UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Artt. 2506 - 2506quater (La scissione di società)

Pacces, A.M.

Publication date
2007
Document Version
Final published version
Published in
Codice Commentato delle Società

Link to publication

Citation for published version (APA):
Pacces, A. M. (2007). Artt. 2506 - 2506quater (La scissione di società). In G. Bonfante, B. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf, & V. Salafia (Eds.), *Codice Commentato delle Società* (2a ed., pp. 1543-1582). Ipsoa.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:05 Dec 2025

COMMENTARI

CODICE COMMENTATO DELLE SOCIETA'

SOCIETA' DI CAPITALI - COOPERATIVE CONSORZI - REATI SOCIETARI

Aggiornato con la legge sul risparmio, le nuove norme in tema di principi contabili internazionali e le società off-shore

a cura di
G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale
R. Rordorf, V. Salafia

II Edizione

IPSOA

HANNO COLLABORATO

Avv. Giovanni Afferni
Avv. Valentina Allotti
Avv. Simone Alvaro
Avv. Giovanni Artale*
Prof.ssa Paola Balzarini
Avv. Marcello Benetti
Avv. Giovanni B. Bisogni
Avv. Enrico E. Bonavera
Prof. Guido Bonfante
Prof.ssa Sabrina Bruno
Dott.ssa Mia Callegari
Avv. Stefano Cappiello*
Prof.ssa Maria C. Cardarelli
Avv. Giuseppe Carriero*
Avv. Maurizio Cavanna
Dott. Luigi D. Cerqua
Prof.ssa Maria T. Cirenei
Prof. Diego Corapi
Dott.ssa Maria R. Covelli
Prof. Emanuele Cusa
Prof. Renato Dabormida
Avv. Raffaele D'Ambrosio
Prof. Lorenzo De Angelis
Prof.ssa Barbara De Donno
Avv. Domenico De Falco*
Avv. Italo De Feo
Avv. Nicola De Giorgi*
Avv. Michele De Mari*
Dott.ssa Eva Desana
Avv. Simona Dodaro
Avv. Alessia Donati
Dott. Gianpiero Durin
Avv. Maria Paola Ferrari
Avv. Piero Gallo*
Avv. Roberto Genco
Avv. Irene Ghirardini
Prof.ssa Patrizia Grosso
Avv. Fabio Gusso
Avv. Mauro Iengo*
Avv. Rosanna Magliano
Avv. Daniele Magno
Avv. Francesco Mainetti
Avv. Andrea Marcinkiewicz
Dott. Giuseppe Marziale
Avv. Mauro Miccoli
Avv. Pier Luigi Morara
Dott. Valerio Napoleoni
Avv. Giuseppe Napoletano
Dott. Alessio Pacces
Avv. Silvia Pacchiarotti
Avv. Elena Pagnoni
Dott.ssa Paola Palladino
Dott. Luciano Panzani
Avv. Alessandro Patelli
Prof. Federico Pernazza
Avv. Luca Picone
Avv. Cosimo Maria Pricolo
Avv. Salvatore Providenti *
Avv. Gianfranco Randisi*
Dott. Renato Rordorf
Avv. Riccardo Sabadini*
Dott. Daniele Sabbatini
Dott. Vincenzo Salafia
Dott. Giangiacomo Sandrelli
Dott. Ciro Santoriello
Avv. Gianluca Scarchillo
Dott. Davide Siclari
Avv. Massimiliano Silvetti
Dott. Hadrian Simonetti
Avv. Raffaele Torino
Avv. Rosa Vecchi

* Le opinioni rappresentate nello scritto impegnano esclusivamente l'Autore e non sono in alcun modo riferibili all'Istituto di appartenenza.

Chiuso in redazione il 20 aprile 2007

© Copyright by Wolters Kluwer Italia s.r.l. - IPSOA - 2007

I diritti di traduzione, di riproduzione e di adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi le copie fotostatiche, i film didattici e i microfilm) sono riservati per tutti i Paesi.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Fotocomposizione a cura di ABCompos s.r.l.
Via Pavese, 1/3 - Rozzano (MI)

Finito di stampare nel mese di maggio 2007
dalla L.E.G.O. s.p.a. - Via dell'Industria, 2 - Vicenza

PRESENTAZIONE

Sono orami trascorsi tre anni dall'entrata in vigore della riforma del nostro diritto societario. Molti sono stati gli interventi della dottrina nell'interpretazione delle nuove regole e molti sono stati i contrasti registrati fra gli studiosi relativamente a norme, il cui testo risulta in taluni casi ambiguo e suscettibile di valutazioni diverse.

La prima edizione di questo commentario si è basata sulle opinioni della dottrina, fino alla sua realizzazione espresse.

Trascurare di aggiornarla alla luce dei nuovi contributi dottrinari significherebbe relegare l'interpretazione delle nuove regole nel ristretto recinto delle prime valutazioni, ignorandone l'evoluzione ed i ripensamenti successivi.

Si aggiunga che in questi anni sono stati anche registrati interventi giurisdizionali con i quali le posizioni della dottrina hanno dovuto confrontarsi.

Questa nuova edizione del commentario ha utilizzato i nuovi contributi della dottrina e i recenti orientamenti della giurisprudenza, anche se ovviamente non ancora consolidati e perciò soggetti, com'è naturale, a variazioni e modificazioni successive, per fornire al lettore punti di riferimento più ricchi, dei quali potrà tenere conto nell'affrontare il problema sulla spinta del quale la consultazione del nuovo testo avverrà.

Il criterio seguito nell'aggiornamento è il medesimo usato nella prima edizione: accuratezza nella consultazione dei testi dottrinari e giurisprudenziali e relazione concisa sul loro contenuto con rinvio ai testi stessi per approfondimento della loro conoscenza.

I Direttori

2. D.lg. 19 agosto 2005, n. 188 - Attuazione della direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori 2188
3. D.lg. 28 febbraio 2005, n. 38 - Esercizio delle opzioni previste dall'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1606/2002 in materia di principi contabili internazionali 2202
4. D.lg. 17 gennaio 2003, n. 5 - Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 2212
5. Legge 3 ottobre 2001, n. 366 - Delega al governo per la riforma del diritto societario 2239
6. D.lg. 2 febbraio 2001, n. 96 - Attuazione della direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale 2256
7. D.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 -Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (articoli estratti) 2264
8. D.lg. 23 luglio 1991, n. 240 - Norme per l'applicazione del regolamento n. 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico - GEIE, ai sensi dell'art. 17 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 2322
9. D.lg. 9 aprile 1991, n. 127 - Attuazione delle Direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69..... 2327
10. R.D. 30 marzo 1942, n. 318 - Disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie (articoli estratti) 2340
11. Regolamento Consiglio 22 luglio 2003 n. 1435/2003 - Relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE)..... 2348
12. Direttiva Consiglio 22 luglio 2003 n. 2003/72 - Che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori 2388
13. Regolamento Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157/2001 - Relativo allo statuto della Società europea (SE) 2407
14. Direttiva Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2001/86 - Che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori 2439
15. Regolamento Consiglio 25 luglio 1985 (2137/85/CEE) - Relativo all'istituzione di un Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)..... 2456
16. Codice di autodisciplina delle società quotate 2472

INDICE ANALITICO-ALFABETICO 2501

BIBLIOGRAFIA 2515

INDICE PER AUTORI

AVV. GIOVANNI AFFERNI
(*artt. 2487-2487-bis; 2489-2494*)
Avv. Valentina Allotti
(*Introduzione artt. 2507-2510; artt. 2507-2510*)

AVV. SIMONE ALVARO
(*artt. 2402-2408; 2409-sexies*)

AVV. GIOVANNI ARTALE*
(*artt. 2501-bis-2501-sexies; 2503-2504-bis*)

PROF.SSA PAOLA BALZARINI
(*Introduzione artt. 2421-2435-bis; artt. 2421-2433-bis; 2435-2435-bis; 2447-sexies-2447-septies; 2478-2478-bis*)

AVV. MARCELLO BENETTI
(*artt. 2511-2514; 2545-ter-2545-octies; 2545-undecies*)

AVV. GIOVANNI B. BISOGNI
(*Introduzione artt. 2342-2345*)

AVV. ENRICO E. BONAVERA
(*artt. 2602-2615-bis; 2616-2620*)

PROF. GUIDO BONFANTE
(*Introduzioni artt. 2511-2548; art. 2527*)

PROF.SSA SABRINA BRUNO
(*art. 2361*)

DOTT.SSA MIA CALLEGARI
(*artt. 2529-2537*)

AVV. STEFANO CAPPIELLO*
(*artt. 2325-2328; 2437-2437-sexies; 2497-quater*)

PROF.SSA MARIA CECILIA CARDARELLI
(*Introduzione artt. 2346-2362; artt. 2346-2347; 2352; 2468-2472; 2474*)

AVV. GIUSEPPE CARRIERO*
(*Introduzione artt. 2410-2420-ter*)

AVV. MAURIZIO CAVANNA
(*artt. 2521; 2523; 2525*)

DOTT. LUIGI D. CERQUA
(*artt. 2629-bis; 2636; 2638*)

PROF.SSA MARIA TERESA CIRENEI
(*Introduzione artt. 2449-2451; art. 2451*)

PROF. DIEGO CORAPI
(*Introduzione su s.p.a. in generale; Introduzione artt. 2325-2341-ter; Introduzione artt. 2436-2448; art. 2359*)

DOTT.SSA MARIA ROSARIA COVELLI
(*Introduzione artt. 2497-2497-sexies*)

PROF. EMANUELE CUSA
(*artt. 2526; 2538-2541*)

PROF. RENATO DABORMIDA
(*artt. 2542-2545-bis; 2545-quater-2545-sexies*)

AVV. RAFFAELE D'AMBROSIO
(*artt. 2410-2420-ter*)

PROF. LORENZO DE ANGELIS
(*Introduzione artt. 2498-2500-novies; Introduzione artt. 2602-2620; art. 2615-ter*)

PROF.SSA BARBARA DE DONNO
(*Introduzione su società unipersonali; artt. 2362; 2462-2467; 2479-2479-ter*)

AVV. DOMENICO DE FALCO*
(*artt. 2501; 2501-septies-2502-bis; 2504-ter-2505-quater*)

AVV. ITALO DE FEO
(*Introduzione artt. 2452-2461; artt. 2380-bis-2383; 2385-2387; 2389; 2452-2461*)

AVV. NICOLA DE GIORGI*
(*artt. 2363-2367; 2374*)

AVV. MICHELE DE MARI*
(*artt. 2409-bis-2409-quinquies; 2409-septies*)

DOTT.SSA EVA DESANA
(*artt. 2546-2548*)

AVV. SIMONA DODARO
(*art. 2391-bis*)

AVV. ALESSIA DONATI
(*artt. 2481-2482-quater*)

DOTT. GIANPIERO DURIN
(*artt. 2515; 2522*)

AVV. MARIA PAOLA FERRARI
(*artt.2357-2358; 2359-bis-2360; 2438-2444*)

AVV. PIERO GALLO*
(*artt. 2368-2373; 2375-2376*)

AVV. ROBERTO GENCO
(*artt. 2511-2514; 2545-ter; 2545-octies; 2545-undecies*)

Avv. Irene Ghirardini
(*artt. 2498-2500-novies*)

Prof.ssa Patrizia Grosso
(*artt. 2524; 2528*)

Avv. Fabio Gusso
(*artt. 2484-2486; 2487-ter-2488; 2495-2496*)

Avv. Mauro Iengo*
(*artt. 2545-quaterdecies-2545-octiesdecies*)

Avv. Rosanna Magliano
(*artt. 2449-2450*)

Avv. Daniele Magno
(*artt. 2388; 2390-2391*)

Avv. Francesco Mainetti
(*artt. 2476-2477*)

Avv. Andrea Marcinkiewicz
(*art. 2409*)

Dott. Giuseppe Marziale
(*Introduzione artt. 2363-2379-ter; Introduzione artt. 2501-2506-quater*)

Avv. Mauro Miccoli
(*Introduzione artt. 2342-2345*)

Avv. Pier Luigi Morara
(*artt. 2545-duodecies-2545-terdecies*)

Dott. Valerio Napoleoni
(*Introduzione artt. 2621-2641; artt. 2623-2627; 2630-2631; 2633; 2639-2641*)

Avv. Giuseppe Napoletano
(*artt. 2447-bis-2447-quinquies; 2447-octies-2447-decies*)

Dott. Alessio Pacces
(*artt. 2506-2506-quater*)

Avv. Silvia Pacchiarotti
(*artt. 2393-2396; 2434*)

Avv. Elena Pagnoni
(*art. 2341-bis*)

Dott.ssa Paola Palladino
(*artt. 2628-2629; 2632*)

Dott. Luciano Panzani
(*artt. 2380; 2409-octies-2409-novies; 2409-undecies-2409-quinquiesdecies*)

Avv. Alessandro Patelli
(*art. 2409*)

Prof. Federico Pernazza
(*artt. 2392-2393-bis; 2409-decies*)

Avv. Luca Picone
(*art. 2483*)

Avv. Cosimo Maria Pricolo
(*art. 2629-bis*)

Avv. Salvatore Providenti *
(*artt. 2341-ter; 2409-sexiesdecies; 2409-octiesdecies-2409-noviesdecies*)

Avv. Gianfranco Randisi*
(*art. 2409-septiesdecies*)

Dott. Renato Rordorf
(*Introduzione artt. 2380-2409-noviesdecies*)

Avv. Riccardo Sabadini*
(*art. 2545-septies*)

Dott. Daniele Sabbatini
(*artt. 2354-2356*)

Dott. Vincenzo Salafia
(*Introduzione artt. 2421-2435-bis; Introduzione artt. 2484-2496*)

Dott. Giangiacomo Sandrelli
(*artt. 2634-2635*)

Dott. Ciro Santoriello
(*artt. 2621-2622; 2637*)

Dott. Gianluca Scarchillo
(*artt. 2342-2345; 2436; 2445-2447; 2448; 2473-2473-bis*)

Dott. Davide Siclari
(*artt. 2397-2401*)

Avv. Massimiliano Silvetti
(*artt. 2377-2379-ter; 2434-bis; 2475-2475-ter*)

Dott. Hadrian Simonetti
(*artt.2348-2351;2353; 2497-2497-ter; 2497-quinquies-2497-septies*)

Avv. Raffaele Torino
(*art. 2329-2341*)

Avv. Rosa Vecchi
(*artt. 2516-2520; 2545-novies-2545-decies*)

* Le opinioni rappresentate nello scritto impegnano esclusivamente l'Autore e non sono in alcun modo riferibili all'Istituto di appartenenza.

INDICE PER ARTICOLI

Codice civile
Libro V

Introduzione su s.p.a. in generale e su società unipersonali	*Diego Corapi*
	Barbara De Donno
Introduzione artt. 2325-2341-ter	*Diego Corapi*
Artt. 2325-2328	*Stefano Cappiello*
Artt. 2329-2341	*Raffaele Torino*
Art. 2341-bis	*Elena Pagnoni*
Artt. 2341-ter	*Salvatore Providenti*
Introduzione artt. 2342-2345	*Giovanni B. Bisogni*
	Mauro Miccoli
Artt. 2342-2345	*Gianluce Scarchillo*
Introduzione artt. 2346-2362	*Maria Cecilia Cardarelli*
Artt. 2346-2347	*Maria Cecilia Cardarelli*
Artt. 2348-2351	*Hadrian Simonetti*
Art. 2352	*Maria Cecilia Cardarelli*
Art. 2353	*Hadrian Simonetti*
Artt. 2354-2356	*Daniele Sabbatini*
Artt. 2357-2358	*Maria Paola Ferrari*
Artt. 2359-bis-2360	*Maria Paola Ferrari*
Art. 2359	*Diego Corapi*
Art. 2361	*Sabrina Bruno*
Artt. 2362	*BarbaraDe Donno*
Introduzione artt. 2363-2379-ter	*Giuseppe Marziale*
Artt. 2363-2367	*Nicola De Giorni*
Artt. 2368-2373	*Piero Gallo*
Art. 2374	*Nicola De Giorgi*
Artt. 2375-2376	*Piero Gallo*
Artt. 2377-2379-ter	*MassimilianoSilvetti*
Introduzione artt. 2380-2409-noviesdecies	*Renato Rordorf*
Artt. 2380	*Vincenzo Salafia*
Artt. 2380-bis-2384	*Italo De Feo*
Artt. 2385-2387	*Italo De Feo*
Art. 2388	*Daniele Magno*
Art. 2389	*Italo De Feo*
Artt. 2390-2391	*Daniele Magno*
Art. 2391-bis	*Simona Dodaro*
Artt. 2392	*Federico Pernazza*
Art. 2393	*Silvia Pacchiarotti*
	Federico Pernazza
Art. 2393-bis	*Federico Pernazza*
Artt. 2394-2396	*Silvia Pacchiarotti*
Artt. 2397-2401	*Davide Siclari*
Artt. 2402-2408	*Simone Alvaro*
Art. 2409	*Andrea Marcinkiewicz*
	Alessandro Patelli
Artt. 2409-bis-2409-quinquies	*Michele De Mari*
Art. 2409-sexies	*Simone Alvaro*

cioè mediante la costituzione di una nuova società) **di società in stato di liquidazione**, senza ravvisare necessariamente nella decisione di fusione una revoca implicita della liquidazione stessa. Pur sostenibile, tale tesi desta perplessità in considerazione del fatto che ci si troverebbe di fronte ad una nuova società che nasce già in regime di liquidazione.
Appare, tuttavia sostenibile che la fusione, almeno per le società il cui capitale non sia rappresentato da azioni, possa costituire una via per espletare in modo più soddisfacente la liquidazione. In tal senso si pensi all'ipotesi in cui l'acquisizione di cespiti complementari a quelli della società in liquidazione consenta una alienazione in blocco a migliori condizioni [Marchetti (2) 19].

3 Inoltre, per le società cui si applica la norma in commento, nella fusione per incorporazione di una società in liquidazione in una operativa, la revoca implicita dello stato di liquidazione dell'incorporanda non sembra debba essere adottata all'unanimità, considerato il *favor* mostrato dal legislatore alla realizzazione della fusione [Miccoli (3) 484].

III. Il conguaglio in denaro

4 Altra deroga, finalizzata a garantire un più spedito iter alla procedura di fusione, è quella consistente nell'eliminazione del limite del dieci per cento al **conguaglio**. La direttiva, nell'intento di preservare il peso delle partecipazioni soprattutto dei soci di minoranza, prevede un limite alla possibilità di corrispondere conguagli per la gestione dei resti determinatisi in sede di liquidazione del concambio.
La norma non appare coerente con il pericolo, implicito nelle fusioni di società in liquidazione, di evitare **prepagamenti** in favore dei soci, che in fase di liquidazione sono vietati (art. 2491). Sembra dunque doversi ritenere che nell'ipotesi appena considerata il conguaglio non possa essere costituito da somme di denaro.
Si deve, in via generale, escludere la possibilità che i conguagli in denaro sostituiscano in *toto* l'attribuzione di partecipazioni nella nuova società o nell'incorporante [Marchetti (2) 38; Miccoli (3) 485; Civerra (1) 189]. In ogni caso sembra possibile invocare, contro ingiustificate attenuazioni del peso dei soci di minoranza a seguito dell'attribuzione di conguagli ingiustificatamente elevati rispetto al valore della partecipazione, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (cfr. art. 1375).

