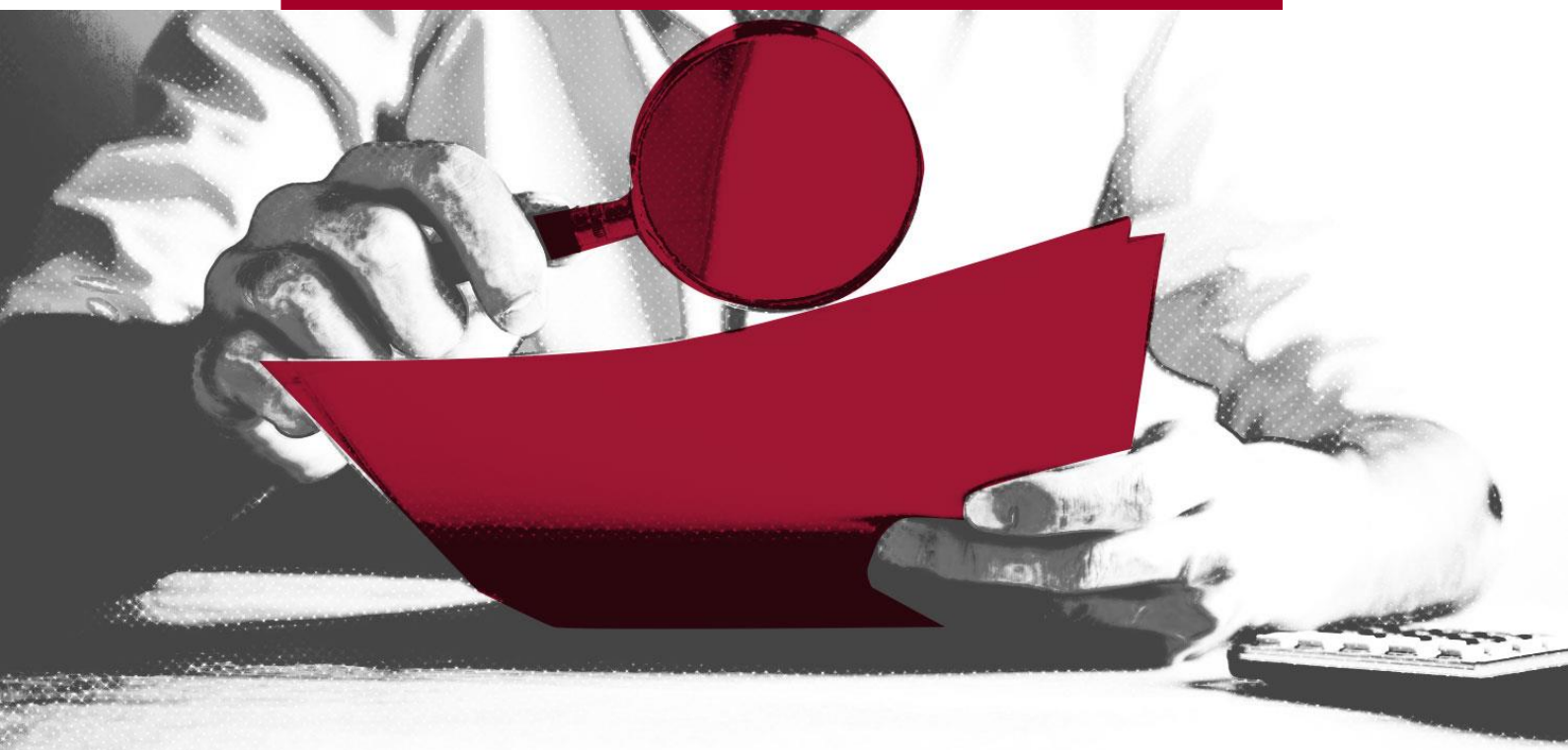


**ius** Trend  
IL VERSO DEL DIRITTO

Debitore: se ti fondi,  
dal fallimento non ti nascondi!

