

Scissione

La scissione nell'unico socio dell'unico socio

di Angelo Busani

Non paiono esservi ostacoli alla effettuazione di una scissione parziale "semplificata" a favore di società beneficiaria che sia unico socio della società che, a sua volta, è l'unico socio della società scissa.

Nel caso della società Alfa, interamente partecipata dalla società Beta, la quale, a sua volta, è interamente partecipata dalla società Gamma, ci si domanda se sia legittimo impostare una operazione di scissione "semplificata" con la quale [v. *figura 1*] Alfa (società scissa) attribuisce una parte del proprio patrimonio a Gamma (società beneficiaria) senza che quest'ultima proceda ad aumentare il proprio capitale sociale per emettere azioni a favore di Beta (partecipata appunto al cento per cento da Gamma e titolare del cento per cento del capitale sociale di Alfa).

I presupposti della scissione

L'operazione di scissione è concepita nel nostro ordinamento come un possibile strumento di riorganizzazione aziendale: in particolare, l'operazione di scissione consente di realizzare quella specifica riorganizzazione aziendale che consiste nel trasferimento di elementi patrimoniali da una società (società "scissa") ad altra società (società "beneficiaria"), attribuendo di regola azioni della società beneficiaria ai soci della società scissa, e consente di raggiungere tale obiettivo con procedure assai più semplificate (sotto il profilo sia civilistico che fiscale) rispetto a quelle che si dovrebbero praticare se questo trasferimento fosse posto in essere utilizzando gli strumenti giuridici cui, in mancanza della scissione, occorrerebbe ricorrere per realizzarlo comunque (ad esempio, un contratto di compravendita; oppure: un conferimento in esecuzione di un aumento di capitale sociale).

Questa semplificazione è concessa dal legislatore proprio in nome delle finalità aziendali cui l'operazione di scissione è preordinata: invero, volendo favorire la migliore organizzazione possibile degli assetti aziendali e quindi volendo favorire l'effettua-

zione di operazioni riorganizzative, facilitandole e rendendole non costose, il legislatore, tramite la scissione, offre agli operatori uno strumento fiscalmente appetibile e scevro da complicazioni (1).

Nota:

(1) Invero, il *proprium* della scissione sta nella "riorganizzazione" (cfr. Ferro - Luzzi, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1070; Lucarelli, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Abbadessa - Portale* (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, Torino, 2007, 439) dell'assetto aziendale delle società che partecipano all'operazione: per effetto della scissione, i soci della società scissa e i soci della società beneficiaria assumono la conforme determinazione che una serie di elementi patrimoniali della società scissa si sposti nella società beneficiaria e che i soci della società beneficiaria, i quali, prima della scissione, si avvalevano di tali asset per lo svolgimento dell'attività della società beneficiaria, dopo la scissione proseguono nella società scissa, come soci della società scissa medesima, l'attività societaria riferita agli asset medesimi. Ed è per favorire questa riorganizzazione aziendale che il legislatore civilistico consente di realizzare un travaso di elementi patrimoniali da un "contenitore" (la società scissa) all'altro (la società beneficiaria) in deroga alle regole che dovrebbero essere osservate per il loro trasferimento (si pensi alle regole dettate a pena di nullità per i trasferimenti immobiliari; oppure ai beni gravati da un diritto di prelazione legale o convenzionale); e che il legislatore fiscale consente di considerare l'operazione neutra sotto il profilo impositivo. Ma è chiaro che in tanto queste facilitazioni sono utilizzabili in quanto lo spostamento di elementi patrimoniali dalla società scissa alla società beneficiaria avvenga nel quadro dei presupposti (oltre accennati) delineati dal legislatore per la configurazione di una scissione. Ad esempio (ipotizzando il caso di un apporto dalla società scissa alla società beneficiaria di un apporto di valore negativo) se la società beneficiaria, per conseguire l'attivo oggetto di "scissione", accetta di farsi carico di un passivo di valore superiore rispetto al valore dell'attivo apportato dalla società scissa, ciò significa che la società beneficiaria "paga" alla società scissa quell'apporto accollandosi il debito della società scissa: si tratta, quindi, di un "normale" contratto di compravendita con accollo, in capo all'acquirente, dei debiti del venditore (in tal senso Di Siena, *La scissione di un patrimonio netto negativo: note minime sulla disciplina civilistico-contabile e sulle relative implicazioni fiscali*, in *Rass. trib.*, 2006, 265), non di una operazione di scissione. Alla stessa riqualificazione della scissione come atto traslativo e quindi senza le facilitazioni civilistiche e fiscali proprie della scissione (segue)

Da quanto precede occorre discendere almeno due rilevanti osservazioni:

a) trattandosi di una operazione di riorganizzazione aziendale, non si ha scissione, come detto in nota, tutte le volte che l'operazione manifesti caratteristiche tali da apparire finalizzata non a esigenze aziendali ma a interessi estranei a tali esigenze: ad esempio, se il patrimonio scisso non avesse una "coerenza" tale da rendere evidente la sua logica aziendale, questo potrebbe essere un indice evidente di utilizzo distorto delle semplificazioni di cui, sotto il profilo del diritto civile e del diritto tributario, l'operazione di scissione beneficia;

b) in tanto si ha scissione in quanto rigorosamente ne ricorrano i presupposti indicati dal legislatore; se non ricorressero tali presupposti, l'operazione invero non "meriterebbe" di fruire delle facilitazioni riservate propriamente alla scissione.

Sotto quest'ultimo profilo, occorre dunque sottolineare che l'art. 2506, comma 1, c.c., sancisce (in ossequio al disposto dell'art. 17 (2) della VI Direttiva CEE (3), di cui è attuazione) che si ha scissione (solo) se (4):

1) una società (cosiddetta società "scissa") assegna l'intero suo patrimonio a più società (cosiddetta "scissione totale"); oppure se la società scissa assegna parte del suo patrimonio a una o più società (cosiddetta "scissione parziale");

2) ai soci della società scissa vengono assegnate le azioni o quote della società cui è diretto l'apporto della società scissa (cosiddetta società "beneficiaria") rinvenienti dall'aumento di capitale o di patrimonio che si verifica nella società beneficiaria stessa a fronte dell'apporto patrimoniale avuto dalla società scissa.

In altri termini, i soci della società scissa, che vedono la loro società diminuita del patrimonio scisso, trovano "compensazione" [v. figura 2] nel fatto di divenire soci della società beneficiaria (o di incrementare la loro partecipazione, se preesistente alla scissione) in misura correlata - secondo l'applicabile indice di concambio - all'apporto che la società scissa ha operato nella società beneficiaria (5).

La scissione senza aumento di capitale della società beneficiaria

Ne consegue che la mancanza di taluno di questi presupposti impedisce la qualificazione dell'operazione in termini di scissione: e così, ad esempio, non si ha scissione in tutti i casi in cui (salvo quanto oltre si dirà) i soci della società scissa non

abbiano, a fronte della operazione di scissione, un'attribuzione di partecipazioni della società beneficiaria conseguente all'apporto patrimoniale effettuato dalla società scissa nella società beneficiaria medesima, ciò che, come detto in nota, in particolare, accade se, ad esempio, l'apporto della società scissa nella società beneficiaria abbia valore negativo (in quanto con ciò appunto non si originerebbe nella società beneficiaria un incremento di capitale o di patrimonio assegnabile ai soci della società scissa mediante attribuzione a loro favore di partecipazioni della società beneficiaria).

