

Massima n. 209 – 7 novembre 2023

Scissione mediante scorporo

(art. 2506,1 c.c.)

MASSIMA

È legittima una scissione mediante scorporo – con assegnazione di parte del patrimonio della società scissa a una o più beneficiarie, a fronte dell’assegnazione di partecipazioni di queste ultime alla società scissa stessa – anche nei confronti di società beneficiarie preesistenti. Qualora la o le beneficiarie preesistenti non siano possedute interamente dalla società scissa e non ricorra un’altra fattispecie caratterizzata da inesistenza o irrilevanza del rapporto di cambio, non può tuttavia trovare applicazione la medesima disciplina dettata per la fattispecie di cui all’art. 2506.1 c.c. (scissione mediante scorporo a favore di beneficiarie di nuova costituzione), in forza dell’art. 2506-ter, comma 3, c.c., in quanto la determinazione del rapporto di cambio assume rilevanza e rende quindi applicabile l’ordinaria disciplina di cui agli artt. 2501-quater, 2501-quinquies e 2501-sexies c.c.

La scissione mediante scorporo – a favore di beneficiarie di nuova costituzione o anche preesistenti – non richiede la perizia di stima ai sensi degli artt. 2343 e 2465 c.c., a meno che si tratti di una scissione di una società di persone a favore di società di capitali (ai sensi dell’art. 2501-sexies, comma 7, c.c.) o che si versi in una delle altre situazioni che rendono necessaria tale perizia, mutatis mutandis, nelle ipotesi di fusione o di scissione.

La scissione mediante scorporo – a favore di beneficiarie di nuova costituzione o anche preesistenti – può essere eseguita con assegnazione di qualsiasi componente del patrimonio della società scissa, a prescindere dal fatto che l’oggetto dell’assegnazione sia o non sia qualificabile come ramo d’azienda, dovendosi intendere che la locuzione finale dell’art. 2506.1, comma 1, c.c. (là dove prevede che la scissa effettui l’operazione “continuando la propria attività”) individui quale elemento caratterizzante della fattispecie la circostanza che la società scissa non si estingua per effetto della scissione, bensì continui ad esistere.

MOTIVAZIONE

1. – L’art. 51 del d.lgs. 19/2023, ha introdotto nel codice civile l’art. 2506.1, con il quale fa ingresso nell’ordinamento italiano una nuova variante della scissione, denominata scissione mediante scorporo. Essa viene definita come una scissione nella quale la società scissa assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote, continuando la propria attività. La caratteristica che contraddistingue questa variante, dunque, consiste nell’assegnazione della partecipazione nella beneficiaria, emessa in cambio dell’assegnazione patrimoniale compiuta, non già ai soci della scissa come prevede l’art. 2506, comma 1, c.c., bensì alla stessa scissa.

1.2. – Il polimorfismo della scissione – che rimane una vicenda imperniata sulla divisione del patrimonio di un ente nel patrimonio di almeno due enti – si giova, quindi,

di una ulteriore variante, caratterizzata dalla sostituzione della *partecipazione diretta* dei soci della scissa nella beneficiaria, ottenuta attraverso l'assegnazione di quote o azioni della beneficiaria ai soci della scissa, con una *partecipazione indiretta* dei soci della scissa alla beneficiaria ottenuta attraverso l'assegnazione di quote o azioni della beneficiaria alla stessa scissa. In questo modo il valore delle partecipazioni dei soci della scissa rimane invariato, non diversamente da quanto accade nella scissione parziale "inversa", cioè nella variante scissoria nella quale la scissa assegna parte del suo patrimonio a una beneficiaria già esistente di cui possiede l'intero capitale, senza attribuire ai propri soci alcuna partecipazione diretta alla beneficiaria e senza emissione di ulteriori partecipazioni.

La nuova disposizione contempla espressamente il solo scorporo a favore di beneficiaria di nuova costituzione, sicché si pone la questione dell'ammissibilità e, in ipotesi di risposta affermativa, della disciplina di uno scorporo a favore di beneficiaria già esistente.

