

Natura giuridica della fusione societaria: un'odissea senza fine

Autore: Santina Munafó

In: Giurisprudenza commentata

“La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'articolo 105 Cpc, nel rispetto delle regole che lo disciplinano”.

È così che la Cassazione, a Sezioni Unite, si è pronunciata, con la sentenza n. 21970 del 30 luglio 2021, attraverso la quale ha colto ancora una volta l'occasione per affrontare il problema della natura giuridica della fusione.

La questione della legittimazione attiva e passiva dalla società incorporata, infatti, non può essere analizzata e risolta senza comprendere cosa sia davvero l'operazione straordinaria in analisi. Di tale operazione, dunque, si faranno le opportune precisazioni infra.

All'uopo, si segnala che l'argomento relativo alla legittimazione processuale non è certo nuovo e sono diverse gli orientamenti che la stessa Suprema Corte ha proposto negli anni. Di essi se ne farà menzione, al fine di comprenderne l'evoluzione, fino a giungere alla sentenza del 2021, rivoluzionaria e contro corrente ma che, tuttavia, non può ritenersi definitiva e scevra da critiche.

Indice:

1.Fatti della causa

2.Definizione e natura giuridica della fusione societaria

3.Gli orientamenti della Giurisprudenza di legittimità sulla legittimazione attiva e passiva della incorporata

4. Conclusioni

1. Fatti di causa

Con atto di citazione notificato il 18 marzo 2008, la alfa s.r.l. chiese l'accertamento della simulazione o, in subordine, la revoca ex art. 2901 c.c. di due successivi contratti di compravendita, conclusi l'uno in data 11 aprile 2005 e l'altro il 15 aprile 2005, aventi ad oggetto il medesimo immobile, il primo stipulato tra i venditori Tizio e Caio e l'acquirente Sempronio, ed il secondo tra quest'ultima e Calpurnio.

Il Tribunale di Tempio Pausania accolse la domanda di simulazione assoluta dei due contratti di compravendita.

Con sentenza del 7 gennaio 2019, n. 2, la Corte d'appello di Cagliari, sezione di Sassari, adita dai soccombenti, ha respinto l'impugnazione.

La corte territoriale ha ritenuto, per quanto ancora rileva, che non fosse inesistente, né nullo l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, proposto dalla Alfa s.r.l., rappresentata dall'amministratrice unica, sebbene tale società fosse stata cancellata dal registro delle imprese sin dal 23 luglio 2004, a séguito di fusione per incorporazione nella beta s.r.l., e ciò per un duplice argomento: perché la fusione comporta, a norma dell'art. 2504-bis c.c., una mera vicenda evolutivo-modificativa del medesimo soggetto, che permane e conserva la propria identità, pur in un diverso assetto organizzativo; perché, in ogni caso, l'incorporante si è costituita all'udienza del 6 maggio 2011 innanzi al Tribunale, ratificando l'operato dell'amministratrice della incorporata, donde l'efficacia sanante degli atti compiuti dal falsus procurator.

Nel merito, ha ritenuto infondato sia il motivo concernente la simulazione dell'intero contratto di compravendita del bene immobile, sebbene in comproprietà, non debitrice della società istante, sia il motivo sull'esistenza di idonei elementi a prova della simulazione.

Avverso questa sentenza i soccombenti hanno proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi.

Si difende con controricorso la alfa s.r.l.

Proposta la trattazione presso la Sezione VI-3, con ipotizzato rigetto del primo motivo di ricorso per la permanenza in vita del soggetto incorporato, su istanza dei ricorrenti la causa è stata rimessa dal Primo Presidente alle Sezioni unite con decreto del 25 settembre 2020, essendosi riscontrato un contrasto di giurisprudenza, con riguardo alla legittimazione processuale della società incorporata cancellata dal registro delle imprese.

Il Procuratore generale ha chiesto l'accoglimento del primo motivo, con assorbimento degli altri due.

Entrambe le parti hanno depositato la memoria ex art. 378 c.p.c

2. Definizione e natura giuridica della fusione societaria

La fusione è l'unificazione di due, o più società, in una sola, sia dei rispettivi patrimoni, sia delle compagini sociali.

La fusione si distingue in:

- a) fusione in senso stretto, che si esegue mediante la costituzione di una nuova società;
- b) fusione per incorporazione, che si esegue mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.

Peculiarità fondamentale della fusione è che le quote/azioni della società incorporante/risultante sono assegnate ai soci delle società incorporate/fuse, tendenzialmente in modo proporzionale alle partecipazioni di cui godevano nella società di provenienza.

Chiarire la natura giuridica della suddetta operazione societaria ha rilevanza fondamentale non solo sul piano teorico ma soprattutto su quello pratico.