Occorre peraltro precisare che, a quanto fin qui detto, fa eccezione il caso della scissione di società interamente partecipata dalla società beneficiaria (che è caso speculare a quello di incorporazione di società interamente partecipata dalla società incorporante): invero, l'art. 2505 c.c. (richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.) disatti-

Note:

(segue nota 1)

sione si deve peraltro giungere anche nel caso in cui il "pacchetto" degli asset oggetto di scissione sia artificiosamente confezionato (ad esempio accostando elementi patrimoniali dell'attivo a elementi del passivo che con l'attivo non hanno alcuna attinenza) e cioè allestito in modo tale da evidenziare che non fine riorganizzativo aziendale si sta perseguendo ma solo un mero spostamento di beni e diritti da una società all'altra (cfr. in tal senso, Scognamiglio, *Le scissioni*, in Colombo - Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 7, 2, *Fusione - Scissione*, Torino, 2004, 137), ad esempio nell'interesse di una parte dei soci della società scissa o della società beneficiaria oppure alla ricerca di un mero risparmio fiscale (si pensi al "classico" caso dello *spin off* non proporzionale finalizzato solo a dividere il patrimonio sociale tra soci litigiosi oppure alla cessione di una parte del patrimonio della società scissa).

(2) Secondo cui «la scissione produce *ipso jure* e simultaneamente e seguenti effetti: a) il trasferimento, tanto tra la società scissa e le società beneficiarie, quanto nei confronti dei terzi, del [...] patrimonio attivo e passivo della società scissa alle società beneficiarie; [...] b) gli azionisti della società scissa divengono azionisti di una o delle società beneficiarie conformemente alla ripartizione prevista dal progetto di scissione [...]».

(3) Si tratta della "Sesta direttiva del Consiglio del 17 dicembre 1982, basata sull'art. 54, par. 3, lett. g), del Trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni (82/891/CEE), pubblicata nella G.U. L 378, del 31 dicembre 1982.

(4) Per tutti cfr. Picciau, sub Art. 2506, *Forme di scissione*, in (a cura di Bianchi) *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506 quater, Milano, 2006, 943.

(5) Nel senso che i soci della scissa sono le "parti sostanziali" dell'operazione di scissione poiché, in quanto titolari in senso sostanziale del patrimonio trasferito alla beneficiaria, ne ricevono le partecipazioni, cfr. Oppo, *Fusione e scissione delle società secondo il d.leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II 508; Lamandini, *Riflessioni in tema di scissione parziale di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 525.

va (6), per l'ipotesi della incorporazione di società interamente partecipata (o della scissione di società scissa interamente partecipata dalla società beneficiaria), l'applicazione delle norme (7) che presuppongono l'attribuzione di azioni ai soci della società incorporata (o della società scissa) [v. *figure 3 e 4*]; e ciò in quanto (la confluenza della incorporata nella incorporante che la partecipa totalmente, oppure) l'apporto della società scissa nella beneficiaria che la partecipa totalmente evidentemente non provoca l'emissione di partecipazioni della società (incorporante o) beneficiaria a favore del socio (della società incorporata o) della società scissa, perché queste partecipazioni emesse dalla società (incorporante o) beneficiaria andrebbero invero assegnate alla società (incorporante o) beneficiaria stessa, in dispregio al divieto di sottoscrivere partecipazioni nella società controllante (è il principio di cui all'art. 2359 *quinquies* c.c., specificato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c., che richiama l'art. 2504 *ter*, comma 2 (8), c.c.). Detto in altri termini, e cioè in termini contabili, il fatto che in questo caso non vengano emesse partecipazioni della società beneficiaria da attribuire ai soci della società scissa coincide con la considerazione che lo spostamento patrimoniale dalla società scissa alla società beneficiaria è indifferente per il socio della società scissa (e cioè per la beneficiaria stessa, cui appunto non vanno attribuite nuove partecipazioni), in quanto per la società beneficiaria non cambia nulla se, invece di valorizzare la propria partecipazione nella scissa ad esempio per 100, essa la valorizza per 80, in quanto 20 è il valore del patrimonio apportato dalla società scissa alla società beneficiaria. Se, in questa situazione, vi fosse emissione di azioni della società "beneficiaria", vi sarebbe un aumento di capitale senza un corrispondente aumento di patrimonio: è chiaro, in altri termini, che vi è uno stretto legame (9) tra le norme di cui agli artt. 2357 *quater* (sul divieto di sottoscrivere proprie azioni) e 2359 *quinquies* c.c. (sul divieto di sottoscrivere azioni della società controllante) con l'art. 2504 *ter* c.c. e, anzi, che l'art. 2504 *ter* c.c. non ha una «motivazione autonoma», ma è «un'applicazione del principio generale della sterilizzazione delle azioni proprie» (10) e cioè «una sorta di adattamento delle limitazioni imposte alla detenzione di azioni proprie alle operazioni di fusione e di scissione», e ciò in quanto «il legislatore comunitario, prima, e quello nazionale, poi, hanno, anzi, voluto impedire del tutto che la società incorporante» (o quella beneficiaria della scissione) «creino azioni proprie» (11) al fine di tutelare la solidità patrimoniale della società incorporante (o beneficiaria della scissione) contro l'annacquamento del capitale sociale che deriva dal "possesso di se stessi" (12). In altri termini, «la circostanza del possesso da parte della» società beneficiaria, «di tutte le azioni o quote della» società scissa comporta «l'inapplicabilità di talune delle regole che disciplinano la» scissione, cosicché «la mancata assegnazione di azioni alla beneficiaria che possiede totalitariamente la scissa» deriva «dalla necessità di applicare, anche in sede di scissione, una norma che è peculiare alla disciplina delle azioni proprie» (13). Quando infatti la società incorporante e la società incorporata (oppure, quando la società beneficiaria e la società scissa) abbiano il medesimo socio unico oppure abbiano gli stessi soci, partecipanti al loro capitale sociale nelle medesime percentuali, la fusione e la scissione non possono in alcun modo comportare una variazione del valore delle partecipazioni di detti soci, cosicché non si pone il tema di assegnare

niale della società incorporante (o beneficiaria della scissione) contro l'annacquamento del capitale sociale che deriva dal "possesso di se stessi" (12). In altri termini, «la circostanza del possesso da parte della» società beneficiaria, «di tutte le azioni o quote della» società scissa comporta «l'inapplicabilità di talune delle regole che disciplinano la» scissione, cosicché «la mancata assegnazione di azioni alla beneficiaria che possiede totalitariamente la scissa» deriva «dalla necessità di applicare, anche in sede di scissione, una norma che è peculiare alla disciplina delle azioni proprie» (13). Quando infatti la società incorporante e la società incorporata (oppure, quando la società beneficiaria e la società scissa) abbiano il medesimo socio unico oppure abbiano gli stessi soci, partecipanti al loro capitale sociale nelle medesime percentuali, la fusione e la scissione non possono in alcun modo comportare una variazione del valore delle partecipazioni di detti soci, cosicché non si pone il tema di assegnare

Note:

(6) Oltre a permettere che l'assunzione della deliberazione di approvazione del progetto di fusione (o di scissione) avvenga non in assemblea ma in seno all'organo amministrativo delle società partecipanti all'operazione.

