

OPERAZIONI STRAORDINARIE NELLE CRISI D'IMPRESA: SONO POSSIBILI SCISSIONI E CONFERIMENTI NEGATIVI? [*]

di CARLO BRUNO VANETTI

Sommario: I. PROCEDURE CONCORDATARIE E OPERAZIONI STRAORDINARIE – 1. Dalla incompatibilità alla difficile convivenza tra procedure concordatarie ed operazioni straordinarie; 2. Il rapporto tra diritto concordatario e operazioni straordinarie: quadro di riferimento; 3. Il rilievo delle posizioni dei soci: nuovi diritti e nuovi doveri nell'ambito delle procedure concordatarie; 4. Le prime risposte a taluni problemi specifici delle operazioni straordinarie: 4.1) concorso delle competenze degli organi societari e concordatari; 4.2) vincolatività del piano concordatario e delibere incongrue; 4.3) sovrapposizione di regole procedurali; 4.4) conferimenti in natura e (non) verifica della stima; 4.5) i diritti individuali dei soci: loro compressione; 4.6) operazioni straordinarie e insuccesso del piano di risanamento. II. SONO POSSIBILI SCISSIONI E CONFERIMENTI NEGATIVI? – 5. Il problema del conferimento negativo e della scissione negativa: da ammettere se tali solo contabilmente; 6. Il conferimento e la scissione realmente negativi: prevale la tesi dell'inammissibilità; 7. Nelle procedure concordatarie devono consentirsi forme di scissione realmente negativa.

[*] *Relazione destinata al Convegno su "Gli Scorpi Aziendali", Pavia, 27 settembre 2018*

I - PROCEDURE CONCORDATARIE E OPERAZIONI STRAORDINARIE

1. Dalla incompatibilità alla difficile convivenza tra procedure concordatarie ed operazioni straordinarie

1.1 L'impresa societaria in crisi, sia iniziale che più avanzata ma reversibile, da sempre, nel tentativo di elaborare un piano

industriale e finanziario, utilizza anche gli strumenti del diritto societario “straordinario”.

Dall'aumento di capitale (di norma previo suo abbattimento), alla emissione di obbligazioni e altri strumenti finanziari, alla eliminazione di rami improduttivi o non strategici o alla valorizzazione di quelli potenzialmente produttivi, tramite cessioni, conferimenti, scissioni, alla fusione con altre società da cui possono derivare sinergie.

Queste operazioni, tuttavia, ancora **alla fine del secolo scorso avvenivano solo in sede stragiudiziale e pre- o post-concorsuale**, mentre se ne escludeva espressamente la praticabilità nell'ambito di concordati e fallimenti (per tutti: art.2501, c.2, cod.civ., prima della riforma del 2003: ” *La partecipazione alla fusione non è consentita alle società sottoposte a procedure concorsuali [...]*”).

All'origine di tale divieto, la circostanza che tradizionalmente le procedure concorsuali (un tempo fallimento, liquidazione coatta, amministrazione controllata e concordato preventivo) tendevano alla mera moratoria e liquidazione atomistica o, per evitare il fallimento, consentivano solo l'uso di schemi rigidi – garanzia esterna o *cessio bonorum* – che non contemplavano la cessione dell'azienda funzionante, o di suoi rami, nè l'utilizzo di operazioni societarie straordinarie.

1.2 - Solo col nuovo secolo si regolamentarono formalmente l'affitto e la vendita d'azienda nel fallimento, nel frattempo già entrate nella prassi e, specialmente - novellando qua e là articoli del codice e della legge fallimentare -, si abolì il divieto di fusioni e scissioni di società sottoposte a procedure concorsuali, legittimando al contempo espressamente il ricorso a trasformazioni, e, per il concordato preventivo e fallimentare, si introdussero clausole di generale legittimazione per ogni operazione innovativa.

Non si emanò tuttavia alcuna disciplina specifica, lasciando così in linea di principio operare il normale diritto societario, e affidando la risoluzione degli inevitabili conflitti alla clausola di cui all'art. 2499, in tema di trasformazione ma intesa come principio generale, secondo cui si può ricorrere a tale operazione “**anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della procedura**”.

1.3 Il tema delle regole applicabili alle operazioni straordinarie delle società in crisi si inquadra, anzitutto, in quello più generale delle regole societarie in situazione di insolvenza o pre-insolvenza, e viene affrontato dalla dottrina, e talora dal legislatore e dalla prassi, sotto svariate prospettive, legate, anzitutto, al livello della crisi ed alla pendenza o meno di una procedura concorsuale (ovvero al sussistere solo di una fase di attesa od esecutiva).

Per poi articolarsi ulteriormente in rapporto alle finalità della procedura (conservativa o liquidatoria), alla presenza o meno di spossessamento, ed anche a seconda degli istituti giuridici dei quali si ipotizzi l'applicazione (diverso proporre un'azione revocatoria dal partecipare a nuove iniziative che incidano sulle future strategie aziendali).