IV. La rinuncia alla relazione degli esperti col consenso unanime dei soci

5 La derogabilità dell'art. 2501-*sexies* prescrivente la relazione degli esperti risponde ad un'evidente finalità di semplificazione, in considerazione del fatto che il legislatore ha ritenuto che le società, cui la norma si riferisce, siano caratterizzate da piccole dimensioni e da ristretto numero di soci [Miccoli (3) 485]. **Anche per tale forma di rinuncia si ripropongono i problemi in ordine alla formalità della delibera di rinuncia** (cfr. commento *sub* art. 2501-*septies*).

6 Con l'introduzione di tale possibilità il legislatore ha recepito la soluzione interpretativa di una recente giurisprudenza [C App Milano 12.1.2001, *Soc* 2001, 435, nt. Salafia], che affermava la rinunciabilità della relazione da parte dei soci, in quanto unici titolari del potere di valutazione dell'idoneità dei mezzi prescelti a presidio degli interessi di cui sono portatori.

Alcuni autori sostengono l'estensibilità della facoltà di rinunciare alla relazione degli esperti anche alle fusione a cui partecipano società azionarie, dal momento che l'art. 2506-*ter*, c. 4 - in tema di scissione - consente di omettere la relazione dell'esperto qualora vi sia "il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione", senza distinguere tra società azionarie e non [Miserocchi (4) 43; Zabban (6) 24; per l'estensibilità della facoltà di rinuncia anche Scognamiglio (5) 894, e ciò alla stregua del criterio di analogia].

Quanto al **momento** in cui il consenso dei soci deve essere rilevato, si ritiene che esso **8** possa essere anche successivo all'assemblea dei soci per la deliberazione sulla fusione purché antecedente la stipulazione dell'atto di fusione [Scognamiglio (5) 894].

Una dottrina ha evidenziato che non può essere derogata, malgrado il riferimento **9** generalizzato della norma in commento a "le disposizioni dell'art. 2501-*sexies*", la disposizione prevista dall'ultimo comma relativa alla relazione di stima del patrimonio delle società di persone coinvolte nella fusione, poiché dettata a tutela di interessi di terzi [Scognamiglio (5) 895].

V. La riduzione dei termini

Infine l'**accelerazione** della procedura di fusione è alla base della previsione sul **10** dimezzamento dei termini prescritti tra l'iscrizione del progetto e la data fissata per la decisione di fusione, per il deposito presso la sede delle società dei documenti di cui all'art. 2501-*septies* e per l'esecuzione della fusione.

Bibliografia: (1) Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione, l'impatto della riforma e la nuova disciplina del* leveraged buy out, Torino, 2004; (2) Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, *RN* 1991, 19; (3) Miccoli, *Commento* sub *art. 2505*-quater, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003; (4) Miserocchi, *La fusione, Il nuovo ordinamento delle società Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Consiglio notarile di Milano, Milano, 2003; (5) Scognamiglio, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, *RN* 2003, 907; (6) Zabban, *La fusione e la scisisone: linee guida della riforma, aspetti di contenuto e procedimentali, semplificazioni*, relazione a Convegno Paradigma, Milano 25-26.6.2003.

Sezione III
Della scissione delle società

2506 Forme di scissione (1)

[1] Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società,

preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci.

[2] È consentito un conguaglio in danaro, purché non superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o quote attribuite. È consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa (2).

[3] La società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività.

[4] La partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

(1) Articolo così sostituito dal d.lg. n. 6/2003.
(2) Comma così modificato dall'art. 5, comma 1, lett. eee, d.lg. n. 37/2004.

Riferimenti normativi
Art. 2112 - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda; *Art. 2343* - Stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti; *Art. 2487-ter* - Revoca dello stato di liquidazione; *Art. 2493* - Approvazione tacita del bilancio; *Art. 2558* - Successione nei contratti

SOMMARIO: I. Fattispecie - II. Natura giuridica - III. La vicenda patrimoniale - IV. Trasformazione delle partecipazioni - V. Il conguaglio in denaro - VI. Società in liquidazione

I. Fattispecie

1 Nel recepire la sesta direttiva comunitaria in materia di società (82/891/CEE), il legislatore del 1991 ha esteso la già ampia nozione di scissione prevista dal diritto comunitario. L'ordinamento italiano, infatti, comprende nella fattispecie scissoria anche le operazioni assimilate alla scissione propriamente detta (come definita dagli artt. 2 e 21 della citata direttiva): quelle, cioè, che non comportano l'estinzione dalla società che si scinde, in quanto interessano solo una parte del suo patrimonio. Il fenomeno scissorio presenta così, nel diritto italiano, una notevole variabilità morfologica [G. SCOGNAMIGLIO (17) 14 e, *amplius*, 64]. Due sono, tuttavia, gli elementi caratterizzanti della fattispecie, già individuati dal legislatore del 1991 e sostanzialmente confermati dalla riforma, nonostante la diversa formulazione della norma in commento. Il primo è dato dalla **frammentazione del patrimonio** sociale, la quale si realizza attraverso una "assegnazione" patrimoniale da parte della società che si scinde (società scissa) in favore di una o più società beneficiarie. Il secondo consiste nella **trasformazione delle partecipazioni** nella società scissa in partecipazioni nelle società beneficiarie: in seguito alla scissione, pertanto, i soci della scissa divengono - secondo diverse modalità e proporzioni - soci delle beneficiarie. Ferme restando queste caratteristiche, la scissione può assumere forme molteplici, a seconda delle esigenze di riorganizzazione aziendale che essa sia destinata a soddisfare; e ciò sia sotto il profilo "oggettivo", della dimensione e dell'organizzazione dell'impresa, sia - eventualmente - sotto il profilo "soggettivo" della separazione della compagine sociale [D'ALESSANDRO (4) 80].

La scissione è, anzitutto, totale o parziale. La **scissione totale** si realizza attraverso 2
l'integrale disgregazione del patrimonio sociale, il quale viene ripartito tra una *pluralità di società beneficiarie*; la società scissa, conseguentemente, si estingue (*rectius*, si scioglie senza doversi far luogo a liquidazione) e l'intera sua compagine sociale viene distribuita tra le beneficiarie. Avvalendosi dell'opzione consentita agli stati membri dall'art. 25 della sesta direttiva comunitaria, il legislatore italiano ha voluto, già dal 1991, assimilare alla fattispecie descritta la scissione c.d. impropria, cioè la **scissione parziale**. È, infatti, consentito alla società scissa di devolvere solo una parte del proprio patrimonio ad *una o più società beneficiarie*, proseguendo la propria attività con la parte restante; analogamente, solo una parte delle partecipazioni della scissa è oggetto di trasformazione in azioni o quote delle beneficiarie. L'art. 2506, c. 3, chiarisce ora inequivocabilmente il carattere meramente eventuale del momento estintivo nella fattispecie di scissione, là dove precisa che la scissione *può* costituire (*sc.* nel caso di scissione totale) una modalità di scioglimento senza liquidazione della società.

La scissione (totale o parziale) può inoltre realizzarsi **per incorporazione**: ciò si 3
verifica ogniqualvolta una delle società beneficiarie preesista all'operazione. In quest'ultima ipotesi si realizza un "fenomeno nel fenomeno" [LUCARELLI (9) 191]: nell'ambito dell'operazione di scissione, infatti, si verifica una fusione per incorporazione limitatamente alla parte di patrimonio (e della compagine sociale, ov'essa sia oggetto di separazione) assegnata alla società beneficiaria già esistente. Rispetto alla fusione per incorporazione, la scissione consente una pluralità di beneficiarie incorporanti. La scissione in favore di un'unica incorporante dev'essere necessariamente parziale: dal punto di vista fenomenologico, essa corrisponde ad una parziale fusione per incorporazione [PORTALE (14) 485].

Alternativamente, tutte o alcune delle società beneficiarie possono essere di **nuova** 4
costituzione. A prescindere dalla posizione che si intenda assumere in merito alla natura giuridica dell'istituto (v. *infra* 5), la scissione realizza in tal caso - se non altro, quale effetto - un'ipotesi di costituzione unilaterale di società. In caso di scissione parziale, può essere costituita anche una sola beneficiaria. La scissione totale in favore di una pluralità di beneficiarie costituite *ad hoc* viene, invece, comunemente assimilata ad una "fusione [propria] alla rovescia" [NIGRO (11) 17; FERRO-LUZZI (6) 1066]. I *punti di contatto tra fusione e scissione* sono invero molteplici, come risulta evidente dai copiosi rinvii normativi contenuti (e, in larga parte, mantenuti) nella disciplina codicistica. Ciò non toglie, tuttavia, che la scissione sia caratterizzata da un maggiore "polimorfismo" della figura [D'ALESSANDRO (3) 875] e ponga conseguentemente esigenze disciplinari specifiche, tali da rendere talora fuorviante la metafora della specularità dei due fenomeni [ABATE (1) 517; G. SCOGNAMIGLIO (17) 5].

II. Natura giuridica

L'annoso dibattito circa la natura giuridica della scissione ruota attorno a **due poli** 5
contrapposti [PORTALE (14) 481]: da una parte, la teoria c.d. traslativa che ravvisa

nella scissione un fenomeno di carattere successorio; dall'altra, la teoria c.d modificativa secondo la quale la scissione rappresenterebbe una complessa modificazione dell'originario contratto sociale. I fautori della **teoria traslativa** ritengono "imprescindibile", e perciò qualificante, il trasferimento del patrimonio [Picciau (13) 1201]. Dalla centralità della vicenda traslativa si fa quindi discendere il carattere successorio dell'istituto: successione *in universum jus*, nel caso di scissione totale; successione a titolo particolare, nel caso di scissione parziale. Tale impostazione presenta evidenti punti di contatto con la tesi estintivo-costitutiva in materia di fusione [C. s.l. 27.4.2001 n. 6143, *Gcomm.* 2002, II, 173]; sicché essa perviene a considerare estinta la società scissa, nel caso di scissione totale, e del tutto nuove le società beneficiarie non preesistenti all'operazione [Calì (2) 56]. In ogni caso, quand'anche la scissione non produca effetti estintivi o costitutivi di sorta, la sua natura giuridica si individua nel trasferimento di patrimonio tra società scissa e società beneficiarie.

6 La **teoria modificativa**, che individua invece la natura dell'istituto in una modifica dell'atto costitutivo, denuncia l'inadeguatezza di una ricostruzione basata sulla centralità del fenomeno traslativo e perviene, così, a negare che la scissione produca alcun effetto traslativo in senso tecnico [Calì (2) 58]. Secondo questa tesi, infatti, il fenomeno scissorio avrebbe ad oggetto non la circolazione di beni e rapporti rispetto ai soggetti, né - tanto meno - la creazione e l'estinzione di questi ultimi. Piuttosto, la scissione inciderebbe direttamente sull'*organizzazione societaria*, moltiplicando, frammentando ed eventualmente aggregando le strutture produttive delle società coinvolte [Ferro-Luzzi (6) 1068]. Per conseguenza, il trasferimento degli elementi patrimoniali rivestirebbe valenza meramente strumentale rispetto al più complesso fenomeno organizzativo che costituisce la vera essenza della scissione. In questa prospettiva, la società scissa non trasferisce beni e rapporti giuridici alle beneficiarie. È invece l'organizzazione societaria che, frammentandosi, comporta la disaggregazione degli elementi patrimoniali e la relativa riaggregazione in società preesistenti ovvero create all'uopo. Analogamente, la scissione non determina propriamente né costituzione, né estinzione di società: costituzione ed estinzione rappresentano solo gli strumenti formali per realizzare la modificazione dell'originario contratto sociale, rispetto al quale - secondo la tesi riferita - non vi sarebbe soluzione di continuità [Lucarelli (9) 188].

7 La riforma sembra suggerire una presa di posizione a favore della **centralità del momento organizzativo** e quindi della teoria modificativa [Tamburini (18) 2580]. In materia di scissione, infatti, il patrimonio non è più oggetto di "trasferimento" bensì di "assegnazione" da parte della società scissa. Si osserva tuttavia in dottrina che la mutata terminologia non ha portata decisiva quanto alla preferibilità dell'una o dell'altra tesi: senza contare che il termine atecnico "assegnazione" presuppone comunque un trasferimento [Portale (15) 148]. Ritengo, per altro verso, condivisibile la posizione di chi da tempo auspica che la controversia si svuoti di importanza [Jaeger-Denozza (7) 565]. Momento organizzativo e momento traslativo coesistono inevitabilmente, infatti, nella fattispecie di scissione: sicché né l'uno né l'altro è idoneo, di per sé, a descriverne il contenuto [G. Scognamiglio (17) 121]. Mentre il diritto positivo offre (così come probabilmente offriva già l'art. 2504-*septies* prev.) spunti sufficienti a ricostruire la scissione come istituto a causa tipica, consistente (secondo la nuova terminologia adottata dal legislatore) in una "assegnazione" patrimoniale dalla scissa alle beneficiarie verso attribuzione, ai soci della scissa, di partecipazioni nella beneficiarie medesime.

III. La vicenda patrimoniale

Il trasferimento di elementi patrimoniali dalla scissa alle beneficiarie è sorretto 8
dalla causa tipica della **scissione** e *non è* pertanto - secondo l'opinione maggioritaria in dottrina - riconducibile ad una fattispecie di alienazione o di **conferimento** [Lucarelli (9) 244]. Si osserva, fra l'altro, che la società scissa nulla ottiene in corrispettivo (diversamente dalle ipotesi poc'anzi richiamate), poiché - ed è questo il tratto caratteristico della scissione - le azioni della beneficiaria vengono attribuite direttamente ai soci della scissa [Landolfi (8) 891]. Resta tuttavia aperta la questione circa l'applicabilità in via analogica dell'art. 2343 (come adesso dell'art. 2465 per la s.r.l.), a fini di tutela dell'effettività del capitale sociale. In giurisprudenza, la necessità della perizia di stima *ex* art. 2343 è stata argomentata sulla base della necessità di evitare annacquamenti di capitale [Trib. Verona 6.11.1992, *Gcomm.* 1995, II, 434; Trib. Verona 9.6.1994, *NT* 1995, 40], ovvero ritenendo la scissione assimilabile *tout court* ad una fattispecie di conferimento [Trib. Brescia 11.3.1998, *RN* 1999, II, 752; *contra* Trib. Udine 27.9.1994, *Soc* 1995, 227]. Appare tuttavia preferibile la posizione giurisprudenziale che ritiene *non applicabile alla scissione l'art. 2343* [in dottrina: *conf.* G. Sgnognamiglio (17) 338; *contra* Rordorf (16) 89] quando all'operazione partecipino soltanto società di capitali [Trib. Udine 18.10.1993, *NGCC* 1994, I, 723; Trib. Napoli 23.7.1993 e Trib. Napoli 11.6.1993, *FI* 1994, I, 235], salvo che la beneficiaria venga costituita con un capitale sociale superiore al valore contabile del patrimonio netto trasferito [Trib. Torino 19.5.1995, *GI* 1996, I, 2, 32]. La riforma ha, infatti, chiarito il principio della continuità dei valori contabili post-fusione (e scissione - cfr. art. 2506-*quater*, 6): quanto basta a garantire l'effettiva formazione del capitale della beneficiaria [Landolfi (8) 891; Lucarelli (9) 227; Ferro-Luzzi (6) 1072]. Mentre, nel caso di scissione eterogenea, la relazione di stima *ex* art. 2343 è ora oggetto di uno specifico richiamo normativo (cfr. art. 2506-*ter*, 11).

La riforma conferma l'assenza di limiti quantitativi o qualitativi rispetto all'og- 9
getto del trasferimento patrimoniale *ex* scissione [G. Scognamiglio (17) 128]. Nell'ordinamento italiano, diversamente dal diritto tedesco e spagnolo (che prevedono, rispettivamente, requisiti quantitativi e qualitativi per l'ammissibilità della scissione parziale), si ritengono perciò trasferibili a titolo di scissione anche singole attività e singole passività [Portale (14) 503]. Ciò non toglie che alla scissione consegua, di norma, il trasferimento - o, se si vuole, l'assegnazione - di un'azienda o di un ramo di essa. In questa ipotesi, si pone il problema del **coordinamento tra la scissione e la disciplina del trasferimento di azienda** [su cui v., ampiamente, G Scognamiglio (17) 264]. La questione può essere affrontata a prescindere dalla qualificazione giuridica che si intenda riconoscere alla scissione

[Portale (14) 505]. Chi preferisce inquadrare l'istituto nell'ambito di una vicenda successoria ritiene, infatti, applicabili in via diretta le norme non già rinvenibili nella disciplina della scissione [Picciau (13) 1216]. I fautori della teoria modificativa, per altro verso, non negano l'applicabilità in via analogica delle norme medesime, ove ricorra l'esigenza di salvaguardare interessi meritevoli di tutela [Palmieri (12) 189]. Sembra dunque che l'analisi debba essere condotta caso per caso, posto che nessuno nega l'astratta compatibilità della scissione con il trasferimento di azienda, stante la neutralità di tale ultima fattispecie rispetto alla causa della cessione [Tamburini (18) 2583]. In tema di tutela dei creditori, la specificità delle norme dettate per la scissione (in alcune ipotesi più garantistiche di quelle stabilite in tema di circolazione dell'azienda) induce la dottrina maggioritaria ad escludere la sovrapposizione delle due discipline [Lucarelli (9) 283]. D'altro canto, in materia di rapporti di lavoro, la giurisprudenza di legittimità non dubita dell'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda (e, in particolare, dell'art. 2112) ogni qualvolta la scissione determini un mutamento nella titolarità dell'azienda [C s.l. 6.10.1998 n. 9897, *GC* 1999, I, 741]. Quest'ultima circostanza pone specifici problemi interpretativi con riferimento alla disciplina applicabile ai contratti in generale. A prescindere, infatti, dalla pertinenza dell'art. 2558, c. 1 e 2, rispetto alla fattispecie scissoria, la sorte dei contratti che risultano ceduti per effetto della scissione va attentamente valutata alla luce delle clausole contrattuali concernenti il mutamento formale o sostanziale di controparte [Portale (14) 505]. Non sembra, infatti, potersi dubitare dell'astratta idoneità di tali clausole ad interrompere la naturale continuità dei rapporti negoziali che caratterizza la scissione, anche a prescindere dalla cessione d'azienda che eventualmente vi concorra.

IV. Trasformazione delle partecipazioni

10 L'assegnazione delle partecipazioni nelle società beneficiarie direttamente ai soci della società scissa, in conseguenza della frammentazione del relativo patrimonio, rappresenta l'elemento caratterizzante della fattispecie scissoria. In questo, la scissione si differenzia dall'operazione di **scorporo**, attraverso la quale le partecipazioni nelle società beneficiarie dell'attribuzione patrimoniale vengono assegnate alla stessa società conferente [Nigro (11) 1]. Lo scorporo, pertanto, si realizza attraverso un conferimento in senso tecnico, avente di norma ad oggetto un'azienda o un ramo di essa. Il problema dello scorporo a favore di società di nuova costituzione risulta oggi superato, nel contesto delle società di capitali, in seguito all'esplicito riconoscimento dell'ammissibilità della costituzione unilaterale (artt. 2328 e 2463). Resta, semmai, da verificare la compatibilità dell'operazione rispetto al divieto di assunzione di partecipazioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale [Lucarelli (9) 310].

