



IL TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

Sezione Fallimentare Ufficio di Milano

riunito in camera di Consiglio nelle persone dei sigg.ri:

dott. Caterina Macchi	Presidente
dott. Francesca Mammone	Giudice
dott. Filippo D'Aquino	Giudice Rel.

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

Nel procedimento per la dichiarazione di fallimento iscritto al n. 1899 /2016 promosso da:

IL CASO.it
nei confronti di
-RICORRENTI-

-RESISTENTE-

Il tribunale, letti gli atti, i documenti e le informative allegati, udita la relazione del dr. Filippo D'Aquino, giudice incaricato dell'istruttoria, osserva quanto segue.

I - I ricorrenti si affermano creditori di
in virtù di verbali di conciliazione, nonché della ulteriore documentazione allegata (cedolini e carteggio via @mail). I ricorrenti hanno notificato alla resistente – omessa la notificazione a mezzo PEC – ricorso e decreto in data 3.11.2016 nelle forme dell'art. 15 l. fall. a mani di
legale rappresentante della società resistente, nonché legale rappresentante del socio accomandatario SRL. Pur non essendo state notificate due copie alla società resistente e al socio, la notifica del ricorso e del pedissequo decreto rendono edotto il resistente, nonché il suo socio illimitatamente responsabile, in persona del medesimo legale rappresentante, della pendenza del procedimento ove nel ricorso sia chiara la evocazione del socio in giudizio in qualità di socio illimitatamente responsabile.

Il resistente, nel costituirsi in giudizio all'udienza del 23.11.2016, ha dato atto di come la società resistente in data 11.11.2016 si sia fusa per incorporazione in SRL.

Deduce parte resistente che i requisiti di fallibilità debbano essere accertati non nei confronti della società incorporata, bensì nei confronti dell'incorporante. Nel corso dell'udienza parte ricorrente ha chiesto, oltre al fallimento della resistente incorporata, anche la dichiarazione di fallimento nei confronti della società incorporante, tale dovendosi ritenere la richiesta di "estensione" del fallimento nei confronti della società incorporante a seguito della fusione.

2 - La questione o meglio le questioni che si pongono nel presente procedimento sono:

a) se debba ritenersi correttamente incardinato il contraddittorio;
b) quale sia il soggetto effettivo debitore nei cui confronti accertare i requisiti per l'assoggettamento a fallimento, nella specie la società incorporata ovvero, a seguito della fusione, l'incorporante;

c) se, in caso di dichiarazione di fallimento della incorporante, continui a rispondere il socio illimitatamente responsabile anche in caso di fusione eterogenea.

Quanto alla prima questione, preliminarmente si rileva che il procedimento è stato incardinato dai ricorrenti nei confronti di S.A.S. S.R.L. in data 3.11.2016, con ricorso notificato al legale rappresentante della società e, per esso, al legale rappresentante del socio accomandatario. La fusione della resistente in SRL, iscritta in data 11.11.2016 è, pertanto, divenuta opponibile ai terzi e ai creditori istanti in epoca successiva alla notificazione del ricorso. Su tale aspetto si tornerà successivamente, essendo dirimente la questione circa la natura della società incorporata a seguito della fusione.

3 - Complessa è la questione che riguarda il soggetto effettivamente debitore degli odierni ricorrenti, nei cui confronti accertare i requisiti di assoggettamento a fallimento.

3.1 - Sotto il vigore della precedente disciplina societaria era opinione diffusa quella secondo cui la fusione operava alla stregua di un fenomeno successorio, nel senso che la società risultante dalla fusione succedeva universalmente nei rapporti giuridici facenti capo alle società incorporate o preesistenti e, a loro volta, le società incorporate si estinguevano. Questa impostazione era fondata sul disposto dell'art. 2504-bis c.c. abrogato, secondo il quale "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte".

Questa impostazione, condivisa dalla giurisprudenza prevalente, aveva una immediata ricaduta sul procedimento per la dichiarazione di fallimento della società incorporata, il quale veniva assimilato al procedimento per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto a termini dell'art. 11 L.F., che poteva intervenire entro un anno dalla fusione e dalla estinzione ("morte") della società debitrice. Secondo tale ipotesi ricostruttiva, era irrilevante che i debiti fossero stati assunti dalla società incorporante, che la fusione non fosse stata contrastata dai creditori e che fosse mancata qualsiasi richiesta di pagamento rivolta dai creditori dell'incorporata alla società incorporante (Cass., Sez. I, 1° febbraio 2007, n. 2210). Si trattava di una opinione dominante se non pacifica nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale era legittimato all'audizione ex art. 15 L.F. il solo legale rappresentante della società incorporata o comunque estinta (Cass., Sez. I, 27 settembre 2006, n. 21016), con equiparazione del fenomeno "estintivo" conseguente alla fusione al fenomeno successorio delle persone fisiche (Cass., Sez. I, 19 giugno 1996, n. 5679).