Sul punto, in vero, si è molto discusso e si è giunti ad orientamenti diversi e contrastanti.

Secondo la Cassazione prevalente, prima della riforma societaria[1], la fusione altro non sarebbe che una eccezionale ipotesi di successione universale inter vivos.

Secondo una parte della Dottrina[2], invece, la suddetta operazione si dovrebbe configurare come una modificazione dell'atto costitutivo sui generis, in quanto comporta l'estinzione delle società incorporate/partecipanti.

Tuttavia, secondo la Cassazione a Sezioni Unite[3](precedente), la dottrina prevalente[4] e la prassi notarile [5] la fusione è una mera modifica di atto costitutivo che non determina alcun momento traslativo-costitutivo.

Ciò, in particolare, sembra essere confermato dal principio di continuità, sancito all'articolo 2504 bis c.c. ove si legge 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".

Si precisa, inoltre, - per motivi di completezza logica e cronologica - che il legislatore della riforma ha sostituito la vecchia espressione "società estinte", su cui si basava la teoria della successione universale, con quella "società partecipanti alla fusione".

L'orientamento ultimo della giurisprudenza di legittimità verrà meglio analizzato infra.

Bisogna, infine, evidenziare che Le considerazioni svolte in ordine alla natura giuridica della fusione hanno notevoli conseguenze pratiche nell'attività notarile, soprattutto nel caso in cui nel patrimonio sociale siano compresi beni immobili (non necessità delle menzioni urbanistiche/catastali, della trascrizione dell'atto di fusione, dell'applicabilità della disciplina dei beni culturali etc).

Per approfondimenti, consigliamo il CORSO online
"La tutela cautelare nel processo societario"

[Iscriviti ora!](#)

8 - 13 - 22 ottobre 2021

3. Gli orientamenti della Giurisprudenza di legittimità sulla legittimazione attiva e passiva della incorporata

La questione è alquanto dibattuta e sono diversi gli orientamenti che la stessa Corte di Cassazione ha proposto negli anni.

Prima di analizzare l'ultimo - relativamente al quale ci si soffermerà in modo più approfondito - risulta necessario considerare quelli precedenti, al fine di indagarne le differenze o analogie. Ciò che sicuramente va evidenziato è il fatto che, parlare di orientamenti contrapposti, non è del tutto corretto. Da quanto verrà precisato infra, infatti, è possibile prendere atto che le varie pronunce della Suprema corte - in materia di legittimazione processuale attiva e passiva della società incorporata - hanno di fatto analizzato, in alcuni casi, fattispecie diverse tra di loro, accomunate solo dal macro-tema della legittimazione processuale in capo alla incorporata. Premesso ciò, dunque, è possibile passare all'esame delle sentenze che hanno affrontato il problema.

In particolare, la Suprema Corte:

con la sentenza 18188/2016 ha ravvisato la legittimazione attiva dell'incorporata a proporre appello; con la sentenza 24498/2014 ha ammesso la legittimazione passiva dell'incorporata a ricevere un atto di appello; con la sentenza 6058/2012 ha confermato la sentenza emessa nei confronti dell'incorporata, pur essendosi la fusione già perfezionata nel corso del giudizio.

Tali sentenze, tuttavia, non consideravano l'ipotesi di una incorporata già cancellata dal registro imprese.

Si trattava, infatti, di ipotesi in cui la fusione veniva eseguita nel corso del giudizio.

Sono altre, invece, le pronunce che si sono occupate della legittimazione processuale passiva della incorporata cancellata dal registro delle imprese, paventando la permanenza sia della legittimazione processuale passiva che di quella attiva [6].

Meno numerose, invece, sono le decisioni che hanno approfondito la questione degli effetti della incorporazione sulla legittimazione attiva della incorporata cancellata dal registro delle imprese; in tali decisioni, in particolare, si è fatta una distinzione a seconda che vi si sia o meno in discussione la tutela dell'affidamento della controparte procedurale.[7] Ed è proprio in tali pronunce che si ritorna ad affrontare il problema della natura giuridica della fusione.

All'uopo, dunque, risulta necessario analizzare la sentenza n. 23641 del 24 settembre 2019, mettendola a confronto con quella più recente del 2021.

Con la sentenza del 2019, gli Ermellini, analizzando il tema della legittimazione attiva in capo all'incorporata (già cancellata dal registro delle imprese) hanno statuito che: "La società incorporata a seguito di operazione di fusione per incorporazione, e cancellata dal Registro delle Imprese, conserva la legittimazione processuale solamente nei limiti in cui ciò sia necessario per tutelare l'affidamento della controparte che ignori l'avvenuta fusione".