11 L'essenzialità dell'**assegnazione di azioni o quote delle beneficiarie ai soci della scissa** è stata affermata in una delle prime pronunzie giurisprudenziali in materia di scissione, la quale ha ritenuto non utilizzabile "lo schema normativo della scissione nell'ipotesi in cui sia previsto il trasferimento di beni senza assegnazione di quote" [Trib. Verona 6.11.1992, *Gcomm.* 1995, II, 434]. La radicalità di tale

impostazione è stata criticata dalla dottrina, in quanto ingiustificatamente riduttiva delle potenzialità operative dell'istituto [Portale (14) 485]. In almeno un caso, infatti, potrebbe farsi luogo a scissione senza attribuzione di partecipazioni della beneficiaria: e ciò nell'ipotesi di **scissione (parziale) a favore di controllante totalitaria**. Opera in questo caso il divieto di cui all'art. 2504-*ter*, sì che le partecipazioni nella scissa interessate dall'operazione non possono essere oggetto di concambio ma devono, al contrario, essere annullate. L'ultimo decreto correttivo della riforma (d.lg. 310/04) ha provveduto a esplicitare per la scissione il richiamo dell'art 2505 che disciplina la fusione per incorporazione di società interamente possedute, fugando così ogni dubbio circa la legittimità dell'operazione descritta; peraltro, anche prima della riforma, la corrispondente disposizione dell'art. 2504-*quinquies* prev. era ritenuta suscettibile di applicazione estensiva [Portale (13) 486].

Tra le molteplici funzioni che si possono riconoscere alla scissione vi è senz'altro 12
quella della **divisione c.d. soggettiva della compagine sociale**, la quale può o no accompagnarsi alla (inevitabile) divisione c.d. oggettiva avente ad oggetto il patrimonio sociale [Abate (1) 517; in senso parzialmente difforme D'Alessandro (4) 80]. Se per divisione soggettiva si intende, infatti, la separazione dei soci che non intendano più proseguire l'esercizio in comune dell'attività sociale, è indubbio che la scissione consenta di associare a ciascuna beneficiaria una diversa porzione dell'originaria compagine sociale, evitando così una liquidazione forzata che potrebbe disperdere il valore d'avviamento dell'impresa [Jaeger-Denozza (7) 579]. Condizione necessaria affinché la scissione possa realizzare la separazione della compagine sociale è la *distribuzione delle azioni o quote delle beneficiarie in misura non proporzionale alla partecipazione dei soci nella scissa.* Al riguardo, il legislatore del 1991 si premurava di assicurare che il "divorzio" tra maggioranza e minoranza non si trasformasse in un "ripudio" e perciò riconosceva al singolo socio il diritto di richiedere, in ogni caso, la partecipazione a tutte le società interessate dall'operazione in proporzione all'aliquota di partecipazione originaria (art. 2504-*octies* prev.); senza, peraltro, con ciò stabilire necessariamente una regola di unanimità dei consensi per la realizzazione della scissione non proporzionale [D'Alessandro (4) 83]. La soluzione adottata dalla riforma, in punto di tutela del socio minoritario, si allontana ulteriormente dal modello consensualistico della separazione dei soci, là dove riconosce al socio dissenziente rispetto alla deliberazione di scissione non proporzionale nulla di più che il diritto di recesso (*rectius*, c.d. diritto di "*sell-out*" - cfr. art. 2506-*bis*, c. 3). Nel contempo, tuttavia, il legislatore della riforma ha disposto - con l'art. 2506, c. 2 - l'unanimità dei consensi per le ipotesi di separazione realizzate nel contesto di una scissione parziale, cioè attraverso l'attribuzione ad alcuni soci di azioni o quote della società scissa, anziché della beneficiaria [c.d. "scissione asimmetrica", G. Scognamiglio (17) 32 e 183].

Sulla base della formulazione letterale dell'art. 2504-*septies* prev., una parte della 13
dottrina riteneva che la natura dell'operazione di scissione richiedesse "la necessaria assegnazione delle partecipazioni sociali delle società beneficiarie a *tutti* i soci della società scissa" [Nigro (11) 67]. Da ciò si faceva discendere l'inammissibilità

di una separazione della compagine sociale realizzata mediante attribuzione delle azioni o quote delle beneficiarie solo ad alcuni dei soci, mentre gli altri incrementano l'aliquota di partecipazione nella società scissa; non si riteneva di conseguenza ammissibile, nel nostro ordinamento, la **scissione parziale non proporzionale** con unica beneficiaria (ma il ragionamento è estensibile al caso di pluralità delle beneficiarie). Nel vigore della precedente disciplina, tale impostazione era stata smentita dalla giurisprudenza più recente [C App. Venezia 16.3.2000, *Gcomm.* 2001, II, 268]. L'art. 2506, c. 2, ha adesso espressamente legittimato le operazioni della specie, subordinandole tuttavia al *consenso unanime dei soci*. L'*incongruenza di tale soluzione* merita di essere sottolineata. Non si giustifica, infatti, la disparità di trattamento rispetto alla scissione totale non proporzionale, normalmente assoggettata al regime maggioritario e tuttavia idonea a realizzare - nei confronti dei soci - un risultato analogo a quello della scissione parziale non proporzionale [G SCOGNAMIGLIO (17) 36]. Eppure, in quest'ultima ipotesi, il socio minoritario dispone di un vero e proprio potere di veto anziché del mero diritto di far acquistare le proprie partecipazioni *ex* art. 2506-*bis*, c. 4.

V. Il conguaglio in denaro

14 L'art. 2506, c. 2, pone altresì fine alla dibattuta questione circa il **regime dei conguagli in denaro nella scissione**. La norma, adesso, nel prevederne espressamente l'ammissibilità, riproduce il limite percentuale del dieci per cento già stabilito in materia di fusione, la cui applicabilità alla scissione era finora discussa in dottrina [LUCARELLI (9) 292]. Il conguaglio in denaro rappresenta un espediente tecnico per la risoluzione del problema dei resti frazionari derivanti dall'applicazione del rapporto di cambio alle partecipazioni effettivamente detenute dai soci. Come tale, il conguaglio deve avere applicazione generale e paritetica verso tutte le frazioni della partecipazione originaria che residuano dopo il concambio di azioni e quote delle società beneficiarie [NIGRO (11) 13].

15 Se si accede all'impostazione delineata, il **limite percentuale del dieci per cento** va calcolato rispetto al valore nominale (o contabile) delle azioni o quote *complessivamente* assegnate da ciascuna società beneficiaria, piuttosto che rispetto al valore delle azioni concambiate da ciascun socio. L'interesse del socio alla prosecuzione della partecipazione nelle società beneficiarie viene salvaguardato, infatti, non dall'anzidetto limite percentuale bensì dalle limitate possibilità di attribuzione di somme di denaro, in vece delle partecipazioni, nel contesto delle operazioni di fusione e scissione: tali somme possono essere versate *solo a titolo di conguaglio*, cioè a fronte di pacchetti azionari o quote insufficienti a formare un'unità di cambio. In tale prospettiva, la fissazione normativa dell'ammontare massimo dei conguagli appare volta a tutelare, piuttosto, l'interesse dei creditori all'integrità del patrimonio delle beneficiarie, che subisce una riduzione in misura corrispondente alle somme di denaro versate ai soci. Tale interpretazione, già avanzata in dottrina anteriormente alla riforma, è del resto l'unica che consente di predeterminare l'ammontare massimo dei conguagli che possono essere corrisposti dalle beneficiarie [NIGRO (11) 18]. Essa appare perciò suffragata dal tenore delle nuove disposizioni contenute nell'art. 2506, c. 2, e - soprattutto - nell'art. 2506-*bis*, c. 1, là dove si dispone l'indicazione preventiva, nel progetto di scissione, dell'eventuale conguaglio in denaro, unitamente alla descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna società beneficiaria.

VI. Società in liquidazione

Rispondendo alle sollecitazioni di una parte della dottrina, la riforma ha fatto 16
cadere il divieto di procedere ad operazioni di fusione o scissione per le **società sottoposte a procedure concorsuali** [DE ANGELIS (5) 57]. La scelta operata va senz'altro salutata con favore, considerata l'utilità delle operazioni di riorganizzazione societaria nell'ambito della gestione delle crisi d'impresa; utilità testimoniata dal frequente ricorso alle operazioni della specie negli ordinamenti stranieri, in particolare quello statunitense. Solo per inciso, mette conto richiamare l'attenzione sul diverso regime riservato alle operazioni di trasformazione, che risultano ora ammissibili in pendenza di procedura concorsuale solo a condizione che non vi siano "incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa" (art. 2499). Rispetto alla scissione (come, del resto, alla fusione) opera invece solo il **limite della distribuzione del residuo attivo tra i soci**. Di conseguenza, fintantoché tale distribuzione non si ritenga iniziata (v. *infra* 18) le società in liquidazione (volontaria o concorsuale) possono partecipare ad operazioni di scissione in qualità sia di società scissa, sia di società beneficiaria.

È ormai opinione prevalente che la scissione non modifichi di per sé lo stato di 17
liquidazione, essendo la scissione medesima una possibile modalità di realizzazione dello scopo liquidatorio [MANZINI (10) 681]. Ciò implica che la partecipazione ad operazioni di scissione **non presuppone** necessariamente la **revoca dello stato di liquidazione** [G. SCOGNAMIGLIO (17) 95]. Diversamente, infatti, la precisazione contenuta nell'ultimo comma dell'articolo in commento (e già nell'art. 2504-*septies* prev.) sarebbe superflua: una volta revocato lo stato di liquidazione la società non incontrerebbe comunque limiti alla partecipazione ad operazioni di fusione e scissione. La questione ha perduto buona parte della sua rilevanza pratica una volta chiarito, da parte del novello art. 2487-*ter*, il principio della revocabilità a maggioranza dello stato di liquidazione, nelle società di capitali (anche se, è bene ricordarlo, la revoca dello stato di liquidazione costituisce ora un'inderogabile causa di recesso *ex* artt. 2347 e 2473). Non sembrano comunque esserci ostacoli acciocché *la società si scinda restando in liquidazione*, e a che ciò avvenga in favore di beneficiaria(e) che versi(no) in stato di liquidazione, ovvero in favore di società normalmente operative (previa, in tal caso, revoca dello stato di liquidazione da adottare in sede di deliberazione della scissione). Secondo una parte della dottrina, le alternative sopra descritte sarebbero ugualmente praticabili con riguardo a beneficiarie preesistenti e di nuova costituzione [LUCARELLI (9) 186].

Cosa debba intendersi per **inizio della distribuzione dell'attivo**, momento dal quale 18
opera il divieto di partecipare ad operazioni di fusione e scissione, è oggetto di vivace discussione in dottrina. La riforma non è d'aiuto: la nuova disciplina della revoca dello stato di liquidazione omette persino di esplicitare l'impraticabilità di

quest'ultima una volta iniziata la distribuzione dell'attivo (eppure tale precisazione si legge nella relazione di accompagnamento del d.lg. 6). Il quadro interpretativo può dirsi, pertanto, immutato. Secondo l'impostazione preferibile, il punto di non ritorno della fase liquidatoria - a partire dal quale lo stato di liquidazione diviene incompatibile con qualunque ipotesi di ripristino o prosecuzione dell'attività sociale - si identifica nella definizione irrevocabile del diritto del socio al riparto dell'attivo. Per conseguenza, *le operazioni di fusione e scissione risultano precluse a partire dall'approvazione del bilancio finale di liquidazione* in base agli artt. 2311 e 2493, ancorché la distribuzione del residuo attivo non sia ancora materialmente iniziata [MANZINI (10) 680]; si dubita, per altro verso, della realizzabilità di operazioni di fusione e scissione qualora, anteriormente al deposito del bilancio finale, i liquidatori abbiano proceduto a riparti parziali. Altra parte della dottrina fa invece risalire il divieto di partecipazione ad operazioni di fusione e scissione al momento del deposito, anziché dell'approvazione, del bilancio finale di liquidazione [LUCARELLI (9) 185; ABATE (1) 520].

BIBLIOGRAFIA: (1) ABATE ed altri, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, La riforma del diritto societario* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003; (2) CALÌ, *Questioni in materia di scissione, QGcomm*, 219, Milano, 2000; (3) D'ALESSANDRO, *La scissione delle società, RDImp* 1991, 13; (4) D'ALESSANDRO, *Problemi civilistici controversi in tema di scissione: distribuzione delle azioni e delle quote sociali, Scritti Salafia*, Milano, 1998, 79; (5) DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario, RS* 2002, 41; (6) FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione, Gcomm.* 1991, I, 1065; (7) JAEGER-DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000; (8) LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patrimonio, Soc* 1994, 890; (9) LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999; (10) MANZINI, *Trasformazione, fusione e scissione di società, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* (collana diretta da GALGANO), 39, Padova, 1998; (11) NIGRO, *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società, QGcomm*, 225, Milano, 2001; (12) PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; (13) PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento di azienda, RS* 1995, 1189; (14) PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni, RS* 2000, 481; (15) PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale, CG* 2003, 146; (16) RORDORF, *Lineamenti generali dell'istituto della scissione*, in *Fusioni e Scissioni di società: profili civili e fiscali*, Milano, 1993; (17) G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, Trattato CP*, Torino, 2004; (18) TAMBURINI, *Della scissione di società, Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI-ALBERTI, Padova, 2005.

2506-bis Progetto di scissione [1]

[1] L'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige un progetto dal quale devono risultare i dati indicati nel primo comma dell'articolo 2501-ter ed inoltre l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in danaro.

[2] Se la destinazione di un elemento dell'attivo non è desumibile dal progetto, esso, nell'ipotesi di assegnazione dell'intero patrimonio della società scissa, è ripartito tra le società beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; se l'assegnazione del patrimonio della società è solo parziale, tale elemento rimane in capo alla società trasferente.

[3] Degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, nel primo caso, le società beneficiarie, nel secondo la società scissa e le società beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria.

[4] Dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto.

[5] Il progetto di scissione deve essere pubblicato a norma dell'ultimo comma dell'articolo 2501-*ter*.

(1) Articolo così sostituito dal d.lg. n. 6/2003.

Riferimenti normativi
Art. 1329 - Proposta irrevocabile; *Art. 2347-ter* - Criteri di determinazione del valore delle azioni; *Art. 2473* - Recesso del socio; *Art. 2502* - Decisione in ordine alla fusione

SOMMARIO: I. Progetto di scissione - II. Patrimonio netto contabile e suo valore "effettivo" - III. Responsabilità solidale per le passività di incerta imputazione - IV. Rapporti di cambio - V. Ripartizione delle partecipazioni - VI. Scissione non proporzionale

I. Progetto di scissione

Il progetto rappresenta un momento fondamentale nell'ambito del **procedimento 1 di scissione**. Con tale documento gli organi amministrativi delle società coinvolte nell'iniziativa danno conto della predisposizione dell'operazione in tutti i suoi aspetti. Il legislatore richiede, infatti, un notevole grado di dettaglio in ordine ai soggetti coinvolti, ai loro atti costitutivi (o alle relative modificazioni), alle modalità di realizzazione del concambio delle partecipazioni, alla decorrenza degli effetti finanziari e contabili dell'operazione (cfr. art. 2501-*ter*, richiamato dalla norma in commento). Come nella fusione, la progettazione della scissione è *competenza esclusiva* dell'organo amministrativo [LUCARELLI (7) 128]; ad esso spetta l'iniziativa e la predisposizione dei termini dell'operazione, nell'esercizio del relativo giudizio imprenditoriale (c.d. *business judgement*). Ai soci è invece, di norma (con l'eccezione di cui si dirà sub art. 2506-*ter*, 14), riservata la *decisione* (ora non più necessariamente una *deliberazione*) in ordine alla scissione, la quale viene adottata "mediante approvazione del [...] progetto" predisposto dall'organo amministrativo, con le diverse modalità stabilite dall'art. 2502 a seconda che si tratti di società di persone o di società di capitali.

2 Nella scissione, il progetto deve contenere due indicazioni ulteriori rispetto a quanto richiesto nell'ambito delle operazioni di fusione. Si richiede, anzitutto, l'**esatta descrizione degli elementi patrimoniali** da "assegnare" a ciascuna società beneficiaria. La prescrizione deriva dalla specificità della scissione, la quale prevede strutturalmente la disaggregazione (totale o parziale) del patrimonio della società scissa e quindi la necessità di individuare in dettaglio l'allocazione degli elementi patrimoniali che consegue all'operazione. La seconda specificità del progetto di scissione è data dai **criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie**. Si tratta, anche in questo caso, di un fenomeno peculiare della scissione la quale - contrariamente alla fusione - postula una pluralità di società risultanti dal processo di riorganizzazione (almeno due beneficiarie, qualora la scissa si estingua, laddove nella fusione v'è sempre una sola società risultante). Sicché la scissione impone di per sé di precisare i criteri di allocazione dei soci tra le diverse beneficiarie (ovvero, adesso pacificamente, tra la scissa e la/le beneficiarie - cfr. art. 2506, 13); potendo eventualmente prevedere la ripartizione della compagine sociale tra le beneficiarie attraverso l'adozione di un criterio diverso da quello proporzionale.

3 La funzione del progetto di scissione è, come nella fusione, quella di fornire a tutti gli interessati un'ampia e dettagliata informazione circa l'operazione che le società coinvolte si accingono a intraprendere [CALÌ (3) 91]. La riforma rimedia ad una incongruenza della disciplina previgente [NIGRO (8) 15], stabilendo - sia pur con un rinvio impreciso [TAMBURINI (12) 2597] - che il progetto di scissione è depositato per l'**iscrizione nel registro delle imprese** a norma dell'art. 2501-*ter*. Quest'ultimo articolo, tuttavia, ora prevede che il termine di trenta giorni per l'adozione della decisione in ordine alla fusione sia rinunciabile da parte dei soci con consenso unanime. Val quanto dire che *il termine d'informazione preventiva circa il progetto di scissione (e di fusione) è stabilito nell'esclusivo interesse dei soci.* Ai *creditori anteriori* rispetto alla pubblicazione del progetto spetta infatti, *ex* art. 2503, il diritto di opposizione avverso non il *progetto*, bensì la *decisione* di scissione; e la legge ora chiarisce che quest'ultima potrebbe essere adottata immediatamente dopo la pubblicazione del progetto. Sicché (prescindendo dai soci) la **pubblicità del progetto di scissione** è rivolta a tutelare i *creditori successivi alla pubblicazione*, nonché *i terzi* in generale, i quali dovranno tener conto degli effetti dell'operazione nel decidere se e come contrattare con la società scindenda, nelle more del procedimento.

4 Dalla ripartizione di competenze e dall'assetto di interessi sinteticamente delineati dottrina e giurisprudenza dominanti facevano discendere, nel vigore della disciplina previgente, la non **modificabilità del progetto di fusione** (e, conseguentemente, di quello di scissione) da parte dell'assemblea dei soci [per un'efficace sintesi delle argomentazioni v. CALÌ (3) 93]. Tuttavia, la dottrina più attenta individuava la radice del problema non tanto nella ripartizione di competenze tra organo amministrativo e assemblea dei soci, quanto piuttosto nella ricerca di un grado di *modificabilità tale da non arrecare pregiudizio* agli interessi tutelati attraverso la pubblicità del documento (segnatamente, quelli dei *soci* e dei *terzi*) [LUCARELLI (7) 367]. In giurisprudenza, una delle pochissime pronunzie in tema di progetto di scissione appare confermare l'impostazione delineata, là dove ritiene rilevante (e perciò non ammissibile) la difformità delle deliberazioni di scissione rispetto al progetto quando riguardi aspetti "non marginali" e tali, pertanto, da ingenerare incertezza nei terzi [C App. Napoli 16.4.1997, *RN* 1997, 929]. Il legislatore della riforma, intervenendo a fare chiarezza sul punto, ha risolto la questione in termini pressoché analoghi: la decisione di scissione può adesso apportare modifiche al progetto, *a patto che tali modifiche non incidano sui diritti dei soci e dei terzi* (art. 2502, c. 2, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5). Fuori da queste ipotesi - da ritenere per lo più marginali [v., *amplius*, G. SCOGNAMIGLIO (11) 433] -, la modifica del progetto di scissione impone di ricominciare da capo l'intera procedura [LUCARELLI (7) 368].

