

quattro anni successivi a tale operazione, partecipa ad un'altra trasformazione, fusione o scissione".

6. La scissione mediante scorporo.

6.1. Le ragioni dell'introduzione di una disciplina nazionale dello scorporo. — Il Decreto non si è limitato a dettare una disciplina sistematica delle operazioni transfrontaliere ed internazionali, ma ha anche introdotto talune modificazioni nel codice civile dirette a regolare operazioni meramente nazionali.

Si allude alla disciplina della scissione mediante scorporo, introdotta dall'art. 51, comma 3, del Decreto.

Deve a tale riguardo rilevarsi che la Direttiva non impone agli stati membri di prevedere una disciplina della scissione mediante scorporo di carattere meramente nazionale.

Ed invero, le uniche disposizioni della Direttiva che definiscono e prevedono lo scorporo sono dettate esclusivamente con riferimento alla disciplina delle operazioni transfrontaliere, in relazione alle quali l'art. 160-ter n. 4 lett. c) della Direttiva stessa definisce la "scissione per scorporo" l'operazione con cui "la società scissa trasferisce a una o più società beneficiarie parte del patrimonio attivo e passivo in cambio dell'attribuzione di titoli o quote delle società beneficiarie alla società scissa".

Nella Legge Delega la materia è trattata all'art. 3, comma 1, lett. p), che impone al legislatore delegato di "prevedere che la società, ai fini del trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno, possa avvalersi della disciplina prevista per la scissione, con le semplificazioni previste dall'articolo 160-vicies della direttiva (UE) 2017/1132, e stabilire che le partecipazioni siano assegnate alla società scorporante".

Peraltro anche il citato articolo 160-vicies della Direttiva si riferisce esclusivamente alla scissione transfrontaliera mediante scorporo.

Ciò posto, il legislatore delegato ha ritenuto opportuno introdurre nel codice civile una disciplina dello scorporo applicabile anche alle operazioni meramente nazionali, sulla scorta della considerazione che "l'istituto dello scorporo è previsto nella direttiva tra le forme di scissione mentre nel diritto nazionale non rappresenta un istituto avente autonoma disciplina. L'estensione della armonizzazione è volta, in questo caso, a coordinare il diritto interno con la disciplina europea per far sì che le

V.I.
/ / / /
/ / / /
/ / / /

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

medesime forme di scissione siano previste sia nelle scissioni nazionali sia in quelle transfrontaliere (o internazionali)”¹⁵².

Ma, alla stregua delle esposte considerazioni, della piena conformità di tale scelta alla Direttiva è lecito dubitare.

6.2. *Nozione.* — La scissione mediante scorporo è definita dal nuovo art. 2506.1 c.c., introdotto dal Decreto, secondo cui “Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività”¹⁵³.

Ne consegue che:

- 1) la scissione mediante scorporo può essere solo di tipo parziale e mai di tipo totale, dovendo comportare l’assegnazione alla beneficiaria solo di parte del patrimonio della scissa e la continuazione dell’attività di quest’ultima;
- 2) la beneficiaria o le beneficiarie devono essere di nuova costituzione, onde non è ammissibile uno scorporo in favore di beneficiaria preesistente;
- 3) le partecipazioni delle beneficiarie sono assegnate alla scissa e non ai soci della scissa, come avviene nella scissione di tipo tradizionale;
- 4) in conseguenza la beneficiaria o le beneficiarie risulteranno tutte società unipersonali, aventi quale unico socio la scissa.

Il requisito sub 2) è motivato nei lavori preparatori con la considerazione che “la previsione della scissione mediante scorporo è stata tuttavia limitata al caso della costituzione di nuova società, poiché soltanto quest’ultima ipotesi rispetta la condizione, prevista dall’articolo 3, comma 1, lettera p) della legge 127 del 2022, della “omissione delle formalità dichiarate non necessarie dalla direttiva riguardante la scissione mediante scorporo”. In caso di scorporo con trasferimento di patrimonio a una società preesistente non potrebbe esservi il richiesto procedimento semplificato posto che, per le caratteristiche di cui si è detto in precedenza sulla maggiore complessità del passaggio di patrimonio in capo ad un ente non di nuova costituzione, è normalmente necessario disciplinare l’individuazione del rapporto di cambio e non potrebbe quindi prevedersi una disciplina semplificata che, ad esempio, ometta la relazione degli ammini-

¹⁵² Relazione illustrativa p. 6.

¹⁵³ È peraltro evidente il refuso nel testo normativo, consistente nella inutile ripetizione della locuzione “a sé stessa”.

stratori ad illustrazione del concambio o la relazione degli esperti indipendenti sulla congruità del medesimo" ¹⁵⁴.

6.3. *Lo scorporo di società in liquidazione.* — L'art. 2506.1, comma 2, c.c. dispone altresì che "La partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo".

