

Cassazione civile sez. I, 11 maggio 2007, n. 10879

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

S.S. conveniva in giudizio la Gestione GA. s.r.l., in persona dell'amministratore unico D.G., C.G. nella qualità di liquidatore della Gestione GA. s.p.a., G.G.R., R.G., GU.Re.Gi. e D.M.P.. Esponeva che il 24.7.1989 la Gestione GA. s.p.a. era stata trasformata, previa delibera dell'assemblea straordinaria, in società a responsabilità limitata, con rinuncia dei soci G. e G. al diritto di opzione sulle nuove quote corrispondenti al capitale sociale, aumentato da L. 1.000 a L. 20.000.000, il cui acquisto era stato sottoscritto da D.G.. La S. vantava ingenti crediti nei confronti del figlio G. G.R. e di GU.Re.Gi., garantite dalle azioni della Gestione Ga. s.p.a., di cui i debitori erano titolari. La società era proprietaria di immobili per il valore di diversi miliardi di lire, sicchè le quote societarie costituivano consistente garanzia. Sosteneva l'attrice che i soci sia della vecchia società che di quella risultante dalla trasformazione erano a conoscenza del pignoramento immobiliare e dell'ipoteca giudiziale gravanti sulle attività della Gestione GA. s.p.a, a garanzia dei suoi crediti. Lamentando che la trasformazione era stata compiuta al solo fine di pregiudicare le sue ragioni creditorie, chiedeva che si dichiarasse la simulazione assoluta dell'atto di trasformazione e, in subordine, che se ne dichiarasse l'inefficacia ex art. 2901 c.c..

I convenuti rimanevano contumaci.

Il Tribunale di Catania rigettava le domande affermando che l'atto di trasformazione non era simulato, ma costituiva atto dovuto in ragione del mutamento dei requisiti di legge in ordine al capitale sociale minimo della società per azioni. Tale atto inoltre ai sensi dell'art. 2808 c.c., non faceva venir meno le garanzie reali a tutela dei crediti della S..

La Corte d'appello di Catania con sentenza 4 ottobre 2002 rigettava l'appello della Sentina. Costei aveva lamentato il carattere strumentale della trasformazione diretta a consentire al G. ed alla GU. di apparire impossidenti, posto che la rinuncia ad esercitare il diritto di opzione sulle quote aveva consentito a D.G., moglie del G., di acquisire il 99,50% del capitale della società risultante dalla trasformazione ed aveva depauperato il patrimonio del G. e della GU., che risultavano titolari soltanto dello 0,50%. Con il secondo motivo di gravame l'appellante aveva dedotto che la riduzione delle quote dei debitori G. e GU. allo 0,50% era stata causa di sicuro pregiudizio per essa creditrice, perchè i pignoramenti immobiliari erano stati eseguiti nei confronti del G. e della GU., ma su beni di proprietà della Gestione G., si che non era applicabile l'art. 2808 c.c., e la società aveva potuto vendere alcuni di tali beni, finchè la trascrizione dell'atto di citazione aveva impedito ulteriori alienazioni. Nel giudizio di appello si erano costituiti la Gestione GA. s.r.l. nonchè il G. e la GU. chiedendo la conferma della sentenza impugnata. Gli altri appellati erano rimasti contumaci. La Corte d'appello escludeva la simulazione assoluta della trasformazione, non essendo neppure ipotizzabile che le parti, pur dopo la trasformazione, avessero inteso mantenere in vita la Gestione GA. s.p.a., ciò a prescindere dall'obbligatorietà della trasformazione, difettando il capitale minimo previsto per la s.p.a.

Ancora osservava la Corte territoriale che secondo la giurisprudenza di questa Corte sono soggetti all'azione revocatoria soltanto gli atti abdicativi compiuti dal debitore che si ricolleghino ad una situazione giuridica già potenzialmente acquisita, rimanendone esclusi quelli in cui il futuro incremento del patrimonio comporti un esborso patrimoniale da parte del titolare di tale situazione. Così era nel caso di specie in cui all'esercizio del diritto di opzione doveva corrispondere il pagamento del controvalore delle nuove quote.

