



PROCURA GENERALE **della Corte di cassazione**

Sezione 1^a civile

Udienza Pubblica dell'8 maggio 2024

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 5, r.g. n. 3128/2022

Rel. Cons. Crolla

La Corte d'Appello di (omissis), con la gravata sentenza, in accoglimento dei reclami riuniti proposti da W.S. LLC e G.L. ha dichiarato la nullità della sentenza emessa dal Tribunale di (Omissis) che aveva dichiarato il fallimento della società (Omissis) srl, incorporata in S. srl, corrente in (Omissis), a sua volta incorporata in W.S. LLC, società di diritto statunitense con sede nel (Omissis) ed ha rimesso il procedimento davanti al Tribunale.

I giudici marchigiani richiavano la pronuncia della Cassazione, Sezioni Unite, n. 21970 del 30 luglio 2021, la quale ha affermato che l'operazione di fusione estingue la società incorporata e provoca la successione universale della società incorporante nell'intero patrimonio della incorporata, con il risultato che la incorporante subentra in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, in cui era parte la società incorporata, derivandone la legittimazione passiva in capo all'incorporata a subire le altrui pretese e a difendersi da esse in ordine ai rapporti giuridici sorti in suo capo.

Evidenziava, inoltre, la Corte che, in applicazione di tali principi, il ricorso per la declaratoria di fallimento e il decreto di convocazione avrebbero dovuto essere notificati alla società incorporante finale W.S. LLC ed in particolare, tenendo conto del fatto che quest'ultima è società di diritto e nazionalità statunitense, nei modi e nei termini stabiliti dalla legge e dalle convenzioni internazionali.

Precisava, infine, la Corte che l'accertamento della natura fittizia dell'operazione di fusione doveva necessariamente compiersi attraverso la regolare instaurazione del contraddittorio nei confronti della incorporante in osservanza dei rigidi principi enunciati dalla Cassazione.

Il Fallimento della soc. (Omissis) srl ha proposto ricorso per Cassazione sulla base di due motivi; W.S. LLC e G.L. hanno svolto difese con controricorso, M. Srl ha proposto ricorso incidentale, mentre I.S. Spa, il Procuratore della Repubblica presso

il Tribunale di (omissis) e il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di (omissis) sono rimasti intimati.

Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione o falsa applicazione della L.Fall., artt. 10 e 15 nonché dell'art. 2504 bis c.c., artt. 115 e 116 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; il ricorrente assume che il principio affermato dalla Corte, secondo il quale la corretta instaurazione del contraddittorio L.Fall., ex art. 15 non poteva che avvenire mediante notifica della istanza di fallimento (e del pedissequo decreto di convocazione) alla società incorporante, trova applicazione nell'ipotesi di "fisiologica" (reale, effettiva) fusione per incorporazione, nella quale la società incorporata conserva la propria identità anche se al solo fine della dichiarazione di fallimento (sia pure, L.Fall., ex art. 10, entro l'anno dalla cancellazione dal registro imprese); esso non è invece applicabile alla fattispecie in esame, vista la natura assolutamente fittizia delle incorporazioni, in quanto facenti parte del medesimo disegno fraudolento, volto esclusivamente ad evitare il fallimento della (Omissis), in quel momento già in stato di conclamata decozione, attraverso una (apparente) dismissione della attività d'impresa ormai gravata da ingenti debiti. Sostiene, inoltre, il Fallimento che l'accertamento della natura fittizia della fusione, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio nel procedimento prefallimentare, non imponeva la convocazione della società incorporante e che in ogni caso l'istanza di fallimento era stata proposta nei confronti della società incorporata estinta entro il termine di cui alla L.Fall., art. 10 con la conseguenza che il diritto ad essere sentito in camera di consiglio, ai sensi del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 15 spettava al legale rappresentante della società estinta.

Afferma, infine, il ricorrente che i giudici del reclamo, preso atto del contraddittorio integrato e completato, avrebbero potuto e dovuto pronunciarsi anche nel merito su ogni questione e sulla domanda posta alla loro attenzione.

Il secondo motivo deduce violazione o falsa applicazione degli art. 156 e 157 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 per non avere la Corte tenuto conto del fatto che la reclamante nel rassegnare anche conclusioni nel merito della controversia, non ha fatto altro che accettare ed integrare spontaneamente il contraddittorio, sanando in tal modo ogni eventuale nullità del procedimento di primo grado.

