

La irretrattabilità degli effetti della scissione non ne esclude la revocabilità

Tribunale di Venezia, 5 febbraio 2016. Giudice Corder.

Scissione – Revocatoria – Ammissibilità

La irretrattabilità degli effetti della scissione non ne esclude la revocabilità, in quanto la revocatoria della scissione non cancella il complesso degli effetti organizzativi derivanti dall'operazione, ma si limita a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società figlia.

(Massima a cura di Redazione IL CASO.it - Riproduzione riservata)

La domanda attorea è fondata.

Preliminarmente, va affrontata la questione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria avente ad oggetto, come nel caso, un atto di scissione societaria.

In giurisprudenza (di merito - non constano decisioni di legittimità) ed in dottrina le opinioni sulla revocabilità in sede fallimentare della scissione di società sono divergenti.

Da una parte vi sono coloro che sostengono l'inammissibilità dell'azione revocatoria avente ad oggetto l'atto di scissione di società, essenzialmente sul presupposto che la previsione di uno strumento di tutela ad hoc per i creditori della società scissa (quale il potere di opporsi alla scissione) escluda il ricorso al rimedio generale della revoca (Trib. Roma 11 gennaio 2001; Trib. Milano 8 settembre 2003; Trib. Modena 22 gennaio 2010), anche in forza del principio secondo il quale la legge speciale (sull'opposizione) deroga e prevale sulla legge generale (sulla revocatoria).

Dall'altra vi è chi ritiene che l'attribuzione ai creditori di un particolare strumento di tutela (quale l'opposizione) non escluda la possibilità di servirsi dei rimedi generali previsti dall'ordinamento, quale è l'azione revocatoria (Trib. Benevento 17 settembre 2012; Trib. Catania 9 gennaio 2012, Trib. Livorno 2 settembre 2003).

In particolare, il primo orientamento ritiene che l'azione revocatoria sia incompatibile con l'istituto della scissione.

Decorso inutilmente il termine fissato per l'opposizione, gli effetti della scissione sarebbero irretrattabili, ed ai creditori della società scissa, salvo il diritto al risarcimento del danno, rimarrebbe soltanto la facoltà di far

valere la responsabilità solidale della società beneficiaria della scissione che, ai sensi dell'art. 2506-quater, comma 3, c.c., risponderà nei limiti del patrimonio netto assegnatole. Tale assunto sembrerebbe confermato dall'opinione secondo la quale le norme sulla scissione sarebbero un "sistema chiuso", non integrabile dalle disposizioni generali. La ratio dell'irretrattabilità degli effetti della scissione sarebbe da ricercare, in questa prospettiva, nell'intenzione del legislatore della riforma di istituire un sistema basato sulla tassatività degli strumenti di tutela; e ciò a garanzia della funzione riorganizzativa riconosciuta alla scissione.

Tale ricostruzione restrittiva, propugnata dalla odierna convenuta, non convince appieno per le seguenti considerazioni.

Il primo tema di analisi si compendia nel seguente quesito: la presenza del rimedio specifico dell'opposizione esclude qualsiasi altro diverso mezzo di tutela? Così impostata la questione, non si può che convenire che solamente se vi fosse sostanziale coincidenza tra i due rimedi in esame, quello particolare dell'opposizione e quello generale della revocatoria, si potrebbe giungere alla conclusione che il legislatore, con l'introduzione del rimedio dell'opposizione, ha inteso offrire tutela omnicomprensiva, in grado di escludere il rimedio di carattere generale, a quel punto inutile. Invero, non pare corretto risolvere il conflitto tra i due rimedi attraverso una restrizione di tutela, una riduzione delle garanzie per i creditori della società protagonista della scissione. In altri termini, non avrebbe alcun senso ritenere che il legislatore abbia deliberatamente inteso ridurre l'area di tutela e di garanzia dei creditori. Non si scorgono, né nella lettera delle norme, né nella loro ratio, motivi per giungere ad una tale conclusione, per affermare cioè che l'atto di scissione societaria sia un atto eccezionalmente privilegiato in termini di tutela dei terzi rispetto ad altri atti di trasferimento di beni e valori.