5 Si ritiene, invece, generalmente ammissibile il **progetto di scissione a contenuto alternativo**. La natura propositiva del documento risulta, infatti, compatibile con ipotesi alternative di allocazione degli elementi patrimoniali, ovvero di distribuzione delle partecipazioni. Ciò a condizione che, da un lato, il progetto medesimo espliciti le conseguenze della scelta in ordine ai valori della scissione, dimodoché "gli interessi meritevoli di tutela siano pienamente tutelati" [PORTALE (9) 500]. Milita a favore della possibilità di prevedere soluzioni alternative nel progetto di scissione la circostanza che una siffatta previsione può discendere dall'applicazione delle norme di salvaguardia del socio minoritario in caso di scissione non proporzionale. Ciò doveva avvenire obbligatoriamente, in seguito al riconoscimento dell'opzione individuale per la partecipazione proporzionale, nella disciplina previgente [LUCARELLI (7) 354]. Ma, analogamente, nell'assetto delineato dalla riforma, la previsione di criteri alternativi di allocazione delle partecipazioni può servire a evitare il diritto di *sell-out* ovvero, più semplicemente, a tener conto del relativo esercizio ai fini della distribuzione delle azioni o quote tra i soci rimanenti (v. *infra* 19).

II. Patrimonio netto contabile e suo valore "effettivo"

6 Nella scissione, il **concetto di patrimonio netto** riveste un'importanza fondamentale. La specifica rilevanza degli aspetti patrimoniali nella scissione rispetto alla fusione discende direttamente dalla peculiarità del fenomeno, che si realizza attraverso una frammentazione più o meno articolata del patrimonio della scissa. Tecnicamente, ciascuna beneficiaria risulta assegnataria di una parte delle attività e delle passività della scissa la cui differenza costituisce, appunto, il netto patrimoniale. Tale nozione rileva sotto due diversi profili [LUCARELLI (7) 232]. Da un lato, quello **contabile**, in relazione al quale il netto rappresenta la somma algebrica delle attività e passività assegnate dalla scissa alla beneficiaria, considerate a valori c.d. "di libro" (*id est*, quali risultanti da una situazione patrimoniale redatta secondo ai criteri che disciplinano la formazione del bilancio di esercizio); sotto questo profilo, il netto corrisponde alla porzione di capitale e riserve della scissa che viene riprodotta nello stato patrimoniale di ciascuna beneficiaria. D'altro lato, il patrimonio netto rileva in quanto **valore economico** delle attività e passività

assegnate a ciascuna beneficiaria (o, eventualmente, rimaste alla scissa). Tale valore diverge normalmente, oltre che concettualmente, da quello contabile: esso non rappresenta, infatti, una mera somma algebrica, bensì la valutazione indistintamente attribuita ad un complesso patrimoniale che, il più delle volte (anche se non necessariamente - cfr. art. 2506, 9) rappresenta un'azienda o un ramo di essa. A questo valore economico il legislatore ha inteso fare riferimento con l'espressione "valore effettivo del patrimonio netto", ancorché si tratti - a ben vedere - di un valore (effettivo o, se si vuole, economico) riferibile al patrimonio *tout court* e non anche al netto, che è invece espressione meramente contabile (e dunque "*ha* un valore, non *è* un valore" [Ferro-Luzzi (5) 1072]).

7 Ciò premesso, nello schema delineato dal legislatore del 1991 (e confermato, se non in qualche misura precisato, dalla riforma) il suddetto **valore economico "effettivo" dell'assegnazione patrimoniale** rappresenta "la misura della partecipazione (delle società e dei soci) alla scissione" [Lucarelli (7) 238]: sulla base di questo valore (rapportato alla valutazione economica complessiva della scissa) va determinato il rapporto di cambio acciocché esso risulti congruo nel senso postulato dall'art. 2501-*sexies*; il medesimo valore costituisce criterio di ripartizione tra le beneficiarie degli elementi dell'attivo della scissa di incerta assegnazione, nella scissione totale; sempre il "valore effettivo del patrimonio netto" assegnato (o rimasto) vale a limitare la responsabilità sussidiaria delle beneficiarie (e della scissa) per i debiti non soddisfatti dalla società cui fanno carico e altresì, *in seguito alla riforma*, la responsabilità diretta di ciascuna beneficiaria (ma non anche della scissa) per i debiti la cui destinazione non sia desumibile dal progetto.

8 In assenza di limitazioni normative circa il *quantum* dell'assegnazione patrimoniale, la dottrina da tempo si interroga circa la legittimità di una **scissione a valore nullo o**, addirittura, **negativo** [Lucarelli (7) 254]. In giurisprudenza, è stato ritenuta incompatibile con lo schema giuridico della scissione l'assegnazione di un patrimonio netto (contabile) nullo o negativo [Trib. Verona 6.11.1992, *Gcomm.* 1995, II, 434]; ma ciò in quanto, nel caso di specie, non vi era stata alcuna attribuzione di quote della beneficiaria ai soci della scissa (elemento, questo, che si ritiene essenziale nella fattispecie di scissione - cfr. art. 2506, 11). Se si prescinde dalla questione dell'emissione delle partecipazioni delle beneficiarie da assegnare ai soci della scissa (su cui cfr. art. 2506-*quater*, 10), non sembra tuttavia che il problema risieda nel valore nullo, o negativo, del netto contabile: la giurisprudenza ha infatti riconosciuto, in linea di principio, la *possibilità di costituire una beneficiaria con un capitale sociale superiore al netto contabile attribuito* sia pur richiedendo, in tal caso, la perizia di stima *ex* art. 2343 [Trib. Torino 19.5.1995, *GI* 1996, I, 2, 32]. Ciò nondimeno, la maggior parte degli studiosi inclina a ritenere non ammissibile una scissione realizzata mediante assegnazione di un patrimonio netto contabile negativo [Abate (1) 519; Portale (9) 492]. Secondo un orientamento minoritario, sarebbe invece praticabile una scissione con attribuzione di un saldo contabile negativo [Tamburini (12) 2601], purché sussistano presupposti tali da far ritenere conveniente l'operazione per tutte le società coinvolte e ferma

restando la necessaria attribuzione di azioni o quote della beneficiaria ai soci della scissa [Laurini (4) 930]. Quel che appare, di conseguenza, davvero insuperabile è il limite del *valore effettivo del patrimonio netto*, che dovrà risultare *comunque positivo* (se non altro, nel caso di beneficiarie di nuova costituzione) [Lucarelli (7) 254; G. Scognamiglio (11) 154].

III. Responsabilità solidale per le passività di incerta imputazione

9 Avvalendosi dell'opzione consentita dall'art. 3, c. 3, lett. b), della sesta direttiva comunitaria, la riforma ha introdotto una **limitazione della responsabilità solidale delle beneficiarie** per le passività di incerta imputazione. Come nel caso dei debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico, le beneficiarie rispondono adesso delle passività di incerta imputazione solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto loro assegnato; la società scissa - ove non estinta - risponde, invece, illimitatamente. Il tema della **responsabilità solidale** delle società partecipanti alla scissione verrà affrontato unitariamente ***sub* art. 2506-*quater***.

IV. Rapporti di cambio

10 Con l'espressione "concambio" delle partecipazioni si intende rappresentare il fenomeno della trasformazione delle azioni o quote della società scissa in partecipazioni nelle beneficiarie. Ciò costituisce una caratteristica essenziale della fattispecie di scissione, soggetta all'unica eccezione dell'annullamento delle partecipazioni in conseguenza dei divieti di assegnazione di azioni o quote stabiliti dall'art. 2504-*ter* (cfr. art. 2506, 11). Nella scissione parziale il concambio interessa soltanto una parte delle azioni o quote della scissa, a seconda dell'aliquota del capitale coinvolta nell'operazione. In generale, la sostituzione delle partecipazioni nella scissa in partecipazioni nelle beneficiarie avviene sulla base di una **pluralità di rapporti di cambio** [Nigro (8) 6]. Ciò discende dalla peculiarità dell'operazione di scissione che - a differenza della fusione - implica normalmente il concambio delle partecipazioni di un'*unica* società in quelle di *più* beneficiarie (salvo che si tratti di scissione parziale a favore di una sola beneficiaria).

11 Ciascun rapporto di cambio, implicando la trasformazione delle partecipazioni della scissa in azioni o quote di altra società (la beneficiaria), viene determinato sulla base della valutazione comparativa del patrimonio totale della scissa, da un lato, e del patrimonio devoluto alla beneficiaria, dall'altro [Ferro-Luzzi (5) 1072]. Anche in seguito alla riforma, il legislatore ha omesso di indicare i criteri di valutazione da adottare per la determinazione del rapporto di cambio. Dalla disciplina dettata in materia di fusione, e pressoché integralmente richiamata in tema di scissione, è lecito desumere un'ampia **autonomia tecnica dell'organo amministrativo** nella scelta del metodo (o, meglio, dei metodi) da adottare per la valutazione del patrimonio della scissa interessato dall'operazione, di quello assegnato a ciascuna beneficiaria, nonché - nel caso di scissione per incorporazione - del patrimonio della beneficiaria ante-scissione. Sulla base di queste valutazioni, infatti, gli organi amministrativi delle società interessate dalla scissione determineranno i vari rapporti di cambio, indicando nella loro relazione *ex* art. 2501-

quinquies (richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 1) "i criteri utilizzati e le eventuali difficoltà di valutazione". Ribadendo una siffatta impostazione, il legislatore ha implicitamente riconosciuto la *non riconducibilità delle valutazioni economiche del patrimonio aziendale ad un'univoca, obbiettiva determinazione*. Sennonché, ciò non vale ad attribuire all'organo amministrativo (e neppure, successivamente, alla maggioranza dei soci) un'assoluta discrezionalità nella determinazione del rapporto di cambio. Quest'ultimo, infatti, deve comunque risultare "congruo", cioè giustificato in base a criteri di valutazione ragionevoli, la cui *adeguatezza* (ma non anche *esattezza*, in senso deterministico) dovrà essere asseverata dall'apposita relazione degli esperti *ex* art. 2501-*sexies*, ogniqualvolta la scissione non produca un risultato univoco in ordine alla fissazione del rapporto di cambio (come invece, ad esempio, nel caso di scissione a favore di beneficiarie di nuova costituzione con distribuzione proporzionale delle partecipazioni tra i soci - cfr. art. 2506-*ter*, 5). La tesi della discrezionalità nella fissazione dei rapporti di cambio, purché operata sulla base di criteri ragionevoli ed idonei a produrre un risultato "congruo", risulta prevalente in dottrina [NIGRO (8) 6; *contra*, con dovizia di argomentazioni, LUCARELLI (7) 289]. In giurisprudenza si afferma l'insindacabilità nel merito del rapporto di cambio deliberato dalle assemblee delle società coinvolte in un'operazione di fusione e scissione [Trib. Torino 9.8.2000, *GI* 2000, 2317]; la congruità del rapporto è soggetta, al più, a sindacato di legittimità, ma solo là dove il medesimo rapporto sia fissato in maniera arbitraria o sulla base di dati incompleti e non veritieri [C 11.12.2000 n. 15599, *VN* 2001, 841].

12 Con specifico riguardo alla scissione, mette conto - da ultimo - sottolineare come il **rapporto di cambio** divenga, di fatto, **oggetto di trattativa** ogniqualvolta l'operazione rivesta (analogamente alla fusione) una dimensione intersoggettiva: cioè nel caso di scissione a favore di beneficiarie già esistenti. Ove si consideri quest'ultima circostanza, non può farsi a meno di individuare, nella fissazione del rapporto di cambio, l'esercizio di un vero e proprio giudizio imprenditoriale, in quanto tale non sindacabile in giudizio (c.d. *business judgement rule*), ancorché soggetto al limite normativo della congruità. Ma in termini analoghi si pone, a ben vedere, la determinazione del rapporto di cambio anche in tutte le altre ipotesi di scissione (diverse da quella prevista dall'art. 2506-*ter*, c. 3) in cui il rapporto di trasformazione delle partecipazioni risulta intimamente connesso all'allocazione dei nuclei patrimoniali tra le beneficiarie, prima, e tra i soci, poi. In questa prospettiva (quella, cioè, della separazione dei soci) la negoziabilità del rapporto di cambio, entro il limite della congruità, è il portato pressoché inevitabile dell'adozione di criteri di distribuzione delle partecipazioni diversi da quello proporzionale.

V. Ripartizione delle partecipazioni

13 Con riguardo alla posizione dei soci, la fattispecie elementare di **scissione** è quella c.d. **proporzionale**: ciascun socio acquista partecipazioni in tutte le società beneficiarie nella stessa proporzione in cui partecipa(va) alla società scissa. Nel caso in cui le beneficiarie siano tutte di nuova costituzione, la scissione proporzionale comporta che ciascuna società risultante dall'operazione riproduce fedelmente

la compagine sociale della scissa; nel caso di beneficiarie già esistenti, parimenti, la scissione proporzionale non importa divisione della compagine sociale della scissa, bensì solo la relativa integrazione (in blocco) con i soci delle incorporanti. Per realizzare una delle possibili funzioni della scissione, segnatamente la c.d. divisione soggettiva, occorre dunque far ricorso ad una ripartizione delle partecipazioni basata su un criterio diverso da quello proporzionale.

Nella prospettiva della **separazione della compagine sociale**, la scissione rappresen- 14
ta uno strumento assai versatile [NIGRO (8) 22]. Al limite, è addirittura possibile procedere allo smembramento dell'impresa sociale in tante società unipersonali quanti sono i soci (purché si tratti di società di capitali e siano rispettati i vincoli normativi in punto di capitale minimo); a fugare ogni residuo scetticismo, al riguardo, basti notare che la riforma ha esteso a tutte le società di capitali il principio della costituzione per atto unilaterale (artt. 2328 e 2463). Più in generale, va comunque osservato che *la separazione non deve necessariamente coinvolgere tutti i soci*: se così fosse, infatti, la divisione soggettiva sarebbe praticabile esclusivamente nel contesto di società con una ristretta compagine sociale. È quindi ipotizzabile, oltre che economicamente sensato, che nelle società a più larga compagine sociale la separazione riguardi alcuni soltanto tra i soci (presumibilmente, quelli di maggioranza), lasciando partecipare le minoranze a tutte le società beneficiarie, secondo il criterio proporzionale [NIGRO (8) 24].

La ripartizione delle partecipazioni secondo un criterio diverso da quello propor- 15
zionale pone problemi specifici in ordine alla **tutela delle minoranze**. La scissione è, infatti, decisa dai soci che controllano la società, con riguardo ad entrambi gli aspetti della divisione oggettiva (del patrimonio) e soggettiva (dei soci). Il criterio proporzionale, escludendo il secondo genere di divisioni, tutela le minoranze rispetto ad una *ripartizione asimmetrica dei valori pertinenti all'impresa sociale*: ovvero, richiamando un'efficace metafora proposta in dottrina, evita la "deportazione coatta" delle minoranze verso nuove società assegnatarie dei "rami secchi" dell'originaria impresa sociale [D'ALESSANDRO (4) 83].

Occorre, tuttavia, sgombrare il campo da alcuni equivoci in ordine all'**estensione** 16
della tutela offerta dal criterio in parola: la **ripartizione proporzionale** salvaguarda solo gli interessi patrimoniali del socio di minoranza, e per giunta esclusivamente in termini relativi (rispetto, cioè, ai soci di controllo i quali - per forza di cose - continueranno a condividere *pro quota* le sorti di tutti gli altri) [NIGRO (8) 54]. Ciò risulta evidente ove si consideri l'ipotesi di scissione proporzionale a favore di beneficiarie esistenti. In questo caso, la tutela degli interessi patrimoniali dei soci della scissa rispetto a quelli di ciascuna beneficiaria è assicurata, in parte, dal principio della congruità del rapporto di cambio ma, ancor più, dalla circostanza che quest'ultimo è - di fatto - negoziato dai soci di controllo i cui interessi risultano, sotto questo profilo, allineati a quelli della minoranza. Per altro verso, nel medesimo contesto ipotizzato, l'adozione del criterio proporzionale non offre alcuna tutela rispetto alla c.d. diluizione della partecipazione del socio, ovvero rispetto al mantenimento del suo "peso specifico" nelle società risultanti dalla

scissione. Tale circostanza non deve destare stupore, poiché il nostro sistema in realtà non prevede un principio generalizzato di salvaguardia dell'intensità dei poteri corporativi [LUCARELLI (7) 302]: basti pensare all'aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione ovvero alla disciplina della fusione. In entrambi i casi menzionati il regime di tutela delle minoranze (che dispone, rispettivamente, la congruità del prezzo d'emissione e del rapporto di cambio) è volto a evitare che il socio venga espropriato dei valori patrimoniali di sua spettanza. Ad analoga finalità risponde l'ulteriore tutela del socio minoritario nella scissione non proporzionale: il disallineamento degli interessi patrimoniali dei soci, che ne discende, combinato con gli inevitabili margini di discrezionalità nella fissazione di rapporti di cambio comunque "congrui", impone di individuare dei correttivi al potere della maggioranza di decidere la separazione dalle minoranze.

VI. Scissione non proporzionale

17 Il **problema della tutela delle minoranze** nella scissione non proporzionale era stato avvertito già dal legislatore comunitario. L'art. 5, c. 2, della sesta direttiva prevede, infatti, la *possibilità* per gli stati membri di riconoscere al socio minoritario il diritto di far acquistare le proprie azioni (c.d. "diritto di *sell-out*") in caso di attribuzione di partecipazioni nelle società beneficiarie in misura non proporzionale ai diritti sul capitale della scissa. Ove sia riconosciuto tale diritto, la contropartita deve corrispondere al valore delle azioni siccome stabilito, in caso di disaccordo, dal giudice. Lo schema delineato (che ricorda l'*appraisal right* di matrice statunitense - v., ad esempio, il § 262 del *Delaware General Corporation Code*) non rappresenta l'unico possibile strumento di tutela delle minoranze: la sua adozione non era pertanto obbligatoria per gli stati membri. La soluzione comunitaria si colloca in posizione intermedia rispetto ai due estremi del potere della maggioranza di indirizzare i soci verso l'una o l'altra beneficiaria, da un lato, e dell'assoggettamento delle operazioni della specie alla regola del consenso unanime, dall'altro. Quest'ultima soluzione (adottata, a quanto consta, dagli ordinamenti francese e tedesco) ha il pregio di risultare massimamente garantista per i soci di minoranza: tuttavia, attribuendo loro un potere di veto *sull'intera operazione*, rende di fatto impraticabile la divisione soggettiva là dove la compagine sociale non sia particolarmente ristretta. La soluzione opposta si presenta, viceversa, non adeguata a prevenire l'ineguale distribuzione dei valori aziendali tra i soci (essa risulta, tuttavia, adottata dall'ordinamento lussemburghese). La regola comunitaria (recepita, ad esempio, dagli ordinamenti greco e irlandese) non è peraltro priva di controindicazioni, in particolare là dove la rilevanza delle partecipazioni del socio dissenziente sia tale da trasformare il suo diritto di "recedere" in una potente arma ricattatoria [per i riferimenti di diritto comparato, cfr. NIGRO (8) 3]. Sulla scorta di queste considerazioni, il legislatore italiano del 1991 non aveva adottato nessuna delle anzidette soluzioni, bensì un espediente originalissimo: il diritto *individuale* del socio a richiedere la partecipazione *a tutte* le società beneficiarie, in proporzione alla quota di partecipazione originaria (art. 2504 *octies* prev., c. 4). La soluzione era solo apparentemente simile all'unanimità dei consensi. In realtà, come illustrato da uno dei suoi più autorevoli ideatori, essa

impediva alla maggioranza di imporre alla minoranza una distribuzione non proporzionale, ma non anche consentiva alla minoranza di imporre alla maggioranza una distribuzione proporzionale [D'ALESSANDRO (4) 84]. Tuttavia questo, come altri temi di dibattito, appartengono ormai al passato.