Il motivo del ricorso incidentale proposto da M. Srl denuncia violazione e/o falsa applicazione della L.Fall., artt. 18, art. 164 c.p.c., comma 3; art. 354 c.p.c. e art. 156 c.p.c., u.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; sostiene il controricorrente incidentale: a) che la Corte aveva l'obbligo di verificare comunque la sussistenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge per la declaratoria di fallimento, non potendo il reclamo limitarsi a dedurre mere eccezioni di carattere procedimentale; b) che la Corte di merito, una volta investita del reclamo, avrebbe dovuto svolgere essa stessa l'istruttoria prefallimentare per arrivare ad una decisione di merito, ciò in ossequio ai principi enunciati dalla sentenza della Corte di Cassazione S.U. n.2258/2022; c) che la W.S. LLC essendo a conoscenza del processo di primo grado, come dimostra l'immediato reclamo, avrebbe avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni e non proporre reclamo al solo scopo di dedurre vizi procedurali e far regredire il processo.

La Corte, con ordinanza interlocutoria nr. 36526 2023, ritenuto che le suindicate censure prospettino questioni di diritto di rilevanza nomofilattica, con riferimento all'individuazione del soggetto destinatario della notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza nell'ipotesi di cancellazione societaria generata dal fenomeno della incorporazione nel quale opera la disciplina di cui alla L.Fall., art. 10 (fallibilità della società incorporata entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese) e alla sussistenza o meno in capo all'ente incorporante, non citato nel giudizio di primo grado e che viene solo poi a conoscenza del processo e del suo esito e così propone il reclamo L.Fall., ex art. 18, dell'onere di far valere le proprie ragioni e altresì le difese di merito e pertanto senza potersi limitare a dedurre vizi procedurali con l'effetto e allo scopo di far regredire il processo alla prima fase, disponeva la trattazione della causa in pubblica udienza ex art. 375 c.p.c., comma 1.

In data antecedente alla riforma del diritto societario, laddove la previgente disposizione dell'art. 2504, comma 4°, c.c. disponeva che “la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte”, la prevalente giurisprudenza inquadrava la fusione in una vicenda estintiva della società, assimilabile ad un fenomeno successorio (in questi termini già Cass. 23 ottobre 1958, n. 3423), il fatto estintivo della personalità veniva assimilato alla morte della persona fisica, da ciò facendo discendere una vera e propria successione ereditaria della incorporante.

Venuto meno, con la riforma quell'espresso riferimento alle società estinte, la questione della natura giuridica fu oggetto di nuove analisi. Così le Sezioni Unite della Cassazione nel 2006, contraddicendo la tradizionale interpretazione, affermarono che nella fattispecie “non si determina l'estinzione risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva-modificativa in un nuovo assetto organizzativo”. In tale accezione si tratterebbe di “modalità di riorganizzazione dell'impresa disciplinata in forma societaria”, con una natura meramente modificativa (Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).

Successivamente Cass. Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970, pur avendo ad oggetto gli effetti processuali della fusione per incorporazione, contiene un ampio approfondimento sulle questioni teoriche relative all'operazione straordinaria in oggetto, pervenendo alla conclusione – in controtendenza con Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637 che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata. Con l'ultima sentenza, la Cassazione è pervenuta alla conclusione che riorganizzazione e concentrazione, da un lato, ed estinzione e successione, dall'altra, non sono elementi incompatibili, posto che la fusione societaria quale operazione complessa realizza inevitabilmente entrambi gli effetti.

La Cassazione afferma che “...non si prospetta una mera vicenda modificativa, ricorrendo invece una vera e propria dissoluzione o estinzione giuridica, contestuale ad un fenomeno successorio. La fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione mortis causa e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di

imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati”.

Con riferimento alla problematica relativa alla fallibilità della società incorporata, come ben chiarito dalle sezioni unite del 2021, la soluzione della questione non è perfettamente sovrapponibile a quella relativa all'inquadramento della fusione come vicenda estintiva riguardante i soli soggetti (le singole società, con la conseguenza che la dichiarazione di fallimento di una società incorporata e estinta può ritenersi possibile in applicazione analogica degli artt. 10 e 11 l. fall.), ovvero come vicenda modificativa/evolutiva riguardante il patrimonio e l'organizzazione societaria (per cui la dichiarazione di fallimento non potrebbe intervenire in assenza del presupposto per l'applicazione analogica delle suddette norme).