(7) Vale a dire quelle di cui all'art. 2501 *ter*, comma 1, nn. 3), 4) e 5) c.c. (recanti l'obbligo di indicare nel progetto di fusione e scissione: «il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro»; «le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote» della società incorporante o beneficiaria; e «la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili»), di cui all'art. 2501 *quinquies* c.c. (recante l'obbligo dell'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione o alla scissione di «predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, [...] in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote») e di cui di cui all'art. 2501 *sexies* c.c. (recante l'obbligo di predisposizione, da parte di uno o più esperti per ciascuna società, di «una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote»).

(8) L'art. 2504 *ter*, comma 2, c.c., letto con il "filtro" dell'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c. (per adattarlo alla scissione, sancisce che «la società incorporante [o beneficiaria] non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società incorporate [scisse] possedute, anche per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona, dalle incorporate [scisse] medesime o dalla società incorporante [beneficiaria]).

(9) Cfr. De Petra, *Azioni proprie e diritto al concambio nel d. lgs. 22/91 e adeguamento alla III Direttiva CEE in materia di fusioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 207.

(10) Di Sabato, *La nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, 31.

(11) Ardizzone, sub Art. 2504 *ter*, *Divieto di assegnazione di azioni o quote*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506-*quater*, Milano, 2006, 943.

(12) Cfr. in tal senso Cappuccilli, *La direttiva CEE in materia di scissione di società per azioni*, in *Foro it.*, 1987, IV, 271.

(13) Picciau, sub Art. 2506, *Forme di scissione*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506-*quater*, Milano, 2006, 1050.

a costoro azioni della società incorporante o della società beneficiaria in esito alle operazioni di fusione o scissione, come è implicitamente confermato dall'art. 2506 *ter*, comma 3, c.c., secondo il quale «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» non si deve (evidentemente) fare luogo alla redazione della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, in quanto essa è prescritta solo quando «esistano soci della beneficiaria diversi da quelli della scissa ovvero - pur non esistendo soci della beneficiaria diversi da quelli della scissa - i soci abbiano partecipazioni in misura diversa nelle due società oppure si tratti di una scissione non proporzionale». Invece, negli altri casi di scissione, differenti da quelli appena descritti (ad esempio, non solo nel suddetto caso di cui all'art. 2506 *ter*, comma 3, c.c., ma pure nel caso di scissione di due società con socio unico oppure nel caso di scissione in società beneficiaria preesistente, avente gli stessi soci della società scissa, con partecipazioni di identica entità percentuale) non si pone alcuna necessità di verifica della congruenza del rapporto di cambio (14).

L'apporto della scissa nella beneficiaria unico socio del proprio unico socio

Alla stessa conclusione (e cioè di ritenere che non vi sia emissione di azioni da parte della società beneficiaria o incorporante) si giunge, seppur indubbiamente con maggior fatica, se si abbia dunque una scissione nell'unico socio dell'unico socio, e cioè se la società beneficiaria (o incorporante) Gamma non sia, come sopra, unico socio della società scissa (o incorporata) Alfa, ma sia unico socio della società Beta, la quale, a sua volta, sia unico socio della società scissa (o incorporata) Alfa. Invero, se Alfa scinde a favore di (o si incorpora in) Gamma, al socio di Alfa (e cioè a Beta) occorrerebbe attribuire azioni di Gamma, ma con ciò Gamma controllerebbe una società (Beta) che sottoscriverebbe azioni di Gamma stessa, ciò che, come detto sopra, è vietato (artt. 2359 *quinquies* e 2504 *ter* c.c.).

Per il vero, il predetto art. 2505 c.c. (applicabile, come visto, alla scissione in forza del richiamo contenuto nell'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.) parla (solo) di «*fusione per incorporazione* [o scissione] di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o quote della prima» e quindi (solo) del caso che tra società incorporante e società incorporata o tra so-

cietà beneficiaria e società scissa vi sia un *diretto* rapporto di partecipazione totalitaria delle prime (incorporante e beneficiaria) nelle seconde (incorporata e scissa); la norma dunque non prende posizione in merito a casi perfettamente analoghi quali, ad esempio, la fusione “in senso proprio” (e cioè con confluenza di due o più società, aventi la medesima compagine sociale, in una società di nuova istituzione per effetto della operazione di fusione, la cui compagine sociale sia la “fotocopia” di quelle delle società confluite) [v. *figura 5*], la fusione (o scissione) “inversa” (15) [v. *figura 6*], la fusione (o scissione) “a specchio” (16) [v. *figura 7*], la fusione di (o la scissione tra) due società interamente possedute da una terza società [v. *figura 8*], la fusione tra (o la scissione di) due società (A e B) ove A è interamente posseduta da C e B è posseduta in parte da C e in parte da A [v. *figura 9*]; detta norma, in particolare, per quel che qui maggiormente interessa, «non prende posizione in merito alla legittimità delle estensioni» del suo disposto «a casi analoghi quali» quello «del possesso totalitario indiretto (ossia qualora un unico soggetto si trovi a possedere, di fatto, l'intero capitale delle società partecipanti alla fusione, ancorché tramite società fiduciaria, interposta persona o intrecci di partecipazioni societarie)». Ma questo «silenzio della norma» circa la sua applicabilità a fattispecie analoghe rispetto a quelle da essa fotografate «non dovrebbe interpretarsi nel senso di un implicito divieto» in quanto, in altre ipotesi, ulteriori rispetto a quelle da essa espressamente previste, «in cui sia possibile rinvenire la medesima ratio che giustifica le semplificazioni del procedimento di fusione» dovrebbe essere «confermato [...] l'orientamento interpretativo favorevole alla possibilità di estendere la disciplina contemplata in questa disposizione ad altri casi, rispetto a quel-

Note:

(14) - In tal senso Picone, sub Art. 2506 bis, *Progetto di scissione*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506 quater, Milano, 2006, 1094.

(15) Si ha fusione “inversa” quando la società interamente partecipata incorpora la sua *holding*; si ha scissione inversa quanto si scinde la *holding* nella propria controllata, con attribuzione di azioni della beneficiaria ai soci della *holding*.

(16) Si ha fusione “a specchio” quando la società Delta, avente Tizio e Caio come soci al cinquanta per cento ciascuno, viene incorporata nella società Omega, avente Tizio e Caio come soci al cinquanta per cento ciascuno. Analogamente, si ha scissione “a specchio” quando Delta, avente Tizio e Caio come soci al cinquanta per cento ciascuno, si scinde parzialmente in Omega, avente Tizio e Caio come soci al cinquanta per cento ciascuno.

lo da essa previsto» (17). In particolare, quando l'art. 2504 *ter*, comma 2, c.c. («la società incorporante [o beneficiaria] non può assegnare azioni [...] in sostituzione di quelle delle società incorporate [o scisse] possedute, anche per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona, [...] dalla società incorporante [o scissa]») «risulta chiaro che l'inciso» (e cioè l'espressione «per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona») «debba essere riferito [...] all'ipotesi in cui la società incorporante (oppure la società beneficiaria) partecipi a una o più società da incorporarsi (oppure da scindersi)» come accade nel caso in cui «la società *a* incorpori la società *b*» ipotizzando che «*a* partecipi a *b* tramite una società fiduciaria *c* oppure tramite una società *d*» (18).

Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi

Resta a questo punto il tema di capire se un elemento ostativo alla prospettata operazione sia però ravvisabile nel decremento che Beta subisce (e cioè la riduzione del valore della sua partecipazione in Alfa a causa della scissione di quest'ultima), non “compensato” da attribuzione di azioni di Gamma a suo favore. Questo aspetto pare debba essere osservato, per ragioni di completezza, da tre diversi angoli visuali: l'interesse del socio di Beta all'effettuazione dell'operazione, le ragioni dei creditori di Beta al cospetto di questa operazione, la responsabilità del consiglio di amministrazione di Beta verso la società Beta stessa e verso i terzi (precisandosi peraltro che non necessariamente il *board* di Beta si occupa di partecipare all'effettuazione dell'operazione in esame, in quanto Alfa potrebbe benissimo deliberarla, trattandosi di operazione “semplificata”, non in assemblea (19), ma in seno al proprio organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2505, comma 2, c.c., richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.; e quindi precisandosi che, ove l'organo amministrativo di Beta non sia coinvolto nella “confezione” dell'operazione, la sua responsabilità comunque non cessa, ma si tramuta da responsabilità per aver concorso all'effettuazione dell'operazione in responsabilità per la valutazione, quale socio di Alfa, dell'operato degli amministratori di Alfa stessa).

Ebbene, quanto all'interesse del socio di Beta, e cioè di Gamma, esso è palese, perché Gamma riceve l'apporto di Alfa, risultato che evidentemente Gamma, essendo il motore primo dell'operazione, persegue. Quanto alla responsabilità del consiglio di amministrazione di Beta verso la stessa società Beta, dovrebbe essere facile concludere che la decisione di

addivenire a questa operazione (o di non contestarla, se effettuata con decisione di approvazione del progetto di scissione assunta nel *board* di Alfa e non nella sua assemblea) può ben essere suffragata da una logica di gruppo: l'unico socio di Beta, e cioè Gamma, ha interesse all'operazione e, in considerazione di ciò, il consiglio di amministrazione di Beta, concordando che l'interesse di Gamma coincide con l'interesse di Beta, appunto per logica di gruppo, si conforma all'interesse del proprio unico socio (20). È ovvio comunque che, d'altro canto,

Note:

(17) Brodasca, sub Art. 2505, *Incorporazione di società interamente possedute*, in Bianchi (a cura di) *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506 quater, Milano, 2006, 976. Nel senso che la procedura semplificata di cui all'articolo 2505 del codice civile si applica in tutti i casi nei quali non si determina il rapporto di cambio, cfr. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, *L'impatto della riforma e la nuova disciplina del leveraged by-out*, Milano, 2003, 165; Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 397; Miccoli, *Incorporazione di società interamente possedute*, in *Commentario Sandulli - Santoro*, 2003, 472; Miserocchi, *La fusione*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statuari*, Milano, 2003, 376; Perrino, *Commento sub artt. 2505 e 2505 bis*, in *Commentario Niccolini - Stagno D'Alcontres*, 2004, 1992; Salafia, *La fusione per incorporazione di società interamente o al 90% possedute*, in questa *Rivista*, 2006, 16; Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato Colombo - Portale*, Torino, 2004, 168; Schiano Di Pepe, *La fusione delle società. Trasformazione fusione scissione o.p.a. società quotate*, Milano, 1999, 270; Scognamiglio, *Le fusioni e le scissioni semplificate nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 908; Spolidoro, *Incorporazione di società interamente possedute*, in Serra - Spolidoro (a cura di), *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 177. Nel medesimo senso cfr. anche la massima n. 22 del Consiglio Notarile di Milano, ove si afferma che «in analogia a quanto disposto dall'art. 2505, comma 1, c.c. (e dall'art. 2506 *ter*, comma 3, c.c.) non deve ritenersi applicabile l'art. 2501 *sexies* c.c. - e non è pertanto richiesta la relazione di stima degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio - allorché la fusione, pur potendo dar luogo ad un cambio di azioni, non possa comunque dar luogo ad alcuna variazione di valore della partecipazione dei soci; il che si verifica almeno nelle seguenti situazioni: a) fusione di due (o più) società interamente possedute da una terza (o comunque da un unico soggetto); b) fusione di due (o più) società, una delle quali interamente posseduta da una terza, e l'altra posseduta in parte da quest'ultima e per la restante parte dalla prima; c) fusione di tre (o più) società interamente possedute “a cascata” (A possiede il 100% di B, la quale possiede il 100% di C); d) fusione di due (o più) società i cui soci siano i medesimi, secondo le medesime percentuali ed i medesimi diritti; e) fusione per incorporazione (c.d. “inversa”) della società controllante nella controllata interamente posseduta».

(18) Ardizzone, sub Art. 2504 *ter*, *Divieto di assegnazione di azioni o quote*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Artt. 2498 - 2506 quater, Milano, 2006, 946.

(19) Caso nel quale evidentemente il consiglio di amministrazione di Beta deve deliberare su come esprimere il voto nell'assemblea di Alfa, essendone unico socio.

(20) Preme sottolineare che se, come appena oltre si vedrà, l'ammissibilità dell'operazione in esame dipendesse dal fatto di organizzarla non come diretto apporto da Alfa a Gamma, ma sulla base di un “doppio passaggio” degli *asset* scissi (e cioè dapprima da Alfa a Beta e poi da Beta a Gamma), i problemi di responsabilità del *board* di Beta rimarrebbero comunque identici.

se il consiglio di amministrazione di Beta con ravvisi questa coincidenza di interessi (ad esempio perché la scissione di Beta sia rovinosa per Beta stessa, mettendola ad esempio in condizione di *deficit* patrimoniale o addirittura di insolvenza), esso può pur sempre deliberare di votare sfavorevolmente all'approvazione del progetto di scissione nell'assemblea di Alfa oppure, se Alfa adotti il progetto di scissione nel seno del proprio organo amministrativo, e cioè senza un passaggio assembleare, esso può pur sempre decidere di convenire in responsabilità gli amministratori di Alfa per aver disgregato la sua solidità patrimoniale o la sua capacità di generazione di cassa; a questo punto, ovviamente, non si porrebbe più un problema di dialettica tra Beta e Alfa, ma di dialettica tra Gamma, unico socio di Beta, e l'organo amministrativo di Beta medesima (e che Gamma potrà trattare, ad esempio, in termini di revoca del mandato agli amministratori di Beta, di non riconferma di tale mandato alla sua naturale scadenza, di esperimento dell'azione di responsabilità, eccetera).

Quanto ai creditori di Beta, essi indubbiamente assistono a un decremento del valore della società loro debitrice, senza disporre degli strumenti di tutela tipicamente accordati ai creditori delle società coinvolte in operazioni di fusione e di scissione; invero, se la scissione oggetto del caso in esame (Alfa in Gamma, che è socio unico di Beta, la quale a sua volta è socio unico di Alfa), ove la legge concede il diritto di opposizione (art. 2503 c.c., richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.) ai creditori di Alfa e di Gamma (ma non ai creditori di Beta), invece che essere organizzata in forma così "diretta", fosse spaccettata in due "stadi" (e cioè in una prima scissione di Alfa in Beta; e in una seconda scissione di Beta in Gamma), allora si concederebbe anche ai creditori di Beta di essere "protagonisti" dell'operazione. È dunque questa una ragione sufficiente per negare l'ammissibilità della scissione "diretta" di Alfa in Gamma e per consentire il risultato di far giungere a Gamma gli *asset* scissi da Alfa solamente attraverso un loro momentaneo "passaggio" attraverso Beta?