Si tratta di una norma che riproduce pedissequamente quanto già disposto dall'art. 2506, comma 4, c.c. per la scissione tradizionale e che è motivata nei lavori preparatori con la considerazione che "Tale condizione è infatti incompatibile col requisito della prosecuzione dell'attività della società scissa, dopo l'operazione" ¹⁵⁵.

6.4. *L'applicabilità allo scorporo delle norme in materia di scissione in generale e le specifiche regole valesole solo per lo scorporo.* — Quanto alla disciplina della scissione mediante scorporo, deve rilevarsi che il Decreto ha inserito il nuovo istituto a pieno titolo nell'ambito delle fattispecie codicistiche di scissione.

Ne consegue che allo scorporo devono essere applicate, in linea di principio, tutte le norme in materia di scissione.

Ed invero, le uniche norme specifiche introdotte nel codice dal Decreto sono dirette ad apportare al procedimento di scissione mediante scorporo talune semplificazioni, sul presupposto che per il resto debbano trovare applicazione le norme generali sulla scissione.

Si è già avuto modo di rilevare che:

— dette semplificazioni sono state dettate in ossequio a quanto previsto dall'art. 160-*vicies* della Direttiva;

— le ragioni delle medesime attengono alla circostanza che nello scorporo l'operazione, pur dando vita alla creazione di un nuovo soggetto societario, non incide sulla posizione dei soci della scissa, in quanto, all'esito dell'operazione, essi rimangono soci unicamente di quest'ultima società ed il valore della loro partecipazione rimane inalterato, atteso che la perdita degli assets assegnati alla beneficiaria è compensato dal valore della partecipazione in quest'ultima che, per effetto della scissione, è assegnata alla scissa.

¹⁵⁴ Relazione illustrativa p. 7.

¹⁵⁵ Relazione illustrativa p. 54.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

In ragione di ciò:

— l'art. 2506-bis, quinto comma, c.c., introdotto dal Decreto, dispone che il progetto di scissione mediante scorporo non contiene i dati di cui ai numeri 3) (rapporto di cambio), 4) (modalità di assegnazione delle partecipazioni della società risultante dall'operazione), 5) (data dalla quale esse partecipano agli utili) e 7) (trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni) dell'articolo 2501-ter, primo comma, né "altro contenuto incompatibile con l'assegnazione delle azioni o quote delle società beneficiarie alla società stessa, anziché ai suoi soci";

— l'articolo 2506-ter c.c., terzo comma, come modificato dal Decreto, prevede che non sono richieste la situazione patrimoniale prevista dall'art. 2501-quater c.c. e le relazioni previste dagli articoli 2501-quinquies e 2501-sexies c.c.; (annunciato/esposto)

— l'art. 2506-ter c.c., sesto comma, come introdotto dal Decreto, prevede che alla scissione mediante scorporo non si applica il diritto di eccesso previsto dagli artt. 2473 e 2502 c.c.

6.5. *I diversi principi applicabili al conferimento di assets.* — Ciò posto, per analizzare la nuova disciplina dello scorporo nazionale, occorre prendere le mosse dal sistema che era utilizzato in Italia per realizzare operazioni aventi effetti simili, in assenza della disciplina *de qua*.

Ed a tale riguardo pare evidente che lo "scorporo" veniva realizzato mediante il conferimento da parte di una società in altra società di nuova costituzione di *assets* appartenenti alla conferente.

Peraltro, la dottrina era solita sottolineare la differenza fra siffatta operazione e la scissione tradizionale, proprio in ragione del fatto che le partecipazioni sociali nella società di nuova costituzione venivano assegnate, non già ai soci della conferente, bensì alla conferente stessa¹⁵⁶.

¹⁵⁶ "chi trasferisce, ossia la scissa, nulla ha in cambio perché le partecipazioni, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di scorporo mediante conferimento ad altra società, sono attribuite ai soci della scissa" (S. LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patrimonio*, in *Società*, 1994, 890); nello stesso senso G. PALMIERI, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, Torino, 1999, 28 ss.; G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 482 ss.; G. E. COLOMBO, *Scissione e trasferimento d'azienda*. A) *Introduzione*, in *Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 370 s.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, 626; G. SCOGNAMIGLIO, *Scissione e trasferimento d'azienda*. B) *Profili civilistici*, in *Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 373 ss.; Id., *Sulla circolazione dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*,

In quest'ottica l'operazione tradizionale di conferimento non rappresenta per la conferente una forma di modifica statutaria, ma un'operazione di carattere meramente gestorio, come tale normalmente interamente rimessa alla competenza dell'organo amministrativo.

L'assemblea in tal caso può essere chiamata in causa solo in via eccezionale, laddove si verificano determinati presupposti quali:

- l'assunzione di responsabilità illimitata nella società conferitaria ex art. 2361, comma 2, c.c.;
- il carattere sostanzialmente modificativo dell'oggetto sociale dell'operazione per gli effetti dell'art. 2479, comma 2, n. 5 c.c.

