

## **LE AZIONI CONNESSE AI CREDITI PREESISTENTI VANTATI VERSO LA SOCIETA' CHE EFFETTUA UNA SCISSIONE SOCIETARIA**

ANDREA CRENCA

*Dottore commercialista e Revisore contabile in Roma*

### **1. Premessa**

Uno degli aspetti più importanti e delicati della scissione societaria concerne le forme di tutela a disposizione dei creditori preesistenti della società che effettua l'operazione medesima; scopo del presente lavoro è proprio quello di esaminare sia in cosa esattamente possa consistere il danno subito e sia quali rimedi possano concretamente utilizzare i creditori, anche in sede di procedura fallimentare.

### **2. I possibili danni per i creditori sociali**

La forma principale di danno che può interessare il creditore è l'ingiusta suddivisione di attivo e passivo fra le società interessate all'operazione, con i conseguenti possibili maggiori rischi dovuti alla confusione tra i patrimoni delle società. Infatti, una volta effettuata la scissione in una beneficiaria preesistente, le possibilità di riscossione del credito ad essa attribuita potrebbero essere diminuite e/o rese più ardue dal concorso di eventuali altri creditori estranei all'operazione. D'altra parte, gli eventuali crediti rimasti alla scissa potrebbero trovare maggiori difficoltà di soddisfacimento, vista la diminuzione patrimoniale subita dalla società. Contro tale situazione, il primo rimedio previsto dalla legge è l'opposizione: le norme attinenti a quest'ultima sono le stesse della fusione, visto il rinvio operato dall'articolo 2506-ter, comma 5, codice civile, che richiama il precedente articolo 2503. Premesso che, in linea generale, la scissione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni del relativo progetto e che entro lo

stesso termine è possibile fare opposizione, va innanzi tutto precisato che gli unici legittimati in tal senso sono i creditori anteriori all'iscrizione.

Al riguardo, non vi sono restrizioni concernenti la natura del credito al quale è consentita l'opposizione, in quanto la parola "creditore" utilizzata dal legislatore per indicare il soggetto idoneo a proporre l'opposizione non può essere intesa in senso limitativo. Il credito è considerato adeguato finanche "non liquido ed esigibile, non accertato (a condizione che la pretesa creditoria appaia sufficientemente fondata), contestato ( per esempio, è legittima l'opposizione alla scissione da parte di un creditore che vanti un credito litigioso anche se detto credito non risulta nel bilancio della società partecipante..) indipendentemente che si tratti di credito chirografario o assistito da garanzia, anche reale" (1).

Il presupposto dell' istituto dell'opposizione risiede nell'esigenza di salvaguardare la realizzazione del credito, soggetta ad essere messa in pericolo dal compimento di una scissione (2). Essa viene così consentita per evitare che l'operazione possa pregiudicare i creditori, rendendone più incerto il soddisfacimento da parte del debitore, con la conseguenza, però, che diventa inevitabile presentare la dimostrazione di tale danno. Quest'ultimo potrebbe anche consistere nel fatto che, mentre prima dell'operazione vi era un unico obbligato (la società scissa), dopo di essa, come spiegato più avanti nel presente lavoro, vi sono più obbligati (oltre a quello principale contro cui va esperita l'azione) il che aumenta i costi sia di controllo che quelli, potenziali, di un susseguirsi di azioni esecutive. Come sopra già accennato, va anche considerato, soprattutto, che una volta compiuta la scissione in una beneficiaria già esistente, le probabilità di incameramento del credito potrebbe essere ristretta dalla concomitanza di possibili distinti creditori non partecipi all'operazione. Inoltre, nel caso di scissione parziale, anche l'originario perdurante creditore della scissa, dopo l'operazione, potrebbe trovarsi di fronte ad una garanzia patrimoniale ridotta.

Laddove il Tribunale ritenga immotivato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, esso dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.

Tale provvedimento, emesso dal Tribunale ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2503 (che richiama l'articolo 2445, comma 4), ha forma di ordinanza ma è definitivo, in quanto l'iscrizione dell'atto di scissione ha come conseguenza l'impossibilità di tornare alla situazione antecedente, tanto è vero che tale atto, a norma dell'articolo 2506-ter, comma 5, (che richiama il precedente articolo 2504), deve essere redatto in forma di atto pubblico, proprio per assicurare un controllo di legalità (3). Peraltro il Tribunale, come sopra accennato, se la società ha fornito un'adeguata

copertura ovvero ritenga senza fondamento il rischio di danno per i creditori, stabilisce che la scissione avvenga comunque.