In realtà, l'opposizione alla scissione prevista dagli articoli 2506 ter, comma 5, e 2503 c.c. e l'azione revocatoria sono rimedi profondamente diversi, tanto che appare difficile sostenere che il primo possa sostituire il secondo.

Anzitutto, l'opposizione impedisce la venuta in essere dell'atto pregiudizievole, mentre la revocatoria lo rende inefficace ex post. L'opposizione incide sulla validità dell'atto, mentre la revocatoria paralizza unicamente l'efficacia dell'atto di scissione relativamente a determinati soggetti.

L'opposizione mira a smantellare la società costituita a seguito della scissione, mentre la revocatoria ha lo scopo di ridefinire solamente i rapporti di preferenza tra i creditori, lasciando per il resto intatto il profilo di riorganizzazione societaria insito nell'atto di scissione.

Sotto il profilo della ratio, a differenza dell'opposizione, la revocatoria si pone come rimedio generale finalizzato a rendere inefficaci nei confronti dei creditori del fallito gli effetti degli atti lesivi della par condicio creditorum, ricostituendo in tal modo l'integrità patrimoniale del debitore compromessa dal compimento di atti pregiudizievoli anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Mentre la par condicio non pare essere il primario fondamento dell'opposizione.

L'opposizione, inoltre, prescinde dall'elemento psicologico, mentre la revocatoria richiede la sussistenza dell'elemento psicologico della conoscenza del pregiudizio arrecato al patrimonio del debitore.

Già quelli test'è descritti sono elementi che conducono a rifiutare l'idea di una esatta sovrapposizione tra i due rimedi e della conseguente inutilità della revocatoria in caso di scissione societaria.

Tuttavia, ad essi va aggiunta una decisiva considerazione in tema di legittimazione attiva.

L'opposizione ex art. 2503 c.c. può essere promossa unicamente dai creditori esistenti al momento della scissione. I creditori successivi alla scissione, quindi, non possono utilizzare lo strumento di tutela specifico in caso di scissione, in quanto, ovviamente, essi mai potrebbero rispettare il termine di sessanta giorni previsto dalla norma. Inoltre, anche i creditori anteriori alla scissione potrebbero subire una limitazione di tutela nell'ipotesi in cui il danno loro provocato dalla scissione si renda visibile in epoca successiva alla scadenza del termine perentorio per la presentazione dell'opposizione .

In buona sostanza, assumendo la perfetta sovrapposibilità tra i due rimedi, a vantaggio esclusivo dell'opposizione, si determinerebbe una decisa restrizione dell'area di tutela dei creditori. Quest'ultimi avrebbero la sola via d'uscita dell'azione risarcitoria, la quale, peraltro, spetta a qualsiasi soggetto che ritiene di aver subito un danno da un atto o fatto illecito.

Ora, ci si deve interrogare su quale possa essere il motivo, la ragione per la quale, solamente in caso di scissione societaria, e non in caso di altri atti traslativi e potenzialmente pregiudizievoli, i creditori successivi all'atto, e nel caso alla scissione, e quelli con danno manifestatosi dopo la scissione godano di una tutela limitata al risarcimento del danno, rispetto ai creditori ante scissione e a tutti i creditori in caso di atti diversi dalla scissione.

In realtà, un motivo ragionevole di una tale discriminazione non pare sussistere. Né può essere individuato nelle finalità di riorganizzazione societaria tipiche della scissione, le quali non gradirebbero situazioni di incertezza giuridica prolungate nel tempo, tanto che il legislatore, appunto, in ragione di ciò avrebbe imposto il termine perentorio per l'opposizione.