L'*ammissibilità* va affermata sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, le operazioni societarie straordinarie non sono caratterizzate da un principio di rigorosa tipicità, tale da non lasciare spazio a varianti non espressamente contemplate: ciò è vero in generale (v., ad es., la tendenziale ammissibilità di trasformazioni "atipiche"), e lo è particolarmente per la scissione, come dimostra l'accoglimento negli studi e nella prassi di varianti quali la scissione "asimmetrica" (prima che essa fosse riconosciuta dall'art. 2506, comma 2, c.c. *post* riforma del 2003: v. la massima n. XVI), la scissione "doppia" (v. la massima n. 103), la scissione "negativa" (quest'ultima nell'osservanza dei limiti desumibili dall'ordinamento).

In secondo luogo, si deve rilevare che la mancata previsione esplicita dello scorporo a favore di beneficiaria già esistente dipende non da un intento restrittivo del legislatore (del quale non si comprenderebbero le ragioni, una volta conferita cittadinanza allo scorporo come variante della fattispecie della scissione), bensì dal particolare procedimento con cui si è giunti all'attuale situazione. La nuova norma è contenuta nel decreto attuativo della Direttiva (UE) 2019/2121 in tema di operazioni transfrontaliere, la quale – nel regolare per la prima volta la scissione transfrontaliera – ha esplicitamente (v. l'ottavo "considerando") evitato di disciplinare la scissione a favore di società preesistente perché altrimenti si sarebbe dovuto disciplinare a livello unionale il rapporto di cambio nella scissione transfrontaliera, che presenta aspetti più complessi rispetto a quanto avviene nella fusione. Conseguentemente, il legislatore italiano, dopo aver dettato la normativa di attuazione per la scissione transfrontaliera, inclusiva dello scorporo nei limiti dell'armonizzazione minima richiesta dalla direttiva, si è soltanto preoccupato di autorizzare espressamente la scissione mediante scorporo tra società italiane negli stessi termini, onde evitare il pericolo di discriminazioni "a rovescio".

In terzo luogo, sul piano comparatistico si constata che negli ordinamenti nazionali che contemplano la scissione mediante scorporo la variante viene declinata comprendendo sia l'ipotesi della beneficiaria di nuova costituzione sia quella della beneficiaria preesistente. Basti l'esempio della Germania, paese ispiratore della normativa unionale in questo tema: il par. 123 *UmwG* (*Umwandlungsgesetz*) contempla al primo comma la scissione totale con assegnazione di azioni o quote ai soci della scissa (*Aufspaltung*), al secondo comma la scissione parziale con assegnazione di azioni o quote ai soci della scissa (*Abspaltung*), al terzo comma la scissione con scorporo che prevede l'assegnazione di azioni o quote alla scissa (*Ausgliederung*), in tutti i casi esplicitando che le beneficiarie possono essere preesistenti o di nuova costituzione, anche nell'ambito della stessa operazione (come precisa il quarto comma).

In quarto luogo, la variante in discorso si presta a soddisfare diversi interessi meritevoli di protezione: tra questi, l'interesse a realizzare una scissione a favore di beneficiaria già esistente, con assegnazione alla scissa di una partecipazione unitaria e congrua, affinché nella base sociale di tale beneficiaria non entrino tutti i singoli soci della scissa che per numerosità o caratteristiche potrebbero determinare indesiderate alterazioni degli equilibri raggiunti.

1.2. – Quanto alla *disciplina* dello scorporo a favore di una o più beneficiarie preesistenti, la massima sottolinea che non si può procedere ad una estensione automatica delle norme appositamente introdotte con l'art. 51 d.lgs. 19/2023, poiché alcune di queste presuppongono che ogni beneficiaria sia di nuova costituzione e che non si ponga un problema di congruità tra la parte di patrimonio assegnata alla beneficiaria e la partecipazione nella beneficiaria assegnata alla scissa.

