

SCISSIONE SOCIETARIA E REVOCATORIA FALLIMENTARE

ANDREA CRENCA

Dottore commercialista e revisore contabile in Roma

Uno degli aspetti più problematici della scissione societaria consiste nella controversa possibilità che detta operazione possa essere assoggettata a revocatoria fallimentare ai sensi dell'articolo 67 L.F.

Infatti, secondo parte della giurisprudenza, l'atto di scissione di società, che assegni alla beneficiaria attività sensibilmente più elevate delle passività, è revocabile quale atto a titolo oneroso con prestazioni sproporzionate (Tribunale Livorno, 2 settembre 2003; Tribunale Palermo, 26 gennaio 2004). Altra parte della giurisprudenza (meno recente) ha, invece, precisato che è inammissibile l'azione revocatoria fallimentare di una scissione di società già perfezionata (Tribunale Roma, 11 gennaio 2001).

Al riguardo, pur riconoscendo che l'articolo 2506 del Cod. Civ. pone l'accento (rispetto al testo antecedente alla riforma) sull'aspetto "riorganizzativo" della scissione, caratterizzato dall'assegnazione del patrimonio, la risposta a tale fondamentale domanda è a mio avviso positiva. Senz'altro la scissione va inquadrata come una vicenda modificativa - evolutiva che determina una successione delle beneficiarie nel complesso dei rapporti giuridici facenti capo alla scissa, come sancito nella sentenza della Corte di Cassazione – SS.UU. – n. 2637 dell'11 gennaio-8 febbraio 2006, che si riferisce alla fusione ma le cui conclusioni sono logicamente estendibili alla scissione. Tuttavia, nel solo caso in cui il rapporto di cambio fra la società scissa e le beneficiarie sia mal conformato, ritengo, sulla base delle considerazioni che seguono, che l'operazione possa essere fatta rientrare nel campo dei negozi a prestazioni non eque e, quindi, revocabili in virtù delle presunzioni stabilite dalla legge fallimentare per i c.d. atti anormali.

Questa considerazione viene rafforzata anche dall'analisi delle caratteristiche dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ., secondo cui il creditore può chiedere che siano dichiarati inefficaci nei suo

confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni. Quindi, se si osserva che detta concezione di atto revocabile, operando, come detto, un “riferimento ad atti dispositivi del patrimonio e non, invece, di beni, è idonea a ricomprendere non solo gli atti traslativi in senso civilistico, bensì ogni atto idoneo a rendere incapiente il patrimonio del debitore”, ne consegue che “non sembrano sussistere ostacoli esegetici all'assoggettabilità a revocatoria anche di atti di tipo organizzatorio, cui si riconnettono modificazioni giuridiche di elementi patrimoniali¹”.

D'altra parte, va anche considerato che lo stesso spirito che anima la nuova legge fallimentare, come ha osservato il Di Marzio, non possa essere compreso “trascurando la vicenda storica che ha interessato le legge: vicenda strettamente conseguente all'altra, epocale, di evoluzione delle strutture delle mercato”². Sulla base di quanto detto, è evidente che un'interpretazione meramente letterale e assiomatica del fenomeno della scissione e della disciplina della revocatoria fallimentare mal si attaglierebbe alla complessa realtà dei fenomeni economici attuali.

In definitiva, l'azione revocatoria fallimentare non riguarda solamente atti che formalmente si presentino formalmente come “atti di disposizione”, ma concerne, in un senso più generale, anche ogni altra situazione che sia paragonabile a tali manifestazioni di volontà.

Ricercando, più nello specifico, possibili effetti negativi che potrebbero concernere i creditori, è interessante ipotizzare la fattispecie della scissione che isoli “in una scissionaria i marchi, lasciando all'altra società gli immobili, i macchinari e le attrezzature aziendali. 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 prodotti³”.

Esistono però, nella disciplina della scissione, norme già dirette a tutelate i creditori che renderebbero inutile l'eventuale esperimento della revocatoria fallimentare?

