sentire la società. Un indice normativo, dunque, per accogliere la tesi secondo la quale è necessaria una forma di interpellato preventivo della società, prima dell'iscrizione d'ufficio della cancellazione, anche nell'ipotesi dell'art. 2490 c.c. (cfr. V. DONATTI, *La pubblicità legale delle società di capitali*, cit., 308).

¹¹ Irreperibilità presso la sede legale; mancato compimento di atti di gestione per tre anni consecutivi; mancanza del codice fiscale; mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi; decorrenza del termine di durata, in assenza di una proroga tacita.

¹² F. DI SABATO, *Sulla cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese (D.p.r. 23 luglio 2004 n. 247)*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 504.

fare un esempio) considera la mancata ricostituzione dei soci nel termine di sei mesi una causa di apertura del procedimento d'ufficio di cancellazione (e non di scioglimento e liquidazione). Anche in questo caso – come in quello già menzionato, dell'art. 223 *quater*, 2° comma, disp. att. – può ritenersi che il d.p.r. preveda in realtà un procedimento d'ufficio di apertura della liquidazione con conseguente cancellazione all'esito del procedimento¹³;

– la norma dell'art. 1, 111° comma, l. n. 296 del 2006 (legge finanziaria), che prevede la cancellazione delle società di comodo ai fini di fruire della disciplina fiscale di favore;

– infine, introdotto dalla legge di riforma del diritto fallimentare del 2006, l'art. 118, 2° comma, l. fall. prevede l'iscrizione automatica della cancellazione nel registro delle imprese della società in caso di chiusura del fallimento. La norma, già si era sottolineato in dottrina¹⁴, doveva essere interpretata restrittivamente (nel senso che il curatore potesse procedere all'iscrizione della cancellazione solo quando ve ne fossero i presupposti: ad es. per mancanza di attivo); altrimenti – sulla base della lettera della disposizione – si sarebbe giunti all'assurda conclusione di dover disporre sempre automaticamente l'estinzione della società, anche qualora la chiusura del fallimento fosse derivata dal soddisfacimento integrale dei creditori o dalla mancanza di domande di ammissione al passivo. Nel senso auspicato si è poi espresso il d.lgs. n. 169 del 2007, che ha specificato nel testo della norma che solo in caso di ripartizione finale dell'attivo o di mancanza di quest'ultimo il curatore deve chiedere l'iscrizione della cancellazione.

2. *L'art. 10 l. fall. e (alcuni) problemi conseguenti.* – Il legislatore della riforma del diritto delle procedure concorsuali, come noto, ha discipli-

¹³ Dal punto di vista sistematico le previsioni del d.p.r. n. 247 del 23 luglio 2004 paiono rivestire una certa importanza in quanto stabiliscono l'apertura d'ufficio del procedimento di liquidazione con nomina dei liquidatori da parte del Presidente del Tribunale (sugli interessi tutelati dalla liquidazione v. G. NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione della società*, Milano, 1990, *passim*).

¹⁴ A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 189; V. DONATTI, *La pubblicità legale delle società di capitali*, cit., 353; G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 371.