La risposta pare debba avere un contenuto negativo. Invero, questo decremento che Beta subisce per effetto del decremento della propria partecipata Alfa, provocato dalla scissione, sembra possa essere pianamente parificato a qualsiasi altro decremento che, per qualsiasi altra ragione, si verifichi in una data società nel corso della sua esistenza (ad esempio: per fallimento o per grave perdita di valore di una partecipata, per fallimento di un debitore rile-

vante, per il cambio di strategia commerciale di un cliente importante, per la distruzione di un cespite aziendale di valore notevole, per aver provocato a terzi un danno non assicurato o, semplicemente, per un affare di robusta entità "andato male"): cosicché, la tutela dei creditori in questa situazione di "subita" scissione pare dover trovare presidio (non nel diritto di opposizione di cui all'art. 2503 c.c. e quindi non nel "costringere" ad articolare in due "puntate" l'operazione in esame, invece che poterla compiere "in un sol colpo", ma) nelle regole preposte a garantire l'integrità del capitale sociale di Beta; e quindi, se il decremento in questione non sia entità così ingente da provocare perdite in misura tale da necessitare l'attivazione dei rimedi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c., non pare che i creditori di Beta dispongano di strumenti di contrasto all'effettuazione dell'operazione di scissione della società partecipata dalla società loro debitrice e che, quindi, in particolare, non pare che essi abbiano il "diritto di pretendere" che l'operazione in esame venga articolata in due "passaggi" (al fine di maturare il diritto di opposizione ai sensi dell'art. 2503 c.c., essendo illegittima la via "diretta"). Conferma di questo ragionamento si può trarre, per quanto conti, anche dalla prassi professionale, che di frequente registra operazioni di fusione infragruppo (ad esempio: Gamma possiede Beta, Beta possiede Alfa, Gamma incorpora Alfa), senza che vi siano notizie circa il fatto che alcuno abbia mai dubitato sul punto che, quando Gamma e Alfa compiono l'operazione, i creditori di Beta non abbiano voce in capitolo per pretendere che dapprima Beta incorpori Alfa e poi Gamma incorpori Beta.

Conclusioni

In sintesi, non sembra ravvisabile alcunché di ostacolo all'operazione di scissione parziale di Alfa in Gamma se Gamma è unico socio di Beta, Beta è unico socio di Alfa, Alfa si scinde parzialmente a favore di Gamma, il patrimonio scisso ha valore positivo e Gamma non emette azioni a favore di Beta, il tutto sempre a condizione che l'operazione abbia i caratteri di una operazione di effettiva riorganizzazione aziendale. Ricorrono altresì nella descritta fattispecie i presupposti della scissione "semplificata", cosicché essa possa essere deliberata non solo dalle assemblee delle società Gamma e Alfa, ma anche dai loro consigli di amministrazione.

