



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

**LA SCISSIONE DELLE SOCIETA' ALL'INTERNO DEL
CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITA'
AZIENDALE**

Relatore: Chiar.mo Prof. PAOLO MENTI

Laureando: ANDREA ZANATO

ANNO ACCADEMICO 2013 – 2014

- INDICE SOMMARIO -

INTRODUZIONE	VII
---------------------------	------------

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE NEGOZIATA DELLE CRISI D'IMPRESA

1. L'evoluzione dell'atteggiamento del legislatore nei confronti della crisi d'impresa.....	1
1.1 L'originario atteggiamento "fallimentocentrico".....	1
1.2 L'amministrazione straordinaria e i primi segnali favorevoli al risanamento	6
1.3 Gli interventi sulla legge fallimentare in chiave riorganizzativa: Il periodo delle riforme 2005/2007	12
1.4 La legge 7 agosto 2012 n. 134: il "decreto sviluppo"	18
2. Il nuovo concordato preventivo all'esito della riforma 2012 e delle modifiche apportate dal "decreto del fare" d.l. 69 del 2013 convertito con l. 98 del 2013.....	22
2.1 Il concordato preventivo "con riserva"	22
2.2 Il concordato con continuità aziendale.	38

CAPITOLO II

LA SCISSIONE

1. La scissione nell'ordinamento italiano.....	51
1.1 Dal codice del 1942 alla direttiva CEE 891/1982.....	51
1.2 L'attuazione della direttiva: il d.lgs. 22/1991.....	56
1.3 La riforma del diritto societario: il d.lgs. 6/2003.....	62
2. Forme e Funzioni della scissione: la poliedricità dell'istituto.....	63
2.1 Forme di scissione.....	63
2.2 Funzioni della scissione.....	71
3. Natura giuridica dell'istituto.....	77
3.1 Premessa.....	77
3.2 La teoria traslativa.....	78
3.3 La teoria modificativa.....	83
3.4 Le teorie conciliative o eclettiche.....	86
4. Il procedimento di scissione.....	89
4.1 Il progetto di scissione e i suoi allegati.....	89
4.2 La delibera di scissione e l'opposizione dei creditori.....	100
4.3 L'atto di scissione e la chiusura del procedimento.....	105

CAPITOLO III

LA SCISSIONE FUNZIONALE ALLA RIORGANIZZAZIONE AZIENDALE

1. La riorganizzazione aziendale.....	111
1.1 Riorganizzazione conservativa e novativa.....	111
1.2 La riorganizzazione aziendale nelle procedure concorsuali: la competenza degli organi sociali.	116
2. La scissione come strumento per la riorganizzazione aziendale.	119
2.1 Scissione parziale con “scorporo” di un ramo d’azienda.....	120
2.2 Scissione parziale con creazione di una bad company	123
2.3 Scissione con finalità di separazione della compagine sociale.....	131

CAPITOLO IV

LA SCISSIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ

1. Premessa.....	139
2. Procedimento di scissione nel concordato preventivo	145
2.1 Quando realizzare la scissione.....	145
2.2 Il progetto di scissione.....	150
2.3 La valutazione del tribunale sull’ammissibilità del ricorso: la fattibilità del piano.	156
2.4 La delibera assembleare	162
2.5 L’opposizione dei creditori.....	165
2.6 Le ipotesi di responsabilità solidale delle beneficiarie.....	174
2.7 La scissione e la risoluzione del concordato preventivo.	177

3. Fallimento successivo e azione revocatoria.....	181
3.1 Fallimento successivo.	181
3.2 Scissione e azione revocatoria fallimentare.....	183
<i>CONCLUSIONI</i>	191
<i>INDICE BIBLIOGRAFICO</i>.....	195
<i>INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI</i>	211
<i>RINGRAZIAMENTI</i>	213

- INTRODUZIONE -

L'atteggiamento del legislatore nei confronti della risoluzione delle crisi d'impresa ha subito, nel corso degli ultimi settant'anni, un'evoluzione sempre più orientata verso la conservazione dei complessi aziendali, abbandonando la centralità del fallimento per dare maggior spazio alle procedure concorsuali alternative.

Già il legislatore del 1942 aveva voluto dare un primo segnale in questo senso, inserendo la disciplina del concordato preventivo con finalità liquidativa, inizialmente situata nella legge 197/1903, all'interno della nuova legge fallimentare. Questa scelta, oltre che essere ispirata dalla volontà di unificare tutte le modalità di risoluzione della crisi d'impresa all'interno del medesimo testo normativo, fu giustificata anche dai buoni risultati ottenuti con questa procedura sin dalla sua introduzione.

Dal 1942 si sono susseguite numerose riforme che hanno modificato la struttura delle procedure concorsuali, partendo dall'introduzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, alla fine degli anni Settanta, fino alle recenti modifiche apportate con il "Decreto Sviluppo" e con il "Decreto del Fare" rispettivamente del 2012 e del 2013.

All'esito di queste ultime riforme le procedure alternative risultano fortemente orientate verso la conservazione dei complessi aziendali. In questo studio ci si occuperà in particolare del concordato preventivo con continuità aziendale, mettendo in relazione la disciplina concordataria con quella di un istituto di diritto societario, la scissione, che grazie alla sua flessibilità permette di raggiungere molteplici finalità.

La scissione, istituto introdotto nel codice civile all'inizio degli anni Novanta, ben si presta alle ristrutturazioni societarie poiché permette di

intervenire non solo sugli aspetti patrimoniali, ma anche su quelli soggettivi, basti pensare alla possibilità di dividere una compagine sociale litigiosa attuando una scissione asimmetrica.

Realizzando la scissione in funzione del concordato preventivo si rende necessario riflettere sulla coesistenza dei due procedimenti, rilevando possibili interferenze e verificando le soluzioni che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato.

La prima domanda cui sarà data risposta riguarda le tempistiche attraverso le quali deve essere portato avanti il procedimento di scissione, in particolare: quando deve essere iniziato l'iter che porterà alla redazione del progetto; quando e che caratteristiche deve avere la delibera con cui i soci esprimono il loro voto sulla scissione; infine quando debba essere redatto l'atto di scissione, dalla cui pubblicazione prenderà efficacia l'intera operazione.

Si rifletterà poi sulle caratteristiche che dovrà avere il progetto di scissione, verificando se questo debba avere o meno un contenuto particolare dato il momento in cui l'operazione viene realizzata, così come ci si chiederà quali soggetti dovranno essere coinvolti nella sua redazione.

Verranno poi esposte quelle che sono le più recenti pronunce della giurisprudenza, di merito e di legittimità, in ordine alla valutazione della fattibilità del piano concordatario.

Arrivando poi a parlare della tutela dei terzi all'interno dei due procedimenti, si tratterà della compatibilità tra l'opposizione alla scissione e l'opposizione all'omologa, domandandosi se l'opposizione individuale prevista all'art. 2503 c.c. debba cedere di fronte alla concorsualità che è propria del concordato preventivo. Da questo punto di vista, non sarà possibile non sollevare qualche perplessità sulla

compatibilità costituzionale di questa scelta, che invero appare maggioritaria in dottrina.

Infine si parlerà della risoluzione del concordato preventivo e dell'eventuale fallimento successivo, prestando una particolare attenzione all'azione revocatoria. Sotto questo aspetto ragioneremo della compatibilità tra quest'ultima e il principio stabilito all'art. 2504-quater c.c., riflettendo sulle ultime prese di posizione della giurisprudenza e cercando di prospettare alcune scelte di politica del diritto che i tribunali potrebbero effettuare qualora fossero chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità tra azione revocatoria e scissione societaria inserita all'interno di un concordato preventivo.

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE NEGOZIATA DELLE CRISI D'IMPRESA

Sommario: 1. L'evoluzione dell'atteggiamento del legislatore nei confronti della crisi d'impresa – 1.1. L'originario atteggiamento “fallimentocentrico” – 1.2. L'amministrazione straordinaria e i primi segnali favorevoli al risanamento – 1.3. Gli interventi sulla legge fallimentare in chiave riorganizzativa: Il periodo delle riforme 2005/2007. – 1.4. Gli interventi sulla legge fallimentare in chiave riorganizzativa: Il periodo delle riforme 2005/2007.

1. L'evoluzione dell'atteggiamento del legislatore nei confronti della crisi d'impresa

1.1 L'originario atteggiamento “fallimentocentrico”.

La gestione delle crisi d'impresa ha radici storiche che si allungano nel corso dei secoli e che partono dal diritto romano, dove, sebbene non fosse presente la concezione di imprenditore commerciale come l'intendiamo oggi, era ben noto il concetto di responsabilità patrimoniale. Il debitore, ogniqualvolta non soddisfaceva le proprie obbligazioni, era sottoposto a procedure esecutive patrimoniali che sono in qualche modo antesignane del fallimento.

L'influsso del diritto romano si può poi ritrovare nell'onta morale che fino a non molto tempo fa derivava dal fallimento, che poggiava le

proprie fondamenta proprio sull'infamia cui soggiaceva il *cives romano* sottoposto a *bonorum venditio*.¹

Una prima testimonianza di fallimento collegata ad un soggetto che esercita un'attività commerciale, può essere ritrovata negli statuti comunali del Basso Medioevo, nei quali si disciplinava la vendita dei beni appartenuti al mercante "fallito", che a seguito della bancarotta si dava alla fuga.²

Nell'ordinamento italiano il fallimento è disciplinato per la prima volta nel codice di commercio del Regno di Sardegna del 1865, che venne esteso a tutto il neonato Regno d'Italia in attesa della redazione di un nuovo codice.

Nel 1882, con la legge 2 aprile n. 681, il legislatore emana il Codice del Commercio del Regno d'Italia, in questa prima codificazione post-unitaria la disciplina del fallimento trovava la sua sistemazione all'interno del libro terzo, denominato "del Fallimento", agli artt. 671 e seguenti.

Il legislatore del 1882 guardava al fallimento come unica procedura concorsuale, bastevole a soddisfare tutti i possibili risvolti della crisi d'impresa. Dunque la soluzione liquidatoria, fino alla successiva riforma fallimentare attuata dal governo Mussolini rimaneva la principale forma di risoluzione della crisi d'impresa.³

¹ Per degli spunti sulla disciplina dell'esecuzione patrimoniale nel diritto romano si veda tra gli altri MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 2006, p. 101 ss.

² Per una breve illustrazione della storia del fallimento si veda GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 23 ss..

³ Già nel 1903 il legislatore era intervenuto con la legge 24 maggio n. 1903, che però non aveva soddisfatto il legislatore fascista il quale si espresse in maniera negativa affermando all'interno della relazione di presentazione del nuovo testo della legge fallimentare (*Relazione al re r.d. 16 marzo 1942, n. 267*, in Gazz. Uff., 16 marzo 1942, n. 81) che la precedente disciplina era stata affidata ad una "*legge speciale, di data tutt'altro che recente, per non parlare della sua discutibile fattura*".

Con la riforma del 1942 si giunse ad una prima svolta in favore al risanamento dell'impresa, il legislatore inserì al suo interno due istituti che potevano portare al superamento della vecchia impostazione tutta accentrata sul fallimento.

Questi istituti, l'amministrazione controllata, totalmente nuova, e il concordato preventivo, questo già conosciuto dall'ordinamento, ma novellato e inserito nella legge fallimentare proprio per dare maggior coordinamento alla disciplina, avevano, seppure con modalità differenti, finalità conservative dell'impresa.

Il legislatore si era reso conto che, così come evidenziato nella relazione alla legge fallimentare da parte del guardasigilli Grandi, *“l'idea di comprendere in una disciplina unitaria tutti gli aspetti della crisi economica dell'impresa non è frutto di una elaborazione dottrinarica, ma è il naturale sbocco di un vasto processo iniziato da molti anni, a seguito della constatata insufficienza del fallimento a regolare le diverse situazioni a cui la crisi dell'impresa può dar luogo.”*⁴

Questi motivi spinsero il legislatore a fare un primo passo verso il superamento dell'ideologia “fallimentocentrica”, tant'è che nei primi anni che seguirono l'introduzione della nuova disciplina fallimentare, si assistette ad ipotesi di procedure concorsuali destinate *“non soltanto al soddisfacimento dei creditori ma anche al recupero aziendale”*.⁵

Tuttavia in questo periodo l'impostazione della crisi d'impresa in chiave liquidatoria rimaneva comunque centrale e anzi il fallimento molto spesso costituiva l'unica soluzione alla crisi d'impresa. Il legislatore, infatti, aveva previsto alcuni meccanismi mediante i quali la possibilità di una dichiarazione di fallimento era sempre “dietro l'angolo”.

⁴ Cfr. Relazione al re r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in Gazz. Uff., 16 marzo 1942, n. 81.

⁵ LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1999, p. 725 ss.

Nella legge fallimentare era disciplinata, ad esempio, la dichiarazione di fallimento *ex officio*, mediante la quale si concedeva alla magistratura un forte potere discrezionale che le consentiva, ogniqualvolta riscontrasse i presupposti, di dichiarare fallito un imprenditore.

La dichiarazione officiosa, comportava dunque un pericolo per l'impresa che si trovasse in una situazione di crisi, infatti, la possibilità di un'improvvisa sentenza dichiarativa di fallimento, ad iniziativa esclusivamente giudiziale, poteva andare contro quelli che erano gli interessi non solo dell'imprenditore, ma anche del ceto creditorio⁶.

Dal punto di vista dell'imprenditore è chiaro che non ci fosse alcun interesse a vedersi dichiarato fallito da parte di un giudice che era terzo rispetto agli interessi delle parti coinvolte. Anche da parte dei creditori poteva esserci disinteresse verso la procedura fallimentare, potendo invece prevalere l'interesse per il risanamento dell'impresa, che avrebbe potuto, nel medio-lungo periodo, portare ad un migliore soddisfacimento dei loro interessi.

L'imposizione della procedura fallimentare da parte del giudice era un chiaro indice della *ratio* stessa del fallimento, cioè la tutela, non tanto della posizione creditoria, ma del mercato. Per questo motivo, qualora un'impresa risultasse non più capace di produrre reddito, la migliore soluzione in capo al legislatore era quella di eliminarla dal mercato attraverso la liquidazione concorsuale.

Altro elemento che faceva pendere l'ago della bilancia a favore della soluzione liquidatoria era la concezione delle procedure alternative, infatti, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata richiedevano particolari requisiti d'ingresso.

⁶ BASSI, *Il fallimento di ufficio*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 631 ss.

Si richiedevano requisiti soggettivi ben precisi, che guardavano alla meritevolezza, e che configuravano queste due procedure come beneficio per l'imprenditore.

La disciplina anteriore alla riforma del 2005, prevedeva che il concordato preventivo, e anche l'amministrazione controllata a seguito del richiamo espresso fatto dall'art. 187 all' art. 160, fossero a beneficio dell'imprenditore onesto e sfortunato, il quale fosse in grado di garantire ai propri creditori un soddisfacimento apprezzabile.

La procedura poteva essere fruita solamente dall'imprenditore: in stato di insolvenza; in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal legislatore, al fine di evitare che ad usufruire del beneficio fossero i cosiddetti professionisti del dissesto; che fosse in grado di garantire ai creditori muniti di prelazione il soddisfacimento integrale, mentre ai chirografari il pagamento di una percentuale non inferiore al 40%.⁷

Questi requisiti soggettivi risultavano inadeguati, poiché nel caso di attività di impresa esercitata sotto forma societaria, il giudizio di meritevolezza veniva fatto sulle singole persone fisiche che componevano la compagine sociale, cosa in parte irragionevole dato che nelle moderne organizzazioni aziendali si perde il legame tra atti di amministrazione e le persone fisiche preposte all'esercizio dell'impresa.⁸ Ci si trovava così in una situazione per cui era valutata la persona fisica e non tanto la persona giuridica che è un ente autonomo dotato di una propria capacità giuridica.

⁷ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, 2006, Torino, Giappichelli, p. 315.

⁸ LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 730; bisogna osservare come sia parte del rischio d'impresa il fatto che l'imprenditore sia responsabile anche dell'attività compiuta dai soggetti cui ha demandato l'amministrazione della società. Tuttavia la valutazione basata solamente sulla persona fisica dell'imprenditore risultava oltremodo severa.

La giurisprudenza era così giunta ad affermare che gli obiettivi che si poneva il legislatore limitando l'accesso alla procedura concorsuale non venivano raggiunti.⁹

Sempre rimanendo in tema di procedure alternative, l'idea liquidatoria emergeva anche dal fatto che la procedura fallimentare rimaneva sempre dietro l'angolo ed era consequenziale al naufragio di queste altre procedure, ivi compresi la risoluzione o l'annullamento.

Pertanto l'imprenditore si trovava sempre nella possibilità di incappare, seguito di un possibile incedente di percorso, nella dichiarazione di fallimento.

1.2 *L'amministrazione straordinaria e i primi segnali favorevoli al risanamento*

Come si è già avuto modo di notare, già nella relazione alla legge fallimentare del 1942 il guardasigilli notava come il fallimento, e quindi la soluzione liquidatoria, non potesse essere l'unica prospettiva per l'impresa in stato di crisi.

Lo stesso legislatore del 1942 aveva previsto, anche se con scarso successo, istituti con finalità sanatorie. Tuttavia, perché si evidenzi un primo vero passo verso l'idea di crisi come momento che non necessariamente debba portare alla liquidazione del patrimonio dell'impresa, si deve attendere la fine degli anni 70 ed in particolare la cd. legge Prodi del 3 aprile 1979, n. 95. Quest'ultima introdusse l'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, sottraendo tali imprese alla disciplina della legge fallimentare.

⁹ Per una breve analisi dei limiti evidenziati dalla giurisprudenza alla formulazione dei requisiti d'accesso al concordato preventivo cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, op. cit., p. 316.

La *ratio* di questa nuova procedura andava individuata nella peculiarità degli interessi connessi all'insolvenza delle imprese che presentavano un'importante esposizione debitoria, tale da rientrare nei parametri fissati all'art. 1 della legge 95/1979, che richiedevano per questo motivo particolari cautele.¹⁰

L'istituto rappresentò un primo spunto del legislatore verso un'ottica improntata sulla conservazione della continuità aziendale. La stessa relazione alla richiesta di conversione del D.lg. 26/1979 affermava che la continuazione della gestione dell'impresa costituiva "*l'ipotesi normale e non eccezionale*" come invece avveniva per le altre procedure concorsuali, ed inoltre si affermava come l'amministrazione straordinaria tendesse a "*mantenere in vita le aziende risanabili in modo da renderne possibile il trasferimento ad altro imprenditore senza soluzione di continuità*".

Infatti, come affermato all'epoca da autorevole dottrina, "la caratteristica della nuova procedura sembra da riporre nella sua finalizzazione alla continuità dell'attività produttiva dell'impresa disestata, per difenderne nel modo più energico possibile tutti i residui valori (tecnici, commerciali, produttivi, occupazionali)."¹¹

Sebbene il nuovo istituto rappresentasse un passo avanti nella risoluzione delle crisi d'impresa, rimanevano comunque alcuni punti d'ombra, ad esempio il requisito d'ammissione richiesto dall'art. 1 della l. 95/1979 di almeno un miliardo di lire di debiti derivanti da un finanziamento agevolato, che rese difficile alla dottrina qualificare l'interesse pubblico tutelato.

¹⁰ Per un approfondimento sulla legge introduttiva dell'istituto *cfr.* SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civili*, 1979, p. 705 ss.

¹¹ SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, *op. cit.*, p. 707.

Se, da un lato, la norma sembrava far leva sull'entità dell'esposizione debitoria, e quindi sulle gravità delle ripercussioni che le proporzioni del dissesto potessero provocare; dall'altro lato, la richiesta di un'esposizione derivante anche da finanziamenti agevolati, poteva far pensare che l'interesse tutelato fosse quello al buon uso delle facilitazioni finanziarie a carattere pubblico.

La considerazione di cui sopra portava poi ad un altro elemento di criticità, infatti, questo particolare requisito comportava l'esclusione dell'applicazione della disciplina a tutte quelle imprese che, seppure in crisi e con una forte esposizione debitoria, non avevano ricevuto finanziamenti pubblici agevolati, ovvero nel caso contrario, in cui queste avevano ricevuto consistenti finanziamenti pubblici, ma non avevano l'esposizione debitoria richiesta dal legislatore per accedere alla procedura.

Questo ed altri aspetti critici¹², che non mi soffermerò ad elencare, portarono il legislatore ad intervenire a più riprese sull'istituto con normative speciali che andavano di volta in volta a modificarne ed integrare la disciplina.

Le numerose novelle alla legge Prodi non si rivelarono tuttavia sufficienti a tacitare le voci che da più parti chiedevano la riforma di un istituto nato sotto il segno della provvisorietà.

Decisivo fu anche l'intervento delle istituzioni comunitarie, che sempre più nettamente avevano dimostrato di ritenere l'istituto, nel suo complessivo assetto, come suscettibile di produrre effetti distorsivi della concorrenza. Infatti, con l'amministrazione straordinaria si permetteva l'artificiosa permanenza sul mercato di imprese destinate

¹² Gli aspetti critici sono indicati in maniera esauriente da SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 705 ss. ed anche da ALESSI, *L'amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Banca borsa*, 1980, p. 127 ss.

invece ad esserne espulse. Inoltre si potevano concretizzare delle forme di aiuto di stato, vietate dalla normativa comunitaria, poiché il tesoro faceva da garante per i debiti della società in crisi.

La riforma si concretizzò nel 1999 con il d.lgs. 8 luglio n. 270, abrogativo della Legge Prodi, con cui venne introdotta l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Questa nuova disciplina si atteggiava a riforma, o comunque nuova versione, della vecchia amministrazione straordinaria, in realtà l'istituto venne completamente ridisegnato e del modello previgente rimase ben poco.¹³

La normativa del 1999 mirava a risolvere i dubbi che avevano caratterizzato la disciplina previgente, innanzitutto il legislatore aveva previsto un duplice requisito di accesso: *a)* la presenza di un numero minimo di lavoratori subordinati, pari a 200; *b)* una determinata esposizione debitoria rapportata all'attivo patrimoniale e ai ricavi delle vendite e delle prestazioni dell'ultimo esercizio.

Con questi nuovi requisiti è stato possibile dichiarare chiusa la disputa sulla natura dell'istituto, poiché la nuova disciplina si schiera chiaramente a favore di coloro che già in precedenza sostenevano l'opinione secondo cui l'interesse sotteso alla sottrazione delle grandi imprese alla procedura fallimentare fosse da far risalire alle possibili conseguenze economiche e sociali derivanti dal dissesto societario.

Alla disciplina del 1999 se n'è poi accostata una simile, regolata dal d.l. 347/2003, caratterizzata dall'accesso diretto alla procedura e quindi

¹³ Per un primo commento al d.lgs. 1999/270 si veda NIGRO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: cenni introduttivi*, in *Nuove leggi civili*, 2000, p. 135.

dall'assenza della fase di filtro giudiziale, questa nuova normativa aveva come fonte il caso Parmalat.¹⁴

Al giorno d'oggi troviamo due procedure, che coesistono, ma, mentre la prima è rimasta invariata nel corso degli anni, la seconda è regolata da una "accozzaglia di norme"¹⁵ innestate sul d.l. 347/2003.

Ciò che emerge e che è importante notare ai fini del presente lavoro è come il legislatore, nell'ambito della gestione delle grandi aziende in crisi abbia dato sempre maggiore rilevanza alla conservazione dei complessi produttivi e di conseguenza alla riorganizzazione patrimoniale e finanziaria dell'ente che di volta in volta era assoggettato alla procedura concorsuale.

Quest'affermazione è facilmente giustificabile se ci si concentra sull'evoluzione storica dell'istituto, cui si accompagna l'evoluzione del pensiero dello stesso legislatore.

Se, infatti, nel 1979 il legislatore prevedeva la prosecuzione della gestione dell'impresa come normale conseguenza della sottoposizione all'amministrazione straordinaria, questa rimaneva un'ipotesi solamente facoltativa. Rimaneva quindi la possibilità per il commissario di prevedere la liquidazione, anzi dagli stessi lavori preparatori emerge come ci sia stato un cambiamento tra il testo approvato alla Camera e quello che poi è stato votato al Senato, infatti, in prima battuta la

¹⁴ La disciplina del 1999 è rimasta pressoché invariata, mentre quella del 2003 è stata più volte modificata dal legislatore per adattarla di volta in volta ai singoli casi di grandi imprese che necessitavano di essere ammesse alla procedura, così si intervenne a più riprese tra il 2004 e il 2005 per consentire l'accesso alla procedura a Volareweb e per adattarla alle specifiche esigenze che emergevano dal "crack" Parmalat. Più di recente nel 2008 si è avuto un intervento pre affrontare la crisi Alitalia, in particolare per adattare l'amministrazione straordinaria all'utilizzo nelle grandi imprese fornitrici di servizi pubblici essenziali, le modifiche in questo caso riguardano la facilitazione delle operazioni di cessione a soggetti che garantiscono la continuità aziendale nel medio periodo ed a consentire il "trasferimento solo parziale di complessi aziendale o attività produttive in precedenza unitari e definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti".

¹⁵ Così GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, op. cit.*, p. 381.

prosecuzione era prevista come obbligatoria, mentre nel testo finale l'obbligatorietà è stata sostituita con la mera facoltatività¹⁶.

Alla luce di questa premessa bisogna sottolineare come il legislatore all'epoca non avesse ancora del tutto abbandonato quella che può essere definita una prospettiva liquidatoria. Allo stesso tempo va però notato un primo cambio di rotta verso la salvaguardia della continuità aziendale.

Il cambio di rotta è poi via via maggiore più ci si avvicina al nuovo millennio, nel 1999 la riforma interviene sull'amministrazione straordinaria modificandola completamente e abbracciando in maniera maggiore le prospettive di continuità degli assetti produttivi.

Da un lato si nota un allargamento dei criteri d'entrata, poiché la nuova disciplina non richiede più la presenza di finanziamenti agevolati, il che contribuisce ad allargare il bacino di aziende che possono usufruire dell'istituto, dall'altro sono disegnati due possibili orizzonti cui può giungere la procedura, entrambi, anche se con modalità differenti, con finalità conservative del patrimonio aziendale.

La normativa predispone due alternative: la prima comporta la cessione dell'intero complesso aziendale, ovvero lo scorporo di singoli complessi o rami d'azienda, che possono quindi essere ceduti in modo che l'azienda conservi il proprio *going concern*, funzionale anche alla migliore soddisfazione della classe creditoria; la seconda prevede invece un piano di riorganizzazione, che non avrà effetti traslativi del

¹⁶ Se si leggono i lavori preparatori e i primi commenti, appare evidente il cambio di rotta da parte del legislatore, che SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 708 non esita a definire ipocrita, stanti i numerosi richiami alla continuità aziendale contenuti nella normativa, come l'obbligo da parte del commissario di predisporre un programma e, possibilmente, anche un piano di risanamento, ovvero anche nello stesso *nomen iuris* dell'istituto "amministrazione straordinaria" che si distacca in maniera chiara da quelli delle altre procedure concorsuali liquidative.

complesso aziendale, ma si limiterà ad un *restyling* dell'azienda da un punto di vista patrimoniale e finanziario.

Il legislatore si è poi spinto oltre, in materia di amministrazione straordinaria, il d.l. 347/2003, ha creato una procedura alternativa, rivolta alle grandi imprese in possesso di determinati requisiti patrimoniali, che oggi è diventata la forma per così dire ordinaria con cui si svolge l'amministrazione straordinaria.

Questo percorso alternativo è caratterizzato da un forte sbilanciamento verso la continuità dei complessi aziendali, è stato eliminato l'intervento preventivo del giudizio sulla recuperabilità dell'azienda svolto dal tribunale e viene data prevalenza alla ristrutturazione patrimoniale e finanziaria, prevedendo la cessione dei complessi aziendali solo come *extrema ratio* conseguente alla mancata autorizzazione del piano di recupero.

Vediamo dunque come l'istituto dell'amministrazione controllata possa fungere da cartina tornasole circa l'evoluzione dell'atteggiamento del legislatore verso la conservazione dei complessi aziendali e del valore intrinseco della continuità aziendale.

1.3 *Gli interventi sulla legge fallimentare in chiave riorganizzativa: Il periodo delle riforme 2005/2007*

Il legislatore negli ultimi settant'anni ha pian piano abbandonato la soluzione liquidatoria della crisi d'impresa, per far posto alla riorganizzazione aziendale come strumento principale di risoluzione della crisi.

Sarebbe inutile elencare tutte le numerose modifiche apportate alla legge fallimentare dalle riforme che, a più riprese, si sono succedute negli ultimi anni.

Mi limiterò quindi a dare notizia di quelle che più interessano al fine di dimostrare la transizione verso la finalità riorganizzativa dei complessi aziendali, ed in particolar modo l'accento verrà posto sul concordato preventivo, rinvio pertanto ad alcuni manuali per una esposizione più completa delle varie riforme.¹⁷

Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, fino al 2005 la riorganizzazione aziendale era per lo più riservata alle grandi imprese, cui si applicava l'istituto dell'amministrazione straordinaria, tuttavia, con il d.l. 14 marzo 2005, n.35, convertito con la l. 14 maggio 2005, n. 80, il legislatore pone il primo tassello verso la riforma della legge fallimentare nell'ottica della riorganizzazione dell'impresa in crisi.

Con la novella del 2005 il legislatore interviene su tutta la legge fallimentare in particolare, per ciò che concerne questo lavoro, la disciplina del concordato preventivo è modificata intervenendo sugli artt. 160, 161, 163, 177, 180, 181.

Secondo la relazione al d.l. 35/2005 il nuovo concordato preventivo risultante dalle modifiche apportate alla legge fallimentare rappresenta uno strumento di soluzione delle crisi d'impresa, le cui finalità più importanti sono: *“La conservazione del complesso aziendale; la privatizzazione delle procedure concorsuali, affidando ai creditori ed al debitore la soluzione della crisi dell'impresa e riducendo i poteri del tribunale al controllo di legittimità; la riduzione dei tempi di durata delle*

¹⁷ Si vedano tra gli altri: GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, op.cit.; id., *Diritto fallimentare*, op.cit.; FIALE, *Diritto fallimentare*, Napoli, Simone, 2013; JORIO ET. AL., *il nuovo diritto fallimentare*, JORIO (cur.), Bologna, Zanichelli, 2010; id., *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO (cur.), 11.2, Padova, Cedam, 2008; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, 11.1, op.cit.; BONFATTO – CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2013;

procedure; la tutela della stabilità e della certezza dei rapporti instaurati con l'imprenditore"¹⁸.

La nuova disciplina elimina i requisiti di meritevolezza per l'accesso al concordato preventivo introducendo nuovi presupposti che non si basano più su dei requisiti soggettivi, il che rispecchia quello che si era rilevato nella prassi, cioè che richiedere questi requisiti non comportasse il raggiungimento degli effetti preclusivi dell'accesso al concordato preventivo per i cosiddetti "professionisti del dissesto". Con la riforma del 2005 si supera in maniera definitiva la visione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore.

Altro requisito che viene eliminato con la riforma è la percentuale minima di pagamento che l'imprenditore doveva garantire ai propri creditori, così facendo il legislatore fa cadere un altro ostacolo all'accesso alla procedura concorsuale e mette in primo piano l'interesse dei creditori i quali possono dunque accettare un concordato che prevede una percentuale di soddisfacimento minore.

Il legislatore interviene anche sul requisito oggettivo di accesso alla procedura, non è più richiesta l'insolvenza, ma si considera sufficiente lo stato di crisi, un momento anteriore. Di cui in seguito sarà data un'interpretazione autentica al fine di fugare una possibile interpretazione eccessivamente restrittiva, con il d.l. 273/2005 che aggiungerà l'ultimo comma dell'art. 160: "*Per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Il fatto che il legislatore preveda l'accesso al concordato preventivo anche all'imprenditore in stato di crisi, ma non insolvente, è un ulteriore indice dello spostamento progressivo verso una visione della

¹⁸ ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, p. 1131 ss., ivi p. 1132.

crisi come momento transitorio dell'impresa e non come momento solutorio.

Se, infatti, si permette all'imprenditore non ancora insolvente, e quindi non assoggettabile al fallimento, di accedere al concordato, si favorirà l'emersione anticipata della crisi. Questo potrà permettere all'imprenditore di riorganizzare il proprio complesso aziendale prima ancora che questa sia giunta ad uno stato irreversibile e evitando quindi che la liquidazione degli *asset* sia l'unica soluzione perseguibile.

Oltre ad intervenire sui presupposti, il legislatore, con la riforma del 2005, interviene anche sulle modalità con cui può realizzarsi un piano di concordato preventivo. In particolare si può notare come il nuovo art. 160 sia ispirato alla disciplina dell'amministrazione straordinaria e segnatamente al contenuto del piano redatto dal commissario straordinario.¹⁹

Il novellato art. 160 statuisce che l'imprenditore possa proporre ai propri creditori un piano che preveda come noto: la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi modalità utile,

¹⁹ GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare, op. cit.*, p. 336, in cui viene riportato come l'idea, cui sono ispirate le nuove modalità con cui si può realizzare un piano di concordato, sia da far risalire alle norme dell'amministrazione straordinaria, in particolare alla procedura delineata con il d.l. 347/2003, che ha trovato applicazione nel caso Parmalat in cui nella proposta del piano di risanamento si può leggere "*funzione principale della procedura di amministrazione straordinaria è quella di consentire la salvaguardia, attraverso la prosecuzione dell'attività, di imprese che presentino obiettive caratteristiche di capacità di produrre reddito anche se, per accadimenti ari riferibili alla precedente gestione, siano state portate ad una situazione di insolvenza. Tutte le volte in cui la organizzazione dei fattori della produzione e l'avviamento conseguito si traducano in un valor e che evitino si determini questo pregiudizio. Il concordato che viene proposto ai creditori intende, appunto, realizzare entrambi questi obiettivi. Da un alto, intende consentire quella prosecuzione dell'attività d'impresa che, come evidenziato dal piano industriale illustrato nel programma di ristrutturazione, si dovrebbe tradurre in un sensibile incremento dei risultati economico finanziari e quindi del valore dei complessi produttivi capaci di generare reddito. Dall'altro lato intende riservare il beneficio rinveniente dalla continuazione dell'attività e dal conseguente atteso aumento di valore ai creditori chirografari delle società interessate dal concordato, creditori che hanno subito il pesante pregiudizio dell'insolvenza del gruppo*". In *Dir. Fall.*, 2004, p.1346 ss.

eventualmente con l'attribuzione delle attività ad un assuntore, la suddivisione in classi dei creditori sociali, prevedendo altresì un trattamento differente per i creditori appartenenti a classi diverse.

Individuando queste modalità come quelle attraverso cui può svolgersi il piano di concordato, il legislatore intende chiaramente dare una finalità precisa alla procedura. Infatti, facendo un parallelo tra il primo e il secondo comma dell'art. 160, si può chiaramente notare come l'istituto si rivolga principalmente all'imprenditore che non si trovi in uno stato di crisi irreversibile e che, mediante l'uso dello stesso concordato, intenda uscire da quest'*impasse* salvaguardando la continuità della propria azienda e quindi il valore dei complessi produttivi.

Sebbene vi sia stata una forte influenza dell'amministrazione straordinaria sul concordato preventivo, che ha portato all'ingresso, anche in quest'ultimo, della finalità di recupero dell'equilibrio gestionale, non bisogna però pensare che questa rimanga l'unica soluzione possibile.

In prima analisi appare evidente come i due istituti si rivolgano ad aziende diverse, con diverse dimensioni, il cui dissesto causa conseguenze differenti sull'economia in generale. Da un lato troviamo aziende medio-grandi, mentre dall'altro troviamo delle imprese di dimensioni più contenute in cui è meno sentita l'esigenza di risanamento.²⁰

Se poi si pone l'attenzione sulla regia che sta sullo sfondo è facile notare come questa sia diversa nelle due procedure: nel caso di amministrazione straordinaria, la gestione è affidata ad un'autorità amministrativa e ad un organo, il commissario straordinario, le cui

²⁰ GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 327.

proposte e valutazioni sono inevitabilmente destinate ad orientare la maggioranza dei creditori; mentre nel concordato è lo stesso imprenditore che con i suoi professionisti gestisce la procedura e dunque è presumibile che molti creditori, chiamati a dare il proprio assenso mostrino di preferire soluzioni differenti.

Alla riforma più radicale del 2005 hanno poi fatto seguito una serie di interventi, il d.lgs. 5/2006 con il quale è stata varata la cosiddetta “riforma organica delle procedure concorsuali”, in questa nuova riforma assistiamo ad un ulteriore passo verso la privatizzazione della soluzione della crisi d’impresa e la risoluzione concordata delle crisi mantenendo come obiettivo il risanamento dell’impresa.

La riforma, da più parti criticata per la propria disomogeneità²¹, aveva apportato numerose modifiche alla legge fallimentare, le quali però non erano risultate sufficienti e così il legislatore tornò ad intervenire negli anni successivi.

Nel 2007, con il “decreto correttivo”, sono stati apportati alcuni aggiustamenti e cambiamenti formali. In particolare, in tema di concordato, si è cercato di facilitarne l’accesso e l’approvazione, eliminando il vaglio preventivo del tribunale sulla convenienza dell’operazione e ritenendo sufficiente ai fini dell’approvazione il voto favorevole della maggioranza delle classi. Così facendo la possibilità di contestare la convenienza è stata rimessa totalmente in capo ai

²¹ Per alcuni primi commenti critici verso la nuova riforma, si vedano tra gli altri: FORTUNATO, *Rilievi sulle principali novità della riforma del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 1029 ss.; ALLEGRI, *Il concordato preventivo rivisitato*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 877 ss.; MINUTOLI, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, in *Dir. Fall.*, 2006, V, p. 832 ss.; NIGRO, *La riforma “organica” delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. Fall.*, 2006, IV, p. 781 ss.; SANDULLI, *Appunti sulle prospettive di riforma della legge fallimentare e sulle riforme attuate*, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 328 ss.; FAUCEGLIA, *Incertezze valutative in tema di nuovo concordato preventivo tra risentimento dei giudici ed incertezze del legislatore*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 153.

creditori dissenzienti, che, all'esito delle operazioni di voto, potranno esercitare il diritto di opposizione.

All'esito di questo periodo di riforme il concordato preventivo usciva profondamente e radicalmente modificato sia nella propria struttura che nella propria funzione. Da un lato le riforme, in particolare quella del 2005, avevano modificato l'essenza del concordato come privilegio per l'imprenditore onesto e sfortunato, eliminando i criteri soggettivi e di meritevolezza che risultavano ormai anacronistici e inadeguati alle esigenze di un imprenditoria moderna. Dall'altro il concordato aveva un nuovo volto ed era passato dall'essere una procedura meramente liquidativa ad essere un utile strumento per la risoluzione delle crisi aziendali, grazie anche alle molteplici forme di intervento che, grazie alle novelle apportate all'art. 160, potevano essere previste dal piano proposto dall'imprenditore.

1.4 *La legge 7 agosto 2012 n. 134: il "decreto sviluppo"*

Il legislatore è intervenuto altre volte sulla legge fallimentare dopo le riforme del 2007, toccando di volta in volta vari aspetti, l'ultima modifica significativa è da far risalire al cosiddetto "decreto sviluppo" che a seguito della sua conversione in legge ha apportato alcune modifiche molto importanti in tema fallimentare.

Le modifiche inserite all'interno delle "misure urgenti per la crescita", investono principalmente la regolazione negoziata della crisi sotto controllo giudiziario e volta a favorire ulteriormente le soluzioni alternative al fallimento.

Le innovazioni che più interessano riguardano la disciplina del concordato preventivo, qui il legislatore è intervenuto proprio nell'ottica di agevolare l'emersione anticipata della crisi ed il

mantenimento della continuità aziendale per tutto l'arco del procedimento di soluzione della stessa.

L'art. 33 del d.l. 83/2012 è la norma deputata all'introduzione delle modifiche alla legge fallimentare e contemporaneamente all'introduzione di alcuni nuovi istituti.²²

Con il "decreto sviluppo":

- *"Sono ampliati i casi di non assoggettabilità alla revocatoria fallimentare"*, in un'ottica favorevole alla conservazione dell'impresa il comma 1 alla lettera a) amplia l'area degli atti, pagamenti e garanzie non soggetti alla revocatoria fallimentare, in particolare il legislatore sottrae dalla revocatoria quegli atti e quei pagamenti che sono funzionali all'esecuzione di un piano di risanamento aziendale la cui fattibilità e veridicità sia attestata da un professionista indipendente.
- "Nel concordato preventivo è anticipata l'applicabilità delle misure a tutela del debitore ed è introdotta la possibilità di sciogliersi in alcuni casi da contratti in corso di esecuzione". La lettera b) del comma 1 modifica l'art. 161 l.f. inserendo il sesto comma sulla domanda per l'ammissione al concordato preventivo, stabilendo che il debitore deve presentare un piano, anche successivamente alla presentazione della domanda, contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Come si legge nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, "si vuole così consentire al debitore di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio connessi al deposito della domanda di

²² Per una spiegazione più approfondita delle intenzioni del legislatore circa la riforma della legge fallimentare si veda la relazione al d.l. 83/2012 che può essere reperita all'indirizzo:

http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/d12083c.htm#_Toc339480499

concordato, impedire che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza e promuovere la prosecuzione dell'attività produttiva dell'imprenditore in concordato”.

- “Negli accordi di ristrutturazione del debito è introdotta una moratoria legale dei pagamenti” la lettera e) del comma 1 modifica l'art. 182-bis l.f. in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare viene stabilita una moratoria legale di 120 giorni per il pagamento dei creditori estranei; in questo modo si intende consentire al debitore in crisi di poter beneficiare del c.d. scaduto fisiologico.
- “Sono individuate misure di finanza interinale, volte a consentire finanziamenti o pagamenti del debitore nelle more della definizione dei procedimenti di ristrutturazione del debito e di concordato preventivo; sono introdotte deroghe per le società in crisi alla disciplina sulla perdita di capitale”, la lettera f) introduce due nuovi articoli nel capo della legge fallimentare dedicato all'omologazione e all'esecuzione del concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione di debiti: l'art. 182-quinquies riguarda finanziamento e continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti; l'art. 182-sexies disciplina la riduzione o perdita del capitale della società in crisi.

Il nuovo art. 182-quinquies interessa la c.d. finanza interinale che, come evidenziato nella relazione illustrativa “costituisce una delle criticità del sistema vigente che maggiormente impedisce la tempestiva risoluzione delle crisi d'impresa”.

Il nuovo art. 182-sexies LF riguarda la perdita del capitale della società in crisi, volto a incentivare la risoluzione delle situazioni

di crisi di impresa. A tal fine è prevista l'inapplicabilità degli obblighi di capitalizzazione della società in perdita e della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale, in costanza dei procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione.

- è introdotto il concordato con continuità aziendale, con prosecuzione dell'attività d'impresa; è adeguata la disciplina fiscale sulle sopravvenienze attive e la deducibilità delle perdite” La lettera h) del comma 1 introduce un nuovo art. 186-bis nella legge fallimentare, relativo al concordato con continuità aziendale, con l'intento di favorire i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Quest'ultima è, insieme alla domanda di concordato “con riserva”, la novità più importante apportata alla legge fallimentare che permette di evidenziare come il processo di conversione del legislatore sia per certi versi giunto a compimento.

Come si può comprendere dal breve *excursus* storico illustrato nelle pagine precedenti il legislatore nel corso degli ultimi anni ha cambiato in maniera radicale la propria visione della crisi d'impresa, virando da quella che era un'impostazione tutta accentrata sul fallimento ad una nuova impostazione caratterizzata da una forte attenzione per la conservazione dei processi aziendali.²³

Spostando il proprio *focus* dalla liquidazione alla conservazione, il legislatore riconosce il valore stesso dell'azienda, infatti la

²³ cfr. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 1 ss.; l'autore in questo articolo evidenzia i principali problemi della riforma e critica in particolar modo l'eccessivo sbilanciamento che il legislatore ha verso la conservazione dell'impresa. Egli ritiene che l'eccessivo accento posto alla conservazione dei complessi aziendali comporterà dei costi eccessivi, che saranno superiori ai benefici che tale orientamento potrà portare all'economia nazionale.

conservazione dell'avviamento e dei processi produttivi nella maggior parte dei casi, potrà garantire una maggiore tutela dei creditori stessi, i quali, in una prospettiva di medio-lungo periodo, vedranno una remunerazione maggiore rispetto a quella che avrebbero avuto nel breve periodo data dalla liquidazione dell'azienda in crisi.

Infatti, se è vero che l'azienda in crisi è un elemento negativo, che comporta uno squilibrio e dunque, secondo una logica meramente capitalista, andrebbe esclusa dal mercato, è altrettanto vero che eliminando questo soggetto si dissolvono tutta una serie di rapporti e sinergie che, nel momento in cui venga superata la crisi, tornerebbero a fornire profitti.

2. Il nuovo concordato preventivo all'esito della riforma 2012 e delle modifiche apportate dal "decreto del fare" d.l. 69 del 2013 convertito con l. 98 del 2013.

2.1 Il concordato preventivo "con riserva".²⁴

Il cosiddetto "decreto sviluppo" introduce all'art. 33 due importanti novità che concorrono a modificare la disciplina del concordato preventivo in chiave prettamente riorganizzativa, queste due modifiche sono: la domanda con riserva e il concordato con "continuità aziendale".

²⁴ Circa il *nomen iuris* il legislatore non si esprime, parla generalmente di ricorso contenente la domanda di concordato, in cui l'imprenditore si riserva di presentare il piano, da qui la dottrina ha elaborato la dicitura "concordato con riserva", altri parlano di "concordato in bianco" facendo riferimento al fatto che non è richiesta la presentazione del piano né della documentazione richiesta per la domanda di concordato "classica", altri ancora parlano di "concordato prenotativo", ponendo l'accento sugli effetti che derivano dalla proposizione del ricorso, in particolare l'effetto preclusivo che incide sulle domande esecutive o cautelari dei creditori avente titolo anteriore alla data di presentazione dello stesso.