### 3. Modalità di esperimento dell'opposizione

Molto importante è l'aspetto concernente la *modalità* da seguire per proporre l'opposizione. Se, infatti, tale atto avesse natura contenziosa, sarebbe necessaria la proposizione di un atto di citazione volto ad instaurare un ordinario giudizio nei confronti della società debitrice. Ma l'opposizione può invece essere proposta, semplicemente, in via stragiudiziale (come ampiamente argomentato dal Dini – vedi nota 4) anche mediante lettera raccomandata e quindi spetta alla società opposta ricorrere in sede di volontaria giurisdizione per ottenere dal giudice l'autorizzazione ad eseguire l'operazione, mancando infatti una espressa prescrizione del ricorso all'atto di citazione.

“Il rimedio dell'opposizione dovrebbe essere inquadrato nell'ambito delle “opposizioni sostanziali”, con cui l'interessato manifesta una volontà di resistenza ad un futuro atto altrui per il quale non serva l'assenso del proponente, ovvero per il quale, ove tale assenso occorra, l'opponente lo neghi.”(4)

### 4. Le possibili collocazioni dei crediti

Un importantissimo elemento che contraddistingue la scissione è la necessità che nel relativo progetto gli elementi patrimoniali (e segnatamente le partite debitorie) da assegnare alle beneficiarie siano indicati con precisione. Va però ricordato che l'articolo 2506-bis introduce il concetto di desumibilità del credito, il che val quanto dire che, in taluni casi, anche laddove un elemento non sia precisamente indicato, è tuttavia possibile considerarlo tale se ciò risulta in base ai normali criteri di interpretazione dei contratti (5).

Al riguardo, cinque sono le possibilità circa la collocazione di un debito nell'operazione di scissione:

- 1) La scissione è parziale, il debito è indicato nel progetto ed è attribuito ad una beneficiaria;
- 2) La scissione è parziale, il debito rimane alla società scissa;

- 3) La scissione è totale, il debito è indicato nel progetto ed è attribuito ad una beneficiaria;
- 4) La scissione è parziale e il debito non è desumibile dal progetto;
- 5) La scissione è totale e il debito non è desumibile dal progetto.

Analizziamo ora, una per una, le varie fattispecie in cui potrebbe verificarsi il mancato pagamento (un tutto o in parte) di una partita debitoria preesistente:

Sub1): opera la responsabilità solidale della scissa e delle beneficiarie, ciò nondimeno detta responsabilità solidale è contenuta nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto rimasto alla scissa o assegnato a ciascuna società beneficiaria. In una simile eventualità, la società alla quale il debito fa carico risponde illimitatamente ma ogni altra società coinvolta nell'operazione può essere avvantaggiata del beneficio della restrizione della responsabilità al valore effettivo (articolo 2506-quater, comma 3).

Sub2): tale situazione si verifica allorché il debito, pur potendo non essere richiamato nel progetto di scissione, risulta chiaramente rimasto nella sfera giuridica della scissa, che ne risponde illimitatamente. Anche in questo caso si applica, comunque, la responsabilità solidale delle beneficiarie, sempre circoscritta al valore effettivo del patrimonio netto ad esse attribuito (articolo 2506-quater, comma 3).

Sub3): si rende effettiva la responsabilità solidale delle beneficiarie, ma tale responsabilità solidale è circoscritta al valore effettivo del patrimonio netto assegnato a ciascuna società beneficiaria. Come nei casi precedenti, la società alla quale il debito è stato assegnato risponde senza riserve, mentre tutte le altre godono del beneficio della limitazione della responsabilità limitata al valore effettivo (articolo 2506-quater, comma 3).

Sub4): la fattispecie si verifica se sussistono debiti non desumibili dal progetto perchè non noti al tempo della formazione dello stesso (giacché non risultanti dalle scritture contabili) oppure se vi è stata una svista od una lacuna degli amministratori. In tal caso, si applica la responsabilità solidale della scissa e delle beneficiarie, ma, solamente per ciascuna di queste ultime, la responsabilità è circoscritta al valore effettivo del patrimonio netto ad esse attribuito. Pertanto, in questa circostanza, unicamente le beneficiarie godono del beneficio della limitazione della responsabilità limitata al valore effettivo, mentre la scissa risponde interamente (articolo 2506-bis, comma 3). Il creditore potrà rivolgersi direttamente ad una qualsiasi delle beneficiarie o alla scissa per pretendere il credito integrale. La società scissa, eventualmente chiamata in causa, non potrà opporre (al contrario delle

beneficiarie) il limite del valore effettivo del patrimonio netto ricevuto; è, dunque, una norma molto favorevole per i creditori.