Figura 1

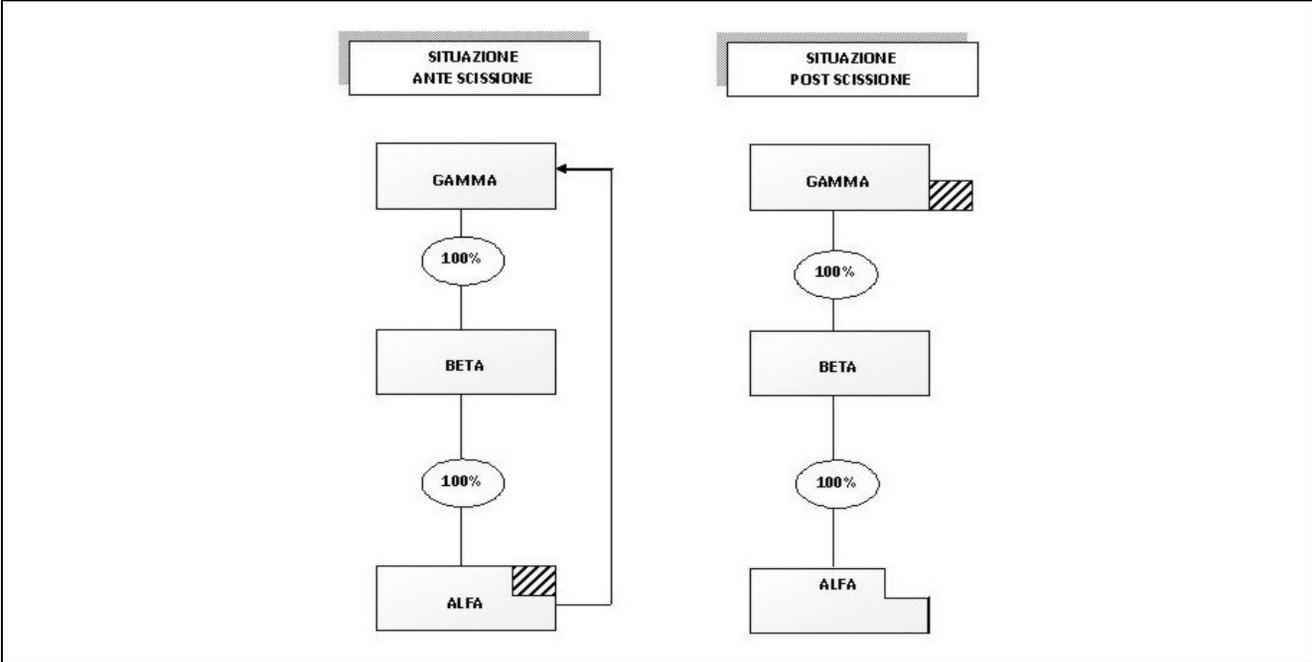


Figura 2

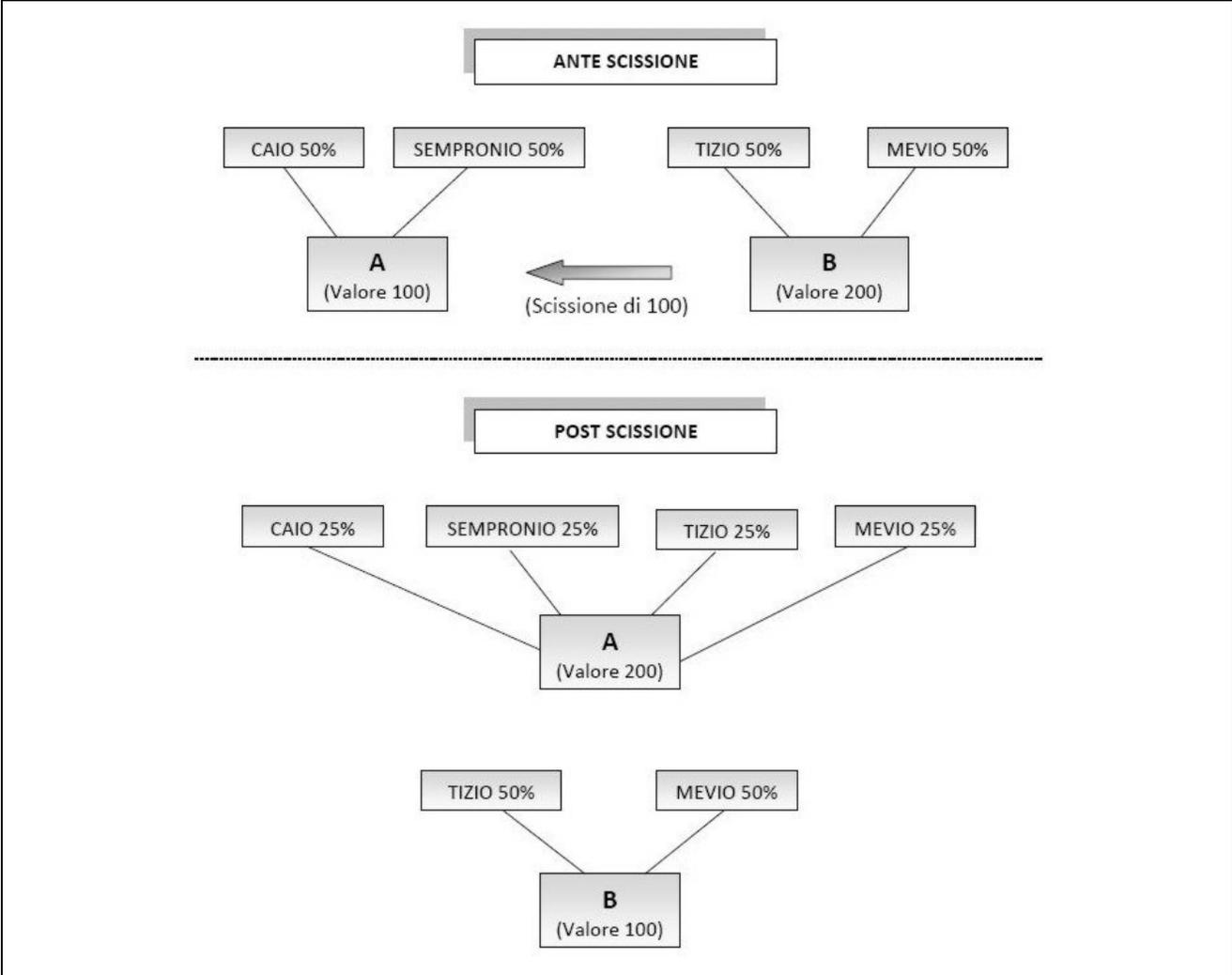


Figura 3

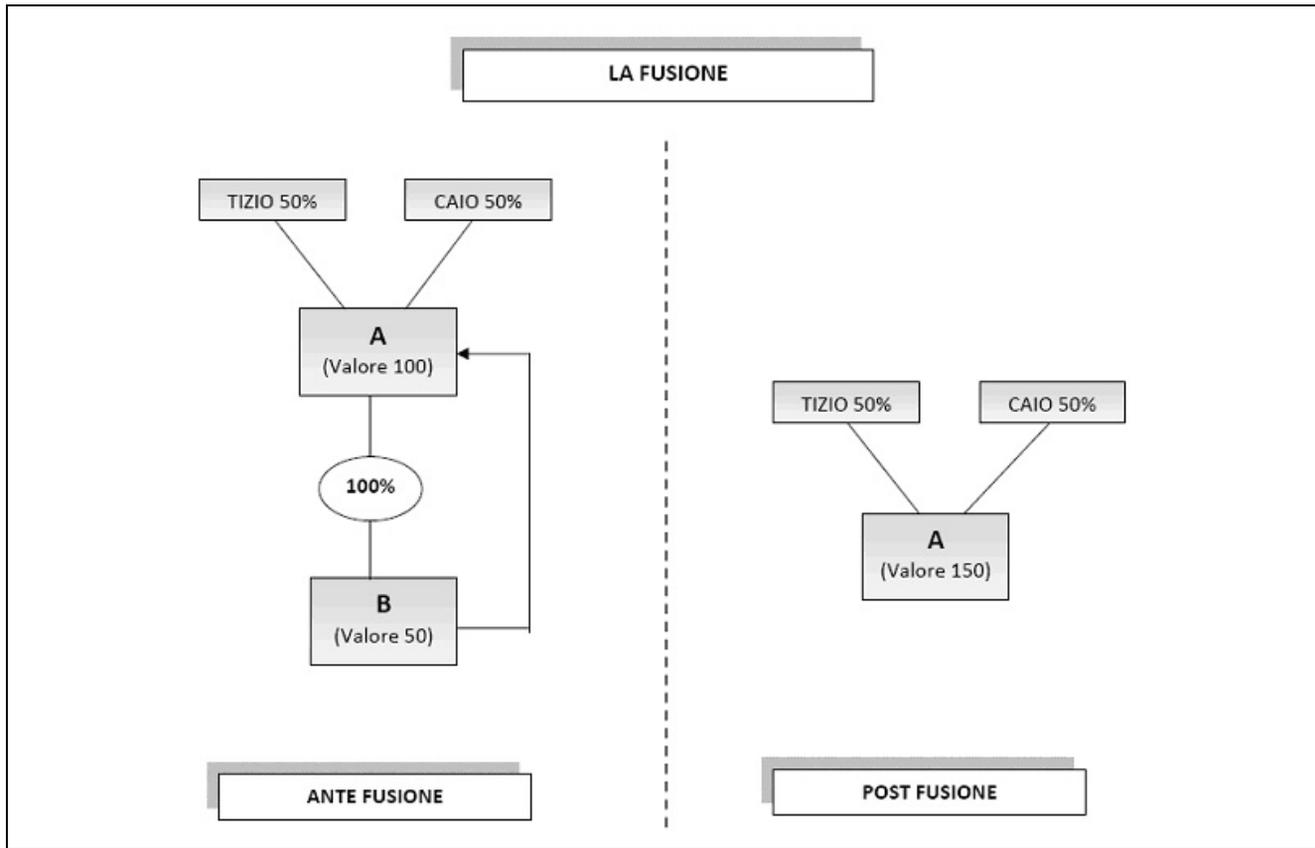