Come correttamente affermato dalla Corte “la questione dell'assoggettabilità a fallimento della società incorporata o fusa (ma lo stesso ordine di concetti vale per la società interamente scissa) solo in parte interseca quella della sua esistenza: dal momento che ivi vige il disposto speciale dell'art. 10 l. fall., il quale, in perfetta equiparazione al debitore persona fisica, sancisce la fallibilità degli imprenditori, individuali come collettivi, alle condizioni che sia trascorso non oltre un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese e che l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla medesima o nel termine detto; la ratio generale di tale disposizione è nota, onde non necessita discorrerne in questa sede.

In tal modo, per quanto riguarda le società, può fallire un “ente” che non è più tale, entro un anno dall'evento estintivo.

Si richiama il principio per cui «un fenomeno di riorganizzazione societario... come pure, più in generale, di modificazione della struttura conformativa del debitore, non può, come principio, realizzare una causa di sottrazione dell'impresa dalla soggezione alle procedure concorsuali»; ed il tema della soggezione della società fusa o scissa alle procedure concorsuali «non risulta propriamente attenersi al piano dell'organizzazione societaria dell'impresa... Attiene, piuttosto, al piano dell'operatività dell'impresa e dei suoi rapporti coi terzi, contraenti e creditori» (cfr. Cass. 21 febbraio 2020, n. 4737).”

Dunque, il fatto che la società possa essere assoggettata a fallimento dopo la fusione o la scissione, ancorché cancellata dal registro delle imprese, non dipende tanto dalla sua sopravvivenza alla cancellazione, quanto piuttosto dalla presenza nell'ordinamento di una norma speciale come quella dell'art. 10 l. fall. che ha sancito un simile precetto.

E ciò è reso evidente dal fatto che pur a fronte delle richiamate oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della fusione, non è mai stata negata la possibilità di assoggettare al fallimento la società incorporata, sia pure entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese.

Possibilità di fallimento espressamente affermata nella vigenza della disciplina ante riforma del 2003 sulla considerazione che la fusione comportasse un fenomeno successorio: “la società, entro un anno dalla fusione, può essere dichiarata fallita, ai

sensi e nel concorso delle condizioni dell'art. 10 del R.D. 16 Marzo 1942 n. 267 (per insolvenza manifestatasi anteriormente o nel corso di detto periodo), atteso che tale norma, nel contemplare il fallimento dopo la cessazione dell'esercizio dell'impresa, trova applicazione anche per l'impresa societaria, con la computabilità dell'indicato anno, a far tempo dall'estinzione della società a conclusione della fase di liquidazione e che la peculiarità dell'estinzione per fusione (comportante successione a titolo universale della società nata dalla fusione stessa) non autorizza un trattamento differenziato, essendo parimenti presente l'esigenza di tutela dei creditori con le regole e gli strumenti della procedura fallimentare. (Cass. n. 5679 del 19 giugno 1996; per medesime considerazioni Cass. 2210/2007).

Fallibilità riaffermata con riferimento ad una fattispecie regolata dalla disciplina post riforma 2003 ed ante sezioni unite 2021, sul diverso presupposto, quindi, che la fusione tra società si risolva in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo: "Ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio L. Fall., ex art. 15, il ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il decreto di convocazione vanno notificati alla società incorporante, che ai sensi dell'art. 2504 bis c.c. assume i diritti e gli obblighi della società partecipante alla fusione, proseguendo in tutti i rapporti della stessa, anche processuali, anteriori alla fusione, pur conservando la propria identità la società incorporata ai fini della eventuale dichiarazione di fallimento" (Cass. 17050/2016).

Come già precisato dalla Corte in due recenti arresti (cfr. Cass. 11984/2020 e Cass. 4737/2020 entrambi in tema di fallibilità dell'impresa scissa), nel vigente sistema normativo, un fenomeno di riorganizzazione societario - quale, tra gli altri, è la trasformazione al pari della scissione -, come pure, più in generale, di modificazione della struttura conformativa del debitore, non può, come principio, realizzare una causa di sottrazione dell'impresa dalla soggezione alle procedure concorsuali.

Affermazioni che possono attagliarsi anche all'ipotesi della fusione per incorporazione.

La presenza di un soggetto che, a seguito di successione o trasformazione, possa rispondere dei debiti non implica in sé il soddisfacimento dei creditori, i cui diritti non possono perdere, per un'iniziativa del debitore, l'ampia tutela che è assicurata dal concorso fallimentare, nella convinzione che, diversamente ragionando, si giungerebbe "al riconoscimento alla società di un efficace strumento -la fusione- per sottrarsi, in caso di dissesto, al fallimento ed alle sue regole".