Sub5): come nella fattispecie precedente, esistono realmente debiti non arguibili dal progetto; opera, dunque, la responsabilità solidale delle beneficiarie ma detta responsabilità solidale è delimitata al valore effettivo del patrimonio netto assegnato a ogni beneficiaria. In questa situazione, tutte le società possono avvantaggiarsi della limitazione della responsabilità al valore effettivo; ne consegue che ci troviamo nella situazione in cui la garanzia per il creditore è minore rispetto al caso sub4), giacché nessuna società risponde in pieno per l'obbligazione (articolo 2506-bis, terzo comma). Anche in questo caso, il creditore potrà rivolgersi, senza deviazioni, a qualsivoglia beneficiaria per esigere il credito completo.

Va precisato che, nei rapporti interni fra i debitori, giacché non è presente alcuna disposizione speciale, si applica l'articolo 1298, comma 2, ragion per cui le parti di debito di ciascun debitore vanno considerate eguali.

## **5. Il significato di “valore effettivo” del patrimonio netto**

L'articolo 2506-ter, nella parte finale del comma 2, stabilisce che la relazione degli amministratori deve anche indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che casomai resti nella società scissa.

La domanda che occorre porsi è allora la seguente: che cosa intende dire la legge quando fa riferimento al concetto di “valore effettivo”?

Mi sembra sostenibile desumere che tale espressione sia impiegata dal legislatore con riferimento al fattibile assolvimento delle obbligazioni relative ai creditori rimasti non pagati. Se detto valore includesse anche l'avviamento, quest'ultimo non sarebbe passibile di esecuzione forzata e verrebbe tradita la finalità normativa, che è quella di garantire i creditori in maniera concreta. L'espressione impiegata dagli articoli 2506-bis, comma 3 e 2506-quater, comma 3, riguarda, quindi, il solo valore tangibile corrente degli elementi patrimoniali iscritti in bilancio, lasciando da parte l'avviamento (6). Per la stessa ragione si ritiene che non debbano rientrare nel computo del “valore effettivo” neanche tutte le immobilizzazioni immateriali non iscritte in bilancio. E' evidente, quindi, che non potrà essere utilizzata la stessa valutazione effettuata ai fini del calcolo del rapporto di cambio, la cui stima, invece, si basa, necessariamente, sulla valutazione anche dell'avviamento. Pertanto, ad avviso dello scrivente, gli

amministratori devono effettuare una distinta valutazione del compendio, ordinata unicamente ad appurare il valore massimo, in termini quantitativi, della responsabilità delle società partecipi nell'operazione. Si tratta, quindi, di una "valutazione diversa sia dalla stima necessaria per la determinazione del rapporto di cambio, sia dalle valutazioni di bilancio rilevanti ai fini della predisposizione della situazione patrimoniale" (7).

Del resto, il citato articolo 2506-ter, comma 2, impone che nella relazione degli amministratori sia evidenziato il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle beneficiarie (8), ragion per cui si può dedurre che esiste una doppia indicazione del valore effettivo, l'una relativa al rapporto di cambio e l'altra attinente al valore effettivo cui fare riferimento per la garanzia dei creditori (9). Viene ritenuto, vista l'interconnessione fra i due documenti, che lo stesso obbligo vi sia circa il progetto di scissione, che è il principale mezzo esplicativo interno ed esterno dell'operazione, che viene in tal modo divulgata a tutti i soggetti interessati fin dal momento introduttivo. Ciò spiega anche perché, dal punto di vista tributario, l'articolo 173, comma 10, del Tuir (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) si riferisce, circa la problematica delle limitazioni delle perdite fiscali, anche al "patrimonio netto quale risulta dal progetto di scissione", indicazione che è del tutto assente nel corrispondente articolo 172, comma 7, Tuir, attinente alla fusione (10).

