

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Dell'inutilità del rimedio revocatorio e di altri preconcetti. Ulteriori riflessioni sulla revocatoria della scissione (*)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Un esempio pratico di scissione “truffaldina” – 3. Allargamento della prospettiva al diritto europeo, ossia: la dimostrazione che – in Italia – non vi è equivalenza tra rimedio revocatorio e cautele della scissione – 4. Stabilità dell'operazione e tutela dei creditori. Ulteriori equivoci da dissipare – 5. Analisi di Cass., 19 gennaio 2021, n. 25018 – 6. Qualche considerazione su Cass., 19 gennaio 2021, n. 25018.

1. Premessa

La pronuncia della Corte di Giustizia nel caso IGI c. Cicenìa ed altri ha escluso il conflitto tra azione revocatoria e norme europee in materia di scissione¹. Prima che la Corte si pronunciasse era stato pronosticato, senza doti di preveggenza, ma solo analizzando il tenore dei quesiti posti dalla corte rimettente, come su di essi la Corte europea si sarebbe pronunciata², giungendo alla conclusione, poi confermata dalla medesima pronuncia dei giudici del Lussemburgo, che l'ammissibilità della revocatoria non è affatto condizionata dal regime (europeo) dell'invalidità della scissione, né dalle regole di protezione dei creditori.

* Il testo riproduce, con gli opportuni adattamenti formali e l'aggiunta delle note di riferimento, la relazione svolta al *webinar* «Orientamenti di diritto societario», organizzato da questa *Rivista* in data 25 gennaio 2021. Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Sabino Fortunato.

¹ Corte Giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-394/18, Soc. Igi c. Cicenìa e altri, in *Foro it.*, 2020, I, 192, con nota adesiva di N. DE LUCA, *La revocatoria della scissione secondo la Corte Ue. Prime riflessioni* (ove i riferimenti bibliografici che non ripeto salvo quanto sarà necessario); nonché (in inglese) in *European Company Law Journal* 17, no. 3 (2020): 97–101, con nota adesiva di N. DE LUCA, *Actio Pauliana and Divisions (IGI v. Cicenìa, C-394/18): Not Everything That Is Done, Is Well Done*.

² Cfr. A. STAGNO D'ALCONTRES-N. DE LUCA, *Le società, III, Le società mutualistiche. Gli istituti transtipici*, Torino, 2019, 987 s., ove osservavamo che «la Corte di giustizia [avrebbe dato] soluzione nel senso che l'ammissibilità della revocatoria, incidente sull'efficacia dell'assegnazione di patrimonio e non sulla sua validità, non è impedita dalle disposizioni europee».

Sebbene alla stessa si sia subito conformata anche la Cassazione³, la decisione nel caso IGI c. Cicenìa potrebbe non essere idonea a sopire del tutto il dibattito interno in argomento. Non a caso alcuni contributi apparsi nel frattempo nelle riviste sono fortemente critici⁴. Gli stessi appaiono, tuttavia, viziati da un preconcetto di fondo, e cioè che il rimedio revocatorio sarebbe oltre che incompatibile con la disciplina della scissione – il che è stato già smentito dalla Corte di Giustizia – anche inutile. L’inutilità discenderebbe dalla regola di corresponsabilità solidale delle società coinvolte nella scissione in relazione a tutti i debiti per i quali risponda in prima battuta una certa società, scissa o beneficiaria, in caso di suo inadempimento⁵. Tale affermazione, oltre a non essere dimostrata, ma solo affermata, appare anche inesatta.

Imprescindibile condizione di ogni ulteriore riflessione sul tema è, dunque, una verifica di tale affermazione, onde il dialogo tra oppositori e sostenitori della tesi dell’ammissibilità della revocatoria possa

³ Si tratta di Cass., 19 gennaio 2021, n. 25018, la cui massima recita: «conformemente a quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE (con sentenza del 30 gennaio 2020 in causa C-394/18), l’azione revocatoria ordinaria dell’atto di scissione societaria, pure se esercitata dal curatore fallimentare ex art. 66 l. fall., è sempre ammissibile, anche in concorso con l’opposizione preventiva dei creditori sociali ex art. 2503 c.c., in quanto la prima mira ad ottenere l’inefficacia relativa dell’atto per renderlo inopponibile al creditore pregiudicato, mentre la seconda è finalizzata a farne valere l’invalidità». Di questa sentenza ci occuperemo *ultra* al § 5.