A presidio delle esigenze di certezza e stabilità connesse alle operazioni di scissione vi è, peraltro, la disposizione di cui all'art. 2504 quater c.c., applicabile agli atti di scissione ex art. 2506 ter c.c., la quale recita: "Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione." Ne

deriva che preclusa per esigenze di stabilità organizzativa è la sola azione diretta a mettere in discussione la validità dell'atto di scissione. Ma un'azione revocatoria, diretta ad incidere unicamente sull'efficacia relativa dell'atto, è cosa ben diversa, è azione che non mina l'esistenza e la validità della scissione. L'atto di scissione, anche se attinto da un'azione revocatoria, rimane esistente, valido e non scompare dal mondo giuridico.

Produce i propri effetti, ad eccezione di quelli posti nel nulla dall'eventuale accoglimento dell'azione revocatoria. L'atto di riorganizzazione societaria, in sé, è fatto salvo, anche se i diversi rapporti di preferenza tra creditori, conseguenti all'accoglimento dell'azione revocatoria, possono determinare spostamenti patrimoniali.

E a ben vedere, seppure con le ovvie palesi differenze di natura e di struttura, anche l'azione risarcitoria, a disposizione dei creditori ex art. 2504 quater c.c., finisce per provocare spostamenti patrimoniali. È vero che tale ultima azione, a differenza di quella revocatoria, non aggredisce in alcun modo l'atto, neppure sotto il profilo dell'efficacia, ma se si guardano gli effetti finali e concreti, si può comprendere come il tema della revocatoria sia estraneo a quello della stabilità dell'organizzazione societaria.

Ancora, sempre avuto riguardo ai profili organizzativi connessi alla scissione, giudicati dai sostenitori della tesi restrittiva un ostacolo all'ammissibilità dell'azione revocatoria, vanno condivise le osservazioni contenute nella sentenza del Tribunale Catania 9 maggio 2012:

“Sulla scorta della sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, n. 637 dell'11 gennaio-8 febbraio 2006 che si riferisce alla fusione, ma le cui conclusioni sono logicamente estensibili alla scissione, quest'ultima va inquadrata come una vicenda modificativa - evolutiva che determina una successione della beneficiaria nel complesso dei rapporti giuridici facenti capo alla scissa.

Tuttavia - come è stato condivisibilmente sostenuto in Dottrina nel caso in cui il rapporto di cambio fra la società scissa e le beneficiarie sia stato strutturato in modo non bilanciato, l'operazione può essere fatta rientrare nel campo dei negozi a prestazioni non eque e, quindi, revocabili. Questa considerazione, come ancora osservato in Dottrina, viene rafforzata partendo dall'analisi dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., secondo cui il creditore può chiedere che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio, con i quali il debitore rechi pregiudizio delle sue ragioni. Se si considera che detta concezione di atto revocabile, operando un “riferimento ad atti dispositivi del patrimonio e non, invece, di beni, è idonea a ricomprendere non solo gli atti traslativi in senso civilistico, bensì ogni atto idoneo a rendere incapiante il patrimonio del debitore”, ne consegue che “non sembrano sussistere ostacoli esegetici all'assoggettabilità a revocatoria anche di atti di tipo organizzatorio, cui si riconnettono modificazioni giuridiche di elementi patrimoniali”.

Se, dunque, non vi sono motivi, neppure di stampo teleologico, per trattare i creditori in caso di scissione in modo differente, si deve necessariamente concludere che i due rimedi in esame sono differenti, perché rispondono ad esigenze differenti e mirano a tutelare aree soggettive non del tutto combacianti.

Se non bastasse tale conclusione, occorre osservare che escludere la revocabilità della scissione significa, in buona sostanza, adottare una interpretazione delle norme di riferimento (artt. 2503, 2504 quater e 2506 ter) non costituzionalmente orientata in quanto potenzialmente foriera di una ingiustificata disparità di trattamento.

Quindi, se non ci si convincesse della profonda eterogeneità dei due rimedi, si dovrebbe ugualmente pervenire alla ammissibilità dell'azione revocatoria di un atto di scissione per la via di una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame.

Ma a finale riscontro delle precedenti argomentazioni vi è un dato per così dire testuale, in parte già oggetto di precedente cenno.