## **6. Scissione e revocatoria fallimentare**

Sulle problematiche connesse ai pericoli delle posizioni creditorie si innesta il ragionamento esposto da T. Di Marcello in un suo importante articolo, secondo cui un'eventualità di danno di molto peso per i creditori della scissa può essere dato dalla frammentazione, laddove le componenti di un'azienda vengano attribuite a differenti società, con la conseguenza che la scissione finisce fatalmente per abbassare il valore di liquidazione dei patrimoni affidati alle società considerate a sé. "Emblematico è il caso della scissione che isola in una scissionaria i marchi, lasciando all'altra società gli immobili, i macchinari e le attrezzature industriali. Privi delle strutture idonee a produrre i beni a cui sono legati, i marchi possono infatti perdere appetibilità sul mercato. In via speculare il patrimonio produttivo, sprovvisto dei segni atti a contraddistinguerlo, rischia di vedere notevolmente diminuito il proprio valore, connesso all'attrattiva esercitata sul pubblico da una certa denominazione dei prodotti."(11)

E' evidente che, in questi casi, la somma di ciascun compendio attribuito alle beneficiarie (ed eventualmente, rimasto alla scissa) ha un valore tendenzialmente assai minore di quello che aveva prima l'azienda nel suo complesso, però questo dato non è subito riscontrabile all'atto della scissione, giacché i beni rimangono esattamente gli stessi, sia pure se distribuiti fra più società. Laddove si verificasse l'insolvenza di una (o più) società interessate all'operazione, ecco allora che il creditore troverebbe fortemente diminuita (se non annullata) la propria garanzia patrimoniale. Da questo tipo di circostanza deriva l'evenienza che la scissione possa essere oggetto dell'azione revocatoria fallimentare, in quanto considerata un "atto a titolo oneroso". Infatti, secondo l'articolo 67, primo comma, n. 1), L.F., sono revocati, a meno che l'altra parte provi che non era al corrente dello stato di insolvenza del debitore, gli atti a titolo oneroso effettuati nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito superano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso. Pur ravvisando che l'articolo 2506 rubricato "Forme di scissione" pone maggiormente l'enfasi, rispetto al testo precedente alla riforma, sull'aspetto "riorganizzativo" della scissione, qualificata dell'attribuzione del patrimonio, mi pare che l'operazione possa rientrare negli atti assoggettabili ad azione revocatoria fallimentare. Detta analisi viene consolidata anche dall'osservazione (più generale) delle peculiarità dell'azione revocatoria ordinaria prevista dall'art. 2901, in forza del quale il creditore ha facoltà di domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore causi pregiudizio al suo credito. Indi, giacché l'atto revocabile può consistere in un atto dispositivo del patrimonio e non, invece, di beni, esso ricomprende ogni atto idoneo a rendere insufficiente il patrimonio del debitore. La logica conclusione, allora è che non esistono impedimenti "all'assoggettabilità a revocatoria anche di atti di tipo organizzatorio, cui si riconnettono modificazioni giuridiche di elementi patrimoniali (12)".

Al riguardo, non va dimenticato che l'impostazione che anima le nuove norme del diritto fallimentare non possa essere compresa "trascurando la vicenda storica che ha interessato la legge: vicenda strettamente conseguente all'altra, epocale, di evoluzione delle strutture del mercato" (13). Pertanto, è lampante che una lettura non problematica sia dell'evento giuridico della scissione che delle disposizioni della revocatoria fallimentare non sarebbe adeguata all'intricata realtà dell'economia attuale, peraltro caratterizzata da un fase assai critica.

## 7. Conclusioni

In conclusione, le azioni a tutela dei creditori, in caso di scissione societaria, consistono principalmente e tipicamente nello strumento singolare e cautelativo dell'opposizione ma non è escluso (anche perché non esiste alcuna norma che lo interdice) che, laddove, particolari circostanze rendano non conoscibili, al momento dell'approvazione del progetto, talune fattispecie di danno, sia ammissibile, successivamente (in caso di fallimento), l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare, volta a rimuovere la lesione della *par condicio creditorum*.