⁴ F. FIMMANÒ, *Corte di giustizia e revocatoria ‘preferenziale’ della scissione*, in *Notariato*, 2020, 115 (ove citazioni ai precedenti scritti del medesimo A.); A. PACIELLO, *La corte di giustizia si pronuncia sull’ammissibilità della revocatoria della scissione: spunti di riflessione*, in *Corr. giur.*, 2020, 924 (ove citazioni ai precedenti scritti del medesimo A.); L. ROCCO DI TORREPADULA, *Il nulla osta della corte di giustizia europea alla revocatoria della scissione: più problemi che soluzioni*, in *Foro it.*, 2020, IV, 551. In linea invece con quanto osservato nei commenti citati a nt. 1, v. A. PICCIAU, *La corte di cassazione ammette la revocatoria della scissione*, in *Fallimento*, 2020, 909; P. POTOTSCHNIG, *Corte di giustizia e corte di cassazione convergono sulla revocabilità della scissione*, *Società*, 2020, 471. Sulla stessa linea, sempre valido il contributo di T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, *Dir. fallim.*, 2006, I, 62.

⁵ Tra altri, A. PACIELLO, *La revocatoria della scissione*, in *Crisi e insolvenza*. In ricordo di M. Sandulli, Torino, 2019, 543; F. FIMMANÒ, *op. cit.*, 135; M. RUBINO DE RITIS, *Scissione societaria e revocatoria: i limiti all’intangibilità dell’operazione*, in *Giustiziacivile.com* (22.05.2018); E. DE CHIARA, *Atto di scissione societaria, azione revocatoria e principio di tipicità ristretta dei rimedi: una prova di resistenza*, in *Dir. fall.*, 2020, II, 186, *ivi* a 198.

proseguire senza essere pregiudicato da posizioni preconconcette. Tale è il proposito che questo scritto si prefigge.

2. Un esempio pratico di scissione “truffaldina”

Al fine indicato nel paragrafo che precede, si immagini una società Alfa a responsabilità limitata, con due soci paritetici, che espone un attivo per Euro 200.000,00 composto di un’immobilizzazione materiale (un immobile, un magazzino, un macchinario produttivo, ecc.) per Euro 100.000,00 e un credito commerciale per prestazioni rese per Euro 100.000,00, a fronte di un passivo composto da patrimonio netto per Euro 20.000,00, interamente rappresentato da capitale sociale, e debiti per Euro 180.000,00, divisi tra debiti verso terzi, per Euro 90.000,00, e debiti verso soci per finanziamenti, per Euro 90.000,00. Lo stato patrimoniale semplificato che segue rappresenta la situazione della società Alfa ante scissione.

Società Alfa ante scissione			
Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	100.000	20.000	Capitale sociale
Crediti	100.000	180.000	Debito
Totale Attivo	200.000	200.000	Totale passivo

Si immagini, ora, che gli amministratori di Alfa vengano a sapere confidenzialmente che il credito vantato per le prestazioni rese a terzi non sarà onorato (per conclamata crisi, per imminente sequestro del patrimonio del debitore, o per qualsiasi altra ragione). Gli stessi – nel tentativo di non perdere la disponibilità dell’immobilizzazione – si affrettano pertanto a deliberare una scissione parziale della società Alfa mediante creazione di una nuova società, Beta. Il progetto di scissione prevede l’assegnazione dell’immobilizzazione alla società Beta e correlativamente l’assegnazione anche del finanziamento soci: si supponga, infatti, che il bene che costituisce l’immobilizzazione sia stato effettivamente acquistato impiegando gli Euro 90.000,00 del finanziamento soci, ed Euro 10.000,00 imputabili al patrimonio netto

(capitale sociale). Euro 10.000,00 vengono imputati a Beta a titolo di capitale sociale. Ad Alfa, società scissa, permane il resto. I due stati patrimoniali semplificati che seguono rappresentano la situazione patrimoniale delle società Alfa e Beta post scissione.