LUGLIO 2024



**LaScala**  
.....  
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com) - [www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Ancona

Crisi, Restructuring e Utp | **Crisi e procedure concorsuali** | 22 luglio 2024

## **Debitore: se ti fondi, dal fallimento non ti nascondi!**

Con sentenza del 3 luglio 2024 la Prima Sezione della Corte di Cassazione afferma il seguente principio di diritto: «nell'ipotesi di operazione straordinaria di fusione ex art. 2504 e s. c.c., che estingue la società incorporata e provoca la successione universale della società incorporante in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, in cui era parte la prima, per il caso di insolvenza di questa trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 10 l.fall., che consente il fallimento della società incorporata entro i limiti temporali ivi previsti; ne consegue che, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio ex art.15 l.fall., il soggetto debitore destinatario della notifica del ricorso e dell'avviso di convocazione va individuato nella società incorporata, in persona del suo legale rappresentante, società che, pur se estinta ed invece solo ai fini dell'eventuale dichiarazione di fallimento, conserva la propria identità, non essendo peraltro precluso alla società incorporante l'intervento nel giudizio prefallimentare e comunque la proposizione di reclamo, nella qualità di soggetto interessato, avverso l'eventuale sentenza di fallimento dell'incorporata medesima».

La vicenda da cui trae origine la decisione della Suprema Corte riguarda il ricorso ex art. 15 L. Fall. depositato da una società (creditrice) che ha chiesto al Tribunale di Fermo di dichiarare il fallimento di un'altra società cancellatasi dal Registro delle Imprese pochi mesi prima della notifica del ricorso a seguito di una fusione per incorporazione in un'altra società a sua volta fusa per incorporazione in una società di diritto statunitense.

Il Tribunale di Fermo ha accolto il ricorso e dichiarato il fallimento della incorporata. Avverso tale sentenza la società incorporante e il legale rappresentante dell'incorporata hanno proposto reclamo avanti la Corte di Appello di Ancona.

La Corte di Appello – in accoglimento dei reclami, poi riuniti – ha dichiarato la nullità della sentenza con cui il Tribunale di Fermo ha dichiarato il fallimento della incorporata e ha rimesso il procedimento davanti al Tribunale. Allo scopo, è stata richiamata la sentenza delle Sezioni Unite n. 21970 del 30 luglio 2021, precisando che, in applicazione dei principi ivi riportati, il ricorso e il decreto di convocazione avrebbero dovuto essere notificati alla incorporante.

Avverso la sentenza della Corte di Appello di Ancona, il Fallimento della incorporata ha proposto ricorso per Cassazione sulla base di due motivi (i.e., violazione o falsa applicazione degli artt. 10 e 15 L. Fall., 2504 bis c.c., 115 e 116 c.p.c. nonché violazione o falsa applicazione degli artt. 156 e 157 c.p.c.); l'incorporante e il legale rappresentante dell'incorporata hanno spiegato controricorso; mentre la ricorrente ex art. 15 L. Fall. ha proposto ricorso incidentale (i.e., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 18 l.fall, 164 3° comma c.p.c., 354 c.p.c. e 156, ultimo comma, c.p.c.).

La controversia sottoposta alla Suprema Corte presenta un triplice ordine di questioni sostanziali e processuali strettamente correlate: a) l'inquadramento giuridico del fenomeno della trasformazione della società mediante fusione; b) l'impatto della fusione con la disciplina speciale di cui all'art. 10 L. Fall., in riferimento alla natura di tale fenomeno riorganizzativo; c) l'individuazione del soggetto coinvolto nell'operazione di fusione (incorporante o incorporata) nei cui confronti debba essere integrato il contraddittorio per la dichiarazione di fallimento.

Per quanto attiene la prima questione, la Corte effettua un excursus – sostanziale e processuale – dell'evoluzione dell'inquadramento della fusione. La formulazione, antecedente alla riforma del diritto societario, dell'art. 2504, comma 4, c.c. indicava che «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte». Di conseguenza, la prevalente giurisprudenza ha per anni inquadrato la fusione per incorporazione come fenomeno successorio a titolo universale, che comporterebbe: estinzione della incorporata, assunzione da parte dell'incorporante di diritti e obblighi e, in sede processuale, generale carenza di legittimazione attiva e passiva della società (incorporata) estinta.

Con la riforma del diritto societario del 2003 la fusione è stata, però, inquadrata in termini modificativo-evolutivi con riformulazione dell'art. 2504 bis c.c.: «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione». Il diverso inquadramento della questione – da vicenda successoria a titolo universale a modificativo-evolutiva – ha portato la giurisprudenza a ritenere che né il patrimonio né i rapporti sostanziali e processuali in essere in capo all'incorporata si sarebbero trasferiti alla incorporante.