I singoli aspetti confluiscono poi e possono riassumersi in quello più generale, di come - ossia secondo quali linee direttive e gerarchia di interessi, competenze e poteri - vada strutturata la *bankruptcy governance*, il governo dell'impresa in crisi.

Si comprende così come i **problemi giuridici del diritto “concorsual-societario”** riempiano un lungo elenco (cfr. Tombari, Scognamiglio, Benazzo, Calandra Buonauro, Cagnasso, Strampelli, Montalenti ed altri), e tra questi i doveri degli amministratori in presenza di crisi, il ruolo del capitale sociale, le competenze degli organi sociali – in particolare assemblea e organo di gestione - nelle procedure concorsuali. Ovvero, simmetricamente, che rilievo assumano i controlli, le autorizzazioni e i poteri degli organi delle procedure, ed in particolare se possano imporre all'impresa o delegare a terzi scelte di merito.

Alcuni di questi problemi si pongono già ai primi sintomi di crisi, ma la situazione più critica riguarda le procedure concorsuali conservative, quelle che implicano il minimo sacrificio (e il pari trattamento) dei creditori, ma al contempo mirano alla continuità aziendale (la cui salvaguardia assume addirittura preminenza nelle amministrazioni straordinarie).

1.4 Ai problemi diciamo “di primo livello” - cioè applicabili anche alle operazioni che possono svolgersi senza incidere sulla struttura societaria e modificarne lo statuto, come se si trattasse di un'impresa individuale - si affiancano poi quelli “di secondo livello”, cioè applicabili alle operazioni che incidono sullo statuto sociale e sulla struttura della società, tra le quali rientrano le

tipiche operazioni straordinarie (conferimenti, fusioni, scissioni).

Come accennato, da non molti anni (riforma societaria e amministrazione straordinaria Parmalat-Marzano del 2003; riforme fallimentari del 2005-2007), si ammette che le società sottoposte a procedure concorsuali possano compiere operazioni straordinarie.

Tuttavia, a risolvere gli inevitabili conflitti con gli interessi protetti dal diritto concorsuale, si detta il solo criterio generale della compatibilità “con le finalità o lo stato della procedura” (art.2499 L.F.,cit.).

Atteggiamento, questo, che trova corrispondenza nel complessivo silenzio del legislatore in merito alla *governance* della società di capitali in crisi.

Solo negli anni più recenti si registrano alcuni episodici interventi del legislatore, della dottrina e della prassi, ma **la armonizzazione tra diritto societario e diritto concorsuale, sia in termini generali che, nello specifico, in tema di operazioni straordinarie, è tuttora ancora ben lontana dal realizzarsi.**

Credo tuttavia che il nucleo attorno al quale il diritto concorsual-societario sta iniziando a concretizzarsi sia proprio questo, ossia la disciplina delle operazioni di gestione straordinaria.

E ciò a causa degli stessi sviluppi del diritto concorsuale.

1.5 La evoluzione del **diritto concorsuale**, che vede come sua più recente espressione in Italia il progetto di Riforma Rordorf-Orlando (e la Legge Delega n.155/2017), in via di attuazione, - a prescindere dalla estensione di certe tutele agli stessi soggetti non fallibili - assume ormai come concetto di **riferimento la salvaguardia della continuità aziendale**, da valutarsi sulla base di dati prospettici, e come *target* principale non più l'imprenditore individuale insolvente, ma **l'impresa in crisi in forma societaria** (o addirittura di gruppo).

Al contempo prende atto della necessità, per procedere a risanamenti e ristrutturazioni, di **utilizzare, tramite operazioni**

straordinarie, la stessa organizzazione corporativa e finanziaria della società, e le relative opportunità, e non solo l'azienda sottostante (cfr. da ultimo Ferri jr.).

1.6 Le principali operazioni straordinarie, nel comune diritto societario - salvo rari casi di supplenza alla inattività dell'assemblea (artt. 2446 e 2482-*bis*, 2485 e 2487 cod.civ.) -, **implicano il consenso dei soci**, i quali nelle società di capitali, non essendo personalmente assoggettati alla procedura concorsuale, non dovrebbero venire spossessati delle loro partecipazioni e dei diritti relativi alla loro qualità di socio.

E la collaborazione dei soci condiziona quella dell'assemblea e degli amministratori dalla medesima nominati.

Ed ecco che la necessità di coordinare funzioni e poteri degli organi societari e di quelli concorsuali; la armonizzazione di procedure, strumenti di tutela, gerarchia di interessi; l'esigenza di integrare o sostituire la nozione di capitale sociale con indici economico-finanziari (ossia **i temi tipici del diritto societario della crisi**) - da mera discussione astratta (restando di regola, nelle classiche procedure liquidatorie, la società come tale passiva o dormiente) -, **divengono problemi contingenti**, che condizionano sia la soluzione immediata di crisi aziendali in atto, sia lo sviluppo di un moderno diritto concorsuale o se vogliamo di un diritto "concorsual-societario", a cavallo tra i due sistemi.