Società Alfa post scissione

Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	0	10.000	Capitale sociale
Crediti	100.000	90.000	Debito
Totale Attivo	100.000	100.000	Totale passivo

Società Beta post scissione

Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	100.000	10.000	Capitale sociale
Crediti	0	90.000	Debito
Totale Attivo	100.000	100.000	Totale passivo

Per arricchire il caso di elementi di discussione, si immagini che la scissione venga realizzata con procedimento semplificato: dato che Beta è di nuova costituzione e che l'attribuzione delle partecipazioni è proporzionale, non è richiesta la redazione delle relazioni previste dagli artt. 2501-*quater* c.c. (situazione patrimoniale) e 2501-*quinquies* (relazione dell'organo amministrativo) c.c., cui in ogni caso i soci unanimemente rinunciano. Viceversa, la società espressamente commissiona una relazione ad una società di revisione a norma dell'art. 2501-*sexies* c.c., affinché fornisca un *solvency statement* ed eviti che sia necessario attendere trenta giorni (data la forma non azionaria) per il deposito dell'atto di scissione nel registro delle imprese. Il *solvency statement* è rilasciato dalla società di revisione perché la notizia dell'imminente inadempimento del creditore è assolutamente

confidenziale e la società di revisione, pur con la diligenza professionale richiesta, non può accertarlo.

Realizzata fulmineamente la scissione, senza alcun coinvolgimento dei creditori, la notizia dell'inadempimento del debitore viene alla luce e la società Alfa svaluta il credito vantato a zero, riportando una perdita patrimoniale di pari importo – Euro 100.000,00 –, ponendo di conseguenza la società in liquidazione volontaria. La società è esposta al fallimento, ma non occorre introdurre tale elemento nella valutazione del caso dato che l'azione pauliana è esercitabile anche in difetto. Lo stato patrimoniale semplificato che segue rappresenta la situazione patrimoniale delle società Alfa dopo la messa in liquidazione.

Società Alfa in liquidazione

Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	0	10.000	Capitale sociale
Crediti	0	(100.000)	Perdite a nuovo
		90.000	Debito
Totale Attivo	0	0	Totale passivo

Possiamo a questo punto immaginare quali siano le opzioni in mano ai creditori di Alfa. Gli stessi certamente sanno di poter ricorrere alla tutela dell'art. 2506-*quater*, comma 3, c.c. Questa norma, secondo l'ordinamento italiano, afferma che ciascuna società partecipante alla scissione è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico. In altri termini, i creditori di Alfa possono pretendere che Beta adempia all'obbligazione che vantano nei confronti di Alfa, ma non per l'intero credito, bensì solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato, e cioè Euro 10.000,00 di capitale. La situazione patrimoniale della società Beta post liquidazione di Alfa e a seguito dell'esercizio di un'azione *ex art. 2506-*quater**, comma 3, c.c. è dunque la seguente

Situazione patrimoniale di Beta post azione *ex art. 2506-quater*, comma 3, c.c.

Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	100.000	10.000	Capitale sociale
Crediti	0	(10.000)	Perdite a nuovo
		100.000	Debito
Totale Attivo	100.000	100.000	Totale passivo

La possibilità di soddisfazione dei creditori di Alfa è non superiore all'11%, dato che devono soddisfare un credito di Euro 90.000,00 ma possono aggredire solo valori corrispondenti a Euro 10.000,00. Tale credito peraltro può essere soddisfatto integralmente solo dimostrando che i crediti per finanziamenti soci sono postergati (*ex art. 2467 c.c.*), giacché in caso contrario anche sull'attivo posto a garanzia dei debiti della scissa concorrono i creditori di Beta, e cioè i soci: in questo caso la percentuale di soddisfazione è il 10%, mentre i soci perdono comunque titolo per il rimborso del capitale.

Immaginiamo a questo punto la soluzione alternativa della revocatoria della scissione, onde verificare se la stessa sia equivalente alla prima, e cioè, in altri termini, se sia vero che la tutela dell'*art. 2506-quater*, comma 3, c.c. equivale ad una revocatoria implicita. Ebbene, è agevole la dimostrazione del contrario. Ed infatti, se viene revocata la scissione e l'intero patrimonio di Beta si considera come mai ad essa transitato – per semplicità, diremo che viene “recuperato” da Alfa – è evidente come l'intero valore dell'attivo transitato torni nella disponibilità di Alfa per la soddisfazione dei propri creditori. La situazione patrimoniale di Alfa a seguito della revocatoria della scissione sarebbe quella qui di seguito rappresentata.