---

(1) P. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione IPSOA* 2003, pagina 114;

(2) Per quanto attiene ad eventuali possessori di obbligazioni delle società partecipanti, l'articolo 2503-bis (richiamato dall'articolo 2506-ter, comma 5) stabilisce che essi sono legittimati a proporre opposizione a norma dell'articolo 2503, a meno che la scissione non sia approvata dall'assemblea degli obbligazionisti;

(3) Al riguardo, va rammentato che l'articolo 28, n. 1 della L. 16 febbraio 1913, n. 890, stabilisce che il Notaio non può ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico";

(4) R. Dini, *Scissioni – strutture, forme e funzioni* Giappichelli 2008, pagg. 331-332;

(5) secondo la Corte di Cassazione (sentenza 24 aprile 2003, n. 6526, in *Le Società*, 2003, pag. 1360) è necessario individuare "la comune volontà delle parti coinvolte sulla scorta di due elementi che vicendevolmente si integrano e, cioè, il senso letterale delle espressioni usate e la *ratio* del precetto contrattuale, nell'ambito di un razionale gradualismo dei mezzi di interpretazione, che debbono fondersi ed armonizzarsi nell'apprezzamento dell'atto negoziale";

(6) Si precisa che il valore concreto del patrimonio "è diverso concettualmente dal "valore economico" determinato ai fini del rapporto di cambio (quest'ultimo da utilizzare ai fine della ripartizione degli elementi patrimoniali attivi di cui non risulta la destinazione, coma ad esempio le sopravvenienze attive)" M. Caratozzolo, *I bilanci straordinari* Giuffré, 1996, pag. 421. Nello stesso senso R. Perotta, *Le valutazioni di scissione* Giuffré,

2006, pagg. 140-141, secondo cui il valore corrente deve essere determinato applicando “un metodo patrimoniale semplice, escludendo, quindi, dal valore del ramo aziendale l’avviamento e le altre attività immateriali non iscritte in bilancio. Tale soluzione appare garantire piena corrispondenza tra il valore effettivo del ramo aziendale spettante a ciascuna delle società coinvolte ed il limite delle loro responsabilità nonché risultare pienamente coerente con la finalità della stima, dal momento che considera soltanto i beni suscettibili di autonomo realizzo che possono, quindi, costituire garanzia effettiva a favore dei creditori”;

(7) M. Confalonieri, *Fusioni e scissioni societarie: commento al Decreto legislativo 16 gennaio 1991, n.22 di recepimento della 3. e 6. direttiva comunitaria, riflessi in tema di leggi antitrust*, Pirola, 1991, pagina 44;

(8) La mancanza di questa indicazione “dovrebbe avere il significato di una rinuncia implicita ad eccepire, nei confronti della scissa, il limite della responsabilità solidale”. G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in “Trattato delle società per azioni”, Vol. 7°, Utet, 2004, pag. 283;

(9) Il dato del valore reale del patrimonio attribuito non può, però, essere considerato come un fattore inoppugnabile, come ha puntualizzato il Tribunale di Napoli con Sentenza dell’11 giugno 1993, secondo cui “il limite di responsabilità delle beneficiarie va rinvenuto nel valore effettivo del patrimonio quale effettivamente è e non quale risulta dalla mera enunciazione formulata dagli amministratori”;

(10) Infatti, secondo l’articolo 173, comma 10, del Tuir, attinente alla deducibilità fiscale delle perdite riguardanti la società scissa e le beneficiarie, occorre utilizzare come parametro di riferimento il minor valore del patrimonio netto individuato fra questi tre valori: a) ultimo bilancio; b) progetto di scissione; c) situazione patrimoniale di cui all’articolo 2506-ter. Sembra allo scrivente che l’unico dato di patrimonio netto arguibile dal progetto di scissione sia proprio quello del “valore effettivo” a garanzia dei creditori, anche perché nel progetto di scissione non trovano necessariamente spazio i dati del patrimonio utilizzati per la determinazione del rapporto di cambio, ma solo l’indicazione di quest’ultimo (e dell’eventuale conguaglio in denaro);

(11) T. Di Marcello, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in “Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali”, n. 1 gennaio-febbraio 2006, pagg. 94-95;

(12) A. Balsamo, M. Stocco, *Assoggettabilità della scissione societaria a revocatoria fallimentare* in “Il Sole 24 Ore - Diritto e Pratica

delle Società, n. 17 del 24 settembre 2004, pag. 82 ss.; Dal punto di vista giurisprudenziale vanno ricordate tre decisioni (di cui solo la prima contraria all'ammissibilità della revocatoria fallimentare alla scissione): Tribunale Roma, 11 gennaio 2001, Tribunale Livorno, 2 settembre 2003, Tribunale Palermo, 26 gennaio 2004.

(13) Di Marzio F. *“Le soluzioni concordate della crisi d’impresa”*, in IL CASO.it, Sez. II doc. 84, 17 dicembre 2007, pag. 2.