Il d.l. 83/2012, convertito con la l. 134 dello stesso anno, ha modificato l'art. 161 l.fall. introducendovi innanzitutto il comma sesto, nel quale si prevede la possibilità per l'imprenditore di presentare il ricorso contenente la domanda di concordato e i bilanci degli ultimi tre esercizi. Riservandosi però di presentare proposta, il piano e la restante documentazione, in un secondo momento, entro il termine che il giudice è obbligato a fissare tra i sessanta e i novanta giorni, prorogabile in presenza di giustificati motivi per un massimo di sessanta giorni. Questa nuova modalità di presentazione del ricorso, che si affianca a quella ordinaria rimasta sostanzialmente inalterata all'esito della riforma, ha funzioni anticipatorie della tutela derivante dall'ammissione alla procedura concorsuale.

La finalità principale, che il legislatore intende raggiungere creando la cosiddetta domanda con prenotazione, è di preservare le strutture aziendali da eventuali azioni esecutive o cautelari, che potrebbero pregiudicare, anche in maniera definitiva, le sorti dell'azienda.

La presentazione di una domanda di concordato preventivo "classica", quindi con l'indicazione del piano e tutti gli altri adempimenti necessari che la legge richiede all'art. 161 l.fall., potrebbe richiedere molto tempo e di conseguenza comportare un danno per i già delicati equilibri patrimoniali di un'azienda che, per il fatto stesso di ricorrere ad una procedura concorsuale, si trova in difficoltà.

Pertanto, come affermato da più parti in dottrina "questa norma rappresenta un passo avanti nella tutela delle aziende meno organizzate e sottoposte ad un alto rischio di default".²⁵

²⁵ Così CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 316 ss., ma in dottrina si sono espressi in maniera simile circa la *ratio* della riforma anche: SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209 ss., LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in

Procedendo ad un'analisi dei commi sesto e seguenti, si può arrivare ad una chiara esposizione dell'istituto e delle problematiche che la giurisprudenza e il legislatore si sono trovati ad affrontare, e in parte risolvere, dalla sua entrata in vigore avvenuta come noto nell'agosto 2012.

Da una prima lettura del comma sesto possiamo estrapolare le caratteristiche della domanda cosiddetta "con prenotazione". In primo luogo questa può essere proposta dall'imprenditore commerciale, il quale faccia richiesta di essere ammesso alla procedura concordataria allegando i bilanci degli ultimi tre esercizi, riservandosi però di presentare il piano e la documentazione necessaria ai sensi dei commi secondo e terzo dell'art. 161 l.f.

In proposito, già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore della norma, è intervenuta la giurisprudenza, che non ha mancato di rilevare come una domanda di concordato ai sensi dell'art.161 comma sesto debba contenere particolari documenti, non specificati dal legislatore ma altresì necessari al giudice al fine di stabilire l'ammissibilità del ricorso stesso.

La giurisprudenza ha elaborato, partendo proprio dal concetto di domanda, il contenuto del ricorso, infatti il tribunale non deve esercitare un mero controllo formale, bensì deve vagliare anche la propria competenza. La maggior parte delle pronunce intervenute sull'argomento ha sottolineato come vi siano alcuni documenti che debbono essere allegati al ricorso proprio al fine di evitare l'uso distorto di questa modalità di proposizione del concordato.

La domanda di concordato dovrà allora dare conto dei requisiti essenziali per individuare il soggetto debitore e della volontà dello

Fallimento, 2014, p. 7 ss., FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 392 ss.

stesso a proporre la domanda di concordato preventivo o, in alternativa, l'accordo di cui all'art. 182-*bis* L.F.²⁶

Da questo punto di vista, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa il contenuto della domanda ed in particolare se questa debba contenere o meno l'indicazione del possesso da parte dell'imprenditore dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per l'accesso alla procedura.

La risposta a questo primo quesito è certamente positiva, infatti come espresso dalla giurisprudenza, il debitore deve indicare il possesso dei requisiti sopraindicati, e dovrà anche indicare gli elementi a sostegno delle proprie dichiarazioni.²⁷

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi, il tribunale di Milano afferma che il debitore non solo dovrà allegare, come peraltro richiesto dall'art. 161 L.F., i bilanci degli ultimi tre esercizi, ma dovrà anche dimostrare il superamento delle soglie e dei presupposti di "fallibilità" richiesti dall'art. 1 l.f.. Sempre per il tribunale di Milano l'eventuale omissione di queste informazioni sarebbe comunque sanabile disponendo un'integrazione d'istruttoria.²⁸

Per rendere più agevole l'attività del tribunale, il richiedente dovrà dunque indicare le "informazioni che permettono di valutare con puntualità i requisiti necessari ed inderogabili per accedere alla procedura di concordato".²⁹

Al fine di dimostrare il possesso dei requisiti oggettivi, ed in particolare lo stato di crisi richiesto dall'art. 160 l.f., la giurisprudenza non ritiene sufficiente che sia allegata alla domanda la semplice rappresentazione

²⁶ Cfr. Trib. Benevento, 26 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

²⁷ Cfr. Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 101 e Trib. di Benevento, *op. cit.*

²⁸ Cfr. Trib. Milano, seconda sezione civile fallimenti, Plenum 18 ottobre 2012, in www.fallimentarista.it.

²⁹ CECCHERINI, *Il Concordato preventivo con prenotazione*, *op. cit.*, p. 322.

dello stesso, ma richiede altresì la presentazione di documentazione riguardante l'attività patrimoniale e finanziaria dell'impresa, corredata da indici di capacità finanziaria dai quali l'interprete possa comprendere nel miglior modo lo stato dell'azienda.

Secondo una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina, la domanda di concordato con riserva andrebbe corredata anche di una sintetica informativa circa il piano che verrà proposto ai creditori, secondo i sostenitori di questa interpretazione ciò darebbe modo al tribunale di avere una più chiara comprensione della vicenda, al fine di rendere più agevole l'autorizzazione degli eventuali atti di straordinaria amministrazione ed anche l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione.³⁰

La dottrina maggioritaria invece sostiene che non sia necessario allegare delle informazioni circa il piano che sarà proposto, infatti la norma non lo prevede, anzi quest'ultima afferma che l'imprenditore, con la domanda prenotativa, si riserva di presentare la proposta in un momento successivo entro il termine stabilito dal giudice.

Si possono muovere dei rilievi critici circa gli argomenti posti a fondamento della tesi minoritaria: da un lato l'istanza per l'autorizzazione a compiere atti di straordinaria gestione deve essere specificamente motivata e dovrà essere supportata dalla documentazione specifica; dall'altro l'eventuale sospensione dei contratti, così come prevista dall'art. 169-bis l.f., potrà essere richiesta nella domanda prenotativa oppure in un secondo momento, nella domanda definitiva, e necessiterà anche questa di una dettagliata

³⁰In questo senso: Trib. Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012 (versione aggiornata al 25 ottobre 2012 sulla scorta dei primi casi)*, in www.ilcaso.it.

esposizione dei fatti specifici con indicazione della strategia che il debitore intende utilizzare.³¹

La proposta definitiva dovrà poi essere presentata presso il tribunale entro il termine fissato dal giudice tra i sessanta e i centoventi giorni dalla presentazione della domanda con riserva.

Per quanto riguarda la fissazione del termine, il giudice gode di discrezionalità e baserà la propria scelta sulle valutazioni fatte nel caso concreto, pertanto il termine sarà tanto maggiore quanto maggiormente complicata sarà la gestione della crisi aziendale che gli viene sottoposta.

Il legislatore pone un unico limite, all'ultimo comma dell'art. 161 l.fall. si specifica che *“quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni”*.

Nella prassi si sono sviluppati dei principi generali secondo cui: il termine deve essere congruo rispetto alla complessità delle operazioni poste a servizio della proposta³²; un termine superiore ai sessanta giorni può essere concesso solo tramite specifica istanza, in presenza di giustificati motivi indicati nella stessa³³; se è stato richiesto un termine superiore al minimo ma il giudice ritiene la richiesta immotivata o insufficientemente documentata allora concederà il termine minimo³⁴; non può essere concesso un termine superiore al minimo quando sono

³¹ Cfr. CECCHERINI, *op.cit.*, p. 324.

³² Trib. Reggio Emilia, 27 Ottobre 2012, in www.ilcaso.it.

³³ Così le prassi adottate dal tribunale di Milano nell'applicazione delle norme introdotte dal decreto sviluppo, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 757 ss.

³⁴ Così le prassi del Tribunale di Crotone secondo cui *“è necessario che per fornire un termine superiore è necessario che “si forniscano al Tribunale elementi idonei a valutarne la congruità”*, CECCHERINI, *op. cit.*, p. 325

state presentate istanze di fallimento³⁵; infine, si ritiene che possa essere concesso un termine inferiore al minimo, e che dunque i sessanta giorni siano derogabili, ogniqualvolta il debitore ne faccia espressa richiesta, questo perché tale termine è posto nell'interesse dello stesso ricorrente, che può dunque rinunziarvi³⁶.

Quanto alla richiesta di proroga, questa deve essere presentata con un congruo anticipo e deve essere ampiamente motivata. In particolare sono richiesti particolari e specifici motivi, legati per lo più alle dimensioni aziendali.³⁷

Qualora non dovesse intervenire una proroga e il termine non dovesse essere rispettato, si applicheranno le norme di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 162 l.f., pertanto dalla mancata presentazione del piano

³⁵ Trib. Modena, 15 novembre 2012, in www.ilcaso.it. Secondo Trib. Pordenone, 6 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 902 ss., la richiesta di un'ulteriore proroga non è preclusa dalla già intervenuta concessione di una precedente proroga, quando il termine previsto da quest'ultima non sia ancora decorso e non sia comunque superiore al termine massimo concedibile.

³⁶ In questo senso la prassi del Trib. Milano, *op. cit.*

³⁷ CECCHERINI, *op.cit.*, p. 326, fa un elenco a titolo esemplificativo dei motivi che possono portare alla richiesta di proroga da parte del debitore: "a) il gran numero di clienti e fornitori da controllare, per i quali sono state fatte delle circolarizzazioni (tanto più complessa può essere la situazione quando la maggior parte di questi siano stranieri); b) la complessità dell'inventario dei beni strumentali oppure dell'inventario dei beni giacenti nei magazzini (tanto più la complessità deriva dalle diverse dislocazioni dei beni ed in particolare se questi sono in città diverse o all'estero); c) la complessità dei conteggi relativi al personale dipendente quando questi sono un numero considerevole (conteggio ratei, calcolo delle indennità, conteggi relativi alla cassa integrazione, ecc.), d) il calcolo delle competenze dovute agli agenti di commercio nell'ipotesi che questi siano un numero considerevole; e) la verifica dei contratti che si intende sospendere ed il relativo conteggio dell'indennizzo equivalente, bene inteso quando questi contratti siano un numero importante oppure di notevole rilievo (si pensi ad un gran numero di contratti di leasing, di noleggio, di telefonia, di appalti, di appalti pubblici, di somministrazione, ecc.), f) complessità relativa all'ipotesi di continuità aziendale ex art. 186 bis legge fallim. quando si è chiamati a sviluppare un esame analitico dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato con la puntuale indicazione delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura in presenza di una particolare e complessa operazione straordinaria (si pensi alla cessione di un'azienda di particolare rilievo oppure al conferimento di un'azienda con le relative valutazioni di asset intangibili con notevole impatto economico)."

potrebbe discendere la dichiarazione di fallimento ogniqualvolta il pubblico ministero o un creditore ne faccia rispettivamente richiesta o istanza, naturalmente tale dichiarazione dovrà essere preceduta dalla verifica dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5 l.f., il debitore avrà poi possibilità di opporsi a tale sentenza, così come previsto dall'art. 18 l.f., appositamente richiamato dal terzo comma dell'art. 162 l.f.

Il settimo comma dell'art. 161 prevede la disciplina della gestione in pendenza di ricorso, questa disciplina si applica indifferentemente alla domanda "ordinaria" e a quella "con riserva", il legislatore distingue tra due tipi di attività, ordinaria e straordinaria, che può essere posta in essere dal debitore nel periodo che intercorre tra la proposizione del ricorso e l'emissione del decreto di cui all'art. 163 l.f.

In merito alla gestione straordinaria, il legislatore prevede che possano essere compiuti solo gli atti urgenti "*previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere informazioni*", la sanzione che è comminata, in caso di violazione dell'obbligo d'autorizzazione, è l'uscita immediata dalla procedura che comporta l'applicazione dell'art. 162 l.f.

Il fatto che sia prevista una sanzione di questo tipo rende l'argomento particolarmente delicato, infatti il debitore deve prestare la massima attenzione, nel periodo che intercorre tra la proposta e il provvedimento del giudice, a non dare avvio ad operazioni che possano sconfinare nella gestione straordinaria.

A livello teorico può apparire netta la distinzione tra ordinario e straordinario, tuttavia se ci poniamo sul piano pratico, troviamo alcune operazioni la cui qualificazione risulta difficile o quantomeno dubbia,

pertanto sarà facile, se non si pone la debita cura, cadere in errore e far naufragare l'intera operazione.³⁸

Si tratterà dunque di valutare caso per caso se quella determinata operazione possa o meno rientrare tra i canoni dell'amministrazione straordinaria, da questo punto di vista la giurisprudenza è intervenuta individuando alcuni indici che possono essere utilizzati per stabilire la straordinarietà o meno di un'operazione.³⁹

La norma specifica che il tribunale può assumere "*sommario informazioni*", avvalendosi, in caso di operazioni particolarmente complesse, di ausiliari che lo assistano nel valutare l'operazione sotto il profilo tecnico.

Continuando la lettura del settimo comma, troviamo un'altra norma in materia di operazioni ordinarie e straordinarie, che ha però un oggetto più specifico, riguarda solamente i crediti eventualmente sorti a seguito del compimento di queste attività.

Per questi crediti il legislatore prevede la prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.f., condizionandola però al fatto che gli atti di gestione siano "*legalmente compiuti*", quindi gli atti di gestione straordinaria dovranno essere autorizzati, altrimenti non opererà la prededucibilità.

³⁸ Alcune operazioni potrebbero essere considerate ordinarie in una normale fase di gestione mentre potrebbero risultare straordinarie nella fase liquidatoria dell'impresa; non è possibile neppure catalogare determinate operazioni tra quelle ordinarie ed altre tra quelle straordinarie, in quanto le diverse tipologie di impresa potrebbero portare a considerarle in modo diverso: ad esempio la stipula di atti di cessione di immobili, qualora costituisca l'attività caratteristica dell'impresa, non integra la fattispecie degli atti di straordinaria amministrazione, con la conseguenza che la richiesta di autorizzazione al loro compimento dovrà essere dichiarata inammissibile da parte del tribunale. In questo senso anche il Trib. Modena, 15 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

³⁹ In particolare il Trib. Terni, 12 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 499 ss., ritiene che siano atti di ordinaria amministrazione tutti quelli di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio e quelli che lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti.

Questa norma è fondamentale per la continuazione dell'attività d'impresa, infatti rendere prededucibili i crediti sorti nella fase pre-concordataria è essenziale affinché l'impresa rimanga operativa, se ciò non fosse si verrebbe a creare uno stallo, capace di compromettere, anche irreversibilmente, lo stato di salute di un'azienda, che per il fatto stesso di richiedere un concordato preventivo, si trova in una situazione di crisi.

In merito a questa norma può poi essere fatta un'ultima riflessione circa la qualifica da dare a quei crediti che sorgono da attività straordinaria non autorizzata, in questo caso la norma sembra molto chiara, questi crediti non possono essere qualificati come prededucibili, pertanto ricadranno sotto la responsabilità personale del liquidatore civile, senza dimenticare che comunque il loro compimento comporta l'applicazione dell'art. 162 l.f.⁴⁰

Compiendo un ulteriore passo avanti nell'analisi del dettato normativo, ci si imbatte nel comma ottavo, il quale impone al giudice l'obbligo di prevedere, all'interno del decreto per mezzo del quale è fissato il termine massimo per la presentazione della proposta, gli *"obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa"*, questi obblighi d'informazione sono previsti a pena di applicazione dell'art. 162 e vanno assolti, senza soluzione di continuità, sino alla scadenza del termine fissato nel medesimo decreto.

Il tribunale ha il potere di definire le modalità con le quali il debitore deve informare l'autorità ed anche i documenti che tale informativa deve contenere.

In giurisprudenza troviamo vari esempi di obblighi informativi declinati in maniera differente dai singoli tribunali così: alcuni collegi richiedono

⁴⁰ CECCHERINI, *op.cit.*, p. 327

che la nota informativa sia comprensiva di un dettagliato prospetto delle operazioni attive e passive compiute nel periodo di riferimento⁴¹; altri richiedono l'aggiornamento della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa, oltre al predetto prospetto sulle attività ordinarie e straordinarie compiute⁴²; altri ancora richiedono una relazione economico-finanziaria sull'andamento delle attività, con indicazione degli atti di straordinaria gestione e dei pagamenti superiori ad una certa cifra⁴³.

Stante questa parziale discordanza in giurisprudenza, parte della dottrina auspica che i vari tribunali adoperino una terminologia più puntuale ed univoca per evitare che vi sia incertezza nella redazione dell'informativa.⁴⁴

Alto elemento problematico, circa la disciplina degli obblighi informativi, riguarda una prassi, che si è andata affermando all'interno dei tribunali, dove il giudice tende, ogniqualvolta emette un decreto ex art.161 comma sesto l.f., ad affidare l'assunzione di informazioni ad un soggetto terzo, un ausiliario, appositamente nominato⁴⁵.

La giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la nomina di un ausiliario, ex art. 68 c.p.c., il quale coadiuverà il giudice nell'assunzione delle informazioni fungendo da tramite tra l'azienda ed il giudice.

L'attribuzione ad un soggetto terzo di una funzione di intermediario finisce per dare a costui un ruolo di controllo, correndo così il rischio di

⁴¹ Trib. Modena, 14 settembre 2012, in *Foro It.*, 2012, I, p. 3181 ss.

⁴² Trib. Asti, 24 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 103.

⁴³ Trib. Velletri, 18 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 104.

⁴⁴ Cfr. CECCHERINI, *op.cit.*, p. 326, ma anche SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *op.cit.*, p. 1214, quest'ultimo osserva tra l'altro come, anche all'esito della riforma 2013, non sia venuta meno l'incertezza sulla definizione del contenuto dell'informativa, che rimane sostanzialmente affidata al singolo giudice e alla prassi dei singoli tribunali.

⁴⁵ Trib. La Spezia, 25 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 102; Trib. Reggio Emilia, 27 ottobre 2012, *op. cit.*; Trib. Benevento, 26 settembre 2012, *op. cit.*

creare, all'interno del concordato con riserva, una figura simile al commissario giudiziale, previsto dall'art. 167 l.f. per la fase successiva all'ammissione.⁴⁶

Da ultimo sempre in tema di obblighi informativi periodici, la dottrina si è posta il quesito circa l'interpretazione da dare al contenuto degli stessi ed in particolar modo se, nonostante il formale adempimento dell'obbligo, *“non possa comunque desumersi dal contenuto dell'informazione un sostanziale disinteresse per la composizione della crisi”*⁴⁷ e quindi abbreviare il termine o, addirittura, dichiarare l'inammissibilità sopravvenuta della domanda prenotativa.⁴⁸

Il disposto normativo non appare prestarsi ad una simile interpretazione, infatti se il termine è concesso per atto dovuto, non si vede perché questo possa essere rimosso a seguito di una valutazione discrezionale, che per di più può derivare anche da un soggetto esterno alla vicenda, l'ausiliario, nominato dal giudice la cui ammissibilità all'interno della procedura è per certi versi dubbia.⁴⁹

Questa in sintesi la disciplina cui soggiaceva la domanda di concordato preventivo all'esito della riforma apportata con il “decreto sviluppo” nella seconda metà del 2012, come evidenziato giurisprudenza e dottrina avevano iniziato ad adattare la nuova disciplina alle esigenze della prassi ed a colmare le lacune che emergevano dal dettato normativo.

Il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia, appena un anno dopo l'emanazione del d.l. 83/2012, con il d.l. 69/2013, il cosiddetto

⁴⁶ Cfr. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, op.cit., p. 397

⁴⁷ FALCONE, op. loc ultt citt..

⁴⁸ Cfr. DIMUNDO, *Commento sub art. 161*, in *Codice commentato del fallimento*, LO CASCIO (cur.), Milano, IPSOA, 2013, p. 1906.

⁴⁹ In questo senso FALCONE, op.cit., p. 398

“decreto del fare”, in questo decreto “contenitore” sono inserite delle norme che modificano la disciplina del concordato con riserva.

La *ratio* alla base della nuova riforma, su cui insistono i presupposti di necessità e urgenza richiesti dalla Costituzione per l’emanazione di un decreto legge, è la limitazione dell’eccessiva autonomia di cui godeva il debitore e l’espansione del ruolo del tribunale.

In particolare, il legislatore del 2013 si è prefissato di estirpare la prassi che aveva iniziato ad insinuarsi tra gli imprenditori di “poco scrupolo” i quali, al fine di evitare o ritardare le iniziative dei creditori, ricorrevano, abusandone, allo strumento del concordato con riserva.⁵⁰

Le novità si sviluppano su due direttrici e riguardano anzitutto le informazioni che il debitore deve fornire all’autorità nel momento in cui richiede il concordato con riserva, in primo luogo all’art. 161 comma sesto l.f. è stato aggiunto l’obbligo di depositare con il ricorso oltre ai bilanci degli ultimi tre anni anche una lista nominativa dei singoli creditori “*con l’indicazione dei rispettivi crediti*”.

È poi richiamata l’applicazione nella procedura con riserva anche dell’art. 170, pertanto il debitore dovrà mantenere a disposizione del giudice delegato e dell’eventuale commissario giudiziale i libri contabili. Sempre in tema di informazioni è novellata anche la materia degli obblighi informativi, l’ottavo comma è completamente modificato.

La nuova norma vuole colmare quelle che erano state le lacune evidenziate da dottrina e giurisprudenza nel vecchio testo, in primo luogo essa afferma che il giudice “*deve disporre*” e non più che il giudice

⁵⁰ Per un’analisi più dettagliata delle ragioni ispiratrici della riforma si veda: SALVATO, *op. cit.*, p. 1209; in particolare l’autore fa riferimento alle statistiche raccolte dal Ministero della giustizia dalle quali è stato possibile rivelare “*un non trascurabile ricorso all’istituto del cosiddetto “concordato in bianco” non del tutto corrispondente alle finalità che ne hanno ispirato l’introduzione, rappresentate dall’anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio dell’impresa in crisi a prescindere dalla elaborazione della proposta e del piano di concordato.*”

“dispone”, la modifica sembra di poco conto, dato che il giudice era già obbligato a disporre gli obblighi informativi dalla previgente disciplina pertanto nei primi commenti si è evidenziato come la modifica si tratti di *“una superfetazione, come tale inutile”*⁵¹.

Proseguendo nella lettura si nota la limitazione della discrezionalità circa la cadenza degli adempimenti informativi, i quali devono ora essere *“almeno mensili”*; si è poi superato il problema della nomina di ausiliari, infatti, il legislatore prevede la facoltà per il giudice di nominare un commissario giudiziale.

Rimane invece indisciplinata, se si fa eccezione per l'obbligo di presentazione ogni mese di una situazione finanziaria aggiornata, la modalità mediante le quali queste informazioni devono essere fornite, pertanto sarà ancora onere dei singoli tribunali fornire i criteri che devono venire soddisfatti con l'informativa.

La novità probabilmente più importante risiede però nel tentativo di arginare la prassi abusiva del concordato con prenotazione, in particolare si prevede che il giudice possa prevedere specifici obblighi informativi circa *“l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano”*, e qualora risulti che *“l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano”* il tribunale debba, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbreviare il termine per la presentazione della proposta di cui al primo comma dell'art. 161 l.f.

La seconda direttrice è quella dell'accentuazione del ruolo dell'autorità giudiziaria nella procedura, il legislatore prevede nella parte finale del sesto comma che, con il decreto motivato nel quale il tribunale fissa il termine, possa essere nominato anche un commissario giudiziale, che

⁵¹ SALVATO, *op.cit.*, p. 1210

svolge una funzione di garante del procedimento, infatti quando accerta che il debitore ha tenuto condotte contenute nell'art. 173 l.f., deve immediatamente riferire al tribunale, che a seguito di queste informazioni può dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore e o del pubblico ministero, può dichiarare con sentenza il fallimento del debitore.

Con questa norma viene inserita una nuova figura, nominata dal giudice con decreto motivato, con specifici poteri di controllo sull'attività del debitore, si tratta per certi versi di una trasposizione normativa di quella che era divenuta la prassi in materia di concordato con riserva, infatti, come già riportato precedentemente i tribunali tendevano ad avvalersi di ausiliari *ex art. 68 c.p.c.* ai quali demandavano proprio lo svolgimento dell'attività di controllo.⁵²

La nomina del commissario è facoltativa ciò emerge chiaramente dal verbo "può" utilizzato dal legislatore quando afferma che il giudice "*può nominare il commissario giudiziale*" e dal fatto che più volte il legislatore fa riferimento al commissario giudiziale "*se nominato*", tuttavia parte della dottrina auspica che ciò diventi la regola.⁵³

Si ritiene poi che la nomina possa avvenire anche al di fuori del decreto iniziale, ciò in ossequio al fatto che il garante funge da scudo contro gli eventuali abusi perpetrabili con la procedura prenotativa.

Relativamente ai compiti spettanti al commissario giudiziale, appare chiaro come la nomina sia strumentale ad una maggior tutela dei creditori nella procedura, in particolare l'intervento del commissario ha una funzione prettamente antielusiva delle finalità del concordato con riserva.

⁵² vedi note 43 e 44.

⁵³ In questo senso: NOCERA, *Preconcordato: gli effetti della nomina del commissario giudiziale*, in *Quotidiano giuridico*, 25/06/2007.

Al commissario sono stati infatti attribuiti compiti di controllo, che riguardano il compimento di attività fraudolente e il compimento di attività congrue con la finalità del concordato.⁵⁴

Tra i compiti specifici del commissario vi è poi quello di rendere una relazione al tribunale contenente un parere circa l'eventuale autorizzazione a compiere attività amministrativa straordinaria.

La procedura risultante all'esito delle modifiche apportate dal "decreto del fare" non è molto diversa dalla precedente, tuttavia è possibile notare come vi siano alcuni piccoli cambiamenti, che il legislatore ha ritenuto congruo apportare alla materia nell'obiettivo di evitare gli abusi della procedura.

In conclusione bisogna però affermare come la riforma, secondo alcuni, non sarebbe stata necessaria, ma sarebbe bastato lasciare un po' di tempo alla dottrina e alla giurisprudenza per adattarsi e ritrovare in via interpretativa le soluzioni che per altro aveva già iniziato ad escogitare.⁵⁵

⁵⁴ Per quanto riguarda i compiti spettanti al commissario questi sono sintetizzati da SALVATO, *op.cit.*, p. 1213, il quale afferma che "il commissario giudiziale, anche in difetto di uno specifico input da parte del tribunale - eventualmente, allertato dai creditori - può accertare se il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode e, qualora ciò riscontri, deve informare il tribunale, ai fini della dichiarazione di improcedibilità della domanda. Inoltre, al commissario giudiziale spetta un'attività di controllo ai fini dell'accertamento dell'eventuale manifesta inidoneità della proposta e del piano che, tenuto conto del testo della norma, va svolta, in primo luogo, attraverso la "vigilanza" che, per previsione espressa, deve svolgere sull'adempimento da parte del debitore degli obblighi informativi periodici stabiliti dal tribunale. In secondo luogo, attraverso una verifica dell'attività compiuta dal debitore, per accertare che non sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, poiché anche se la norma dispone che egli deve rendere parere al tribunale "quando [ciò] risulta", è chiara l'imprescindibilità di una tale attività, che dovrà avere ad oggetto le informazioni periodiche cui il debitore è tenuto, ma anche elementi altrimenti acquisiti.

⁵⁵ In questo senso SALVATO, *op.cit.*, p. 1215, il quale si interroga sulle reali necessità della riforma, ma anche LO CASCIO, *Concordato con preventivo con riserva: un passo avanti e due indietro?*, in *Quotidiano Giuridico*, 27/6/2013.

2.2 *Il concordato con continuità aziendale.*

La seconda importante novità introdotta dal “decreto sviluppo” è il concordato con continuità aziendale, il nuovo istituto è contenuto nell’art. 186-bis l.f. che al primo comma recita: *“Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.”*.

La nuova norma si propone di sdoganare a livello normativo quello che, per alcuna parte della dottrina, già consentiva l’art. 160 l.f., secondo questi autori, era possibile ritrovare, già in questo articolo, l’aggancio interpretativo per un concordato che prevedesse la continuazione dell’attività d’impresa.⁵⁶

Dando un primo sguardo alla norma, appare subito chiaro come il legislatore si sia ispirato all’art. 27 della l. 270/1999, la cosiddetta “Prodi-bis”, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Tracciando un parallelo tra le due norme, risulta evidente come l’odierna disciplina del concordato definisca la continuità aziendale con il medesimo criterio adottato dal legislatore del 1999, cioè comprendendo: sia la continuità intesa come prosecuzione della

⁵⁶Cfr. tra gli altri: MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei “piani di risanamento” e dei progetti di “ristrutturazione” nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di “crisi”*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d’impresa*, BONFATTI-FALCONE (cur.), Milano, 2006, p. 461ss.; ESPOSITO, *Il piano del concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in AMBROSINI (cur.), *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 543 ss.; FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 610 ss.

gestione aziendale dello stesso imprenditore, definita anche continuità soggettiva; che la continuità intesa come continuità dei complessi aziendali, che vengono trasferiti in capo ad un terzo, spezzando così il legame soggettivo, definita anche continuità oggettiva.⁵⁷

La *ratio* alla base della tutela aziendale in chiave continuativa è duplice, da un lato abbiamo il riconoscimento del fatto che la perdita della continuità aziendale può produrre una repentina e grave perdita di valore del patrimonio dell'imprenditore, dall'altro abbiamo la tutela indiretta dei creditori, i quali possono, grazie alla prosecuzione dell'attività d'impresa, veder soddisfatte le loro pretese in maniera migliore rispetto a quanto avrebbero ottenuto con la liquidazione.

Naturalmente ciò è possibile in tanto in quanto esistano delle condizioni particolari, cioè che l'impresa sia in grado, almeno nel medio periodo, di tornare a produrre utili. Se invece l'impresa produce perdite e il suo *outlook* non è destinato a cambiare, allora sarà più conveniente usufruire di una procedura con finalità liquidative, sia esso il concordato preventivo o il fallimento.⁵⁸

Il primo comma dell'art. 186-*bis* l.f. detta le modalità con le quali si può ottenere la continuità aziendale, cioè quando il piano di concordato preventivo preveda: 1) la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore; 2) la cessione dell'azienda in esercizio; 3) il conferimento della stessa in una o più società, anche di nuova costituzione.

⁵⁷ In questo senso: FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it; AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in AMBROSINI, ANDREANI e TONI (cur.), *Crisi d'impresa e restructuring*, Milano, 2013, p. 79 ss.

⁵⁸ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p. 1222 ss., in particolare l'autore evidenzia come qualora l'impresa non abbia alcun valore "se non quello dato dalla somma dei suoi beni", la continuazione dell'impresa sarà solo fonte di ulteriori perdite e di un depauperamento ulteriore del patrimonio, sarà dunque opportuno provvedere alla liquidazione degli *asset*.

L'elenco posto dal legislatore è prettamente esemplificativo, infatti vi rientrano pacificamente anche altre modalità di realizzazione della continuità aziendale che non sono inserite in questo elenco, ad esempio è perfettamente ammissibile, che nel concordato sia prevista un'operazione straordinaria, quale ad esempio la scissione con finalità riorganizzative, in questo caso infatti la continuità aziendale è mantenuta⁵⁹, inoltre vi rientrerebbero anche altre fattispecie, come ad esempio l'affitto d'azienda, anche se sul punto la dottrina è divisa.⁶⁰

A chiusura del primo comma troviamo una norma indicativa del contenuto del piano concordatario, utile anche per stabilire quando ci troviamo di fronte ad un concordato con continuità e quando invece ci troviamo di fronte ad un concordato "classico". Si prevede che il piano possa prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

⁵⁹ Nel senso dell'ammissibilità della scissione all'interno del concordato preventivo ex art. 186-bis si veda: STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 1225; Consiglio notarile di Firenze, *Massima "Concordato preventivo e scissione di società"*, in www.consiglionotarilefirenze.it. Più in generale in dottrina si erano espressi favorevolmente, prima dell'entrata in vigore dell'istituto anche: SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca e borsa*, 2006, V, p. 517 ss.; PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 2009, p. 1092 ss.; LOMBARDI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 713 ss.; GUERRERA E MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 17 ss.

⁶⁰ Da un lato vi è chi ritiene che il concordato possa definirsi "con continuità aziendale" anche quando l'affitto sia anteriore al deposito della domanda, così PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261 ss.; Dall'altro, vi è invece chi ritiene che esso non possa dirsi tale nemmeno quando l'affitto ha luogo dopo il deposito della domanda, in questo senso Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 102, con la conseguenza che non vi sarebbe in tal caso l'onere di redigere piano e relazione del professionista con lo specifico contenuto dell'art.186, comma2, lettere a) e b). Parla genericamente di incompatibilità fra affitto e concordato con continuità aziendale, ma senza distinguere a seconda del momento in cui l'azienda viene affittata, GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3 ottobre 2012, mentre all'opposta conclusione sembra giungere VAROTTI, *Tribunale di Reggio Emilia. Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012 (versione aggiornata al 25 ottobre 2012 sulla scorta dei primi casi)*, in www.ilcaso.it.

Questo è molto utile da un punto di vista pratico, infatti si permette all'azienda di liquidare tutti i beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività e, normalmente, di destinare quanto ricavato a soddisfare parzialmente i ai creditori.

Questa norma, come anticipato, è utile a delineare i confini applicativi dell'art. 186-*bis*, infatti, se il legislatore ha previsto la possibilità di liquidare i beni non funzionali, allora una componente liquidativa può essere presente anche nel concordato con continuità, tuttavia la norma troverà applicazione tutte quelle volte in cui sia prevista la continuazione come elemento prevalente.⁶¹

Proseguendo nella lettura della norma, si trova il comma secondo il quale da delle specifiche indicazioni sul contenuto del piano e dei documenti che il proponente deve allegare alla domanda di concordato, stabilendo delle tutele in favore dei creditori e degli organi della procedura.

⁶¹ In questo senso: STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 1226; anche AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma 2012*, *op.cit.*, p. 84 s.; è dello stesso parere in particolare questi evidenzia come in caso di concordato misto, cioè con finalità sia liquidative che continuative, non potranno essere applicati entrambi gli articoli, il 182 e il 186-*bis*, poiché le differenze di disciplina li rendono incompatibili ma, secondo l'autore, "non sembrano esservi alternative all'adozione della teoria dell'assorbimento o della prevalenza,[...]. Di conseguenza, tutte le volte in cui la prosecuzione dell'attività d'impresa si riveli funzionale alla liquidazione (come accade quando il temporaneo mantenimento della rete commerciale sia strumentale all'alienazione della merce presente in magazzino a condizioni più favorevoli, o quando la cessione dell'azienda risulti ancillare – in termini qualitativi e quantitativi – rispetto alla liquidazione atomistica della residua parte del patrimonio), non vi è ragione per disapplicare le regole di cui all'art. 182, sicché dovrà escludersi l'operatività dell'art. 186-*bis*, salvo che per quegli aspetti comunque compatibili con la fattispecie concreta (in particolare, viene in considerazione la disposizione di cui al secondo comma, lett. b), del predetto articolo, in base al quale l'esperto è chiamato ad attestare la funzionalità della continuazione aziendale al miglior soddisfacimento dei creditori). Al contrario, laddove il piano sia incentrato sulla prosecuzione in proprio dell'attività o sul trasferimento dell'azienda, il regime da osservare è quello dell'art. 186-*bis*, salva la possibilità d'ipotizzare l'applicazione delle modalità di vendita di cui all'art. 182 in relazione alla dismissione dei beni non strumentali."

Alla lettera a) si prevede che il piano debba contenere anche “un’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”, in questo modo si impone al debitore un’effettiva e dettagliata analisi delle conseguenze, in termini di effetti e di costi, derivanti dalla continuazione dell’attività aziendale, permettendo così ai creditori e agli organi della procedura di valutare nel miglior modo possibile l’intera vicenda.

Il debitore dovrà indicare i risultati attesi dalla prosecuzione dell’attività aziendale nelle forme previste dal piano e come queste possano in concreto essere finanziate.

La seconda cautela si trova alla lettera b) in cui si prevede che la “*relazione del professionista di cui al 161, terzo comma*”, debba specificamente attestare come la prosecuzione dell’attività d’impresa sia “*funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*”.

Si prevede quindi che, oltre alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano, il professionista sia chiamato a specificare che il concordato con continuità garantirà ai creditori un miglior soddisfacimento.

In questo modo il professionista assume un ruolo molto importante, è chiamato a ridurre lo iato informativo tra debitore e tribunale, validando le affermazioni del primo quando questi espone i suoi creditori alle incertezze e ai rischi della continuità aziendale.⁶²

La relazione dovrà dunque contenere una valutazione del professionista, in particolare egli dovrà, “*sulla base delle informazioni*

⁶² Cfr. STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 1227; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, 1125 ss.; TRAVAGLINO, *La “fattibilità” del concordato preventivo*, in *Corr. Merito*, 2013, 4, nota a sentenza (Cass. civ. Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521).

disponibili a seguito della sua indagine”, accertare che secondo la miglior scienza ed esperienza, la continuazione dell’attività aziendale è favorevole al miglior soddisfacimento dei creditori.

Naturalmente, si tratta di una valutazione che non ha carattere di certezza, ciò che è richiesto è la dimostrazione che dalla prosecuzione dell’attività aziendale derivino delle *chances* concrete di una migliore soddisfazione per i creditori.

A tal proposito, alcuna parte della dottrina ha affermato che solo quest’ultima sia una vera e propria tutela innovativa, poiché solo la previsione di una specifica attestazione comporta un *plus* conoscitivo per i creditori e per gli altri organi della procedura.

Al contrario, la prima cautela esposta alla lettera “a)”, non rappresenterebbe un’innovazione, dato che, secondo questa parte della dottrina, l’indicazione dei costi e dei ricavi attesi, delle risorse finanziarie necessarie e delle modalità di copertura, altro non sarebbe che una mera specificazione delle regole che attengono alla corretta redazione del piano di concordato.⁶³

Il legislatore poi prevede alla lettera c) una delle agevolazioni normative alla continuità aziendale. Si prevede che il piano possa prevedere: *“una moratoria fino a un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso i creditori muniti di prelazione di cui al periodo precedente hanno diritto al voto.”*⁶⁴

⁶³ Come sostiene STANGHELLINI, *op. loc. ultt. citt.*, “Se redatto correttamente, infatti, un piano che prevede la continuazione dell’attività d’impresa come modalità prevista dal concordato dovrebbe comunque prendere posizione su costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, così come sulle risorse finanziarie necessarie e sulla loro fonte, a prescindere dalla sussistenza di una prescrizione ad hoc.”

⁶⁴ Cfr. BENDETTI, *Il trattamento dei creditori dei creditori con diritto di prelazione nel nuovo concordato preventivo: diritto di voto; modalità di soddisfazione*, in *Giur. Comm.*,

Per ciò che attiene le modalità di soddisfacimento dei creditori, dobbiamo operare una distinzione: da un lato troviamo l'ipotesi in cui il piano preveda la cessione del bene dato in garanzia in quanto non funzionale alla prosecuzione dell'attività aziendale, in questo caso si ritiene che la soddisfazione debba essere immediata poiché non vi è la necessità, né a quanto pare⁶⁵, la possibilità, di invocare la moratoria ex art. 186-bis comma 2, lettera c). Se invece il piano di concordato prevede che il bene dato in garanzia resti nella disponibilità dell'impresa, allora il soddisfacimento dei creditori privilegiati potrà essere postergato fino ad un anno dall'omologazione.

Circa il termine di un anno in dottrina si danno due interpretazioni: la prima, più restrittiva, muove dal presupposto che i creditori privilegiati soddisfatti per intero non votano, e dunque circoscrive la moratoria ad un massimo di un anno⁶⁶. La seconda, maggioritaria, invece si basa sul tenore letterale della norma, che nell'ultima parte sembra riconnettere l'esclusione dal voto alla condizione che il pagamento avvenga entro l'anno. Quindi sarebbe possibile, secondo questa dottrina, che la

2013, p. 1044 ss.; della stessa opinione anche STANGHELLINI, *op. cit.* p. 1234; BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 377 ss.; AMBROSINI, *op.cit.*, p. 90 ss.

⁶⁵ In questo senso AMBROSINI, *op. loc. ultt. cit.*, il quale sostiene che nel caso di liquidazione del bene non sia possibile chiedere la moratoria. Di diverso parere invece STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 1235, il quale sostiene che i creditori privilegiati possano, anche in questo caso essere soddisfatti in un termine maggiore.

⁶⁶ LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, p. 61 ss., secondo cui questa particolare lettura si giustifica per il fatto che: "la moratoria non deroga all'art. 55 l. fall. (richiamato dall'art. 169 l. fall.), con la conseguenza che gli interessi continuano a maturare anche nel periodo di dilazione (pur divenendo esigibili solo al termine dello stesso), con la conseguenza che non sarebbe possibile ipotizzare un meccanismo compensativo del maggior sacrificio sul piano temporale. In altre parole, se gli interessi maturano anche nel periodo di moratoria legale e questa dura al massimo un anno, il debitore non potrebbe prospettare l'allungamento della dilazione a fronte della corresponsione di ulteriori interessi, dal momento che essi non costituiscono una prestazione aggiuntiva in grado di bilanciare la dilazione."

dilazione sia più lunga a condizione però che i privilegiati possano pronunciarsi sulla proposta.⁶⁷

Secondo questa dottrina la legge oggi ammette *apertis verbis*, che una parte delle risorse liquidabili possa essere sottratta alla liquidazione, per essere poi reimmessa nel processo produttivo, a condizione però che l'esperto, nella propria relazione, garantisca che tale operazione sia favorevole ai creditori e al loro miglior soddisfacimento.

In questo modo i creditori privilegiati vengono postergati, pertanto perdono la loro neutralità circa la proposta di concordato, e dovranno dunque essere ammessi al voto sulla stessa.⁶⁸

Il comma terzo e i seguenti, trattano il rapporto tra prosecuzione dell'attività d'impresa e contratti, in particolare si vanno a toccare due discipline, quella dei contratti in corso di esecuzione e quella dei contratti con la pubblica amministrazione.

Per quanto concerne i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, il terzo comma prevede che questi, *“anche se stipulati con la pubblica amministrazione, non si risolvono per effetto*

⁶⁷ In questo senso FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, secondo cui *“i creditori privilegiati debbono essere pagati subito, e non maturano diritto di voto, quando la liquidazione concordataria è temporalmente comparabile con la liquidazione fallimentare, talché non vantano un interesse all'una soluzione rispetto all'altra, mentre quando si assiste ad un disallineamento, allora il voto va riconosciuto”*; ma anche ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, afferma che *“è pacifico (e lo era già prima dell'attuale riforma) che il soddisfacimento dei creditori privilegiati potesse avvenire in via dilazionata e senza interessi, ove questi ultimi fossero stati inseriti in un'apposita classe e avessero approvato la proposta concordataria con il proprio voto favorevole. In tali casi, nulla vieta(va) che la “moratoria”, ovvero la dilazione, avesse una durata anche superiore ad un anno”*.; anche AMBROSINI, *op.cit.*, p. 92, si schiera a favore di questa teoria affermando tra l'altro che *“la limitazione della moratoria all'anno rischia di rivelarsi un ostacolo difficilmente superabile nella costruzione di un piano di concordato in continuità”* spiegando, infatti, che il periodo di un anno risulta di per sé breve ad assicurare il soddisfacimento integrale dei privilegiati, per cui proprio in un'ottica di continuità dell'impresa è preferibile estendere la moratoria.

⁶⁸ In questo senso AMBROSINI, *op.loc.ultt.cit.*

dell'apertura della procedura", anzi si prevede l'inefficacia degli "eventuali patti contrari".

I contratti pubblici rimangono in vita però ad una condizione, cioè che il professionista abbia attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento.

Questa norma è funzionale alla prosecuzione regolare dell'attività d'impresa, infatti permettendo la prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, si dà modo all'imprenditore di non compromettere i benefici derivare all'impresa stessa e di conseguenza anche ai creditori.⁶⁹

La legge, nei commi successivi, precisa altresì che l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione dei contratti pubblici, sempreché l'impresa soddisfi determinati requisiti elencati alle lettere a) e b) del comma quarto.

In particolare si prevede che l'impresa debba presentare: a) la relazione di un professionista, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge fallimentare, che attesti la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempiere al contratto; b) la dichiarazione di un altro operatore, che sia in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni a fornire le risorse necessarie per il compimento dell'appalto, che funga altresì da garante, impegnandosi a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca ovvero non sia in grado di adempiere all'esecuzione dell'appalto.

Bisogna poi osservare come sia anche possibile, per l'impresa in concordato, partecipare alla gara d'appalto all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese, purché naturalmente non

⁶⁹ In questo senso STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 1236.

rivesta la qualità di mandatarie e che le altre imprese partecipanti non siano anch'esse soggette a procedure concorsuali.

In quest'ultimo caso l'impresa dovrà comunque presentare i documenti di cui al quarto comma, ma la dichiarazione prevista dalla lettera b) potrà anche provenire da un operatore che è parte del raggruppamento. In materia di contratti è poi intervenuta la l. 9/2014, che ha convertito con modificazioni il d.l. 145/2013, aggiungendo il comma *3-bis*, che prevede come la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici debba essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale.

In questo modo si è voluto implementare il controllo giudiziale sulle operazioni dell'imprenditore in crisi, in modo da evitare eventuali prassi abusive.

Infine, l'art. 186-bis, ultimo comma, detta una norma di chiusura, affermando che qualora "nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato."