Al riguardo, va dapprima sottolineato che, secondo l'art. 2506-ter, quinto comma (che richiama l'art. 2503 cod. civ.), i creditori della società

¹ 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.

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

³ 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.

possono fare opposizione alla scissione entro sessanta giorni dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese. L'azione revocatoria fallimentare, invece, viene esercitata dal curatore a beneficio della massa dei creditori, sicché l'eventuale inopponibilità dell'atto revocato è destinata ad operare anche nei confronti di chi sia diventato creditore del fallito oltre il termine prima indicato.

Si tratta quindi di due rimedi dissimili e nessuna norma di diritto positivo impedisce l'esperimento in favore dei creditori sociali di due mezzi di garanzia, l'opposizione (di natura cautelativa) e l'azione revocatoria fallimentare, diretta, invece, a rimuovere la lesione della *par condicio creditorum*.

In altri termini, laddove l'opposizione prevista dal citato articolo 2506-ter, quinto comma, è uno mezzo di difesa singolare, l'azione revocatoria fallimentare è funzionale ad una vigilanza collettiva, quindi riguardante l'insieme dei creditori concorsuali.

Sussistono, tuttavia, altri strumenti di tutela dei creditori previsti dalla disciplina stessa della scissione. Infatti, l'articolo 2506-bis Cod. Civ., terzo comma, stabilisce che rispondono in solido degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, in caso di scissione totale, le società beneficiarie, mentre, nell'eventualità di scissione parziale, sono esposti verso i creditori la società scissa e le società beneficiarie. La solidarietà solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria.

Inoltre, secondo il terzo comma dell'articolo 2506-quater Cod. Civ., ciascuna società è solidalmente responsabile (ma solo nei limiti del valore effettivo patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto) dei debiti della società scissa non estinti dalla beneficiaria cui erano stati assegnati.

E' di chiara evidenza, però, che entrambe le norme trattano di una responsabilità che è solidale, sussidiaria, ma soprattutto è *limitata*, essendo contenuta entro il valore massimo del reale compendio attribuito (tranne nel caso di scissione parziale e di mancata desumibilità dell'appartenenza di un debito, nel quale caso la scissa non ha il beneficio della limitazione della responsabilità). Si ritiene che l'espressione "valore effettivo" coincida "con il patrimonio netto valutato a valori correnti, in applicazione di un metodo patrimoniale semplice, escludendo, quindi, dal valore del ramo aziendale l'avviamento e le altre attività immateriali non iscritte in bilancio"⁴. Questa conclusione assicura totale simmetria fra il valore concreto di competenza di ognuna delle società interessate ed il confine della loro responsabilità. E'

⁴ R. Perotta, *Le valutazioni di scissione* Giuffrè, 2006, pag. 140.

agevole osservare, però, che neanche questo tipo di garanzia è sovrapponibile all'azione revocatoria fallimentare: basti pensare all'esempio sopra citato in cui la scissione provochi la parcellizzazione dei beni di una società provocandone la singola caduta di valore.

D'altra parte, ove venisse accertato che l'operazione aveva in realtà "l'obiettivo di trasferire determinati beni facendo entrare il relativo corrispettivo sotto forma di partecipazioni nelle casse dei soci invece che nella casse della scissa, oppure quello di sfalsare la corrispondenza fra il piano dell'impresa-azienda e il piano della società responsabile riversando sui creditori il rischio di un eventuale fallimento dell'attività, è ovvio che la disciplina della scissione dovrà aprirsi all'esperibilità di rimedi diversi da quelli espressamente contemplati dall'istituto"⁵.

Vi è peraltro da rilevare, come è stato giustamente rilevato da Pellegrino C., che riveste importanza fondamentale stabilire la *funzione* che il legislatore ha voluto attribuire all'azione revocatoria fallimentare, onde poi valutare la sua possibile applicazione alla scissione⁶.

Sul tema esistono due filoni di pensiero: la teoria indennitaria e la teoria redistributiva.