Avverso tale sentenza ricorre per cassazione la Sentina articolando due motivi. Resiste con controricorso il solo G.G. R.. Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva. La ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c. e per essa si è costituito in giudizio nuovo difensore, così come indicato in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Va preliminarmente osservato che la ricorrente ha notificato il ricorso a D.G.M.R., in proprio e quale esercente la potestà sul figlio minore C.S., quali eredi di C.G., parte originaria del giudizio nella qualità di liquidatore della Gestione Ga. s.p.a.

La circostanza che il giudizio sia stato proseguito nei confronti degli eredi del C., anziché nei confronti della Gestione GA. s.p.a. in persona del nuovo legale rappresentante non comporta peraltro la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., perchè la Gestione GA. s.p.a. si è trasformata in società a responsabilità limitata. A prescindere da quanto si dirà in appresso sull'infondatezza del primo motivo di ricorso, va osservato che questa Corte, anche prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 6 del 2003, art. 2500 bis c.c., introdotto dal che impedisce la declaratoria di nullità dell'atto di trasformazione una volta effettuata la pubblicità prevista dalla legge, ha affermato che la trasformazione di una società di capitali non integra una vicenda estintiva, implicante successione nel processo, dato che resta ferma l'identità dell'ente cui è imputabile il rapporto dedotto in causa (Cass. 14.12.2006, n. 26826; Cass. 9.4.1987, n. 3481; Cass. 9.11.88, n. 6026). Ne consegue che il contraddittorio nel presente giudizio è stato ritualmente instaurato nei confronti della società risultante dalla trasformazione Gestione GA. s.r.l., senza possibilità di ritenere una sorta di ultrattività della società per azioni esistente prima della trasformazione, anche per l'ipotesi che l'atto di trasformazione possa ritenersi invalido o inopponibile ai terzi.

2. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione degli artt. 1414, 1416, 1417, 1418 c.c., nonché difetto di motivazione.

La Corte d'appello non avrebbe considerato che la simulazione poteva essere ravvisata nell'inspiegabile depauperamento dei soci G. e GU., rappresentanti il 100% del capitale sociale della s.p.a. Gestione GA., perchè essi avevano rinunciato senza corrispettivo al diritto di opzione sulle quote, diritto che aveva un proprio valore economico, rappresentato dalla possibilità di mantenere inalterata la quota di partecipazione nella società. Vi sarebbe stata pertanto simulazione assoluta parziale, che avrebbe colpito soltanto la rinuncia.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione dell'art. 2901 c.c., nonché difetto di motivazione. Nel respingere la domanda di revoca la Corte d'appello non avrebbe considerato che il diritto di opzione è un diritto perfetto, dotato di un proprio valore economico e suscettibile di alienazione in sè, sì che la rinuncia non lasciava inalterato il patrimonio del debitore, ma comportava l'uscita di un bene dal patrimonio.

2. Il primo motivo è inammissibile. La ricorrente, come risulta dalle conclusioni proposte in appello e riportate nell'epigrafe della sentenza impugnata, ha chiesto la declaratoria di simulazione assoluta della trasformazione della s.p.a. Gestione GAGLIARDI in società a responsabilità limitata. Con il motivo di ricorso sostiene ora per la prima volta che sarebbe simulata la rinuncia all'esercizio del diritto di opzione sulle quote in ragione dell'aumento di capitale della società trasformata da L. 1.000 a L. 20 milioni per adeguarlo al minimo di legge previsto per la società a responsabilità limitata.

E' evidente che in tal modo la ricorrente censura la sentenza impugnata con riferimento ad una domanda mai proposta in sede di merito, con la conseguenza che il motivo è inammissibile.