L'art. 2504 quater c.c., applicabile, come detto, alla scissione in forza del richiamo espresso contenuto nell'art. 2506 ter c.c., vieta le azioni di invalidità dell'atto di scissione una volta scaduto il termine per l'opposizione.

Ma la norma non vieta altre azioni, ad esempio non vieta le azioni, come la revocatoria, dirette ad incidere sulla mera efficacia dell'atto. Ora, non vi è chi non veda come il legislatore se avesse voluto estendere il divieto ad altre azioni, lo avrebbe indicato in modo esplicito: ma significativamente non lo ha fatto. E ciò perché, come detto, la preoccupazione era quella di garantire la stabilità dell'atto, sotto il profilo della sua esistenza e della sua validità. E la revocatoria non produce alcun effetto sotto tali profili. Se, ancora una volta, il legislatore avesse inteso conservare l'atto anche sotto il profilo della sua efficacia relativa, ossia relativamente a determinati soggetti, allora avrebbe vietato anche le azioni incidenti sugli effetti della scissione: ma ciò non è avvenuto.

È vero che il secondo comma, tra le azioni disponibili, elenca la sola azione risarcitoria, e non anche altre azioni del tipo revocatoria, ma è altrettanto vero che, come ricordato, trattasi di azione generale e residuale che non intacca in alcun modo l'atto, neppure l'efficacia dello stesso, con la conseguenza che da tale comma non può trarsi la convinzione della avvenuta esclusione pure della revocatoria. A ben vedere, il secondo comma o trova ragione d'essere nell'esigenza di bilanciare la mancata possibilità di esercitare le azioni d'invalidità stabilite nel primo comma ovvero, altrimenti, esso finisce per essere quasi pleonastico.

L'articolo in esame, semplicemente, vieta le sole azioni volte a far dichiarare l'invalidità della scissione e conferma la possibilità di ricorrere all'azione risarcitoria, e null'altro.

Il dato ermeneutico letterale depone, dunque, per quell'interpretazione estensiva fatta propria dal fallimento convenuto.

Molteplici sono gli argomenti utilizzati da coloro che sostengono la tesi restrittiva. Ma essi non paiono insuperabili.

E allora, va osservato, al contrario, che la "irretrattabilità" degli effetti della scissione non esclude la revocabilità: la revocatoria della scissione non cancella il complesso degli effetti organizzativi derivanti dall'operazione, ma si limita a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società figlia.

Ancora, la responsabilità solidale imposta alle società risultanti dalla scissione per i debiti della società scissa anteriori all'operazione non preclude la domanda di revoca, posto che, come rilevato, rimangono esclusi dalla tutela i creditori successivi. Né si può ragionevolmente sostenere che i creditori della società scissa possano godere di differenti strumenti di tutela a seconda che si tratti di creditori anteriori o posteriori all'atto di scissione: la revocatoria della scissione o è ammissibile o non è ammissibile.

Neppure decisivo appare l'argomento fondato sull'introduzione del termine perentorio ex art. 2503 c.c.: chi - assumendo di essere creditore della società scissa agisce nei confronti di una scissione societaria utilizzando lo strumento dell'azione revocatoria, avrebbe dovuto, a pena di decadenza, opporsi alla scissione ex art. 2503 c.c. nel termine di 60 giorni, decorrenti dal deposito della deliberazione di scissione presso il competente Registro delle Imprese. Come abbiamo cercato di dimostrare i due rimedi sono differenti e possono coesistere. Il termine perentorio è lì solamente per l'opposizione.

Né, adottando l'interpretazione estensiva, la previsione del citato articolo 2503 verrebbe svuotata di qualsiasi contenuto, per divenire praticamente inutiliter data, dal momento che - a vantaggio dei creditori di una società - troverebbe applicazione sempre e comunque la disciplina generale (ad es. quella dettata dall'art. 2901 c.c., invocata da controparte) a fronte di quella speciale (art. 2503 c.c.), dettata dal legislatore in siffatta materia.