Il carattere meramente gestorio dell'operazione, inoltre, comporta che essa non sia assoggettata al decorso di determinati termini al fine di attribuire un diritto di opposizione ai creditori sociali.

Ed invero, il sistema societario non ricorre mai all'istituto dell'opposizione ogni qual volta si tratti di atti a carattere meramente gestorio.

Le ragioni di tale scelta di sistema sono a mio avviso evidenti, come ho già avuto modo di sottolineare in altra sede¹⁵⁷.

634

Il riconoscimento del diritto di opposizione dei creditori, recando con sé la possibilità di paralizzare la divisata operazione, può costituire un serio ostacolo all'operatività della società.

Il contemperamento degli interessi in gioco è, dunque, realizzato mediante il riconoscimento alla società della possibilità di compiere un qualsiasi atto gestorio, per quanto rilevante sul patrimonio sociale, senza che i creditori possano avere preventivamente voce in capitolo sulla possibilità di compiere l'operazione.

La tutela dei creditori è in tal caso spostata innanzitutto sul piano risarcitorio, facendo ricorso:

- alla responsabilità degli amministratori per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (artt. 2394 e 2476, sesto comma, c.c.),
- nelle società a responsabilità limitata, alla responsabilità solidale

2001, 443 ss.; Id., *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**, 2, Torino, 2004, 121 ss.; C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 195; R. DINI, *Scissioni - strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008, 64 ss., il quale peraltro ritiene che l'assegnazione delle partecipazioni sociali della beneficiaria ai soci della scissa debba essere inquadrata nello schema del contratto a favore di terzi.

¹⁵⁷ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., p. 546.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la i terzi (art. 2476, settimo comma, c.c.),

— nei gruppi di società, alla responsabilità delle società o degli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agendo nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società (art. 2497 c.c.).

Ma, soprattutto, è dato ai creditori di esperire *ex post* l'azione revocatoria a tutela dell'integrità della garanzia patrimoniale del proprio debitore.

Inoltre, la circostanza che si tratta di un conferimento in natura in senso tecnico, da imputare al capitale di una nuova società, implica che, laddove quest'ultima sia una società di capitali, è necessario effettuare una valutazione dell'oggetto del conferimento in conformità agli artt. 2343, 2343-ter o 2465 c.c.

Infine, nel conferimento trovano applicazione la garanzia per evizione e vizi e, in ipotesi di conferimento di crediti, la garanzia per la solvenza del debitore ceduto, previste dagli artt. 2254 e 2255 c.c., richiamati per le società di capitali dagli artt. 2342, terzo comma, e 2464, quinto comma, c.c.

Naturalmente la nuova legge non ha inteso in alcun modo vietare di ricorrere per il futuro al meccanismo del conferimento in una società di nuova costituzione, ma ha solo inteso fornire all'autonomia privata un ulteriore strumento alternativo per raggiungere un risultato analogo.

Ciò posto, occorre chiedersi quali siano le differenze procedurali laddove, per realizzare il risultato un tempo perseguito tramite il conferimento, si intenda utilizzare la scissione mediante scorporo.

6.6. *L'oggetto dell'assegnazione scissoria.* — A tale riguardo, sotto il profilo dell'oggetto dell'assegnazione, non pare sussistano apprezzabili differenze fra il conferimento e la scissione mediante scorporo, se si accoglie la tesi¹⁵⁸ secondo cui possono essere oggetto di assegnazione in sede di scissione anche elementi patrimoniali non idonei a consentire lo svolgimento di un'attività di impresa e, come tali, non integranti le caratteristiche di un ramo aziendale e del tutto sprovvisti di quel minimo di organizzazione funzionale che è caratteristico dell'azienda.

¹⁵⁸ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 195, ove ampi riferimenti bibliografici.

6.7. *La competenza a deliberare l'approvazione del progetto di scissione.* — Per altro verso l'applicazione della normativa in materia di scissione comporta che l'operazione sia assoggettata alle regole proprie delle modificazioni dell'atto costitutivo.

Non v'è dubbio, invero, che il legislatore ha considerato la scissione come una particolare ipotesi di modificazione delle strutture societarie coinvolte nell'operazione.

Ne costituisce inequivocabile riprova la circostanza che la legge sottopone l'operazione in esame al procedimento tipico delle modificazioni dell'atto costitutivo (cfr. ad es. gli artt. 2502, primo comma, e 2502-bis c.c. richiamati dall'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c.)¹⁵⁹.

Ne consegue che la decisione di scissione non è rimessa all'organo amministrativo, come avviene nel conferimento, bensì ai soci, sia pure mediante approvazione di un progetto predisposto dagli amministratori.