Tale opinione (peraltro controversa in dottrina) era stata e icasticamente etichettata da autorevole dottrina come una sorta di "teoria antropomorfa delle persone giuridiche", per effetto della quale alle persone giuridiche si estendevano gli istituti propri delle persone fisiche, senza tenere conto delle peculiarità degli enti personificati.

Peraltro, si notava come la dichiarazione di fallimento del defunto avesse lo scopo di ottenere sia la separazione della massa dei creditori del *de cuius* dai creditori dell'erede, sia la cessazione degli effetti della separazione dei beni del defunto (artt. 512 e ss. c.c.), che giovava ai soli creditori separatisti e non alla massa dei creditori e riguardava i soli beni oggetto della separazione. Diversamente, lo scopo di tenere separate le masse dei creditori in caso di fusione (della società incorporata e della società incorporante, con i correlativi debiti delle altre società facenti parte della fusione) era da ricondurre al diverso istituto della opposizione alla fusione, non anche alla dichiarazione di fallimento.

3.2 - La predetta impostazione pare superata alla luce della attuale formulazione dell'art. 2504-bis c.c., che prevede che "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". La norma attuale, secondo la maggioranza della dottrina, risulta innovativa rispetto alla precedente sotto un duplice profilo.

In primo luogo non vi è più alcun riferimento alle “società estinte”, ma alle sole “società partecipanti alla fusione”, il che lascia ritenere che le società fuse non si estinguano ma proseguano la propria attività, pur con le conseguenti modificazioni organizzative e statutarie, conservando pertanto la loro identità con un nuovo assetto organizzativo.

In secondo luogo la norma pone l'accento sulla prosecuzione dei “rapporti” delle (redive) società “partecipanti alla fusione”, ponendo l'accento non solo sulla sopravvivenza organizzativa e statutaria, ma anche sulla sopravvivenza e prosecuzione dei rapporti giuridici. Per questo l'opinione prevalente in dottrina è nel senso che la fusione attua effetti meramente evolutivi o modificativi del soggetto giuridico, escludendo l'effetto estintivo della fusione per le società partecipanti o incorporate dalla fusione, sia con sopravvivenza dell'assetto organizzativo, sia con sopravvivenza di quello negoziale. La fusione si riduce, pertanto, a una modificazione dell'atto costitutivo, con conseguenti reciproche modificazioni statutarie e organizzative delle società partecipanti alla fusione, assimilabile a una mera trasformazione del soggetto giuridico, fenomeno incompatibile (e opposto) rispetto a quello dell'estinzione giuridica.

Questa opinione è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità prevalente (non univoca: Cass., Sez. I, 19 maggio 2011, n. 11059), la quale ritiene che la fusione non attui un fenomeno estintivo-successorio, ma meramente modificativo dell'ente societario (Cass. Sez. Un., Ord. 8 febbraio 2006, n. 2637), non applicandosi l'istituto dell'interruzione del processo (Cass., Sez. Un., 14 settembre 2010, n. 19509; Cass., Sez. Un., 17 settembre 2010, n. 19698), nonché con prosecuzione dei rapporti sostanziali (Cass., Sez. II, 27 aprile 2016, n. 8430; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27762) e processuali (Cass., Sez. VI - 5, Ord. 18 novembre 2014, n. 24498; Cass. Sez. Lav., 16 settembre 2016, n. 18188).

3.3 - Tale impostazione è stata condivisa da un recente arresto della Suprema Corte, secondo cui ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio ex art. 15 l.fall., il ricorso per la dichiarazione di fallimento di una società già incorporata per fusione ed il relativo decreto di convocazione vanno notificati all'ente incorporante, che, ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., assume i diritti e gli obblighi della prima e ne prosegue tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, pur conservando la suddetta società la propria identità per l'eventuale dichiarazione di fallimento (Cass., Sez. I, 11 agosto 2016, n. 17050).

La Suprema Corte non ha *ex professo* affrontato la questione di chi sia il soggetto effettivamente assoggettabile a fallimento (se l'incorporante o l'incorporata), essendosi arrestata alla preliminare questione della non corretta incardinazione del contraddittorio, avvenuta nel caso di specie solo nei confronti dell'incorporata e non dell'incorporante, causa il fatto che la fusione si era verificata prima dell'inizio del procedimento prefallimentare. Tuttavia in detto arresto la Suprema Corte ha motivatamente superato la posizione assunta da Cass. n. 2210/07, cit., rilevando come tale precedente riguardava un caso al quale era applicata la disciplina sostanziale abrogata, nonché dando rilievo alla tesi della natura evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico “che conserva la propria identità pur in nuovo assetto organizzativo”, così differenziando il fenomeno della dichiarazione di fallimento dell'incorporata dalla successione *mortis causa*. Sicché deve ritenersi affermato il principio secondo cui è nei confronti della società incorporante che vanno fatti valere i diritti dei creditori della incorporata, superandosi, così, definitivamente la cd. “teoria antropomorfa delle persone giuridiche” e l'analogia con l'art. 11 L.F.

