

Azione revocatoria e fallimento anche in caso di scissione societaria

Primo Ceppellini e Roberto Lugano - Soci fondatori e partners di Ceppellini Lugano & Associati

L'orientamento che si sta consolidando nella giurisprudenza di legittimità è favorevole all'applicazione, anche nel caso della scissione, della revocatoria ordinaria e della procedura di fallimento. La Corte di Cassazione ha infatti ribadito la possibilità di esperire l'azione revocatoria a seguito di una scissione societaria come strumento di ulteriore rafforzamento delle garanzie dei creditori, oltre a quelli offerti dalle norme specifiche del Codice civile (facoltà di opposizione preventiva): secondo la Suprema Corte, deve essere riconosciuta la concorrente ammissibilità dell'opposizione, dell'azione revocatoria ordinaria e di quella esperita dal curatore fallimentare. Per i Giudici, infine, anche dopo un'operazione di scissione è comunque applicabile la legge fallimentare.

Si sta consolidando un orientamento della giurisprudenza di legittimità che dichiara **applicabili** all'operazione societaria di **scissione** la disciplina dell'**azione revocatoria ordinaria** e la possibilità di **fallimento** anche in caso di scissione totale.

La scissione costituisce infatti un'operazione potenzialmente pericolosa per i creditori delle società partecipanti all'operazione. In particolare, si possono verificare diversi **effetti pregiudizievoli** nei confronti dei **creditori**:

- nel caso più semplice, la potenzialità di pregiudizio riguarda i creditori della scissa, le cui ragioni di credito rimangono imputate post scissione alla scissa medesima, in quanto l'operazione di scissione **sottrae** loro **elementi patrimoniali** sui quali essi avrebbero potuto soddisfarsi;
- in altre ipotesi, i creditori della scissa, le cui ragioni di credito sono imputate alla beneficiaria, sono pregiudicati dal fatto che vengono a **concorrere con i creditori della beneficiaria**, oltre al fatto che vengono loro sottratti gli elementi patrimoniali rimasti alla scissa;
- i creditori di una beneficiaria preesistente potrebbero essere pregiudicati dall'instaurarsi di un **concorso** fra loro **con i creditori** della scissa.

Il tema potrebbe essere di interesse anche quando la scissione viene utilizzata per ledere i diritti dei creditori di un socio, il quale mediante la scissione stessa ricorre a una forma di "assegnazione" degli asset a società in cui la sua partecipazione viene fittiziamente diluita.

La revocatoria

In passato, alcune pronunce di merito avevano raggiunto la conclusione secondo la quale l'azione **revocatoria ordinaria** sarebbe **incompatibile** con il sistema di garanzie previsto per la stabilità della scissione. Infatti, tenuto conto che l'effetto principale delle azioni revocatorie è quello di fornire ai creditori un rimedio che consenta il soddisfacimento sui beni usciti dal patrimonio del debitore attraverso un meccanismo di inefficacia (relativa) dell'atto di disposizione lesivo della loro garanzia, la tutela dei creditori della società scissa è già garantita dal diritto di opposizione alla scissione disposto dall'art. 2503 c.c. e dalla responsabilità solidale (art. 2506-*quater*) nei limiti del patrimonio assegnato. Si vedano a questo proposito, tra le sentenze più recenti, Tribunale Napoli, 26 novembre 2018; Corte d'Appello di Catania 19 settembre 2017, n. 1649; Tribunale Roma, 7 novembre 2016, n. 5241; Tribunale Bologna, 1° aprile 2016, n. 861; Tribunale Roma, 19 ottobre 2015.

Peraltro, secondo numerose sentenze avverse, l'**azione revocatoria** della scissione sarebbe **ammissibile**, in quanto il concetto di "atto di disposizione del patrimonio con il quale il creditore rechi pregiudizio al suo patrimonio" previsto all'art. 2901 c.c. ricomprenderebbe non solo gli atti traslativi in senso civilistico, bensì ogni atto idoneo a rendere incapiente il patrimonio del debitore (da ultimo, si vedano Tribunale Pescara, 4 maggio 2017; Tribunale Roma, 16 agosto 2016; Tribunale Venezia, 5 febbraio 2016, n. 293; Tribunale Milano, 9 luglio 2015, n. 8480).

Il tema riguarda quindi, sotto il profilo dottrinario, la sovrapposizione di strumenti diversi a tutela dei creditori.

Il diritto di opposizione spettante ai creditori, i cui crediti sono anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione, è diverso dalle ragioni di credito proprie delle azioni revocatorie. Il rimedio societario consente di impedire l'operazione stessa, mentre la revocatoria tende a rendere inopponibili gli atti dispositivi compiuti in pregiudizio del creditore e, quindi, a rendere relativamente inefficace *ex post* la scissione. Per questo motivo un filone della dottrina e della giurisprudenza concludono che solo la **revocatoria** sarebbe un **rimedio idoneo** a tutelare la *par condicio creditorum*.

L'**opposizione**, inoltre, è **esperibile solo dai creditori già esistenti** e non da chi è divenuto tale successivamente all'operazione, mentre l'azione revocatoria ha una portata più ampia, dato che è esperibile anche da questi ultimi.