Figura 4

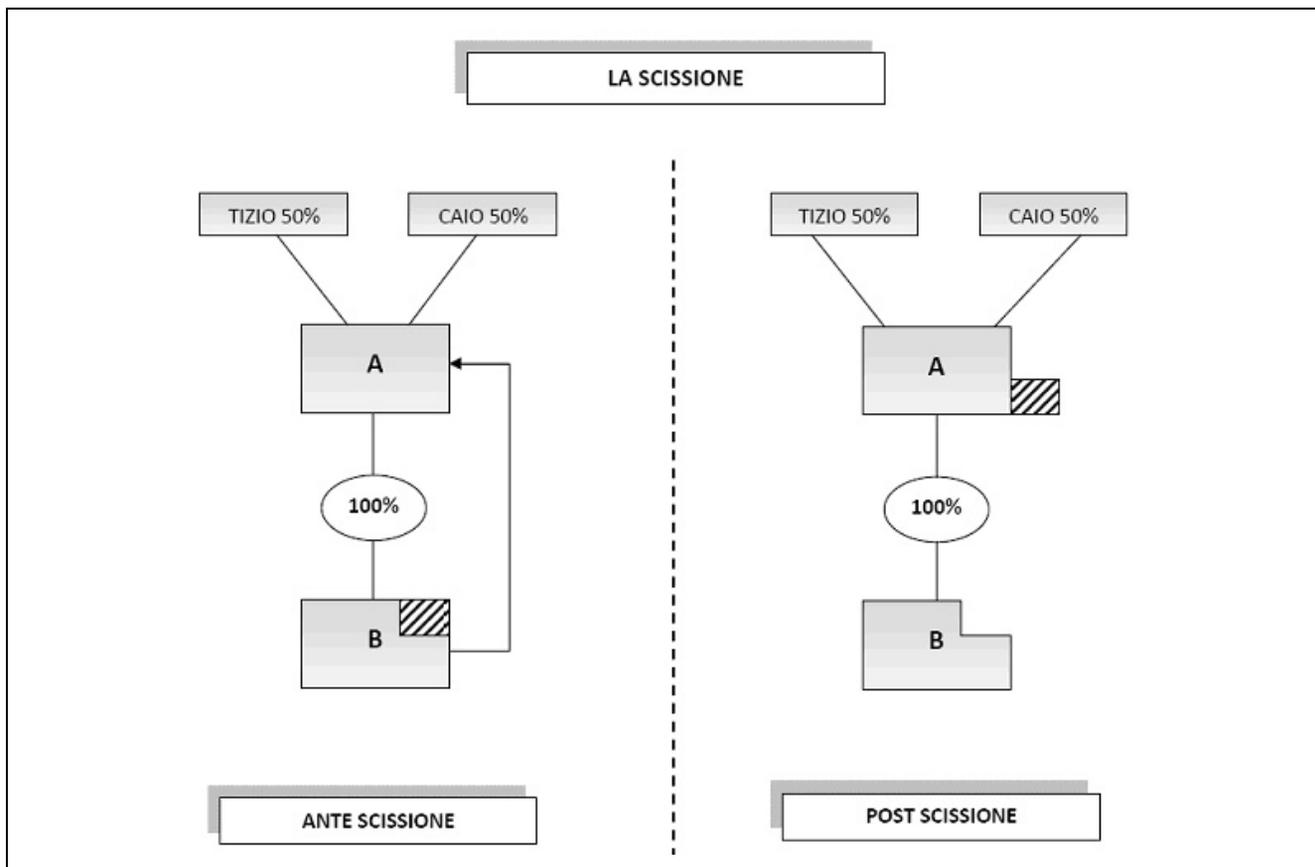


Figura 5

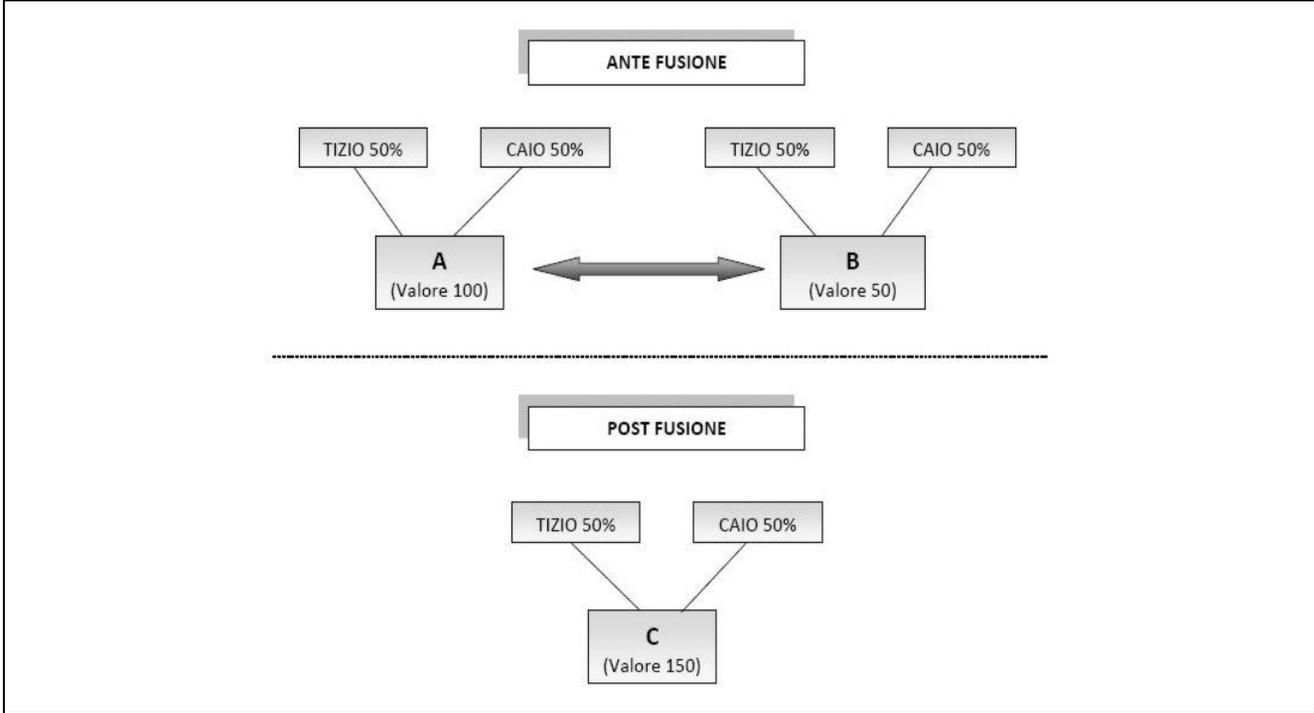


Figura 6