3.4 - Questa soluzione appare condivisibile anche per ulteriori ragioni.

Il fenomeno del “fallimento dell'incorporata” è del tutto differente dal fallimento dell'imprenditore defunto, in quanto quest'ultimo, come osservatosi, ha la funzione di tutelare la massa dei creditori del *de cuius* sia dai creditori dell'erede, sia dai creditori separatisti ex art. 512 c.c., laddove nel diritto societario tale funzione è demandata al diverso istituto della opposizione alla fusione. Operata e divenuta opponibile la fusione, tale confusione deve ritenersi definitiva e irreversibile, per cui la dichiarazione di fallimento non potrebbe avere come scopo la separazione della massa dell'incorporata, non potendo ripristinare *ex post* lo *status quo ante* la fusione.

In secondo luogo il fallimento dell'incorporata (senza instaurazione di alcun contraddittorio con la società incorporante) comporterebbe il fallimento del solo patrimonio conferito nella società incorporata, senza assoggettamento a fallimento della società incorporante, con una conseguente (e tardiva) separazione patrimoniale del patrimonio dell'incorporata da quello dell'incorporante. Con conseguente ammissione al passivo dei soli creditori dell'incorporata e non dell'incorporante e acquisizione all'attivo del solo patrimonio di conferimento dell'incorporata nell'incorporante; conseguentemente, la sopravvivenza della società incorporante comporterebbe la sopravvivenza dell'ente commerciale derivante dalla fusione (incorporante) e dei relativi organi.

Il che, a sua volta, appare distonico oltre che con la finalità del fallimento (assoggettare a concorso tutti i creditori), con la disciplina specifica del fallimento dei patrimoni destinati (artt. 155, 156 L.F.), la quale prevede (al contrario) non il fallimento del patrimonio separato ma il fallimento della società nel suo complesso (in questo caso, *mutatis mutandis*, la incorporante) e non il fallimento del patrimonio separato ma la sua liquidazione.

4 - Fatte tali premesse, si passa all'esame del merito.

Va dichiarata la corretta incardinazione del contraddittorio. Per quanto non sia stato incardinato il contraddittorio nei confronti della società incorporante, la mera modificazione del soggetto passivo del rapporto obbligatorio non comporta alcuna interruzione o necessità di rinnovazione incardinazione del contraddittorio nei confronti dell'incorporante, posto che nel caso di specie il ricorso è stato notificato alla società incorporata prima dell'intervenuta pubblicazione del progetto di fusione. Anche in assenza dell'applicazione dell'art. 11 L.F., la modificazione del soggetto giuridico, in quanto avvenuta in corso di procedimento comporta la prosecuzione del procedimento nei confronti del soggetto che ne prosegue i rapporti sostanziali e processuali.

Va, invece, rigettata, la domanda di fallimento nei confronti della società incorporata, posto che il venir meno della assimilazione della fusione societaria all'imprenditore defunto ne preclude la autonoma dichiarazione di fallimento, posto che i requisiti di fallibilità vanno accertati in relazione alla società incorporante, come dedotto da parte resistente.

Può essere esaminata la domanda di fallimento proposta nei confronti dell'incorporante, stante il fatto che la incorporante ha proseguito i rapporti della società incorporata e il procedimento, in quanto incardinato in corso di fusione, è ad essa opponibile per effetto della *perpetuatio iudicii*, avendo il ricorrente notificato ricorso e decreto prima della avvenuta iscrizione presso il Registro delle Imprese della fusione.

Tuttavia parte ricorrente ha semplicemente addotto la sussistenza di verbali di conciliazione e buste paga emesse dalla incorporata, senza alcuna prova di solvibilità della resistente a seguito della fusione per incorporazione. Né sono stati sollecitati ulteriori e doverosi approfondimenti istruttori nei confronti della società incorporante. Il che appare dirimente, posto che vantare un credito nei confronti di una società incorporata non è sufficiente a determinare il fallimento della società incorporante, dovendosi l'insolvenza valutare in relazione alla solvibilità della società incorporante.

Non è, pertanto, stata provata la sussistenza dello stato di insolvenza della società incorporante.

Anche la domanda di fallimento della società incorporante va, pertanto, rigettata.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese, attesa la novità della questione, nonché l'emersione di circostanze verificatesi successivamente all'incardinazione del contraddittorio.

P. Q. M.

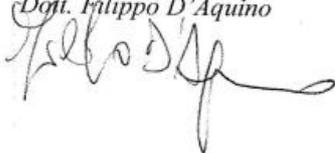
Il tribunale, visti gli artt. 5, 22 l.f., così provvede:

1. rigetta il ricorso nei confronti di

2. dichiara le spese integralmente compensate tra le parti.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 24.11.2016.

Dott. Filippo D'Aquino



Il Presidente

Dott. Caterina Macchi