La questione è stata oggetto di una prima pronuncia delle Sezioni Unite nel 2006 (Cass. SS.UU. n. 2637/2006) – nella quale è stato precisato che «la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 ss. c.c., non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo» - e poi è stata totalmente rivista dalla successiva sentenza delle Sezioni Unite del 2021 (Cass. SS.UU. n. 21970/2021, sopra richiamata), avente ad oggetto la questione processuale della legittimazione ad agire della società incorporata. Tale pronuncia – in controtendenza rispetto a quella del 2006 – ha affermato che l'operazione di fusione estingue la società incorporata e provoca la successione universale della incorporante nell'intero patrimonio della incorporata; con il risultato che l'incorporante subentra in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, in cui era parte l'incorporata.

Le Sezioni Unite del 2021, invero, hanno statuito che: «la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato fonda la legittimazione attiva dell'incorporante ad agire e proseguire nella tutela dei diritti e la sua legittimazione passiva a subire e difendersi avverso le pretese altrui, con riguardo ai rapporti originariamente facenti capo alla società incorporata; viceversa quest'ultima, non mantenendo la propria soggettività dopo l'avvenuta fusione e la cancellazione dal registro delle imprese, neppure vanta una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva»; con la conseguenza che solo l'intervento ex art 105 c.p.c. dell'incorporante, con sostituzione all'incorporata nell'azione giudiziale, consentirebbe di conservare il rapporto processuale instaurato da un soggetto non (più) legittimato.

b) Per quanto attiene, poi, l'impatto della natura del fenomeno della fusione con la disciplina speciale di cui all'art. 10, comma 1, L. Fall., la Suprema Corte ha costantemente ritenuto che la fallibilità della incorporata – nei modi e termini previsti dagli artt. 10 e 11 L. Fall. – fosse coerente con la ricostruzione del fenomeno tanto in termini estintivi/successori quanto in termini evolutivo-modificativi. La questione della fallibilità della incorporata, invero, non è mai stata messa in discussione dalla giurisprudenza formatasi post riforma del 2003 ed ante pronuncia delle Sezioni Unite del 2021.

Sul punto, infatti, in tale ultima sentenza è stato precisato che «la questione dell'assoggettabilità a fallimento della società incorporata o fusa (...) solo in parte interseca quella della sua esistenza: dal momento che ivi vige il disposto speciale della L. Fall., art. 10, 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 (...) In tal modo, per quanto riguarda le società, può fallire un "ente" che non è più tale, entro un anno dall'evento estintivo. Dunque, che la società possa essere assoggettata a fallimento dopo la fusione o la scissione, ancorché cancellata dal registro delle imprese, non è elemento normativo a favore della tesi della sua sopravvivenza alla cancellazione; se proprio se ne voglia trarre un indizio, è allora piuttosto elemento in senso contrario, atteso che solo una norma speciale come quella della L. Fall., art. 10 ha potuto sancire un simile precetto».

c) L'ultima delle questioni affrontate dalla Corte riguarda, come anticipato, l'individuazione del soggetto (debitore) destinatario della notifica, ai sensi dell'art. 15 L. Fall., dell'istanza di fallimento e del decreto di convocazione all'udienza prefallimentare.

Sul tema, la Cassazione ha ritenuto di doversi discostare da quanto enunciato dalla Corte di Appello di Ancona (i.e., ricorso e decreto devono essere notificati all'ente incorporante). In particolare, vengono prese le distanze richiamando la pronuncia delle Sezioni Unite del 2013 (Cass. SS.UU. n. 6070/2013), in cui è stato affermato che: «la possibilità, espressamente contemplata dalla L. Fall., art. 10, che una società sia dichiarata fallita entro l'anno dalla sua cancellazione dal registro comporta, necessariamente, che tanto il procedimento per dichiarazione di fallimento quanto le eventuali successive fasi di impugnazione

continuino a svolgersi nei confronti della società (e per essa del suo legale rappresentante), ad onta della sua cancellazione dal registro; ed è giocoforza ritenere che anche nel corso della conseguente procedura concorsuale la posizione processuale del fallito sia sempre impersonata dalla società e da chi legalmente la rappresentava (si veda, in argomento, Cass. 5 novembre 2010, n. 22547). È una *fiction iuris*, che postula come esistente ai soli fini del procedimento concorsuale un soggetto ormai estinto (come del resto accade anche per l'imprenditore persona fisica che venga dichiarato fallito entro l'anno dalla morte) e dalla quale non si saprebbero trarre argomenti sistematici da utilizzare in ambiti processuali diversi».