Al contrario, se la scissione è viziata per ragioni di forma il creditore ha l'onere di far valere l'invalidità attraverso lo speciale rimedio dell'opposizione, nel rispetto del termine decadenziale previsto dalla legge. Egli non potrebbe utilizzare una ordinaria azione di nullità, né potrebbe far valere l'opposizione, o altra azione, oltre il termine di 60 giorni dal deposito della delibera. Questa è l'utilità della previsione in esame, la quale viene conservata anche se si ammette la possibilità di esercitare l'azione revocatoria.

Si potrebbe, per ipotesi, anche eventualmente concedere che il pregiudizio sotteso alla norma in esame si riferisca pure alla lesione della garanzia patrimoniale generica e all'insufficienza patrimoniale della società scissa, e che esso altro non sia che il rischio per il creditore del venir meno, o dell'affievolirsi, delle possibilità di recupero del suo credito, con la conseguenza che l'opposizione andrebbe inquadrata nella

più ampia categoria dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica.

Ciononostante, tale lesione non rappresenta, contrariamente a quanto accade per la revocatoria, l'unico, né il primario, valore tutelato e rimangono, comunque, quelle sostanziali altre differenze tra i due rimedi sopra messe in evidenza.

E poi, in ogni caso, nel mentre l'opposizione è un mezzo di difesa singolare, l'azione revocatoria fallimentare è funzionale ad una vigilanza collettiva, quindi riguardante l'insieme dei creditori concorsuali.

Infine, se si guarda alla struttura dell'atto di scissione, si notano ulteriori riscontri della ammissibilità dell'azione revocatoria.

L'atto di scissione, pur connotato da finalità prevalentemente riorganizzative, comporta indirettamente un effetto traslativo di beni e può, quindi, essere qualificato quale "atto a titolo oneroso" ai fini dell'art. 2901 c.c.

La società beneficiaria - in quanto soggetto giuridico di nuova costituzione - può essere considerato a tutti gli effetti quale "soggetto terzo" rispetto alla società scissa.

Così come, del resto, va pure osservato che il curatore fallimentare è soggetto terzo sia rispetto alla società scissa, sia rispetto ai creditori sociali uti singuli considerati e che lo stesso non avrebbe potuto giovare dello strumento dell'opposizione.

Quanto alla scissione per cui è causa, essa è stata realizzata, come si dirà meglio, in maniera tale da determinare una frammentazione del patrimonio aziendale della società scissa tale da arricchire la società beneficiaria di nuova costituzione a discapito della società scissa medesima (evidentemente svuotata in parte dei propri beni e poi destinata al fallimento), con conseguente integrazione del requisito della "non proporzionalità" tra prestazioni eseguite e obbligazioni assunte dal soggetto fallito ex art. 67, primo comma, n. 1, c.c. (argomento comunque utile anche ai fini dell'esperibilità dell'azione ex art. 2901 c.c.).

E invero, in linea generale, si può ben individuare un danno per i creditori della società scissa nella frammentazione dei beni, laddove le componenti di un'azienda vengano attribuite a differenti società, con la conseguenza che la scissione finisce fatalmente per abbassare il valore di liquidazione dei patrimoni affidati alle società in sé considerate: i beni rimangono esattamente gli stessi, sia pure se distribuiti fra più società. Laddove si verificasse l'insolvenza di una (o più) società interessate all'operazione, il creditore troverebbe fortemente diminuita (se non annullata) la propria garanzia patrimoniale.

Ricorrono, in conclusione, tutti i presupposti per dichiarare ammissibile la proposta azione revocatoria.

Venendo al merito della pretesa, vanno riconosciuti sussistenti nel caso di specie sia la scientia fraudis che l'eventus damni.

Prima di analizzare tali elementi, va detto che vi è ampia prova del credito fatto valere dal fallimento. Dai doc. n. 4 e 5 risultano passività per complessivi Euro 5.412.252,23, e del resto la convenuta ha contestato solo parzialmente il credito.