Ciò posto, ci si deve chiedere se possano essere applicate analogicamente al caso di specie le disposizioni di cui all'art. 2505, comma 2, c.c. — richiamate dall'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c. per il caso di scissione in favore di beneficiaria preesistente che possiede l'intero capitale della scissa — secondo cui l'atto costitutivo o lo statuto può prevedere che l'operazione sia decisa, con deliberazione risultante da atto pubblico, dall'organo amministrativo.

Ed invero la scissione mediante scorporo condivide, con scissione in favore di beneficiaria preesistente che possiede l'intero capitale della scissa, la mancanza di un rapporto di cambio.

La questione, peraltro, si è già posta in tutte le altre fattispecie di scissione caratterizzate dall'assenza di un rapporto di cambio prive di espressa disciplina normativa che la dottrina ha individuato¹⁶⁰.

In questi casi, come si è già avuto modo di rilevare in altra sede¹⁶¹, non si tratta di una conseguenza necessitata dalla natura dell'operazione, ma, in realtà, di una vera e propria scelta di politica legislativa da parte del redattore della norma, che ha ritenuto semplicemente opportuno semplificare il procedimento di scissione in determinate circostanze.

L'estensione di tale disposizione a casi diversi da quelli ivi contemplati, ma partecipi della medesima *ratio legis*, costituisce dunque un'ope-

¹⁵⁹ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 24.

¹⁶⁰ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 897.

¹⁶¹ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 909.

Dunque non è possibile estendere la disciplina (art. 2505 c.c.)
alle sciss. con scorporo dove è prevista
dall'As. del Soc.

DOTTRINA

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

razione interpretativa sicuramente da ascrivere nell'ambito del procedimento analogico.

Ma la scelta del legislatore incorporata nella disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2505 c.c. è pur sempre espressione di un'eccezione in senso tecnico rispetto ai principi generali in materia di procedimento di scissione, onde deve ritenersi che non sia possibile alcuna interpretazione analogica al riguardo¹⁶².

6.8. *La normale non necessità della stima degli assets oggetto di assegnazione scissoria.* — Del pari la scissione mediante scorporo, a differenza del conferimento, anche laddove l'assegnazione scissoria sia destinata ad essere imputata al capitale sociale di una beneficiaria di nuova costituzione in forma di s.r.l. s.p.a. o s.a.p.a., non richiede, di regola, che gli elementi patrimoniali assegnati siano assoggettati a stima secondo le norme di cui agli artt. 2343, 2343-ter o 2465 c.c.

Nella scissione ciò è, infatti, necessario solo ove ad essere scissa è una società di persone con imputazione degli elementi patrimoniali assegnati al capitale di una beneficiaria avente la forma giuridica della società di capitali¹⁶³.

6.9. I rimedi posti a tutela del ceto creditorio.

6.9.1. *Generalità.* — Di maggiore complessità è la questione dell'applicazione dei rimedi posti, in materia di scissione, a tutela dei

¹⁶² Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 909; C. MARCHETTI, *La scissione semplificata*, in *AA.Vv.*, *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 30; F. LAURINI, *Semplificabilità del procedimento di scissione: ipotesi applicative*, in *AA.Vv.*, *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti, liber discipulorum*, Milano, 2011, 341; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 909.

Ad analoga conclusione pervengono, sia pure con diverse motivazioni, O. CAGNASSO, *Commento agli artt. 2505, 2505-bis, 2505-ter, 2505-quater*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 2350; M.T. BRODASCA, *Commento all'art. 2505*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498-2506-quater, Milano, 2006, 988 s.; N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, in *Riv. not.*, 2007, I, 643; CNN, *Studio n. 204-2009/I*, *Studio n. 204-2009/I*, *La fusione cd. semplificata di cui all'art. 2505 c.c.: casistica e problemi dopo la riforma*, Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 novembre 2010, est. M. Muscariello - S. Santangelo.

Contra E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 181; G. A. DI VITA, *La fusione semplificata nella riforma del diritto delle società*, in *CNN, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 609. Dubitativo sul punto C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**, 1, Torino, 2004, 446.

¹⁶³ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 395 e ss.

creditori sociali, costituiti dall'opposizione di cui all'art. 2503 c.c. e dalla responsabilità solidale di cui dell'art. 2506-*quater*, ultimo comma, c.c.

Non v'è dubbio che l'assoggettamento dello scorporo alle norme in materia di scissione in generale comporti l'applicabilità di detti rimedi anche alla scissione mediante scorporo.

Del pari appare evidente, come si è già avuto modo di rilevare, che tali rimedi non siano applicabili al conferimento, il quale può essere eseguito *uno actu*, senza dover attendere il decorso di un termine *ad opponendum*.

6.9.2. *L'opposizione dei creditori.* — Per quanto riguarda l'opposizione, tuttavia, occorre chiedersi quali siano le ragioni che abbiano indotto il legislatore a rendere applicabile siffatto rimedio anche alla scissione mediante scorporo.