In questo modo si permette al giudice di valutare, anche grazie alla nomina del commissario giudiziale, l'andamento dell'impresa, e di far sì che, quando questo risulti manifestamente incoerente con le finalità della procedura, cioè con il miglior soddisfacimento dei creditori, egli possa provvedere ai sensi dell'art. 173, cioè revocando l'ammissione e dichiarando, ove sussistano i presupposti, il fallimento dell'imprenditore.

Al concordato con continuità aziendale si applicano poi altri articoli della legge fallimentare che comportano delle agevolazioni alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

In particolare è possibile pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività d'impresa, la legge, all'art. 182-*quinquies*, prevede la possibilità per il creditore di pagare quelli che si possono definire fornitori strategici, ciò è molto importante in una prospettiva di continuità aziendale, poiché solo soddisfacendo questa categoria di creditori, l'impresa potrà continuare la propria attività produttiva.⁷⁰

La possibilità è concessa previ autorizzazione del tribunale sempreché sia presentata una relazione del professionista di cui all'art. 67, il quale attesti tre ordini di circostanze: la funzionalità del pagamento all'acquisizione di future prestazioni, da parte di un creditore il quale si rifiuti di concederne altre in assenza del pagamento per quelle già prestate; l'essenzialità delle prestazioni fornite da quel determinato creditore; la funzionalità delle medesime prestazioni a garantire la continuità aziendale in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori.⁷¹

Il pagamento dei creditori può poi essere anche integrale e quindi si derogherà alla *par condicio* concorsuale, pertanto si richiede che l'autorizzazione possa essere concessa solo quando sia attestato che questa deroga comporterà dei vantaggi ai creditori nel loro complesso. Infine, da un punto di vista generale, sono presenti altre agevolazioni, si tratta di norme che non si applicano specificamente al concordato di cui all'art. 186-*bis*, ma che concorrono ad agevolarlo.

⁷⁰ In questo senso AMBROSINI, *op.cit.*, p. 90 ss. e STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 1234 ss.

⁷¹ In questo senso STANGHELLINI, *op.cit.*, p. 1237, nt. 84, il quale sottolinea, in materia di rifiuto di ulteriori prestazioni afferma che questo "può riferirsi sia alla stipulazione di ulteriori contratti (si pensi a prestazioni ripetute nel tempo, ma non nell'ambito di un complesso contratto di somministrazione, la cui esistenza non può essere desunta dalla semplice ripetitività delle prestazioni: Cass. 11 luglio 2011, n. 1518), sia all'esecuzione di ulteriori prestazioni periodiche relative a un contratto in corso."

Queste norme sono: la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione ex art. 182 *sexies*; la possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili ex. art. 182-*quinquies*, commi 1, 2, e 3; la possibilità di sciogliere selettivamente i contratti onerosi ex art. 169-*bis*.

CAPITOLO II

LA SCISSIONE

Sommario: 1. La scissione nell'ordinamento italiano – 1.1. Dal codice del 1942 alla direttiva CEE 891/1982 – 1.2. L'attuazione della direttiva: il d.lgs. 22/1991. – 1.3. La riforma del diritto societario: il d.lgs. 6/2003. – 2. Forme e funzioni della scissione, la poliedricità dell'istituto. – 2.1. Forme di scissione. – 2.2. Funzioni della scissione. – 3. Natura giuridica della scissione. – 3.1. Premessa. – 3.2. La teoria traslativa – 3.3. La teoria modificativa. – 3.4. Le teorie conciliative o eclettiche. – 4. Il procedimento di scissione. – 4.1. il progetto di scissione. – 4.2. La delibera dei soci e l'opposizione dei creditori. – 4.3. L'atto di scissione e la chiusura del procedimento.

1. La scissione nell'ordinamento italiano.

1.1 Dal codice del 1942 alla direttiva CEE 891/1982.

L'origine dell'istituto è da ricercare nella Direttiva CEE numero 891 del 1982, recepita dal legislatore italiano nel 1991 con il d.lgs. 22. Anteriormente a questi interventi legislativi la scissione era estranea al nostro codice civile, che si occupava solamente di fusione e trasformazione, tuttavia il fenomeno era noto alla prassi che ne riconosceva l'utilità pratica.¹

¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, VII /2, p. 7.

Erano conosciute entrambe le forme di scissione oggi accolte dal legislatore, la scissione totale e la cosiddetta scorporazione, operazione che equivale all'odierna scissione parziale.

In giurisprudenza e in dottrina si aveva un forte dibattito circa la legittimità dell'operazione e la disciplina ad essa applicabile. La giurisprudenza, in particolare la Corte d'Appello di Genova², ritenne ammissibile l'operazione, affermando che nonostante il legislatore non avesse previsto la fattispecie dello "scorporo", questa era attuabile proprio perché *"per la legittimità delle deliberazioni assembleari non è necessario che queste si inquadrino in qualcuno degli schemi tipici previsti dalle norme del codice civile che regolano le società"*, infatti, secondo i giudici, doveva trovare applicazione l'art. 1324, che stabilisce l'applicabilità agli atti unilaterali, quali sono le deliberazioni assembleari, delle norme che regolano i contratti, ivi compresa *"quella sancita nell'art. 132, secondo la quale le parti possono anche concludere contratti (e quindi anche le società possono prendere deliberazioni) che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*.

In secondo luogo, la corte sosteneva che le preoccupazioni, inerenti alla tutela dei creditori che vedevano ridursi la garanzia patrimoniale, erano infondate. Non erano infatti necessarie, nella scissione, le cautele previste in materia di fusione, infatti *"nel caso della scorporazione, l'unico pericolo per i creditori è rappresentato dalla contemporanea riduzione del capitale: contro il qual pericolo una sufficiente tutela è già apprestata dalle disposizioni contenute nel capoverso dell'articolo 2445, che subordina l'esecuzione della deliberazione al decorso di tre mesi"*

² Cfr. App. Genova, 9 febbraio 1956, in *Foro It.*, 1956, I, p. 950 ss.

dall'iscrizione nel registro delle imprese senza opposizione da parte dei creditori".

La dottrina non accolse favorevolmente questa pronuncia³, anzi si schierò in senso contrario, contestando innanzitutto l'ammissibilità di una modificazione statutaria, quale è quella derivante dalla scissione, non prevista espressamente dal codice. Si riteneva infatti, che il principio di autonomia privata, nel diritto societario, non si dispiegasse allo stesso modo che nell'ambito del diritto contrattuale.

Gli argomenti posti a fondamento di questa affermazione erano: il possibile pregiudizio dei creditori della società scidente o scorporante, che vedono ridursi la garanzia patrimoniale e la contraddizione fra il principio, all'epoca indiscusso, della natura contrattuale dell'atto costitutivo di società, e la costituzione di una o più società nuove sulla base di un atto unilaterale posto in essere dalla scidente.⁴

Altra parte della dottrina sosteneva invece la possibilità di ammettere l'istituto superando le difficoltà *de iure condendo*, si sosteneva, che le perplessità riguardanti la tutela dei creditori potessero essere superate già con l'attività interpretativa, applicando alternativamente, l'art. 2445, quindi intervenendo con una riduzione del capitale⁵, oppure facendo appello alla regola per la quale i creditori della vecchia società conservano i loro diritti nei confronti della nuova società o della società scorporata⁶.

³ Per un primo commento alla sentenza si veda: SANTINI, "Scorporazione" di società?, in *Giur. It.*, 1956, I, p. 853 ss.

⁴ In questo senso: CAGNASSO – IRRERA, *Fusione e trasformazione delle società*, in *Dig. Comm.*, VI, Torino, UTET, 1991, p. 313; ma anche LAURINI, *Scorporo di società: considerazioni e prospettive*, in *Riv. Not.*, 1986, p. 440 ss.

⁵ In questo senso: App. Genova, 9 febbraio 1956, op. cit., p. 951.

⁶ In questo senso: FERRARO, *Scissioni e scorporazioni di società: problemi di principio e problemi pratici*, in *Nuovo Dir.*, 1988, p. 649 ss.

Per quanto riguarda invece la necessaria pluripersonalità dell'atto costitutivo, si affermava "la possibilità di operare una distinzione fra la necessità, da un lato della presenza di più parti in sede di stipulazione dell'atto e la sufficienza, dall'altro, di una deliberazione assembleare a dare vita al vincolo fra i soci".⁷

Anche nella dottrina che ammetteva la scissione, si era concordi nel considerare la legittimità dell'operazione subordinandola al rispetto del principio della parità di trattamento dei soci, e quindi della circostanza per cui questi avrebbero avuto una partecipazione nelle beneficiarie proporzionale rispetto a quella da essi detenuta nella scissa.

Altro punto che rimaneva problematico era il passaggio dei rapporti giuridici dalla scissa alle beneficiarie, in particolar modo si riteneva necessario il consenso del creditore per il trasferimento dei debiti.⁸

L'intervento del legislatore comunitario con la direttiva CEE 891/1982 ha dato il via al processo di introduzione nel codice civile della fattispecie della scissione societaria.

La direttiva in materia di scissione prevedeva, all'interno dei "considerando", che la regolamentazione delle scissioni fosse facoltativa per gli Stati membri, i quali potevano dunque decidere se prevedere o meno tale istituto nel loro ordinamento. Ciò non riguardava invece le fusioni, la cui disciplina era stata espressamente ritenuta obbligatoria per tutti i membri, al fine di consentire l'ordinato svolgimento e lo sviluppo delle attività economiche.⁹

La direttiva disciplinava due tipi di scissione: la scissione mediante incorporazione e la scissione mediante costituzione di nuove società;

⁷ SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, *op.cit.*, p. 10.

⁸ SERRA, *La trasformazione e la fusione di società*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (cur.), Torino, UTET, 1985, XVII, p. 301 ss. *ivi* a p. 381.

⁹ Per una più approfondita analisi della direttiva, si veda: CAPPUCILLI, *La direttiva CEE in materia di scissione di società per azioni*, in *Foro It.*, 1987, II, parte 4, p. 262 ss.

entrambe le ipotesi erano caratterizzate dai medesimi elementi: *a)* dallo scioglimento senza liquidazione della società scissa; *b)* dal trasferimento ad una pluralità di società dell'intero patrimonio della scissa; *c)* dall'attribuzione agli azionisti della scissa di azioni della società beneficiaria e di un eventuale conguaglio in denaro non superiore al 10% del valore nominale della azioni attribuite.

Gli effetti derivanti dalla scissione erano: *a)* il patrimonio della scissa è interamente trasferito alle beneficiarie con effetto tanto tra le parti quanto nei confronti dei terzi; *b)* gli azionisti della scissa diventano azionisti di una o più beneficiarie¹⁰; *c)* la società scissa si estingue *ipso iure* (questo effetto naturalmente è ricollegato alla sola scissione totale).

Altro elemento interessante nella direttiva riguardava l'applicabilità delle norme sulla scissione alle sole operazioni che prevedessero la divisione del patrimonio in più beneficiarie, non era quindi contemplata la possibilità di una scissione, anche parziale, verso un'unica società, anche di nuova costituzione.

La *ratio* di questa previsione è da ritrovare nell'opinione secondo cui la scissione a favore di un'unica beneficiaria doveva essere trattata alla stregua di una fusione parziale e per questo motivo dovevano trovare applicazione le norme dettate dalla terza direttiva.¹¹

Questi dunque gli spunti più interessanti della direttiva, che non mi soffermerò ad approfondire, dando invece prevalenza alla legislazione interna che peraltro ricalca la stessa disciplina comunitaria, data anche la previsione di cui all'art. 1 della stessa direttiva, la quale vincola gli

¹⁰ È interessante notare come il legislatore comunitario abbia previsto già nel 1982 una scissione non proporzionale, cosa che invece non era ammessa nel nostro ordinamento fino all'entrata in vigore della riforma 2003.

¹¹ MARZALE, *La fusione delle società nella disciplina comunitaria*, in *Società*, 1986, p. 977 ss.

Stati membri a sottoporre la disciplina della scissione, se prevista, alle norme ivi contenute.

1.2 *L'attuazione della direttiva: il d.lgs. 22/1991.*

Il legislatore italiano inizialmente non ritenne necessario adottare l'istituto della scissione, questa scelta era anche suffragata dalla maggioranza della dottrina che, per i motivi già evidenziati, non riteneva ammissibile la scissione all'interno del nostro ordinamento.¹²

Come detto il legislatore intervenne con il decreto delegato n. 22 del 1991, questa nuova disciplina, introduttiva degli artt. 2504 da *septies* a *decies*, non solo recepì la direttiva ma compì un passo avanti.

Il legislatore italiano attribuì il "diritto individuale" del socio della scissa ad ottenere una partecipazione nelle società beneficiarie, questo a differenza della direttiva che prevedeva la facoltà di eseguire quella che verrà poi definita "scissione non proporzionale". Inoltre, a differenza di quanto previsto dal legislatore europeo, fu introdotto uno stretto regime di invalidità della scissione: come per la scissione, il legislatore previse che l'eventuale dichiarazione di nullità o l'annullamento dell'atto di scissione non avrebbero potuto avere luogo una volta eseguite le formalità pubblicitarie previste dalla legge.

¹² Si veda, oltre agli autori già citati, anche: OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1991, I, p. 501 ss., il quale, dopo l'entrata in vigore della normativa rimane comunque scettico, egli evidenzia come "non basta constatare (come fa la relazione allo schema di decreto delegato) che la legge non la vietava (la scissione n.d.r.) giacché è difficile intendere – sia pure in omaggio all'autonomia privata – il silenzio della legge come "permissione" in una materia complessa e incidente su più interesse che abbisognerebbero di regolamento e conciliazione." Sempre OPPO, *Fusione e scissione secondo il d. leg. 1991 n. 22, op.cit.*, p. 503, si domanda se il legislatore abbia legittimato la scissione, oppure se si sia limitato a dare disciplina ad un istituto che già riteneva ammissibile, arrivando a sposare quest'ultima opinione, poiché "si è dato carico di considerare le "operazioni di scissione in corso""

In particolare la nozione di scissione era contenuta all'art. 2504-*septies*, che prevedeva diverse fattispecie di scissione: la scissione "totale", in cui una società trasferisce l'intero patrimonio alle beneficiarie, e per effetto della scissione si estingue; la scissione "parziale", dove la scissa trasferisce alle beneficiarie solo una parte del proprio patrimonio, e dunque non si estingue all'esito dell'operazione.

A livello classificatorio era poi possibile distinguere tra scissione "per incorporazione", termine ripreso dalla fusione, quando cioè le beneficiarie non erano società di nuova costituzione, e scissione "in senso stretto", in cui le società beneficiarie venivano costituite in seno all'operazione stessa.

La scissione poteva poi essere combinata con una trasformazione, prendendo l'appellativo di "regressiva", se comportava una trasformazione da società di capitali che veniva scissa in più società di persone, ovvero di "progressiva" quando la scissa era una società di persone e le beneficiarie erano società di capitali.

Il nuovo istituto comportava, e comporta tuttora, una duplice divisione, oggettiva, riguardante il patrimonio societario, e soggettiva, riguardante il patrimonio sociale.¹³

La dottrina aveva da subito evidenziato come tra scissione e fusione esistessero evidenti affinità, taluno addirittura era arrivato ad affermare che la scissione non fosse altro che una "*fusione all'inverso*"¹⁴, tuttavia tra le due la prima era dotata di un maggiore polimorfismo funzionale, potendosi con essa raggiungere scopi che erano preclusi alla fusione.

¹³ Così: D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. Not.*, 1990, p. 876 ss.

¹⁴ FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. Comm.*, 1991, p. 1065 ss. ivi a p. 1066.

Tra questi scopi la dottrina già all'epoca individuava, ad esempio: la diversificazione dei rischi, l'alienazione di una parte dell'azienda e la separazione delle sorti di due gruppi di azionisti.

Un altro dibattito, che già animava la dottrina al momento dell'adozione del decreto legislativo, insisteva sulla natura giuridica dell'istituto, poiché l'argomento è assai interessante e sarà approfondito nel proseguo del testo, mi limito ad accennare alle due principali opinioni che si contrapponevano, la dottrina si divideva in due correnti: chi sosteneva che l'istituto avesse carattere modificativo dello statuto societario, e chi invece riteneva che fosse una vicenda di carattere estintivo-costitutivo, ponendo l'accento quindi sul carattere traslativo.¹⁵ Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il legislatore del 1991 poneva alcune limitazioni, che il legislatore europeo invece prevedeva solamente come facoltative¹⁶. Queste erano il divieto di partecipazione alla scissione per imprese sottoposte a procedure concorsuali o per imprese in stato di liquidazione che avessero già cominciato la distribuzione dell'attivo.

Il procedimento di scissione era regolato all'interno degli artt. 2504 *octies* e *novies*, i quali facevano ampio richiamo alle norme della fusione. Il 2504 *octies* regolava il progetto di scissione, che doveva essere redatto dagli amministratori delle società partecipanti, naturalmente gli

¹⁵ Sostenitori della dottrina modificativa sono tra gli altri: FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, *op. cit.* p. 1066 s.; D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, *op.cit.*, p. 881; CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1991, V, p. 283 ss.; BAVETTA, *Le scissioni nel sistema delle modificazioni statutarie*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 397 ss.

A favore della tesi traslativa troviamo tra gli altri: OPPO, *op.cit.*, p. 505; BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, II, p. 529 ss.; PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1189 ss.; LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 514 ss.;

¹⁶ Si veda: CAPPUCILLI, *La direttiva CEE in materia di scissione di società per azioni*, *op. cit.*, p. 263 s.

amministratori delle beneficiarie partecipavano solamente nel caso in cui queste fossero già esistenti.

Elemento costitutivo e centrale del progetto di scissione era il tasso di cambio tra le partecipazioni della scissa e quella della beneficiaria, si rinviava poi all'art. 2501, dettato in tema di progetto di fusione, per gli altri elementi del progetto cioè: l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da trasferire, nonché i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle beneficiarie.

Il legislatore prevedeva una disciplina fortemente orientata verso la tutela dei creditori, stabilendo i criteri di responsabilità delle beneficiarie per i debiti della scissa e alcune norme volte a supplire eventuali carenze del progetto, come ad esempio i criteri di distribuzione sussidiari, che operavano in caso di silenzio o incomprendibilità del progetto di scissione.

La tutela era orientata anche verso i singoli soci, in particolare, la possibilità di eseguire una scissione non proporzionale, cioè con distribuzione ai soci delle partecipazioni nelle beneficiarie in forma diversa rispetto alle partecipazioni nella scissa, era da ritenere subordinata al consenso unanime dei soci. Infatti, al fine di tutelare il diritto individuale del socio alla distribuzione proporzionale, prevedeva all'art. 2504 *octies*, comma quarto, che *“il progetto deve prevedere che ciascun socio possa in ogni caso optare per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione in proporzione della sua quota di partecipazione nell'originaria.”*

Procedendo oltre nella normativa, si ritrovavano altri documenti, di tipo squisitamente informativo, che gli amministratori delle società partecipanti erano chiamati a predisporre oltre al progetto di scissione.

In forza dell'art. 2504 *novies*, essi dovevano redigere uno stato patrimoniale della società ed una relazione illustrativa in conformità con gli artt. 2501 *ter* e *quater*, in tema di fusione.

Questa relazione doveva contenere un'illustrazione dei "criteri di distribuzione delle azioni o quote" e doveva indicare "il valore effettivo del patrimonio netto trasferito alle società beneficiarie".¹⁷

Altro documento che il legislatore imponeva di redigere, ai sensi dell'art. 2501 *quinquies*, era la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio. L'unica eccezione prevista era quella di cui all'art. 2504 *novies*, comma terzo, che affermava la non necessità del rapporto di cambio "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", in questo caso infatti, non vi era alcun pregiudizio per i soci della scissa.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 2504 *novies* prevedeva l'estensione alla scissione di alcune norme, specificamente richiamate, della disciplina in materia di fusione, si trattava degli artt. 2501 *sexies*, 2502, 2502 *bis*, 2502, 2503 *bis*, 2504, 2504 *ter*, 2504 *quater* e 2504 *sexies*, riguardanti: il deposito degli atti presso la sede delle società partecipanti, la deliberazione di scissione e gli adempimenti pubblicitari conseguenti, l'opposizione dei creditori e infine l'atto di scissione.

La disciplina dell'atto di scissione era simile a quella dell'atto di fusione, poiché il richiamo agli articoli anzidetti, comportava che non vi fossero particolari differenze tra le due discipline. In particolare, l'atto, in caso di scissione in senso stretto, aveva una duplice valenza, estintiva per

¹⁷ In questo punto si inserisce la disputa che ancora agita la dottrina circa la possibilità di prefigurare una scissione "negativa", cioè con il trasferimento di quote patrimoniali dal valore negativo. Ora non mi soffermerò sul merito della questione che sarà trattata nel proseguo dell'elaborato.

quanto riguardava la scissa e costitutiva per quanto riguardava le beneficiarie.

La disciplina pubblicitaria era mutuata dalla fusione, quindi l'atto andava pubblicato nel registro delle imprese, analogamente alla fusione si escludeva la necessità di sottoporre ad omologazione l'atto di scissione, sulla base del rilievo che esso corrisponde alla delibera di scissione soggetta, invece, ad omologazione.

Sempre in forza dei richiami di cui all'art. 2504 *novies*, alla scissione si applicavano le norme riguardanti le invalidità dettate per la fusione, cioè l'art. 2504 *quater*, il quale dettava una disciplina molto restrittiva.

L'ultimo articolo che il codice civile dedicava alla scissione era il 2504 *decies*, che disciplinava gli effetti della scissione, stabilendo che gli effetti decorrevano *“dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nell'ufficio del registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie”*.

Analogamente alla fusione era, poi prevista la possibilità di postdatare gli effetti della scissione con l'esclusione del caso in cui vi sia la costituzione di società nuove, o di retrodatare gli effetti contabili.

Sempre l'art. 2504 *decies* conteneva la disciplina della responsabilità delle beneficiarie per i debiti della scissa, si affermava che *“ciascuna società è solidamente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa trasferito o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società a cui essi fanno carico”*. Si trattava quindi di una responsabilità sussidiaria e solidale, altresì limitata al valore effettivo del patrimonio trasferito.¹⁸

Il legislatore stabiliva così una doppia tutela per i creditori sociali: da un lato, il diritto di opposizione, alla scissione, regolato dall'art. 2503,

¹⁸ Cfr. IRRERA, *Scissione delle società*, in *Dig. Comm.*, 1996, Torino, UTET, p. 269 ss.

richiamato appositamente dall'art. 2504 novies, e dall'altro, la disciplina accennata sulla responsabilità solidale.

1.3 *La riforma del diritto societario: il d.lgs. 6/2003.*

Giusto dieci anni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 22/1991, il legislatore ha sentito nuovamente il bisogno di intervenire sulla scissione all'interno di una più ampia riforma del diritto societario.

La legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, delegava il governo a legiferare anche

L'art. 7 della legge delega conteneva i principi ed i criteri direttivi cui il riformatore doveva attenersi nel riformare le operazioni di fusione, scissione e trasformazione, individuati in: *“semplificazione e precisazione del procedimento; previsione di condizioni e limiti delle trasformazioni, fusioni e scissioni eterogenee; disciplina dei criteri di formazione del primo bilancio successivo alle operazioni di fusione e di scissione; previsione di una disciplina per le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra; emanazione di regole dirette a semplificare e a favorire la trasformazione di società di persone in società di capitali”*¹⁹

In attuazione della delega, è stato adottato il d.lgs. 6/2003, che all'art. 6 ha introdotto nel titolo V, del libro V, del codice civile il capo X, avente ad oggetto proprio trasformazione, fusione e scissione.

Per quanto riguarda la scissione, essa trova nuova collocazione agli articoli da 2506 a 2506 *quater*, del cui approfondimento mi occuperò nel proseguo dell'elaborato.

¹⁹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 12.

La riforma entrò in vigore nel gennaio 2004, senza regime transitorio per i procedimenti in corso, ai quali si applicava dunque da subito la nuova normativa, limitatamente naturalmente agli atti ancora da compiere.

La nuova disciplina dell'istituto, che per molti aspetti non si discosta dalla precedente, fa utilizzo, come già facevano gli abrogati artt. 2504 *quinquies* e ss., di ampi richiami alla disciplina della fusione. Questa particolare tecnica legislativa ha contribuito a rafforzare ulteriormente l'idea, già presente in dottrina, che *“la scissione altro non sia che un procedimento specularmente simmetrico a quello della fusione”*.²⁰

2. Forme e Funzioni della scissione: la poliedricità dell'istituto.

2.1 Forme di scissione.

Tracciato brevemente il profilo storico della scissione, è ora il momento di parlare dell'istituto così com'è disciplinato oggi dal codice civile.

La materia è trattata dal legislatore all'interno degli articoli 2506, 2506 *bis*, 2506 *ter* e 2506 *quater*, i quali delineano l'istituto facendo, come già accadeva nel precedente dettato normativo, ampi rimandi alla normativa in materia di scissione.

²⁰ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 14, l'autrice si dice contraria a questa di posizione che era stata per la prima volta portata alla luce da FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione, op.cit.*, p. 1066, che già in sede di primi commenti alla riforma del 1991 aveva espresso l'opinione secondo cui la scissione altro non era che una *“fusione all'inverso”*,

La prima norma dedicata all'istituto è l'art. 2506, rubricato "forme di scissione"²¹, al primo comma è contenuta la definizione dell'operazione, si prevede che *"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 socie."*

Già in questa prima parte si può notare come la scissione abbia una natura polimorfa, che le consente di essere utile in molteplici operazioni societarie, che possono spaziare dal trasferimento del ramo d'azienda, alla separazione della compagine sociale litigiosa, finanche allo scioglimento della società senza il ricorso alla liquidazione.

La prima distinzione che è possibile tracciare circa le forme di scissione è quella tra scissione totale e scissione parziale. Per scissione totale s'intende l'operazione nella quale una società assegna l'intero patrimonio a più beneficiarie, preesistenti o di nuova costituzione, comportando, almeno secondo l'opinione dominante l'estinzione della società scissa.²²

Con quest'operazione dunque una società si frammenta in più società, che possono essere preesistenti o di nuova costituzione, è importante

²¹ Già dalla rubrica dell'articolo si può notare il parallelismo che intercorre tra fusione e scissione, anche l'art. 2501, il primo che il legislatore dedica alla fusione, ha la medesima rubrica "forme di fusione".

²² Da questo punto di vista abbiamo delle opinioni contrarie in dottrina, in particolare, nella vigenza della vecchia disciplina taluno (si veda: PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, Giuffrè, 1992 p. 187ss.) aveva avanzato l'idea che la società scissa non si estinguesse, neppure all'interno di una scissione totale, questo perché il codice stesso nulla diceva circa l'estinzione della società scissa. Altri, più giustamente, ritenevano che l'estinzione della società fosse ricavabile in maniera implicita dal tenore generale della normativa, dall'altro era uso richiamare le norme in materia di fusione, che venivano estese in via analogica, le quali facevano espresso riferimento all'estinzione, e dall'altro alla stessa normativa comunitaria, infatti, la direttiva CEE 891/1982, prevedeva proprio l'estinzione della scissa come naturale conseguenza della scissione totale.(cfr. SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società, Lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1990, p. 109 ss., ivi a p. 124 - 125)

notare come nel caso di scissione totale non sia possibile conferire l'intero patrimonio ad una sola beneficiaria dato che, in tal caso, si realizzerebbe un'operazione che nulla ha di differente rispetto ad una fusione per incorporazione, o se la società è di nuova costituzione, ma di tipo diverso, si rientrerebbe nello schema della trasformazione.

L'altra possibilità è quella della scissione parziale, nella quale la scissa non conferisce alle beneficiarie l'intero patrimonio, ma si limita a trasferire una sola parte di esso, per il momento, lasciando in sospeso l'approfondimento della questione, mi limito ad accennare al fatto che in dottrina è presente un dibattito circa la composizione del patrimonio assegnato, da un lato abbiamo chi sostiene che sia trasferibile solo un complesso organizzato di beni, dall'altro c'è chi sostiene la possibilità di assegnare anche singoli cespiti patrimoniali.

Anche alla scissione parziale possono partecipare società beneficiarie di nuova costituzione o preesistenti, tuttavia, a differenza della scissione totale, è possibile che a beneficiaria sia una soltanto.

Se spostiamo il *focus* dalla società scissa ai soci, "*parte sostanziale*"²³ dell'operazione, poiché ricevono, all'esito della procedura, azioni o quote delle beneficiarie, possiamo distinguere tra scissione proporzionale e scissione non proporzionale. Quest'alternativa si ricava in via interpretativa dall'intero dettato normativo, l'art. 2506 non parla di queste tipologie, tuttavia è inequivocabile che l'operazione possa prevedere due modalità differenti di distribuzione delle partecipazioni nelle beneficiarie.

Infatti, la possibilità di prevedere il rapporto di cambio delle partecipazioni non incontra particolari limitazioni, l'unica è posta dall'art. 2506 che prevede la decisione unanime nel caso in cui il

²³ OPPO, *op.cit.*, p. 508.

criterio distributivo preveda che *“ad alcuni soci non vengano distribuite azioni di una delle società beneficiarie delle scissione, ma azioni della società scissa”*.

Per dare una definizione potremmo dunque dire che: la scissione è proporzionale ogni volta che ciascun socio riceve azioni o quote delle beneficiarie in proporzione alla sua partecipazione nella scissa, mentre la scissione è non proporzionale, ogni volta in cui ciò non avviene.

Queste due forme di scissione rispondono naturalmente a finalità differenti, se da un lato, in quella proporzionale, si mira solamente alla disaggregazione patrimoniale, dall'altro, l'esigenza che prevale, oltre alla precedente è quella della divisione della compagine sociale, avremo, oltre ad una scissione in senso oggettivo, anche una scissione in senso soggettivo.

Da questo punto di vista si pone però un problema di tutela della parità di trattamento tra soci, che sempre deve essere mantenuta o quantomeno surrogata attraverso metodi alternativi.

In proposito, già la direttiva CEE 89/1/1982, dettava un criterio che il legislatore del 1992 aveva disatteso, dato che la proporzionalità della scissione era stata configurata come un diritto individuale del socio.

Questo meccanismo è stato però accolto dalla riforma 2003 e inserito al quarto comma dell'art. 2506 *bis*, così facendo il legislatore ha chiaramente abbandonato la prospettiva del diritto individuale alla redistribuzione proporzionale delle partecipazioni nelle beneficiarie, si prevede invece *“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.”*.

Il quarto comma dell'art. 2506 bis prevede un meccanismo simile al recesso²⁴, che è posto ad ulteriore tutela dei soci dissenzienti.²⁵ Non si tratta di un diritto al recesso, proprio perché il legislatore stesso non ne fa menzione, il riferimento è ai criteri stabiliti in tema di recesso per la quantificazione del *quantum* dovuto al socio dissenziente.

Secondo la dottrina sembrerebbe trattarsi di un meccanismo che richiama “*la figura delle azioni riscattabili*”, disciplinata dall'art. 2437 *sexies* c.c., motivando questa deduzione nel fatto che la previsione di un diritto di riscatto avrebbe comportato una tutela sproporzionata rispetto alla situazione del socio dissenziente, infatti l'esercizio di tale diritto può condurre alla riduzione del capitale sociale ed eventualmente allo scioglimento della società.

Il legislatore ha preferito approntare una tutela per il socio, evitando però di disciplinare l'*exit* del dissenziente con un rinvio alla disciplina del recesso e predisponendo invece una vera e propria procedura di riscatto.²⁶

Dalla scissione non proporzionale si distingue invece la scissione cosiddetta “*asimmetrica*”, l'articolo su cui si fonda questo tipo di scissione è il 2506, secondo comma, in cui si prevede che “*per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni di una delle società beneficiarie della scissione ma quote della scissa.*”.

²⁴ Sono di questa opinione: CAGNASSO, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 261, che parla di un “*diritto assimilabile a quello di recesso*”; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, IPSOA, 2006, p.237 ss.

²⁵ Secondo CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione, op.cit.*, p. 236 “*Nel sistema delineato dalla riforma il socio che è in disaccordo sulla distribuzione delle partecipazioni definito nel progetto di scissione ha solo il potere di monetizzare la sua quota uscendo dalla società.[...]La tutela dei soci, sotto questo profilo, arretra da una posizione reale (quella che si aveva nella precedente disciplina ndr) a una forma obbligatoria ossia alla garanzia di un exit dalla società, ottenendo il valore della partecipazione.*”

²⁶ Così: CIVERRA, *op. cit.*, p. 238.

In questo modo si disciplina a livello normativo, ciò che, già nel vigore della vecchia disciplina, era stato sottoposto ai giudici in sede di omologazione. Ci si chiedeva se fosse compatibile con lo schema normativo, un'operazione di scissione all'esito della quale le azioni o quote delle beneficiarie fossero state attribuite ad alcuni soltanto dei soci, mentre gli altri sarebbero stati assegnatari di quote della stessa società scissa.²⁷

Ora, con l'entrata in vigore dell'art. 2506, secondo comma, il dubbio, che si era manifestato in dottrina, è da intendersi per risolto in favore naturalmente dell'ammissibilità della procedura, tuttavia la dottrina ha rilevato degli aspetti di criticità inerenti alla nuova disciplina.

In primo luogo, si è rilevato che la norma è mal collocata, è infatti inserita all'interno dell'articolo preposto alla definizione delle diverse forme di scissione. Da questo punto di vista si è fatto notare che la

²⁷ In favore di questa prospettiva è da segnalare una prima opinione favorevole di MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, p. 311 ss. *ivi* a p. 339, il quale, sebbene limitandosi alla scissione eterogenea tra società di capitali e cooperative, fa un accenno alla possibilità di una scissione che oggi potremmo definire asimmetrica in cui parte dei soci della società di capitali scidente rifiuta la scissione e per questi il progetto prevede che "possano conservare la partecipazione nella sola società di capitali". Questa prima opinione tuttavia presta il fianco a delle osservazioni critiche non indifferenti, poiché come evidenzia brillantemente parte della dottrina (cfr. SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 33 nota 55), un'operazione di questo tipo comporterebbe una svalutazione delle partecipazioni dei soci dissenzienti poiché per effetto stesso della scissione il patrimonio su cui insiste la loro partecipazione si troverebbe ad avere un contenuto diverso e un valore minore; vi è poi App. Venezia, 16 marzo 2000, in *Giur. Comm.*, 2001, p. 268 ss., che ammette la possibilità di una scissione asimmetrica; ancora in senso favorevole troviamo CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 175 ss. nota 74.

Contrari invece Trib. Verona, decreto 2 dicembre 1999, in *Le società*, 2000, p. 448 e ss. con nota di PAOLINI, questa pronuncia costituisce il primo grado della già citata pronuncia della Corte d'Appello di Venezia; sempre contrario alla scissione asimmetrica è SPERONELLO, *La scissione delle società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di assegnazione di quote della scissa*, in *Giur. Comm.*, 2001, p. 273 ss., si tratta della nota critica alla pronuncia della Corte d'Appello di cui sopra, in particolare l'autore sostiene l'illegittimità della fattispecie poiché non disciplinata dal legislatore e afferma come sia possibile raggiungere il medesimo risultato attraverso delle pattuizioni esterne all'operazione tra i singoli soci.

cosiddetta scissione asimmetrica non sia configurabile come una forma autonoma di scissione, alla stregua ad esempio della scissione totale o parziale, quanto più che altro, si tratti di una modalità particolare di scissione parziale non proporzionale.

Quindi, per una migliore sistemazione, si sarebbe dovuto inserire la norma all'interno dell'art. 2506 *bis*, che già disciplina la scissione con distribuzione non proporzionale delle partecipazioni nelle beneficiarie.²⁸

D'altra parte bisogna però indicare la differenza tra la scissione non proporzionale *tout court* e la scissione asimmetrica, in quest'ultima è previsto il consenso unanime dei soci della scissa, cosa che invece non è richiesta nelle altre modalità di scissione non proporzionale.

Questa diversità di regime è difficilmente spiegabile, infatti non è possibile configurare un particolare pericolo per i soci, derivante da una scissione di questo tipo, quindi non si vede per quale motivo sottoporre il procedimento al voto unanime, secondo qualche opinione dottrinale si è voluto, attraverso questa prescrizione, "*escludere la possibilità di assegnazione di partecipazioni della scissa dal novero delle decisioni societarie, configurando una sorta di diritto individuale del socio – come tale rinunciabile – ad ottenere azioni o quote delle sole beneficiarie*"²⁹

In questo modo è stato posto un limite a ciò che la società può decidere a maggioranza, e che dunque il socio dissenziente deve subire, salvo naturalmente la possibilità di ricorrere al meccanismo di cui all'art. 2506 *bis*, quarto comma, e quindi al diritto di *exit*.

Da ultimo occorre parlare di una particolare tipologia di scissione, la scissione eterogenea, questo tipo di classificazione è riferito alla tipologia delle società beneficiarie. Si suole distinguere tra scissioni

²⁸ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ CIVERRA, *op. cit.*, p. 247.

omogenee, che riguardano beneficiarie tutte del medesimo tipo, e scissioni eterogenee, quelle in cui le società hanno un tipo differente rispetto alla scissa.

Tracciando un parallelo, è facile notare una forte affinità tra questi tipi di scissione e un'altra operazione straordinaria, la trasformazione, infatti, altro non si tratta che di un'operazione di scissione mista ad una trasformazione, pertanto è da ritenere che operino i vincoli stabiliti dal legislatore per la trasformazione. Ad esempio, una società cooperativa a mutualità prevalente non potrà scindere il proprio patrimonio ed assegnarlo a società con scopo di lucro, così facendo si verrebbe infatti a violare uno dei principi stabiliti dalla legge in materia di società cooperative, cioè il vincolo mutualistico.³⁰

Le norme della trasformazione troveranno poi applicazione non solo in tema di limiti, ma anche per quanto riguarda il procedimento di scissione e, visto che si tratta di un particolare tipo di scissione, troverà applicazione anche l'art. 2504 *bis*, quinto comma, dettato in materia di fusione ma estendibile in via analogica, dato il rimando che le norme della scissione fanno a quelle della fusione nella disciplina generale. Questo articolo tratta della responsabilità patrimoniale personale dei soci di società di persone, che si fondono (scindono) in società di capitali, in questo caso la responsabilità personale illimitata non cessa per tutte quelle obbligazioni contratte precedentemente all'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione (scissione), salvo naturalmente l'assenso dei creditori ad una diversa soluzione.

³⁰ Cfr. CAGNASSO, *Trasformazione, fusione e scissione*, *op. cit.*, p. 250.; SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 39 ss. che si sofferma in maniera approfondita sull'argomento sia della scissione eterogenea per tipo, quella in cui la scissa e le beneficiarie sono società di tipologia differente, che sulla scissione eterogenea in cui le beneficiarie e la scissa differiscono dal punto di vista causale, quindi scissione tra società a scopo mutualistico e società a scopo lucrativo.

2.2 *Funzioni della scissione.*

Le molteplici forme attraverso le quali può essere realizzata un'operazione di scissione, hanno indotto il nostro legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento l'istituto che la direttiva comunitaria CEE/891/1982 aveva previsto come facoltativo.³¹

Alla base dell'ingresso nel codice civile degli allora articoli 2504 da *septies* a *decies*, stava proprio il polimorfismo strutturale dell'istituto, che benché fosse più attenuato rispetto a quanto lo è oggi, permetteva già allora di raggiungere vari scopi anche molto diversi tra di loro.

La funzione cui sottende la scissione rileva, oltre che da un punto di vista meramente economico e delle scelte di gestione aziendale, anche da un punto di vista fiscale, in particolare, al fine di evitare pratiche elusive, si prevede che al fisco possano essere opposti, parafrasando l'art. 37 *bis* del d.p.r. 600/1973, solo gli atti, i fatti e i negozi anche collegati tra loro, i quali abbiano valide ragioni economiche, e che non siano diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti.

Essendo dunque di fondamentale importanza comprendere quali possano essere le funzioni cui può tendere una scissione, occorre allora dare conto di quest'ultime anche per rendere più chiaro il proseguo del lavoro.

La prima funzione che viene in rilievo è tipica non solo della scissione ma anche della fusione, anzi si potrebbe dire che è lo scopo precipuo della fusione, che può essere realizzato anche mediante la scissione, si

³¹ Cfr. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 876 ss. il quale ancora prima dell'entrata in vigore della normativa sosteneva come l'introduzione dell'istituto avrebbe potuto giovare al sistema imprenditoriale proprio per le molteplici finalità perseguibili.

tratta della funzione di concentrazione, cioè di crescita delle dimensioni aziendali.

La scissione con finalità di concentrazione è definibile come un fenomeno di “scissione – fusione”, cioè di scissione di una società in favore di più beneficiarie già costituite, in modo da realizzare una scissione per incorporazione, oppure la stessa funzione può essere raggiunta mediante l'utilizzo della scissione parallela di più società, in cui più società si scindono nel medesimo momento assegnando le porzioni patrimoniali ad un minor numero di beneficiarie di nuova costituzione.

Questo particolare tipo di scissione pone alcuni problemi da un punto di vista della tutela della concorrenza, infatti soggiace anch'esso alla disciplina della l. 287/1990, che in particolare per le operazioni di scissione verso società beneficiarie di nuova costituzione, potrebbero comportare l'adempimento di particolari obblighi previsti proprio dalla normativa in parola, quali ad esempio quelli d'informazione preventiva dell'autorità garante della concorrenza.

La seconda funzione cui può rispondere la scissione è direttamente opposta a quella appena esposta, ed è per certi versi la funzione che più si confà all'istituto della scissione, con quest'operazione il risultato più immediato che si può ottenere è quello della disarticolazione o del decentramento organizzativo di un'azienda la cui attività ne permette la suddivisione in più rami.

Anche questo effetto, così come il precedente non è esclusivo della scissione, il medesimo risultato può essere raggiunto *aliunde*, con istituti come lo scorporo o il conferimento d'azienda, tuttavia entrambe queste operazioni risultano meno efficaci dal punto di vista della compagine, infatti la scissione è l'unico istituto che permette ai soci di mantenere il controllo sulle beneficiarie, dato che utilizzando la

scissione le quote o azioni delle beneficiarie saranno distribuite ai soci della scissa in base al rapporto di cambio.³² Questo genere di operazioni possono essere utilizzate per dividere una società che eserciti attività differenti e non correlate tra di loro, ottenendo, attraverso la separazione e l'assegnazione ad altre società, delle possibili sinergie.

La scissione in questa veste può essere utilizzata per isolare un'eventuale crisi d'impresa, cercando di limitare la crisi al ramo già colpito evitando così che questa possa propagarsi alle altre attività. Sempre in tema di crisi può essere utilizzata per risollevere un'impresa in crisi, ad esempio poniamo il caso di un'impresa sovradimensionata, che si trovi, proprio per via degli eccessivi costi, ad essere in una situazione di criticità, la scissione in questo caso potrebbe aiutare la società a ritrovare la dimensione ottimale senza incidere in maniera profonda sugli assetti proprietari.

Altra funzione molto importante della scissione e che, a seguito della riforma 2003, può essere raggiunta con maggiore facilità è quella di rimodellamento, finanche alla completa separazione, delle compagini sociali.

³² Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 71 s., l'autrice parlando della funzione di decentramento organizzativo della scissione ricorda come questa risulti molto utile oltre che nell'imprenditoria privata, anche per i processi di privatizzazione delle imprese pubbliche, nei casi in cui è opportuno che tale processo avvenga in maniera graduale. La scissione può risultare molto utile a questi scopi, proprio perché può permettere la parziale privatizzazione anche solo di un singolo ramo d'azienda per volta. Il procedimento prevede generalmente che, dicendolo con le parole dell'autore, *"un determinato ramo dell'impresa in mano pubblica, viene ad essere attribuito ad una società appositamente creata, le cui quote o azioni saranno successivamente sottoposte alla procedura di vendita al pubblico."*

Questo genere di operazioni è stato realizzato nei primi anni Novanta in Germania dove a seguito dell'unificazione con l'ex Repubblica Democratica Tedesca, erano entrate in proprietà della Repubblica Federale, tutta una serie di società a capitale pubblico della cui privatizzazione ci si occupò proprio attraverso la scissione (*Spaltung*), tra l'altro prima ancora che questa fosse disciplinata come istituto generale di diritto societario.

Questo scopo può essere raggiunto attraverso una scissione non proporzionale, generalmente, ma non obbligatoriamente, a carattere parziale, nella quale si stabilisca un diverso rapporto di cambio tra le partecipazioni nella scissa e quelle nelle singole beneficiarie ed eventualmente, ma questo all'unanimità, che alcuni dei soci non ricevano quote delle beneficiarie ma ottengano, invece, quote della scissa.³³

Interessante notare come in questo caso si realizzi, oltre all'inevitabile modifica oggettiva, riferita al patrimonio della società scissa, anche una modifica dal punto di vista soggettivo, infatti all'esito dell'operazione di scissione, la compagine sociale delle società risultanti, sarà differente sia per quanto riguarda le percentuali di partecipazione nella scissa, che, nei casi in cui sia previsto, per quanto riguarda composizione soggettiva.

La scissione integrale può poi fungere da utile strumento per lo scioglimento della società senza liquidazione, in questo caso la società conferisce il suo intero patrimonio alle beneficiarie e, come risultato di quest'operazione, si estingue.

Si tratta, secondo parte della dottrina³⁴, di uno scioglimento senza liquidazione della società, in particolare potrebbe essere definita come

³³ Questo genere di operazioni sulla compagine sociale generalmente non rispondono ad un'unica finalità, oltre alla riorganizzazione soggettiva ci dovrà sempre essere anche una riorganizzazione oggettiva, pertanto il patrimonio della scissa sarà diviso, e per questo motivo avremo anche delle finalità di decentramento o disarticolazione. Si pensi ad esempio ai soci titolari di un'impresa suddivisibile in più rami che decidono di dividere le loro sorti imprenditoriali e pertanto optano per una scissione non proporzionale, in cui ad uno di loro sarà attribuita la titolarità della *newco* assegnataria di un ramo della società scissa, mentre agli altri saranno assegnate le sue partecipazioni nella "società madre".