Il **superamento dell'opzione individuale del socio** per la partecipazione proporzio- 18
nale in favore di un meccanismo di tutela delle minoranze in linea con la soluzione comunitaria rappresenta, probabilmente, la più importante novità apportata dalla riforma alla disciplina della scissione. Ai soci dissenzienti (*rectius*: che "non approvino", quindi anche solo assenti) rispetto ad una deliberazione di scissione non proporzionale è ora attribuito il diritto di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri stabiliti per il recesso, volti ad accertare (in base al disposto dei nuovi artt. 2437-*ter* e 2473) l'*effettivo* valore di liquidazione delle quote. Il secondo periodo dell'art. 2506-*bis*, c. 4, solleva numerose questioni interpretative. Di seguito si tenterà di affrontarne solo alcune, senza pretesa di esaustività.

Il primo nodo da dipanare è rappresentato dal **presupposto del diritto di *sell-out***, 19
non tanto dal punto di vista formale ("non approvazione" della deliberazione - o "decisione" - di scissione), quanto piuttosto da quello sostanziale. Letteralmente, la norma individua quest'ultimo nella previsione, in sede di progetto, di criteri di ripartizione delle partecipazioni diversi da quello proporzionale. Tuttavia, alla luce delle considerazioni svolte poc'anzi in merito agli interessi protetti, conviene precisare che il rimedio non dovrebbe spettare in tutti i casi in cui la *partecipazione proporzionale del singolo socio minoritario* non venga messa in discussione; e ciò a prescindere dal fatto che la partecipazione *degli altri soci* alle beneficiarie sia o no proporzionale. Infatti, si è già avuto modo di osservare che l'interesse del socio a mantenere il proprio "peso" negli equilibri corporativi risulta privo di tutela giuridica. Ne consegue che la concessione del diritto di *sell-out* può essere evitata nel progetto di scissione non proporzionale, attribuendo al singolo socio l'opzione per la partecipazione proporzionale in tutte le società com'era previsto dall'art. 2504-*octies* prev. [CAGNASSO (2) 2364]. L'esercizio dell'opzione - come si è visto - non necessariamente precluderà la separazione parziale della compagine dei soci (cfr. *supra* 14).

Il diritto di far acquistare le partecipazioni rappresenta uno strumento nuovo nel 20
nostro diritto societario. Esso si differenzia dal recesso [*contra* CAGNASSO (2) 2364] in ciò la soggettività passiva dell'obbligo di acquisto dev'essere preventivamente individuata e non necessariamente chiama in causa - sia pur in via residuale - la società (cfr. artt. 2437-*quater* e 2473). Nel contesto della scissione, è altresì opportuno che soggetto passivo dell'obbligo non sia la società scissa, poiché tale circostanza solleverebbe non pochi problemi di compatibilità con il regime dell'acquisto delle proprie azioni o quote [SANTOSUOSSO (10) 271] di tempistica dell'acquisto in caso di scissione totale, nonché - in ogni caso - di tutela dei creditori rispetto all'incerto esercizio del diritto da parte dei soci (assenti o) dissenzienti; ma la questione merita senz'altro un esame più approfondito che non è possibile

condurre in questa sede. Piuttosto, è opportuno individuare una possibile **ricostruzione giuridica del diritto di *sell-out***. La legge, infatti, ne impone la predisposizione (in favore dei soci che vi si legittimeranno "non approvando" la scissione) già in sede di progetto che dovrà - tra l'altro - indicare "coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto". È evidente che l'obbligo dovrà essere assunto sul piano negoziale, ma non è altrettanto immediata l'individuazione dello strumento adeguato a realizzare la tutela del socio minoritario. Supponendo che soggetto passivo dell'obbligo sia un terzo (ad es., uno o più soci di controllo), questi potrebbe obbligarsi con la società a favore dei soci successivamente legittimati all'esercizio del diritto: sennonché, lo schema del contratto a favore di terzi presta troppo facilmente il fianco ad abusi ai danni delle minoranze, stante il problema delle eccezioni opponibili dal promittente (art. 1413). Non resta allora che la strada della proposta irrevocabile d'acquisto (art. 1329): essa dovrà essere sottoscritta dal terzo obbligato anteriormente all'adozione della decisione di scissione non proporzionale (che risulterebbe, altrimenti, illegittima) e, con ogni probabilità, contestualmente al deposito del progetto; quest'ultimo, infatti, "*deve* prevedere" il diritto di *sell-out*, indicandone i soggetti passivi (da intendere: effettivi e non ipotetici).

Bibliografia: (1) Abate e altri, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione*, Milano, 2003; (2) Cagnasso, *Della scissione di società, Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004; (3) Calì, *Questioni in materia di scissione, QGcomm*, 219, Milano, 2000; (4) D'Alessandro, *Problemi civilistici, Scritti Salafia*, Milano, 1998, 79; (5) Ferro-Luzzi, *La nozione di scissione, Gcomm.* 1991, I, 1065; (6) Laurini, *La scissione di società, RS* 1992, 930; (7) Lucarelli, *La scissione di società*, Torino, 1999; (8) Nigro, *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società, QGcomm*, 225, Milano, 2001; (9) Portale, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni, RS* 2000, 481; (10) Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; (11) G. Scognamiglio, *Le scissioni, Trattato CP*, Torino, 2004; (12) Tamburini, *Della scissione di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei-Alberti, Padova, 2005.

2506-ter Norme applicabili [1]

[1] L'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige la situazione patrimoniale e la relazione illustrativa in conformità agli articoli 2501-*quater* e 2501-*quinquies*.

[2] La relazione dell'organo amministrativo deve inoltre illustrare i criteri di distribuzione delle azioni o quote e deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa.

[3] Si applica alla scissione l'articolo 2501-*sexies*; la relazione ivi prevista non è richiesta quando la scissione avviene mediante la costituzione di una o più nuove società e non siano previsti criteri di attribuzione delle azioni o quote diversi da quello proporzionale.

[4] Con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione l'organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione dei documenti previsti nei precedenti commi.

[5] Sono altresì applicabili alla scissione gli articoli 2501-*septies*, 2502, 2502-*bis*, 2503, 2503-*bis*, 2504, 2504-*ter*, 2504-*quater*, 2505, 2505-*bis* e 2505-*ter*. Tutti i riferimenti alla fusione contenuti in detti articoli s'intendono riferiti anche alla scissione [2].

(1) Articolo così sostituito dal d.lg. n. 6/2003.
(2) Comma così modificato dall'art. 24, comma 1, d.lg. n. 310/2004.

Riferimenti normativi
Art. 2347 - Diritto di recesso; *Art. 2473* - Recesso del socio; *Art. 2500-quinquies* - Responsabilità dei soci; *Art. 2505* - Incorporazione di società interamente posseduta

Sommario: I. Documenti dell'organo amministrativo - II. Relazione degli esperti - III. Tutela dei creditori - IV. Obbligazioni convertibili - V. Scissione eterogenea - VI. Scissione in favore di controllante semi-totalitaria - VII. Scissione in favore di controllante totalitaria

I. Documenti dell'organo amministrativo

In ciascuna delle società partecipanti all'operazione, il progetto di scissione dev'essere di norma accompagnato da altri due documenti di pertinenza dell'organo amministrativo: una **situazione patrimoniale** e una **relazione illustrativa.** Si tratta degli stessi documenti prescritti nell'ambito del procedimento di fusione e, infatti, l'art. 2506-*ter* ne richiama la disciplina dettata in quella sede (cfr. artt. 2501-*quater* e 2501-*quinquies*). I documenti in parola devono essere depositati in copia nella sede delle società partecipanti alla scissione assieme al progetto e agli altri documenti indicati nell'art. 2501-*septies* (richiamato dall'articolo in commento), nei trenta giorni antecedenti la decisione di scissione; la riforma ha tuttavia reso esplicita la possibilità, per i soci, di rinunciare al termine con consenso unanime. 1

Entrambi i documenti assolvono una **funzione informativa** rispetto all'operazione in corso di realizzazione. La loro predisposizione è finalizzata a mettere i soci in grado di adottare una decisione consapevole in ordine alla scissione proposta dagli amministratori. Per questo motivo, l'organo amministrativo è tenuto a fornire, con la situazione patrimoniale *ex* art. 2501-*quater*, una rappresentazione aggiornata dei valori aziendali ante-scissione. Mentre, con la relazione illustrativa, lo stesso organo amministrativo dà conto ai soci delle ragioni economiche della scissione, dei suoi prevedibili effetti e - in buona sostanza - dell'opportunità, sul piano imprenditoriale, dell'operazione così strutturata. Ciò premesso, il contenuto obbligatorio della relazione illustrativa si arricchisce nella scissione rispetto alla fusione, e ciò a cagione delle specificità della fattispecie in esame. Oltre a dover fornire le indicazioni relative alla determinazione del rapporto di cambio in base al disposto dell'art. 2501-*quinquies*, nella scissione l'organo amministrativo deve altresì *illustrare i criteri di distribuzione* delle azioni o quote nonché *indicare il valore* 2

effettivo del patrimonio netto assegnato a ciascuna beneficiaria ed eventualmente rimasto alla scissa. Sennonché, la disciplina dei documenti in parola si discosta sensibilmente (e, in buona parte, inspiegabilmente) da quella parallela dettata in materia di fusione, in relazione alla sua derogabilità.

3 Il **regime dei documenti dell'organo amministrativo** nell'ambito del procedimento di scissione subisce, in seguito alla riforma, un'importante innovazione: l'organo amministrativo può essere, infatti, esonerato dalla loro predisposizione, con il consenso unanime dei soci di tutte le società partecipanti all'operazione (nonché dei titolari dei relativi strumenti finanziari con diritto di voto). Il disposto dell'art. 2506-*ter*, c. 4 - appena riportato - mette fine a un risalente dibattito dottrinal-giurisprudenziale circa la natura degli interessi protetti attraverso la predisposizione della situazione patrimoniale e della relazione illustrativa. Alla luce dell'evoluzione normativa risulta, infatti, innegabile che tali documenti siano redatti *nell'esclusivo interesse dei soci* (nonché, eventualmente, di altri soggetti titolari di diritti di voto) [ABATE (1) 529]. Non che, nel silenzio della disciplina previgente, tale circostanza fosse oggetto di contestazione relativamente alla fase preparatoria della deliberazione: in quella fase, infatti, i documenti in questione devono essere obbligatoriamente portati a conoscenza dei soci, e di essi soltanto (art. 2501-*septies*; art. 2501-*sexies* prev.), a differenza del progetto di scissione che va iscritto nel registro delle imprese. Tuttavia, tanto la situazione patrimoniale, quanto la relazione illustrativa andavano e vanno depositate assieme alla decisione di scissione per l'iscrizione nel registro delle imprese in base all'art. 2502-*bis*; e dall'ultima delle iscrizioni ivi previste decorre il termine per l'opposizione dei creditori. Sulla base di tale circostanza, parte della dottrina e della giurisprudenza pervenivano a riconoscere a questi documenti *anche una funzione informativa nei confronti dei creditori* avuto riguardo, in particolare, alle indicazioni relative al valore effettivo del patrimonio netto assegnato (o rimasto) a ciascuna delle società partecipanti alla scissione [Trib. Napoli 23.7.1993, *Soc* 1994, 73; LUCARELLI (5) 247; MANZINI (6) 698]. Nel contesto della scissione, tuttavia, la riforma ha implicitamente chiarito che tale *funzione informativa nei confronti dei creditori è svolta soltanto dal progetto di scissione* (cfr. *infra* 7) la cui disciplina, peraltro, non comanda alcuna esplicitazione circa i valori "effettivi" del patrimonio [ma v., per una diversa impostazione, G. SCOGNAMIGLIO (9) 340]. Rispetto al mutato quadro normativo risulta allora più coerente un recente orientamento della giurisprudenza, che inclina a ritenere ogni statuizione degli amministratori circa il "valore effettivo del patrimonio netto" formulata ai soli fini del rapporto di cambio e, dunque, meramente "orientativa" per i creditori, ai quali non è preclusa la dimostrazione della reale maggior consistenza del patrimonio netto trasferito a ciascuna società [C App. Torino 24.8.2000, *GI* 2000, 2317].

4 Ciò non toglie che la vistosa **asimmetria normativa tra fusione e scissione**, in ordine al regime dei documenti dell'organo amministrativo, desti notevoli perplessità [CAGNASSO (2) 2367]. Non è infatti ipotizzabile che nel contesto della fusione i predetti documenti siano destinati a svolgere funzioni di più ampio respiro rispetto alla scissione. Eppure essi non sembrano rinunciabili, neppure all'unanimità, da

parte dei soci (se non, forse, nell'ambito dell'applicazione estensiva delle norme relative al procedimento semplificato di fusione *ex* art. 2505, c. 1 [cfr. *infra* 5; nonché DE ANGELIS (3) 63]. Una soluzione, recentemente suggerita dalla dottrina, potrebbe essere quella della disapplicazione da parte del giudice interno dell'art. 2506-*ter*, c. 4, in caso di scissione coinvolgente almeno una s.p.a., per contrasto con l'art. 10 della sesta direttiva comunitaria - là dove, nel prevedere l'esonero dal deposito dei documenti in parola, sembra tuttavia far salva la relazione sulla verifica dei conferimenti non in contanti prescritta dall'art. 27, c. 2, della direttiva 77/91/CEE [G. SCOGNAMIGLIO (9) 341].

II. Relazione degli esperti

Il **richiamo alla relazione degli esperti** (art. 2501-*sexies*) resta invece sostanzialmen- 5
te immutato rispetto al regime previgente. Non si tratta, infatti, di un documento di pertinenza dell'organo amministrativo. In prima approssimazione, pertanto, esso non può essere "esonerato" dalla sua redazione ai sensi dell'art. 2506, c. 4. Quest'ultima conclusione, basata sulla formulazione letterale della norma, non preclude - sotto altro versante - ulteriori considerazioni interpretative. La relazione degli esperti non è, infatti, elemento del tutto ineliminabile nel procedimento di scissione. La riforma, nel prevedere un'ulteriore ipotesi di esonero dalla relazione in parola (nel caso di scissione in favore di controllante semi-totalitaria - cfr. *infra* 14) ha mantenuto la dispensa originaria (derivante dall'art. 22, c. 5, della sesta direttiva comunitaria) nel caso di scissione proporzionale con beneficiarie di nuova costituzione. La *ratio* della di quest'ultima disposizione è evidente. La relazione degli esperti *ex* art. 2501-*sexies* verte sulla *congruità del rapporto di cambio* e contiene "un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del *rapporto di cambio*". Così che - osserva la migliore dottrina - la medesima relazione risulta punto inutile ogniqualvolta non si debba provvedere alla determinazione del rapporto di cambio ovvero, più generalmente, la struttura dell'operazione produca di per sé un *risultato univoco quanto al concambio* delle partecipazioni [PORTALE (8) 487; LUCARELLI (5) 234]. Di qui si perveniva ad argomentare l'applicazione estensiva delle norme di esonero dalla relazione degli esperti, nella disciplina della fusione (art. 2504-*quinquies* prev.) e della scissione (art. 2504 *novies* prev., c. 3) [DE ANGELIS (3) 64]. Sennonché, la riforma ha sensibilmente **modificato il quadro normativo**. Infatti, nella previgente disciplina della scissione, l'applicazione estensiva dell'art. 2504-*quinquies* prev. incontrava comunque il limite della inderogabilità della relazione illustrativa e della situazione patrimoniale *ex* art. 2504-*novies* prev. [Trib. Brescia 11.3.1998, *RN* 1999, 952]. Nel contesto dell'attuale art. 2506-*ter*, invece, i documenti da ultimo menzionati, ma non anche la relazione degli esperti, sono rinunciabili da parte dell'unanimità dei soci. Il motivo di questa scelta del legislatore risulta incomprensibile, specie alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sull'argomento, la quale ha chiarito che la relazione degli esperti è prescritta nell'esclusivo interesse dei soci, "a garanzia della conservazione del reale valore delle azioni o delle quote già possedute": sicché la medesima relazione non ha ragion d'essere (o, comunque, la deliberazione di scissione se ne può discostare) "non solo nei casi previsti dalla legge

(fusione per incorporazione di società interamente posseduta, scissione con costituzione di nuova società le cui azioni o quote vengano assegnate ai soci della società scissa in base ad un criterio proporzionale), ma anche in tutti i casi in cui sia ravvisabile una *eadem ratio*" [Trib. Udine 18.8.1997, *Soc* 1998, 82].

6 Sulla scorta di analoghi ragionamenti, la giurisprudenza più recente in materia di relazione degli esperti ne ha riconosciuto il carattere disponibile, da parte dell'unanimità dei soci delle società coinvolte nelle operazioni di fusione e scissione; ciò non senza attirare le critiche di quella parte della dottrina che continua ad ascrivere alla relazione in argomento finalità di tutela di un non meglio precisato interesse dei terzi [DE ANGELIS (3) 66]. La **rinunciabilità della relazione degli esperti con il consenso unanime dei soci** delle società coinvolte sembra, tuttavia, rappresentare la soluzione più coerente con la funzione del documento, con l'assetto degli interessi sottostanti alla sua redazione, nonché - nella prospettiva della semplificazione del procedimento - con le intenzioni del legislatore della riforma: sotto quest'ultimo profilo conviene anzi richiamare, da un lato, il dichiarato obiettivo di "sfruttare taluni margini consentiti dalla direttiva e non 'sfruttati' dal d.lg. 22/1991" [relazione illustrativa del d.lg. 6, § 14] e, dall'altro, l'art. 10 della sesta direttiva comunitaria che (ferma restando la necessità del consenso unanime di tutti i soci coinvolti) consente la derogabilità non solo della relazione illustrativa e della situazione patrimoniale, ma anche della relazione dell'esperto.