3. Il secondo motivo non è fondato.

La Corte di merito ha rigettato l'appello osservando che nella specie la revoca aveva ad oggetto il diritto di opzione relativo, all'aumento del capitale sociale della s.r.l. risultante dalla trasformazione, per adeguarlo al minimo legale, ed ha richiamato la giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che nel caso di atti abdicativi la revoca è ammessa soltanto quando per effetto dell'atto vi sia l'abbandono di una situazione giuridica ormai acquisita al patrimonio del debitore, non quando la posizione non sia definitivamente acquisita perchè l'acquisizione implica una prestazione da parte del debitore.

Si è infatti osservato che tra i presupposti che condizionano l'esperimento dell'azione revocatoria vi è quello relativo alla natura ed al contenuto dell'atto di cui si chiede l'inefficacia, nel senso che sono soggetti all'azione pauliana soltanto quegli atti i quali importano una modificazione giuridico - economica della situazione patrimoniale del debitore. Tale requisito è configurabile in riferimento non solo agli atti di alienazione che importino una diminuzione attuale del patrimonio del debitore, ma altresì a quelli che possono comprometterne eventualmente la consistenza in futuro, come gli atti di rinuncia, le assunzioni di debito e la concessione di garanzie personali o reali. Tuttavia, per gli atti abdicativi è necessaria una distinzione occorrendo accertare se essi si ricollegano ad una posizione giuridica già potenzialmente acquisita, nei suoi elementi costitutivi, al patrimonio del rinziante o se, invece, si concretano nella rinuncia ad una facoltà, per effetto della quale non resta, comunque, modificato, nè attivamente nè passivamente il compendio patrimoniale quo ante del debitore.

Nel primo caso (rinuncia all'eredità, rinuncia alla prescrizione) l'azione revocatoria è senza dubbio ammissibile, mentre nel secondo caso (rinuncia ad un compromesso d'acquisto) il comportamento del debitore non consente l'esercizio dell'azione revocatoria, perchè il futuro incremento del suo patrimonio non si pone come conseguenza immediata della omessa rinuncia, ma è collegato all'ulteriore adempimento dell'obbligo, da parte del compratore, di corrispondere il relativo prezzo. Ond'è che, di fronte ad una situazione giuridica ancora in fieri, il mancato acquisto del bene non può mai assumere il valore e la portata di un atto dispositivo, ma può giustificare tutt'al più il tempestivo esercizio dell'azione surrogatoria (Cass. 21.7.1966, n. 1979).

Obietta la ricorrente che il diritto di opzione ha un valore economico in sè, già attuale ed indipendente dall'eventuale sottoscrizione dell'aumento di capitale cui esso si riferisce. Il valore di tale diritto sarebbe commisurato al patrimonio della società e potrebbe essere monetizzato attraverso l'alienazione del diritto di opzione in sè, che ha un suo autonomo valore di mercato.

Il diritto di opzione è disciplinato nell'ambito della società per azioni dall'art. 2441 c.c. e, nella disciplina anteriore alla riforma societaria di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003, comma 1, di tale norma faceva rinvio l'art. 2495 c.c. per quanto concerneva la società a responsabilità limitata.

L'art. 2441, comma 1, nell'affermare che le azioni ordinarie di nuova emissione devono essere offerte in opzione agli azionisti, in proporzione del numero delle azioni da esse possedute, eccezion fatta per le ipotesi espressamente previste dalla legge, consentiva (e

consente tuttora, pur dopo le modifiche introdotte dalla riforma societaria) agli azionisti di mantenere invariata la loro partecipazione nonostante l'aumento del capitale sociale della società. Nel caso in cui l'azionista non potesse esercitare il suo diritto, egli avrebbe potuto limitare il danno derivante dalla conseguente riduzione della partecipazione, alienando il diritto di opzione a favore di chi fosse in grado di esercitare tale diritto in sua vece.