³⁴ Cfr. BELVISO, *La Fattispecie della scissione*, *op. cit.*, p. 533, il quale commentando gli effetti della scissione secondo la direttiva CEE/891/1982, afferma come nella disciplina comunitaria il richiamo all'effetto estintivo sia contenuto in più norme, tra queste cita: l'art. 17 per il quale la scissione produce *ipso iure* e simultaneamente, l'effetto traslativo e quello estintivo, e l'art. 2, che nel definire la scissione, parla di

una forma alternativa alla liquidazione³⁵, tuttavia è bene evidenziare come scissione e liquidazione abbiano delle caratteristiche differenti, se da un lato, il risultato esteriore è il medesimo, cioè l'estinzione della società, lo stesso non può dirsi dell'intento pratico perseguito dai soci nell'una e nell'altra operazione, nella liquidazione i soci avranno l'obiettivo di recuperare l'investimento originario, quindi vorranno monetizzare la propria quota, dall'altro lato, in caso di scissione, non avremo una monetizzazione della quota, ma avremo un nuovo conferimento di quella stessa quota all'interno delle società beneficiarie, indipendentemente dal fatto che queste siano delle *newco* oppure siano preesistenti.³⁶

Se invece poniamo lo sguardo alla scissione di tipo parziale, la finalità liquidativa può essere raggiunta per il singolo ramo d'azienda che viene "scorporato" dall'azienda madre e la scissione diventa funzionale all'avvio di una procedura di liquidazione parziale.

In quest'ultimo caso i soci, utilizzando l'operazione straordinaria, porteranno a compimento una vera e propria liquidazione, infatti non si tratterà di una forma alternativa alla liquidazione così come avviene nel caso della scissione totale, ma avremo un'operazione strutturata in due fasi distinte ma collegate tra loro dal medesimo fine, la prima consisterà proprio nella scissione parziale che comporterà la recisione del ramo

operazione mediante la quale la società si scioglie senza liquidazione. All'esito di questa disamina l'autore afferma che *"appare evidente che dire che la scissione costituisce uno scioglimento senza liquidazione della società che si scinde equivale a dire che la scissione prende il posto della liquidazione: con la conseguenza che, come l'esito della liquidazione è l'estinzione della società che si liquida, così l'esito della scissione non può che essere l'estinzione della società che si scinde."*

³⁵ In chiave comparatistica, il diritto societario spagnolo annovera all'interno delle cause di scioglimento della società proprio la scissione, l'art. 260 del TRLSA (*Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*) afferma che *"La Sociedad anónima se disolverá: [...] 6) Por la fusión o escisión total de la Sociedad."*

³⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 76, nota 143.

d'azienda destinato alla monetizzazione, e la seconda consterà della liquidazione vera e propria.

La scissione può poi avere una funzione ripristinatoria della situazione *quo ante*, nel caso di una fusione che sia affetta da vizi che ne comportino l'invalidità, questa finalità corrisponde ad una particolare lettura data in dottrina in materia di invalidità della fusione e si basa sull'idea che l'azienda risultante dalla fusione, per il solo fatto del vizio che è insito nell'operazione non può essere destinata allo scioglimento ecco che pertanto soccorrerebbe la scissione.³⁷

Sempre in chiave ripristinatoria, la scissione può essere utile a ripristinare situazioni di concorrenza, nel caso in cui le operazioni finalizzate alla concentrazione di una determinata società, abbiano attirato le attenzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ancora, la scissione può essere utilizzata per facilitare la cessione dei singoli beni o cespiti aziendali, se si segue quell'impostazione ad oggi maggioritaria secondo cui la scissione non debba per forza prevedere il trasferimento di complessi produttivi organizzati, quali ad esempio i rami d'azienda, ma possa altresì prevedere l'assegnazione alle beneficiarie di singoli beni indipendenti tra loro.³⁸

Queste le principali funzioni che possono essere attribuite alla scissione, e che lo rendono un istituto molto versatile e adattabile, in maniera maggiore rispetto alle altre operazioni straordinarie, alla

³⁷ Capostipite di questa dottrina è OPPO, *op. cit.*, p. 514 s., secondo cui la scissione in questi casi avrebbe proprio una funzione ripristinatoria della situazione anteriore alla fusione, cosicché *"le società che risorgono dalle ceneri della fusione riprendono il loro patrimonio originario e/o si dividono il patrimonio "nuovo" nella proporzione in cui hanno concorso alla fusione e, quanto ai debiti, rispondono solidalmente delle obbligazioni della società risultante dalla fusione"*.

³⁸ In questo senso, tra i tanti: D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 866; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 128 ss.; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, UTET, 2009; CAGNASSO, *op. cit.*, p. 242 ss.

gestione di determinati passaggi che si manifestano nella vita dell'impresa.

3. Natura giuridica dell'istituto.

3.1 Premessa.

Per ciò che concerne la natura giuridica dell'istituto, è bene fare una rapida premessa al fine di illustrare brevemente le posizioni dottrinali che saranno poi approfondite nel proseguo della trattazione.

In dottrina si possono individuare due correnti principali, che trattano l'argomento in maniera opposta, da un lato la dottrina traslativa, secondo cui gli effetti derivanti dalla scissione sarebbero di tipo estintivo-costitutivo, i sostenitori di questa tesi fanno leva sull'innegabile fenomeno di trasferimento che è insito nella scissione³⁹; dal lato opposto si trova invece la dottrina modificazionista, verso cui si orienta la maggioranza della opinioni, che pone alla base della scissione il fenomeno modificativo degli assetti societari, in particolare, si ritiene che la scissione consti di una modificazione degli statuti, in uno della scissa e delle beneficiarie.⁴⁰

³⁹ Tra i sostenitori di questa dottrina troviamo: PICCIAU, *Sub art. 2506 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1025 ss., *ivi* p. 1032.; ma la tesi era stata illustrata, in sede di primo commento alla nuova normativa del 1991, anche da BELVISO, *op.cit.*, p. 521 ss.; e successivamente, MAGRI, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, I, p. 11.

⁴⁰ I sostenitori di questa dottrina sono, tra gli altri: FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, *op. cit.*, p. 1065 ss.; IRRERA, (voce) *Scissione delle società*, *op. cit.*, p. 269; LUPI, *Scissione di società*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*; LUPI, *Scissione di società: idee per una regolamentazione discalare*, in *Boll. Tribut.*, 1991, p. 1621; GIORGIANNI, *La scissione societaria nella disciplina delle imposte sui redditi*, in *Rass. Tribut.*, 1997, p. 1217 ss.; MUSCO, *La natura giuridica della scissione*, in *Dir. Fall.*, 1995, I, p. 1000 ss.

A queste due correnti principali si affiancano alcune teorie definibili come intermedie o conciliative, che mettono in luce gli aspetti critici delle interpretazioni principali e cercano di mediare tra le due posizioni, perseguendo così l'obiettivo di ottenere una definizione della natura giuridica che stia nel mezzo tra i due massimi sistemi.

Così facendo, questi autori cercano di coniugare gli aspetti positivi di entrambe le dottrine, dosando, ciascuno secondo le proprie convinzioni, la miscela tra le due dottrine "pure", ma allo stesso tempo, in questo modo, limando le criticità che inevitabilmente emergono dalle due.⁴¹

3.2 *La teoria traslativa.*

La dottrina più risalente definisce la natura giuridica dell'istituto in chiave traslativa, secondo questi autori, l'essenza della scissione sarebbe da ricondurre al trasferimento di beni derivante dall'assegnazione del patrimonio della scissa alle sue beneficiarie.

Un forte addentellato normativo a questa teoria era dato dall'ormai abrogato art. 2504 septies, il quale recitava "La scissione di una società si esegue mediante trasferimento dell'intero patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima; la scissione di una società può eseguirsi altresì mediante trasferimento di parte del suo patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima."

⁴¹ Le teorie intermedie sono sostenute da vari autori, tra cui: OPPO, *op. cit.*, p. 506 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 121 ss.; CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 175 ss.; BAVETTA, *la scissione nel sistema delle modificazioni statutarie*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 357 ss.; LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, *op. cit.*, p. 514 ss. che sposa la tesi traslativa, tuttavia non manca di evidenziare come eserciti su di lui "un certo fascino" la dottrina modificativa, e come pertanto sia necessaria una conciliazione.

Come si può facilmente notare, l'articolo utilizza, per definire lo spostamento patrimoniale dalla scissa alle beneficiarie, il termine "*trasferimento*", ciò portò la dottrina, già in sede di primo commento, a sostenere, sulla scia di quella che era l'opinione già sostenuta anche in tema di fusione, la natura traslativa della scissione.⁴²

Qualificando la scissione in termini di trasferimento patrimoniale dalla scissa alle beneficiarie, questi autori proponevano una lettura del fenomeno in chiave prettamente successoria, affermando che insito nel concetto di scissione, così come in quello di fusione, era un fenomeno successorio, qualificabile poi in chiave di successione a titolo particolare o universale secondo le varie teorie che venivano proposte.⁴³

Quest'opinione, oggi minoritaria, è stata in parte screditata dallo stesso legislatore, che, all'atto di riformare la disciplina della scissione nel d.lgs. 6/2003, ha espunto dalla normativa vigente, non senza destare

⁴² Si veda BELVISO, *op. cit.*, p. 529 ss., il quale in materia di scissione si schiera a favore della tesi traslativa, evidenziando come sia innegabile l'elemento traslativo dell'istituto specialmente adottando la definizione della natura della persona giuridica come di centro di imputazione di rapporti giuridici. Se si legge la persona giuridica in questo modo, specifica l'autore, è innegabile l'elemento traslativo insito nella fattispecie, pertanto a seguito di questo ragionamento egli afferma che, "*a proposito di scissione, si possa parlare di trasferimento di rapporti patrimoniali nello stesso senso e nello stesso modo in cui è possibile, in generale, parlare di trasferimento di rapporti patrimoniali tra persone giuridiche, magari facenti capo a uno stesso gruppo di persone fisiche.*"

⁴³ Cfr. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 148 ss., che propone un ragionamento sulla natura della successione a titolo universale tra enti, sostenendole l'ammissibilità quando "*in virtù del proprio statuto, l'ente successore assimila e fa proprio lo statuto dell'ente a cui succede*", cosa che non è estendibile alla scissione poiché dalla scissione risultano sempre una pluralità di enti.

Di opinione contraria è invece BELVISO, *op. cit.*, p. 531 s., egli in particolare sostiene che la tesi di Santagata "*provi troppo*", se infatti si ritiene che un fenomeno come quello della fusione o della scissione, si limiti ad una compenetrazione tra ordinamenti societari, allora è bene affermare che una successione "*a qualsiasi titolo*" non si verifica, secondo l'autore un fenomeno di successione universale è ravvisabile "*ogni volta che il legislatore ammetta il trasferimento di una pluralità di rapporti patrimoniali considerati non singolarmente ma come universitas juris*"

particolari perplessità in dottrina⁴⁴, i riferimenti al trasferimento sostituendoli con l'espressione "assegnazione".

L'intento del legislatore era chiaro, infatti nella stessa relazione di accompagnamento si può leggere come la modifica fosse finalizzata a "*chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili).*"

L'accoglimento da parte della dottrina non è stato però quello sperato, se da un lato la modifica, almeno in termini letterali, appare netta, l'opinione della maggior parte degli autori è stata in senso contrario, questi hanno ritenuto di non dare peso eccessivo al nuovo termine, infatti pur non negando l'indubbia presa di posizione legislativa, hanno continuato a sostenere le proprie tesi, senza che si raggiungesse quell'uniformità di vedute auspicata dal legislatore.

In particolare, alcuni hanno sostenuto che maggiore rilievo debba essere dato alla normativa prevista dal legislatore comunitario, che in maniera lapalissiana parla di scissione come operazione di trasferimento patrimoniale⁴⁵, altri invece, che la scelta lessicale, per quanto autorevole, non può di certo sostituirsi alla dialettica

⁴⁴ Cfr. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29 - 30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, p. 701 ss. *ivi* a p. 717, che non manca di sottolineare come ne la direttiva CEE/891/1982 ne la stessa legge delega, consentisse al legislatore italiano la facoltà di dare una nuova definizione di scissione, pertanto, secondo l'autore ci sarebbe il *fumus* neanche troppo velato per contestare un eccesso di delega.

⁴⁵ Cfr. PICCIAU, *Sub art. 2506, op. cit.*, p. 1033, l'autore evidenzia come la scelta lessicale del legislatore non vada vista come decisiva al fine di corroborare l'una o l'altra tesi, anzi pone l'accento sulla normativa europea, affermando che "sicuro rilievo deve riconoscersi agli enunciati normativi contenuti nella VI direttiva, ove la scissione è costruita indubbiamente con riferimento all'elemento del trasferimento di patrimonio" infatti, secondo i principi generali d'interpretazione, essendo la normativa europea volta al perseguimento dell'armonizzazione del diritto societario tra i veri Stati membri dell'Unione, allora il diritto interno dovrà essere interpretato in maniera quanto più conforme al disposto della normativa sovranazionale.

intercorrente tra giurisprudenza e dottrina, e che solo quest'ultima potrà portare ad una definizione del fenomeno sposando l'una o l'altra tesi.⁴⁶

In sede di primo commento alla disciplina, vi è stato anche chi ha criticato la scelta lessicale in sé e per sé, senza guardare quindi alla finalità sottesa, si è rilevato che: *“a) l'uso del verbo assegnare, oltre che esser ambiguo (a che titolo si assegna? L'assegnazione non implica in ogni caso un trasferimento?) b) contrariamente a quanto dispone (o sembra disporre) la parte finale del 2506, comma primo non può essere la società scissa (bensì la scissionaria) ad assegnare le azioni ai “suoi soci”.* Arrivando a concludere che il rispetto della direttiva e della stessa legge delega impongono il ritorno all'utilizzo del verbo “trasferire”.⁴⁷

A favore della tesi traslativa, i suoi sostenitori adducono poi altre disposizioni di diritto societario, l'art. 2357 *bis* c.c. e l'art. 106, comma primo, T.U.F., queste due disposizioni sono prese come indice del momento traslativo che è insito all'interno della scissione.

La norma del codice civile riguarda una particolare fattispecie relativa alla disciplina delle azioni proprie, in particolare descrive alcuni casi in cui si può realizzare l'acquisto di tale categoria di azioni, essa prevede che in tale ipotesi rientrino le azioni che risultano acquistate per effetto di fusione e scissione, in questo caso prevedendo l'inoperatività del limite stabilito all'art. 2357 c.c.

⁴⁶ PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29 – 30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali, op. cit.*, p. 718, cui fa ampio richiamo SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, op. cit.*, p. 110 – 111, osserva invece che il legislatore non può sostituirsi alla dialettica intercorrente tra gli studiosi, sarebbe, infatti, peccare di presunzione pensare che una semplice modifica possa risolvere dall'alba al tramonto, uno dei problemi più delicati in materia di operazioni straordinarie.

⁴⁷ Così PORTALE, *op.cit.*, p 718.

Questo particolare fenomeno può verificarsi ogniqualvolta la scissa posseda, nel proprio portafoglio, titoli azionari emessi dalle beneficiarie, così che, a scissione avvenuta, queste divengano proprietarie di azioni proprie.

Per questo motivo i sostenitori della tesi traslativa affermano che, se la norma è inserita all'interno della disciplina dell'acquisto di azioni proprie e tale acquisto, e quindi il trasferimento, deriva dall'operazione di scissione, è innegabile che insita nella scissione ci sia una componente traslativa. Se così non fosse, non avrebbe alcun senso inserire un'eccezione alla disciplina delle azioni proprie.

La seconda norma presa in esame dalla dottrina traslativa è l'art. 106 T.U.F., che ha ad oggetto l'OPA obbligatoria, tale norma, prevede che chiunque, in seguito ad acquisto a titolo oneroso, venga in possesso di una percentuale di azioni di una società italiana quotata in un mercato regolamentato, superiore ad una soglia predefinita (il 30%), debba promuovere un'offerta pubblica d'acquisto totalitaria.

Tra le varie esenzioni che pone il legislatore, ad esempio nel caso di acquisto derivante da operazioni di salvataggio di società in crisi, vi è anche quella di cui alla lettera e) che esenta l'azionista dall'obbligo di OPA qualora l'acquisto sia derivato da *“operazioni di fusione o di scissione”*.⁴⁸

Ora, se il TUF esenta questo tipo di operazioni dal lancio di un'OPA obbligatoria, che può derivare solo da un acquisto a titolo oneroso, significa che una componente di trasferimento deve essere per forza

⁴⁸ La norma peraltro rinvia alla disciplina secondaria emanata dalla Consob la disciplina delle specifiche situazioni in cui tali operazioni sono esenti dall'obbligo di OPA, e la Consob nel Regolamento Emittenti art. 49, comma primo, lettera f), specificato poi in questa materia da due Comunicazioni del 2000, n. DIS/23651 e DIS/42498 (entrambe reperibili presso il sito della stessa autorità di vigilanza www.consob.it) ha stabilito che possono beneficiare dell'esenzione quelle fusioni e scissioni che sono sorrette da *“effettive e motivate esigenze industriali”*.

insita nell'operazione, anzi il fatto di prevedere all'interno del regolamento emittenti la circoscrizione dell'esenzione nei soli casi in cui tale operazione è sorretta da specifiche esigenze industriali, e quindi restringere il più possibile l'applicabilità dell'eccezione con finalità antielusive, significa riconoscere ancor di più la natura traslativa della scissione.

Oltre agli addentellati normativi menzionati, il fenomeno traslativo emergerebbe anche da un'analisi sistematica dell'ordinamento, in particolare in chiave ricostruttiva del trasferimento patrimoniale dalla scissa alle beneficiarie.⁴⁹

Si evidenzia infatti, come il passaggio dalla scissa alle scissionarie produca un mutamento nella titolarità dei rapporti giuridici che complessivamente considerati concorrono a formare il patrimonio trasferito, tale modificazione costituisce, secondo questa parte della dottrina, un fenomeno di tipo successorio.

3.3 *La teoria modificativa.*

La seconda teoria, che si è affermata in dottrina nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, e che ad oggi è maggioritaria, sia per quanto riguarda la fusione che per la scissione, è quella che riconosce all'istituto, natura modificativa.

Più precisamente, secondo i sostenitori di questa dottrina, l'essenza della scissione, sarebbe da rinvenire non nel trasferimento patrimoniale, ma nella riarticolazione dell'ente sociale.

L'innegabile trasferimento di beni quindi sarebbe da ricondurre non tanto ad un fenomeno successorio, ma alla modifica degli statuti delle

⁴⁹ Cfr. PICCIAU, *op. cit.*, p. 1035.

società partecipanti, così facendo il complesso dei rapporti patrimoniali destinati ad essere acquisiti dalle beneficiarie, per effetto della scissione, siano niente più che la scissa che si riorganizza e prosegue nelle beneficiarie.

Alla base di questa teoria si ha una lettura del concetto di persona giuridica, differente rispetto a quella delineata dai sostenitori della dottrina traslativa, secondo i sostenitori della tesi modificativa la persona giuridica non andrebbe vista in senso antropomorfo, quindi come centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive⁵⁰, ma si dovrebbe preferire la cosiddetta teoria dei rapporti, cioè la visione della persona giuridica come disciplina di attività e beni comuni a più persone fisiche.⁵¹

Se si segue questa definizione di persona giuridica, è facile superare ciò che invece ritengono insuperabile i fautori della tesi traslativa, cioè l'innegabile componente traslativa che si produce nel momento in cui la società X assegna, a titolo di scissione, una porzione di patrimonio alla società Y, in questo caso infatti, se si sostiene la tesi della persona giuridica quale soggetto, non è possibile non ritrovare uno spostamento patrimoniale dalla società (soggetto) X alla società (soggetto) Y, parliamo di due soggettività differenti.

Se al contrario abbracciamo la teoria dei rapporti, e quindi intendiamo la persona giuridica come disciplina particolare di rapporti tra i soci, allora il passaggio di patrimonio, da X a Y, può essere benissimo configurato come una riorganizzazione della società X, che, proprio per

⁵⁰ In questo senso in particolare si veda BELVISO, *op. cit.*, p. 529 s., che approfondisce in modo esaustivo la questione.

⁵¹ Cfr. per quanto riguarda i commenti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 22/1991, in materia di fusione, TANTINI, *Trasformazione e Fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO (cur.), VIII, Padova, Cedam, 1985, p. 275 ss. *ivi* a p. 285-286; FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 1069, anche MUSCO, *La natura giuridica della scissione di società*, *op. cit.*, p. 1007.

il fatto di essersi riorganizzata in termini di scissione, continua la propria esistenza all'interno della società Y e di tutte le altre eventuali beneficiarie.⁵²

L'operazione, secondo i modificazionisti, viene letta come la separazione di una parte dell'organizzazione, non sarebbe, come invece sostengono i traslativisti, una mera separazione, dalla scissa alla beneficiaria, di un complesso patrimoniale, uno strumento di scomposizione soggettiva di società, ma una tecnica di revisione, straordinaria e complessa, dell'attività e dell'organizzazione.

Secondo i diversi autori, che, con le varie sfumature personali⁵³, si sono espressi favorevolmente nei confronti della teoria modificativa, la scissione integra un frazionamento dell'originaria compagine sociale, si tratterebbe dunque di un'operazione che comporta una modifica all'interno dell'originario rapporto sociale, sia nel suo assetto soggettivo, che, naturalmente, sul piano patrimoniale, con la conseguenza di moltiplicare, ramificare, senza che si realizzi alcuna vicenda traslativa, l'originario rapporto sociale.

⁵² In questo senso FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 1068, che propone di inserire la scissione, e prima ancora la fusione, all'interno del sistema "ad attività", in quanto si tratta di "fenomeni che non hanno nulla di simile, né logicamente, né concettualmente, prima ancora che giuridicamente, con il sistema del diritto privato classico "a soggetto"", infatti, continua l'autore, "l'essenza della fusione e della scissione si colloca a livello di struttura organizzativa, a livello quindi dell'organizzazione in senso oggettivo dell'attività. [...] nei fenomeni in esame non circolano beni e rapporti rispetto a soggetti; nella fusione e nella scissione si modifica, si aggrega, si separa l'organizzazione cui questi beni fanno capo; e proprio perché tale, e come tali, fusione e scissione sono fenomeni inconcepibili negli schemi logico giuridici del diritto privato classico "a soggetto"".

⁵³ Capostipite della dottrina modificazionista, in tema di scissione, è FERRO-LUZZI, *op.cit.*, p. 1065 ss., la cui opinione è già stata esposta, ma vi sono anche altre letture che possono essere ascritte alla tesi modificazionista, ad esempio quelle che leggono la scissione come modifica dell'atto costitutivo, in questo senso, per citarne solamente alcuni: IRRERA, (voce) *Scissione delle società*, *op. cit.*, p. 269, MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, II, p. 311 ss., GIORGIANNI, *La scissione societaria nella disciplina delle imposte sui redditi*, *op. cit.*, 1997, p. 1217 ss.; MUSCO, *op. cit.*, p. 1000 ss.

La società scissa in questo caso non si rapporta con le beneficiarie attraverso un meccanismo di estinzione-costituzione, ma, per così dire, cambia veste, assumendo i tratti di tutte le società beneficiarie, che proseguono, senza alcuna soluzione nella continuità, l'attività che originariamente era svolta dalla scissa.

Quindi, volendo schematizzare il più possibile il ragionamento modificativo, si potrebbe guardare la vicenda sotto tre punti di vista: a) dal punto di vista delle società coinvolte, non si estingue il rapporto societario originario ma questo si rinnova, modificandosi, e proseguendo la propria forma nella nuova forma derivante dai contratti sociali risultanti dalla scissione; b) dal punto di vista dell'attività oggetto del contratto sociale, questa viene proseguita, non più dalla scissa, ma dalle società assegnatarie intese nel loro complesso; c) dal punto di vista della compagine sociale, la continuazione è da individuare nel fatto che la posizione sociale nella scissa e il conferimento originario, vengono trasferiti in capo alle beneficiarie, e dunque la qualifica di socio nella scissa prosegue nelle beneficiarie.⁵⁴

3.4 *Le teorie conciliative o eclettiche.*

Altra parte della dottrina, si è espressa in modo critico nei confronti di entrambe le tesi esposte, ed ha preferito dare una definizione ulteriore del fenomeno.

All'interno di queste correnti alternative si sono venute a formare impostazioni che tendono a mediare tra le due correnti principali, ed altre più eclettiche, che tentano di rileggere la natura giuridica del fenomeno al fine di superare alcuni limiti concettuali proposti dalle tesi

⁵⁴ Cfr. PICCIAU, *op.cit.*, p. 1039

principali, ne è un esempio quella teoria secondo cui la scissione, in particolare quella parziale, altro non sarebbe se non una forma particolare di contratto in favore di terzi.⁵⁵

Tale dottrina non è però da condividere, poiché reca con sé delle difficoltà difficilmente superabili, in primo luogo, il beneficiario di un contratto a favore di terzi dispone sempre del diritto al rifiuto, e ciò equivarrebbe, all'interno della scissione, alla possibilità da parte dei soci di rifiutare le quote o azioni delle beneficiarie, diritto che di per sé non esiste, mentre l'unica opzione per i dissenzienti è quella di poter cedere le proprie azioni a prezzo di riscatto.⁵⁶

Vi è poi il problema dell'interesse dello stipulante, che secondo quanto previsto dalle norme del codice civile dedicate al contratto a favore di terzi deve ricorrere a pena di invalidità del negozio. Se riproponiamo lo schema della scissione nel contratto a favore di terzi, l'interesse dello stipulante, cioè della beneficiaria, sarebbe sottoponibile ad un sindacato di merito, che dunque potrebbe ledere l'affidamento e la sicurezza del procedimento.⁵⁷

Come accennato, vi sono poi delle teorie conciliative, che prendono spunto di volta in volta dalle teorie modificative o traslative, che potremmo definire "*pure*"⁵⁸, e le rielaborano inserendovi elementi

⁵⁵ A tal proposito si veda MUSCO, *op.cit.*, p. 1010, che riportando quest'opinione espone una critica in questo senso, ed afferma che "*il rispetto della più volte citata visione antropomorfica della società, se nella fusione non presenta problemi, nella scissione parziale lascia come unica strada percorribile quella del rapporto trilatero realizzabile con un negozio tra le società ed i singoli soci.*"

⁵⁶ Questa tesi rappresenta un'evoluzione della dottrina traslativa, poiché viene elaborata per far fronte ai limiti che emergono dalla teoria traslativa in tema di scissione parziale, in particolare questa forma di scissione mal si concilia con il fenomeno successorio, quasi *mortis causa*, che, secondo questi autori, è proprio del meccanismo estintivo costitutivo.

⁵⁷ In questo senso si veda LAMANDINI, *op. cit.*, p. 515.

⁵⁸ Si esprime in questo senso SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 121.

propri della teoria opposta al fine di superare i limiti che entrambe presentano.

All'interno di queste dottrine troviamo le opinioni di vari autori, i quali qualificano la scissione a volte come "*divisione del patrimonio, strettamente correlata alla divisione della compagine sociale*"⁵⁹, altre volte la scissione è definita come "*istituto tipico*" in cui si ha "*sintesi unitaria*" degli effetti modificativi e traslativi⁶⁰ e ancora come "*frazionamento*" oggettivo e soggettivo della scissa⁶¹.

Sempre in tema di dottrine conciliative, troviamo l'opinione autorevole di Scognamiglio⁶², che, dopo aver rilevato come l'effettiva qualificazione della natura giuridica non vada sopravvalutata, poiché molte delle questioni problematiche dell'istituto possono essere risolte indipendentemente dal fatto che si abbracci l'una o l'altra teoria, invita a diffidare delle dottrine, dall'autrice stessa definite come pure, stante il fatto che si dimostrano entrambe insufficienti a definire un fenomeno complesso e ricco di sfaccettature quale è la scissione.

L'autrice afferma che non è possibile qualificare la scissione come un mero fenomeno modificativo di statuti, infatti, sarebbe riduttivo e miope non considerare gli innegabili effetti traslativi che vengono prodotti con l'operazione in parola.

Tali effetti traslativi, sarebbero indice di un fenomeno circolatorio, che l'autrice stessa definisce "*sui generis*", del tutto diverso dalla norma circolazione dei beni o dei diritti, infatti, il rapporto tra modificazione dello statuto e trasferimento, va individuato proprio nel fatto che la componente traslativa comporta sì uno spostamento patrimoniale,

⁵⁹ Così CABRAS, *La scissione delle società*, op. cit., p. 283.

⁶⁰ Così CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Diritto delle società*, op.cit., .

⁶¹ In questo senso MORANO, *Prime osservazioni in tema di scissione*, in *Società*, 1991, p. 1305 ss. *ivi* a p. 1306 e 1308, l'autore si esprime in questo senso tuttavia, nell'articolo citato dichiara di non volersi nella disputa sulla natura giuridica dell'istituto.

⁶² Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 124 ss.

dalla scissa alle beneficiarie, ma tale spostamento patrimoniale, non trova soluzione di continuità a livello soggettivo, proprio perché vi è una prosecuzione del rapporto sociale e dell'attività della scissa in capo alle beneficiarie.

Dunque la scissione sarebbe definibile come un fenomeno tipico di trasferimento patrimoniale senza soluzione di continuità nella titolarità, infatti è proprio a seguito della modifica statutaria che la scissa, si trasforma, in senso atecnico, nelle beneficiarie.⁶³

4. Il procedimento di scissione.

4.1 *Il progetto di scissione e i suoi allegati.*

La norma che il codice civile, a seguito della riforma 2003, dedica al progetto di scissione è l'art. 2506 *bis*, l'articolo, introdotto dal d.lgs. 6/2003, non si discosta in maniera netta dal precedente articolo 2504 *octies*, anzi, tralasciando la sostituzione dei riferimenti al trasferimento con quelli all'assegnazione⁶⁴, l'unica vera modifica è contenuta nell'ultima parte dell'ultimo comma, che introduce la responsabilità solidale, limitata al valore effettivo del patrimonio assegnato a ciascuna beneficiaria, per i debiti della scissa la cui destinazione non è desumibile dal progetto.

Il progetto di scissione rappresenta, all'interno dell'intero procedimento, il documento principale, esso, infatti, è utile per individuare gli elementi patrimoniali da assegnare alle beneficiarie

⁶³ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 188 ss.

⁶⁴ Della cui utilità si è peraltro già discusso in precedenza, escludendo che il cambiamento formale possa comportare una definitiva soluzione della disputa tra le varie tesi elaborate in dottrina sulla natura giuridica della scissione.

nonché i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle scissionarie ai soci della scissa.

La redazione del documento è affidata dal codice agli “*organi amministrativi*” di tutte le società partecipanti alla fusione, quindi in caso di scissione con beneficiarie già esistenti anche i loro amministratori concorreranno alla redazione del redazione del progetto, mentre, qualora le scissionarie siano di nuova costituzione, avremo un documento redatto in via unilaterale dalla scissa, stante il fatto che le assegnatarie si costituiranno solamente all’esito della pubblicazione dell’atto di scissione.⁶⁵

Alla redazione del progetto di scissione fa poi seguito l’approvazione dello stesso da parte dell’assemblea dei soci, in questo caso vediamo come vi sia uno iato tra il soggetto deputato alla redazione del progetto, cioè gli organi amministrativi delle partecipanti, e il soggetto che sarà poi parte sostanziale dell’operazione, i soci, sono questi che, infatti, trasferiscono la “ricchezza”, attraverso il negozio giuridico della scissione.⁶⁶

Tale distacco è poi sempre più netto se si guarda: da un lato al coinvolgimento dei soci nella negoziazione dei termini dell’operazione, che sono lasciati fuori dalla fase di definizione del progetto non avendo possibilità di intervento nella stessa, il loro unico potere sarà dunque quello di bocciare un’eventuale proposta redatta dagli amministratori; dall’altro lato se si pone attenzione agli effetti derivanti dalla scissione stessa, in questo caso la scissa non otterrà nulla a seguito dell’operazione, il suo ruolo è limitato all’assegnazione delle proprie

⁶⁵ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 459; PICONE, *Sub art. 2506-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformaione-Fusione-Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1077 ss. ivi a p. 1082; CAGNASSO, *op. cit.*, p. 256.

⁶⁶ Cfr. PICONE, *Sub art. 2506-bis*, *op. cit.*, p. 1082 ss.

quote patrimoniali, mentre il corrispettivo che le beneficiarie concedono in termini di azioni o quote è distribuito in capo ai soci della scissa.⁶⁷

Venendo al contenuto effettivo del progetto di scissione, occorre innanzitutto evidenziare che l'art. 2506 *bis* opera un richiamo alla norma di cui all'art. 2501 *ter*, a seguito di questo richiamo, dovranno essere contenute nel progetto di scissione tutte le informazioni previste per il progetto di fusione.

Bisogna poi indicare che il richiamo all'art. 2501 *ter* non è interpretato dalla dottrina come isolato, ma viene utilizzato al fine di estendere al progetto di scissione tutte le norme che disciplinano il contenuto del progetto di fusione, pertanto saranno elementi eventuali, oltre a quelli obbligatori già previsti dallo stesso 2501 *ter*, anche quelle informazioni riguardanti il diritto al recesso, ovvero quelle previste dal 2501 *bis* in caso di scissione inserita in un'operazione di *leveraged buyout*.⁶⁸

In aggiunta alle informazioni contenute anche nel progetto di fusione, il progetto di scissione dovrà contenere un altro elemento assai importante, *“l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie”*, naturalmente tale elemento non è previsto per la fusione, in tanto in quanto con essa i patrimoni di entrambe le società partecipanti si confondono diventando una cosa sola.

Il fatto che il legislatore preveda l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da trasferire, è sintomatico di come, attraverso la

⁶⁷ A tal proposito si può notare, ragionando in termini di natura giuridica dell'istituto, quel fenomeno traslativo tipico della scissione, descritto per altro anche da Scognamiglio, che prevede da un lato la modifica dello statuto societario, previsto dall'organo amministrativo della scissa (parte formale), e dall'altra il trasferimento delle quote non in capo alla scissa ma ai soci di quest'ultima (parti sostanziali).

⁶⁸ In questo senso la dottrina è pressoché unanime, si vedano tra gli altri: SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 460; PICONE, *op. cit.*, p. 1105 s.

scissione, sia lasciato all'organo amministrativo il potere di decidere le modalità di divisione del patrimonio societario. Pertanto, a fronte di tale possibilità dovrà essere contenuta nel progetto di scissione l'elencazione di tutti gli elementi assegnati alle singole beneficiarie.

La descrizione degli elementi patrimoniali deve rispondere a dei principi di verità e trasparenza, infatti, com'è stato affermato, *“la funzione precipuamente informativa che la legge ascrive al progetto sarebbe frustrata qualora i redattori del documento si discostassero dai criteri di verità e trasparenza”*.⁶⁹

Quanto poi al grado di analiticità della descrizione, perché sia rispettata la legge, è necessario che vi sia idoneità e sufficiente indicazione al fine dell'identificazione, supportata da ragionevole certezza, dello specifico elemento patrimoniale attivo o passivo.⁷⁰

L'individuazione certa degli elementi patrimoniali rappresenta un momento di non poca importanza all'interno del procedimento, specialmente nel caso di scissione totale, poiché da un'incerta identificazione deriva la responsabilità solidale di tutte le beneficiarie, infatti, non potendo rispondere la scissa, al fine di ottenere una maggior tutela per i creditori, il legislatore ha previsto la responsabilità solidale delle beneficiarie, mentre nel caso di scissione parziale, qualsiasi elemento passivo di cui non si sia in grado di stabilire la destinazione rimane nella responsabilità della scissa, cui però si aggiunge, sempre a miglior tutela dei terzi, anche quella delle beneficiarie.⁷¹

Naturalmente, al fine di stabilire la destinazione degli elementi patrimoniali, non si dovrà guardare alla sola indicazione fatta dagli amministratori, ma, nel caso in cui la prima risulti insufficiente o

⁶⁹ SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, p. 461

⁷⁰ Cfr. App. Genova, 12 novembre 2003, in *Giur. It.*, 2003, I, p.960., con nota di CAVANNA, *Scissione di società e criteri di individuazione dei patrimoni trasferiti*.

⁷¹ Cfr. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 257.

lacunosa, la giurisprudenza ha ritenuto che si possa ricercare la volontà così come desumibile dall'intero progetto, infatti ha affermato che: *“l’omessa o insufficiente descrizione specifica, da parte degli amministratori, degli elementi patrimoniali da trasferire a ciascuna delle società beneficiarie ai sensi dell’art. 2504 octies, primo comma, non è di ostacolo alla ricerca della volontà desumibile dal progetto di scissione; ove pertanto dal progetto di scissione risulti chiaramente la volontà di trasferire alla società beneficiaria un ramo d’azienda nel quale sia certamente incluso un elemento patrimoniale passivo, il mero fatto che quest’ultimo elemento non sia oggetto di un’analitica descrizione nella allegata situazione patrimoniale non determina l’applicazione della regola suppletiva di responsabilità per il passivo di cui al terzo comma dello stesso articolo 2504 octies c.c., la quale è destinata ad entrare in gioco allorché la destinazione dell’elemento passivo non sia desumibile dal progetto non già semplicemente, per il fatto che esso non figuri tra gli elementi esattamente descritti”*.⁷²

Come si può facilmente comprendere, per la Cassazione il problema dell’incerta qualificazione dell’elemento normativo è risolvibile guardando non tanto al dato formale, cioè la descrizione, ma al dato sostanziale, cioè alla volontà effettiva.

Guardando poi alla modificabilità del progetto dopo la sua pubblicazione, ci si chiede se ciò sia possibile, o, almeno in prima battuta, la finalità stessa della norma, cioè la tutela dei terzi e dei soci, per questi motivi dottrina e giurisprudenza avevano dedotto l’immodificabilità del progetto di scissione. Se al progetto di scissione doveva essere conosciuto ai terzi e ai soci al fine di prendere le loro

⁷² Cfr. Cass., sez. I, 24 aprile 2003, n. 6526, in *Società*, 2003, II, p. 1360, con commento di MAURO.

opportune determinazioni, era necessario che il progetto stesso non fosse più modificabile dopo la pubblicità.

Naturalmente tale principio aveva valenza solamente nei rapporti con i terzi mentre nei rapporti interni tra società scissa e beneficiarie, la stessa giurisprudenza ha affermato che *“il principio di immodificabilità del progetto di scissione vale nei confronti dei terzi, i quali, potendo opporsi alla scissione che pregiudichi i loro legittimi interessi, devono poter basare le loro valutazioni sul progetto depositato; esso pertanto non può esser invocato nei rapporti interni tra la società scissa e quella beneficiaria, che sono regolati dall’atto di scissione.”*⁷³ Anche la riforma 2003 è intervenuta sul punto, affermando che le modifiche sono ammesse purché non vadano ad incidere sui diritti dei soci o dei terzi.

Da ultimo bisogna porre l’attenzione sul comma quarto dell’art. 2506 *bis*, in cui si prevede un altro elemento di carattere necessario del progetto di scissione, si tratta del *“criterio di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie”*, pertanto, a seguito di questa prescrizione, i redattori del progetto dovranno indicarlo a pena di invalidità.

La norma non si esaurisce in questa affermazione, ma prosegue trattando di una forma particolare di scissione, si tratta della scissione non proporzionale, cioè quel tipo di operazione in cui la distribuzione delle quote o azioni delle beneficiarie ai soci della scissa avviene in maniera non proporzionale rispetto alla loro quota di partecipazione originaria.

Qualora sia prevista la distribuzione non proporzionale, il legislatore ha previsto una cautela per i soci dissenzienti, questi potranno *“far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla*

⁷³ Cfr. Cass., sez. I, 24 aprile 2003, n.6526, *op. cit.*

stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto".⁷⁴

Infine, all'ultimo comma, la norma prevede la pubblicazione del progetto, bisogna notare come la norma sia stata recentemente modificata dal d.lgs. 123/2012, che ha introdotto un'altra forma di pubblicità, alternativa alla pubblicazione nel registro imprese. La norma ora prevede che sia possibile procedere alla pubblicazione del progetto nel sito internet delle società coinvolte nell'operazione, purché sia rispettato il dettato dei commi terzo e quarto dell'art. 2501 *ter*, in particolare si prevede che il sito internet della società debba *"garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione."*

Il procedimento di scissione prosegue poi con l'allegazione e la pubblicazione, in uno con il progetto, di alcuni documenti, che debbono essere redatti dagli stessi amministratori e da esperti appositamente nominati.

Il primo documento che deve essere allegato è la relazione dell'organo amministrativo, che ha ad oggetto il progetto di scissione, essa è diretta ad illustrare e giustificare sotto il profilo sia giuridico che economico⁷⁵ l'intera operazione, e dovrà: motivare il criterio di ripartizione adottato

⁷⁴ Sulla natura del diritto di recesso si è già discusso in precedenza (si veda §2.1), basterà quindi ricordare che la dottrina maggioritaria inquadra la possibilità di acquisto delle quote o azioni in una fattispecie che esula dal diritto di recesso, infatti, la norma parla di recesso solamente per dare un criterio di quantificazione della somma dovuta al socio dissenziente che decide di usufruire del diritto di *exit*.

⁷⁵ In questo caso si può notare la forte rilevanza della relazione anche in chiave antielusiva, infatti, come si è già avuto modo di far notare per l'amministrazione fiscale il fenomeno della scissione si deve ritenere elusivo delle normative fiscali ogniqualvolta non sia giustificato da apprezzabili finalità economiche. Lo stesso discorso vale per la disciplina cui sono sottoposte le società quotate, infatti il TUF prevede che se a seguito di una scissione un soggetto viene detenere più del 30% di azioni in una società quotata non dovrà promuovere l'Opa obbligatoria, tuttavia la Consob ha confermato come tale eccezione operi solamente nei casi in cui sia possibile individuare un'apprezzabile giustificazione economica.

per la divisione tra i soci della scissa delle quote o azioni delle beneficiarie; indicare il valore effettivo della quota di patrimonio netto della scissa assegnato a ciascuna delle beneficiarie, nonché naturalmente quello eventualmente rimasto in capo alla scissa in caso di scissione parziale.

Secondo quanto afferma la dottrina, in merito all'indicazione della quota di patrimonio netto assegnato a ciascuna delle beneficiarie, bisogna evidenziare come il verbo "*indicare*", contenuto nella norma, induca l'interprete a ritenere che "*il momento dell'indicazione del valore sia distinto e disgiunto da quello della sua giustificazione o illustrazione, e a collocare solo questo secondo nella relazione degli amministratori*"⁷⁶, infatti se si considera che l'indicazione del patrimonio trasferito è coesistente al regolare esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori, allora, essendo possibile, nei casi previsti dall'art. 2506 *ter*, esonerare gli organi amministrativi dalla redazione del progetto, bisogna affermare come il luogo in cui va indicata la distribuzione del patrimonio sia il progetto, mentre si dovrà concludere che "*la relazione contenga solo l'illustrazione e la giustificazione tecnico-economica del valore effettivo del patrimonio netto assegnato, che si suppone allora indicato altrove, e cioè nel progetto, oppure in un apposito documento contabile integrativo del contenuto dello stesso*"⁷⁷.

Il secondo allegato che deve essere presentato è una relazione degli esperti avente ad oggetto il rapporto di cambio, in particolare gli esperti, designati a norma dell'art. 2501 *sexies*⁷⁸, devono esprimere il loro parere sulla congruità del rapporto di cambio.

⁷⁶ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 410 nota 18

⁷⁷ SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 410, nota 18.

⁷⁸ La disciplina della nomina prevede che: a) ciascuna società designa, a sua scelta uno ovvero più esperti, quindi in caso di scissione dovremo guardare al fatto che ci siano o meno beneficiarie preesistenti, se queste mancano naturalmente sarà solo la scissa a

Tale relazione può essere esclusa nel caso previsto dall'art. 2506 *ter*, in cui il rapporto di cambio è proporzionale a tutti i soci, in questo caso viene meno la finalità principale della relazione, giacché è prevista una distribuzione che non lede la *par condicio* tra i soci, infatti come afferma la dottrina “*la parità di trattamento dei soci della società scindente è garantita dalla loro partecipazione proporzionale in tutte le società beneficiarie [...] la qual cosa rende superflua la determinazione del rapporto di cambio (e perciò anche il rapporto sulla congruità)*”.⁷⁹

La relazione può poi avere un contenuto eventuale, essa può contenere: l'attestazione in merito alla “non necessità” di garanzie a tutela dei creditori legittimati all'opposizione, che è utile al fine di sterilizzare il diritto di opposizione; la stima del patrimonio di una società di persone scindente, nel caso in cui beneficiarie siano una o più società di capitali; infine, l'attestazione circa la ragionevolezza delle indicazioni, contenute nel progetto, in merito alle risorse finanziarie destinate al soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dall'operazione di incorporazione, in caso di utilizzo del meccanismo di *leveraged buyout* di cui all'art. 2501 *bis*.

Ultimo documento che deve essere obbligatoriamente allegato è la situazione patrimoniale, prevista all'art. 2506 *ter*, che deve essere redatta dall'organo amministrativo nell'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio e che può essere sostituita dallo stesso bilancio di

nominare gli esperti; b) nel caso in cui la società incorporante o risultante dalla fusione, ovvero per la scissione, una delle beneficiarie, sia una società per azioni o in accomandita per azioni, il tribunale del luogo in cui questa a sede nominerà un esperto; c) altro limite alla nomina è che questa deve cadere su soggetti iscritti all'albo dei revisori contabili ovvero su società di revisione iscritte nell'apposito albo tenuto dal ministero della giustizia; d) la designazione deve avvenire in ogni caso ad opera del tribunale competente, quando le società intendono nominare uno o più esperti comuni.

⁷⁹ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 411.

esercizio, ad esempio quando la scissione è effettuata in prossimità della chiusura di quest'ultimo.