Deve, peraltro, ricordarsi che, come si è avuto modo di rilevare in altra sede ¹⁶⁴, in materia di scissione il rimedio dell'opposizione non è dato per presidiare il pregiudizio derivante dalla sottrazione di elementi patrimoniali dal patrimonio della società debitrice.

Ed invero, tale pregiudizio è già ampiamente presidiato *ipso iure* dalla responsabilità solidale *ex lege* di ciascuna società risultante dall'operazione per i debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico, di cui all'ultimo comma dell'art. 2506-*quater* c.c.

Se ne deve dedurre che la previsione dell'istituto dell'opposizione dei creditori nella scissione non è diretta a fronteggiare tale pregiudizio, ma è, invece, diretta in massima parte a tutelare i creditori:

1) dalla diminuzione della garanzia patrimoniale della società debitrice derivante dalla confusione dei patrimoni delle società partecipanti all'operazione, che, nella scissione, si verifica solo nelle scissioni a favore di società preesistenti, nelle quali, accanto all'effetto divisionale della struttura organizzativa della scissa, si verifica anche un effetto aggregativo di parte della medesima con la struttura della beneficiaria o di una delle beneficiarie;

2) dalla possibile variazione al ribasso del capitale sociale, che il capitale stesso può talvolta subire in dipendenza della scissione.

E tuttavia non v'è chi non veda come nessuno di tali pregiudizi sussista nella scissione mediante scorporo.

¹⁶⁴ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 544 e ss.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

Quanto al pregiudizio *sub 1*), la scissione mediante scorporo, come si è visto, non può essere effettuata in favore di società preesistente.

Quanto al pregiudizio *sub 2*), come avremo modo di approfondire (v. *infra* § 6.10.), la scissione mediante scorporo non può, di norma, comportare una diminuzione del patrimonio netto della scissa, in quanto la sottrazione alla stessa degli *assets* assegnati alla beneficiaria è compensata dall'attribuzione alla scissa medesima della partecipazione totalitaria nella beneficiaria di nuova costituzione.

Né pare che possa ravvisarsi un pregiudizio rilevante per il ceto creditore nella circostanza che i creditori sociali all'esito della scissione sarebbero costretti ad aggredire un bene di secondo grado (la partecipazione della scissa nella beneficiaria) in luogo dei beni di primo grado (gli *assets* assegnati alla beneficiaria).

Amnesso che ciò costituisca un pregiudizio rilevante, invero, esso ricorre anche nel tradizionale conferimento in una *newco*, senza che l'ordinamento attribuisca ai creditori alcun diritto di opposizione.

Parimenti non sembra che il diritto di opposizione sia attribuito in ragione del fatto che la scissione non richieda normalmente una perizia di stima sui beni che vengono assegnati alla beneficiaria.

Ed invero, i creditori della scissa, fino all'attuazione della scissione, hanno fatto pieno affidamento sui valori di bilancio degli *assets* della scissa, i quali nella beneficiaria post scissione devono mantenere i medesimi valori che avevano nella contabilità della scissa ante scissione¹⁶⁵.

Per altro verso il diritto di opposizione compete ai creditori anche laddove una società di persone si scinda in favore di una società di capitali con conseguente necessità di redigere la perizia di stima a norma degli artt. 2343, 2343-ter o 2465 c.c.

Non rimane, pertanto, che ritenere che nella specie il diritto di opposizione sia attribuito ai creditori in ragione dei c.d. pregiudizi minori che la scissione può comportare¹⁶⁶.

Ma non v'è chi non veda come in tal modo lo strumento dell'opposizione costituisca un rimedio largamente sovradimensionato.

¹⁶⁵ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 717.

¹⁶⁶ Si allude in particolare ai pregiudizi analizzati in altra sede (F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 549) derivanti:

— dall'assegnazione delle passività della scissa in modo autonomo dalle attività cui esse ineriscono;

— dall'assegnazione di poste del patrimonio netto della scissa attinte da vincoli di indisponibilità;

— dalla scissione di poste contabili fra loro connesse.

6.9.3. *La responsabilità solidale.* — Quanto alla responsabilità solidale di cui dell'art. 2506-*quater*, ultimo comma, c.c., appare, invece, più facile individuarne la funzione nella scissione mediante scorporo, specie laddove oggetto di assegnazione scissoria sia un complesso aziendale.

Nel conferimento tradizionale, invero, ove oggetto dello stesso sia un complesso aziendale, oltre alle norme che di volta in volta disciplinano l'atto in ragione della sua causa negoziale, devono applicarsi anche le norme di cui agli artt. 2555 e ss.