Sicché, quando non ricorra una fattispecie di scissione “semplificata” – comprendente tutti i casi nei quali la beneficiaria non assegna alcuna partecipazione oppure (come nel caso considerato) assegna partecipazioni indipendenti dai valori del patrimonio ricevuto dalla scissa e di quello già esistente nella beneficiaria (ad es. scissione “a specchio” tra società le cui basi sociali coincidono) – in applicazione dell'art. 2506-ter c.c. occorre che, salva rinuncia all'unanimità degli aventi diritto:

- si redigano le situazioni patrimoniali di cui all'art. 2501-*quater* c.c.;
- la relazione degli amministratori illustri e giustifichi i criteri seguiti per la determinazione della partecipazione assegnata alla scissa a fronte delle partecipazioni spettanti a coloro che sono già soci della beneficiaria, alla luce del valore attribuito al patrimonio di cui la scissa si priva a fronte di quello già esistente nella beneficiaria;
- la congruità di tale rapporto sia oggetto di verifica ad opera degli esperti ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c.

Infatti, in tali casi l'assenza della ripartizione, tra i singoli soci della scissa, della partecipazione a loro complessivamente spettante non incide sul problema della proporzione tra partecipazione al patrimonio e partecipazione al capitale dei due gruppi di soci interessati, quelli della scissa (attraverso quest'ultima) e quelli della beneficiaria anteriori all'operazione, nel tendenziale rispetto del principio di neutralità della scissione.

Anche di altre norme di disciplina andrebbe verificato, in base alla relativa *ratio*, se e in che misura trovino applicazione, se del caso con adattamenti, anche allo scorporo a favore di beneficiarie preesistenti. Si consideri l'art. 2506-ter, comma 6, c.c., che esclude la configurabilità, nello scorporo, del *diritto di recesso* previsto per le società non azionarie dagli artt. 2473 e 2502 c.c. L'esclusione dovrebbe rimanere ferma con riguardo ai *soci non consenzienti della scissa*, perché essa parrebbe ricollegarsi all'assimilazione, per quanto al risultato finale, tra scorporo e conferimento (v. *infra*): in entrambi i casi nessun socio della scissa diviene socio della beneficiaria, poiché è la società ad acquistare una partecipazione a fronte del trasferimento effettuato; quindi, tali soci, come non possono recedere a causa del semplice conferimento in società già esistente, così non dovrebbero poter recedere neanche in ipotesi di scorporo a favore di società beneficiaria già esistente, salva l'integrazione di altra causa di recesso prevista dall'ordinamento (a tutela dei soci della scissa rimangono le responsabilità di chi avesse perfezionato uno scorporo dannoso per la scissa, ad es. per incongruità della partecipazione ottenuta).

Ad una soluzione diversa si dovrebbe probabilmente accedere con riguardo alla configurabilità del diritto di recesso da parte dei *soci non consenzienti della beneficiaria*, poiché per questi ultimi la variante in discorso non si presenta in termini sostanzialmente

diversi rispetto a qualsiasi altra scissione: che nella loro società entrino i soci della scissa o la stessa scissa, essi devono sempre lasciar spazio all'entrata di nuovi soci per effetto di una vicenda modificativa del loro rapporto sociale – la scissione – nella ricorrenza delle medesime ragioni sottostanti al riconoscimento del diritto di recesso di cui agli artt. 2473 e 2502 c.c.

2. – La scissione mediante scorporo permette di raggiungere lo stesso risultato conseguibile con un'operazione di conferimento: l'assegnazione di una partecipazione a favore di chi, con parte del proprio patrimonio, contribuisce ad arricchire il patrimonio netto di una società; con la precisazione che, mentre il conferimento in senso stretto comporta la creazione di nuovo capitale, lo scorporo determina la creazione di nuovo capitale soltanto quando è a beneficio di una società di nuova costituzione, nonché quando una beneficiaria già esistente aumenti il proprio capitale con il valore dei beni ricevuti per emettere azioni o quote da assegnare alla scissa: non anche quando tali azioni o quote siano ricavate tra quelle già emesse mediante assegnazione di azioni proprie o redistribuzione delle partecipazioni in cui è suddiviso il capitale rimasto invariato.

Quand'anche venga creato capitale attraverso lo scorporo, resta fermo che ciò avviene nell'ambito di una variante della fattispecie della scissione, la quale – diversamente da quanto accade nella fattispecie del conferimento – è caratterizzata da norme e principi dipendenti dalla propria natura di modifica organizzativa dei rapporti sociali: principi per i quali non richiede relazione di stima la eventuale creazione di capitale in una beneficiaria, che sia una società di capitali, con valori presenti nel patrimonio netto (capitale e riserve) della scissa nel rispetto del principio di continuità di cui all'art. 2504-*bis*, comma 4, c.c. (norma dettata per la fusione, ma pacificamente estesa alla scissione).