Tale documentazione è volta a fornire un'informazione contabile il più possibile aggiornata sulla società scissa e sulle eventuali beneficiarie, ciò nell'interesse non solo dei soci, per coadiuvarli nella decisione assembleare, ma anche dei creditori, al fine di valutare se avvalersi o meno del diritto di opposizione, e infine anche per i terzi in generale.⁸⁰

Da ultimo bisogna far notare come la redazione degli allegati previsti dall'art. 2506 *ter*, possa essere esclusa quando vi sia il "*consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto*".

A tal proposito è utile rilevare come il legislatore si sia posto parzialmente in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza all'epoca maggioritarie, queste ritenevano sì possibile la semplificazione del procedimento di scissione attraverso l'eliminazione di alcuni passaggi, tuttavia ponevano come limite il fatto che questi fossero predisposti nell'interesse dei soli soci, a tal proposito, una massima del Consiglio Notarile di Milano, datata 8 ottobre 2002, affermava che "*non è necessaria la relazione dell'esperto sulla congruità del rapporto di cambio, ai sensi dell'art. 2501 quinquies c.c., allorché tutti i soci delle società partecipanti alla fusione o alla scissione vi abbiano rinunciato, e di ciò si faccia constare nei relativi verbali assembleari, ferma restando l'eventuale applicabilità dell'art. 2343 c.c.*".⁸¹

La nuova norma si pone in contrasto o quantomeno non in linea con questa prassi, a tal proposito, prevede la possibilità di esonerare

⁸⁰ A tal proposito, CAGNASSO, *op. cit.*, p. 268, pur parlando di fusione, afferma che anche nei casi di fusione semplificata "*era ed è pur sempre previsto l'obbligo di redigere la situazione patrimoniale*"

⁸¹ Massima reperibile presso l'indirizzo, www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/xvi.aspx, la massima recepiva una pronuncia dell'App. Milano, 12 gennaio 2001, in *Società*, 2001, p. 434.

dall'obbligo di redigere dei documenti posti si a tutela dei soci, ma anche dei terzi, quali sono la relazione degli amministratori e la situazione patrimoniale, andando così oltre l'interpretazione dei giuristi anteriforma, ma dall'altra parte nulla dice riguardo alla relazione degli esperti.

Per questi motivi la maggior parte della dottrina ha criticato la scelta legislativa, dapprima per aver previsto l'esonero dalla redazione di documenti che sono previsti non nel solo interesse dei soci, e in secondo momento per non aver detto nulla riguardo la relazione degli esperti, infatti se si interpretasse la previsione in senso letterale, si potrebbe sostenere, come è stato sostenuto, che la previsione comporti più costi che benefici⁸², anzi, taluni hanno affermato che sarebbe impossibile per l'esperto esprimersi, in mancanza di quella documentazione, sul rapporto di cambio.⁸³

Pertanto si è giunti a interpretare l'art. 2506 *ter*, quarto comma, nel senso in cui questo concede ai soci, con voto unanime, la possibilità di esonerare non solo gli amministratori, ma anche l'esperto, dalla redazione dei rispettivi documenti.⁸⁴

⁸² CAGNASSO, *op. cit.*, p. 269, nota che *"in mancanza della relazione illustrativa, gli esperti che comunque debbono redigere la loro relazione, dovranno acquisire gli elementi informativi direttamente dagli amministratori. Con il che la semplificazione derivante dalla mancata redazione di un documento avrebbe dei "costi" di gran lunga superiori ai benefici"*.

⁸³ In questo senso PICONE, *Sub art. 2506-ter*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1139 ivi a p. 1152.

⁸⁴ Così la Massima del Consiglio Notarile di Milano, numero 25, reperibile presso l'indirizzo, www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/25.aspx, secondo cui: *"Il quarto comma dell'art. 2506-ter c.c. va inteso nel senso che consente all'organo amministrativo, con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, di farsi esonerare oltre che dall'obbligo di redigere la situazione patrimoniale di cui al primo comma e la relazione di cui al secondo, anche da quello di far redigere la relazione degli esperti di cui al terzo comma. Tale possibilità si applica ad ogni tipo di scissione (totale o parziale) sia essa a favore di società di nuova costituzione o di società già esistente."*

4.2 *La delibera di scissione e l'opposizione dei creditori.*

La disciplina della scissione non detta disposizioni particolari in tema di decisione sull'operazione e di opposizione alla stessa, l'articolo 2506 *ter*, infatti, si limita a richiamare le disposizioni previste in seno al dettato normativo in materia di fusione.

La delibera assembleare è preceduta da una fase prodromica, finalizzata alla preparazione dell'assemblea dei soci, in particolare si prevede che, salve eventuali ipotesi di semplificazione del procedimento, che la pubblicazione del progetto debba avvenire almeno trenta giorni prima la data fissata per la decisione, la norma non stabilisce invece un limite massimo permettendo dunque agli amministratori di convocare l'assemblea anche in un momento di molto successivo alla pubblicazione⁸⁵.

Tale periodo, che potremmo definire "di riflessione", è utile ai soci per prendere maggiore contezza dell'operazione, recuperando tutto il materiale pubblicato ed effettuando tutte le analisi del caso, è poi prevista la possibilità di reperire l'ulteriore documentazione, menzionata all'art. 2501 *septies*, ed ottenerne copia senza che i soci debbano effettuare delle spese.

All'esito dei trenta giorni è di norma fissata l'assemblea nella quale i soci prendono la decisione in ordine all'operazione, tale decisione viene presa in ognuna delle società partecipanti, quindi anche dalle beneficiarie qualora siano preesistenti, mediante l'approvazione del progetto di scissione.

⁸⁵ In proposito è interessante notare quanto giustamente osserva SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 424 nota 34, che afferma come "più è lungo il periodo intercorrente fra l'iscrizione del progetto e la sua sottoposizione all'esame dell'assemblea, più aumenta il rischio che muti in maniera rilevante la situazione patrimoniale delle società partecipanti e che si manifesti perciò la necessità di una revisione delle condizioni dell'operazione così come descritte, appunto, nel progetto."

Per quanto concerne le caratteristiche dell'assemblea, il legislatore ha confermato, anche in sede di riforma, la competenza, per le società per azioni, dell'assemblea straordinaria, poiché dichiara applicabili *“le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto”*; per la società a responsabilità limitata, la decisione compete ai soci con il quorum previsto dall'art. 2479; per le società di persone invece, la decisione è adottata a maggioranza, facendo venire così meno il generale principio unanimitario, stabilito nelle società di persone per le modifiche all'atto costitutivo, in particolare l'art. 2502 prevede che sia richiesto *“il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso per il socio che non abbia acconsentito alla fusione”*.

La competenza dei soci a decidere sull'operazione non sembra derogabile, se non in casi particolari, come nel caso di cui all'art. 2505 *bis*, richiamato dall'art. 2506 *ter*, riguardante la scissione a favore di una controllante al 90%, e nel caso di cui all'art. 2505, d'altra parte la norma contenuta nel primo comma dell'art. 2502, nella parte in cui prevede la possibilità di una diversa regolamentazione nello statuto, è da interpretare nel senso in cui si concede la possibilità ai soci di prevedere un quorum diverso, non invece nella facoltà di estromettere i soci dalla decisione sull'operazione.⁸⁶

La decisione ha generalmente ad oggetto il progetto di scissione, più precisamente la sua approvazione, ma in casi particolari può avere ad oggetto anche il merito dell'operazione, potendo i soci essere chiamati ad esprimere la loro preferenza in ordine, ad esempio, all'assegnazione di un bene ad una beneficiaria piuttosto che ad un'altra.

⁸⁶ In questo senso si veda SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 428, ma anche, CAGNASSO, *op. cit.*, p. 270; LAURINI, *Sub art. 2502*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione – Fusione – Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 641 ivi a p. 642.

Una volta approvato, il progetto di scissione diviene immodificabile, inoltre con esso si approvano gli atti costitutivi di tutte le eventuali beneficiarie, che si costituiranno all'esito della pubblicazione dell'atto di scissione⁸⁷.

La decisione con la quale i soci approvano il progetto di scissione è soggetta a pubblicità, la norma di riferimento è l'art. 2502 *bis* (appositamente richiamato dall'art. 2506 *ter*), che prevede il deposito della delibera insieme agli atti menzionati nell'art. 2501 *septies*, ed ai nulla osta o autorizzazioni eventualmente richiesti⁸⁸, nell'ufficio del registro imprese competente in ragione del luogo in cui la società ha sede.

Si applicano altresì le disposizioni dell'art. 2436, di controllo notarile e giudiziario sulle delibere che comportino la modifica dell'atto costitutivo, e le norme del testo unico della finanza in materia di Opa obbligatoria.

Dal giorno dell'ultima pubblicazione nel registro delle imprese della decisione sul progetto, decorrono i termini stabiliti dagli articoli 2503 e 2503 *bis* (richiamato dall'art. 2506 *ter*) per l'impugnazione della delibera da parte dei creditori.

Il termine stabilito per le impugnazioni è di 60 giorni, ed è posto a favore di tutti i creditori anteriori alla data di pubblicazione della progetto, in questo termine, l'attuazione della delibera rimane sospesa

⁸⁷ Secondo alcuni, si veda ad esempio D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, *op. cit.*, p. 884, la contestuale approvazione degli statuti delle beneficiarie, e quindi la nomina anche dei primi amministratori, potrebbe risultare in alcune situazioni opinabile, poiché come sappiamo tra le varie forme di scissione vi è anche quella non proporzionale, e dunque in questo caso la composizione della maggioranza nella scissa sarebbe differente rispetto a quella della beneficiaria neocostituita.

⁸⁸ Si tratta di alcune autorizzazioni e comunicazioni che le società, in casi particolari, come ad esempio per le quotate le comunicazioni alla Consob, sono chiamate ad ottenere ed effettuare in caso di operazioni straordinarie, per una trattazione si rimanda a quanto scritto da SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 414 ss.

e il legislatore ha predisposto tre categorie di eccezioni che possono permettere alla scissione di realizzarsi prima che il termine per le opposizioni sia spirato.

Queste tre fattispecie sono: *a)* il consenso alla scissione espresso dai creditori anteriori alla pubblicazione del progetto delle società partecipanti, in tal caso viene meno la *ratio* del termine, poiché l'opposizione non sarà attuata da nessun creditore e pertanto non si vede ragione di allungare i tempi dell'operazione; *b)* qualora vi sia il consenso non unanime dei creditori, ma i dissenzienti siano stati pagati ovvero la somma a loro dovuta sia stata depositata presso una banca, in questo caso valgono le considerazioni già svolte, poiché, pagando i dissenzienti, viene meno anche la possibilità di opposizioni, dato che il resto del ceto creditorio è favorevole all'operazione; *c)* nel caso in cui la relazione degli esperti sia redatta, per tutte le società partecipanti, da un'unica società di revisione, e che tale relazione accerti che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti è tale da non richiedere alcuna garanzia a favore dei creditori, in quest'ultimo caso la situazione è diversa dalle precedenti, infatti non solo non vi è consenso da parte di alcuno dei creditori, ma questi vengono espropriati del potere di opposizione, la giustificazione della norma si ritrova nell'autorevolezza della decisione del revisore contabile nominato dal tribunale.⁸⁹

In mancanza di tali presupposti, i creditori anteriori all'iscrizione del progetto di fusione, potranno proporre opposizione alla delibera di fusione, con questa azione i creditori mirano ad impedire l'attuazione

⁸⁹ Cfr. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 200 s.; CACCHI PESSANI, *Sub art. 2503*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 719 ivi p. 747 ss.

della scissione e quindi ad evitare che il patrimonio della scissa venga disgregato e ridistribuito nelle beneficiarie.

Il primo effetto dell'opposizione è la sospensione del procedimento di scissione⁹⁰, proposta l'opposizione gli amministratori non possono più procedere alla stipula ed all'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese, salvo che, naturalmente, non trovi applicazione l'ultimo comma dell'art. 2503 che a sua volta richiama all'ultimo comma dell'art. 2445 secondo cui *"il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione"*. All'esito del giudizio di opposizione, se questa è accolta, il procedimento di scissione non potrà più essere portato a termine e, dopo la pronuncia, le società potranno solamente revocare le decisioni di scissione prese a suo tempo.

Per quanto riguarda il fondamento dell'opposizione dei creditori, dobbiamo registrare come in dottrina non vi sia univocità di vedute, da un lato abbiamo l'orientamento prevalente, secondo cui tale fondamento va ricercato nel pregiudizio arrecato dalla scissione alle ragioni dei creditori, pregiudizio che deve essere riferito alla lesione della garanzia patrimoniale.⁹¹ All'interno di questa corrente c'è poi chi qualifica questa responsabilità non tanto in senso patrimoniale, ma in senso commerciale, facendo per certi versi leva sulla tutela contro il pregiudizio nascente dall'incapacità dell'impresa risultante dalla

⁹⁰ La legge non lo prevede espressamente tuttavia la dottrina è pressoché univoca nel ritenere che dall'opposizione derivi la sospensione, in tal senso si vedano tra gli altri: CAGNASSO, *op. cit.*, p. 202; CACCHI PESSANI, *Sub art. 2503, op. cit.*, p. 728

⁹¹ Anche se quest'affermazione trova più peso in tema di fusione dove si ha confusione tra le due società, infatti, da questo punto di vista, il legislatore stesso ha posto delle garanzie stabilendo la responsabilità sussidiaria delle altre beneficiarie e della scissa se questa non si è estinta.

fusione, e nei casi in parola dalla scissione, “*di regolare e dare spontanea esecuzione al rapporto giuridico*”.⁹²

La seconda opinione è invece fondata sul principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica, si inquadra la scissione all'interno delle vicende modificative della persona dell'altro contraente, e si ritiene che l'opposizione costituisca lo strumento attraverso il quale i creditori possono fare valere nel procedimento di fusione il più generale principio fissato dall'art. 1406.⁹³

4.3 *L'atto di scissione e la chiusura del procedimento.*

Una volta scaduti i 60 giorni per l'opposizione ovvero nel caso in cui le opposizioni eventualmente promosse siano state rigettate, l'organo amministrativo può portare a compimento l'operazione attraverso la stipula di un atto pubblico.

La norma di riferimento in materia è l'art. 2504, dettato in materia di fusione, ma che ,a seguito del richiamo effettuato dall'art. 2506 *ter*, si applica anche con riferimento alla scissione, questa norma al primo comma, afferma che “*la fusione (scissione) deve risultare da atto pubblico*”.

I commi successivi riguardano le modalità di iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, stabilendo, per la fusione, che l'atto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione a cura del notaio o degli amministratori delle società partecipanti all'operazione, entro un termine di 30 giorni, presso il registro delle imprese nei luoghi in cui queste società hanno sede. Al secondo comma è poi specificato che

⁹² CACCHI PESSANI, *op. cit.*, p. 721.

⁹³ Sul punto si veda: CACCHI PESSANI, *op. cit.*, p. 722 e CABRAS, *Società: trasformazione e fusione (panorama di giurisprudenza)*, in *Giur. Comm.*, 1978, p. 961.

l'iscrizione delle società partecipanti non può precedere quella della società risultante dalla fusione o di quella incorporante.

Applicando questa norma alla scissione, bisogna rielaborare i concetti espressi dal legislatore rendendoli congrui con l'istituto in parola, la norma dunque dovrà essere interpretata nel senso che l'atto vada iscritto nel registro delle imprese competente per ciascuna delle società partecipanti, e che tale iscrizione deve essere fatta in un preciso ordine, in altre parole, prima nei confronti della società scissa, e in un secondo momento nei confronti delle beneficiarie.⁹⁴

Alla stipula dell'atto devono partecipare tutte le società partecipanti all'operazione, pertanto in caso di scissione con beneficiarie neo-costituite si avrà un atto unilaterale, viceversa sarà plurilaterale. Da questo punto di vista, prima dell'abrogazione del divieto di costituzione di una società unipersonale si erano posti degli interrogativi, cui si erano date risposte più o meno valide, di cui però non è bene occuparsi in questa sede, stante l'importanza oramai prettamente storica che quel dibattito ha assunto.

Il contenuto l'atto di scissione è essenzialmente la trasposizione in forma di atto pubblico della delibera assembleare, gli amministratori hanno un margine di manovra essenzialmente ristretto, tuttavia questo minimo spazio può permettere di specificare alcune parti dell'operazione, che nella fusione e ancor di più nella scissione, stante la pluralità di società risultanti, possono risultare incerte o poco chiare.

Le conseguenze previste per la pubblicazione dell'atto di scissione sono: la scissione prende effetto dal momento in cui è avvenuta l'ultima delle pubblicazioni richieste a norma di legge, eccetto il caso in cui vi sia la postergazione degli effetti; la conseguenza più importante è che dal

⁹⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 343

momento dell'ultima pubblicazione la scissione non può più essere invalidata.

Il fatto che gli effetti dell'atto di scissione una volta prodotti non possano più essere riscritti, significa che l'operazione, una volta giunta in porto, non è più reversibile, infatti sono fatti salvi solamente il diritto al risarcimento del danno per il socio o per il creditore danneggiati.

Si tratta di una norma di chiusura, volta a “*tutelare la trasparenza nell'ambito delle operazioni straordinarie*”⁹⁵, si vuole salvaguardare l'affidamento dei terzi nell'operazione, infatti, una volta iscritto l'atto, il terzo può essere certo che gli effetti che ne conseguono si siano verificati e che nessun tipo di vizio, né relativo all'operazione, né relativo al procedimento, potrà inficiarne il valore.

Di questo avviso è anche la giurisprudenza, che ha ribadito come, anche nel caso in cui si affermi che l'azione è proposta solamente per ottenere una sentenza dichiarativa dell'invalidità, al solo fine di avanzare una futura richiesta di risarcimento del danno, dopo la pubblicità, non sia più possibile agire per dichiarare nullo o annullare l'atto di scissione.⁹⁶

Il procedimento di scissione si chiude con la pubblicazione dell'atto di scissione, da questo prendono seguito tutti gli effetti dell'operazione, tuttavia possiamo affermare che l'operazione si chiude, almeno a livello contabile, solamente con il primo bilancio successivo alla scissione, infatti dal rinvio alle norme in materia di fusione, si evince che in questo documento le attività e le passività, siano iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della scissione medesima. In questo modo si rispetta il principio di continuità contabile.

⁹⁵ CAGNASSO, *op. cit.*, p. 272

⁹⁶ Cfr. Cass., sez. I, 20 dicembre 2007, n. 28242, in *Giur. Comm.*, 2007, II, p. 339, con nota di GUERRERI.

Anche per la scissione vale quanto la dottrina ha elaborato in tema di fusione circa l'individuazione del primo bilancio successivo, secondo alcuni si tratterebbe del primo bilancio redatto appositamente dopo l'operazione⁹⁷, secondo altri invece si tratterebbe del primo bilancio d'esercizio⁹⁸, in ogni caso comunque bisogna notare che la norma si riferisce al solo bilancio delle beneficiarie e non di quello della scissa in caso di scissione parziale.⁹⁹

Sempre in materia di bilancio possono verificarsi, anche in materia di scissione, delle differenze, da annullamento o da concambio. Le prime presuppongono che una o più beneficiarie siano socie della scissa, cosicché avremo un avanzo ogni volta in cui dall'annullamento risulti che il valore della partecipazione della beneficiaria sia minore rispetto alla quota di patrimonio della scissa, viceversa avremo un disavanzo. In questo caso, se avremo un disavanzo, esso deve essere imputato agli elementi dell'attivo o del passivo che sono trasferiti, nei limiti del valore corrente, e per la restante parte ad avviamento. In caso contrario, l'avanzo è iscritto in un'apposita voce del patrimonio netto, ovvero, quando sia dovuto ad una previsione di un risultato economico sfavorevole, in un'apposita voce del fondo rischi e oneri.

Per quanto riguarda invece le differenze da concambio, ci troviamo nella situazione in cui si ha uno scostamento tra il valore netto contabile dei beni assegnati e l'incremento del capitale sociale da attribuire ai soci della scissa. Si avrà un avanzo ogni volta in cui il valore

⁹⁷ Cfr. CARATTOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio post fusion: interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Società*, 2004, p. 1406.

⁹⁸ Cfr. BIANCHI, *Sub art. 2504-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 849 ivi p. 857.

⁹⁹ Cfr. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 273

dell'aumento di capitale sia minore rispetto al valore contabile del patrimonio assegnato, viceversa si avrà un disavanzo.¹⁰⁰

Da ultimo, è bene ricordare come il legislatore della riforma abbia risolto il dibattito dottrinario sulla necessità della relazione di stima.¹⁰¹

La nuova formulazione dell'art. 2501 *sexies*, richiamato dall'art. 2506 *ter*, prevede che, nel caso di fusione tra società di persone e società di capitali, all'esperto, cui è affidata la relazione sul rapporto di cambio, sia altresì affidato il compito di redigere la stima del patrimonio sociale della società di persone. Trasferendoci sul piano della scissione, dobbiamo quindi affermare che la relazione di cui al 2501 *sexies* è richiesta solo quando la società scissa sia una società di persone, e le sue beneficiarie siano una o più società di capitali.

Volendo ricercare la *ratio* di questa previsione, è facile notare come questa debba essere individuata nell'interesse alla corretta formazione del capitale sociale della società risultante dall'operazione, giacché, se nella società di persone il capitale che risponde delle obbligazioni è anche quello del socio responsabile *ultra vires*, nella società di capitali, com'è noto, la responsabilità è solamente *intra vires*, poiché limitata al capitale conferito nella stessa.¹⁰²

¹⁰⁰ Cfr. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 274 e gli autori ivi citati.

¹⁰¹ Per una sintesi delle varie opinioni che si fronteggiavano si veda, PICONE, *Sub art. 2506-quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione fusione e scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1169 ivi a p. 1183.

¹⁰² Cfr. CACCHI PESSANI, *Sub art. 2501-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 593 ivi a p. 616 ss., in tema di scissione si veda anche PICONE, *Sub art. 2506 quater*, *op. cit.*, p. 1182 ss.

CAPITOLO III

LA SCISSIONE FUNZIONALE ALLA RIORGANIZZAZIONE AZIENDALE

Sommario: 1. La riorganizzazione aziendale – 1.1. La riorganizzazione conservativa e novativa – 1.2. La riorganizzazione aziendale nelle procedure concorsuali: la competenza degli organi sociali – 2. La scissione come strumento per la riorganizzazione aziendale – 2.1. Scissione parziale con “scorporo” di un ramo d’azienda – 2.2. Scissione parziale con creazione di una *bad company* – 2.3. Scissione con finalità di separazione della compagine sociale.

1. La riorganizzazione aziendale.

1.1 *Riorganizzazione conservativa e novativa.*

La riorganizzazione aziendale rappresenta un’opportunità che l’impresa in crisi può sfruttare al fine di superare tale situazione di dissesto.

La legislazione concernente l’impresa in crisi, come sottolineato in precedenza¹, si è orientata sempre più verso la risoluzione della crisi, attraverso la conservazione dei patrimoni aziendali.

La soluzione conservativa permette di mantenere in vita l’impresa e risulta vantaggiosa non solo per l’imprenditore, che non vedendosi costretto a optare per il fallimento, non vedrà dissolversi la propria

¹ Si veda *supra* C.I.; §1

impresa, ma può essere profittevole anche per i creditori, i quali potranno sia ottenere un miglior soddisfacimento della propria pretesa, che mantenere in vita dei rapporti commerciali che, in futuro, porteranno a nuove entrate per lo stesso creditore.

Naturalmente non bisogna dimenticare che quest'ultimo ragionamento è vero solamente quando l'impresa soggetta a riorganizzazione si trovi in condizioni economiche tali da permettere un ritorno alla produzione di utili in un periodo ragionevole. Sarebbe infatti antieconomico mantenere in vita un operatore che produce perdite e che nel futuro non è destinato ad invertire questo *trend*.

Nella prospettiva del diritto societario, il fenomeno della riorganizzazione può essere inserito all'interno della concezione normativa della persona giuridica, intesa quindi come disciplina di attività e di beni comuni piuttosto che come centro di imputazione giuridica.²

Le operazioni funzionali alla riorganizzazione aziendale possono essere molteplici, si passa dalle operazioni sul capitale, alle operazioni cosiddette straordinarie, per arrivare anche alle operazioni comportanti l'emissione di strumenti finanziari, ciò che accomuna queste operazioni è il fatto di essere decisioni di cosiddetta "alta gestione", comportanti scelte strategiche e incidenti sulla struttura organizzativa, patrimoniale e finanziaria della società.³

Il fatto che tali scelte incidano sull'assetto aziendale in maniera così profonda comporta, dato anche il momento della vita dell'impresa in cui avvengano, che i soggetti coinvolti in tale operazione, non siano

² È questa l'opinione di Ferro-Luzzi, *Riflessioni sulla riforma; I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, I, p. 673 ss.; dello stesso avviso è anche G. Ferri jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, p. 806 ss.

³ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni straordinarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 17 ss., *ivi* a p. 19.

soltanto i soci (i c.d. *shareholders*), ma anche tutti quei soggetti che hanno un qualche interesse nell'impresa (i c.d. *stakeholders*). Questi ultimi sono sia i creditori sociali, che tutti gli altri portatori d'interessi, quali ad esempio, i titolari di strumenti finanziari o i lavoratori, pertanto la platea di soggetti coinvolti nell'operazione si allargherà fino a comprendere questi soggetti.

Stante questa eterogeneità, nel processo di riorganizzazione si verifica una confluenza di interessi, in parte contrapposti. Da questa situazione si genera un processo di codeterminazione del nuovo assetto organizzativo e finanziario.⁴

Sarebbe impensabile portare a buon fine operazioni di riorganizzazione senza la collaborazione di soggetti terzi rispetto all'impresa. Perché da un lato questi dispongono di strumenti che da soli possono far naufragare o quantomeno paralizzare il procedimento di ristrutturazione; dall'altro perché anche nel caso in cui l'iniziativa individuale sia impedita, si pensi al caso delle procedure concorsuali, è comunque necessario il parere favorevole della maggioranza dei creditori.

Il grado di coinvolgimento dei soggetti terzi sarà poi graduato sulla base di vari fattori: della categoria in cui il terzo è inserito, del tipo di operazione che si vuole porre in essere e dello stato di crisi in cui si trova la società.

Per quanto riguarda i creditori sociali, la partecipazione al processo può strutturarsi secondo varie soluzioni. Il piano di risanamento può prevedere: il differimento del pagamento del debito; il parziale soddisfacimento attraverso l'attribuzione ai creditori di strumenti finanziari o di azioni della società soggetta a ristrutturazione; ovvero

⁴ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni straordinarie di "riorganizzazione"*, op. cit., p. 21.

l'assunzione di una parte del passivo da parte di una società terza che acquisisce una serie di elementi patrimoniali attivi della società.⁵

Si può poi pensare all'intervento di terzi nel processo di risanamento, in questo caso questi soggetti potranno partecipare all'operazione rifinanziando l'impresa in crisi, portando nuova linfa al capitale oppure mediante un'operazione inversa, attraverso cioè l'acquisizione a vario titolo dell'attività imprenditoriale⁶

Ponendo l'accento sul tipo di operazione che può essere realizzata è possibile individuare due raggruppamenti in cui classificare le operazioni di riorganizzazione. Distinguiamo tra riorganizzazione novativa e riorganizzazione conservativa, a seconda che l'operazione comporti o meno la prosecuzione dell'attività in capo alla società riorganizzanda.⁷

La riorganizzazione conservativa prevede il rifinanziamento o la ricapitalizzazione della società attraverso operazioni che possono comportare anche il mutamento dell'assetto proprietario. In questa categoria ritroviamo: *a)* la cessione volontaria; *b)* l'aumento di capitale con esclusione o rinuncia del diritto di opzione; *c)* l'emissione di titoli di debito convertibili, ibridi (es. obbligazioni o altri strumenti finanziari partecipativi); *d)* la conversione dei debiti o di parte di essi in capitale di rischio, per effetto del quale i creditori divengono soci.

Queste operazioni permettono all'impresa in crisi di continuare la propria attività senza che sia necessario il trasferimento della titolarità dei beni ad altre società.

⁵ GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 22

⁶ Ad esempio con operazioni straordinarie (fusione, scissione o trasformazione) o con la cessione d'azienda, ciò che conta è che siano operazioni finalizzate alla ristrutturazione aziendale.

⁷ GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 23

I pregi di queste operazioni risiedono proprio nel mantenimento dell'identità societaria, permettendo di conservare tutti i valori ad essa collegati. Tuttavia le operazioni di questo tipo trovano un limite nello stato della crisi in cui versa la società in ristrutturazione. Infatti, il risultato migliore si otterrà nelle imprese in cui la crisi sia di lieve o media entità. Se la crisi è più profonda e di tipo strutturale, queste operazioni non risulteranno molto efficaci.

Nel caso in cui la crisi abbia raggiunto uno stato avanzato, si renderanno necessarie altre operazioni, che rientrano nella categoria della riorganizzazione novativa e che meglio si prestano al rimodellamento degli assetti organizzativi necessario in situazioni di crisi di entità maggiore.⁸

In questo caso il trasferimento di valore deriva dall'assegnazione del patrimonio sociale, che si coniuga, almeno in via generale, al passaggio dei debiti in capo al nuovo centro d'imputazione, in questo caso la nuova società. Questo tipo di operazioni si possono realizzare in vario modo, ad esempio con la procedura concorsuale del concordato preventivo in cui l'azienda viene trasferita all'assuntore, il quale riceve presso di sé non solo il patrimonio aziendale ma anche la responsabilità per i debiti concorsuali.⁹

L'utilizzo di un'operazione straordinaria, come ad esempio la scissione, rientra senza dubbio all'interno delle riorganizzazioni di tipo novativo. Con questa operazione, la società scissa trasferisce parte del proprio patrimonio ad una o più beneficiarie, così facendo muta la titolarità dei beni che passano dalla scissa alla beneficiaria.

⁸ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 28

⁹ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 23.

Grazie alla pluralità di funzioni che la scissione può assolvere, possono essere affrontate, attraverso l'utilizzo di questo istituto, diverse fattispecie da cui può determinarsi una situazione di crisi per l'impresa, partendo dall'eccessivo indebitamento, arrivando fino alla divisione di una compagine sociale litigiosa.

1.2 *La riorganizzazione aziendale nelle procedure concorsuali: la competenza degli organi sociali.*

La riorganizzazione aziendale, in particolare quella novativa, consiste in una nuova regolamentazione dei rapporti societari, ed esige conseguentemente l'attivazione da parte degli organi sociali e della procedura.

Prima di parlare della disciplina delle operazioni di riorganizzazione, in particolare della scissione, occorre chiarire quale sia il ruolo degli organi sociali e di quelli della procedura in queste operazioni, tracciando i rispettivi confini di competenza.

In primo luogo bisogna notare come la dottrina affermi che, ogniquale volta la proposta di concordato abbia contenuto riorganizzativo, essa non può, per definizione restare sottratta alla decisione degli organi sociali, in particolare dell'assemblea, poiché comporta modifiche statutarie e incide in modo rilevante sulle partecipazioni dei soci.¹⁰

Tuttavia quando ci poniamo all'interno di una procedura concorsuale, bisogna tenere conto del fatto che dopo l'ammissione alla procedura, non potrebbe mai consentirsi che le operazioni sul capitale e

¹⁰ Cfr. NIGRO, *La riforma organica delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 781 ss.; si noti, in chiave comparatistica, che in Francia il *Code de commerce* (art. L. 626-3) stabilisce espressamente l'obbligo di convocare l'assemblea generale e, ove necessario anche le assemblee speciali, allorquando il *plan de sauvegarde* preveda una modificazione del capitale sociale.

straordinarie compiute dalla società in crisi, producano effetti anche soltanto indirettamente dispositivi del patrimonio sociale.¹¹

Gli organi concorsuali non possono naturalmente intervenire in modo diretto sul procedimento di riorganizzazione avviato dalla società in dissesto, tuttavia possono “*influenzarlo e condizionarlo “dall’esterno”, in quanto arbitri della valutazione della proposta e responsabili del controllo di legittimità sul procedimento, dipendendo la soluzione concordataria della crisi o dell’insolvenza dai loro rispettivi pareri e provvedimenti*”.¹²

All’interno del concordato preventivo la possibile interferenza tra organi sociali e organi della procedura può essere individuata nella fase deliberativa delle operazioni volte alla ristrutturazione aziendale. Infatti, mentre in altre procedure come ad esempio il concordato fallimentare, ci si può domandare se l’iniziativa possa essere presa direttamente dal commissario giudiziale, il quale potrebbe proporre di sua iniziativa un concordato¹³, nel concordato preventivo tale iniziativa è esclusa, poiché gli organi della procedura sono nominati solamente in seguito all’ammissione alla stessa.

Nella fase deliberativa potrebbe sostenersi che la competenza sulla decisione in ordine all’operazione possa essere espropriata ai soci e conferita al commissario.¹⁴

¹¹ Cfr GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹² GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 31.

¹³ Tale iniziativa è peraltro esclusa dalla dottrina maggioritaria, cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 32, mentre altra parte della dottrina sembra ammetterla, in particolare DI SARLI, *Sub. art. 2501 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione – Fusione – Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 458 ss., che sostiene come anche l’atto di fusione debba essere redatto dal curatore fallimentare.

¹⁴ Tale opinione minoritaria è stata sostenuta da G.FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, I, p. 747 ss., ivi a p. 762 ss.

Quest'ultima opinione non è però condivisibile, infatti il potere gestorio e dispositivo degli organi della procedura riguarda l'impresa e il patrimonio sociale, non anche lo "strumento societario", che resta nella disponibilità dei soci e degli organi sociali, compatibilmente alla pendenza della procedura.

L'argomento principale su cui si fonda la tesi minoritaria è da rinvenirsi nell'art. 105 l. fall. nella parte in cui prevede che il curatore possa procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami di essa, ovvero di singoli beni o crediti con i relativi rapporti contrattati in corso. Questa norma consente al curatore, nell'ambito del fallimento, di porre mano ad una riorganizzazione del patrimonio aziendale aventi effetti analoghi ad una riorganizzazione concordataria.

In caso di fallimento della società, lo scorporo dell'azienda per iniziativa del curatore determina la trasformazione della società sottoposta alla procedura in una *holding*, attribuendo agli organi della procedura i poteri gestori e dispositivi delle partecipazioni sociali acquisite, legittimandoli al compimento di ogni operazione sul capitale e straordinaria sulla società conferitaria, con l'esautorazione dei soci.¹⁵

Quest'operazione è possibile all'interno del fallimento, tuttavia la norma non è estendibile in via analogica a procedure come il concordato preventivo, caratterizzate da una forte autonomia dell'impresa in difficoltà, cui è demandata l'autoregolamentazione della crisi. Pertanto non sarà possibile per il commissario espropriare i soci di questo potere. D'altra parte nel fallimento il curatore agisce all'interno di una procedura caratterizzata da una finalità di tipo liquidativo. Mentre nel concordato preventivo, ed in particolare in

¹⁵ Cfr. RACUGNO, *Lo scorporo d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 114 ss.

quello con continuità aziendale, la finalità preponderante è di tipo conservativo, in cui il risanamento dell'impresa è il fine ultimo della procedura.

In quest'ultimo caso non si può giustificare un'espropriazione della facoltà dei soci di decidere in ordine all'operazione né tanto meno quella di definire i termini mediante i quali questa operazione sul capitale o straordinaria debba essere conclusa.

L'unica eccezione che si può rinvenire all'interno delle procedure concorsuali alternative è quella dell'amministrazione straordinaria cosiddetta "speciale", in cui l'art. 4-bis, lett. c) del d.l. 347/03, prevede la legittimazione esclusiva a proporre il concordato da parte del commissario straordinario.¹⁶

2. La scissione come strumento per la riorganizzazione aziendale.

Grazie alla sua struttura polimorfa, la scissione può intervenire in un procedimento di riorganizzazione aziendale come strumento utile al superamento dello stato di dissesto in cui versa l'azienda.

L'azienda in ristrutturazione può avvalersi della scissione per compiere alcune operazioni finalizzate sia alla scomposizione del patrimonio aziendale, sia alla divisione della compagine sociale.

Possiamo individuare alcuni esempi di scissione funzionale al superamento della crisi: a) scissione con finalità di concentrazione in cui un'azienda "scorpora" un ramo della propria attività per assegnarlo

¹⁶ Tale norma è un *unicum*, poiché la stessa norma dettata per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (artt. 78 e 79, d.lgs 270/99) stabiliscono che l'iniziativa primaria del debitore.

mediante scissione ad un'altra società; b) scissione parziale con creazione di una *bad company*; c) scissione con finalità di separazione della compagine sociale.

2.1 *Scissione parziale con "scorporo" di un ramo d'azienda.*

Una modalità con cui la scissione può essere utilizzata nel processo di ristrutturazione aziendale è l'isolamento del ramo d'azienda improduttivo.

Poniamo il caso di un'impresa in crisi la cui attività sia suddivisibile in più rami, in cui la crisi aziendale sia dovuta ad uno o più rami d'azienda che producono perdite.

Per evitare che la crisi da un singolo ramo d'azienda si propaghi contagiando

anche gli altri, potrebbe rendersi necessaria una scissione con cui la società isola e recide il ramo improduttivo.

Una soluzione di questo tipo può essere attuata con una scissione parziale e può avere come fine ultimo o la liquidazione del ramo d'azienda improduttivo o l'assegnazione dello stesso ad una società già esistente.

Dal primo punto di vista la scissione potrà prevedere un concordato con i creditori specifici del ramo d'azienda da scorporare, in cui la società scissa si impegni mediante la scissione a liberare il ramo improduttivo, che una volta liquidato provvederà a soddisfare i creditori. La scissa potrebbe impegnarsi in via subordinata a garantire una determinata percentuale di soddisfazione dei creditori apponendo delle clausole specifiche.

Il progetto di scissione dovrà specificare che la scissione è attuata all'interno di una procedura di concordato preventivo ed è finalizzata alla sua esecuzione. Dovrà essere indicato il ramo d'azienda da isolare ed assegnare ad una società di nuova costituzione che sarà destinata alla liquidazione. Sarà molto importante, per evitare l'applicazione dell'art. 2506-*bis*, secondo comma, c.c., che gli amministratori curino l'indicazione degli elementi patrimoniali da trasferire evitando dunque di lasciare delle lacune.

Quanto poi al criterio di distribuzione delle quote o azioni possono essere previsti alcuni criteri particolari: si può pensare ad una distribuzione non proporzionale delle azioni, ovvero, al fine di facilitare la redistribuzione del ricavato della liquidazione, si può prevedere la distribuzione delle quote o delle azioni direttamente ai creditori del ramo d'azienda trasferito.

Quest'ultima operazione è più complessa, poiché prevede la conversione del credito in capitale di rischio, la ristrutturazione aziendale quindi dovrà prevedere in primo luogo la scissione dell'azienda in crisi con l'isolamento del ramo d'azienda da "scorporare". Il trasferimento del ramo d'azienda in capo alla beneficiaria, generalmente di nuova costituzione, comporterà la redistribuzione delle azioni in capo ai soci, tuttavia, con una redistribuzione non proporzionale sarà possibile destinare quelle azioni non ai soci, ma ai creditori della scissa. La terza fase sarà un aumento di capitale, pari all'ammontare dei debiti trasferiti, in questo modo i creditori trasformeranno il proprio credito nei confronti della società in capitale di rischio. L'ultima fase sarà quella della liquidazione dei beni, in questo modo i creditori vedranno soddisfatto, anche se parzialmente, il loro credito.

L'altra opzione è quella della scissione parziale con assegnazione del ramo d'azienda ad una beneficiaria precostituita. In questo caso il ramo d'azienda non sarà destinato alla liquidazione, ma verrà assegnato ad un'altra società.

Questa soluzione è raccomandabile in tutti quei casi in cui il ramo d'azienda da isolare è in crisi per la presenza di fattori, interni all'azienda, che ne determinano il dissesto, si pensi ad un'azienda multi-settore in cui uno dei rami viene "trascurato" preferendo investire in altre attività, ovvero al caso in cui un ramo, per essere produttivo necessita di grandi investimenti e di sinergie interne all'azienda che però non sono presenti.

La soluzione migliore in questo caso può essere rappresentata dalla scissione, questo strumento permette all'azienda di scindere la porzione non produttiva e di trasferirla ad un'altra società.

L'utilizzo di questo meccanismo permetterà un duplice vantaggio, il primo, più evidente, è rappresentato dall'eliminazione del rischio di contagio, il secondo è dato dal vantaggio economico ottenibile dall'assegnazione del ramo ad un'azienda capace di farlo fruttare.

Sotto quest'ultimo punto di vista bisogna rilevare che il vantaggio può essere acquisito in due modalità. La prima consiste in un ritorno immediato e si realizza con la scissione parziale nei confronti di una società neo-costituita che poi sarà destinata ad essere ceduta¹⁷ in blocco ad una terza società. In questo i soci potranno beneficiare della cessione in maniera diretta, in quanto grazie alla scissione manterranno una partecipazione proporzionale delle quote o azioni della scissa nella beneficiaria. In una prospettiva poi di crisi d'azienda possiamo anche in questo caso inserire un concordato preventivo, in cui la scissa assegna il

¹⁷ La cessione è solo uno dei modi in cui l'azienda può essere trasferita, si può pensare anche ad es. ad una fusione.

ramo d'azienda ad una beneficiaria, parzialmente o totalmente partecipata dai creditori i quali posti si gioveranno della cessione della beneficiaria alla terza società acquirente.

La seconda alternativa è simile alla prima, tuttavia prevede un passaggio in meno all'interno del procedimento di scissione, in questo caso la beneficiaria è individuata direttamente in quella che nel precedente schema era la società ultima cui veniva trasferito il ramo d'azienda.

In questa seconda alternativa il progetto di scissione dovrà prevedere l'assegnazione del ramo d'azienda alla beneficiaria, che in questo caso sarà preconstituita. Sarà possibile effettuare l'operazione anche in funzione di una procedura di concordato preventivo, specificando che il ramo d'azienda verrà trasferito alla società terza. In particolare, quando la beneficiaria assume il ramo d'azienda si rientrerebbe nella fattispecie di cui all'art. 137 l. fall. per cui l'assunzione da parte del terzo può avere efficacia liberatoria nei confronti della società in crisi.¹⁸ Da parte sua la società beneficiaria si assumerà i debiti della scissa limitatamente a quel determinato ramo d'azienda.

2.2 *Scissione parziale con creazione di una bad company*

Un'altra modalità attraverso la quale una scissione può essere funzionale alla risoluzione di una crisi d'impresa è la creazione di una *bad company*.

La *bad company* è una società, che viene creata all'interno del procedimento di ristrutturazione aziendale e che ha la funzione di contenitore per tutti quei beni non più funzionali all'attività d'impresa.

¹⁸ GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 100 ss.

Essa sarà poi destinata alla liquidazione atomistica dei singoli cespiti che la compongono, ed il ricavato sarà utilizzato per soddisfare i creditori concorsuali.

Il procedimento di ristrutturazione aziendale comporterà dunque una necessaria valutazione preliminare della società, che coinvolgerà non soltanto i soci ma tutti quei soggetti necessari alla continuazione dell'attività d'impresa. La valutazione mirerà ad individuare quali elementi del patrimonio siano necessari alla continuazione dell'impresa e quali invece non lo siano.

Una volta effettuata questa distinzione sarà possibile redigere il progetto di scissione, in cui gli amministratori dovranno in via preliminare specificare che la scissione sarà attuata in esecuzione di un concordato preventivo e successivamente indicare i singoli *asset* che comporranno la porzione patrimoniale destinata ad essere liquidata.

Le soluzioni che possono essere intraprese sono due, è possibile intervenire con la scissione separando i beni da liquidare e creando così una *bad company* quale beneficiaria risultante dalla scissione, oppure scindere i beni funzionali alla continuazione dell'attività assegnandoli alla beneficiaria e lasciando i beni da liquidare nella scissa che sarà destinata alla liquidazione.

La scelta tra queste due alternative può essere condizionata da un dibattito che si trascina in dottrina sin dal momento in cui la scissione ha fatto il suo ingresso nel nostro codice.

La materia del contendere è se sia possibile o meno che la parte di patrimonio oggetto di scissione abbia valore negativo, in proposito si ritrovano in dottrina due tesi contrapposte, una favorevole e l'altra contraria.

La tesi che sostiene la possibilità di trasferire alle beneficiarie una porzione patrimoniale avente valore negativo o pari a zero è da

ritenersi minoritaria in dottrina.¹⁹ Di opinione contraria è la maggior parte della dottrina, che afferma l'impossibilità di un'operazione di scissione avente queste caratteristiche.²⁰

Il problema si pone innanzitutto perché la direttiva comunitaria non parla di questa possibilità, così come non se ne occupa la disciplina interna, che anzi sembra essere costruita sul presupposto contrario del trasferimento alle beneficiarie di porzioni di patrimonio aventi valore positivo. Basti pensare alla stessa etichetta di "beneficiarie" conferita alle assegnatarie degli elementi patrimoniali, indice del fatto che queste ricevono un beneficio dalla scissione, oppure alla regola che impone di indicare il valore effettivo del patrimonio netto trasferito ed in quella che commisura a tale valore la responsabilità delle beneficiarie per i debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico secondo il progetto, nonché la responsabilità solidale delle partecipanti per le passività la cui destinazione non sia desumibile dal progetto.

Tuttavia, come sostiene un'autorevole dottrina, il problema non può risolversi solamente sulla base di meri indici testuali, infatti, il legislatore potrebbe essersi limitato a prevedere l'ipotesi normale, senza però escludere la possibilità di praticare altre ipotesi.²¹

¹⁹ F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. Soc.*, 1992, p. 923 ss. *ivi* a p. 929; G. LAURINI, *La scissione di società* in *Riv. Not.*, 1992, p. 921 ss.

²⁰ Cfr. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 521 ss. *ivi* a p. 526 s.; AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 501 ss.; PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. Soc.*, 2000, I, p. 480 ss. *ivi* a p. 494; GELATO, *Sulla ammissibilità di scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Tribunale Verona, 6 novembre 1992, decr.*, in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 435 ss. *ivi* a p. 441 s.; PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 136, il quale sempre essere dell'avviso che è comunque necessario che l'assegnazione della scissa abbia ad oggetto un patrimonio, e cioè un insieme di elementi attivi e passivi; non è indispensabile che la somma algebrica porti il segno positivo, mentre ciò che si deve comunque escludere è che l'assegnazione abbia ad oggetto soltanto elementi negativi.

²¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. COLOMBO G.B. PORTALE (cur.), Torino, UTET, 2004, VII**2, p. 145 ss.

Secondo i sostenitori della tesi contraria all'ammissibilità, la censura all'opinione favorevole si basa sul fatto che, dalla descrizione legislativa delle forme di scissione, sembrerebbe riconosciuto come elemento essenziale e caratteristico dell'operazione la modificazione dei rapporti di partecipazione in capo ai soci della scissa, considerati "parti sostanziali" della vicenda. Precisamente, il fatto che ai soci siano assegnate partecipazioni nelle società beneficiarie è indice del fatto che la porzione patrimoniale assegnata a queste ultime debba avere valore positivo.²²

Un altro argomento a favore della tesi contraria è di tipo storico, infatti già nel vigore della vecchia disciplina codicistica, anteriore al 1991, ci si era domandati, se, limitatamente alla fusione, fosse possibile l'incorporazione di una società senza margine attivo.²³ A questa domanda si era risposto in modo negativo proprio per l'impossibilità di formare un rapporto di cambio tra le partecipazioni.

Quest'opinione si basa dunque sulla centralità della continuazione delle partecipazioni dell'incorporata nell'incorporante, centralità che si è acuita in seguito alla riforma del 1991, la quale ha previsto espressamente l'istituto del concambio delle quote o azioni.

Anche dal punto di vista della scissione la continuazione delle partecipazioni è uno dei punti focali dell'intera operazione, basti

²² Questo è l'argomento principale su cui si fonda il decreto del Tribunale di Verona, 6 novembre 1992 (in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 430 ss.), che afferma come "*nel trasferimento di attività e passività dalla scissa alle beneficiarie, in cambio dell'attribuzione di quote o azioni di queste ultime ai soci della prima per somma pari alla differenza tra l'attivo e il passivo trasferito*" risiede la causa dell'istituto giuridico della scissione, per cui deve "*escludersi l'utilizzabilità di tale schema normativo nelle ipotesi in cui al trasferimento patrimoniale non faccia riscontro l'assegnazione di quote o azioni*".

²³ Questa ipotesi era stata presa in considerazione da Cass., 3 febbraio 1961, n. 223, in *Foro it.*, 1962, I, p. 105 ss.

pensare all'essenzialità della previsione del rapporto di cambio e alla sua necessaria indicazione nel progetto di scissione.

Queste affermazioni potrebbero però essere contraddette dalla disciplina positiva della scissione in cui il principio di assegnazione ai soci delle azioni o quote della beneficiaria non ha carattere assoluto, la legge stessa prevede alcune deroghe: situazioni in cui l'assegnazione manca in cui l'operazione si risolve in una "*somma algebrica di più patrimoni*".²⁴

Si potrebbe pertanto pensare che l'essenzialità dell'attribuzione di azioni delle beneficiarie ai soci della scissa, sia da intendere nel senso che si collocano al di fuori di essa quelle ipotesi in cui l'assegnazione ai soci delle partecipazioni nelle beneficiarie sia programmaticamente esclusa, perché è prevista l'assegnazione di quelle quote o azione ad altri soggetti diversi dai soci (si pensi al caso di assegnazione di quote ai creditori) ovvero perché è prevista l'esclusione della prosecuzione dei rapporti sociali tramite la liquidazione in denaro dei soci della scissa.

All'interno di queste ipotesi particolari si potrebbero far rientrare anche quelle in parola, in cui l'assegnazione delle quote o azioni ai soci incontra un limite nella particolare natura e composizione del patrimonio trasferito, che può essere negativo o pari a zero.

In dottrina si è dubitato della possibilità di far rientrare quest'ultima ipotesi nelle deroghe all'istituto del concambio, si è infatti affermato che le due ipotesi differiscono sensibilmente l'una dall'altra. Nella prima il limite all'assegnazione delle quote o azioni deriva "*dall'inesistenza di rapporti di partecipazione sociale diversi da quello che fa capo alla società beneficiaria*", nella seconda classe di ipotesi per converso la carenza dell'elemento dell'assegnazione di partecipazioni deriva da una

²⁴ SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni, op. cit.*, p. 149

caratteristica stessa del patrimonio trasferito per scissione, che è di segno negativo, e dunque dalle modalità secondo cui le partecipanti all'operazione l'hanno in concreto congeniata.²⁵

Da questo punto di vista occorrerà dunque distinguere tra due ipotesi: il caso in cui il patrimonio sia contabilmente negativo e quello in cui sia effettivamente negativo.

Nel primo caso non si può escludere che il patrimonio netto sia di segno positivo. In questo caso dovrebbe potersi determinare un rapporto di cambio che valga a fissare il numero di azioni o quote delle beneficiarie spettante a ciascun socio, rientrando in questo caso nella configurazione normale della scissione. Più problematico è il caso in cui il trasferimento abbia "valore zero", in questo caso il trasferimento sarà ammissibile qualora vi sia coincidenza tra le compagini sociali della scissa e della beneficiaria ovvero quando l'intero capitale sociale della scissa sia detenuto dalla beneficiaria.²⁶

Nel secondo caso, quando il valore nullo o negativo si effettivo, la soluzione preferibile sarà quella negativa, proprio perché il trasferimento patrimoniale è insito nell'operazione di scissione e tale trasferimento deve comportare una ricaduta anche sulle compagini sociali. Tuttavia la dottrina ha individuato delle ipotesi in cui potrebbe essere configurata una scissione mediante la quale viene assegnato alle beneficiarie un patrimonio avente valore effettivamente nullo o negativo. Questa dottrina ha affermato che l'operazione potrà essere svolta solo mediante una scissione parziale²⁷, in particolare secondo lo schema della cosiddetta scissione inversa, in cui le partecipazioni della scissa sarebbero assegnate ai soci della beneficiaria, in sostanza il

²⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 150

²⁷ Contra MAGLIULO, *La scissione delle società*, in LAURINI (cur.), *Notariato e nuovo diritto societario*, Milano, IPSOA, 2012, IX, p. 177.

procedimento si svolgerebbe nel seguente modo: la società X assegna tramite scissione una porzione patrimoniale negativa alla società Y, in cambio di questa assegnazione i soci di Y riceveranno quote o azioni di X in proporzione all'incremento del netto patrimoniale determinato dalla dismissione degli elementi negativi.²⁸

Altri elementi ostativi all'ammissibilità della scissione di un patrimonio avente valore negativo potrebbero risultare dalla necessità che siano rispettate le regole che presiedono alla formazione del capitale.

Da questo punto di vista possiamo dunque escludere che la scissione possa riguardare società beneficiarie costituite *ad hoc* con il procedimento di scissione: infatti la costituzione di una società presuppone che gli elementi patrimoniali apportati abbiano segno positivo.

La legittimità invece di operazioni che prevedono il trasferimento di patrimoni aventi valore negativo può essere ammessa ogniqualvolta in cui la beneficiaria sia una società preconstituita rispetto all'operazione, stante il fatto che l'aumento di capitale della beneficiaria non è elemento essenziale dell'operazione.²⁹

Dal punto di vista giurisprudenziale, possiamo individuare un unico criterio adottato dalla giurisprudenza, per altro in tema di fusione, secondo cui la fusione di un patrimonio avente valore negativo è

²⁸ La dottrina in proposito si è espressa in modo contrario ravvisando: che non vi sono indici testuali per supportare questa tesi; che la locuzione utilizzata richiama quella della fusione inversa che viene adoperata per indicare il fenomeno in cui la partecipante viene incorporata dalla partecipata, e che alcuni autori qualificano come scissione inversa quella in cui la società scissa partecipa nella beneficiaria, cosa che può rendere fuorviante l'utilizzo della locuzione; infine se il patrimonio che si trasferisce per scissione ha un valore contabilmente negativo e quindi valore effettivo pari a zero, esso non esprime più alcuna partecipazione sociale, quindi la trasmissione alla beneficiaria non può esprimere quell'intento di prosecuzione sotto forme diverse dell'attività originariamente svolta dalla scissa.

²⁹ In questo senso CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, IPSOA, 2005, p. 225.

ammissibile nell'unico caso in cui l'incorporante posseda delle riserve tali da fronteggiare le perdite che deriveranno dall'operazione.³⁰

Volendo concludere l'ammissibilità di una scissione avente valore negativo deve discendere dal rispetto di alcune proposizioni: *"i) il trasferimento per scissione di un patrimonio solo contabilmente negativo è ammissibile purché siano salvaguardati i diritti patrimoniali dei soci della società scissa; ii) il trasferimento per scissione di un patrimonio effettivamente di valore zero non è possibile, se non nella forma della scissione parziale a favore di società preesistenti e a condizione che tale operazione comporti un'incidenza su rapporti di partecipazione sociale secondo lo schema della c.d. scissione inversa, per chi la ammetta; iii) in ogni caso la circostanza che l'operazione sia congegnata in maniera tale da provocare, in capo alla società scissionaria, una perdita di capitale rilevante ai sensi degli artt. 2446 e 2447, se non incide di per sé sulla legittimità dell'operazione, pone in capo agli amministratori, un onere particolarmente intenso di motivazione, da assolvere attraverso la relazione prevista dall'art. 2506-ter, primo comma."*³¹

Alla luce di questo dibattito dottrinale inerente la scissione c.d. negativa in un'operazione di *restructuring* quale quella in parola, la creazione di una *bad company* può essere effettuata con due modalità: la prima riguarda una scissione parziale di un patrimonio avente valore positivo, in cui la scissa diviene una *bad company*; la seconda è data dalla scissione negativa, in modo tale da estromettere dalla società i valori negativi.

Tra le due operazioni, alla luce di quanto esposto finora, la seconda sembrerebbe quella più difficile da realizzare o quanto meno quella che

³⁰ Cfr. Trib. Milano, 22 settembre 1995, in *Società*, 1996, p. 803 ss.; Trib. Milano, 6 giugno 1994, in *Società*, 1994, p. 1570 ss.

³¹ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 154 s.

presenta maggiori dubbi riguardo la sua ammissibilità. Pertanto potrebbe essere preferibile la prima soluzione in cui la scissa viene svuotata dei suoi valori positivi fungendo da contenitore per gli elementi patrimoniali negativi e per gli *asset* non funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

In quest'ultimo caso i soci della scissa potranno concordare con i creditori un pagamento in percentuale dei debiti rimasti nella scissa attraverso la liquidazione della stessa.

Il risultato dell'operazione vedrà quindi due società, una *bad company*, la società scissa, e una *good company*, la società beneficiaria che liberata dal peso degli elementi patrimoniali negativi potrà riprendere la propria attività e tornare a produrre utili.

2.3 *Scissione con finalità di separazione della compagine sociale.*

Un'altra modalità con cui la scissione può intervenire all'interno del procedimento di risoluzione delle crisi aziendali è rappresentata dall'opportunità di realizzare, attraverso il procedimento di scissione, la separazione di una compagine sociale litigiosa.

La scissione in questo caso inciderà, oltre che sull'aspetto patrimoniale, anche sulla composizione soggettiva della società. Attraverso quest'operazione sarà possibile sciogliere un'attività comune in modo tale che i singoli soci possano proseguire l'attività per conto proprio.

Il fatto che in una società i soci non vadano più d'accordo tra loro può rappresentare uno dei motivi per cui la società stessa si trova in crisi. Basti pensare ai processi decisionali, che, specialmente nelle società di società di persone, possono essere fortemente influenzati da queste situazioni di disaccordo. Nel caso di amministrazione disgiuntiva, l'art.

2257 c.c. prevede che ciascun socio possa opporsi alla decisione che un altro intende prendere, in tal caso sarà la maggioranza a decidere sulla questione, nel caso di amministrazione congiuntiva il problema è ancora più evidente dato che è richiesta l'unanimità dei soci.

La situazione di disaccordo può poi essere rilevante anche nelle società di capitali, nelle società a responsabilità limitata l'amministrazione è infatti affidata agli stessi soci e si svolge o attraverso il consiglio di amministrazione, composto dagli stessi soci, ovvero con le medesime modalità previste dall'art. 2257 o dall'art. 2258.

Queste situazioni in cui i soci non riescono a trovare l'accordo sulla gestione possono essere causa di una paralisi dell'attività sociale, paralisi che, ove protratta per un periodo rilevante, può portare alla crisi della stessa società.

L'operazione in parola può essere utilizzata per risolvere queste situazioni, infatti la legge prevede la possibilità che, a determinate condizioni, la scissione possa prevedere una redistribuzione delle quote di partecipazione nella scissa e nelle beneficiarie.

Con essa è possibile attuare una redistribuzione non proporzionale delle quote della società scissa, in modo tale che all'esito dell'operazione uno o più soci della scissa saranno estromessi dalla stessa società scissa o da una o più beneficiarie. Naturalmente tale operazione è possibile in tanto in quanto sia attuato un riequilibrio patrimoniale di tale estromissione, che può avvenire attraverso l'assegnazione di quote o azioni di altra società partecipante all'operazione.

Quest'ultima operazione è definita scissione asimmetrica, si tratta di un'operazione che alcuni autori definiscono "estrema"³², cui il legislatore riserva un'apposita disciplina normativa.

Il fenomeno della scissione asimmetrica presenta alcuni problemi sistematici in ipotesi di scissione parziale, laddove, a fronte dell'estromissione di uno o più soci da una delle beneficiarie, si intenda conseguire a quest'ultimo una maggior quota della scissa.

L'art. 2506, secondo comma, è la norma che regola questa particolare operazione, esso afferma che è consentito, per consenso unanime dei soci, che ad alcuni di essi siano distribuite azioni o quote della scissa in luogo della partecipazione nelle beneficiarie.

La norma, introdotta con la riforma 2003, mira a dirimere una questione che era stata sollevata nella vigenza della vecchia normativa, quando una decisione giurisprudenziale aveva sostenuto l'impossibilità di addivenire a tale tipo di operazione, poiché estranea alla definizione normativa dell'istituto.³³

Secondo quanto predisposto dalla vecchia normativa uno dei requisiti fondamentali dell'istituto era l'assegnazione ai soci della scissa di azioni o quote della o delle beneficiarie e non già di partecipazioni della scissa. Secondo quanto sostenuto dal Tribunale di Verona tale operazione "non può essere omologata, in quanto fuoriesce dagli schemi legislativi propri della scissione, la delibera di approvazione di un progetto di scissione parziale che prevede l'assegnazione di quote o azioni dell'unica società

³² SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 35; PICCIAU, *Sub art. 2506*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1025 ss. ivi a p. 1051; PICONE, *Sub art. 2506-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1077 ss. ivi a p. 1095.

³³ Trib. Verona, 2 dicembre 1999, in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 268 ss.

beneficiaria ad uno solo dei soci della società che si scinde, con conseguente attribuzione agli altri soci, a titolo di compensazione, di quote ulteriori rispetto a quelle originariamente possedute dalla scindenda".³⁴

Nonostante questa pronuncia, si è sostenuto che già nel sistema precedente fosse possibile effettuare un'operazione di questo tipo. In dottrina trovava molti sostenitori la tesi secondo cui la nozione normativa della scissione non escludeva l'autonomia privata, lasciando dunque spazio alla strutturazione dell'operazione in maniera differente rispetto ai rigorosi schemi dettati dalla scissione.³⁵

Bisogna poi affermare che nel sistema anteriforma era possibile raggiungere un risultato sostanzialmente identico attraverso una scissione totale, in cui per forza di cose oggetto dell'assegnazione potevano essere solo partecipazioni sociali delle beneficiarie. Per questo motivo non si vedeva per quale motivo non fosse possibile ripetere l'operazione anche attraverso la scissione parziale.³⁶

Il legislatore della riforma ha recepito l'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza, inserendo al secondo comma dell'art. 2506 la definizione già illustrata.

Parte della dottrina si è però espressa in maniera critica nei confronti di questa scelta normativa, infatti, secondo questi autori, non si è *"provveduto a regolamentare l'istituto della scissione asimmetrica in modo esaustivo e a coordinarlo con il più ampio genus della scissione non*

³⁴ Tirb. Verona, 2 dicembre 1999, *op. cit.*, p. 271.

³⁵ Cfr. MAGLIULO, *La scissione delle società*, *op. cit.*, p. 290.

³⁶ Questa opinione è alla base della sentenza della Corte d'Appello di Venezia (App. Venezia, 16 marzo 2000, in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 280 ss.) che ha sovvertito la prima sentenza del Tribunale di Verona citata in precedenza.

proporzionale".³⁷ Inoltre si è rilevato che la norma appare, sotto certi aspetti, lacunosa e incoerente.

Con riguardo al consenso unanime, richiesto quale imprescindibile presupposto per l'ammissibilità dell'operazione, ci si chiede se sia necessario, come appare dal tenore letterale della norma, che il consenso sia prestato da tutti i soci coinvolti, compresi dunque quelli delle beneficiarie.³⁸

La norma sembra poi fare riferimento solo ai casi in cui si tratti di scissione parziale a favore di più beneficiarie, in cui l'estromissione di uno dei soci della scissa riguardi una beneficiaria e non la scissa.³⁹

Sotto quest'ultimo profilo è infatti indicativo il riferimento alla circostanza che ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote "*di una delle società beneficiarie della scissione*".

Per quanto riguarda poi il fatto che si tratti solamente di scissione parziale e non anche di scissione totale la norma presuppone che, al posto delle azioni o quote della beneficiaria, ai soci siano assegnate quote o azioni della scissa. se quindi la scissione fosse totale non sarebbe possibile ridistribuire le partecipazioni della scissa.

³⁷ MAGLIULO, *op. cit.*, p. 292. Il quale cerca di coordinare le norme della scissione asimmetrica con quelle della scissione non proporzionale, in particolare concentrandosi sull'applicabilità del diritto di *exit* previsto dall'art. 2506-bis.

³⁸ In particolare la norma sembra parafrasare quanto sostenuto dalla *Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società*, istituita presso il Consiglio Notarile di Milano, nella sua *Massima XVI* in cui afferma che "*sembra quindi ragionevole ritenere che sia lecito realizzare una scissione parziale mediante trasferimento di parte del patrimonio della scissa ad una società beneficiaria che aumenta il capitale sociale con attribuzione delle azioni o quote solo ad alcuni dei soci della scissa e non ad altri, ai quali viene attribuita una maggiore partecipazione al capitale della scissa medesima, con conseguente "restringimento" delle quote di partecipazione spettanti agli altri soci. In presenza di un consenso unanime dei soci tale operazione non lede i diritti e gli interessi dei soci della scissa e ovviamente non lede quelli dei terzi*", tale massima è reperibile presso il sito del Consiglio Notarile di Milano, www.consiglionotarilemilano.it nella sezione "Massime commissione società".

³⁹ PICCIAU, *Sub art. 2506, op. cit.*, p. 1051; PICONE, *Sub art. 2506-bis, op. cit.*, p. 1097.

Da ultimo la norma sembra prevedere, quale unica forma di compensazione dell'esclusione del socio dalla distribuzione delle partecipazioni delle beneficiarie, l'assegnazione di quote o azioni della scissa. Non prevedendo forme alternative di compensazione, ci si è domandati se il legislatore abbia inteso circoscrivere le modalità attraverso le quali il socio estromesso possa essere soddisfatto.

A queste questioni è possibile dare una risposta ricercando la *ratio* attorno alla quale è edificata la norma che rende dunque possibile un'interpretazione sistematica.

Analizzando il dettato normativo da questo punto di vista emerge in maniera chiara come il consenso unanime richiesto dall'art. 2506 sia solamente quello dei soci della scissa. La *ratio* di tale prescrizione è da ricercare nel fatto che il legislatore intende preservare il diritto di ciascun socio della scissa a divenire socio di tutte le società risultanti dalla scissione.

Alla luce di questa premessa, la questione che il consenso alla scissione asimmetrica debba pervenire da tutti i soci coinvolti, compresi quelli delle beneficiarie, appare inconsistente. Infatti, se è vero che la *ratio* risiede tutela di un diritto individuale del socio della scissa, non si vede ragione per cui di questa particolare distribuzione delle partecipazioni debbano essere arbitri soggetti che non sono soci di quest'ultima.

Vi è poi chi si è spinto oltre arrivando ad affermare che il consenso unanime debba essere prestato solamente dai soci della scissa che subiscono il pregiudizio, cioè solamente dai soci che all'esito della scissione non acquistino partecipazioni in una o più beneficiarie.⁴⁰

⁴⁰ È di quest'opinione MAGLIULO, *op. cit.*, p. 297.; ma anche PICONE, *op. cit.*, p. 1101 e F. LAURINI, *Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetria*, in *Riv. Not.*, 2007, I, p. 1133 ss., *ivi* a p. 1139.

Arrivando poi alla questione riguardante il tipo di operazione, bisogna rilevare che il “pregiudizio” può esservi sia in relazione alla scissione parziale che a quella totale, indipendentemente dal numero delle società beneficiarie.⁴¹

Dunque sarà possibile prevedere una scissione di tipo asimmetrico indipendentemente da quante siano le beneficiarie o dalla tipologia di scissione, totale o parziale, che viene realizzata. È ben vero che la norma parla espressamente di quote della scissa, tuttavia è preferibile interpretare la norma come un'esemplificazione posta dal legislatore, il quale si è limitato ad indicare una modalità attraverso la quale la scissione asimmetrica possa essere espletata. Ciò che è veramente importante in questo tipo di operazione è che sia rispettato il diritto individuale del socio che è stato illustrato in precedenza.⁴²

Da ultimo, quanto alla terza questione, è stato affermato che *“una volta operata l'estromissione di taluno dei soci, ad onta del tenore letterale della norma, in ipotesi di scissione parziale non importa come poi avvenga nella scissa il riequilibrio patrimoniale della menzionata estromissione ovvero l'estromissione stessa, ove essa riguardi la scissa medesima”*.⁴³

Saranno possibili varie soluzioni come ad esempio: *a)* assegnare quote della scissa di nuova emissione mediante aumento di capitale della scissa medesima finalizzato all'attuazione della scissione; *b)* annullare in tutto o in parte la partecipazione di taluno dei soci mediante la riduzione del capitale; *c)* ridistribuire le partecipazioni, senza aumentare o ridurre il capitale sociale della scissa.

⁴¹ Così PICONE, *op. cit.*, p. 1098 nt. 59 e relativamente al fatto che il pregiudizio si proponga in entrambi i tipi di scissione si veda SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 34, PICCIAU, *op. cit.*, p. 1051.

⁴² In questo senso: MAGLIULO, *op. cit.*, p. 300; F. LAURINI, *Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica*, *op. cit.*, p. 1139.

⁴³ MAGLIULO, *op. cit.*, p. 301.

Sarà inoltre possibile operare la compensazione anche attraverso l'assegnazione di quote o azioni non tanto della scissa, quanto delle beneficiarie.

Anche da quest'ultimo punto di vista non sembra possibile negare la validità di questa osservazione. Infatti, un'opinione contraria non potrebbe essere giustificata sulla base del semplice silenzio del legislatore in materia.

A riprova di quanto sostenuto basti pensare alle origini storiche della norma che muovono dai dubbi, sollevati da taluni interpreti, a fronte di una nozione di scissione che sembrava presupporre la necessità che ai soci della scissa dovessero essere assegnate, in dipendenza della scissione, esclusivamente partecipazioni della società beneficiaria o di una delle beneficiarie.

In conclusione possiamo affermare che la scissione può essere utilizzata per dirimere la compagine sociale litigiosa. In una situazione di crisi la scissa realizzerà un'operazione di scissione asimmetrica, all'esito della quale uno o più soci risulteranno estromessi dalla stessa scissa o da una o più beneficiarie.

L'operazione, nei casi più gravi, potrà essere accompagnata da un accordo con i creditori, che potrà rivestire la forma di un accordo ex art. 182-*bis* l. fall., o di un concordato preventivo con continuità aziendale. Naturalmente la scelta della procedura più adatta alla risoluzione della crisi sarà da effettuarsi sulla base dello stato di avanzamento della crisi in cui versa l'impresa.

CAPITOLO IV

LA SCISSIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il procedimento di scissione all'interno del concordato preventivo. – 2.1. Quando realizzare la scissione. – 2.2. Il progetto di scissione. – 2.3. La valutazione del tribunale sull'ammissibilità del ricorso: la fattibilità del piano. – 2.4. La delibera assembleare. – 2.5. L'opposizione dei creditori. – 2.6. Le ipotesi di responsabilità solidale delle beneficiarie. – 2.7. La scissione e la risoluzione del concordato preventivo. – 3. Fallimento successivo e azione revocatoria. – 3.1. Fallimento successivo. – 3.2. Scissione e azione revocatoria.

1. Premessa

La possibilità di utilizzare, all'interno delle procedure concorsuali, l'istituto della scissione, originariamente veniva espressamente negata dal legislatore. L'abrogato art. 2504-*septies*, ultimo comma, prevedeva, infatti, il divieto di scissione per le società sottoposte a procedure concorsuali. Tale divieto era riconducibile alla possibilità, prevista dalla direttiva comunitaria 82/891/CE¹, di escludere l'applicabilità della normativa alle società sottoposte alla procedura fallimentare.²

¹ In particolare l'art. 1, 4° comma, richiamava l'art. 1, 3° comma, della direttiva CEE sulle fusioni (direttiva 78/855/CEE) il quale recita "Gli stati membri possono non applicare la presente direttiva se una o più società in via di incorporazione o di estinzione sono oggetto di una procedura di fallimento, di concordato o di altre procedure affini."

² Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, VII**/2, p. 81 ss.

Questa regola fu oggetto di critiche da parte della dottrina, poiché precludeva il ricorso alla scissione ad aziende in difficoltà, assoggettate a procedure concorsuali, che potevano prevedere, oltre alla soluzione liquidativa, anche la riorganizzazione o la ristrutturazione.³

Il divieto previsto dall'art. 2504-*septies*, ultimo comma, risulta oggi abrogato. Infatti, l'art. 2506, ultimo comma, che a seguito della riforma ha sostituito l'art. 2504-*septies*, dispone che *“la partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo”*.

Nel nuovo testo viene espunto il divieto di scissione per le società sottoposte a procedure concorsuali, mentre viene mantenuto quello riguardante le società in liquidazione. L'eliminazione del divieto va correlata, dal punto di vista sistematico, alla contemporanea eliminazione dell'art. 2448, ultimo comma, che prevedeva il fallimento quale causa di scioglimento della società. Pertanto, nell'impianto della riforma, il fallimento rileva quale fattispecie liquidativa delle società di capitali solamente nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi previste dall'art. 2484.⁴

³ La critica aveva investito soprattutto l'esclusione della possibilità di operare una scissione da parte delle società sottoposte all'amministrazione straordinaria. In questo modo si privava il commissario straordinario di uno strumento suscettibile di ricadute positive nell'ambito della procedura. Si sono espressi in questo senso: NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, IX/2, p. 335; LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. Soc.*, 1992, p. 923 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, *op. cit.*, p. 81 ss., in cui si danno conto di altri autori che si sono espressi in questo senso. In senso contrario si esprime invece BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 521 ss. *ivi* a p. 523 – 524, il quale afferma di comprendere il divieto imposto dal legislatore e lo giustifica con la difficoltà di adattare procedure previste nell'interesse di soggetti diversi dai soci (i creditori), ad un'operazione che prevede il trasferimento del patrimonio della società che si scinde dietro assegnazione di azioni o quote di altre società proprio ai soci.

⁴ Cfr. MAGLIULO, *La scissione delle società*, in LAURINI (cur.), *Notariato e nuovo diritto societario*, Milano, IPSOA, 2012, IX, p. 145.

Dal punto di vista della procedura concordataria, la possibilità di utilizzare la scissione quale strumento finalizzato alla riorganizzazione, non trova oggi alcun attrito normativo. Stante il progressivo orientamento verso la riorganizzazione societaria, che ha caratterizzato l'evoluzione della disciplina fallimentare negli ultimi settant'anni, è da ritenere pacifico che l'utilizzo dell'operazione sia ammissibile.

A riprova di questo atteggiamento di favore è sufficiente evidenziare come la legge fallimentare, in particolare l'art. 161, primo comma, lettera a), non ponga alcun divieto espresso, affermando che il piano concordatario possa prevedere la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento dei creditori *"in qualsiasi forma"* anche attraverso l'utilizzo di *"operazioni straordinarie"*.

Si potrebbe affermare che in materia di concordato con continuità aziendale, l'art. 186-*bis* non richiama espressamente la possibilità di effettuare operazioni straordinarie, infatti, l'elenco contenuto al primo comma si limita ad individuare, quale possibile contenuto della proposta, *"la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione"*. L'elenco è però da ritenere meramente esemplificativo e la dottrina maggioritaria è di quest'opinione.⁵

⁵ Nel senso dell'ammissibilità della scissione all'interno del concordato preventivo ex art. 186-*bis* si veda: STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013; Consiglio notarile di Firenze, *Massima "Concordato preventivo e scissione di società"*, in www.consiglionotarilefirenze.it. Più in generale in dottrina si erano espressi favorevolmente, prima dell'entrata in vigore dell'istituto anche: SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca borsa*, 2006, p. 517 ss.; PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 2009.; LOMBARDI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 713 ss.; GUERRERA E MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 17 ss. ivi a p. 73 ss.

Verificato come non sussistano divieti espressi di utilizzo della scissione all'interno del concordato e delle procedure concorsuali in generale, occorre però verificare se non vi siano dei limiti, posti per altre operazioni straordinarie, che si applicano in via analogica anche alla scissione.

A tal proposito, l'art. 2499 prevede il divieto di trasformazione per le società soggette a procedure concorsuali ogniqualvolta le finalità o lo stato della procedura siano incompatibili con l'operazione stessa. La dottrina si è chiesta se tale norma possa essere applicata anche alle altre operazioni straordinarie. Da un lato vi è chi sostiene l'estendibilità analogica della norma, affermando che sia necessario il vaglio preventivo sulla compatibilità con lo stato della procedura e con le sue finalità. Secondo questi autori sarebbe difficile riconoscere una coerenza reciproca tra operazioni societarie che comportano prosecuzione dell'attività e dei rapporti di partecipazione ad essa e la finalità di liquidazione del patrimonio, che è caratteristica di alcune procedure concorsuali.⁶

In senso contrario si schierano invece altri autori, che sostengono l'inapplicabilità della norma al di fuori della trasformazione. Secondo questa parte della dottrina, tra scissione e trasformazione esisterebbero delle differenze tali da rendere impossibile l'interpretazione analogica della norma. Nella scissione, la tutela contro il pregiudizio causato ai creditori sociali è affidata a strumenti ben definiti, infatti, i creditori possono avvalersi dello strumento dell'opposizione ed inoltre sono garantiti dalla responsabilità solidale

⁶ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 86, nota 161, ma si sono espressi similmente anche: DI SARLI, *Sub art. 2501*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 449 ss. e SANTAGATA, *Le fusioni*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, VII**/1, p. 37 ss.

di ogni beneficiaria per i debiti della scissa, nei limiti di cui all'art. 2506-*quater*. La trasformazione, invece, non prevede questo tipo di garanzie, ai creditori non è dato alcuno strumento di opposizione all'operazione, escluso naturalmente il caso della trasformazione eterogenea. Pertanto la norma dell'art. 2499 dovrebbe essere letta come una cautela posta in favore dei creditori sociali, che altrimenti rimarrebbero privi di tutela. Coloro che sostengono la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2499, affermano poi che le due operazioni opererebbero su piani differenti. La trasformazione avrebbe una valenza prettamente endosocietaria. Mentre la scissione opererebbe su un duplice piano, infatti, da un lato, come nella trasformazione, è richiesta una delibera societaria, dall'altro però, ai fini della produzione degli effetti, è richiesta la stipula da parte degli amministratori dell'atto di scissione.

Spetterà dunque agli amministratori dare seguito alla volontà espressa dall'assemblea, attraverso un atto negoziale che produce effetti modificativi dell'organizzazione societaria e traslativi⁷ del patrimonio. Se quindi la scissione produce effetti traslativi, essa dovrà essere annoverata all'interno degli atti di gestione del patrimonio, che rientrano nella competenza degli organi fallimentari. Ne deriva che, all'interno dell'operazione di concordato, la delibera continua ad essere di competenza dei soci, mentre la stipula di un'eventuale atto di scissione sarebbe di competenza sì degli amministratori, ma stante la straordinarietà dell'operazione sarebbe necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, che indipendentemente dell'applicazione dell'art. 2499, potrebbe valutare l'intera operazione incompatibile con la procedura e pertanto non portarla a termine.⁸ Pertanto i sostenitori di questa tesi ritengono ininfluenza l'applicabilità dell'art. 2499, poiché gli

⁷ L'espressione è da intendersi in senso atecnico.

⁸ Argomenta in questo senso MAGLIULO, *La scissione delle società*, op. cit., p. 149 – 150.

organi della procedura hanno comunque la facoltà di valutare la compatibilità della scissione con lo stato e le finalità della procedura.

Indipendentemente da quale sia la soluzione da dare a questo dibattito, ciò che conta è che, sia per l'una che per l'altra tesi, ci debba essere una valutazione sulla compatibilità dell'operazione. Ciò che divide le due tesi è il momento e il tipo di valutazione che deve essere fatto, se per i primi la valutazione è da farsi in astratto *ex ante*, per i secondi invece la valutazione va fatta in concreto *ex post*.⁹

Ai fini di questo lavoro, la questione dell'ammissibilità della scissione può essere risolta in senso positivo a prescindere dall'opinione che si sposa. Per quanto riguarda la seconda tesi *nulla questio*, infatti, secondo costoro la scissione è comunque compatibile con le procedure concorsuali, spetterà in tal caso al giudice delegato negare l'autorizzazione o ai creditori concorsuali negare l'omologa, valutando in entrambi i casi la scissione come non conveniente.

Se ci poniamo nell'ottica della tesi favorevole all'applicazione dell'art. 2499 occorre cercare un elemento di compatibilità tra scissione e concordato preventivo. Prima della recente modifica alla legge fallimentare, vi era chi sosteneva l'incompatibilità del concordato preventivo con l'istituto della scissione, sostenendo che la finalità

⁹ I sostenitori dell'applicabilità dell'art. 2499 tendono infatti a distinguere a seconda del tipo di procedura concorsuale, ad esempio DI SARLI, *Sub art. 2501, op. cit.*, p. 449 ss e similmente SANTAGATA, *Le fusioni, op. cit.*, p. 37 ss., sostengono in tema di fusione che questa non sia applicabile nelle procedure con finalità liquidativa, che sarebbero incompatibili con l'alterazione soggettiva ed oggettiva, che la fusione di fatto implica. Al contrario i sostenitori della seconda tesi ritengono che la valutazione di compatibilità debba essere si posta in essere, ma non a seguito di una valutazione astratta dettata dal legislatore, bensì questa debba essere posta in essere in concreto, in un momento successivo rispetto alla redazione del progetto ed all'approvazione della delibera. Infatti, secondo questi autori tale valutazione deve competere agli organi della procedura e in parte anche ai creditori chiamati, all'interno della procedura concordataria, ad esprimere il proprio voto sulla convenienza della proposta. In questo senso si segnalano oltre a MAGLIULO, *op. cit.*, p. 150 anche GUERRERA e MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione, op.cit.*, p. 17 ss. ivi a p. 92 ss.

liquidativo-dissolutiva fosse incompatibile con la riorganizzazione soggettiva e patrimoniale che deriva dalla scissione.

Tuttavia queste perplessità devono ritenersi superate, poiché la riforma, attuata con il Decreto Sviluppo, ha introdotto, all'art. 186-*bis*, il concordato preventivo con continuità aziendale. Questa nuova modalità di concordato è finalizzata al raggiungimento della riorganizzazione aziendale attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il mutamento delle finalità rende compatibile, anche nell'ottica dell'art. 2499, la scissione con la procedura concorsuale in parola, infatti, la finalità cui mira il concordato con continuità può tranquillamente essere raggiunta con la scissione societaria, anzi, quest'ultima può essere considerata uno dei mezzi che meglio si prestano al conseguimento di tale risultato.¹⁰

2. Procedimento di scissione nel concordato preventivo

2.1 Quando realizzare la scissione.

Prima di affrontare i problemi riguardanti la compatibilità dei due istituti, occorre chiarire in che modo può essere realizzata una scissione funzionale all'esecuzione di un concordato preventivo. Poiché i riflessi della risposta a questo quesito si ripercuotono su tutto il procedimento di scissione.

È possibile individuare tre alternative: *a)* realizzare l'operazione all'interno del concordato preventivo; *b)* posticipare l'intera operazione

¹⁰ In questo senso la Massima del Consiglio Notarile di Firenze, *Concordato preventivo e scissione di società*, *op. cit.*

alla fase esecutiva; c) effettuare parte degli adempimenti prima dell'omologazione, la delibera societaria, posticipando alla fase esecutiva la produzione di effetti, questa ipotesi può realizzarsi condizionando la delibera o l'atto di scissione all'omologa.

La prima possibilità, rappresentata dalla realizzazione della scissione all'interno del concordato preventivo, è astrattamente il miglior modo per garantire il voto favorevole dei creditori alla proposta. Infatti, quando costoro saranno chiamati a votare, l'operazione sarà già conclusa e pertanto non vi saranno dubbi sul compimento dell'operazione. Tuttavia nella prassi essa è difficilmente praticabile.

Volendo realizzare una scissione all'interno di un concordato preventivo, in modo che l'operazione si concluda prima che i creditori esprimano il loro voto, si presentano alcuni problemi tali da rendere l'operazione poco appetibile. Da un lato, infatti, compiere un'operazione così radicale prima ancora che i creditori si siano espressi in ordine all'operazione è quantomeno rischioso, se l'adunanza dei creditori esprimerà un voto negativo allora l'operazione sarà *inutiliter data*, a maggior ragione considerando l'irreversibilità della scissione. Dall'altro lato, vi è un problema di tipo gestorio. All'interno del concordato preventivo, l'amministrazione della società è vincolata dalle norme poste a tutela dei creditori. Tra queste l'art. 167, comma secondo, L.F., prevede la necessaria autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione, tra cui rientra pacificamente l'atto di scissione¹¹. La

¹¹Cfr. MAGLIULO, *op.cit.*, p. 674, il quale affrontando il tema della legittimazione degli amministratori alla stipula dell'atto di scissione afferma che *"la più recente giurisprudenza è ormai concorde nel ritenere che in materia di attività d'impresa, quale è quella svolta dalle società, il criterio distintivo tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello, comunemente accolto per l'amministrazione del patrimonio degli incapaci, che attribuisce rilevanza al carattere conservativo o meno dell'atto, ma piuttosto quello che si basa sulla normale gestione del tipo di impresa di cui si tratta e alle dimensioni in cui essa viene esercitata. Se ne è dedotto che sono da considerarsi di straordinaria amministrazione gli atti che modificano le strutture*

sottoposizione all'autorizzazione del giudice, comporterà oltre a motivi di incertezza sulla conclusione dell'operazione, anche problemi dal punto di vista delle tempistiche che inevitabilmente si allungano. Da ultimo vi è poi il problema legato alle opposizioni, infatti, sia per la scissione che per l'omologa del concordato è prevista la possibilità per i creditori di proporre opposizione. Queste due forme di tutela sono però fondate su motivi in parte divergenti, da un lato vi è quella avverso la scissione, volta a tutelare il creditore contro la riduzione della garanzia patrimoniale da parte del debitore, dall'altro vi è l'opposizione ad omologa, fondata normalmente su motivi di legittimità, salvo le ipotesi di impugnazione nel merito predisposte dalla legge fallimentare. Si pone dunque un problema di coniugazione delle due forme di tutela, che inevitabilmente andrà preso in considerazione e risolto.

La seconda e opposta alternativa, è quella che presenta minori problemi da un punto di vista pratico, poiché, posticipando l'intera operazione al momento dell'esecuzione, non si presenterebbero problemi di compatibilità tra i due procedimenti. Questi starebbero su piani e momenti diversi, prima vi sarebbe l'omologa del concordato e poi, solamente in seguito al voto favorevole, si darebbe il via all'iter della scissione, con l'approvazione del progetto e l'atto di scissione che interverrebbero solamente in sede di esecuzione del concordato.

Contro la praticabilità in concreto di tale soluzione vi è però il fatto che questa espone il ceto creditorio *“all'incertezza ulteriore dell'esito del procedimento decisionale e dell'adesione dei soggetti terzi coinvolti, e come tale per loro meno allettante, salvo che non venga sin dall'inizio corroborata dall'assunzione di specifici e irrevocabili impegni*

economico-organizzative dell'impresa. Se ciò è vero non può non ritenersi che la stipulazione dell'atto di scissione costituisca un atto di amministrazione straordinaria poiché esso determina una rilevante riorganizzazione della struttura societaria.”

*“collaterali” alla proposta. Senza dire del rischio di deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice, con danno dei creditori concorsuali, legato agli ostacoli, ritardi e contrasti che possono manifestarsi, anche strumentalmente, nella fase esecutiva del concordato”.*¹²

La terza soluzione è quella da preferire, almeno secondo la dottrina che si è occupata della questione.¹³ Essa si fonda sul cosiddetto *“meccanismo condizionale”*¹⁴, prevedendo cioè l'apposizione di una condizione sospensiva, rappresentata dall'omologazione definitiva del concordato, all'intero procedimento di scissione.

Tale condizione potrebbe essere posta in due momenti alternativi: all'interno dell'atto di scissione, ovvero nella delibera con cui i soci esprimono il proprio giudizio sul progetto di scissione.

Nel primo caso il procedimento sarà condotto fino all'ultimo atto della sequenza e l'atto di scissione sarà condizionato alla successiva omologa del concordato. Da questo punto di vista potrebbero porsi dei problemi di compatibilità tra la condizione sospensiva e l'art. 2506-*quater*, primo comma, nella parte in cui prevede che la scissione mediante costituzione di società nuove, non possa essere post-datata.¹⁵

Quanto poi all'applicabilità della condizione sospensiva all'atto di scissione potrebbero sorgere ulteriori problemi. In dottrina si trovano opinioni contrarie fondate sull'incertezza che la situazione genera per i terzi in ragione della pubblicità attuata sul registro delle imprese,

¹² GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 52

¹³ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.* p. 52 ss.; MAGLIULO, *op. cit.*, p. 152 ss.

¹⁴ MAGLIULO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁵ L'effetto che si ottiene attraverso la scissione con condizione sospensiva apposta all'atto di scissione è infatti quello della postdatazione degli effetti della scissione rispetto alla data di stipulazione dell'atto.

pubblicità che può peraltro apparire inidonea a fornire una chiara indicazione dell'esistenza della condizione.¹⁶

Tale situazione di incertezza può poi essere avvalorata anche dal prolungamento del giudizio di omologazione del concordato, che a causa di opposizioni o impugnative, può dilungarsi per un periodo tale da far insorgere, nelle more, fatti nuovi relativi alla società in crisi o alle partecipanti. Infine può essere problematica la conciliazione tra pubblicità dell'operazione, derivante dall'iscrizione dell'atto condizionato, e diniego dell'omologazione della proposta, che in questo caso produrrebbe *"notevoli aporie sotto il punto di vista pubblicitario, stante l'assenza di norme chiare in materia"*.¹⁷

Nel secondo caso, applicando la condizione alla delibera societaria, questi problemi non si porrebbero. Verrebbe meno il contrasto con l'art. 2506-*quater* poiché la scissione prenderebbe effetto dalla data dell'atto costitutivo, la cui stipula sarà oggetto di condizione. Così come non si darebbero problemi circa l'apponibilità della condizione sospensiva, stante l'opinione favorevole della dottrina maggioritaria. Infine non ci sarebbero problemi pubblicitari riguardo alla mancata omologazione del concordato, proprio perché l'atto non è stato pubblicato in quanto non ancora stipulato.¹⁸

La condizione apposta alla delibera sarà una condizione volontaria, anche implicita, la cui operatività deve coordinarsi con la *condicio juris* rappresentata dall'iscrizione nel registro delle imprese¹⁹, da cui

¹⁶ In questo senso, in materia di fusione ma applicabile anche alla scissione si veda: SANTAGATA, *op. cit.*, p. 568.

¹⁷ GUERRERA E MALTONI, *op.cit.*, p. 84

¹⁸ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op.cit.*, p. 84; MAGLIULO, *op. cit.*, p. 152 s.

¹⁹ Cfr. BENASSI, *sub art. 2436*, in *Il nuovo diritto delle società*, A. MAFFEI ALBERTI (cur.), Padova, Cedam, 2005, II, p. 1469; TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti a efficacia sospesa o differita*, in *Riv. Not.*, 1996, 83 ss.; SALOMONE, *sub art. 2448*, in *Società di capitali*, G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (cur.), Napoli, Jovene, 2004, II, p. 1287; *contra* ATLANTE, *Effetti dell'iscrizione nel registro imprese delle*

dipende l'efficacia della deliberazione di modifica dello statuto. La conoscenza legale dell'evento dedotto in condizione, cioè l'omologa, verrebbe assicurata dalla pubblicazione del decreto sul registro delle imprese ai sensi del combinato disposto degli articoli 17, 129 comma sesto e 180 comma quinto L.F.²⁰

La decorrenza degli effetti sia del concordato, sia dell'operazione societaria collegata rimane dunque fissata alla definitività del decreto di omologazione, il quale potrebbe anche tardare a causa di opposizioni o impugnazioni dei creditori. Sarebbe irragionevole condizionare l'efficacia della delibera ad altri momenti, ad esempio al voto favorevole dei creditori, poiché è solo all'esito del procedimento di fronte al tribunale che può dirsi concluso l'iter del concordato preventivo.

2.2 *Il progetto di scissione.*

Chiarito che la scissione è pienamente ammissibile all'interno di una procedura concorsuale con finalità riorganizzativa qual è il concordato preventivo con continuità aziendale. Occorre ora affrontare le principali problematiche che si palesano nel momento in cui si devono coordinare i due procedimenti.