Tali norme dettano particolari prescrizioni in ordine alla forma negoziale, ai limiti alla concorrenza derivanti dalla cessione ed alla successione dell'acquirente nei crediti, nei debiti e nei contratti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta ed alla garanzia per evizione e vizi e, in ipotesi di conferimento di crediti, alla garanzia per la solvenza del debitore ceduto, previste dagli artt. 2254 e 2255 c.c., richiamati per le società di capitali dagli artt. 2342, terzo comma, e 2464, quinto comma, c.c..

Ma nel caso della scissione, pur essendo il tema controverso in dottrina, a mio parere e come ho già avuto modo di rilevare in altra sede¹⁶⁷, non sussistendo un vero e proprio atto traslativo dell'azienda, manca il presupposto stesso dell'applicazione diretta delle norme citate.

Ed invero la tutela dei creditori sociali nella scissione è perseguita tramite lo specifico rimedio dell'art. 2506-*quater*, ultimo comma, c.c. piuttosto che con le regole proprie della successione del cessionario dell'azienda nei debiti e nei crediti inerenti all'azienda ceduta, regolamentata dagli artt. 2559 e 2560 c.c. e, con specifico riferimento alle aziende bancarie, dall'art. 58, comma quinto, del Tub.

6.10. *L'incidenza della scissione sul netto patrimoniale della scissa.* — Come si è avuto modo di accennare, uno degli aspetti caratteristici della scissione mediante scorporo consiste nella circostanza che le partecipazioni nella beneficiaria di nuova costituzione non sono assegnate ai soci della scissa, bensì alla scissa medesima.

Nella scissione tradizionale, invece, di norma, a fronte dell'assegnazione scissoria e dell'assegnazione delle partecipazioni nella beneficiaria ai soci della scissa, quest'ultima subisce una diminuzione del patrimonio netto, che può incidere sul capitale sociale e/o sulle riserve¹⁶⁸.

¹⁶⁷ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 60.

¹⁶⁸ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 620.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

Invece, nella scissione mediante scorporo, la sottrazione alla stessa degli assets assegnati alla beneficiaria è compensata dalla attribuzione alla scissa medesima della partecipazione totalitaria nella beneficiaria di nuova costituzione.

A tale riguardo ci si deve chiedere come debba essere effettuata la rappresentazione contabile dell'operazione.

Non v'è dubbio al riguardo che, con riferimento al bilancio della conferitaria, di regola, se il valore contabile dell'assegnazione scissoria è almeno pari al capitale minimo legale della beneficiaria, debba trovare applicazione il principio di continuità sancito dall'art. 2504-bis c.c., richiamato dall'art. 2506-quater, primo comma, ultimo periodo, c.c., secondo cui, nel primo bilancio successivo all'operazione, "le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima".

Meno facile è individuare il trattamento contabile dell'operazione nel bilancio della scissa, atteso che la legge non detta alcuna disposizione al riguardo.

Per la verità il problema si è posto anche in materia di conferimento di azienda, nel quale è possibile che emerga in capo alla società conferente una plusvalenza in ragione della differenza tra il valore contabile dell'azienda conferita e la valutazione della medesima effettuata in sede di conferimento¹⁶⁹.

Nondimeno appare evidente che nel caso di specie la neutralità sul piano della società beneficiaria, che deve assumere nella sua contabilità gli stessi valori che gli assets assegnati avevano nel bilancio della scissa, non può non valere anche per quest'ultima società.

La partecipazione nella beneficiaria, invero, costituisce nel bilancio della scissa la contropartita della perdita degli assets in questione, onde

¹⁶⁹ Taluni interpreti ritengono che detta plusvalenza debba transitare nel conto economico nella voce A5 di cui all'art. 2425 c.c. "altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio" (M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 2009, 31; OIC 12; Comunicazione Consob n. 94004211/94; Assirevi, Documento di ricerca approvato dalla Commissione tecnica il 12 gennaio 1998); altri (E. ZANETTI, *Riflessi sul piano contabile della natura del conferimento d'azienda*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 35/06, 39; Id., *La modalità di contabilizzazione da parte dell'impresa conferente del plusvalore iscritto sulla partecipazione ricevuta in cambio*", in *Il fisco* n. 26/09, 4201) hanno sostenuto che, quanto meno nel caso in cui il conferimento fosse effettuato con finalità di ristrutturazione interna di un gruppo, la plusvalenza non dovrebbe transitare nel conto economico, ma dovrebbe essere allocata in una riserva di patrimonio netto, trattandosi di una forma di rivalutazione degli assets conferiti.

FEDERICO MAGLIULO

è naturale che detta partecipazione debba essere iscritta nel bilancio della scissa allo stesso valore per il quale erano iscritti gli *assets* assegnati. Ne deriva un'ulteriore differenza fra la scissione mediate scorporo ed il conferimento, che mette in evidenza come il conferimento sia un'operazione, almeno potenzialmente, realizzativa, mentre lo scorporo è trattato dal legislatore come un'operazione meramente riorganizzativa.