Di qui l'indiscussa conclusione che il diritto di opzione nella società per azioni assumeva (ed assume anche oggi) un valore economico in sé, potendo essere oggetto di disposizione a favore di terzi. D'altra parte nella disciplina della s.p.a. l'art. 2355 c.c., comma 3, consentiva la sottoposizione del trasferimento delle azioni a particolari condizioni, ma questa Corte ha affermato l'illegittimità di una clausola che comportasse il divieto assoluto di cessione delle azioni per atto inter vivos (Cass. 10.12.1996, n. 10970), anche alla luce della nullità delle clausole che subordinassero il trasferimento al mero gradimento degli organi sociali, sancita per la prima volta della L. n. 281 del 1985, art. 22.

La cessione del diritto di opzione non poteva incontrare limiti maggiori di quelli previsti per il trasferimento delle azioni.

Il già ricordato rinvio dell'art. 2495 c.c. all'art. 2441, comma 1, comporta che, nella disciplina anteriore alla riforma societaria, il diritto di opzione sussistesse anche nell'ambito della società a responsabilità limitata.

E si è sottolineato in dottrina che la libera trasferibilità delle quote per atto tra vivi, sancita dall'art. 2479, comma 1, comportava, in difetto di diversa disciplina statutaria, l'applicazione anche per la s.r.l. dei principi ora visti in tema di società per azioni e dunque la piena possibilità per il socio che non intendesse esercitare il diritto di opzione di cederlo.

Tuttavia la più inarcata impronta personalistica della disciplina della società a responsabilità limitata rispetto a quella della società per azioni, comporta che, nella disciplina vigente prima della riforma societaria (ed a fortiori successivamente) fossero pienamente valide ed efficaci, in virtù della stessa disciplina dettata dall'art. 2479, le clausole che vietavano il trasferimento delle quote per atto inter vivos o che limitavano tale possibilità di trasferimento in favore dei soli soci, clausole di frequente adozione nella pratica statutaria.

Tali vincoli incidevano anche sul diritto di opzione, perchè la cessione del diritto di opzione ed il suo successivo esercizio da parte del cessionario produce gli stessi effetti del trasferimento della quota, vale a dire modifica il numero dei soci ed incide sulla quota di partecipazione di ciascuno al capitale sociale.

Ne deriva che il diritto di opzione non era consentito quando fosse prevista statutariamente l'intrasferibilità delle quote e che nei casi in cui lo statuto ammetteva il trasferimento soltanto a favore dei soci ovvero prevedeva un diritto di prelazione a favore di questi ultimi, la cessione del diritto di opzione poteva avvenire soltanto nel rispetto dei limiti alla libera circolazione delle quote. Si è pertanto affermato in dottrina che nella società a responsabilità limitata il valore del diritto di opzione, ove sussistessero limitazioni alla circolazione delle quote, si riduceva e sovente si annullava, non rimanendo al socio altra pratica alternativa che la sottoscrizione dell'aumento o la perdita del diritto di opzione.

Il più accentuato carattere personalistico della società a responsabilità limitata, cui si è già accennato (ora ampiamente rafforzato a seguito della riforma societaria) e la frequente

adozione nella pratica di clausole limitative della libera circolazione delle quote, ha portato questa Corte a ritenere usuale l'esistenza nella s.r.l. di vincoli di questo tipo.

Si è così affermato che il diritto di opzione sulle quote ex artt. 2495 e 2441, comma 1, può formare oggetto di rinuncia e, quando sia stato esercitato, di risoluzione consensuale, intervenuta la quale l'aumento in questione resta fermo ove le quote siano sottoscritte da altri soci o da terzi, se consentito (Cass. 5.7.1984, n. 3945).

