

*Fusione e incorporazione, trasferimento della sede
e applicazione dell'articolo 9 L.F.*

Cassazione civile, 1 aprile 2010, n. 8056. Presidente Salmè.
Relatore Zanichelli.

**Dichiarazione di fallimento - Trasferimento della sede -
Trasferimento quale effetto di fusione o incorporazione -
Volontà elusiva - Applicazione dell'articolo 9 L.F.**

La regola, contenuta nell'articolo 9 L.F., della irrilevanza del trasferimento della sede dell'impresa che abbia avuto luogo nell'anno anteriore alla richiesta di fallimento non può essere applicato ad ogni decisione societaria che comporti lo spostamento della sede dell'impresa, come nel caso degli atti di fusione o di incorporazione. Tuttavia, la citata disposizione deve essere applicata quando la fusione o l'incorporazione mascherino, in realtà, la volontà di elusione della norma e quindi il trasferimento della sede non sia un mero effetto di scelte di carattere sostanziale ma lo scopo reale dell'operazione.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

omissis

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Napoli con sentenza depositata il 3 luglio 2008 ha declinato la propria competenza a conoscere della procedura relativa all'istanza di fallimento in epigrafe in favore del Tribunale di Orvieto il quale ha sollevato conflitto ritenendo competente il giudice originariamente adito.

Motivi della decisione

Il Tribunale di Orvieto, nel cui circondario aveva la sede la Due Ti Maglia s.r.l., nega la propria competenza a conoscere della procedura fallimentare relativa alla predetta società in base alla considerazione che la stessa è stata oggetto di fusione mediante incorporazione con atto del 5 giugno 2008 da parte della Euroconf s.r.l. con sede in (OMISSIS), a sua volta incorporata con atto del 20 luglio 2008 nella Orvieto s.r.l., sempre con sede in (OMISSIS).

La L. Fall., art. 9, come riformulato in esito alla riforma operata col D.Lgs. n. 5 del 2006, prevede, ai fini della competenza territoriale, l'irrilevanza del trasferimento dell'impresa nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, cristallizzando per tale spazio temporale e per quanto attiene alla localizzazione la vicenda societaria escludendo quindi in radice ogni discussione in ordine all'effettività dell'avvenuto trasferimento.

La richiamata disciplina, applicabile sul presupposto della coincidenza della sede legale con quella effettiva al momento del trasferimento (nella specie non contestato), è volta sia ad evitare eccessive difficoltà per i creditori che potrebbero essere costretti ad "inseguire" la società nei suoi

spostamenti sia a scoraggiare il forum shopping nell'immediatezza della procedura per il fallimento e valorizza la competenza del tribunale nel cui circondario è insorto lo stato di insolvenza e dove presumibilmente sono insorti i rapporti, attivi e passivi e si trovano i beni che rilevano nel successivo fallimento.

Ritiene tuttavia il Collegio che la ratio della norma non consenta di applicare sic et simpliciter il principio della irrilevanza di ogni decisione societaria che comunque comporti uno spostamento della sede e quindi anche degli atti di fusione o incorporazione in quanto in tali casi la modifica della localizzazione non costituisce normalmente la finalità dell'operazione ma la conseguenza necessitata ed eventuale di scelte economiche discrezionali.

Ma se la esclusione dall'ambito di operatività della regola dettata dall'art. 9, degli atti societari che hanno come effetto indiretto lo spostamento della sede si giustifica con il carattere eccezionale della norma e con la necessità di dare prevalenza al contenuto sostanziale e allo scopo effettivo degli atti stessi la disposizione è invece pienamente applicabile allorquando la fusione o l'incorporazione mascherino, in realtà, la volontà di eludere la medesima e quindi il trasferimento della sede non sia un mero effetto ma lo scopo reale. Nè varrebbe obiettare che la trasformazione dell'ente debitore comporta il rischio del fallimento di un ente totalmente diverso, estraneo all'attività del primo e dotato di un autonomo patrimonio dal momento che, come ha già evidenziato la giurisprudenza della Corte, "La fusione per incorporazione di una società in un'altra, alla stregua di quanto dispone il novellato art. 2504 bis c.c., comma 1, non è causa d'interruzione del processo del quale quella società sia parte, trattandosi di un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Cassazione civile, sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637) e il patrimonio del nuovo ente altro non è che il risultato dell'integrazione di quello del debitore con gli elementi attivi e passivi di altro soggetto.

Valutando la fattispecie alla luce degli evidenziati principi non può che rilevarsi l'evidente strumentante degli atti di incorporazione e l'assenza di ogni ipotizzabile finalità rinvenibile nella normale dinamica economica dal momento che il primo atto di incorporazione è stato posto in essere il 5 giugno 2008, e quindi nei giorni immediatamente precedenti alla deliberazione del tribunale sulle istanze di fallimento (avvenuta il 18 giugno) e il secondo addirittura il 20 luglio 2008 e quindi dopo l'udienza in Camera di consiglio e prima del deposito della sentenza di fallimento (3 novembre 2008). Se così è, è evidente che gli atti societari di fusione per incorporazione e, in particolare, quello del 5 giugno, mascherano in realtà l'intento di allontanare l'impresa dal luogo dove aveva operato nel periodo precedente il giudizio sull'insolvenza ponendosi in contrasto con le finalità della L. Fall., art. 9. Ne consegue la valutazione del trasferimento di sede non già come effetto secondario della fusione ma come atto autonomamente rilevante ai fini del giudizio sulla competenza che resta radicata dove era la sede principale nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento senza che possa essere dato rilievo, per il richiamato principio della cristallizzazione delle vicende societarie

quanto alla localizzazione della sede, all'eventuale effettivo spostamento come conseguenza della incorporazione.

Il conflitto deve dunque essere risolto con la conferma della competenza del Tribunale di Orvieto.

Non si deve provvedere in ordine alle spese in difetto di attività difensiva dei privati.

P.Q.M.

La Corte dichiara la competenza del Tribunale di Orvieto a conoscere delle istanze di fallimento della Due Ti Maglia s.r.l..

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2010.

Depositato in Cancelleria il 1 aprile 2010