Proseguendo sul tema, la Cassazione afferma che «Il procedimento prefallimentare e le eventuali successive fasi impugnatorie continuano dunque a doversi svolgere, per l'ampia portata anche organizzativa della norma speciale, nei confronti della società estinta, non perdendo quest'ultima, in ambito concorsuale, la propria capacità processuale: ne consegue che pure il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere validamente notificato presso la sede della società cancellata, ai sensi dell'art. 145 c.p.c., comma 1; questa conclusione è coerente con il principio secondo cui la società estinta a seguito di cancellazione dal registro delle imprese conserva, ex art. 10 l.fall., la capacità di stare in giudizio tanto nel procedimento per la dichiarazione di fallimento e nelle successive fasi impugnatorie, quanto nella conseguente procedura concorsuale (cfr. Cass. 18138, 21026 e 24968 del 2013 e 5253/2017)». Tale impostazione, peraltro, è confermata dal dettato dell'art. 15, comma 3, L. Fall., il quale prevede che nel caso di società cancellata dal registro delle imprese, il ricorso per la dichiarazione di fallimento è validamente notificato all'indirizzo di posta elettronica certificata della società cancellata, in precedenza comunicato al predetto registro. Di conseguenza, non è dato rinvenire, nel sistema normativo e tra i principi giurisprudenziali, una plausibile ragione di esclusione dell'applicazione di tali assunti anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione, in cui al fenomeno estintivo si sovrappone quello successorio.

Continua, poi, la Corte precisando che «la coesistenza eccezionale (...) tra la società incorporata e la società incorporante determina che, analogamente a quanto avviene nel 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».

Se, quindi, rimane fermo il principio della sopravvivenza della incorporata – pur nei termini sopra circoscritti –, «non può seriamente mettersi in dubbio che il “soggetto debitore” e, così, destinatario della notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza debba individuarsi nella società incorporata, che in via d'eccezione rivive, e non nella società incorporante, che solo di riflesso è interessata a contraddire all'istanza di fallimento».

D'altra parte, non è impedito alla incorporante – titolare di un qualificato ed attuale interesse ad interloquire sulle sorti della società incorporata, pur non dovendo essere evocata nel giudizio prefallimentare – di intervenire o di proporre reclamo ex art. 18, comma 1, L. Fall. Nel caso di specie, tale ultima circostanza si è verificata, solo che l'incorporante non ha fatto valere, come avrebbe dovuto (i.e., argomentando le proprie ragioni e difese nel merito della dichiarazione di fallimento della incorporata), ma si è limitata ad eccepire vizi meramente procedurali, con l'effetto e al solo scopo di far regredire il processo alla fase prefallimentare.

Stante quanto sopra, la Corte ha ritenuto che dovesse essere dato seguito all'orientamento già espresso nella sentenza n. 21016/2006, sulla scorta della natura estintivo/successoria della fusione per incorporazione, secondo cui «nel caso di dichiarazione di fallimento di una società entro l'anno dall'estinzione per fusione, il diritto ad essere sentito in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 15 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, spetta al legale rappresentante della società estinta, per le conseguenze che tale pronuncia può avere nei suoi confronti, nonché al socio illimitatamente responsabile, in quanto assoggettabile a fallimento personale, mentre non è obbligatoria l'audizione della società nata dalla fusione, pur rivestendo quest'ultima la qualità di successore a titolo universale della società sottoposta alla procedura concorsuale».

Quanto sin qui evidenziato ha portato la Suprema Corte ad accogliere il primo motivo del ricorso principale, dichiarando assorbiti il secondo motivo e il ricorso incidentale; con conseguente cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Ancona.

Autori:

Linda Frisoni Bianchi – [l.bianchi@lascalaw.com](mailto:l.bianchi@lascalaw.com)

Contatti: [redazione@iusletter.com](mailto:redazione@iusletter.com)

Supplemento a IusLetter del 22/07/2024

Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

**LaScala**  
.....  
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com) - [www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Ancona