III. Tutela dei creditori

7 Dopo aver chiarito funzioni e disciplina dei vari documenti nell'ambito del procedimento, è possibile tentare una ricostruzione del sistema di tutela dei creditori nella scissione. **Sul piano informativo**, tale tutela non deriva da alcuno dei documenti dell'organo amministrativo, se non in via meramente eventuale, trattandosi di documenti rivolti ai soci e da questi rinunciabili con consenso unanime [*contra* CAGNASSO (2) 2367]. Né del resto alcuna funzione di garanzia dell'interesse dei creditori può essere attribuita alla relazione dell'esperto, vuoi perché essa ha ad oggetto i rapporti di cambio delle partecipazioni, vuoi perché altrimenti non si spiegherebbe la sua non obbligatorietà nella scissione proporzionale in favore di beneficiarie di nuova costituzione. Per converso, il regime del progetto di scissione non è disponibile da parte dei soci, neppure all'unanimità, salvo che per un aspetto: il termine di trenta giorni per l'adozione della decisione di scissione, cui i soci possono rinunciare con consenso unanime. *Il progetto di scissione svolge dunque una funzione informativa nei confronti sia dei soci, sia dei terzi.* Dalla rinunciabilità del termine da parte dei soci è tuttavia ora lecito arguire che la pubblicità/non modificabilità del progetto di scissione è rivolta a tutelare l'interesse non tanto dei creditori attuali, quanto piuttosto di quelli futuri, successivi alla pubblicazione del progetto [cfr. art. 2506-*bis* 3; v. anche LUCARELLI (5) 133]. La tutela dei creditori anteriori al progetto è invece affidata ad uno strumento più incisivo, che non spetta ai creditori successivi: il diritto di opposizione alla decisione di scissione.

L'art. 2506-*ter* richiama la disciplina dell'opposizione dei creditori stabilita in 8
materia di fusione (art. 2503). In quella sede, la riforma ha apportato importanti modifiche alla disciplina in argomento tra cui, in particolare, l'esclusione del diritto di opposizione ove la società di revisione incaricata della relazione *ex* art. 2501-*sexies* attesti, sotto la propria responsabilità, che dall'operazione di fusione (o di scissione) non deriva alcun pregiudizio della condizione dei creditori. Ma su questo, come sugli altri aspetti della disciplina, non è possibile dilungarsi in questa sede, convenendo piuttosto rinviare alla specifica trattazione dell'argomento (cfr. art. 2503). Mette conto, invece, soffermarsi brevemente sulle **particolarità dell'opposizione dei creditori nel contesto della scissione**. L'interesse del creditore, tutelato attraverso il diritto di opposizione, risiede nella conservazione della garanzia patrimoniale del debitore, la quale *potrebbe* risultare pregiudicata da un'operazione di fusione o di scissione. In entrambi i contesti, il creditore opponente dovrà dimostrare che l'operazione è idonea a produrre un effettivo pregiudizio delle proprie ragioni creditorie, mettendo in pericolo la soddisfazione del proprio diritto [LUCARELLI (5) 246]. Tuttavia, mentre nella fusione (ch'è operazione di concentrazione) il pregiudizio potrà discendere dal sopravvenuto concorso con altri creditori, risultando solo eventualmente in una diminuzione della consistenza patrimoniale della società, "nella scissione invece c'è sempre una oggettiva riduzione del patrimonio della società che resta direttamente debitrice, quindi la riduzione della garanzia non è una mera eventualità ma un effetto naturale dell'operazione" [FIMMANÒ (4) 1379]; anche se - è ovvio - non necessariamente tale riduzione sarà tale da mettere *effettivamente* a repentaglio la posizione del creditore, legittimandolo così all'opposizione.

In considerazione della maggiore pericolosità, in astratto, della scissione per le 9
ragioni dei creditori, la legge riconosce a questi ultimi uno strumento ulteriore di salvaguardia: la **responsabilità (sussidiaria) solidale** della scissa e delle beneficiarie per i debiti non soddisfatti dalla società cui fanno carico [cfr. art. 2506-*quater*, 13]. Tale responsabilità, limitata al valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto, è volta a ripristinare *ex post* la garanzia patrimoniale rivelatasi di fatto insufficiente. Tuttavia, stante il suo carattere sussidiario, essa non vale a ristabilire completamente la posizione del creditore ante-scissione. Non è quindi condivisibile l'argomento secondo il quale il sistema delle responsabilità sussidiarie e solidali varrebbe a negare di per sé l'interesse del creditore all'opposizione, qualora la scissione sia effettuata in favore di società di nuova costituzione [così, invece, FIMMANÒ (4) 1379]. Ha invece carattere diretto la responsabilità della scissa e delle beneficiarie per gli elementi del passivo la cui destinazione non sia desumibile dal progetto. Anche quest'altro genere di responsabilità si spiega alla luce delle difficoltà che deriverebbero altrimenti al creditore per la soddisfazione del proprio diritto, una volta operata la scissione. Appare invece rivolta a tutelare gli interessi dei creditori (nonché dei soci) delle beneficiarie incorporanti la limitazione della responsabilità di queste ultime al valore effettivo del patrimonio netto ricevuto, introdotta dalla riforma [cfr. art. 2506-*bis*, 9].

IV. Obbligazioni convertibili

10 La legge riserva una specifica disciplina a quella particolare categoria di creditori rappresentata dagli obbligazionisti. Per quanto riguarda la scissione, tale disciplina deriva dal richiamo dell'art. 2503-*bis*, il cui contenuto non è stato sostanzialmente modificato dalla riforma. Rinviando all'apposita trattazione dell'argomento, conviene in questa sede soffermarsi brevemente sulla posizione dei portatori di obbligazioni convertibili delle società partecipanti alla scissione. Ad essi, come noto, dev'essere riconosciuta - mediante apposito avviso sulla *Gazzetta Ufficiale* - la facoltà di conversione anticipata, da esercitare almeno sessanta giorni prima della pubblicazione del progetto. Avvalendosi di tale facoltà, gli obbligazionisti possono decidere di partecipare alla scissione in qualità di soci; viceversa, essi rimangono obbligazionisti e - salvo modifiche approvate dalla relativa assemblea speciale - devono essere assicurati loro "diritti equivalenti" quanto alla conversione in azioni delle società risultanti dalla scissione. La portata di tale espressione non è di agevole interpretazione [LUCARELLI (5) 356]. Sembra tuttavia preferibile riferirla all'adeguamento del rapporto di cambio, con riguardo alla beneficiaria assegnataria del prestito convertibile, in modo tale da salvaguardare l'equivalenza dei valori economici della conversione (*id est*, assumendo un rapporto di cambio scissa-beneficiaria pari a 4:1 e un rapporto di conversione in azioni della scissa pari a 1:2, il rapporto di conversione in azioni della beneficiaria dovrà essere pari a 2:1). Non è invece ipotizzabile l'estensione agli obbligazionisti convertibili del diritto di *sell-out* in caso di distribuzione non proporzionale del prestito tra le beneficiarie. L'allocazione delle passività tra le società partecipanti alla scissione potrà essere, semmai, oggetto di opposizione qualora essa leda le ragioni di credito degli obbligazionisti; ma, in quanto tali, i portatori di obbligazioni convertibili che non abbiano esercitato la facoltà di conversione anticipata possono essere "assegnati" (in tutto o in parte) a qualunque beneficiaria (nonché eventualmente - nella scissione parziale - restare allocati alla scissa) e hanno diritto soltanto all'adeguamento del rapporto di conversione [NIGRO (7) 51].

V. Scissione eterogenea

11 La gran parte del contenuto disciplinare dell'art. 2506-*ter* risiede nell'ultimo comma: esso richiama le norme della fusione che trovano applicazione nella scissione. La riforma ha introdotto, al riguardo, una precisazione terminologica. Tuttavia, è dall'esame delle singole norme richiamate che risaltano le ricadute più innovative sulla disciplina della scissione. Adempiendo al mandato conferito dalla legge delega (art. 7, lett. b, L.D.), la riforma ha provveduto a chiarire i profili più controversi delle fusioni c.d. eterogenee (*rectius*, fusioni con trasformazione), in particolare là dove una o più società di persone si fondano in una società di capitali. In linea di principio, si opina che in tali circostanze le disposizioni in tema di fusione concorrono con quelle dettate per la trasformazione, salvo che singoli aspetti di quest'ultima trovino specifica regolamentazione nella fusione. La soluzione, piuttosto lineare in astratto, cela invero alcune incertezze applicative; e il problema è condiviso dalla scissione la quale - al pari della fusione - può implicare o no una trasformazione [LUCARELLI (5) 216]. Sicché, nonostante il

silenzio della legge delega, era compito del legislatore interessarsi anche delle scissioni c.d. eterogenee. Ciò è avvenuto solo in parte. L'articolo in commento, nel richiamare l'art. 2501-*sexies*, chiarisce che la **perizia di stima *ex* art. 2343** (ma è da ritenere che l'art. 2465 abbia pari dignità) è necessaria ogniqualvolta sia la fusione, sia la scissione implichino una trasformazione di società di persone in società di capitali; in entrambi i casi la perizia deve essere affidata all'esperto o agli esperti incaricati della relazione circa la congruità del concambio.

12 Tuttavia, nessuna disposizione in tema di scissione si premura di richiamare l'art. 2504-*bis*, c. 5, mediante il quale la riforma ha chiarito che la liberazione dei **soci illimitatamente responsabili**, per le obbligazioni delle rispettive società anteriori alla fusione, non consegue automaticamente all'attuazione della fusione medesima, bensì richiede il *consenso specifico dei creditori*. Non è quindi sufficiente, ai fini della liberazione del socio, la mancata opposizione dei creditori alla fusione *ex* art. 2503. Tale circostanza era già stata, invero, precisata dalla Corte Costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 2503 (nella formulazione previgente) nella parte in cui non prevede "che la liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni anteriori alla fusione consegua esclusivamente al consenso espresso o presunto, nei modi e nei termini di cui all'art. 2499 c.c., dei creditori delle società di persone partecipanti alla fusione" [C Cost. n. 47/1995, *GComm.* 1996, 5]. Con ciò la Corte ha chiarito, una volta per tutte, che la regola contenuta nell'art. 2499 prev. (e sostanzialmente ribadita, con minime precisazioni tecniche, dall'art. 2500-*quinquies* che lo sostituisce) è espressione di un principio di carattere generale. Ne consegue che, nonostante la "dimenticanza" del legislatore, anche nella scissione eterogenea la liberazione del socio illimitatamente responsabile richiede il consenso (espresso o presunto, nei modi e nei termini ora stabiliti dall'art. 2500-*quinquies*) dei creditori della relativa società di persone [G. SCOGNAMIGLIO (9) 46].

13 Merita, se non altro, di essere accennata una risalente *vexata quaestio* in tema di scissioni (e di fusioni) eterogenee: quella relativa al diritto di recesso del socio. La riforma ha, direttamente o indirettamente, risolto le questioni più dibattute. Per le società di persone è, infatti, previsto in generale il diritto di recesso del socio dissenziente - compensando così l'adozione della regola maggioritaria in luogo dell'unanimità (art. 2502). Analogamente, nella s.r.l. la scissione costituisce adesso, di per sé (inderogabilmente), causa di recesso. Nella s.p.a. invece (in assenza di specifica previsione dello statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) scissioni e fusioni non implicano il diritto di recesso, sempre che quest'ultimo non discenda da altri presupposti (ad esempio, la trasformazione). Nel contesto della scissione, il **coordinamento con il recesso del socio della s.p.a.** risulta particolarmente difficoltoso a cagione della pluralità delle società risultanti dall'operazione: è, infatti, ben possibile che le cause di recesso si realizzino con riferimento ad alcune delle società beneficiarie, ma non a tutte. Sennonché, l'art. 2347 ora ammette esplicitamente il *recesso parziale*. Di conseguenza, è fuor di dubbio che il socio che non abbia concorso alla deliberazione di scissione eterogenea *possa* recedere limitatamente a quella parte delle sue azioni destinata a trasformarsi in partecipazioni in

società di altro tipo [G. SCOGNAMIGLIO (9) 49]. Nella stessa ipotesi, può tuttavia dibattersi circa il fatto che il socio medesimo sia *vincolato* al recesso parziale. Propenderei per la soluzione positiva, in considerazione della *ratio* dell'istituto del recesso. L'opinione contraria in dottrina si fonda del resto sull'impraticabilità della scissione con recesso parziale; ciò che - alla luce del mutato quadro normativo - non è più sostenibile. Mette conto, da ultimo, notare che nella scissione eterogenea il diritto di *exit* del socio non è più evitabile attraverso un'opportuna distribuzione non proporzionale delle partecipazioni [come ipotizzava NIGRO (7) 84], stante l'inderogabilità del diritto di *sell-out ex* art. 2506-*bis*, c. 4 [G. SCOGNAMIGLIO (9) 50].

VI. Scissione a favore di controllante semi-totalitaria

14 Tra le tante norme sulla fusione oggetto di richiamo da parte dell'articolo in commento, **l'art. 2505-*bis*** è quella che suscita le maggiori difficoltà interpretative. Si tratta di una previsione assolutamente nuova nel nostro ordinamento, la quale riecheggia - sia pur da lontano - la regolamentazione nordamericana del c.d. *cash-out merger* (*id est*, la fusione con disinteressamento del socio di minoranza). La disposizione ricorda, in particolare, la disciplina semplificata del c.d. *short-form merger* (che non richiede alcuna approvazione assembleare) e il relativo *appraisal right* (il diritto, per i soci di minoranza, di far acquistare le proprie azioni) di cui - rispettivamente - al § 253 e al § 262 (b) (3) del *Delaware General Corporation Law*. Il legislatore della riforma si è avvalso delle opzioni normative consentite dagli artt. 27 e 28 della direttiva comunitaria in materia di fusioni (c.d. "terza direttiva" n. 78/855/CEE) e non adottate dal legislatore del 1991. Pertanto, nel caso di incorporazione di società possedute (almeno) al 90%, **la decisione dell'incorporante può essere adottata dall'organo amministrativo** (ove ciò sia previsto dallo statuto e purché siano rispettate alcune condizioni procedurali - cfr. art. 2505-*bis*) ed è **possibile prescindere dalla relazione degli esperti circa la congruità del rapporto di cambio** (a patto che ai soci minoritari dell'incorporata venga riconosciuto il diritto di far acquistare le loro partecipazioni dall'incorporata, per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso).

15 La trasposizione della disposizione in argomento nel contesto della scissione presuppone, anzitutto, l'assimilazione della **beneficiaria** all'**incorporante titolare di almeno il 90% delle partecipazioni**, e **della scissa** all'incorporata. In prima approssimazione, quindi, verrebbe fatto di notare che un operazione siffatta è realizzabile soltanto come scissione parziale. Ma, a ben vedere, non è così (nulla vieta, infatti, che alla beneficiaria incorporante sia affiancata almeno un'altra beneficiaria di nuova costituzione). Anzi, specialmente ove si voglia utilizzare la scissione per separare la compagine sociale, è assai più probabile che si farà ricorso ad una scissione *totale*, e non *parziale*, poiché l'adozione del criterio non proporzionale nell'ambito di quest'ultima richiede l'unanimità dei consensi [cfr. art. 2506, 13]. Supponiamo, allora, che alla beneficiaria sia assegnata un'aliquota del patrimonio della scissa esattamente corrispondente alla sua partecipazione (ad es., il 90%), che verrà di conseguenza annullata; le partecipazioni dei soci di minoranza saranno invece oggetto di concambio nella beneficiaria di nuova costituzione, salvo l'esercizio del relativo diritto di *sell-out ex* art. 2506-*bis*, c. 4; il relativo rapporto di cambio *dovrà* essere oggetto di relazione di congruità, non essendo applicabile a questa parte della scissione l'art. 2505-*bis*, c.1; i soci minoritari *non saranno*, pertanto, *costretti* ad esercitare il loro diritto di *sell-out* per salvaguardare il valore della propria partecipazione. Diversamente, si consideri l'ipotesi di scissione parziale (che, per le ragioni poc'anzi indicate, dovrà essere proporzionale): la possibilità di evitare l'applicazione dell'art. 2501-*sexies* consente, di fatto, alla controllante di "liberarsi" dei soci minoritari della controllata. Infatti, in assenza di valutazioni esterne circa la congruità del concambio, la ripartizione proporzionale delle partecipazioni non tutela adeguatamente i soci di minoranza della scissa, i quali potranno ritrovarsi con una partecipazione ridicola nella beneficiaria incorporante più l'originaria aliquota di partecipazione a valere sui ... "rami secchi" rimasti alla scissa; sicché non resterà loro altra scelta che esercitare il diritto di far acquistare le proprie azioni o quote (per la parte interessata dalla scissione) ai sensi dell'art. 2505-*bis*, c.1.

La conclusione appena mostrata non è troppo dissimile, con riguardo alla posizione 16
della minoranza dell'incorporata, da quella cui si perviene nella fusione: solo formalmente, infatti, l'art. 2505-*bis*, c.1, riconosce ai soci minoritari un diritto di *sell-out* nei confronti dell'incorporante; in pratica - come si spera di aver dimostrato - è la controllante semi-totalitaria che dispone della facoltà c.d. di *squeeze-out*, vale a dire di liquidare in numerario la posizione dei soci di minoranza [*contra* TAMBURINI (10) 2594]. Tale impostazione, pur rispondente a finalità affatto commendevoli nel contesto della fusione (e, al riguardo, si è già richiamata l'esperienza statunitense del *cash-out merger*), cela nella scissione insidie applicative tali da far dubitare della **legittimità del richiamo dell'art. 2505-*bis*, c. 1**. Dal punto di vista sostanziale, va osservato che l'esercizio necessariamente parziale del diritto di *sell-out* espone i soci minoritari al rischio di sottovalutazione delle loro partecipazioni, ove il prezzo di liquidazione venga stabilito sulla base del valore del patrimonio della scissa rappresentato dalle quote oggetto di concambio (che potrebbe riguardare - ad esempio - il 20% della partecipazione di ciascun socio), anziché come frazione del valore economico del patrimonio effettivamente assegnato alla beneficiaria (che potrebbe corrispondere invece all'80% - se non alla totalità - del valore della scissa): in assenza di valutazioni circa la congruità del concambio, nulla infatti assicura la corrispondenza di tali valori, mentre l'ampiezza della forbice appena esemplificata avvantaggia la controllante a tutto scapito dei soci minoritari della controllata. Dal punto di vista formale, occorre invece notare che la **sesta direttiva comunitaria** non contiene previsioni di sorta relativamente all'ipotesi di cui si discute, segnatamente l'incorporazione da parte di una beneficiaria titolare di almeno il 90% dei diritti sul capitale della scissa. Sennonché, quanto all'esonero dall'approvazione da parte dell'assemblea dei soci della beneficiari incorporante, soccorre la previsione generale dell'art. 6 della citata direttiva, i cui requisiti procedurali risultano rispettati dall'art. 2505-*bis*, c. 2 e 3. Per altro verso, *la sesta direttiva prevede come obbligatoria la relazione degli esperti in merito alla congruità del rapporto di cambio*, ammettendo al riguardo due sole deroghe, da ritenere tassative: la rinuncia da parte di tutti i soci di ciascuna delle società partecipanti alla scissione (art. 10) e la scissione proporzionale con beneficiarie di nuova costituzione (art. 22, c. 5). Non vertendo su alcuna

delle anzidette ipotesi, il richiamo dell'art. 2505-*bis*, c. 1, va ritenuto in contrasto con il diritto comunitario e, pertanto, inapplicabile alle scissioni che coinvolgano almeno una s.p.a.