Situazione patrimoniale di Alfa post revocatoria della scissione

Attivo		Passivo	
Immobilizzazioni	100.000	20.000	Capitale sociale
Crediti	0	(100.000)	Perdite a nuovo
		180.000	Debito
Totale Attivo	100.000	100.000	Totale passivo

Appare scontato che la revocatoria della scissione non possa operare facendo *cherry-picking* dal patrimonio assegnato a Beta. Il patrimonio assegnato è il complesso delle attività e passività: pertanto, se è vero che Alfa “recupera” l’immobilizzazione, vero deve essere anche che “recupera” il debito per finanziamento soci. Ma così è evidente che i creditori di Alfa concorrono sul patrimonio reintegrato – pur se diminuito dalla svalutazione totale del credito – non già nei limiti del patrimonio netto assegnato a Beta, bensì per l’intero. Se terzi e soci creditori concorrono alla pari, la soddisfazione di ciascuno è del 55%; se invece i soci sono postergati in relazione al loro finanziamento, la soddisfazione dei terzi è del 100%, cioè è integrale.

Se ne trae la conclusione che l’affermazione secondo cui il rimedio dell’art. 2506-*quater*, comma 3, c.c. equivalga ad una revocatoria implicita – rendendo inutile il rimedio revocatorio – è errata in fatto, prima ancora di essere discutibile sul piano giuridico.

3. Allargamento della prospettiva al diritto europeo, ossia: la dimostrazione che – in Italia – non vi è equivalenza tra rimedio revocatorio e cautele della scissione.

Si può adesso passare all’analisi giuridica con più solide basi. L’affermazione di equivalenza tra revocatoria della scissione e corresponsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione potrebbe essere corretta solo in un diverso quadro normativo, peraltro perfettamente legittimo secondo l’art. 146, par. 3, Dir. 2017/1132/Ue. Questa norma prevede che: «nella misura in cui non sia stato soddisfatto

un creditore della società alla quale è stato trasferito l’obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo. Gli Stati membri possono limitare tale responsabilità all’attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l’obbligo è stato trasferito».

Perciò, qualora la corresponsabilità solidale non fosse limitata all’attivo netto trasferito, come invece è previsto in Italia, i creditori della società Beta del nostro esempio potrebbero “insinuarsi” per l’intero, determinando nel patrimonio di Beta “quasi esattamente” l’effetto della revocatoria della scissione. Qui di seguito la rappresentazione patrimoniale semplificata.

Situazione patrimoniale di Beta in caso di corresponsabilità solidale piena

Attivo		Passivo		
Immobilizzazioni	100.000	10.000	Capitale sociale	
Crediti	0	(90.000)	Perdite	a
		180.000	nuovo Debito	
Totale Attivo	100.000	100.000	Totale passivo	

Alla scelta del legislatore italiano, di limitare la solidarietà al solo attivo netto assegnato, si possono attribuire significati diversi, financo opposti. Chi predilige la tesi contraria all’ammissibilità della revocatoria della scissione continuerà a sostenere, pur dovendo emendare l’errore che è stato mostrato, che se il legislatore avesse voluto attribuire ai creditori una tutela equivalente a quella della revocatoria, non avrebbe limitato la responsabilità solidale della scissa. Chi sostiene la tesi opposta sottolineerà che i rimedi societari hanno a fondamento esclusivamente l’inadempimento, mentre quelli della revocatoria si attivano al ricorrere di ben più complessi elementi di fattispecie, di cui l’inadempimento del debitore è solo presupposto di fatto: il che spiega la ragione della limitazione di responsabilità, confacente ad una situazione fisiologica e non patologica.

Per ripristinare un dialogo che possa almeno condurre alla convergenza tra opposte impostazioni vanno poste in discussione le premesse di fondo che ciascuna parte del dibattito considera postulato non soggetto a confutazione. Uno tra questi postulati è l'affermato valore assoluto e irrinunciabile della stabilità delle operazioni straordinarie⁶, sul quale parrebbe invece opportuna una valutazione più ponderata e meglio agganciata anche al quadro europeo di riferimento⁷.

Il Considerando 70 della Dir. 2017/1132/Ue afferma che «i creditori, obbligazionisti o no, e i portatori di altri titoli delle società partecipanti alla scissione di società per azioni dovrebbero essere tutelati onde evitare che la scissione leda i loro interessi». D'altronde, il Considerando 73 alla medesima Direttiva afferma che «al fine di garantire la sicurezza giuridica nelle relazioni sia fra le società per azioni partecipanti alla scissione sia fra queste ed i terzi nonché fra gli azionisti, è opportuno limitare i casi di nullità e stabilire da una parte il principio della sanatoria ogni volta che essa è possibile e, dall'altra, un termine breve per l'esercizio dell'azione di nullità».