Proprio su questi aspetti, negli ultimi tempi registriamo innanzi tutto la presa di posizione della Corte di Cassazione, che ritiene possibile la revocatoria ordinaria della scissione tenuto conto che nessuna norma di diritto positivo impedisce di riconoscere ai creditori contestualmente sia l'opposizione quale rimedio di natura cautelativa, sia l'azione revocatoria fallimentare diretta a rimuovere la lesione della *par condicio creditorum* (sentenza n. 31654 del 4 dicembre 2019).

Sotto un profilo più generale anche la Corte di Giustizia comunitaria (causa n. C-394/18 del 30 gennaio 2020) ha stabilito che è compatibile con il diritto europeo la possibilità di esercitare un'azione revocatoria prevista dall'art. 2901 c.c. da parte dei creditori nei confronti di una società che ha depauperato il proprio patrimonio mediante attribuzione di parte dello stesso a una beneficiaria in sede di un'operazione di scissione. Secondo le conclusioni della Corte:

- l'art. 12 della sesta direttiva n. 82/891/CEE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che, dopo la realizzazione di una scissione, i creditori della società scissa, i cui diritti siano anteriori a tale scissione e che non abbiano fatto uso degli strumenti di tutela dei creditori previsti dalla normativa nazionale in applicazione di detto articolo 12, possano intentare un'azione pauliana al fine di far dichiarare la scissione inefficace nei loro confronti e di proporre azioni esecutive o conservative sui beni trasferiti alle società di nuova costituzione;

- l'art. 19 della direttiva n. 82/891/CEE, il quale prevede il regime della nullità della scissione, deve essere interpretato nel senso che esso non osta all'introduzione, dopo la realizzazione di una scissione, da parte dei creditori della società scissa, di un'azione pauliana che non intacchi la validità della scissione, ma soltanto consenta di rendere quest'ultima inopponibile a tali creditori.

Peraltro, la presa di posizione della Corte Europea non è del tutto esente da critiche: "la revocatoria - anche se su un piano astratto possa dirsi ricevibile nel vigente sistema societario, come di recente affermato a livello europeo - non sembra intercettare interessi nuovi, diversi o maggiori rispetto a quelli che la tutela oppositiva generale, o quella speciale esecutiva basata sulla solidarietà passiva limitata e sul risarcimento di eventuali danni da scissione, può già efficacemente prestare in applicazione delle norme in parola." (Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 117-2020/A, "Scissione di società e revocatoria: un arretramento della corte di giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'unione europea" di Dario Latella).

Ancora più recentemente, la sentenza 29 gennaio 2021, n. 2153 della Cassazione ha ribadito la possibilità di esperire una azione revocatoria a seguito di una operazione di scissione societaria come strumento di ulteriore rafforzamento delle garanzie dei creditori oltre a quelli offerti dalle regole proprie della scissione (facoltà di opposizione preventiva). Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, "deve essere, in conseguenza, riconosciuta la **concorrente**

ammissibilità della opposizione ex articolo 2503 del codice civile, e dell'**azione revocatoria ordinaria** ex articolo 2901 del codice civile e di **quella esperita dal curatore fallimentare** ai sensi dell'articolo 66 della Legge Fallimentare, non ostandovi né il sistema endoprocedimentale, che prevede la possibilità di opposizione preventiva alla efficacia dell'atto pubblico di scissione, né la preclusione alle impugnazioni di invalidità dell'atto di scissione dopo che è stata eseguita l'ultima iscrizione nel registro delle imprese, né la previsione di solidarietà limitata ai valori patrimoniali trasferiti disposta a favore del creditore.”

Il fallimento

A completamento del quadro giurisprudenziale, va tenuto conto delle recenti pronunce della Cassazione (n. 4737 del 21 febbraio 2020 e n. 11984 del 19 giugno 2020) che hanno dichiarato **applicabile la legge fallimentare** anche dopo un'operazione di **scissione**.

Il punto di riferimento di base delle argomentazioni della Suprema Corte è rappresentato dalla sussistenza di una società (la scindenda) che, al momento dell'operazione di scissione, risulta di per sé pienamente fallibile, sia sotto il profilo soggettivo, che sotto il profilo oggettivo. Nel vigente sistema normativo, un fenomeno di riorganizzazione societario - quale è la 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.

Peraltro, la responsabilità delle beneficiarie per i debiti propri della società scissa, sancita dalle norme del Codice civile non vale a eliminare la responsabilità della società scissa.

Infatti, la sentenza n. 11984 del 19 giugno 2020, che riguarda una **scissione totale**, conclude che “in caso di scissione, si determina sempre un rapporto di successione tra soggetti distinti, con la conseguenza che non è preclusa la dichiarazione del fallimento della società entro il termine di un anno dalla sua eventuale cancellazione dal registro delle imprese. Del resto, diversamente ragionando si potrebbe correre il rischio di favorire operazioni negoziali volte proprio, in prossimità della decozione e della dichiarazione di fallimento delle società, a determinare la trasformazione, pur consentita dall'ordinamento, di quest'ultime in enti ovvero altre entità giuridiche non fallibili, non consentendo l'apertura del concorso dei creditori sui beni della società debitrice”.