Quanto al primo dei predetti elementi, è del tutto evidente che le protagoniste dell'atto di scissione erano pienamente consapevoli, come dimostrato dai dati esposti in sede di delibera e poi di atto notarile, dell'esistenza di rilevanti esposizioni debitorie e del pregiudizio arrecato ai creditori della società poi fallita. Inoltre, è pacifico che la compagine delle due società nate a seguito della scissione è sostanzialmente la medesima. Di fronte a tali risultanze, la convenuta non ha allegato alcun elemento dal quale trarre una convinzione contraria.

Per quanto concerne il danno, ricordato che il requisito sussiste anche qualora l'atto "renda più incerta o difficoltosa la realizzazione del credito" (cfr. Cass. n. 2651 del 2013), va osservato che la parte attrice ha sostenuto che, in conseguenza della scissione, si sarebbe determinato il trasferimento di attività nettamente superiori alle passività, producendo un arricchimento della nuova società a discapito della scissa, che svuotata in parte dei suoi beni sarebbe poi stata dichiarata fallita.

Ora, stando a quanto emerge dall'atto di scissione, l'operazione ha determinato il trasferimento in capo alla nuova società, qui convenuta, di un complesso di immobili valutati complessivamente per Euro 5.451.676,00, a fronte di un trasferimento di passività per soli complessivi Euro 3.239.962,00.

Questi sono di dati contabili che emergono indiscutibilmente dall'atto di scissione, e solamente sulla base di questi dati va giudicata la sussistenza del requisiti in esame, a nulla rilevando le eventuali successive fluttuazioni dei valori di mercato del complesso immobiliare trasferito.

L'operazione di scissione, nel momento della sua realizzazione, ha esposto un trasferimento di attivo nella nuova società nettamente superiore al passivo trasferito. E, quindi, si deve escludere che la scissione sia stata neutra, nel senso che, come sostenuto dalla convenuta, nell'ambito del rapporto tra le due società il patrimonio trasferito sarebbe rimasto immutato.

La convenuta non ha offerto alcun elemento di prova dal quale trarre la predetta ultima conclusione. Né può essere considerato tale il solo bilancio della nuova società al 25.5.2010. Nel caso che ci occupa, di fronte alle emergenze contabili sopra indicate, i soli dati provenienti dalla stessa convenuta non possono rappresentare prova sufficiente per escludere il danno.

Neppure possiede rilievo decisivo ai fini voluti dalla convenuta il fatto che alcuni debiti di maggiore consistenza nei confronti del sistema bancario siano stati trasferiti alla nuova società. Invero, ciò che conta è il fatto che,

stando ai bilanci della società poi fallita, nel 2010 le rimanenze (patrimonio immobiliare) si sono ridotte di ben 7.069.040,00, con la relativa riduzione dell'attivo, di fronte ad una decisa minore riduzione dell'indebitamento.

A ciò si aggiunga che ai fini della revocatoria, rispetto all'opposizione, vengono tutelati anche i crediti sorti dopo la scissione e che proprio i creditori più rilevanti trasferiti alla nuova società hanno comunque presentato domanda di insinuazione al passivo della società fallita.

Pertanto, la domanda va accolta e, per l'effetto, l'atto di scissione 11.5.2010 rep. (...) notaio A.C. di Venezia Mestre, in virtù del quale sono stati assegnati alla società qui convenuta tutti gli elementi patrimoniali descritti nel verbale n. 36918 del repertorio del predetto notaio e riportati nelle conclusioni dell'atto di citazione 21.5.2014, va dichiarato inefficace ex art. 2901 c.c. nei confronti della curatela fallimentare attrice.

Considerate l'assenza di pronunzie di legittimità in ordine alla questione preliminare e la presenza, per il resto, di un contrasto giurisprudenziale di merito, oltre che dottrinale, le spese vanno compensate.

P.Q.M.

1) accoglie la domanda e, per l'effetto, dichiara inefficace ex art. 2901 c.c. nei confronti della curatela fallimentare attrice l'atto di scissione ...