VII. Scissione a favore di controllante totalitaria

17 La ricostruzione della disciplina applicabile alla scissione in favore di controllante totalitaria (fenomeno comunque parziale, a prescindere dall'eventuale - nonché improbabile - totalità della scissione) risulta assai più agevole specialmente dopo l'inserimento dell'esplicito rinvio all'art. 2505, che disciplina la fattispecie analoga nell'ambito della fusione, da parte dell'ultimo decreto correttivo della riforma (d.lg. 310/04). La particolarità del caso deriva dal fatto che *tutte* le partecipazioni della scissa interessate dall'operazione sono oggetto di *annullamento* ai sensi dell'art. 2504-*ter*, disposizione parimenti richiamata dall'articolo in commento. Sicché, quale che sia la parte del patrimonio della scissa interessata dall'incorporazione, in relazione ad essa non si fa luogo a concambio. E, seppure vi fossero ulteriori beneficiarie di nuova costituzione, le relative partecipazioni sarebbero comunque interamente destinate alla controllante della scissa. *In ogni caso, la congruità del rapporto di cambio non ha ragione di essere asseverata* [PORTALE (6) 487]. L'**inapplicabilità delle norme sulla relazione degli esperti** alla casistica in parola deriva, quindi, dall'applicazione diretta dell'art. 2505, c. 1, e non anche dall'applicazione estensiva del (discutibile, per le ragioni già viste) art. 2505-*bis*. Il ragionamento, tuttavia, non può essere esteso ai **documenti degli amministratori**, la cui esclusione dal procedimento di scissione richiede il consenso unanime dei soci della controllante.

18 Per altro verso, in virtù del richiamo dell'art. 2505, c. 3 lo statuto della controllante totalitaria potrà prevedere **l'esonero dalla deliberazione assembleare**, assicurando ai soci che rappresentino almeno il 5% del capitale il diritto di chiedere che la scissione sia approvata dall'assemblea. Solo per inciso (non essendo evidentemente questa la sede per discutere i c. 3 degli artt. 2505 e 2505-*bis*), val la pena di notare la *scarsa efficacia di tale strumento di tutela dell'interesse dei soci* (di fronte al potenziale depauperamento del valore delle proprie partecipazioni). La richiesta di deliberazione assembleare dev'essere, infatti, inviata alla società entro otto giorni dalla pubblicazione del progetto di scissione nel registro delle imprese. Tuttavia, dal punto di vista dei soci, quest'ultima forma di pubblicità produce un grado di effettiva conoscibilità dell'operazione prospettata assai inferiore rispetto ad una normale convocazione assembleare.

BIBLIOGRAFIA: (1) ABATE E ALTRI, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003; (2) CAGNASSO, *Della scissione di società, Il nuovo diritto societario* a cura di COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO e MONTALENTI, ZANICHELLI, 2004; (3) DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *RS* 2002, 41; (4) FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità sussidiaria per i debiti sociali non soddisfatti*, *Soc* 2002, 1379; (5) LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999; (6) MANZINI, *Trasformazione, fusione e scissione di società*, Padova, 1998; (7) NIGRO, *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società*, *QGcomm*, 225, Milano, 2001; (8) PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, *RS* 2000, 481; (9) G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, *Trattato CP*, Torino, 2004; (10) TAMBURINI, *Della scissione di società*, ne *Il nuovo diritto delle società* a cura di MAFFEI-ALBERTI, Padova, 2005.

2506-quater Effetti della scissione (1)

[1] La scissione ha effetto dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nell'ufficio del registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie; può essere tuttavia stabilita una data successiva, tranne che nel caso di scissione mediante costituzione di società nuove. Per gli effetti a cui si riferisce l'articolo 2501-*ter*, numeri 5) e 6), possono essere stabilite date anche anteriori. Si applica il quarto comma dell'articolo 2504-*bis*.

[2] Qualunque società beneficiaria può effettuare gli adempimenti pubblicitari relativi alla società scissa.

[3] Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico.

(1) Articolo introdotto dal d.lg. n. 6/2003.

Riferimenti normativi
Art. 2505-quater - Fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni; *Art. 2506-ter* - Norme applicabili; *Art. 30 d.lg. 231/2001* - Scissione dell'ente

SOMMARIO: I. Pubblicità ed effetti della scissione - II. Continuità dei valori contabili - III. Operazioni sul capitale e differenze di scissione - IV. Responsabilità civile e amministrativa delle società partecipanti alla scissione - V. Scissione cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni

I. Pubblicità ed effetti della scissione

Con la decisione in ordine alla scissione (art. 2502, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5) 1
si conclude la fase preparatoria del procedimento. Una volta depositate e iscritte nel registro delle imprese (a norma dell'art. 2502-*bis*, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5) le decisioni di tutte le società coinvolte nell'operazione (o anche solo della scissa, in assenza di beneficiarie preesistenti) inizia la **fase di attuazione della scissione**. La legge fa, tuttavia, obbligo agli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione di rispettare il termine di sessanta giorni per l'esercizio del diritto di opposizione dei creditori (art. 2503, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5). Solo dopo che siano trascorsi i sessanta giorni, senza che sia stata presentata alcuna opposizione, si potrà (anzi, si dovrà) procedere alla stipulazione e all'iscrizione dell'atto di scissione. Ciò a meno che non intervenga alcuna delle condizioni che escludono il diritto d'opposizione dei creditori, ovvero che, intervenuta l'opposizione, il tribunale disponga nondimeno il farsi luogo alla scissione. L'operatività del termine suddetto

è quindi meramente eventuale e, in ogni caso, il termine medesimo è stabilito nell'esclusivo interesse dei creditori. Nei confronti dei soci, la scissione potrebbe infatti essere attuata immediatamente dopo l'iscrizione delle decisioni delle relative società.

2 L'attuazione della scissione presuppone due elementi: l'atto pubblico, dal quale la scissione deve ora "risultare" (art. 2504, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5) e la sua **iscrizione nel registro delle imprese** dove hanno sede la società scissa e ciascuna delle beneficiarie. Le regole in ordine alla successione cronologica di tali iscrizioni si ricavano interpretativamente dall'applicazione del menzionato art. 2504 alla scissione: le iscrizioni relative alle beneficiarie *non possono precedere* quella relativa alla scissa. Ciò premesso, *la riforma ha chiarito*, con il c. 2 della disposizione in commento, *che ciascuna beneficiaria può provvedere agli adempimenti pubblicitari relativi alla scissa*, risolvendo così un possibile imbarazzo derivante dalla pluralità dei soggetti risultanti dall'operazione [G. SCOGNAMIGLIO (8) 344]. La scissione, quindi, è attuata in seguito all'ultima delle iscrizioni relative alle beneficiarie. La legge, invero, usa l'espressione "ha effetto". Sennonché, il particolare regime relativo all'anticipazione di alcuni effetti e alla generale possibilità di posposizione dell'efficacia dell'operazione rende opportuno distinguere il momento del **perfezionamento dell'operazione** da quello (o da quelli) che concernono i diversi profili della sua efficacia. Infatti, eseguite tutte le iscrizioni dell'atto di scissione richieste dalla legge (art. 2504-*ter*, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5), l'invalidità dell'atto medesimo non può più essere pronunciata (art. 2504-*quater*, richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5). La scissione *si perfeziona*, pertanto, con l'ultima delle suddette iscrizioni, e ciò a prescindere dai suoi effetti. Di più: la **pubblicità dell'atto**, oltre ad avere **natura costitutiva** per il perfezionamento della fattispecie, possiede altresì - ed in questo risiede la peculiarità delle operazioni di fusione e scissione - una specifica **efficacia** (*rectius*, funzione) **sanante** rispetto ai vizi dell'atto nonché, secondo l'opinione prevalente, dell'intero procedimento [v. in generale, sull'argomento, MANZINI (6) 621].

3 L'efficacia della scissione consegue normalmente al suo perfezionamento. Tuttavia, ove *tutte* le beneficiarie preesistano all'operazione, gli effetti della scissione possono essere rimandati a data successiva. Tale disposizione risulta analoga all'art. 2504-*bis*, c. 2, che consente la **posposizione dell'efficacia** della fusione solo nel caso in cui essa avvenga per incorporazione in una società già esistente. Per quanto concerne, invece, una categoria particolare di effetti, segnatamente quelli di **imputazione contabile** delle operazioni e di **partecipazione** dei soci **agli utili**, la legge consente una (limitata) **retroattività della scissione**. Questa disposizione, anch'essa analoga a quanto stabilito in materia di fusione, è volta salvaguardare la rispondenza dell'operazione, sotto il profilo economico, alla decisione adottata dai soci. Tale decisione viene assunta - per così dire - "a bocce ferme", sulla base del progetto predisposto dall'organo amministrativo. Sennonché, nelle more del procedimento, l'impresa sociale evolve e tale evoluzione è (o dovrebbe essere) riflessa nelle scritture contabili. Così, al fine di non rendere obsolete le valutazioni contenute nei documenti preparatori dell'operazione, e in particolare quelle relative ai rapporti di cambio, occorre immunizzare il sistema dei valori aziendali dalle

vicende e dalle operazioni successive alla data assunta come punto di riferimento delle anzidette valutazioni [LUCARELLI (5) 400]; ed è questa la funzione svolta dalla retroattività contabile della scissione, la quale - a differenza della posposizione degli effetti reali dell'operazione - può ben interessare società di nuova costituzione: le beneficiarie, pertanto, potranno "nascere" con risultati economici in corso di formazione e, correlativamente, i loro soci potranno vantare un diritto agli utili maturati anteriormente alla data di costituzione di ciascuna società e, nondimeno, ad essa imputati. Si opina, per altro verso, che **l'antergazione degli effetti contabili** delle operazioni di fusione e scissione sia soggetta ad un **limite massimo**. Nel silenzio della legge (la riforma, nonostante gli auspici della dottrina, non ha preso posizione sull'argomento), l'opinione preferibile sembra essere quella fondata sulla durata dell'esercizio e sulla derogabilità del principio di annualità del medesimo [DE ANGELIS (2) 60]. Così che sembra ammissibile la retrodatazione degli effetti contabili fino all'inizio dell'esercizio precedente quello in corso, a patto che l'iscrizione dell'atto di scissione intervenga prima del termine per l'approvazione del bilancio d'esercizio della scissa o di alcuna delle beneficiarie; e salvo che si sia proceduto preventivamente alla modificazione della durata dell'esercizio sociale relativamente a tutte o ad alcune delle società partecipanti all'operazione.

4 L'**effetto preclusivo della pronuncia di invalidità** della scissione deriva dal richiamo dell'art. 2504-*quater* in materia di fusione, al cui commento si fa rinvio. In questa sede, sembra tuttavia opportuno soffermarsi brevemente sui profili maggiormente significativi nel contesto delle operazioni di scissione. Secondo l'opinione prevalente, una volta eseguite tutte le iscrizioni previste dalla legge, il *divieto* di pronunciare l'invalidità delle operazioni di fusione e scissione *opera in maniera assoluta*, con riferimento "a qualsiasi vizio, di forma o di sostanza, del procedimento, sia esso relativo all'atto finale che a uno degli atti prodromici posti in essere dalle società partecipanti" [NIGRO (7) 96]. Di conseguenza, gli interessi che risultino lesi dall'illegittimità dell'operazione sono oggetto di tutela sul piano esclusivamente risarcitorio ai sensi dell'art. 2504-*quater*, c. 2 [G. SCOGNAMIGLIO (8) 344, la quale ammette altresì - in base ad analogo presupposto logico - la pronunzia di invalidità circoscritta a singole clausole inidonee a compromettere la stabilità dell'operazione]. La tutela risarcitoria risulta agevolmente conciliabile con la tutela della **posizione dei creditori**, in considerazione della sostanziale equivalenza del rimedio del risarcimento integrale del danno (inteso come eliminazione del pregiudizio patrimoniale derivante dall'operazione) rispetto all'*inefficacia relativa* della scissione attuata in violazione dell'art. 2503, ovvero in seguito all'autorizzazione del Tribunale nelle more del giudizio di opposizione [in questi termini LUCARELLI (5) 394, critica nei confronti della tesi giurisprudenziale dell'inefficacia *erga omnes* dell'atto stipulato *ante diem* o pendente opposizione].

5 Ha tuttavia sempre sollevato notevoli perplessità in dottrina la **posizione dei soci di minoranza** [MANZINI (6) 621], di fatto sfornita di qualunque strumento inibitorio rispetto ad una scissione che realizzi la lesione antigiuridica dei propri interessi (a meno di ipotizzare un'improbabile, vittoriosa impugnazione della decisione di scissione prima dell'intervento dell'effetto di stabilizzazione *ex* art. 2504-*quater*).

Nel contesto specifico della scissione, il problema è risultato particolarmente avvertito in relazione a due aspetti: da un lato, la congruità dei rapporti di cambio; dall'altro, il rispetto dei diritti individuali del socio nella scissione non proporzionale [v., rispettivamente, LUCARELLI (5) 383; NIGRO (7) 94]. La nuova disciplina di quest'ultima fattispecie non sembra, tuttavia, presentare rilevanti profili di contrasto con una tutela del socio che si svolga esclusivamente sul piano risarcitorio: ancorché illegittimamente privato del diritto di *sell-out*, il socio medesimo potrà comunque ottenere la liquidazione del valore ante-scissione della propria partecipazione a titolo di risarcimento del danno. Per quanto concerne, invece, l'esecuzione della scissione con rapporti di cambio non congrui, è stata sostenuta in dottrina la tesi secondo cui la preclusione di cui all'art. 2504-*quater* non si applicherebbe a quegli aspetti dell'operazione che non necessariamente incidono sulla sua stabilità in termini organizzativi; sicché il concambio delle partecipazioni - ove ritenuto incongruo - potrebbe essere oggetto di rettifica da parte del giudice, senza doversi per questo porre in discussione la validità della scissione [LUCARELLI (5) 384]. La tesi, pur suggestiva, non può essere condivisa. Essa perviene, infatti, a negare quella stessa *business judgement rule* (*id est*, la deferenza del giudice rispetto alle scelte imprenditoriali) assunta - correttamente - quale fondamento della regola in esame [LUCARELLI (5) 416]. Il rapporto di cambio (al pari degli altri aspetti organizzativi della scissione) non si presta ad essere (ri)determinato nelle aule dei tribunali: ivi tutt'al più - e non senza difficoltà - può esserne valutata la ragionevolezza o, se si preferisce, la "congruità". Tuttavia, pur di fronte a un rapporto di cambio palesemente incongruo, non sembra poter spettare al socio altro rimedio se non il ristoro di quel pregiudizio ch'egli dimostri d'aver effettivamente subito [G. SCOGNAMIGLIO (8) 368].

II. Continuità dei valori contabili

6 Anche con riguardo all'articolo in commento, una delle più importanti novità introdotte dalla riforma è contenuta in un rinvio, segnatamente quello all'art. 2504-*bis*, c. 4. La norma disciplina i **criteri di formazione del primo bilancio successivo** alla fusione (o **alla scissione**), adempiendo così allo specifico mandato conferito dalla legge delega (art. 7, lett. c, L.D.). Stabilendo che "nel primo bilancio successivo alla fusione [o alla scissione] le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia [delle operazioni medesime]", il legislatore della riforma ha definitivamente chiarito che le operazioni in questione *non comportano soluzione di continuità nei valori contabili*; ché, anzi, questi ultimi *devono corrispondere* ai valori espressi dal sistema dei conti della o delle società partecipanti all'operazione, *alla data di efficacia (contabile)* della stessa. Nel contesto della scissione, ciò implica che gli elementi patrimoniali vanno trasferiti (*pardon*, assegnati) a valori "di libro" dal bilancio della scissa a quello di ciascuna beneficiaria, salvo che intervenga *aliunde* un'autonoma causa di rivalutazione/svalutazione degli elementi medesimi; infatti, la scissione (così come la fusione) non legittima di per sé alcuna modifica dei criteri di valutazione delle poste di bilancio [FERRO-LUZZI (3) 1074]. Solo nel caso si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'art. 2504-*bis*, c. 4, dispone altresì la trasparenza dei *valori economici* attribuiti alle attività e alle passività nel contesto delle valutazioni relative alla fissazione del rapporto di cambio; tali valori vanno tuttavia indicati in separati prospetti contabili, da allegare alla nota integrativa dei primi bilanci successivi alla scissione unitamente alla relazione *ex* art. 2501-*sexies*.

Il principio della continuità dei valori contabili post-scissione era già da lungo 7
tempo sostenuto in dottrina [implicitamente, già FERRO-LUZZI (3) 1072; v., *amplius*, LUCARELLI (5) 229]. Da esso si fa correttamente discendere l'inutilità della perizia di stima *ex* art. 2343 (nonché adesso *ex* art. 2465) nelle scissioni tra società di capitali, essendo l'effettività del capitale nominale ampiamente garantita dalle regole sulla formazione del bilancio di esercizio [MANZINI (6) 718 - cfr. art. 2506, 8]. La validità di questa osservazione non pare dipendere dalle modalità di **(ri)-composizione delle poste del netto patrimoniale in seguito alla scissione**, ove si consideri che il netto rappresenta fondamentalmente una differenza (quella tra attività e passività, in valore monetario), che tale differenza si articola in quote ideali del patrimonio sociale e che, infine, il capitale nominale rappresenta solo una di queste porzioni ideali (sia pur soggetta ad un regime particolarmente rigoroso). Se così è, il netto di ciascuna beneficiaria (ovvero il suo incremento, nel caso di incorporazione) corrisponderà alla differenza positiva, a valori di libro, tra attività e passività assegnate dalla scissa; il capitale sociale, o il suo incremento, non potrà essere di norma superiore a tale differenza (salva, ove la si ritenga praticabile, l'ipotesi di rivalutazione dell'attivo patrimoniale con contestuale applicazione analogica dell'art. 2343 - cfr. art. 2506-*bis*, 8); e ciò in base all'applicazione del principio di effettiva formazione del capitale nominale (nella disciplina previgente, il divieto di emissione di azioni sotto la pari - v. ora art. 2346, c. 5). Rispettati questi vincoli (nonché, ove applicabili, quelli di ammontare minimo del capitale), l'articolazione del netto "ricevuto" dalle beneficiarie in esito alla scissione non sembra soggiacere ad ulteriori regole; e - *mutatis mutandis* - il ragionamento pare estensibile al netto che eventualmente rimanga alla scissa.

L'impostazione sopra riferita riflette l'opinione prevalente in dottrina [v., al ri- 8
guardo, MANZINI (6) 679]. Essa risulta, del resto, coerente con l'orientamento che lascia ampia libertà in ordine alle variazioni di capitale a servizio delle operazioni di scissione (cfr. *infra* 10). Autorevole dottrina propugna, invece, da tempo una soluzione assai più rigorosa, che deduce dalla *possibilità* che le beneficiarie nascano con un patrimonio netto già articolato la *necessità* che il netto medesimo *riproduca fedelmente, pro quota*, la composizione originaria nel bilancio della scissa (la quale parimenti, nel caso di scissione parziale, dovrà ridurre proporzionalmente *tutte* le voci del proprio netto) [FERRO-LUZZI (3) 1073].