6.11. *Le menzioni notarili.* — La peculiarità dello scorporo pone anche il problema dell'applicabilità all'atto di scissione:

— delle formalità urbanistiche di cui alla L. 28 febbraio 1985, n. 47, all'art. 2, comma 58, L. 23 dicembre 1996, n. 662 e al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380;

— delle dichiarazioni di conformità catastale di cui all'art. 29, comma 1-bis, L. 27 febbraio 1985, n. 52, come introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78 convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122.

Non è questa la sede per entrare in dettaglio sulla *vexata quaestio* della natura traslativa o meno della scissione¹⁷⁰.

Chi scrive ha ripetutamente aderito alla tesi che nega il carattere traslativo della scissione, affermando che questa costituisca un fenomeno di riorganizzazione e, quindi, di modificazione delle strutture societarie coinvolte, onde la modificazione della consistenza patrimoniale delle società partecipanti dovrebbe trovare spiegazione esclusivamente in funzione di tale intento¹⁷¹.

642

¹⁷⁰ La natura traslativa della scissione è stata affermata da Cass., SS.UU., 15 novembre 2016, n. 23225, con nota di F. MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, in *Notariato*, 2017, 159, che ne ha tuttavia negato la natura estintiva.

A sua volta la natura estintiva della scissione totale è stata, invece, affermata da Cass. 21 febbraio 2020, n. 4737, in *Società*, 2020, 671, con nota di M.S. SPOLIDORO, *Fallimento della società scissa nella scissione totale (con uno sguardo alla fusione)* e da Cass. 19 giugno 2020, n. 11984, con nota di F. MAGLIULO, *La scissione totale costituisce un fenomeno estintivo?*, in *Notariato*, 2020, 495.

In materia di fusione Cass. Sez. Un. 30 luglio 2021 n. 21970, in *Notariato*, 2021, 513, con nota di F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*, ha affermato la tesi estintiva e successiva della fusione, ribaltando la tesi della mera modificazione sostenuta da Cass. Sez. Un. 8 febbraio 2006 n. 2637, in *Società*, 2006, 459, con nota di F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*; in *Riv. not.*, 2006, 1136 ss., con nota di F. SCALABRINI - G.A.M. TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*; in *Corr. giur.*, 2006, 795, con nota di F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*; in *Vita not.*, 2006, 125, con nota di A. PELLIZZERI MACRÌ, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*.

¹⁷¹ In argomento sia consentito rinviare a F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 24; F. MAGLIULO, *La scissione totale costituisce un fenomeno estintivo?*, in *Notariato*, 2020, 495, ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/2121

Da ciò deriva anche l'inapplicabilità all'atto di scissione delle menzioni notarili sopra citate¹⁷².

Prima dell'avvento del Decreto, peraltro, a sostegno della natura non traslativa della scissione si adduceva anche la differenza di configurazione di tale istituto rispetto al conferimento, nel quale appunto la società conferitaria attribuisce le partecipazioni emesse a fronte del conferimento alla società conferente e non ai soci di quest'ultima.

La circostanza che, invece, nella scissione tradizionale sono attribuite ai soci della scissa quote o azioni della beneficiaria, senza che costoro debbano a fronte di tale assegnazione effettuare ulteriori conferimenti, sembrava rendere evidente che la modificazione della consistenza patrimoniale di tutte le società partecipanti è il frutto di un atto che, anche dal punto di vista patrimoniale, è di mera riorganizzazione delle strutture societarie medesime.

Ci si deve ora chiedere se tali argomentazioni possano essere pregiudicate dal cambio di rotta legislativo, quanto meno con riferimento alla scissione mediante scorporo.

Nondimeno, a parere di chi scrive, non pare che l'introduzione della scissione mediante scorporo modifichi le conclusioni alle quali si era pervenuti sulla natura della scissione, in quanto:

— anche per la scissione mediante scorporo il legislatore continua ad affermare che la società scissa non "trasferisce", ma "assegna" parte del suo patrimonio alla beneficiaria, confermando una terminologia

¹⁷² Da ultimo v. la *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari*, Massima L.A.15, secondo cui "Le fusioni e le scissioni non sono assimilabili ai negozi traslativi in quanto non ne condividono né la causa né la disciplina legale.

La loro funzione economico-sociale è la riorganizzazione delle società coinvolte finalizzata alla prosecuzione dell'esercizio di un'attività economica e non la circolazione di beni in cambio di un corrispettivo o per animo liberale.

Le assegnazioni patrimoniali che ad esse conseguono sono il prodotto necessario della riorganizzazione societaria, ne costituiscono il mezzo e non il fine.