In conformità a quanto avviene nella fusione, nella scissione la perizia è, infatti, richiesta quando la scissa sia una società di persone (v. art. 2501-*sexies*, comma 7, c.c.) o, nella scissione “eterogenea”, un ente non societario (v. massima n. 20), e quando, per una finalità consentita, il capitale della beneficiaria viene creato in misura superiore rispetto al valore contabile dei beni assegnati, purché nei limiti del valore minimo attestato dall'esperto (si rinvia alle massime nn. 27 e 72).

3. – Il terzo problema affrontato dalla massima verte sul significato dell'ultimo inciso contenuto nell'art. 2506.1, comma 1, c.c., là dove si precisa che la scissa continua la propria attività.

In proposito viene innanzi tutto da rilevare che dall'espressione adoperata non si desume alcunché con riferimento all'oggetto dell'assegnazione patrimoniale, per il quale non sussistono regole diverse da quelle pertinenti a qualsiasi altra variante scissoria: che la scissione preveda l'assegnazione di partecipazioni nella beneficiaria ai soci della scissa ovvero alla stessa scissa o che non preveda alcuna assegnazione di partecipazioni, la parte di patrimonio staccata dal complesso patrimoniale della scissa e destinata ad una beneficiaria può sempre consistere in elementi attivi e passivi non aventi una predefinita qualificazione e quantificazione.

Proprio perché la singola assegnazione patrimoniale può avere ad oggetto larga o minima parte del patrimonio della scissa, non avrebbe senso prestabilire a livello normativo quali siano le conseguenze della scissione sull'attività della scissa; ed infatti ciò non avviene nell'art. 160-*ter* della Direttiva (UE) 2017/1132, come introdotto dalla Direttiva 2019/2121, che non contiene traccia di alcuna particolare esigenza di continuità nell'attività esercitata dalla scissa nell'operazione transfrontaliera. All'esito di tale vicenda la

scissa potrebbe anche ridurre le proprie attività (ad es., non esercitando più l'attività a cui era strumentale il ramo d'azienda assegnato ad una beneficiaria) o modificarle notevolmente (ad es., mutandosi da operativa in *holding* per la gestione delle partecipazioni ottenute attraverso la ripartizione anche integrale del proprio patrimonio tra più beneficiarie). E, siccome la scissione può interessare anche una società in liquidazione che non abbia iniziato la distribuzione dell'attivo, nulla impedisce che l'entrata nella fase di liquidazione coincida con il perfezionamento della scissione, senza che la scissa svolga alcuna ulteriore attività che non sia puramente strumentale allo svolgimento della fase liquidativa.

Poiché è evidente che, per quanto sopra rilevato, in nessun modo si potrebbe impedire una scissione transfrontaliera mediante scorporo per questioni connesse con l'attività della scissa successiva al compimento dell'operazione, non sarebbe sistematicamente corretto restringere l'accesso alla scissione interna mediante scorporo per lo stesso genere di questioni. Ne deriva che la portata dell'inciso "*continuando la propria attività*" merita di essere ridimensionata ad espressione meramente descrittiva della necessità che la scissa sopravviva allo scorporo, in quanto destinataria delle partecipazioni assegnate da chi beneficia di un'assegnazione patrimoniale.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sul tema, tra i primi contributi, si vedano: ASSONIME, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, Circolare n. 16 del 7 giugno 2023; D. BOGGIALI - N. ATLANTE, *La scissione mediante scorporo*, Studio n. 45-2023/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 27 luglio 2023; M. BORIO, *La scissione mediante scorporo (art. 2506.1 c.c.)*, in <http://www.federnotizie.it>, 15 settembre 2023; A. BUSANI, *La scissione mediante scorporo*, in *Società*, 2023, p. 401 ss.; G. DIBATTISTA, *La scissione mediante scorporo tra norme comunitarie e trasposizione interna*, in *Società*, 2023, p. 927 ss.; F. MAGLIULO, *L'attuazione della Direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 2023, p. 630 ss.