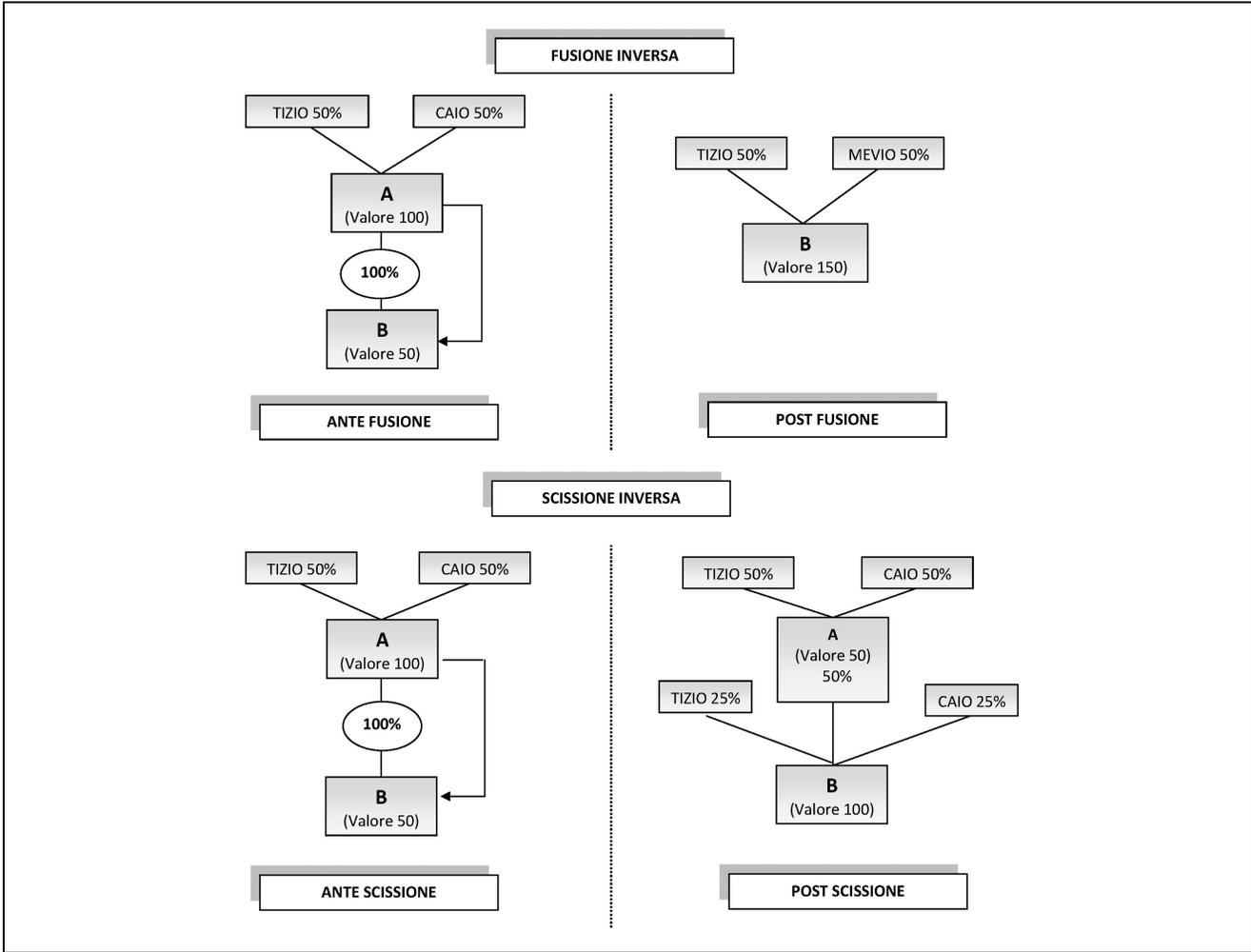


Figura 7

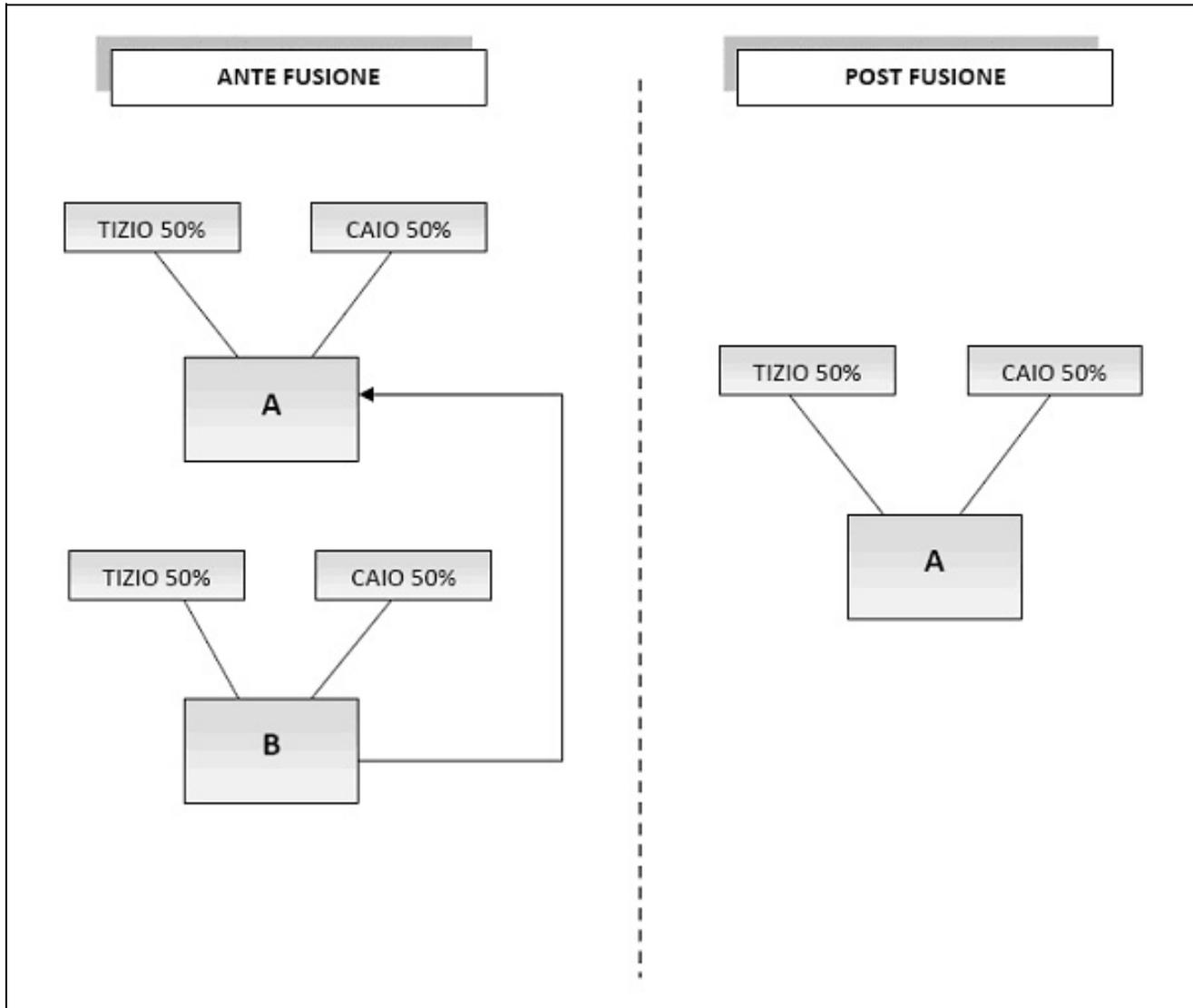


Figura 8

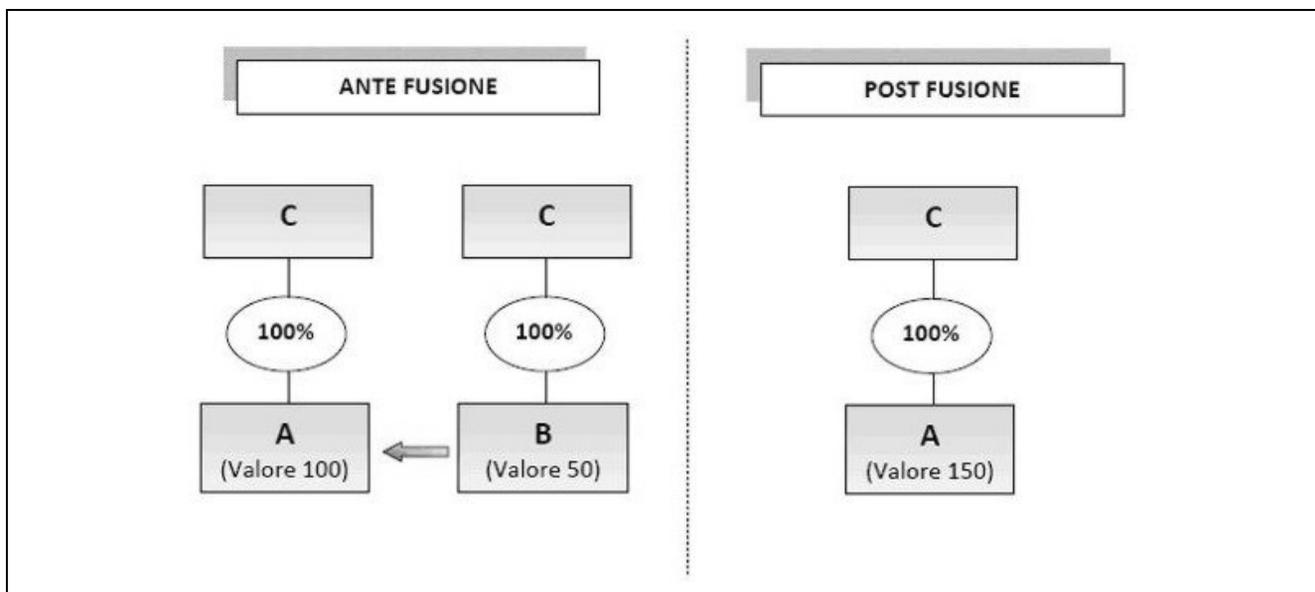


Figura 9