L'art. 10 L. Fall. mira, tra l'altro, a tutelare il ceto creditorio da eventuali comportamenti potenzialmente in grado di diminuire o affievolire la responsabilità dell'imprenditore ex art. 2740 c.c. e la fusione per incorporazione, pur dando continuità ai rapporti giuridici in essere, arreca un potenziale pregiudizio al ceto creditorio della società fusa, che si trova a concorrere sul patrimonio di quest'ultima unitamente ai creditori dell'incorporante.

Ne deriva che l'unica soluzione appare quella di ritenere che l'applicabilità dell'art. 10 l.fall. non soggiaccia ad altre limitazioni al di fuori di quelle espressamente previste dal comma 1 della norma e che quindi, ricorrendone i presupposti soggettivi ed oggettivi, gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese a prescindere da ogni valutazione delle vicende successive a tale cancellazione.

Interpretazione che appare coerente con il tenore letterale della norma che non prevede altre limitazioni al di fuori di quella temporale.

La cancellazione volontaria delle società rileva quale mero dato storico, fattuale, formale ed esclusivo come dies a quo per il decorso del termine annuale. Essa opera, dunque, come una presunzione legale di cessazione che non soltanto consente, ma impone di prescindere dal dato empirico della effettiva cessazione e della sua reale cognizione da parte dei terzi, senza possibilità di richiamo ai consueti moduli giuridici della dichiaratività.

Ai fini dell'art 10 l.fall., la cessazione dell'impresa collettiva coincide con la sua cancellazione volontaria: si puntualizza e consiste in essa e ciò per equivalenza normativa posta o, ciò che è lo stesso, per presunzione legale ed assoluta, almeno nella generalità dei casi.

In definitiva, presupposto dell'applicazione dell'art. 10 l.fall. altro non è - secondo quanto emerge pianamente dalla lettura del suo testo - che la cancellazione dell'imprenditore dal registro dell'impresa. La norma non presuppone necessariamente che anche la corrispondente attività di impresa venga a cessare sul piano oggettivo.

Interpretazione che soddisfa pienamente la stessa ratio dell'art. 10 l.fall. che ammettendo la fallibilità dell'impresa cessata, mira: a) ad evitare che la condotta del debitore possa vanificare le aspettative dei creditori provocando, con la dissoluzione dell'impresa, quella della loro garanzia; b) ad evitare un'indefinita incertezza in ordine alla stabilità dei rapporti giuridici coinvolti (Cass. 10302/2020).

Per tale ragione, è possibile dichiarare il fallimento della società incorporata entro il termine previsto dall'art. 10 L. Fall.

Una volta risolta la questione della fallibilità della società entro l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, va affrontata quella della individuazione del "debitore", quale soggetto nei cui confronti instaurare il procedimento prefallimentare L. Fall., ex art. 15.

Nel caso di specie i giudici marchigiani hanno ritenuto che, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio L. Fall., ex art. 15, il ricorso per la dichiarazione di fallimento di una società già incorporata per fusione ed il relativo decreto di convocazione debbano essere notificati all'ente incorporante, che ne prosegue tutti i rapporti anche processuali anteriori alla fusione, pur conservando la suddetta società la propria identità per l'eventuale dichiarazione di fallimento.

Tale soluzione non appare condivisibile.

La Corte ha già affrontato la questione giungendo a conclusioni divergenti.

In una prima decisione (Cass. 2210/2007) la Corte, che si è pronunciata in una fattispecie antecedente alla riforma del diritto societario, di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003, ha ritenuto sufficiente la notifica alla società incorporata.

Successivamente Cass. 17050/2016 ha formulato il seguente principio di diritto: "Ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio L. Fall., ex art. 15, il ricorso per la dichiarazione di fallimento ed il decreto di convocazione vanno notificati alla società incorporante, che ai sensi dell'art. 2504 bis c.c. assume i diritti e gli obblighi della società partecipante alla fusione, proseguendo in tutti i rapporti della stessa, anche processuali, anteriori alla fusione, pur conservando la propria identità la società incorporata ai fini della eventuale dichiarazione di fallimento".

Decisioni che sono diretta conseguenza delle diverse concezioni sulla natura della fusione per incorporazione.