⁶ Da ultimo, ad es., sembrano scontare il vizio di postulazione indicato nel testo, le conclusioni di E. DE CHIARA, *op. cit.*, 203: «Se tutto questo è vero, allora, la ragione della non applicabilità del rimedio revocatorio, si deve ricondurre ad un problema di corretto bilanciamento di interessi confliggenti, che in assenza di esplicita indicazione positiva del legislatore nazionale, viene risolto, in via interpretativa, dalla giurisprudenza prevalente e dalla dottrina migliore, con la soluzione che scongiura il pericolo di una iperprotezione del ceto creditorio della società scissa in danno di altri, altrettanto titolari di interessi meritevoli di rilievo e protezione giuridica, anche perché coincidenti con ragioni sistemiche di tutela dei mercati e legate ad esigenze di sicurezza, certezza e stabilità nelle relazioni fra le società partecipanti alle scissioni e tra queste ed i terzi, nonché fra i soci. Per questo quello che secondo la disciplina del codice civile è uno strumento generalmente applicabile, non può trovare concreta esperibilità nel campo societario definito dal compendio normativo dedicato alla scissione».

⁷ Sull'invalidità della scissione, v. per tutti G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 2004, VII, 2, 365 ss. (ove altri riferimenti), anche per una convincente dimostrazione della necessità di tenere fuori dal campo di applicazione della norma operazioni insuscettibili di essere ricondotte alla scissione, tra cui quelle mancanti dei necessari passaggi procedurali. È tuttavia prevalente la visione opposta, secondo cui non vi sarebbe alcuno spazio per invocare la categoria dell'inesistenza in materia di scissione o di altre operazioni straordinarie, dovendo ogni pretesa tradursi in una richiesta risarcitoria: e v. in questo senso, tra altri, C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 1, 121; e A. PACIELLO, *La revocatoria*, cit., 536.

Non può sfuggire come, in un caso, il legislatore europeo menzioni le società, gli azionisti e i terzi in generale, mentre, nell'altro caso, il riferimento vada specificamente ai creditori, qualificati o non da un rapporto societario, come gli obbligazionisti: questi devono essere specifico oggetto di protezione onde la scissione non leda i loro interessi. Una lettura piana e non viziata da precomprensione di queste affermazioni di principio dimostra come la limitazione temporale all'esercizio dell'azione di nullità – esclusa in Italia per scelta del nostro legislatore, ma in nessun modo imposta a livello europeo – non si riferisce affatto alle pretese dei creditori. Non può essere, quindi, corretto affermare che la stabilità della scissione, poiché necessaria per salvaguardare anche i rapporti con i terzi, sia un valore superiore rispetto alla protezione dei creditori anteriori, destinato a precludere iniziative di questi ultimi che possano comprometterla. L'espressione "azione di nullità", pertanto, pur se interpretata estensivamente, non può precludere azioni a tutela dei creditori anteriori, anche se comportanti la rimozione degli effetti della scissione.

La correttezza di questa lettura è confermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Igi c. Ciconia e altri ove si afferma che: *a*) i creditori anteriori possono essere più protetti di quelli successivi (§ 73); *b*) per "azione di nullità" si intende solo quella diretta a rimuovere l'atto, non anche – in tutto o in parte – i suoi effetti (§ 80). Da questa pronuncia si dovrebbe quanto meno trarre un ridimensionamento del postulato della stabilità a tutti i costi dell'operazione straordinaria, il cui valore, seppur rilevante, non può essere anteposto all'esigenza di tutela dei creditori anteriori. E si dovrebbe allora trarre anche la conseguenza che una «scissione truffaldina» non può rimanere stabile solo perché è una scissione: in questi casi la regola di stabilità, se applicabile, andrebbe comunque disapplicata perché gli effetti che vorrebbe conservare non sono meritevoli di preservazione. Nell'ordinamento italiano, allo stato, è la revocatoria, dati i suoi peculiari presupposti, lo strumento per accertare che la scissione è truffaldina.

4. Stabilità dell'operazione e tutela dei creditori. Ulteriori equivoci da dissipare.

Le indicazioni del quadro europeo non si esauriscono, peraltro, nei principi espressi con i richiamati Considerando. La Direttiva, infatti,

offre nel suo articolato ulteriori indicazioni ai legislatori nazionali su come approntare la tutela dei creditori anteriori, che non contraddicono affatto la possibilità di assegnare loro anche il rimedio revocatorio in caso di scissioni truffaldine.