III. Operazioni sul capitale e differenze di scissione

Tranne nel caso di scissione parziale a favore di controllante totalitaria, la scis- 9
sione necessariamente presuppone la trasformazione di almeno alcune partecipazioni nella scissa in partecipazioni nella beneficiaria (cfr. art. 2506, 11). Non altrettanto necessariamente, tuttavia, questa trasformazione richiede operazioni

sul capitale della scissa o della beneficiaria. Per quanto riguarda la società oggetto di scissione parziale, la dottrina maggioritaria ritiene non indispensabile la **riduzione del capitale** a fronte dell'assegnazione patrimoniale in favore delle beneficiarie, potendo la stessa essere "coperta" da altre poste (a valore positivo) del patrimonio netto [LUCARELLI (5) 253; MANZINI (6) 679]. Minoritaria è invece la dottrina che fa discendere l'indispensabilità della riduzione del capitale dal principio della corrispondenza tra le *variazioni delle singole poste del netto* della scissa, da una parte, e delle beneficiarie, dall'altra [FERRO-LUZZI (3) 1074]. Sennonché, dall'esplicitazione normativa del principio della continuità dei valori contabili discende la necessità che la somma algebrica delle *variazioni complessive del netto* delle società coinvolte nell'operazione, e non anche del relativo capitale sociale, sia pari a zero. Di conseguenza, nella scissione parziale, non si richiede alcuna corrispondenza tra la (eventuale) riduzione del capitale della scissa e la somma dei (pure evitabili, come si va a dimostrare) aumenti di capitale delle beneficiarie; e la conclusione è estensibile - *mutatis mutandis* - alla scissione totale [G. SCOGNAMIGLIO (8) 321].

10 Alla luce delle considerazioni svolte, il capitale delle beneficiarie di nuova costituzione non dovrà rispettare altri vincoli quantitativi se non quelli derivanti dalla disciplina del tipo sociale e dal principio di effettività (cfr. *supra* 7). Nel caso di beneficiarie esistenti (e, quindi, già dotate di un proprio capitale) il problema si pone in maniera leggermente diversa: in questo caso, infatti, l'esigenza di intervenire sul capitale viene a dipendere dalla *necessità di emettere nuove azioni o quote da attribuire ai soci della scissa.* L'**aumento di capitale** è tuttavia evitabile attraverso altre tecniche di attribuzione delle partecipazioni, come ad esempio (nella s.p.a.): l'utilizzo di azioni proprie della beneficiaria, ovvero dei suoi soci (con il loro consenso); la modifica del valore nominale delle azioni in circolazione, ovvero semplicemente del loro numero, ove lo statuto non ne fissi il valore nominale (cfr. art. 2346, c. 2 e 3). Chiarita la funzione delle operazioni sul capitale nel contesto della scissione, non dovrebbero residuare dubbi circa l'ampia libertà delle beneficiarie in ordine al *quantum* del patrimonio netto ricevuto da imputare a capitale [LUCARELLI (5) 242].

11 Come nella fusione, l'esecuzione delle operazioni di scissione determina normalmente l'insorgere di differenze sul piano contabile. Queste sono di due specie. Un primo ordine di **differenze** deriva dal **concambio** delle partecipazioni e si manifesta quale sbilancio tra la somma algebrica dei valori contabili delle attività e passività ricevute dalla scissa (il netto), da un lato, e l'aumento del capitale a servizio della scissione, dall'altro. Salvo che nella discutibile ipotesi di rivalutazione del netto contabile [esaminata da TAMBURINI (9) 2006], la differenza in parola è di regola positiva (*avanzo da concambio*) e rappresenta evidentemente una posta ideale del patrimonio netto (avente funzione analoga al sovrapprezzo delle azioni). Ben più importante, tuttavia, è un secondo ordine di differenze, segnatamente gli **avanzi e disavanzi di scissione** propriamente detti [G. SCOGNAMIGLIO (8) 313]. Essi derivano dall'annullamento delle partecipazioni nella scissa *ex* art. 2504-*ter* (richiamato dall'art. 2506-*ter*, c. 5). Nell'ipotesi più ricorrente, si tratta di azioni o quote della scissa possedute da una o più beneficiarie. Ove interessate dalla scissione (circostanza, questa, non necessaria nel caso di scissione parziale) tali partecipazioni non potranno essere sostituite da azioni o quote delle beneficiarie, bensì dovranno essere annullate - al fine di evitare l'annacquamento del capitale. Sennonché, nello stato patrimoniale di ciascuna beneficiaria, dal confronto tra il valore contabile della partecipazione annullata e la corrispondente porzione del netto ricevuto emergerà di norma uno sbilancio. Quello negativo (*disavanzo da annullamento*, tipicamente derivante dal maggior costo sostenuto per l'acquisto della partecipazione) potrà essere imputato alle singole attività e passività ricevute o ad avviamento (ai sensi dell'art. 2504-*bis*, c. 4), ovvero - ove imposto dalle circostanze - a minusvalenza [ABATE (1) 533]. Quello positivo (*avanzo da annullamento*, tipicamente derivante dal minor costo sostenuto per l'acquisto della partecipazione) è ora anch'esso espressamente contemplato della legge, in seguito alla integrazione dell'art. 2504-*bis*, c. 4, da parte del d.lg. 310/04. L'avanzo in parola andrà iscritto in apposita voce del patrimonio netto ovvero, quando sia piuttosto imputabile alla previsione di risultati economici sfavorevoli, in una voce dei fondi per rischi ed oneri; ciò in ottemperanza al principio di prudenza nella redazione del bilancio (art. 2423-*bis*) che ne preclude il trattamento come plusvalenza.

12 Nella scissione, l'annullamento delle partecipazioni derivante dal divieto di concambio *ex* art. 2504-*ter* riguarda non soltanto le partecipazioni nella scissa possedute da una o più beneficiarie ma, in generale, tutte le azioni o quote della scissa coinvolte nell'operazione. Ciò induce, in prima approssimazione, a ritenere soggette ad annullamento *tout court* le **azioni proprie possedute dalla società scissa**, al pari delle azioni proprie possedute dall'incorporante nella fusione. A differenza della fusione, tuttavia, la scissione può essere parziale e quindi interessare tutte, alcune o addirittura nessuna delle azioni proprie detenute dalla società scissa. È dunque condivisibile la posizione, recentemente sostenuta in dottrina, secondo la quale il divieto di assegnazione di partecipazioni in sostituzione di azioni proprie *ex* art. 2504-*ter* opera, nella scissione parziale, con esclusivo riferimento alle azioni che fanno parte del patrimonio assegnato alle beneficiarie; le azioni proprie rimaste nel patrimonio della scissa attribuiscono alla medesima il diritto di ricevere (*uti socius*) partecipazioni nelle beneficiarie in base ai rapporti di cambio stabiliti nel progetto di scissione [VITTONE (10) 424].

IV. Responsabilità civile e amministrativa delle società partecipanti alla scissione.

13 Tutte le società che risultano dalla scissione (compresa la scissa, ove vi "sopravviva") sono solidalmente responsabili per i *debiti della scissa non soddisfatti* dalla società cui fanno carico (art. 2506-*quater*, c. 3); esse rispondono altresì in solido degli *elementi del passivo della scissa* la cui *destinazione non* sia *desumibile* dal progetto di scissione (art. 2506-*bis*, c. 3). Circa il ruolo di queste responsabilità nel sistema di tutela dei creditori apprestato dalla disciplina della scissione, si fa rinvio alle considerazioni già svolte *sub* art. 2506-*ter*, 9. Preme invece qui illustrare l'operatività complessiva delle responsabilità solidali delle beneficiarie ed, eventualmente, della scissa, in seguito all'attuazione della scissione. Per quanto riguarda le **obbligazioni della scissa non soddisfatte dalla società cui fanno** inequivocabilmente

carico, la responsabilità delle altre società coinvolte nella scissione ha *carattere sussidiario*: presuppone, cioè, la preventiva infruttuosa escussione della società obbligata. Quest'ultima, in quanto assegnataria di uno specifico debito della scissa, ne risponde illimitatamente; al contrario, le altre società obbligate in via sussidiaria rispondono, sì, in solido con la debitrice principale, ma solo limitatamente al valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto [C 28.11.2001 n. 15088, *Soc* 2002, 1377]. Questa limitazione, che pur potenzialmente priva il creditore del tipico vantaggio delle obbligazioni solidali, risponde alla finalità di ricostituire *ex post* né più, né meno che la garanzia patrimoniale del debitore ante-scissione. La medesima limitazione rispecchia altresì una delle opzioni offerte agli stati membri dall'art. 12 della sesta direttiva comunitaria, raffinandola: al limite dello "attivo netto" il legislatore italiano ha, infatti, sostituito quello del "valore effettivo del patrimonio netto", criterio che (ancorché gravato da un'imperfezione terminologica - cfr. art. 2506-*bis*, 6) risponde al commendevole obbiettivo di evitare un utilizzo distorto della scissione in frode ai creditori [v. *amplius*, sul punto, FIMMANÒ (4) 1381].

14 Proprio per le ragioni innanzi esposte, le indicazioni relative ai valori effettivi del patrimonio netto contenute nella (ora rinunciabile) relazione dell'organo amministrativo hanno carattere meramente orientativo per i creditori, i quali potranno ben dimostrare in giudizio il reale valore economico delle attribuzioni patrimoniali intervenute nella scissione [C App. Torino 24.8.2000, *GI* 2000, 2317; cfr. anche art. 2506-*ter*, 3]. Tale principio si applica analogamente alla limitazione - introdotta dalla riforma - relativa alla **responsabilità** delle beneficiarie **per le passività della scissa la cui destinazione non risulti desumibile dal progetto** (art. 2506-*bis*, c. 3). La responsabilità in questione è diretta (per forza di cose, giacché essa presuppone proprio l'assenza di un obbligato principale) e coinvolge pariteticamente, in solido, tutte le società interessate dalla scissione, inclusa la scissa nel caso di scissione parziale. Solo che *la scissa rispondeva e risponde illimitatamente*; mentre, in seguito alla riforma, *le beneficiarie rispondono solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ricevuto*. La severità del regime previgente era stata notata e in parte criticata dalla dottrina [FIMMANÒ (4) 1384]. Tuttavia, in materia di passività di incerta imputazione o, addirittura, occulte (perché non conosciute e non conoscibili al tempo dell'operazione), la disparità di trattamento tra la scissa e le beneficiarie nella scissione parziale non risulta del tutto comprensibile. Una possibile ragione della limitazione di responsabilità può essere individuata nella tutela degli interessi dei soci e dei creditori delle beneficiarie preesistenti all'operazione (salvo, poi, chiedersi perché mai di una limitazione siffatta non v'è traccia nella disciplina della fusione per incorporazione). Ma la beneficiaria può ben essere di nuova costituzione e, in tal caso, non si vede perché la sua esposizione rispetto alle passività non assegnate nel progetto debba essere più contenuta di quella della scissa. La scelta del legislatore appare, dunque, il portato di un certo formalismo nell'imputazione delle responsabilità e consegue, così, l'unico effetto di disincentivare il ricorso alla scissione parziale, la cui disciplina si rivela in più aspetti (inutilmente) penalizzante rispetto alla scissione totale (cfr. anche art. 2506, 13). La dottrina più recente [G. SCOGNAMIGLIO (8) 469] propende tuttavia per l'estensione della limitazione di responsabilità anche alla società scissa nella fattispecie di scissione parziale, sulla

base di una interpretazione logico-sistematica (v. però *infra* 15, in materia di responsabilità amministrativa).

Un'ulteriore penalizzazione della scissione parziale si rinviene nella disciplina 15
della **responsabilità amministrativa delle società** (per i reati commessi dai suoi amministratori, rappresentanti o dipendenti, nel suo interesse o comunque a suo vantaggio) contenuta nel **d.lg. 231/2001**. Con riferimento alla scissione parziale, l'art. 30, c. 1, del citato decreto stabilisce infatti, in ogni caso, *la responsabilità diretta e illimitata della società scissa* per le sanzioni pecuniarie relative ai reati commessi anteriormente alla data di efficacia della scissione. Per quanto riguarda *le società beneficiarie*, invece, la *responsabilità* per le medesime sanzioni pecuniarie è solidale ma generalmente *limitata al valore effettivo del patrimonio netto trasferito*, salvo che si tratti di una società assegnataria, anche in parte, del ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato. Quest'ultima circostanza non vale a limitare, però, la responsabilità della scissa che abbia trasferito quello stesso ramo di attività; essa continuerà, infatti, a rispondere illimitatamente. E così, ancora una volta, i vantaggi della scissione totale in termini di arbitraggio normativo conducono ad un imperativo pressoché categorico: estinguere la scissa e ricostituirla sotto le mentite spoglie di beneficiaria. Sarà così possibile evitare, da un lato, il consenso unanime per la divisione della compagine sociale (cfr. art. 2506, 13) e, dall'altro, un fardello di responsabilità che per la scissa "sopravvissuta" alla scissione si rivela ingiustificatamente più oneroso.

V. Scissione cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni

Mette conto, da ultimo, notare l'ennesima incongruenza con ogni probabilità im- 16
putabile a "dimenticanza" da parte del legislatore. **La disciplina della scissione omette di richiamare l'art. 2505-*quater***, cioè la disposizione introdotta dalla riforma al fine di semplificare ulteriormente il procedimento di fusione là dove alla stessa non partecipino società con capitale rappresentato da azioni. La legge delega prescriveva tuttavia, indistintamente in relazione alle operazioni di fusione e di scissione (nonché di trasformazione), di "semplificare e precisare il procedimento, nel rispetto, *per quanto concerne le società di capitali*, delle direttive comunitarie" [art. 7, c. 1, lett. a, L.D., corsivo aggiunto]. Sicché, nel contesto di operazioni che coinvolgano esclusivamente società di persone (*rectius*, società diverse dalla s.p.a. o dall'accomandita per azioni), l'esigenza di derogare a talune prescrizioni comunitarie si pone identicamente con riferimento tanto alla fusione, quanto alla scissione; e ciò, in particolar modo, là dove le disposizioni della terza e della sesta direttiva presentino identico contenuto. È questo, ad esempio, il caso del divieto di partecipare a fusioni e scissioni per le società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo, del limite del 10% per i conguagli in denaro, dei termini di iscrizione e di deposito preventivo del progetto di fusione (o di scissione) e degli altri documenti relativi all'operazione. Ebbene, nella fusione che non coinvolga alcuna s.p.a. o s.a.p.a., le suddette restrizioni non sono applicabili e i termini sono ridotti alla metà (art. 2505-*quater*); mentre, ove le stesse società pongano in essere una scissione, esse non potranno apparentemente avvalersi delle deroghe in parola.

17 È possibile, invero, ipotizzare l'**applicazione analogica dell'art. 2505-*quater*** con riferimento ai profili menzionati e, così pure, alla riduzione dei termini per l'opposizione dei creditori che (pur non traendo direttamente origine dalla terza direttiva) vengono ridotti alla metà quando alla fusione non partecipano s.p.a. o s.a.p.a. Questa soluzione appare agevolmente sostenibile con riferimento, se non altro, alle c.d. "scissioni per incorporazione" (cfr. art. 2506, 3) [G. SCOGNAMIGLIO (8) 446]. Ma ciò non toglie che un intervento chiarificatore, sul piano normativo, sarebbe di gran lunga preferibile. Tanto più che il richiamo dell'art. 2505-*quater* andrebbe comunque coordinato con la disciplina della scissione, per ciò che concerne la **relazione degli esperti**. Per la verità, il legislatore della riforma sembra aver generalmente prestato scarsa attenzione alla circostanza che la relazione degli esperti circa la congruità del rapporto di cambio è oggetto di una disciplina profondamente diversa nella terza e nella sesta direttiva comunitaria (cfr. art. 2506-*ter*, 16): infatti, nella fusione regolata dalla terza direttiva, la relazione degli esperti risulta derogabile solo nel caso di incorporazione da parte di controllante almeno semi-totalitaria; mentre, nella scissione disciplinata dalla sesta direttiva, la medesima relazione può non essere richiesta dalle legislazioni nazionali nell'ipotesi di beneficiarie di nuova costituzione con distribuzione proporzionale delle relative partecipazioni tra i soci della scissa e, in ogni caso, là dove i soci di tutte le società coinvolte vi rinuncino unanimemente. Nella scissione, la rinunciabilità della relazione degli esperti con il consenso unanime dei titolari di diritti voto nelle società coinvolte può, pertanto, costituire una regola generale (e questa sembra altresì l'interpretazione preferibile del diritto positivo - cfr. art. 2506-*ter*, 6). Diversamente, nella fusione, una regola siffatta è applicabile esclusivamente nel contesto delle operazioni che non coinvolgono società con capitale rappresentato da azioni.

BIBLIOGRAFIA: (1) ABATE E ALTRI, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003; (2) DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *RS* 2002, 41; (3) FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, *Gcomm.* 1991, I, 1065; (4) FIMMANÒ, *Scissione e responsabilità sussidiaria per i debiti sociali non soddisfatti*, *Soc* 2002, 1379; (5) LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999; (6) MANZINI, *Trasformazione, fusione e scissione di società*, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* collana diretta da GALGANO, 39, Padova, 1998; (7) NIGRO, *Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società*, *QGcomm*, 225, Milano, 2001; (8) G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato CP*, Torino, 2004; (9) TAMBURINI, *Della scissione di società*, ne *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI-ALBERTI, Padova, 2005; (10) VITTONE, *Scissione parziale e concambio delle azioni proprie detenute dalla scissa*, *Soc* 2002, 424.

XVII. Società estere

SOMMARIO: I. Gli interventi normativi in tema di società estere e l'impatto della riforma - II. L'introduzione del nuovo art. 2507

I. GLI INTERVENTI NORMATIVI IN TEMA DI SOCIETÀ ESTERE E L'IMPATTO DELLA RIFORMA

Gli artt. 2507-2510 dettano disposizioni in materia di società costituite all'estero. Le norme in commento non sono state modificate dalla riforma, la quale ha introdotto solo un nuovo art. 2507 volto a definire i rapporti tra le disposizioni in materia di società costituite all'estero e il diritto comunitario.

La formulazione attuale degli articoli in commento deriva da due precedenti interventi normativi. La disciplina, infatti, è stata modificata dapprima con il d.lg. 516 del 1992 che ha dato attuazione in Italia alla dir. 89/666/CEE relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, cui si deve l'attuale testo dell'art. 2508. Successivamente è intervenuta la riforma del sistema di diritto internazionale privato. L'art. 25 l. 31.5.1995 n. 218 ha sostituito gli artt. 2505 e 2509, rispettivamente dedicati alle società costituite all'estero con sede nel territorio dello Stato e alle società costituite in Italia con attività all'estero. Fermo restando il riconoscimento delle società estere operanti in Italia, sancito dall'art. 25, se ne prevede la soggezione alla legge italiana nel caso in cui siano in Italia l'amministrazione centrale o l'oggetto principale della società costituita all'estero.

Benché collocato al di fuori del codice civile, l'art. 25 cit. concorre a definire la disciplina delle società costituite all'estero assieme alle disposizioni di cui agli artt. 2508 e ss.

Le norme sulle società estere mirano a definire le conseguenze, in punto di disciplina, del contatto di una fattispecie societaria con l'ordinamento italiano. Nel fare ciò, il legislatore si pone in un'ottica unilaterale, si pone cioè il problema dell'applicabilità della disciplina italiana anche alle società costituite all'estero.

Al riguardo, diverse conseguenze sono ricollegate alle diverse forme di contatto con l'ordinamento italiano. L'ipotesi più semplice appare essere quella in cui la società estera svolge stabilmente attività imprenditoriale nel territorio dello Stato attraverso la costituzione di una sede secondaria: è questa la fattispecie prevista dagli artt. 2508 e 2509 che prevedono l'applicazione della disciplina italiana in materia di pubblicità degli atti sociali. Ben più rilevanti sono le conseguenze che derivano dalla localizzazione in Italia della amministrazione centrale della società o dell'ogget-