Per Cass. 2210/2007 "Se è vero che la fusione determina un fenomeno di successione universale - quanto meno nella normativa societaria anteriforma - corrispondente a quella mortis causa e l'incorporante rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati, con la confusione dei patrimoni delle società preesistenti e con la conseguenza che ogni atto, sostanziale o processuale, deve essere indirizzato al nuovo ente, unico e diretto obbligato per i debiti dei soggetti definitivamente estinti, è altrettanto vero che la legge fallimentare all'evento della cessazione dell'impresa, ovvero a quello del decesso dell'imprenditore, connette effetti da un lato sanzionatori - nella misura in cui il fallimento è sanzione per l'imprenditore insolvente - e dall'altro rafforzativi della garanzia dei creditori insoddisfatti, sia pure nei limiti dell'anno dall'evento. E se, come questa Corte ha affermato con sent. 19.06.1996 n. 5679, alla quale il collegio aderisce, la ipotesi della fusione realizza la fattispecie della L. Fall., artt. 11 e 10 - le cui disposizioni - ritenute dalla Corte costituzionale, quanto all'art. 10, (sent. n. 66/1999; 319/2000; 321/2002) applicabili alla società possono trovare applicazione per analogia anche all'imprenditore collettivo, è irrilevante che i debiti siano stati assunti dall'incorporante; che l'atto di fusione non sia stato contrastato; che l'attività della società I.C.I. sia proseguita attraverso l'incorporante, che sia mancato il fallimento di quest'ultima e che siano persino mancate richieste di pagamento, ovvero convocazioni in camera di consiglio nel procedimento prefallimentare".

Cass. 17050/2016 desume il principio della necessaria notifica alla società incorporante dalla contraria ed opposta considerazione che la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo.

A differenza, quindi, di quanto visto con riferimento alla fallibilità della società incorporata, che dipende esclusivamente dalla norma speciale di cui all'art. 10 l.fall., l'individuazione del soggetto debitore ai fini della notifica ex art. 15 l.fall. discende (e

non potrebbe essere altrimenti) dall'inquadramento sistematico della fusione e quindi, in definitiva dalla sopravvivenza alla cancellazione della società incorporata.

Con la conseguenza che, una volta riaffermato il concetto che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, varranno per essa, ai fini della notifica ex art. 15 l.fall. i medesimi principi già affermati dalla Corte in caso di società già cancellata dal registro delle imprese.

Il ricorso per la dichiarazione di fallimento può quindi essere notificato, ai sensi dell'art. 15, comma 3, l. fall., all'indirizzo di posta elettronica certificata della stessa in precedenza comunicato al registro delle imprese (v. Cass. 25701/2017, Cass. 602/2017, Cass. 17946/2016). Il che è quanto avvenuto nel caso di specie (pagina 5 della sentenza), avendo poi il creditore tentato di effettuare anche la notifica presso l'ultima sede della incorporata "poi eseguita presso la Casa comunale di Fermo".

Una volta escluso che, ai sensi dell'art. 15 l.fall. il debitore debba individuarsi nella società incorporante, deve escludersi altresì che essa sia parte necessaria dell'istruttoria prefallimentare.

Il fallimento dell'incorporata, infatti, è conseguenza della sua insolvenza e del mancato decorso dell'anno dal momento che la sua estinzione si verifica e prescinde dalla solvibilità o meno dell'incorporante, che può semmai costituire ragione della eventuale sua soggezione alla procedura concorsuale.

Né rileva a tal fine che la società incorporante sia debitrice di quelle obbligazioni assunte per via della fusione; tale garanzia, che seppur comporta la confusione dei due patrimoni, non determina, in assenza di una specifica domanda, il fallimento per ripercussione dell'incorporante, anche ove sia insolvente e versi nella condizione di fallibilità.

Invero, come nel caso del fallimento dell'imprenditore deceduto (Cass. 12846/1998; 4053/1987; 5134/1977; 387/1972), all'apertura della procedura concorsuale post fusione i due patrimoni tornano a riacquistare la loro autonomia, dovendo i beni della società incorporata essere destinati esclusivamente al soddisfacimento dei creditori della stessa a differenza di quelli dell'incorporante, esposti anche alle loro iniziative, oltre a quelle dei creditori propri di quest'ultima.

Ne consegue che nel caso di specie l'ente incorporante, non citato nel giudizio di primo grado, venuto solo poi a conoscenza del processo e del suo esito, una volta proposto il reclamo L.Fall., ex art. 18, aveva l'onere di far valere le proprie ragioni e altresì le difese di merito, senza potersi limitare a dedurre vizi procedurali con l'effetto e allo scopo di far regredire il processo alla prima fase.

Ne deriva la fondatezza del primo motivo con assorbimento dell'esame del secondo motivo e del ricorso incidentale.

p.q.m.

Il P.M. chiede

L'accoglimento del ricorso.

Roma, 16 aprile 2024.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**