Secondo il primo orientamento, un atto, per essere soggetto a revocatoria fallimentare, deve aver inevitabilmente provocato un danno al patrimonio del debitore mentre, secondo la teoria redistributiva, "il pregiudizio rimane assorbito nella superiore esigenza di garantire una ripartizione paritaria delle perdite fallimentari fra una platea di soggetti più ampia rispetto ai creditori esistenti al momento della dichiarazione del fallimento"⁷.

Fondamentale, in tal senso, è stata la Sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, del 28 marzo 2006, n. 7028, secondo cui il presupposto oggettivo della revocatoria degli atti di disposizione compiuti dall'imprenditore nei sei mesi precedenti (secondo la legislazione attualmente in vigore)⁸ alla dichiarazione del suo fallimento si connette non al concetto del danno come emerge dagli istituti consueti dell'ordinamento,

⁵ T. Di Marcello, in op. cit. pag. 81;

⁶ S. Pellegrino, *La revocatoria fallimentare della scissione di società* in "LUISS-CERADI" 07/2006, pagg. 6-8;

⁷ S. Paratore, *La nuova revocatoria fallimentare* pag. 237 SS., G.Giappichelli, 2006;

⁸ La sentenza si riferisce ancora alla precedente formulazione dell'articolo 67 L.F., in cui sussistevano il termine di un anno per la revocatoria "breve" e quello di due anni per la revocatoria "lunga", termini ora dimezzati per effetto della riforma del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito dalla L. 14 maggio 2005, n. 80) e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Nel tempo, sono intervenuti, nell'ambito più generale della riforma, il D.L. 30 dicembre 1995, n. 273 (convertito dalla L. 23 febbraio 2006, n. 51) e il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

bensì alla specialità del sistema fallimentare, ispirato all'attuazione del principio della *par condicio creditorum*, per cui il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio, ricollegata (mediante presunzione legale assoluta), alla realizzazione del negozio interdetto nel periodo segnalato dall'articolo 67 L.F. (come sostituito e modificato dalle norme di cui alla nota 8).

In sostanza, se l'atto viene posto in essere entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento, non serve alcuna indagine circa l'esistenza o meno di un deterioramento patrimoniale, per cui il curatore dovrà solo provare che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, in quanto non si ci si riferisce alla nozione di danno quale emerge dagli istituti consueti dell'ordinamento ma alla specialità delle norme fallimentari.

L'azione revocatoria fallimentare, in conseguenza di ciò, si propone di proteggere gli interessi della totalità dei creditori ammessi al passivo e non del singolo creditore, tanto è vero che può essere proposta (a beneficio della massa) unicamente dal curatore.

Tuttavia, a parere dello scrivente, anche a voler prescindere dalla maggiore aderenza allo spirito della legge della teoria redistributiva, è lo stesso dato letterale dell'articolo 67 LF, secondo comma, che legittima inconfutabilmente l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare degli atti ivi elencati, se posti in essere entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento. Infatti in detta norma non vi è alcun riferimento testuale ad un *eventus damni* (come invece accade per il primo comma, n. 1, ove si richiede che le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito superino di oltre un quarto ciò che a lui fu dato o promesso), giacché il solo scopo della disposizione è quello di recuperare quanto, uscendo dal patrimonio del debitore in una situazione di insolvenza, vada ad intaccare la *par condicio creditorum*.

Solamente ove l'atto in esame sia avvenuto nel più ampio termine di un anno dalla dichiarazione di fallimento, occorre l'ulteriore requisito del danno, che l'art. 67, n. 1, L.F. quantifica nella squilibrio (sopra accennato) di perlomeno un quarto di quanto consegnato o garantito al debitore.

Alla luce di quanto sin qui esposto, non mi pare quindi che si possa affermare che l'azione revocatoria fallimentare sia un semplice duplicato dell'opposizione rappresentando essa, invece, un valido strumento di ripristino della *par condicio creditorum* in situazioni di fallimento di imprese che siano state protagoniste di operazioni di scissione societaria.

Roma 24 novembre 2008