Stante il silenzio del legislatore in materia, sarà necessario approfondire gli aspetti contraddittori in via interpretativa, affidandosi, nei casi in cui siano presenti, alle più recenti prese di posizione della giurisprudenza.

modifiche statutarie nelle società di capitali: il nuovo art. 2436, comma 5, c.c., in Riv. Not., 2006, p. 844 ss. ivi a p. 847. Il discorso vale comunque sia per le deliberazioni auto-esecutive, sia per quelle che esigono una fase attuativa negoziale o che si innestano su un procedimento più ampio e complesso, quali ad es. quelle relative alla scissione.

²⁰ Cfr. GUERRERA E MALTONI, op. cit., p. 50.

Il primo aspetto procedimentale che viene in rilievo è quello del progetto di scissione. Quest'ultimo non necessita di particolari aggiustamenti dal punto di vista formale. La redazione del progetto spetterà sempre agli amministratori delle società coinvolte nell'operazione. Il contenuto dovrà essere quello di cui all'art. 2501-*ter*, così come previsto dall'art. 2506-*bis*, e da questo punto di vista non vi sono particolari necessità di adattamento ai fini della procedura. La pubblicazione dovrà avvenire attraverso l'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese ovvero attraverso la pubblicazione, a norma dell'art. 2501-*ter*, ultimo comma, nel sito internet della società.

Dal punto di vista sostanziale invece il progetto dovrà essere modellato sulla procedura concordataria. La redazione del progetto vedrà coinvolti anche i creditori dell'azienda e sarà frutto di una mediazione tra questi e gli amministratori della società. Sarebbe impensabile non coinvolgere i creditori in queste scelte di riorganizzazione aziendale, poiché sono parte attiva del procedimento di risanamento.

Il coinvolgimento dei creditori è anche necessario ai fini di garantire il buon esito della procedura, rendendoli partecipi fin da subito si aumentano le *chance* che la proposta raggiunga la soglia di voti necessaria ai fini dell'omologa. Inoltre i creditori possono essere parte attiva nel progetto di riorganizzazione, un modo per garantire loro un soddisfacimento migliore rispetto alla mera liquidazione è proprio quello di renderli partecipi del processo di risanamento. Ad esempio può essere prevista l'attribuzione di quote o azioni delle società beneficiarie della scissione, come contropartita derivante dalla conversione, totale o parziale, del credito in capitale di rischio ovvero attraverso l'attribuzione ai creditori di quote o azioni di una *bad company* destinata alla liquidazione.

Naturalmente non tutti i creditori dovranno essere coinvolti nella redazione del progetto, un eccessivo coinvolgimento comporterebbe allarmismo, specialmente nei creditori meno interessati alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Questi ultimi potrebbero, preferendo la certezza della soluzione liquidativa all'aleatorietà della riorganizzazione, agire al fine di conservare il più possibile la garanzia patrimoniale, richiedendo decreti ingiuntivi o provvedimenti monitori. Sarà dunque necessario valutare attentamente la platea creditizia cui rivolgersi, cercando di coinvolgere solamente chi è strettamente necessario alla prosecuzione dell'attività d'impresa (si pensi ad esempio alle banche senza le quali fare impresa sarebbe impossibile) e chi ha interesse a che l'impresa sopravviva e non venga liquidata (in questa categoria rientrano ad esempio i fornitori, per i quali la scomparsa del cliente comporterebbe la perdita di futuri guadagni). Oltre al coinvolgimento dei creditori, sarà necessario anche quello dell'esperto, che sarà chiamato a redigere la relazione di accompagnamento al piano di risanamento, così come previsto dall'art. 161, comma terzo, L.F.

Il coinvolgimento si rende necessario per due motivi: primo perché la complessità della materia richiede l'ausilio di una figura dotata di competenze difficilmente reperibili all'interno della struttura societaria; secondo perché l'esperto sarà chiamato, secondo quanto previsto dall'art. 186-*bis*, ad attestare il fatto che i creditori otterranno miglior soddisfazione attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale. La redazione del progetto di scissione dovrà essere un'attività concertata, in cui dovranno essere mediati gli interessi contrapposti della società e dei creditori sociali. La mediazione spetterà all'esperto che dovrà, grazie proprio alle sue competenze, ricercare la soluzione migliore.

Il contenuto del progetto di scissione sarà anche quello della proposta di concordato, bisognerà specificare che la scissione è attuata ai fini della proposta concordataria e dovrà essere indicato, già in sede di progetto, che la produzione degli effetti, e quindi la stipula dell'atto di scissione, saranno subordinati all'omologa.²¹

Quanto al contenuto effettivo del progetto si renderà necessaria una valutazione del caso concreto, infatti, la migliore modalità di soddisfacimento dei creditori non potrà che essere desunta dal singolo caso.

Ciò che è realmente importante è la precisa indicazione degli elementi patrimoniali assegnati a ciascuna beneficiaria, l'art. 2506-*bis* prevede la responsabilità solidale di tutte beneficiarie nel caso di scissione totale, ovvero della scissa in uno con le beneficiarie nel caso di scissione parziale. La precisa indicazione, desumibile dai criteri dettati dalla giurisprudenza²², è ancora più importante se la scissione è attuata in un concordato preventivo.

Sotto questo profilo, in particolare in un concordato che prevede il trasferimento di beni, è richiesto un particolare grado di analiticità nella descrizione dei cespiti, come è anche prassi nella liquidazione operata nell'ambito delle procedure concorsuali.²³ Tale attenzione per la precisa indicazione dei beni, potrebbe essere ancora maggiore qualora si acceda alla tesi, minoritaria, secondo cui la pretesa di

²¹ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, 151 ss.; GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 92 ss., secondo questi autori la modalità migliore di esecuzione della scissione all'interno del concordato preventivo prevede la delibera assembleare in pendenza di concordato, mentre la produzione degli effetti, derivanti dall'atto di scissione, deve essere rinviata ad un momento successivo, cioè alla fase esecutiva.

²² Secondo la giurisprudenza è necessario che vi sia idoneità e sufficiente indicazione al fine dell'identificazione, supportata da ragionevole certezza, dello specifico elemento patrimoniale attivo o passivo, si veda App. Genova, 12 novembre 2003, in *Giur. It.*, 2003, I, p. 960., con nota di CAVANNA, *Scissione di società e criteri di individuazione dei patrimoni trasferiti*.

²³ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 97.

un'esatta descrizione degli elementi da assegnare alla beneficiaria, renderebbe necessaria la descrizione analitica anche dei beni componenti un'azienda o un ramo di azienda, non essendo sufficiente la mera *relatio* funzionale, come invece in caso di cessione.²⁴

Infatti, lo stato di crisi o di insolvenza in cui versa la società rende necessaria una maggiore attenzione alla esatta determinazione delle fette di patrimonio da trasferire, questo per evitare che si vengano a creare delle situazioni per cui l'intero risanamento aziendale risulti compromesso dall'incerta destinazione di alcuni elementi.

Questo stesso discorso può essere fatto anche per gli elementi dell'attivo, infatti, la mancata indicazione di un *asset* all'interno del progetto, potrebbe, vista anche l'identità tra progetto e piano di concordato, comportare la revoca dell'ammissione al concordato così come prevista dalla legge fallimentare all'art. 173, comma primo, nel caso di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo.

Essendo il progetto scissione parte della proposta di concordato, occorrerà che la pubblicazione dello stesso, a norma dell'art. 2501-ter, sia per lo meno contestuale con la domanda di ammissione al concordato preventivo. In questo modo si possono limitare le iniziative dei singoli creditori, che avvertiti della situazione di crisi dalla pubblicazione del progetto potrebbero avviare azioni conservative o decreti ingiuntivi.

Il problema da questo punto di vista è relativo alle tempistiche richieste nella pratica per la composizione di un progetto di scissione, le quali sono maggiormente allungate dalla necessaria azione concertata tra società, creditori ed esperto.

²⁴ Cfr. LUCARELLI, *Scissione e circolazione di azienda*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABADESSA e G.B. PORTALE (cur.), IV, Torino, UTET, 2007, 441 ss.

In soccorso però è intervenuto il legislatore, che ha predisposto uno strumento mediante il quale la società può cautelarsi nei confronti di eventuali azioni individuali dei creditori. Con l'introduzione del comma sesto dell'art. 161 L.F., è stata introdotta una forma di ricorso con riserva, destinata a diventare la forma per eccellenza di ricorso per l'ammissione al concordato.²⁵ Grazie al ricorso con riserva l'imprenditore può anticipare gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo in un momento antecedente, riservandosi di presentare la proposta in un termine successivo, assegnato dal tribunale tra i sessanta e i centoventi giorni.

La possibilità di ricorso *ex art. 161*, comma sesto, concede alla società in crisi di ottenere un'anticipazione degli effetti preclusivi sulle iniziative individuali, permettendo così di sviluppare il piano di concordato senza avere troppe pressioni da parte dei creditori e senza il rischio di un'infausta reazione a catena dovuta alle iniziative individuali.

Il problema che può porsi riguardo ad un ricorso con prenotazione è il ristretto termine che viene solitamente concesso dai tribunali, secondo cui il termine da concedere non può essere superiore al minimo, se non nei casi in cui si dimostri che ci sono specifiche esigenze legate al procedimento²⁶, ovvero quando siano provati dei giustificati motivi.²⁷

Grazie all'utilizzo del meccanismo contenuto nell'art. 161 è possibile continuare la predisposizione del piano al riparo da iniziative individuali, tuttavia sarà anche necessario che gli sforzi fatti per la

²⁵ SALVATO, *Nuove regole per il concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209 ss.

²⁶ Un esempio in questo senso potrebbe essere la necessità di dare comunicazione della scissione ai titolari di obbligazioni convertibili, almeno novanta giorni prima della pubblicazione del progetto. In questo caso si potrebbe richiedere un termine superiore ai 60 giorni proprio per meglio coniugare gli oneri di comunicazione con la procedura.

²⁷ Si veda per una migliore trattazione, con la citazione anche di alcuni decreti, il Cap I, §2.1.

risoluzione della crisi giungano ad una conclusione e che all'esito del termine concesso dal tribunale il progetto di scissione sia pronto per essere sottoposto al vaglio di ammissibilità. Se così non fosse le conseguenze per l'azienda sarebbero tutt'altro che rosee, infatti, se non viene presentato un piano di concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis*, salva la possibilità di un rinnovamento del termine, il ricorso diventa inammissibile e verrà applicato l'art. 162, secondo cui il tribunale può su richiesta dei creditori o del pubblico ministero, verificati i presupposti di fallibilità, dichiarare il fallimento dell'imprenditore.

Da questo punto di vista il rischio di una dichiarazione di fallimento è piuttosto elevato, dato che il debitore ha voluto paralizzare i creditori al fine di addivenire ad una soluzione della crisi d'impresa, ci sarà una forte probabilità che i creditori, particolarmente quelli lasciati fuori dal contraddittorio sulla formazione della proposta concordataria, facciano istanza per ottenere la dichiarazione di fallimento.

2.3 La valutazione del tribunale sull'ammissibilità del ricorso: la fattibilità del piano.

Entro il termine predisposto dal tribunale, il debitore deve presentare la proposta unitamente agli altri documenti richiesti dall'art. 161 L.F., al fine di ottenere l'ammissione al concordato preventivo.

Il giudizio di ammissione è svolto dal tribunale, il quale, a norma dell'art. 162 L.F. verifica la sussistenza dei presupposti descritti ai commi primo e secondo dell'art. 161 L.F.. All'esito di questa valutazione si aprono due vie: l'ammissione, disciplinata dall'art. 163 L.F.; ovvero la dichiarazione di inammissibilità, disciplinata dall'art. 162 L.F.

Il problema che si pone nel giudizio di ammissione riguarda l'ampiezza del controllo giurisdizionale sulla proposta, in particolare la dottrina dibatte sulla possibilità di effettuare in sede di ammissione un controllo sulla fattibilità del piano di concordato preventivo.

Il dibattito è sorto in dottrina e in giurisprudenza dopo la riforma del 2005 (d.l. 35/2005) e soprattutto dopo le modifiche agli artt. 162 e 163 L.F. introdotte della riforma 2007 (d.lgs. 169/2007).

In dottrina si possono individuare tre posizioni contrapposte: la prima, più risalente, sostiene la totale assenza di qualsiasi sindacato del tribunale che non sia puramente formale e di legalità, l'argomento principale di questa tesi è rappresentato dalla previsione dell'attestazione di fattibilità da parte del professionista qualificato, sarebbe altrimenti inspiegabile che il legislatore pretenda un giudizio di fattibilità dall'esperto per poi rimettere comunque la questione al giudice; secondo altra parte della dottrina la fattibilità invece sarebbe oggetto di sindacato da parte del giudice, in particolare sarebbe oggetto di sindacato la ragionevole possibilità che il piano abbia concreta attuazione; infine vi è chi, mediando tra le due opinioni, ha sostenuto che il controllo debba estendersi alla ragionevolezza, correttezza metodologica, logicità, comprensibilità e coerenza dei criteri valutativi adottati dall'esperto, valutando anche la completezza argomentativa della sua relazione, al fine di assicurare ai creditori una corretta informazione.²⁸

²⁸ Per un'analisi più approfondita della dottrina riguardante il giudizio di ammissione al concordato preventivo, si veda: JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 1107 ss., *ivi* a p. 1111, nota 3.

In giurisprudenza si è seguita inizialmente quest'ultima tesi, la Suprema Corte si è occupata per la prima volta della questione nel 2010²⁹, affermando che dalla considerazione per cui il legislatore aveva “*inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato preventivo*” dando “*decisivo rilievo al consenso dei creditori*”, al tribunale non compete, in sede di ammissione, privare i creditori “*della possibilità di esaminare la proposta, di valutarne la congruità e convenienza e di accettarla dopo avere eventualmente vagliato anche il rischio di un insuccesso della proposta concordataria*”, spetterà invece al commissario giudiziale “*garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, mettendo gli stessi in condizione di decidere con cognizione di causa sulla base di elementi corrispondono alla realtà*”. La corte era poi tornata sull'argomento in altre pronunce senza però discostarsi in maniera netta da quest'ultimo.³⁰

Nel settembre 2011³¹ si devono però segnalare due sentenze che, pur senza sconfessarle apertamente, si discostano dalle precedenti decisioni, ritenendo che non vi fosse “*ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevabilità d'ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)*” per

²⁹ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Giur. It.*, 2011, p. 856 ss.; anche in *Fallimento*, 2011, p. 167 ss., con nota di FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*.

³⁰ Si segnalano altre sentenze: Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 276 ss., con nota di FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, p. 805 ss. con nota di BOTTAL, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, p. 933 ss., con nota di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario e “altri atti di frode”*;

³¹ Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giur. It.*, 2012, p. 82 ss., con nota di TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 l. fall. Nel concordato preventivo: la Cassazione e il “cigno nero”*; e in *Fallimento*, 2012, p. 36 ss., con nota di PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*; Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, p. 39 ss.; e in *Giur. It.*, 2012, p. 82 ss.

illiceità dell'oggetto³², per violazione di norme imperative³³, per impossibilità dell'oggetto riscontrabile quando *“la proposta concordataria non abbia alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere compiuta”*.

Quest'ultimo rilievo è ciò che maggiormente interessa, infatti, dietro la presunta impossibilità dell'oggetto, riferita all'infattibilità economica del piano concordatario risultante dalla relazione del commissario giudiziale, si nasconde un potere di controllo attribuito al giudice, potere che avrebbe ad oggetto la legittimità sostanziale. Tale potere, dai confini alquanto incerti, è rimesso alla discrezionalità del giudice chiamato a valutare nel merito, comportando anche dei rischi anche per quanto riguarda l'uniformità dell'applicazione del diritto da parte di giudici diversi.³⁴

Proprio questi dubbi hanno fatto sì che la stessa Corte di Cassazione, attraverso l'ordinanza n.27063 del 15 dicembre 2011, abbia devoluto la questione alle Sezioni Unite, ritenendo che la ratio decidendi su cui si fondava la sentenza n. 18864 rendesse necessario *“chiedersi in qual misura un eventuale non fattibilità del piano si traduca in un'impossibilità dell'oggetto del concordato: il che finisce per riproporre in altra veste il medesimo problema dei limiti entro cui il giudice è legittimato a sindacare l'anzidetto requisito della fattibilità”*.³⁵

³² Si fa l'esempio di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale.

³³ Ad esempio l'alterazione delle cause legittime di prelazione.

³⁴ Cfr. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, p. 343 ss.

³⁵ Il testo dell'ordinanza è reperibile presso l'indirizzo www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SchedaNews.asp?ID=2999.

Le Sezioni Unite si sono espresse con la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521³⁶, facendo perno sulla distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica, affermando che le due valutazioni spettano rispettivamente: al tribunale, che deve verificare la compatibilità tra le modalità di attuazione del piano e le norme inderogabili, e che il piano medesimo non presenti una *“assoluta impossibilità di realizzazione”*; mentre la valutazione in ordine alla fattibilità economica spetterà ai creditori, essendo *“legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati”*, rischio che non può che essere ad *“esclusivo carico dei creditori”*, sempre che vi sia stata *“corretta informazione sul punto”*.

Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte continua affermando che *“il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo”*. A tal proposito le Sezioni Unite hanno voluto chiarire come il parametro della fattibilità giuridica debba essere l'unico applicato in tutte le fasi della procedure, argomentando anche che le recenti modifiche alla legge fallimentare, in particolare l'art. 179, secondo comma³⁷, escluderebbero *“incontestabilmente che il tribunale debba avere notizia dell'eventuale mutamento registrato in ordine alle condizioni di fattibilità, il che la lascia implicitamente intendere che*

³⁶ Cass., Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. Comm.*, 2013, II, p. 333 ss., con nota di CENSONI, *op. cit.*, p. 343 ss; e in *Dir. Fall.*, 2013, II, p. 1 ss. con nota di NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. Fall.*, 2013, II, p. 185 ss.

³⁷ In cui è previsto l'avviso del commissario giudiziale ai creditori, riguardante le mutate condizioni di fattibilità del piano, dopo che quest'ultimo è stato approvato. Permettendo così ai creditori di costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il voto.

l'organo giudiziario non dovesse essersene occupato prima, solo così potendosi giustificare la sua indifferenza, rispetto a mutamento di dati altrimenti potenzialmente rilevanti".³⁸

Quanto all'attuazione del controllo di legittimità, le Sezioni Unite affermano che questo si esplica *"verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato;"*. La corte prosegue specificando in cosa la causa concreta deve essere individuata, essa andrebbe intesa *"come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento"* individuando poi le due cause che deve tendere il concordato al fine di superare il controllo di fattibilità giuridica cioè il *"superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori dall'altro".³⁹*

Quindi in conclusione possiamo affermare come il giudizio di ammissione, all'esito della pronuncia delle Sezioni Unite, sia da suddividere in tre sottocategorie: *a)* verifica dell'idoneità della documentazione prodotta ad informare i creditori fornendo loro idonei elementi di giudizio; *b)* accertamento sulla fattibilità giuridica della

³⁸ La Cassazione afferma che in senso contrario non sono rilevanti le modifiche che hanno introdotto un maggiore controllo sul merito del concordato, come ad esempio l'impugnabilità della convenienza da parte del 20% dei creditori dissenziente prevista all'art. 180, quarto comma, per la Suprema Corte questa previsione *"non sembra possa trovare ragionevole fondamento nell'intento di ampliare i margini di intervento del giudice nell'ambito della procedura in questione, ma appare piuttosto un bilanciamento in favore del ceto creditorio, determinato dalla modifica apportata all'art. 178, quarto comma, l.fall."* (cioè l'introduzione del principio del silenzio-assenso nelle operazioni di voto).

³⁹ In questo senso, come fa notare NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, op. cit., p. 191. Le S.U. tracciano, nell'ambito della causa, un parallelo tra concordato preventivo e contratto. In particolare il concordato viene interpretato come un contratto, ed in questo senso viene individuata la sua causa, intesa come *"scopo pratico del negozio"*, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare.

proposta; c) effettiva idoneità a garantire il soddisfacimento dei creditori.⁴⁰

Questa dunque la giurisprudenza ad oggi prevalente in tema di ammissibilità, infatti, anche le sentenze successive si sono uniformate a questa decisione delle sezioni unite.⁴¹

2.4 *La delibera assembleare*

Superato il vaglio di ammissibilità, il concordato, nel suo iter normale, deve essere votato dai creditori e omologato. Nel caso di concordato con scissione però è necessario un momento intermedio tra ammissione e omologa. Si tratta della delibera assembleare con la quale i soci autorizzano l'operazione straordinaria.

Appurato che il miglior modo per eseguire una scissione all'interno di una procedura concorsuale è quello di condizionare l'efficacia della delibera di scissione all'emissione del provvedimento di omologazione. Occorre ora verificare se ciò sia possibile e se, in generale, sia ammissibile quella che la dottrina definisce "*scissione condizionata*".

Il primo elemento che viene in rilievo esaminando la questione è quello riguardante l'ammissibilità delle delibere condizionate, poiché l'apposizione di una condizione ad una delibera soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese potrebbe vanificare la funzione di tale

⁴⁰ Cfr. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 193, in particolare la valutazione di cui alla lettera c) va intesa come la garanzia che la proposta possa garantire il soddisfacimento anche minimo dei creditori, a prescindere dalla percentuale eventualmente indicata nel piano, in quanto il giudizio sul raggiungimento di tale percentuale non rientra nella sfera della fattibilità giuridica, quanto invece in quella della fattibilità economica, che come noto è riservata ai creditori.

⁴¹ Cass., 30 aprile 2014, n. 9541, in *D & G*, 2014, p. 4, con nota di TARANTINO, *Quali poteri di controllo per il giudice sulla proposta di concordato preventivo?*; Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, disponibile nelle banche dati; Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, disponibile nelle banche dati.

strumento pubblicitario, atteso che nel sistema attuale non è prevista alcuna forma di pubblicità per l'avveramento della condizione.

Secondo quanto affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, non vi sono problemi laddove l'evento sottoposto a condizione, come peraltro avviene nel caso della scissione, costituisca di per sé un evento soggetto a pubblicazione nel registro delle imprese. In tal caso, infatti, chiunque consultasse il registro sarebbe in grado di poter agevolmente rilevare l'avveramento della condizione.⁴²

Alcuni dubbi circa la condizionabilità della delibera di scissione potrebbero derivare dal fatto che la situazione patrimoniale sulla quale è adottata la delibera, sarà differente rispetto a quella esistente al momento al momento dell'attuazione dell'operazione.

Tuttavia ciò non pare possa costituire un impedimento alla realizzazione delle operazioni in esame, poiché, innanzitutto, è inconcepibile che, tra la data di redazione della situazione patrimoniale di scissione e la relativa delibera, la consistenza patrimoniale non

⁴² In questo senso la dottrina maggioritaria tra cui SALAFIA, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Società*, 2000, p. 1290 ss.; anche TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, *op.cit.*, p. 83 ss.; secondo questi autori infatti le deliberazioni dell'assemblea, in particolare quella straordinaria, non possono subordinare la propria efficacia ad eventi futuri e incerti. Tuttavia il divieto di iscrivere nel registro delle imprese deliberazioni dell'assemblea straordinaria sottoposte a condizione non si applica a quelle nelle quali la condizione, in esse inserita, consista in un atto societario anch'esso soggetto alla stessa iscrizione nel registro delle imprese. In proposito anche le *Massime dell'osservatorio Conservatori Notai presso il Registro delle imprese di Milano*, reperibili presso il sito www.mi.camcom.it affermano che "Lo statuto aggiornato riportante le modifiche deliberate sotto condizione sospensiva deve normalmente essere depositato una volta divenute efficaci le modifiche stesse; può peraltro essere subito allegato al verbale riportante le delibere condizionate, tenuto conto che la pubblicità che viene data a detti atti precisa la loro inefficacia fino al verificarsi della condizione sospensiva apposta.

Dopo il verificarsi della condizione sospensiva è necessario, per concludere il procedimento di iscrizione, depositare un ulteriore modello S2, sottoscritto da un amministratore o dal notaio (quest'ultimo comunque non obbligato ma solo facoltizzato al secondo deposito), riportante le modifiche negli specifici quadri del modello, indicando nel modello note il riferimento al deposito originario e la dichiarazione che l'evento dedotto in condizione si è verificato."

subisca alcuna modifica, poiché le stesse società coinvolte in questo periodo temporale continuano la loro attività.⁴³Ciò che conta è che non si verifichino delle modifiche sostanziali.

In questo caso gli amministratori sarebbero tenuti a darne conto nell'assemblea chiamata a pronunciarsi sulla scissione, senza che ciò impedisca però la buona riuscita dell'operazione.

Se poi collochiamo la scissione all'interno del concordato preventivo, tale problema risulta ancor più attenuato, stante le restrizioni che l'art. 167 L.F. appone alla gestione societaria di tipo straordinario. All'interno di una procedura concorsuale risulterà difficile se non impossibile, che sopraggiungano situazioni tali da importare mutamenti rilevanti nella situazione patrimoniale.

Verificato che la delibera assembleare può essere condizionata, per un miglior utilizzo della scissione all'interno di un concordato preventivo, all'omologazione definitiva, bisogna ora guardare all'aspetto della legittimazione.

In particolare ci si è chiesti, se anche l'attività dei soci volta ad approvare il progetto di scissione debba essere autorizzata ai sensi dell'art. 167. A tale quesito però la risposta non può che essere negativa. Infatti, sebbene la scissione sia un'operazione che pacificamente eccede l'ordinaria amministrazione, la delibera assembleare altro non è che un atto meramente autorizzatorio dei soci nei confronti degli amministratori, necessario affinché questi stipulino l'atto di scissione.

L'attività posta in essere dai soci non ricade quindi sull'amministrazione dei beni, riguarda invece l'espressione della loro volontà circa la modificazione dello statuto, che solo in maniera

⁴³ In questo senso si veda: SALAFIA, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, *op.cit.*, p. 1294; anche MAGLIULO, *op. cit.*, p. 516.

indiretta andrà a coinvolgere il patrimonio societario. Tuttavia tale delibera è di per sé insufficiente a produrre effetti sul patrimonio, per cui non necessiterà di alcuna autorizzazione da parte dell'autorità posta a garanzia del procedimento.⁴⁴

2.5 *L'opposizione dei creditori.*

Risolto positivamente il problema riguardante l'apponibilità di una condizione sospensiva alla delibera di scissione, occorre ora mettere in risalto quella che è la problematica rilevante ai fini del coordinamento tra i due istituti, il rapporto tra opposizione alla scissione e opposizione al concordato.

L'opposizione alla scissione si caratterizza come un diritto individuale del creditore. È disciplinata all'art. 2503, che fa riferimento alla fusione, che è applicabile anche alla scissione in via del richiamo espresso effettuato dall'art. 2506-ter, ultimo comma.

La riforma societaria ha chiarito che il termine per l'opposizione è unico per tutte le partecipanti e decorre dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis⁴⁵, da questo momento i creditori hanno 60 giorni di tempo per proporre la propria impugnazione.

⁴⁴ In questo senso: SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 427, secondo cui "la decisione ha ad oggetto il progetto di scissione, più precisamente la sua approvazione"; anche GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 80, affermano che "anche le competenze organiche restano invariate rispetto alle fasi che scandiscono inderogabilmente il procedimento di fusione, sebbene si tratti di operazione straordinaria strumentale all'attuazione del concordato".

⁴⁵ Cfr. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, IPSOA, 2003, p. 113; SANTAGATA, *op. cit.*, p. 500.; in senso contrario invece FERRI JR. – GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (cur.), Torino, UTET, IV, 2007, p. 162, che in disaccordo con la lettera della legge, sostengono in materia di fusione che il termine decorra per i creditori di ciascuna società dalla data di iscrizione della decisione relativa a ciascuna di esse.

La legittimazione ad agire spetta ai creditori anteriori alla pubblicazione del progetto *ex art. 2501-ter*, questo perché naturalmente, essendo oggetto dell'opposizione la riduzione della garanzia patrimoniale della scissa, i creditori posteriori sono stati posti in condizione di sapere che la società era intenzionata a scindersi e dunque non possono dolersi dell'attuazione dell'operazione.⁴⁶

Il presupposto dell'opposizione alla scissione è la tutela della garanzia patrimoniale della società scissa, si fonda su due accezioni: i rischi derivanti dalla confusione patrimoniale e il rischio di una variazione al ribasso del capitale sociale.

La preoccupazione fondata sulla confusione patrimoniale è chiaro indice dell'elaborazione dottrinale fondata sulla fusione, infatti in quest'ultima la confusione patrimoniale è il principale pregiudizio lamentato dai creditori sociali. La confusione può altresì essere dannosa nella scissione, poiché questo meccanismo si verifica nel caso di scissione con beneficiarie società preesistenti.

La proposizione dell'opposizione comporta come effetto principale quello di sospendere il procedimento di scissione, in pendenza di impugnazione non sarà dunque possibile porre in essere l'atto di scissione.

Dal lato opposto si trova invece l'opposizione all'omologazione del concordato preventivo. Con questa impugnativa il creditore mira ad impedire che il tribunale emetta il decreto di omologazione del concordato preventivo.

Il termine per costituirsi in giudizio è descritto all'art. 180 L.F., i creditori devono costituirsi in giudizio almeno dieci giorni prima

⁴⁶ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 542; e si veda anche, in tema di fusione, SANTAGATA, *op. cit.*, p. 491 s.; CACCHI PESSANI, *Sub art. 2503*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 723.

dell'udienza fissata dal tribunale in seguito all'approvazione del concordato da parte dell'adunanza dei creditori.

La legittimazione ad agire spetta, non a tutti i creditori anteriori come nella scissione, ma solamente ai creditori dissenzienti, in questo senso possiamo osservare come l'impugnazione non sia concessa a tutti i creditori come diritto individuale, ma la legittimazione sia ristretta solamente a coloro i quali erano in disaccordo al momento della votazione, peraltro, stante il meccanismo del silenzio-assenso di cui all'art. 178, il dissenso deve essere espresso.

Il presupposto dell'opposizione al concordato è di tipo diverso rispetto alla scissione, se nel primo caso si chiede un controllo nel merito, avanzando delle riserve circa la lesione della garanzia patrimoniale, nel secondo caso si chiede un controllo di legittimità, il compito del tribunale è infatti quello di vagliare la correttezza delle procedure. Abbiamo però un'eccezione, il secondo periodo dell'art. 180, quarto comma, afferma che vi è la possibilità di un controllo sulla convenienza, intesa come controllo nel merito della proposta, ogni volta in cui a richiederlo sia un creditore dissenziente di una classe dissenziente ovvero, nel caso in cui non siano previste delle classi la domanda provenga da almeno il 20% dei creditori.

La proposizione dell'opposizione non comporta effetti diretti sul procedimento, così come avviene invece nel caso di opposizione alla scissione. Tuttavia a seguito del suo accoglimento il tribunale può, così come previsto dall'art. 180, ultimo comma, dichiarare il fallimento del debitore sempre che vi sia stata istanza di parte o del p.m., e sussistano i presupposti di cui all'art. 1 e 5 L.F.

La dottrina ha risolto la questione basandosi sul criterio della concorsualità, gli autori affermano che i diritti individuali dei creditori

si esauriscono in strumenti di impugnativa o di interlocuzione endoprocessuali.⁴⁷

Questa circostanza comporta, nel caso di scissione strumentale all'attuazione del concordato, l'impossibilità di riconoscere ai creditori della società soggetta alla procedura concorsuale il potere di opposizione individuale di cui all'art. 2503.

Pertanto, secondo questi autori, il diritto di opporsi alla scissione può competere solamente ai creditori della società *in bonis*, cioè coloro i quali che non rientrano tra quelli indicati dall'art. 184 L.F.

Qualora la scissione sia contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato approvata e omologata, il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione finirebbe, infatti, per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della maggioranza dei creditori sotto il controllo del tribunale.

Sembra pertanto coerente concludere nel senso che, qualora la scissione sia prevista come modalità di attuazione del concordato, i creditori della scissa sono privati del diritto individuale di opposizione e devono ricorrere al rimedio predisposto dal legislatore per la procedura concorsuale, che deve essere considerato "*assorbente di ogni altra tutela*".⁴⁸

Questa soluzione risulta preferibile anche da un punto di vista sistematico, la dottrina in materia afferma che la situazione dei creditori concorsuali sia in qualche modo paragonabile a quella degli obbligazionisti. L'art. 2503-bis disciplina l'attività di questa categoria di creditori all'interno della scissione, stabilendo che essi non possono proporre opposizione qualora l'operazione sia stata precedentemente approvata dalla maggioranza della loro assemblea. In questo caso la

⁴⁷ In questo senso: MAGLIULO, *op.cit.*, p. 154; GUERRERA E MALTONI, *op.cit.*, p. 73.

⁴⁸ Cfr. Massima del Consiglio notarile di Firenze, *op. cit.*, p. 7.

scelta del legislatore è da rinvenire nel fatto che *“la presenza di un’organizzazione interna a tale categoria e la sua competenza a deliberare in ordine a tutti gli argomenti di interesse comune costituiscono infatti il fondamento e la giustificazione della scelta di sacrificare la volontà individuale”*.⁴⁹

Individuata la *ratio legis* della norma, appare evidente che la medesima situazione si verifichi all’esito della proposizione di una domanda di concordato preventivo, anche “con riserva”. Qualora venga pubblicata la domanda all’interno del registro delle imprese si ha come conseguenza: *a)* l’imposizione ai creditori della comunanza di interessi, giacché nessuno di loro può aggredire individualmente il patrimonio; *b)* la creazione di un organo, finalizzato alla soluzione dei conflitti di interesse che possono insorgere, stante l’eterogeneità di posizione di cui sono portatori.

All’esito di questa riflessione può dunque sostenersi che, qualora la scissione sia prevista all’interno di un concordato preventivo, i creditori sono privati della possibilità di proporre opposizione così come previsto dall’art. 2503, mentre rimangono legittimati, naturalmente nei casi previsti dall’art. 180, ad opporsi all’omologazione.

Potrebbe esservi un unico caso in cui all’interno dell’opposizione ad omologa possano farsi valere le pretese tutelate con l’art. 2503. Si tratta del caso previsto al comma quarto dell’art. 180 in cui l’opposizione è proposta da un creditore di classe dissenziente o da creditori che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto. In questo caso l’impugnazione può estendersi, oltre alla legittimità, anche alla convenienza della proposta. Pertanto i creditori potranno sottoporre al vaglio del tribunale tutte le loro riserve circa l’operazione di scissione,

⁴⁹ Massima del Consiglio notarile di Firenze, *op.cit.*, p. 7.

analogamente a quanto avrebbero potuto fare con l'impugnazione ex art. 2503.

Per quanto riguarda il *dies a quo* per l'esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori che non rientrano nella categoria di cui all'art. 184 L.F., nel caso di delibera condizionata, troviamo due opinioni in dottrina.

Secondo alcuni dovrebbe individuarsi con il momento in cui l'evento posto a condizione si avvera, infatti, com'è stato osservato *“finché la deliberazione non è efficace, manca infatti l'interesse processuale a coltivare l'opposizione e, oltretutto, non è risolubile da parte dell'autorità giudiziaria, in termini chiari e concreti, il conflitto di interessi sotteso all'opposizione medesima”*.⁵⁰

Secondo altra parte della dottrina, in particolare la Massima del consiglio notarile di Firenze, il fatto che la delibera sia condizionata *“non determina un differimento della decorrenza del termine di opposizione al verificarsi della condizione, in ragione della carenza nel frattempo dell'interesse processuale a coltivare l'opposizione, poiché: a) da un lato, tecnicamente non è l'effetto della delibera ad essere condizionato, ma l'esecuzione della stessa, come più volte ribadito, essendo più propriamente qualificabile la condizione come limite alla legittimazione del legale rappresentante alla stipulazione dell'atto di scissione; b) dall'altro, in nessun caso è certo che il procedimento di scissione a cui il creditore è chiamato ad opporsi vada a buon fine, sia a causa dell'opposizione vittoriosa di uno qualsiasi dei creditori, sia in ragione del sopravvenuto venir meno dell'interesse dalle società coinvolta a proseguire nell'operazione; dunque qualora il procedimento di scissione non vada a termine, anche per mancata omologazione del*

⁵⁰ GUERRERA E MALTONI, *op.cit.*, p. 53.; in questo senso anche MAGLIULO, *op.cit.*, p. 154

*concordato preventivo, cesserà la materia del contendere rispetto all'opposizione instaurata; c) infine, risultano legittimati all'opposizione anche i creditori con diritto derivante da titolo condizionato, e quindi incertus nell'an; l'opposizione è rimedio fruttuosamente esperibile anche in situazioni di incertezza giuridica.”*⁵¹

Secondo la massima il problema della decorrenza del termine potrebbe però porsi in un'altra prospettiva, nel caso in cui il contenuto patrimoniale sia fatto dipendere dall'esito della procedura concordataria, nel senso che gli elementi patrimoniali da assegnare alle beneficiarie, dipendono dalle condizioni alle quali si perfeziona l'accordo. In questo caso si potrebbe sospettare che il Tribunale chiamato a decidere sull'opposizione non sia effettivamente in grado di risolvere il conflitto di interessi per l'incertezza che avvolge i dati patrimoniali, soprattutto in caso di scissione a favore di beneficiaria preesistente, nella quale il danno per i creditori della beneficiaria può derivare dalla confusione dei patrimoni delle partecipanti. Anche in questo caso la massima però si schiera in senso opposto affermando che *“non sembra che la potenziale obiezione possa essere condivisa poiché, se non si verificano le condizioni patrimoniali indicate nel progetto, gli amministratori non potranno stipulare l'atto di scissione, per carenza di legittimazione: ne consegue che i dati patrimoniali esposti sono e saranno quelli che il tribunale dovrà valutare per decidere sull'opposizione, e pertanto non sembra sussistere alcuna ragione, anche sotto tale profilo, per rinviare la decorrenza del termine per proporre opposizione alla scissione ex art. 2503 c.c. da parte dei creditori legittimati”*.⁵²

⁵¹ Massima Consiglio notarile di Firenze, *op.cit.*, p. 8 s.

⁵² Massima Consiglio notarile di Firenze, *op.cit.*, p. 9

Questa l'opinione che la dottrina maggioritaria sostiene in tema di opposizione, tuttavia non è possibile non rilevare come la subordinazione dell'opposizione alla scissione nei confronti di quella al concordato possa comportare dei problemi dal punto di vista della tutela dei creditori.

Il legislatore, come detto, struttura l'opposizione alla scissione come un diritto individuale del singolo creditore. Quindi si impone una riflessione sulla compatibilità del ragionamento della dottrina maggioritaria con il dettato costituzionale, in particolare l'art. 24, che afferma il principio secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti.

Per questo motivo, quando si afferma che all'interno del concordato l'opposizione alla scissione cede di fronte a quella contro l'omologa, bisogna quantomeno confrontarsi con i principi costituzionali, poiché viene sacrificato un diritto individuale, tutelato dall'art. 24, a fronte di una decisione della maggioranza.

Precisamente, quando si afferma che l'interpretazione favorevole sarebbe sostenuta anche dalle norme del codice civile, art. 2503-*bis*, non si tiene conto del fatto che questa è una norma che stabilisce un precetto in deroga col diritto comune.⁵³

Data l'eccezionalità della norma, occorre riflettere se la sua applicazione possa essere estesa analogicamente ad una situazione in parte differente quale è quella derivante dal concordato. Infatti, da un lato, all'interno del concordato preventivo i creditori, come gli obbligazionisti, sono inquadrati all'interno di una struttura organica, l'adunanza dei creditori. Tuttavia, dall'altro, lo stato di crisi in cui versa

⁵³ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 644, secondo cui la norma in questione costituisce una "deroga alla regola generale secondo cui ogni creditore sociale è uti singulis legitimato all'opposizione".

l'azienda rende indubbiamente diversa la situazione rispetto alla normalità.

È ben vero che la crisi comporta una naturale insicurezza relativa alla garanzia patrimoniale e che anzi all'interno di un concordato preventivo, specie in quello con continuità aziendale, l'obiettivo è quello di garantire una soddisfazione migliore dei crediti, tant'è che tale migliore soddisfazione deve essere attestata dall'esperto e valutata dal tribunale in sede di ammissione e di omologa. Tuttavia è anche vero che all'interno di una procedura concorsuale si creano delle dinamiche per le quali il piccolo creditore risulterà svantaggiato nei confronti dei creditori che dispongono di più peso economico e strategico.

Da questo punto di vista la norma di cui all'art. 2503 diventa funzionale alla tutela di questi creditori che hanno poca voce in capitolo nella strutturazione del piano e che si troverebbero, sostenendo la prima teoria, a dover subire l'operazione vedendosi espropriati di qualsiasi tutela, sempre che non ricorra uno dei casi di cui all'art. 180, quarto comma, l. fall.

Ora è vero che all'interno delle procedure concorsuali i creditori, nelle loro iniziative individuali, subiscono il concorso. Tuttavia tale concorso è funzionale ad evitare lo smembramento del patrimonio aziendale in seguito alle iniziative individuali. La finalità dell'opposizione alla scissione è differente, si vuole evitare che cattive scelte di gestione comportino una lesione per la garanzia patrimoniale, che nella situazione specifica è già in parte compromessa dallo stato di crisi.

Oltre alle differenti finalità occorre anche notare come la condizione che sta alla base della norma di cui all'art. 2503-*bis* sia differente rispetto a quella dei creditori nella procedura concorsuale. Nel primo caso i creditori non sono creditori *tout court* ma sono tutti obbligazionisti cioè titolari di diritti di credito omogenei, contratti alle

medesime condizioni e portatori di interessi omogenei. Nel caso, invece, dell'assemblea dei creditori all'interno del concordato preventivo la composizione è eterogenea, i creditori hanno contratto il proprio credito a condizioni differenti, così come sono diversi gli interessi di cui essi sono portatori.

Pertanto prima di estendere analogicamente la norma di cui all'art. 2503-*bis* bisogna valutare questi problemi di compatibilità, che rilevano maggiormente se ci poniamo nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

La soluzione a questi problemi può essere duplice, chi aderisce alla prima tesi affermerà che la concorsualità comporta la soggezione di tutti i creditori alle norme della singola procedura, venendo così meno la possibilità di un'iniziativa individuale. Chi invece si schiera dal secondo punto di vista riterrà insopprimibile la tutela individuale, per i motivi sopraesposti, e pertanto le due opposizioni potranno coesistere all'interno della procedura concorsuale.

Da un punto di vista puramente pratico la prima teoria sarà sostenuta da chi ha l'interesse a che la scissione vada a buon fine, ad esempio la società in crisi o i creditori strategici, viceversa gli altri creditori sosterranno la seconda, che più li favorisce, stante la possibilità di impugnare nel merito il concordato.

2.6 *Le ipotesi di responsabilità solidale delle beneficiarie.*

Ulteriori problemi di compatibilità tra le due normative si ritrovano nella disciplina della responsabilità delle beneficiarie. L'effetto più rilevante della scissione per i creditori sociali è il trasferimento dei loro diritti a carico di una società diversa dalla scissa.

Com'è stato rilevato in dottrina, l'effetto riorganizzativo del patrimonio sociale che si produce con la scissione, genera una rottura della relazione originaria tra creditore e patrimonio netto della scissa.⁵⁴

Il frazionamento patrimoniale può essere foriero di rischi avverso la garanzia patrimoniale del creditore, infatti la disgregazione patrimoniale comporta una riduzione del patrimonio originariamente posto a garanzia dei debiti.

Al fine di scongiurare questo rischio il legislatore ha previsto le regole contenute agli artt. 2506-*quater*, ultimo comma, e 2506-*bis*, comma terzo, che fissano i principi: *a)* della responsabilità solidale, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato, per i debiti della scissa non soddisfatti dalla società cui essi sono stati espressamente assegnati; *b)* della responsabilità solidale, anch'essa limitata, per gli elementi del passivo la cui destinazione non sia desumibile dal progetto, che può riguardare le sole beneficiarie, nel caso di scissione totale, e le beneficiarie unitamente alla scissa, nel caso di scissione parziale, peraltro in quest'ultimo caso, parte della dottrina ritiene che la responsabilità della scissa sia illimitata.⁵⁵

Entrambe le disposizioni, com'è stato illustrato da autorevole dottrina, sono da ritenersi inderogabili rispetto ai creditori, tuttavia è possibile che le società risultanti dalla scissione si accordino per una diversa ripartizione degli oneri nei rapporti interni.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. LUCARELLI, *Scissione e circolazione di azienda*, *op. cit.*, p. 456.

⁵⁵ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, p.237; anche PICONE, *Sub art. 2506-bis*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1111; in senso contrario invece SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 469 nota 110.

⁵⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 470, per la quale devono ritenersi ammissibili sia una specifica regolamentazione dei rapporti interni fra coobbligati, sia la rinuncia al contenimento della responsabilità solidale entro il limite del valore effettivo del patrimonio netto assegnato a ciascuna società.

Nel caso in cui la scissione rappresenti la modalità realizzativa di un concordato preventivo, occorre domandarsi se *“l’interferenza con la disciplina del concordato, ed in particolare con l’autoregolamentazione concordataria della crisi o dell’insolvenza possa giustificare, secondo il principio di specialità, la deroga alla regola societaria comune della responsabilità limitata solidale delle società risultanti dalla scissione”*.⁵⁷

Constatato che la scissione si presta a realizzare una fattispecie acquisitiva parziale del patrimonio ⁵⁸, applicando la disciplina codicistica, da un lato, la beneficiaria sarebbe responsabile limitatamente anche dei debiti pretermessi o ignoti o tardivamente emersi, quindi non inseriti nel progetto; dall’altro, nel caso di scissione parziale, la scissa continuerebbe a rispondere illimitatamente dei debiti la cui destinazione non è desumibile dal progetto.

In questo caso ci si può dunque chiedere se, al fine di agevolare gli obiettivi del concordato, la società beneficiaria preesistente possa invocare l’applicazione dell’art. 124 L.F., nella parte in cui riconosce al terzo la facoltà di *“limitare gli impegni assunti con il controdatato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al temo della proposta. In tal caso verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito”*. Così facendo la beneficiaria potrebbe sottrarsi alla responsabilità rispetto a quegli elementi del passivo la cui destinazione non è desumibile dal progetto, derogando quindi all’art. 2506-bis.⁵⁹

⁵⁷ GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁸ GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 99 s., fanno l’esempio della scissione parziale a favore di beneficiaria preesistente, che, a fronte del trasferimento di dati elementi dell’attivo, assuma *in toto* i debiti della scissa, offrendo di soddisfarli secondo il piano contenuto nella proposta di concordato.