La pronuncia in commento è di particolare interesse in quanto sottolinea il principio per cui la fusione per incorporazione non determina l'estinzione della società incorporata né crea un nuovo soggetto giuridico, bensì realizza l'unificazione mediante integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

In diversi punti di tale sentenza è richiamato il principio di continuità, ex articolo 2504 c.c., dimostrandosi, così, la Cassazione, fedele all'orientamento cristallizzato con l'ordinanza delle Sezioni Unite (Cassazione S.U. ordinanza n. 2637 del 08 febbraio 2006), attraverso la quale è stata superata la tesi della successione, accogliendo invece la tesi c.d. "modificazionista".

Orientamento diverso, invece, sembra proporre la sentenza del 2021.

La Cassazione, con quest'ultima, torna sì a parlare della legittimazione attiva in capo all'incorporata (in seguito alla cancellazione dal registro imprese) ma propone una lettura diversa relativamente alla natura

giuridica della fusione.

Più precisamente, la Suprema Corte ha per ultimo stabilito che “La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell’articolo 105 Cpc, nel rispetto delle regole che lo disciplinano”.

Per giungere a tale conclusione, le Sezioni Unite si sono soffermate ad analizzare gli aspetti “sostanziali” della vicenda della fusione societaria, ossia la concentrazione, l’estinzione e la successione, indicando che tali aspetti “sostanziali” non possono essere disgiunti da quelli “processuali”. Ciò premesso, ripercorriamo il ragionamento delle Sezioni Unite.

Per quanto riguarda in primo luogo la concentrazione conseguente alla fusione, le Sezioni Unite hanno indicato che la fusione, generando una vicenda modificativa dell’atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determina un fenomeno di concentrazione giuridica ed economica, con la conseguenza che tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, vengono ormai imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione, e la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese. L’aspetto davvero innovativo della presente sentenza è il seguente: il principio di continuità, ex art 2504 cc., non è richiamato per confermare la natura meramente modificativa dell’atto della fusione, bensì per sostenere la tesi opposta, ossia quella che ritiene la fusione un fenomeno successorio- traslativo.

In particolare, infatti, gli Ermellini hanno precisato che:

- l’espressione “prosegue” non è sufficiente per ritenere che la fusione abbia natura non traslativa. Anzi, in forza del diritto positivo, soprattutto quello processuale, è proprio il contrario, laddove la norma del codice di rito sancisce che il processo è proseguito ad opera o nei confronti di chi ha assunto tutti i rapporti della parte venuta meno: il quale, nell’usuale linguaggio giuridico è chiamato successore universale.
- È proprio il comma 2 dell’articolo 2495 c.c. ad affermare che con la cancellazione della società, la stessa si estingue. Dunque, estinguendosi, devolve- trasferisce.

Per quanto riguarda in secondo luogo l’estinzione, le Sezioni Unite hanno dedotto dal fatto che, con la fusione per incorporazione, tutti i rapporti passano ad altro soggetto, con cancellazione dal registro delle imprese della società incorporata. Pertanto, se nessuna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, non ha alcun senso affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica. Tale ente, dunque, non può che estinguersi. Inoltre, è stato precisato che l’applicazione di alcuni istituti alla società incorporata non escludono il fatto

che essa, con la cancellazione si sia estinta. In particolare, la Cassazione si è soffermata sul tema del fallimento affermando che ,posto che la società incorporata può essere assoggettata al fallimento, entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese,questa normativa non è un elemento a favore della tesi della sua sopravvenienza alla cancellazione; anzi,se proprio se ne voglia trarre un indizio, è allora piuttosto un elemento in senso contrario,atteso che solo una norma speciale come l'articolo 10 della legge fallimentare ha potuto sancire un simile precetto.

Per quanto, riguarda, infine, la successione,nella sentenza si legge espressamente che : “la fusione realizza una successione universale corrispondente alla successione mortis causa e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa,nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi,anche processuali,della società incorporante,che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati”.

4.Conclusioni

La sentenza in oggetto rimette in discussione la natura giuridica della fusione, creando non pochi problemi tanto sul piano teorico che pratico. Ritenerne, infatti, che con la fusione si sia in presenza di una eccezionale ipotesi di successione inter vivos significa entrare in netto contrasto con l'orientamento che negli ultimi anni ha trovato applicazione negli studi notarili e, in parte, nelle aule di tribunale.