Ancora si è detto che nella società a responsabilità limitata il diritto del socio di essere protetto in caso di aumento del capitale sociale, si esprime attraverso il riconoscimento del diritto di opzione, dettagliatamente disciplinato nella società per azioni dall'art. 2441 c.c. e, di solito, convenzionalmente stabilito in quella a responsabilità limitata (Cass. 9.12.1992, n. 13019, in motivazione).

Nel regime anteriore al D.Lgs. n. 6 del 2003, vi è dunque una netta differenza tra la disciplina del diritto di opzione nella società per azioni e nella società a responsabilità limitata. Mentre nel primo tipo di società alla libera circolazione delle azioni segue la possibilità, in caso di mancato esercizio dell'opzione da parte dei soci, di provvedere all'alienazione del diritto stesso sul mercato, essendo consentita ai terzi la sottoscrizione dell'aumento di capitale, nella società a responsabilità limitata in cui l'elemento personale connesso alla qualità del socio che partecipa alla società assume connotati di gran lunga più rilevanti, l'esistenza stessa (in questo caso pacifica in causa) ed il contenuto del diritto di opzione sono legati alla disciplina in concreto dettata dallo statuto sociale.

Pertanto, a differenza di quanto avviene per la società per azioni, per la società a responsabilità limitata il diritto di opzione non ha automaticamente un valore patrimoniale autonomo, perchè tale valore discende dalla disciplina in concreto adottata in ordine alla circolazione delle quote nell'ambito dello statuto sociale, statuto che, come si è detto, può sia vietare la circolazione della quota per atto inter vivos sia sottoporla a vincoli più o meno rigorosi, vincoli che incidono sulla trasferibilità ai soci o ai terzi del diritto di opzione.

Ne deriva che l'assoggettamento a revocatoria dell'atto di rinuncia o del mancato esercizio di tale diritto, essendo diretto alla declaratoria d'inefficacia dell'atto abdicativo ed all'assoggettamento del diritto all'azione esecutiva da parte del creditore del socio, comporta la dimostrazione che il bene oggetto della rinuncia sia sottoponibile all'azione esecutiva secondo la legge di circolazione delle quote così come stabilita in concreto dallo statuto sociale.

Nel caso in esame la ricorrente si duole che la Corte d'appello non abbia considerato che il diritto di opzione aveva un valore in sè ed era alienabile sul mercato, ma non ha neppure allegato nel corso del giudizio di merito e neppure successivamente che tale affermazione corrispondesse alla disciplina statutaria in concreto adottata.

Deve ribadirsi, così come affermato dalla Corte d'appello, che la rinuncia o il mancato esercizio del diritto di opzione non è suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 2901 c.c., al fine di consentire al creditore di sostituirsi al debitore nell'esercizio dell'opzione stessa perchè effetto della revoca è la declaratoria d'inefficacia dell'atto revocato con il conseguente assoggettamento del bene oggetto di rinuncia all'azione esecutiva, con la conseguenza che il creditore non potrebbe mai sostituirsi al debitore nell'esercizio del diritto di opzione e nella sottoscrizione dell'aumento di capitale cui l'opzione si riferisce. La revoca è tuttavia consentita quando l'opzione costituisca un bene in sè, dotato di autonomo valore di

mercato - in questo caso l'azione esecutiva dovrà svolgersi nel rispetto della disciplina dettata dall'art. 2480 c.c., ora art. 2471 c.c.. Di conseguenza nell'ambito della disciplina della società a responsabilità limitata la revoca è subordinata alla dimostrazione che il diritto di opzione sia suscettibile di alienazione secondo la legge di circolazione delle quote stabilita dallo statuto sociale.

Al rigetto del ricorso segue la condanna della ricorrente alle spese, liquidate in euro 1.000, di cui euro 900 per onorari, oltre spese generali ed accessorie come per legge.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alle spese, liquidate in Euro 1.000,00, di cui Euro 900,00 per onorari, oltre spese generali ed accessorie come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima Sezione civile, il 23 marzo 2007.

Depositato in Cancelleria il 11 maggio 2007