Come nella fusione, così anche nella scissione, è prevista la possibilità per i creditori anteriori di fare opposizione qualora la stessa possa pregiudicare la solvibilità delle società risultanti, o più specificamente quella della società a cui il debito è assegnato. La regola dell'opposizione, che pur è derogabile dagli Stati membri qualora sia presentato un *solvency statement* con assunzione di responsabilità del revisore, è finalizzata a permettere ai creditori di ottenere garanzie specifiche. In altri termini, nonostante la corresponsabilità solidale e illimitata di tutte le società partecipanti alla scissione (art. 146, par. 3, Dir. 2017/1132/Ue), la direttiva considera i creditori ancora astrattamente pregiudicati dalla scissione e, perciò, meritevoli di garanzie specifiche. E come la Corte di Giustizia nella sentenza IGI c. Cicienia e altri (§ 67) non ha mancato di rilevare, questo livello di protezione degli interessi dei creditori è quello minimo (data l'espressione "quanto meno" all'interno dell'art. 146, par. 2, Dir. 2017/1132/Ue).

Rispetto al quadro europeo, la legge italiana si attesta – pur se legittimamente, perché è la direttiva a consentirlo – ben sotto il minimo, dato che la corresponsabilità solidale non è piena, ma limitata all'attivo netto assegnato. È quindi quasi scontato che i creditori vittime di scissioni truffaldine facciano ricorso ai rimedi comuni, ritenendosi non adeguatamente protetti dalle regole dell'opposizione e da quelle di corresponsabilità. Lungi dal costituire iperprotezione dei creditori anteriori, il riconoscimento dell'ammissibilità della revocatoria della scissione – una volta dimostrato, da una parte, che lo stesso non è precluso dalla disciplina dell'"azione di nullità" e, dall'altra parte, che non è affatto "inutile" – è la legittima reazione all'abuso dell'istituto della scissione, quando esso da strumento di riorganizzazione – e quindi astrattamente neutro rispetto agli interessi dei creditori – si trasforma in viatico per la sottrazione delle garanzie patrimoniali, e quindi in strumento di frode.

5. *Analisi di Cass.*, 19 gennaio 2021, n. 25018.

Come anticipato, la Corte di Cassazione – che aveva anticipato solo in un *obiter dictum* la preferenza per la tesi del cumulo tra rimedi specifici della scissione e azione revocatoria ordinaria⁸ – ha avuto recentemente occasione di tornare specificamente sul tema, confermando, anche alla luce della sentenza dei giudici eurounitari, il proprio convincimento.

Il caso sotteso alla pronuncia della Suprema Corte riguardava la scissione parziale di una società di capitali, poi fallita, con la quale la società *in bonis* aveva assegnato ad una società in accomandita semplice, riveniente dalla scissione quale beneficiaria, parte del proprio patrimonio, comprendente un cespite immobiliare contabilizzato a valore di libro circa 1,5 milioni Euro, ma il cui valore di mercato era stimato in 2,5 milioni Euro. Accolta in primo ed in secondo grado l'azione revocatoria esperita, *ex artt.* 66 l. fall. e 2901 c.c. dalla curatela del fallimento della società scissa, la beneficiaria ricorreva per Cassazione contestando fundamentalmente l'ammissibilità stessa dell'azione revocatoria dell'atto di scissione, in relazione al sistema dei rimedi societari a tutela dei soci e dei creditori nella scissione. La Cassazione, tuttavia, rigetta il ricorso con queste argomentazioni.

Anzitutto, osserva la Corte – così smentendo la tesi che vede nelle operazioni straordinarie esclusivamente un fenomeno riorganizzativo – che la scissione parziale realizza effetti traslativi, comportando in capo alle beneficiarie l'acquisizione di valori prima in esse non presenti. Dal che si deve dedurre l'ammissibilità, almeno in astratto, del rimedio di cui all'art. 2901 c.c. A tale lettura non è ostativa la disposizione dell'art. 2506-*quater*, comma 3, c.c., che fa insorgere responsabilità solidale della scissa per i debiti assegnati alla beneficiaria. Secondo la Cassazione, infatti, tale norma incontra la sua *ratio legis* nell'esigenza di rafforzare la tutela dei creditori della società scissa, proprio in considerazione del mutamento di consistenza della garanzia patrimoniale generica offerta dal debitore principale, che – secondo la

⁸ Cass., 4 dicembre 2019, n. 31654, in questa *Rivista*, 2020, II, 1, con nota L.S. LENTINI, *Sui presupposti della revocatoria ordinaria della scissione: la prima pronuncia di Cassazione*, nonché in *Foro it.*, 2020, I, 163, con osservazioni di G. NICCOLINI.