Tuttavia, ciò che colpisce della sentenza de qua è questo:gli Ermellini,nel ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in materia di natura giuridica della fusione e, quindi, evidenziando i due macro orientamenti, non solo oggi propendono per la tesi della successione ma evidenziano -al fine di dare una interpretazione coerente con la normativa codicistica - che riorganizzazione e concentrazione da un lato ed estinzione e successione dall'altro, non sono concetti incompatibili ed antitetici. In sostanza, si verificano entrambi gli effetti, l'estinzione e la successione, senza distinzione sul piano cronologico, derivando entrambe, dall'ultima iscrizione prevista all'articolo 2504 c.c. ;

Più precisamente, la Cassazione individua due profili, quello strutturale, dove la fusione si presenta come una mera modificazione degli statuti delle società coinvolte e quello giuridico-formale, dove si assiste alla successione.

La questione, tuttavia, non può ritenersi sopita e non si esclude un successivo cambio di rotta da parte della stessa Suprema Corte.

Per approfondimenti, consigliamo i seguenti volumi:

Note:

[1] Cass.22 marzo 2010,n.6845,in Red.Giust.civ.Ma.,2010,3: “Nel regime precedente alla modifica dell’art.2504 bis. c.c. ,ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003,n.6,la fusione di società determina una situazione giuridica corrispondente alla successione universale e produce l’estinzione delle società partecipanti alla fusione o della società incorporata,nonché la contestuale sostituzione nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti ad esse capo. Ne consegue che la società risultante dalla fusione,con altre società,della società originariamente convenuta in giudizio è legittimata,ai sensi dell’articolo 110 c.p.c. , a costituirsi nel giudizio di primo grado e a proporre appello avverso la sentenza di quel grado a se sfavorevole,a nulla rilevando che contestualmente alla fusione vi sia stato anche il trasferimento di un ramo di azienda della società originariamente convenuta, in quanto tale trasferimento non determina il venire meno della legittimazione della società risultante dalla fusione , ma comporta soltanto che,ai sensi dell’articolo 111 c.p.c. , si aggiunge ad essa la legittimazione della società cessionaria, quale successore a titolo particolare;

Cass.civ.,S.U.,28 dicembre 2007,n. 27183, in Foro.it.,2008,10,2920: “La fusione di società mediante incorporazione avvenuta prima della riforma del diritto societario ,realizza una situazione giuridica corrispondente a quella della successione universale e produce gli effetti,tra loro indipendenti, dell’estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione,nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a questa, della società incorporante,per cui ,quest’ultima,al pari di qualsiasi successore universale,assume la stessa posizione processuale dell’attore,con tutte le limitazioni ed i relativi divieti ad essi inerenti .Ne consegue che la stessa non può proporre domande nuove per l’attribuzione di diritti autonomi ed indipendenti dal diritto successorio,mentre le si debbono riconoscere i diritti fatti valere dal dante causa,anche quelli azionati prima della successione,ma acquistabili solo nel corso del tempo. Spetta quindi alla società incorporante il risarcimento.

[2] CAMPOBASSO,Diritto Commerciale,Milano,2005,642;

[3] Cass. S.U. ordinanza 8 febbraio 2006,n. 2637, in Rivista Del notariato,2006,1136,con nota di SCALABRINI -TRIMARCHI e in Vita Notarile,2006,1,125,con nota di MACRI'-PELLIZZERI.

[4] MAGLIUOLO,La fusione delle società,Milano,2005,1 ss.;GUERRERA,Trasformazione,fusione e scissione,in Diritto delle società,Manuale breve,Milano,2004,407 ss; DI SABATO,Diritto delle Società,Milano,2003,456;CIVERR,Le operazioni straordinarie,Aspetti civilistici,contabili, e procedurali,Milano,2008,359.

[5] ATLANTE,La fusione in Consiglio nazionale del notariato. Studi e materiali,Milano,supplemento 1/2004,481 ss;Comitato triveneto dei notai,massima L.A.21, AMMISSIBILITA'DELLA FUSIONE PROPRIA A FAVORE DI UNA SOCIETA'DI PERSONE DI NUOVA COSTITUZIONE CON UN UNICO SOCIO : “La fusione tra società non comporta l’estinzione di un soggetto e la correlativa creazione di un diverso soggetto,ma si risolve in una vicenda meramente evolutiva e modificativa dello stesso soggetto,che

conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”

[6] Cfr. Cass. n. 18188/2016 e Cass. N. 24498/2014)

[7] Cass. sen 23641/2019, con la quale si è precisato che la fusione per incorporazione, pur non determinando un fenomeno successorio, correlato all'estinzione della società incorporata ed alla creazione di un nuovo soggetto giuridico, la società incorporante, non consente per ciò solo la conservazione della legittimazione processuale da parte della società incorporata, se non nella misura in cui vi sia l'esigenza di tutelare l'affidamento della controparte che ignori l'avvenuta fusione”.

<https://www.diritto.it/natura-giuridica-della-fusione-societaria-unodissea-senza-fine/>