⁵⁹ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 100

Una soluzione analoga potrebbe essere prospettata nel caso in cui la scissione preveda la sopravvivenza della scissa. La dottrina ha infatti affermato che se “l’art. 2506-bis, comma 3, c.c. ne sancisce la responsabilità illimitata per i debiti pretermessi e l’art. 2506-quater, ultimo comma, c.c. impone la permanenza della sua responsabilità solidale (ancorché limitata) anche per le passività insoddisfatte dalle beneficiarie, l’art. 137 l.fall. ammette nondimeno la possibilità di una assunzione del concordato da parte di un terzo con liberazione immediata del debitore”⁶⁰. Ritenendo prevalente la disciplina fallimentare sul diritto societario comune, si potrebbe riconoscere l’applicabilità di questa norma anche alla scissione effettuata all’interno di un concordato preventivo. In tal modo si potrebbe sostenere la disapplicazione della fattispecie normativa inderogabile prevista agli artt. 2506-bis e 2506-quater.

A tal fine bisogna evidenziare come la dottrina che si è occupata del concordato preventivo è favorevole al riconoscimento dell’applicabilità della limitazione della responsabilità a tutti i casi in cui la prestazione offerta ai creditori in virtù della complessa proposta di concordato sia costituita dall’assunzione di obblighi diretti nei loro confronti. Questo rilievo è naturalmente supportato dall’interesse alla rapida emersione della crisi e quindi alla sollecita presentazione di una domanda di concordato preventivo, che potrebbe altresì risultare frenata dall’incertezza sulla responsabilità che si assume con l’operazione.⁶¹

2.7 La scissione e la risoluzione del concordato preventivo.

⁶⁰ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. loc. ultt. citt.*

⁶¹ Cfr. STANGHELLINI, *Sub. art. 124 l.fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, JORIO (cur.), Bologna, Zanichelli, 2006, II, p. 1946 ss. *ivi* a p. 1984.

Il procedimento si conclude con la stipula dell'atto di scissione e la sua iscrizione nel registro imprese a norma dell'art. 2506-*quater*.

Per effetto di quest'ultima, le società risultanti dalla riorganizzazione concordataria: *a)* assumono i diritti e gli obblighi della scissa dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2506-*quater* o dalla data successiva eventualmente stabilita;⁶² *b)* imputano al proprio bilancio tutte le operazioni inerenti l'attività e/o il patrimonio della società soggetta alla procedura concorsuale; *c)* redigono il bilancio post-scissione ai sensi dell'art. 2504-*bis*, quarto comma, che si applica anche alla scissione in quanto espressamente richiamato dall'art. 2506-*quater*; *d)* assegnano, in base al rapporto di cambio, le azioni o quote ai soci della società scissa.

In via ordinaria l'assunzione di obblighi concordatari non va ad incidere, in modo diretto, con la struttura dell'operazione di scissione, se non nel caso in cui questa preveda l'assegnazione di quote o azioni o altri strumenti finanziari ai creditori in luogo del pagamento dei debiti.

La scissione si attuerà secondo lo schema programmato nella proposta di concordato e verrà portata a compimento soltanto dopo il decreto di omologazione. Per il resto gli effetti della soluzione concordataria possono riguardarsi unitariamente nel concordato preventivo, là dove si consideri l'attitudine a dettare, in funzione della crisi, un'autoregolamentazione dei rapporti con la totalità dei creditori concorsuali. Il concordato omologato rappresenta, alla stregua della disciplina concorsuale, un titolo di trasferimento dei beni e dei diritti del debitore e di riassetto del suo patrimonio; nonché di contestuale

⁶² Naturalmente qualora le beneficiarie siano di nuova costituzione non sarà possibile stabilire una data successiva proprio in ragione del fatto che l'art. 2506-*quater* vieta espressamente la postdatazione degli effetti in questo caso.

modificazione, estinzione o novazione dei rapporti obbligatori verso i creditori.⁶³

Il decreto di omologazione rappresenta la conclusione formale del concordato preventivo, ma gli effetti sostanziali e processuali provvisori che ne scaturiscono, trovano stabilità soltanto all'esito della sua inoppugnabilità, che determina il c.d. "*giudicato endo-concorsuale*".

Gli effetti dell'omologazione definitiva sono: *a)* la cessazione degli effetti tipici derivanti dall'ammissione al concordato preventivo (es. obblighi di informazione, restrizioni all'attività amministrativa, e tutti gli altri effetti descritti dagli artt. 167-169 l.fall.), quindi l'imprenditore riacquista la disponibilità del suo patrimonio e i creditori riprendono la facoltà di esercitare liberamente i loro diritti; *b)* la decadenza dalle funzioni degli organi della procedura, i quali assumono compiti di mera sorveglianza del regolare adempimento delle prescrizioni concordatarie; *c)* obbligatorietà, per tutti i creditori anteriori al decreto di ammissione, del programma di concordato.

Dopo l'omologa, occorre quindi dare esecuzione al concordato preventivo secondo quanto previsto dal programma concordatario approvato dai creditori.

La vigilanza sull'adempimento spetterà al commissario giudiziale che dovrà, in base a quanto stabilito dall'art. 185 l.fall. "*riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio per i creditori*". Questo compito è particolarmente delicato in tutti i casi in cui il concordato ha contenuto meramente liquidatorio. Se poi, come afferma la dottrina, il concordato per sua struttura "*involge anche l'attuazione delle operazioni societarie occorrenti per il risanamento della società e il reperimento del*

⁶³ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 90

fabbisogno concordatario, la sorveglianza sull'adempimento, da parte del commissario giudiziale, deve estendersi anche a quelle".⁶⁴

Verificato che il curatore ha il compito di vegliare sullo svolgimento della fase esecutiva e, ove necessario, avvisare il giudice del possibile danno per i creditori. Occorre parlare di quali effetti possano derivare dalla risoluzione del concordato preventivo a norma dell'art. 186, ultimo comma, l.fall.

Questa disposizione sembrerebbe, almeno in prima battuta, confliggere con il principio di irreversibilità della scissione di cui all'art. 2504-*quater*, espressamente richiamato dall'art. 2506-*ter*.

La dottrina che si occupata della questione, concorda nell'affermare l'apparenza del problema. Poiché la strutturazione dei rimedi predisposti dalla legge avverso la mancata del concordato, comporta che questi operino solo in una fase successiva rispetto alla conclusione dell'operazione di scissione.⁶⁵

Pertanto l'eventuale risoluzione o annullamento del concordato potrà derivare: o dalla mancata esecuzione dell'operazione straordinaria, ma in questo caso non si porrà alcuna questione circa l'irreversibilità della scissione; ovvero da qualsiasi altro inadempimento grave, che può essere rappresentato ad esempio dall'occultamento di alcuni beni dell'attivo, in questo caso possono porsi problemi di compatibilità.

Da questo ragionamento consegue che l'eventuale annullamento o risoluzione del concordato, una volta che la scissione abbia prodotto i suoi effetti, determinerebbe solo l'immediata e integrale esigibilità dei crediti concorsuali, nei confronti delle società risultanti dalla scissione,

⁶⁴ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 91

⁶⁵ Cfr. GUERRERA E MALTONI, *op. cit.*, p. 78, in tema di fusione, mentre aderisce a questa tesi, riproponendo il medesimo ragionamento all'interno della scissione anche: MAGLIULO, *op. cit.*, p. 158.

*“sia pure in concorso con gli altri crediti, di diversa origine e provenienza insorti nei confronti di essa”.*⁶⁶

Secondo questa dottrina, che peraltro è anche l'unica ad affrontare l'argomento, dinnanzi alla scissione e a qualsiasi altra operazione societaria che sia caratterizzata dall'irreversibilità degli effetti, sembrerebbe ragionevole non già la disapplicazione della disciplina societaria, bensì la produzione di quei soli effetti retroattivi della risoluzione e dell'annullamento che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione concordataria.

3. Fallimento successivo e azione revocatoria.

3.1 Fallimento successivo.

È possibile distinguere due situazioni nelle quali la dichiarazione fallimento può intervenire nel concordato preventivo.

Come affermato in precedenza, l'art. 186 l. fall. consente ai creditori la possibilità di richiedere, a fronte di un inadempimento rilevante, la risoluzione del concordato preventivo. A seguito di tale richiesta si applicheranno gli artt. 137 e 138 l. fall., i quali dettano la disciplina della risoluzione e dell'annullamento del concordato.

L'effetto derivante dalla risoluzione e dall'annullamento è la chiusura della procedura e la susseguente possibilità che i creditori o il pubblico ministero richiedano la declaratoria di fallimento.

Il fallimento della società può però intervenire in un momento successivo alla fase esecutiva, cioè quando le misure previste

⁶⁶ GUERRERA E MALTONI, *op. loc. ultt. citt.*

dall'accordo concordatario non siano state sufficienti a risollevere l'impresa dalla situazione di dissesto.

In quest'ultimo caso il fallimento non dipende, come invece nel caso di risoluzione, da uno o più inadempimenti avvenuti nella fase esecutiva del concordato, ma è legato all'inefficacia delle misure poste in essere per superare la crisi.

È possibile notare fin da subito come vi sia una differenza tra queste due fattispecie di fallimento: nella prima il concordato preventivo non è andato a buon fine, è stato risolto o annullato e per tanto non ha prodotto i propri effetti; nella seconda invece il concordato è efficace solamente i suoi effetti non hanno portato ai risultati previsti.

Questa distinzione è molto importante ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria avente ad oggetto l'atto di scissione. Infatti, a seconda che vi sia un concordato preventivo valido ed efficace troverà applicazione l'art. 67, comma 2, lett. e), secondo cui non sono soggetti a revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo omologato.

È possibile effettuare quindi una prima distinzione, nel caso in cui la scissione sia posta in essere, come atto esecutivo di un concordato preventivo questa non sarà assoggettabile all'azione revocatoria di cui agli artt. 64 e ss. l. fall.

Il problema potrà invece porsi quando la scissione sia attuata a prescindere dal concordato preventivo quindi indipendentemente da quest'ultimo. In questo caso bisognerà risolvere una disputa che in dottrina e in giurisprudenza vede contrapposte due correnti di pensiero, una favorevole alla revocatoria e una contraria.

3.2 *Scissione e azione revocatoria fallimentare.*

La possibilità di esperire un'azione revocatoria avente ad oggetto l'atto di scissione è argomento dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, in cui è possibile rinvenire dei contrasti nelle esigue pronunce sul punto.

In via preventiva è però d'obbligo una considerazione, in queste pronunce manca un elemento che è invece fondamentale nelle considerazioni che ci si appresta a svolgere.

I casi che sono trattati dai giudici di merito non prevedono una scissione all'interno di un concordato preventivo, bensì trattano di fallimenti *tout court* in cui la scissione è avvenuta non in esecuzione di un piano di concordato, ma come atto autonomo dell'impresa fallita.

Ci troviamo di fronte a situazioni completamente diverse e per le quali il legislatore ha predisposto conseguenze diverse. L'art. 67, comma secondo, lett. e), l. fall. prevede infatti la non revocabilità degli atti compiuti in esecuzione di un concordato preventivo. Dunque, quando la scissione è funzionale all'esecuzione del concordato preventivo, l'atto di scissione non potrà essere impugnato da parte del curatore con l'azione revocatoria.

Per rientrare in questa esenzione la scissione dovrà essere effettuata o interamente nella fase esecutiva del concordato, soluzione quest'ultima che comporterebbe i problemi di incertezza dei terzi che sono già stati rilevati in precedenza; ovvero condizionando l'efficacia della delibera all'omologazione del concordato o, in maniera più problematica, condizionando l'efficacia dell'atto di scissione.⁶⁷ Ogniqualvolta la scissione è effettuata all'interno di uno degli schemi anzidetti non sarà

⁶⁷ Si veda in questo capitolo § 2.1.

possibile il ricorso all'azione revocatoria in forza dell'esenzione prescritta dal menzionato art. 67, secondo comma, lett. e).

Il problema è invece di più difficile soluzione quando si esce dal riparo creato dall'art. 67, in questo caso bisogna domandarsi se un atto di scissione sia revocabile nonostante l'applicabilità dell'art. 2504 *quater* c.c. che statuisce l'impossibilità di pronunce di invalidità dopo che l'atto in questione ha prodotto i propri effetti.

Come già affermato, sul punto sussistono dei contrasti in dottrina⁶⁸ e in giurisprudenza⁶⁹, questi vertono principalmente sulla questione inerente alla tutela della scissione, ci si chiede infatti se tale tutela debba essere accordata esclusivamente ai rimedi endosocietari, ovvero se sia possibile l'esperimento del rimedio generale dell'azione revocatoria fallimentare.

La tesi che nega l'ammissibilità della revocatoria fallimentare dell'atto di scissione si fonda essenzialmente su tre presupposti. Il primo riguarda il rapporto tra i rimedi endosocietari, opposizione e responsabilità solidale, e l'azione revocatoria, secondo i sostenitori di questa tesi la funzione tipica dell'azione revocatoria, cioè tutela della

⁶⁸ In dottrina a favore della revocabilità si segnalano: MILANO, *Revocatoria della scissione societaria*, in *Fallimento*, 2013, p. 983 ss.; DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 62 ss. *ivi* a p. 98 ss.; FERRARA JR. – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1011 ss.; LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 395 nota 147; RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, Cedam, 2006, p. 216 ss.. In senso contrario invece: DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, p. 250 ss.; DI GRAVIO, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni nella scissione della società*, in *Dir. Fall.*, 2001, II, p. 442 ss.; MAGLIULO, *op. cit.*, p. 579 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 294 ss.

⁶⁹ In giurisprudenza a favore della revocabilità si segnalano: Trib. Catania, 9 maggio 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 983 ss. con nota di MILANO, *op. cit.*; Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 199 ss.; Trib. Livorno, 2 settembre 2003, in *Fallimento*, 2004, p. 1138 ss., con nota di MONTALDO, *Scissione societaria e revocatoria fallimentare*. In senso contrario invece: Trib. Roma, 11 gennaio 2001, in *Dir. Fall.*, 2001, II, p. 442 ss., con nota di DI GRAVIO, *op. cit.*

garanzia patrimoniale generica dei creditori, sarebbe soddisfatta già dallo strumento dell'opposizione *ex art. 2503 c.c.*. Il secondo argomento riguarda l'art. 2504 *quater c.c.*, che sancisce l'impossibilità di dichiarare invalido un atto di scissione dopo che questo ha prodotto i propri effetti. Il terzo motivo invece riguarda l'art. 2506 *quater* considerata norma di chiusura del sistema, stante l'impossibilità di dichiarazione di invalidità il legislatore avrebbe predisposto questa tutela residuale di tipo obbligatorio.

La giurisprudenza come affermato non è univoca sul punto, tuttavia bisogna registrare che le pronunce più recenti si sono schierate in senso contrario alla tesi appena esposta.⁷⁰ Queste hanno preso posizione su ciascuno di questi argomenti, cercando, con argomenti più o meno convincenti di confutarli.

Per ciò che concerne il rapporto tra opposizione e revocatoria la dottrina contraria all'ammissibilità sostiene che la finalità di conservazione della responsabilità patrimoniale che è propria della revocatoria sarebbe già assicurata dallo strumento dell'opposizione alla scissione. Opposizione e revocatoria sarebbero pertanto "*due rimedi del tutto analoghi tra loro e pertanto il primo escluderebbe il secondo*".⁷¹

Secondo quanto sostenuto dalla sentenza del Tribunale di Catania non vi è identità tra i due rimedi: l'opposizione è un mezzo di difesa che appartiene al singolo creditore, mentre la revocatoria è un'azione che è posta a tutela della *par condicio creditorum*, che va a vantaggio di tutti i creditori sociali della scissa, compresi anche quei creditori successivi all'iscrizione della delibera nel registro delle imprese.

Da questo punto di vista è possibile controbattere a tale affermazione osservando che anche l'opposizione, così come la revocatoria, va a

⁷⁰ Cfr. Trib. Catania, 9 maggio 2012, *op. cit.*, p. 984

⁷¹ MILANO, *Revocatoria della scissione societaria, op. cit.*, p. 990

vantaggio di tutti i creditori, essa infatti impedisce la possibilità di portare a compimento il procedimento di scissione, questo argomento va dunque scartato.

Rimanendo però in tema di rapporto tra opposizione e revocatoria bisogna osservare, come infatti fanno anche i giudici del Tribunale etneo, che “nessuna norma di diritto positivo impedisce l'esperimento in favore dei creditori sociali di due mezzi di garanzia”.⁷²

Questa considerazione va posta però in relazione con quanto disposto dall'art. 2504 *quater*, infatti, se è vero che nessuna norma di diritto positivo esclude l'esperimento di due mezzi di garanzia, è anche vero che la norma appena citata pone uno scoglio importante attribuendo all'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese l'efficacia di pubblicità sanante.

L'esito dell'azione revocatoria si porrebbe in contrasto con questa norma, comportando il ripristino della situazione *quo ante* e la riattribuzione alla scissa degli elementi patrimoniali da questa trasferiti alle beneficiarie, frustrando l'affidamento dei soci e dei terzi nel nuovo assetto societario risultante dal registro delle imprese.⁷³

Per sostenere l'ammissibilità della revocatoria occorre dunque superare quanto disposto da questa norma, il Tribunale di Catania, sostiene che l'effetto dell'azione revocatoria non sia quello di determinare un'invalidità o una caducazione degli effetti della scissione, essa si limiterebbe solamente a rendere inefficaci *inter partes* gli atti di disposizione che ha ad oggetto. Come osservato in dottrina⁷⁴ la sentenza distingue dunque tra invalidità ed inefficacia, affermando che l'art. 2504 *quater* non preclude l'applicabilità del rimedio revocatorio.

⁷² Trib. Catania, 9 maggio 2012, *op. cit.*

⁷³ Questo è l'argomento principale sostenuto dalla pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 11 gennaio 2001, *op. cit.*).

⁷⁴ MILANO, *op. cit.*, p. 991.

Tale tesi era già stata sostenuta dalla giurisprudenza⁷⁵ e da una parte della dottrina.⁷⁶ Il precedente in questione peraltro inserisce un ulteriore argomento, secondo i giudici palermitani l'art. 2504 *quater* sarebbe una norma eccezionale e pertanto non sarebbe possibile estendere in via analogica quest'articolo alla situazione di inefficacia.

Questi argomenti a prima vista solidi, si scontrano però con l'interpretazione che la Suprema Corte ha dato della norma in questione. Secondo la Cassazione la *ratio* della preclusione contenuta nell'art. 2504 *quater* è da rinvenire nella tutela dell'affidamento dei terzi e nella certezza dei traffici, basandosi su questo postulato la Corte ha escluso la possibilità di configurare l'inesistenza di un atto di fusione quale categoria distinta dall'invalidità.⁷⁷ Se tale conclusione vale per l'inesistenza non si vede per quale motivo non debba valere per l'inefficacia.

Appurato che non è possibile sormontare l'ostacolo posto dall'art. 2504 *quater*, si è provato ad aggirarlo. È stato sostenuto che *“la revocatoria non cancella il complesso degli effetti organizzativi posti in essere dall'operazione, ma si limita a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società convenuta”*.⁷⁸ Secondo questa parte della dottrina la revocatoria non comporterebbe la disgregazione delle beneficiarie, in seguito alla declaratoria non ci sarebbe la disgregazione delle beneficiarie, ciò che

⁷⁵ Cfr. Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, *op. cit.*

⁷⁶ Cfr. CACCHI PESSANI, *Sub art. 2503, op. cit.*, p. 739 secondo cui *“il legislatore nazionale avrebbe ben potuto estendere l'effetto sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese anche all'inefficacia. Ma non lo ha fatto, e questa scelta non può essere ignorata dall'interprete, estendendo la portata di una disposizione che – indipendentemente dalla sua natura eccezionale o meno – ha l'effetto di restringere la tutela dei soci e dei creditori, a vizi diversi da quello dell'invalidità dell'atto di fusione.”*

⁷⁷ Cass., 1 giugno 2012, n. 8864, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, p. 725; la sentenza completa è disponibile nelle banche dati.

⁷⁸ DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, *op. cit.*, p. 68

risulterebbe mutato sarebbe solamente la rideterminazione della *par condicio creditorum*. Queste affermazioni sostenute anche dall'ultima pronuncia giurisprudenziale del Tribunale catanese sono senz'altro vere da un punto di vista strettamente giuridico. Tuttavia non è possibile non confrontare tale interpretazione con le ricadute pratiche che questa potrebbe avere.

Si pensi che la pronuncia di cui si sta trattando condanna la beneficiaria alla restituzione del patrimonio assegnatole dalla scissa, ora è ben vero che la semplice restituzione non comporta in linea teorica la disgregazione del soggetto condannato. Tuttavia ponendosi da un punto di vista pratico è molto probabile che ciò accada, si pensi al caso in cui la scissa assegni quote del proprio patrimonio ad una o più società di nuova costituzione, in questo caso il capitale sociale delle beneficiarie sarà costituito, nella maggior parte dei casi, interamente dal patrimonio assegnato. È evidente quindi che una condanna alla restituzione comporterà il dissolvimento della società beneficiaria e quindi una lesione del principio di certezza delle situazioni giuridiche che sta alla base della norma disposta dall'art. 2504 *quater*.

Da ultimo rimane il terzo argomento, quello riguardante l'art. 2506 *quater*, terzo comma, che introduce la responsabilità solidale di tutte le società partecipanti alla scissione.

Secondo parte della dottrina, la norma renderebbe inutile la declaratoria di inefficacia propria della revocatoria, perché i creditori della società fallita pregiudicati nella garanzia patrimoniale del loro creditor potrebbero agire comunque nei confronti della beneficiaria nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato.

La pronuncia del Tribunale di Catania ritiene invece che la revocatoria sia strumentale all'attuazione della responsabilità di cui all'art. 2506

quater, così facendo viene a stabilirsi una sorta di concatenazione tra revocatoria e responsabilità solidale.⁷⁹

Tale tesi va però scartata poiché si pone in contrasto sia con la natura antindennitaria della revocatoria⁸⁰. Sia perché non è chiaro come si esplicherebbe funzione sussidiaria, non potendo concepirsi una revoca parziale, confinata cioè alla sola porzione di debiti non soddisfatti dalla scissa, l'inefficacia colpisce in fatti l'intero atto traslativo indipendentemente da quale sia l'ammontare di debiti non soddisfatti.⁸¹ Alla luce di quanto affermato, nonostante le ultime pronunce della giurisprudenza, pare quanto meno problematico ammettere dell'esperibilità l'azione revocatoria di un atto di scissione. In proposito è da considerare fortemente indicativo l'ostacolo posto dalla norma di cui all'art. 2504 *quater*, che, anche alla luce delle interpretazioni ad essa conferite dalla giurisprudenza di legittimità, appare un ostacolo insuperabile avverso l'ammissibilità di tale rimedio.

⁷⁹ Cfr. FERRARA JR. – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, p. 1011, nota 6, i quali per primi hanno teorizzato la sussidiarietà della revocatoria nei confronti della responsabilità solidale di cui all'art. 2506 *quater*, terzo comma.

⁸⁰ Questa teoria sostiene che la finalità dell'azione revocatoria sia quella di assicurare una collettivizzazione delle perdite da insolvenza tra tutti i creditori anteriori al fallimento. Questa tesi ha trovato accoglimento in una pronuncia delle Sezioni Unite, Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Fallimento*, 2006, p. 1133 ss., con nota di PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*. Peraltro bisogna affermare che tale tesi suscita forti perplessità in dottrina per via delle numerose esenzioni introdotte dalla riforma della revocatoria fallimentare, le quali esprimerebbero una valorizzazione della revocabilità subordinatamente al danno; in tal senso PATTI, *Le azioni di inefficacia*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, JORIO – FABIANI (cur.), Bologna, Zanichelli, 2010, p. 265 ss.

⁸¹ Cfr. MILANO, *op. cit.*, 993.

- CONCLUSIONI -

All'esito delle riforme attuate con il "decreto sviluppo" e con il "decreto del fare", la disciplina delle procedure concorsuali risulta essere fortemente orientata verso la conservazione dei complessi aziendali.

Tra le modifiche apportate alla legge fallimentare spiccano l'introduzione di due istituti finalizzati al raggiungimento di questo obiettivo, il ricorso con riserva (art. 161, comma quinto) e il concordato preventivo con continuità aziendale (art. 186-bis).

La riforma nel breve periodo trascorso dalla sua entrata in vigore ha ottenuto un certo successo, infatti, come dimostrato dalle statistiche, nei 10 mesi compresi tra agosto 2013 e maggio 2014, la quantità di domande di concordato preventivo ha raggiunto quota 2.691, una media che sfiora le 270 pratiche al mese, con una forte impennata nei mesi di marzo e aprile, rispettivamente a 390 e 395 pratiche al mese.¹

Questo aumento di ricorsi, favorito anche dalla non rosea situazione economica in cui versa il Paese, è giustificato prevalentemente dalla norma di cui all'art. 161, comma quinto, l.fall. che concede all'imprenditore la possibilità di anticipare gli effetti protettivi dell'ammissione al concordato senza però dover preventivamente presentare il piano.

Altro elemento che ha portato alla proliferazione dei ricorsi di concordato è la possibilità di prevedere la continuazione dell'attività aziendale, tale opzione ritenuta ammissibile già nella vigenza del vecchio

¹ Statistica tratta da FINOTTO, *Concordato preventivo: a marzo e aprile impennata di domande*, in www.ilsole24ore.com, 20/4/2014.

testo è stata definitivamente abbracciata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 186-bis.

La norma apre nuovi scenari nell'ambito delle procedure concorsuali permettendo all'impresa di ristrutturarsi all'interno della procedura di concordato preventivo. Tra le molteplici soluzioni adottabili vi è la scissione societaria, questo strumento permette, grazie alla sua polimorfità funzionale, di percorrere diversi sentieri al fine di superare la situazione di dissesto in cui versa la società.

Naturalmente come si è rilevato il connubio dei due procedimenti non è privo di punti di frizione, partendo dalle tempistiche, ci siamo infatti chiesti quando sia più opportuno effettuare una scissione all'interno di un concordato preventivo, per arrivare al tema delle opposizioni ed eventuali azioni revocatorie.

Proprio da quest'ultimo punto di vista preme fare un appunto di chiusura, riguardante le possibili scelte di politica del diritto che la giurisprudenza potrebbe essere chiamata ad effettuare, nel caso in cui si presentassero davanti ai giudici casi che siano riconducibili allo schema della scissione all'interno del concordato preventivo.

Come si è avuto modo di dimostrare è possibile sollevare qualche dubbio circa la compatibilità tra opposizione alla scissione e opposizione all'omologa. Nonostante quanto sostenuto dalla maggioranza della dottrina, infatti non è possibile non avanzare alcune perplessità riguardanti l'eventuale soppressione di tutele, che potrebbe porsi in contrasto con lo stesso art. 24 della Costituzione.

Sebbene l'opinione maggioritaria sembri preferibile, è bene notare come questa sia frutto di una maggiore attenzione verso gli interessi dell'impresa in crisi andando invece a scapito dell'interesse individuale dei singoli creditori. In particolar modo dei piccoli creditori, i quali si trovano a subire il concordato.

La scelta tra l'una e l'altra opzione dovrà dunque essere dettata dalla maggiore o minore attenzione verso i terzi portatori di interessi. A tal proposito l'ammissibilità o meno dell'opposizione di stampo individuale alla scissione va anche messa in relazione con un'altra problematica analizzata nell'elaborato, quella tra irreversibilità degli effetti della scissione e revocatoria fallimentare.

La possibilità di esercizio dell'azione revocatoria di un atto di scissione è stata recentemente avvalorata dalla giurisprudenza di merito. Le motivazioni addotte ai fini dell'ammissibilità di tale rimedio sono però fortemente opinabili, non è infatti sostenibile, come invece fa la giurisprudenza più recente, che l'atto di scissione possa essere revocato, facendo venir meno gli effetti da esso già prodotti, sulla base di una distinzione tra invalidità ed inefficacia. Né tanto meno sarebbe configurabile la possibilità di una restitutio in integrum dei beni assegnati alle beneficiarie.

La norma di cui all'art. 2504-quater è chiara nell'affermare che una volta eseguite le iscrizioni l'atto di fusione, nel nostro caso atto di scissione, non può più essere dichiarato invalido. Se ciò non bastasse, la stessa Corte di Cassazione ha affermato che questa norma ha portata generale non potendo essere fatta alcuna distinzione tra invalidità e inesistenza, stante l'interpretazione della Suprema Corte non si vede per quale motivo non debba essere estesa tale interpretazione anche alla distinzione tra invalidità e inefficacia.

La giurisprudenza favorevole alla revocabilità dell'atto di scissione ha poi individuato un altro caso in cui questo strumento può essere utilizzato. La pronuncia del Tribunale di Livorno nel 2003, poi ripresa dal Tribunale di Catania nel 2012, ha rilevato come la revocatoria possa avere una funzione ancillare rispetto alla responsabilità solidale di cui all'art. 2506-quater. In particolare tale norma stabilisce la responsabilità solidale delle

beneficiarie per i debiti della scissa limitandola però al patrimonio netto, secondo i sostenitori dell'ammissibilità della revocatoria l'azione in questione sarebbe utile al fine di superare il limite del patrimonio netto imposto dallo stesso art. 2506-quater.

Questo tipo di soluzione potrebbe dunque essere utile in tutti quei casi in cui, a seguito dell'insolvenza della scissa, le beneficiarie debbano essere chiamate a rispondere dei debiti di quest'ultima, ma in forza di una particolare strutturazione le beneficiarie siano "irresponsabili". Il patrimonio netto è, di fatto, una somma algebrica di valori positivi e negativi, pertanto è possibile creare dei patrimoni netti a somma zero semplicemente modulando l'assegnazione dei singoli cespiti alle beneficiarie.

Proprio al fine di evitare questi abusi la giurisprudenza potrebbe utilizzare la revocatoria, che interverrebbe come una sorta di sanzione, per far cadere il limite del patrimonio netto e reintegrare la responsabilità patrimoniale.

Ecco dunque che se la giurisprudenza dovesse trovarsi di fronte ad un caso di concordato preventivo con scissione societaria, potrebbe effettuare una scelta, negando l'opposizione alla scissione all'interno della procedura concorsuale e concedendo però la revocatoria, nella forma di sanzione, ponendo quindi un limite a queste prassi elusive della responsabilità patrimoniale.²

² I riferimenti alle sentenze dei Tribunali di Livorno e Catania, così come la pronuncia della Corte di Cassazione, possono essere ritrovati all'interno del Cap. IV § 3.2.

- INDICE BIBLIOGRAFICO -

A

ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, p. 1131 ss.

ALESSI, *L'amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Banca borsa*, 1980, p. 127 ss.

ALLEGRI, *Il concordato preventivo rivisitato*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 877 ss.

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO (cur.), 11.2, Padova, Cedam, 2008.

AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario e "altri atti di frode"*, in *Fallimento*, 2011, p. 933 ss.

AMBROSINI, *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in AMBROSINI, ANDREANI e TONI (cur.), *Crisi d'impresa e restructuring*, Milano, 2013, p. 79 ss.

AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 501 ss.

ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it,

ATLANTE, *Effetti dell'iscrizione nel registro imprese delle modifiche statutarie nelle società di capitali: il nuovo art. 2436, comma 5, c.c.*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 844 ss.

B

BASSI, *Il fallimento di ufficio*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 631 ss.

BAVETTA, *Le scissioni nel sistema delle modificazioni statutarie*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 397 ss.

BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 521 ss.

BENASSI, *sub art. 2436*, in *Il nuovo diritto delle società*, A. MAFFEI ALBERTI (cur.), Padova, Cedam, 2005, II, p. 1469 ss.

BENDETTI, *Il trattamento dei creditori dei creditori con diritto di prelazione nel nuovo concordato preventivo: diritto di voto; modalità di soddisfazione*, in *Giur. Comm.*, 2013, p. 1044 ss.

BERSANI, *Il concordato preventivo: giudizio di fattibilità del tribunale, formazione delle classi dei creditori, transazione fiscale*, Milano, Giuffrè, 2012.

BIANCHI, *Sub art. 2504-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 849 ivi p. 857.

BONFATTO - CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2013.

BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua in Fallimento*, 2011, p. 805 ss.

BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 377 ss.

C

CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1991, V, p. 283 ss.

CABRAS, *Società: trasformazione e fusione (panorama di giurisprudenza)*, in *Giur. Comm.*, 1978, p. 961.

CACCHI PESSANI, *Sub art. 2501-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione – Fusione – Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 593 ss.

CACCHI PESSANI, *Sub art. 2503*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione – Fusione – Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 719 ss.

CAGNASSO – IRRERA, *Fusione e trasformazione delle società*, in *Dig. Comm.*, VI, Torino, UTET, 1991, p. 313 ss.

CAGNASSO, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, Giuffrè, 2012.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, UTET, 2009.

CAPPUCCILLI, *La direttiva CEE in materia di scissione di società per azioni*, in *Foro It.*, 1987, IV, p. 262 ss.

CARATOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio post fusion: interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Società*, 2004, p. 1406 ss.

CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, p. 175 ss.;

CAVANNA, *Scissione di società e criteri di individuazione dei patrimoni trasferiti*, in *Giur. It.*, 2003, I, p. 960 ss.

CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 316 ss.

CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, p. 343 ss.

CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, IPSOA, 2003;

D

D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. Not.*, 1990, p. 876 ss.

D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo, piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale, concordato fallimentare e concordato stragiudiziale, composizione della crisi sa sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2013.

DAVIGO, *Brevi spunti su alcune questioni relative alla ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare dell'atto di scissione societaria*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, p. 250 ss.;

DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fallimento*, 2004, IV, p. 353 ss.

DI GRAVIO, *La revocatoria fallimentare dell'attribuzione dei beni nella scissione della società*, in *Dir. Fall.*, 2001, II, p. 442 ss.;

DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 62 ss. *ivi* a p. 98 ss.;

DI PIRRO, *Il nuovo concordato preventivo*, Piacenza, La Tribuna, 2012.

DI SARLI, *Sub. art. 2501 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione – Fusione – Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 449 ss.

DIMUNDO, *Commento sub art. 161*, in *Codice commentato del fallimento*, LO CASCIO (cur.), Milano, IPSOA, 2013, p. 1906 ss.

E

ESPOSITO, *Il piano del concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in AMBROSINI (cur.), *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 543 ss.

F

FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 610 ss.

FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo* in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 276 ss.

FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p. 167 ss.,

- FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it
- FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 392 ss.
- FAUCEGLIA, *Incertezze valutative in tema di nuovo concordato preventivo tra risentimento dei giudici ed incertezze del legislatore*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 153.
- FERRARA JR. – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1011 ss.;
- FERRARO, *Scissioni e scorporazioni di società: problemi di principio e problemi pratici*, in *Nuovo Dir.*, 1988, p. 649 ss.
- G. FERRI JR. – GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA – G.B. PORTALE (cur.), Torino, UTET, IV, 2007.
- G. FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, p. 806 ss.
- G. FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, I, p. 747 ss.
- FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. Comm.*, 1991, p. 1065 ss. ivi a p. 1066.
- FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, I, p. 673 ss.;

FIALE, *Diritto fallimentare*, Napoli, Simone, 2013;

FORTUNATO, *Rilievi sulle principali novità della riforma del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 1029 ss.;

G

GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3 ottobre 2012,

GARCEA, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato con riserva*, in *Diritto Fallimentare*, 2013.

GELATO, *Sulla ammissibilità di scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Tribunale Verona, 6 novembre 1992, decr.*, in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 435 ss.

GIORGIANNI, *La scissione societaria nella disciplina delle imposte sui redditi*, in *Rass. Tribut.*, 1997, p. 1217 ss.;

GRIZZO, *Le crisi bancarie: strumenti di soluzione*, in *Impresa*, 2002.

GUERRERA E MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 17 ss.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare, la nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, Giappichelli, 2006.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012.

I

IRRERA, *Scissione delle società*, in *Dig. Comm.*, 1996, Torino, UTET, p. 269 ss.

J

JORIO ET. AL., *il nuovo diritto fallimentare*, JORIO (cur.), Bologna, Zanichelli, 2010;

JORIO, *Fattibilità del piano di concordato, autonomia delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 1107 ss.

JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, COTTINO (cur.), 11.2, Padova, Cedam, 2008;

L

LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 514 ss.;

LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, p. 61 ss.

F. LAURINI, *Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetria*, in *Riv. Not.*, 2007, I, p. 1133 ss.

F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. Soc.*, 1992, p. 923 ss.

F. LAURINI, *Sub art. 2502*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.),

- Trasformazione – Fusione – Scissione*, 2006, Milano, Giuffré, p. 641 ivi a p. 642.
- G. LAURINI, *Scorporo di società: considerazioni e prospettive*, in *Riv. Not.*, 1986, p. 440 ss.
- G. LAURINI, *La scissione di società* in *Riv. Not.*, 1992, p. 921 ss.
- LO CASCIO, *Concordato con preventivo con riserva: un passo avanti e due indietro?*, in *Quotidiano Giuridico*, 27/6/2013.
- LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, 1125 ss.;
- LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 7 ss.
- LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1999, p. 725 ss.
- LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 4-5.
- LOMBARDI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 713 ss.
- LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 395;
- LUCARELLI, *Scissione e circolazione di azienda*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABADESSA e G.B. PORTALE (cur.), IV, Torino, UTET, 2007, 441 ss.
- LUPI, *Scissione di società*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*;
- LUPI, *Scissione di società: idee per una regolamentazione discalare*, in *Boll. Tribut.*, 1991, p. 1621;

M

MAGLIULO, *La scissione delle società*, in LAURINI (cur.), *Notariato e nuovo diritto societario*, Milano, IPSOA, 2012, IX.

MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, I, p. 11 ss.

MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei "piani di risanamento" e dei progetti di "ristrutturazione" nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di "crisi"*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, BONFATTO-FALCONE (cur.), Milano, 2006, p. 461ss.;

MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, p. 311 ss.

MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 2006.

MARZALE, *La fusione delle società nella disciplina comunitaria*, in *Società*, 1986, p. 977 ss.

MILANO, *Revocatoria della scissione societaria*, in *Fallimento*, 2013, p. 983 ss.

MINUTOLI, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, in *Dir. Fall.*, 2006, V, p. 832 ss.

MORANO, *Prime osservazioni in tema di scissione*, in *Società*, 1991, p. 1305 ss.

MUSCO, *La natura giuridica della scissione*, in *Dir. Fall.*, 1995, I, p. 1000 ss.

N

NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. Fall.*, 2013, II, p. 185 ss.

NIGRO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: cenni introduttivi*, in *Nuove leggi civili*, 2000, p. 135.

NIGRO, *La riforma organica delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 781 ss.

NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, IX/2, p. 335.

NOCERA, *Preconcordato: gli effetti della nomina del commissario giudiziale*, in *Quotidiano giuridico*, 25/06/2007.

O

OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1991, I, p. 501 ss.,

P

PALMIERI, *Operazioni straordinarie corporative e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 2009, p. 1092 ss.;

PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999

- PAOLINI, nota a Tribunale di Verona, *decreto 2 dicembre 1999*, in *Le società*, 2000, p. 448 e ss.
- PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2012, p. 36 ss.
- PATTI, *Le azioni di inefficacia*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, JORIO – FABIANI (cur.), Bologna, Zanichelli, 2010, p. 265 ss.
- PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261 ss.;
- PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, Giuffrè, 1992 p. 187ss.
- PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 1189 ss.;
- PICCIAU, *Sub art. 2506*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1025 ss.
- PICONE, *Sub art. 2506-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.), *Trasformaione-Fusione-Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1077 ss.
- PICONE, *Sub art. 2506-bis*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI, *Trasformazione, fusione e scissione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1111 ss.
- PICONE, *Sub art. 2506-quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (cur.),

Trasformazione fusione e scissione, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1169 ss.

PICONE, *Sub art. 2506-ter*, in *Commentario alla riforma delle società*, MARCHETTI - BIANCHI - GHEZZI - NOTARI (cur.), *Trasformazione-Fusione-Scissione*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1139 ss.

PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. Soc.*, 2000, I, p. 480 ss.

PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29 - 30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, p. 701 ss.

R

RACUGNO, *Lo scorporo d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1995.

RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, Cedam, 2006.

S

SALAFIA, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Società*, 2000, p. 1290 ss.;

SALOMONE, *sub art. 2448*, in *Società di capitali*, G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (cur.), Napoli, Jovene, 2004, II, p. 1287 ss.

SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209 ss.

- SALANITRO, *La cessione di crediti anomali ad una società di gestione (c.d. bad bank)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1997, p. 408 ss.
- SANDULLI, *Appunti sulle prospettive di riforma della legge fallimentare e sulle riforme attuate*, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 328 ss.
- SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.
- SANTAGATA, *Le fusioni*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, VII**/1.
- SANTINI, "Scorporazione" di società?, in *Giur. It.*, 1956, I, p. 853 ss.
- SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca borsa*, 2006, p. 517 ss.;
- SCHIANO DI PEPE, *Concordato preventivo con continuità aziendale nel d.l. 83/2012: prime considerazioni*, in *Diritto Fallimentare*, 2012.
- SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civili*, 1979, p. 705 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società, Lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1990, p. 109 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in G. B. COLOMBO e G. E. PORTALE (cur.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, UTET, 2006, VII**/2.
- SERRA, *La trasformazione e la fusione di società*, in *Trattato di diritto privato*, P. RESCIGNO (cur.), Torino, UTET, 1985, XVII, p. 301 ss.
- SPERONELLO, *La scissione delle società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di assegnazione di quote della scissa*, in *Giur. Comm.*, 2001, p. 273 ss.

STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p. 1222 ss.

STANGHELLINI, *Sub. art. 124 l.fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, JORIO (cur.), Bologna, Zanichelli, 2006, II, p. 1946 ss.

T

TANTINI, *Trasformazione e Fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO (cur.), VIII, Padova, Cedam, 1985, p. 275 ss.

TARANTINO, *Quali poteri di controllo per il giudice sulla proposta di concordato preventivo?* in *D & G*, 2014, p. 4 ss.

TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti a efficacia sospesa o differita*, in *Riv. Not.*, 1996, 83 ss.

TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 l. fall. Nel concordato preventivo: la Cassazione e il "cigno nero"*, in *Giur. It.*, 2012, p. 82 ss.

TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 1 ss.

TRAVAGLINO, *La "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Corr. Merito*, 2013, p.4 ss.

V

VAROTTI, *Tribunale di Reggio Emilia. Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012 (versione aggiornata al 25 ottobre 2012 sulla scorta dei primi casi)*, in www.ilcaso.it.

VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, VI.

VELLA, *L'ammissione al concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento* 2013, I, p. 73 ss.

- INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI -

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., 3 febbraio 1961, n. 223, in *Foro it.*, 1962, I, p. 105 ss.
- Cass., 24 aprile 2003, n. 6526, in *Società*, 2003, II, p. 1360,
- Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Fallimento*, 2006, p. 1133 ss.
- Cass., 20 dicembre 2007, n. 28242, in *Giur. Comm.*, 2007, II, p. 339 ss.
- Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Giur. It.*, 2011, p. 856 ss.
- Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 276 ss.
- Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, p. 805 ss.
- Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, p. 933 ss.
- Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Giur. It.*, 2012, p. 82 ss.
- Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giur. It.*, 2012, p. 82 ss.
- Cass., 1 giugno 2012, n. 8864, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, p. 725.
- Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. Comm.*, 2013, II, p. 333 ss.
- Cass., 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013.
- Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.
- Cass., 30 aprile 2014, n. 9541, in *D & G*, 2014, p. 4,

CORTE D'APPELLO

- App. Venezia, 16 marzo 2000, in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 268 ss.

App. Milano, 12 gennaio 2001, in *Società*, 2001, p. 434.

App. Genova, 12 novembre 2003, in *Giur. It.*, 2003, I, p.960.

TRIBUNALE

Trib. Verona, 6 novembre 1992, in *Giur. Comm.*, 1995, II, p. 435 ss.

Trib. Milano, 6 giugno 1994, in *Società*, 1994, p. 1570 ss.

Trib. Milano, 22 settembre 1995, in *Società*, 1996, p. 803 ss.

Trib. Verona, 2 dicembre 1999, in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 268 ss.

Trib. Roma, 11 gennaio 2001, in *Dir. Fall.*, 2001, II, p. 442 ss.

Trib. Livorno, 2 settembre 2003, in *Fallimento*, 2004, p. 1138 ss.

Trib. Palermo, 26 gennaio 2004, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 199 ss.

Trib. Catania, 9 maggio 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 983 ss.

Trib. Terni, 12 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 499 ss.

Trib. Modena, 14 settembre 2012, in *Foro It.*, 2012, I, p. 3181 ss.

Trib. Velletri, 18 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 104.

Trib. Asti, 24 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 103.

Trib. La Spezia, 25 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 102.

Trib. Benevento, 26 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 101.

Trib. Modena, 15 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

Trib. Reggio Emilia, 27 Ottobre 2012, in www.ilcaso.it.

Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1378 ss.

Trib. Pordenone, 6 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 902 ss.

- RINGRAZIAMENTI -

Vorrei esprimere la mia gratitudine al Prof. Paolo Menti, relatore di questa tesi, per avermi seguito in tutti i passaggi di questo lavoro, dandomi preziosi consigli e mostrandosi sempre disponibile al confronto.

Ringrazio la mia famiglia e Giorgia, che in questi anni universitari mi sono sempre stati vicini, supportando tutte le mie scelte e sostenendomi nei momenti di difficoltà.

Ringrazio infine gli amici e i colleghi dell'università, con i quali ho condiviso bellissimi momenti in questi anni e con cui mi appresto a festeggiare il raggiungimento di questo traguardo