Cassazione – non è la beneficiaria, bensì la società scissa. Su queste premesse, la richiamata sentenza raffronta la disciplina dei debiti nella scissione a quella della cessione di azienda, reputandole accomunate sotto il denominatore della *coobbligazione solidale limitata*, in un caso di scissa e beneficiarie, nell'altro di cedente e cessionari. In entrambe le discipline il rafforzamento della garanzia patrimoniale discenderebbe dal fatto che non è richiesto al creditore il consenso per la liberazione del cedente e questo, pertanto, rimane obbligato, seppur con un patrimonio ridotto, ragion per cui alla sua obbligazione si somma quella del cessionario.

Confrontata la disciplina della scissione con quella della cessione d'azienda, la Cassazione rileva come, nonostante la coobbligazione del cedente e del cessionario, non si dubita dell'esperibilità dell'azione revocatoria avente ad oggetto una cessione di azienda. Tale dubbio non ha quindi ragione di porsi per la scissione. Anzi, la sentenza evidenzia che il cumulo di società debentrici, realizzato dall'art. 2506-*quater*, comma 3, c.c., «determinando un frazionamento del limite di responsabilità tra coobbligati (riferito per ciascun partecipante al solo “valore patrimoniale netto” trasferito con l'atto di scissione), comporta senza dubbio un pregiudizio [...] per il creditore, tenuto, in caso di incapienza del limite di valore del singolo debitore, a dover moltiplicare le azioni dirette alla soddisfazione dell'intero importo del credito, rimanendo, peraltro, soggetto al rischio di insolvenza di ciascuna società partecipante dipendente dalla differente situazione patrimoniale nella quale si inseriscono gli elementi attivi e passivi trasferiti con la scissione».

Quanto alla tesi dell'incompatibilità tra revocatoria della scissione e regime dell'invalidità dell'operazione straordinaria, la Cassazione si allinea alle valutazioni dei giudici europolitani, chiarendo la differenza di piani tra rimedi invalidatori, tesi all'annullamento dell'atto, e rimedi recuperatori, tesi a privare lo stesso solo dell'efficacia nei confronti dei creditori pregiudicati. Ampia considerazione è riservata all'argomento secondo cui i rimedi a carattere preventivo escluderebbero la necessità di quelli a carattere successivo, come la revocatoria. Sul punto la Cassazione sottolinea ampiamente la differente funzione, appunto, preventiva in un caso, riparatoria nell'altro. Infine, con affermazione da considerare attentamente la Suprema Corte afferma che «l'azione *ex art.* 2901 c.c. ed *ex art.* 66 l. fall. svolge, invece, una funzione ripristinatoria

della garanzia generica offerta dal patrimonio del debitore, di cui si può avvalere non soltanto il creditore “anteriore” ma anche quello “successivo” al compimento dell’atto pregiudizievole, quando questo sia stato oggetto di accordo fraudolento».

6. *Qualche considerazione su Cass., 19 gennaio 2021, n. 25018.*

L’arresto della Cassazione certamente orienterà la giurisprudenza, ma, come anticipato, non è detto che potrà dissipare il dibattito anche accademico sulla revocatoria della scissione. Ed invero, pur trattandosi di una pronuncia per larga parte apprezzabile, la stessa appare tuttavia scivolare in alcuni punti su considerazioni di dubbia fondatezza, comunque non necessarie per dimostrare la compatibilità tra rimedio revocatorio e tutele specifiche dei creditori nella scissione. Mi soffermerò su tre affermazioni, una perfettamente condivisibile, altre due, invece, opinabili.

È condivisibile, ed anzi decisivo, il rilievo della Suprema Corte circa la non equivalenza tra corresponsabilità tra scisse e beneficiarie e rimedio revocatorio. Come già evidenziato in questo scritto, la limitazione della responsabilità al patrimonio netto assegnato fa sì che non solo le azioni dei creditori siano rese più complicate dalla moltiplicazione dei soggetti responsabili, ma – come dimostrato dall’esempio svolto in precedenza – possano risultare pregiudicate dalla divergenza tra attivo (o patrimonio) netto assegnato e attivo complessivo assegnato, risolvendosi tale discrepanza in un trattamento preferenziale per taluni creditori (spesso parti correlate ai soci) a scapito di altri.