Si deve quindi ritenere che in tutte le fusioni e scissioni:

- non sia dovuta alcuna garanzia per evizione;
- non siano esercitabili le prelazioni legali: agraria, urbana, storico-artistica, ecc.;
- non vi sia alcun obbligo di trascrizione nei registri immobiliari;
- non trovino applicazione: i) l'obbligo delle menzioni urbanistiche e dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica; ii) l'obbligo di allegazione dell'attestato di prestazione energetica; iii) l'obbligo delle menzioni e della dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie depositate in catasto".

scorporo la. corso

DOTTRINA

FEDERICO MAGLIULO

V.I.

adottata dalla riforma societaria del 2003, proprio per prendere posizione in ordine alla natura non traslativa della scissione¹⁷³;

— come si è avuto modo di rilevare, la scissione mediante scorporo è trattata dal legislatore come una modificazione statutaria, in aperta contrapposizione con la disciplina del conferimento, a conferma che la finalità riorganizzativa determina una significativa differenza sul piano della disciplina giuridica.

Del resto, recentemente la Suprema Corte¹⁷⁴, pur riaffermando la natura latamente traslativa della scissione sostenuta nelle sue precedenti decisioni, ha avuto modo di precisare che:

— “ancorché il singolo bene sia parte del patrimonio o della quota di patrimonio trasferita mediante scissione, esso non costituisce direttamente l'oggetto del negozio traslativo, poiché quest'ultimo si identifica con il patrimonio o la quota di patrimonio, bene che l'ordinamento considera qualitativamente diverso dai beni che lo compongono”;

— “nelle operazioni di fusione e scissione, pur avendosi una modifica del “soggetto” a cui sono imputate determinate situazioni giuridiche, non muta però la “parte” dei rapporti giuridici ricompresi nel patrimonio che forma oggetto dell'operazione, poiché, da un punto di vista sostanziale, la titolarità delle situazioni giuridiche comprese nel patrimonio oggetto dell'operazione non muta per effetto delle stesse, non essendo ravvisabile una vicenda corrispondente all'“alienazione”, che si caratterizza come un distacco del rapporto dalla sfera giuridica di un soggetto, giacché la modificazione dell'intestazione soggettiva esprime valenza solo convenzionale”;

— l'operazione di scissione concretizza, dunque, una “vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, sia pure in nuovo assetto organizzativo”.

644

7. L'entrata in vigore — L'art. 56 del Decreto prevede che le disposizioni dello stesso, salvo che sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 3 luglio 2023 e si applicano alle operazioni transfrontaliere e internazionali nelle quali nessuna delle società partecipanti, alla medesima data, ha pubblicato il progetto.

¹⁷³ “Da un punto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di “assegnazione” e non di “trasferimento”. Ciò anche la fine di 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)” (Relazione ministeriale § 14.)

¹⁷⁴ Cass. 27 settembre 2022 n. 28169.

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2019/212

Invece le fusioni transfrontaliere nelle quali, prima del 3 luglio 2023, una delle società partecipanti ha pubblicato il progetto comune di fusione continuano ad essere regolate dal decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108.

Quanto alle modifiche al codice civile apportate dall'art. 51 del Decreto, è previsto che esse si applichino a decorrere dalla data di entrata in vigore del Decreto stesso. Considerato, peraltro, che il citato provvedimento legislativo non prevede una specifica data di entrata in vigore, dovrebbe applicarsi il principio generale dell'art. 10 delle Preleggi, secondo cui "Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto", vale a dire, nel caso di specie, dal 22 marzo 2023.

A tale riguardo non sorgono particolari problemi quanto all'introduzione nel sistema codicistico dell'istituto dello scorporo¹⁷⁵.

L'entrata in vigore il 22 marzo 2023 appare, invece, singolare in relazione:

— all'introduzione dell'art. 2510-bis c.c., secondo cui il trasferimento all'estero della sede statutaria è posto in essere mediante trasformazione in conformità alle disposizioni che regolano le operazioni di trasformazione transfrontaliera e internazionale, considerato che, fino al 3 luglio 2023, queste ultime disposizioni introdotte dal Decreto non sono applicabili e prima di tale data la disciplina della trasformazione transnazionale era frutto di mere ricostruzioni interpretative;

— alla soppressione del trasferimento della sede all'estero quale causa di recesso negli art. 2437 e 2473 c.c., considerato che, se una società deliberasse un trasferimento di tal fatta dal 22 marzo 2023 e fino al 2 luglio 2023, ai soci dissenzienti non spetterebbe alcun diritto di recesso, non essendo tale diritto più previsto dal codice civile e non essendo ancora applicabile la disposizione del Decreto che concede in tal caso il recesso.

¹⁷⁵ Ma *contra*, nel senso che la "scissione con scorporo farà ingresso nel nostro ordinamento dal 3 luglio 2023", sia pure senza motivazione, A. BUSANI, *Scissione, debutta lo scorporo di quote anche alla società*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2023 e A. GAETA - L. LOVECCHIO, *Scissione con scorporo soltanto in una newco e senza chance di recesso*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 aprile 2023.