Non condivisibile appare, invece, il parallelo tra disciplina della scissione e quella della cessione di azienda, come una autorevole dottrina, già molti anni fa, aveva avvertito⁹. Non è corretto affermare che, come nella cessione di azienda non vi è liberazione del cedente, così anche nella scissione non vi è liberazione della scissa. Al contrario, la scissione è istituito previsto (tra l’altro) proprio per consentire di assegnare il debito già della scissa alla beneficiaria, che diviene il debitore principale (art. 2506-*bis* c.c.; art. 2506-*quater*, comma 3, c.c.).

⁹ G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 120 ss., spec. 189 ss.

La garanzia che permane sulla scissa, come peraltro la Cassazione ben chiarisce, non è integrale, ma limitata al patrimonio netto *rimasto*. Lo stesso vale anche in prospettiva inversa, quando cioè il debito permane in capo alla scissa e ne risponde anche la beneficiaria quale garante, nei limiti dell'attivo o patrimonio netto *assegnato*. Nell'uno e nell'altro caso, il presupposto della revocatoria – l'*eventus damni* – va individuato nel pregiudizio che consegue alla limitazione di responsabilità della società che assume la funzione di garante. Al contrario, nella cessione dell'azienda il pregiudizio dei creditori della cedente è – molto spesso, se non sempre – conseguenza di un prezzo incongruo, che squilibra il sinallagma tra prestazione e controprestazione e che può dare corso anche a revocatoria fallimentare. Un pregiudizio che non può configurarsi nella scissione.

Qualche perplessità, infine, suscita l'argomento secondo cui la revocatoria della scissione assicurerebbe tutela non solo ai creditori anteriori ma anche a quelli successivi. Al riguardo, occorre considerare che l'art. 2901 c.c. non esclude che possa agire in revocatoria anche colui che divenga creditore solo dopo l'atto pregiudizievole, ma a tal fine esige che il rapporto da cui sorge il credito sia preesistente e che il terzo sia partecipe insieme al debitore della dolosa preordinazione di quest'ultimo. Orbene, la fattispecie peculiare che il codice civile individua per la revocatoria esercitata dal creditore per titolo successivo all'atto fraudolento non sembra legittimare l'affermazione che l'ammissibilità della revocatoria in tanto va ammessa in quanto amplia il novero dei soggetti che possono preventivamente opporsi ad una scissione reputata pregiudizievole. Ed infatti, la giurisprudenza pacificamente riconosce che legittimati all'opposizione sono tutti i creditori, anche se vantino crediti sotto condizione, a termine, relativi a rapporti in corso di esecuzione, chirografari o garantiti, e persino litigiosi, purché la pretesa si presenti ragionevolmente fondata¹⁰. Non appare pertanto corretto affermare l'utilità della revocatoria della scissione con questo argomento.

D'altronde, l'obiettivo della tutela europea, e quindi di quella nazionale armonizzata, è quello di proteggere i creditori *anteriori* alla

¹⁰ In questo senso, Trib. Roma, 12 giugno 2017, in *Riv. not.*, 2018, 381; Trib. Milano, 14 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1351; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Società*, 1998, 433; Trib. Brindisi, 17 luglio 1998, *ivi*, 1999, 1348.

scissione, anche a scapito di quelli successivi o, in generale, dei terzi. Nelle parole della Corte di Giustizia, infatti, si deve affermare che «l'armonizzazione minima, operata dalla sesta direttiva, della tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione non osta a che, nel contesto di una scissione mediante costituzione di una nuova società, quale avviene nell'ambito del procedimento principale, la priorità sia accordata alla tutela degli interessi dei creditori della società scissa»¹¹, e cioè dei creditori anteriori. In altri termini, non è la tutela dei creditori successivi a conferire utilità al rimedio revocatorio, ma la sua idoneità ad offrire tutela ai creditori anteriori rispetto a situazioni che la tutela preventiva non è in grado di impedire.

¹¹ Così Corte Giust. UE, 30 gennaio 2020, causa C-394/18, Soc. Igi c. Cicenia e altri, cit., § 74.