2. Il rapporto tra diritto concorsuale e operazioni straordinarie: quadro di riferimento

2.1 Come ricordavo, negli ultimi anni non sono mancati taluni interventi del legislatore (interno e comunitario), così come della dottrina e della prassi, che direttamente o indirettamente riguardano i rapporti tra operazioni straordinarie e procedure concorsuali:

- per **la dottrina**, cito, per il loro specifico riferimento alle operazioni straordinarie nella crisi d'impresa, i lavori di Guertera e Maltoni (oggetto anche di uno Studio della Fondazione

Italiana del Notariato), e quelli di Bastia e Brogi e di Pototschnig, mentre

- per quanto riguarda **la normativa**, ricordo, per la loro incidenza sui temi in discussione:

- la regola, introdotta nel 2012 nella **Legge Fallimentare (art. 182-sexies)**, secondo la quale, dal momento in cui si inizia, anche con il deposito di una mera domanda anticipatoria, un procedimento di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti, **non opera più la causa di scioglimento legata alla perdita del capitale sociale** (art.2484,c.1,n.4, cod.civ.), talchè *la società che si dichiara in crisi può operare anche con patrimonio netto negativo* (facilitazione che con la Riforma Rordorf-Orlando potrà già applicarsi nella fase di allerta, ossia in presenza di meri indici di crisi);

- la possibilità data, nel concordato preventivo, ai **soci**, di partecipare alla ristrutturazione finanziando la società, con il diritto dei soci-finanziatori di **recuperare in prededuzione l'80% del loro nuovo finanziamento (art.182-quater, c.3, L.F.)**;

- la facoltà concessa - dal 2015 - ai **creditori** (che rappresentino il 10% dei crediti), di proporre un autonomo **piano "concorrente" di concordato (art.163, c. 4 e 5, L.F.)**, inclusivo di operazioni societarie (ricapitalizzazioni, conferimenti, ed anche, a veder mio - ma cfr. anche Di Martino -, fusioni e scissioni, ancorchè non previste espressamente) e, in tal contesto,

- il potere attribuito al *tribunale*, di nominare nel concordato preventivo **un amministratore giudiziario che sostituisca la stessa assemblea e l'organo di gestione (art.185, c.6,L.F.)**, qualora i soci non deliberino conseguentemente: potere sostitutivo che la prassi notarile estende ad ogni ipotesi di piano (anche proposto dal debitore: Firenze, massima n.58/2015) e la dottrina maggioritaria anche al concordato fallimentare (come principio di carattere generale: Abriani, Sacchi, Pinto).

Quest'ultima posizione, estensiva, è seguita dalla **Riforma Rordorf-Orlando** (legge delega 155/2017, art.6, c.2, lett.*b* e bozza del dicembre 2017 di decreto attuativo, art.123, cc.3-6) la quale consente che l'incarico di sostituire l'assemblea dei soci sia affidato allo stesso commissario o curatore, arrivando a ipotizzare che nel caso di concordato fallimentare (che diverrà

“concordato liquidatorio giudiziale”), **al curatore possano essere sistematicamente affidati tutti i compiti dell’assemblea**, anche straordinaria (art.269 della bozza) ;

- Per la prassi notarile, vanno segnalati **I principi elaborati dal notariato** di Firenze ed espressamente dedicati a “procedure concorsuali ed operazioni societarie”, cui si affiancano su singoli aspetti i notai del Triveneto e quelli di Roma e di Milano.

2.2 Ancora, per le riforme *in fieri*, oltre alla **Legge Delega 19 ottobre 2017, n.155**, relativa al progetto Rordorf-Orlando, già citata, e alla **bozza di decreti attuativi**, presentati a fine 2017 e destinati a dettare il nuovo “Codice della crisi e dell’insolvenza” (cfr. http://mobile.ilcaso.it/codice_crisinsolvenza/205), la **Proposta di direttiva comunitaria 2016/0359** del 22 novembre 2016 sulle ristrutturazioni aziendali che prevede espressamente (art.12) l’obbligo dei soci di non ostacolare l’adozione o l’esecuzione di un piano di ristrutturazione che consentirebbe verosimilmente il ripristino della solvibilità. Al

contempo, aderendo alla tesi secondo nella crisi d’impresa i creditori sono i proprietari sostanziali, ed i soci assumono un ruolo subalterno, indica, a tutela dei soci (in particolare dei minoritari), la possibilità di **accorpate i soci** stessi, per il recupero dei loro conferimenti, **in una o più classi di creditori “residuali”**, postergati: in tal modo potranno incidere sulla adozione del piano, in quanto la proposta di concordato dovrà venire approvata a maggioranza da ogni classe (la proposta di direttiva richiede il voto positivo di tutte le classi, salvo successivo *cram down* del tribunale per superare i dissensi: art. 9 ss.).

3. Il rilievo delle posizioni dei soci: nuovi diritti e nuovi doveri nell’ambito delle procedure concorsuali

3.1 Dall’insieme delle misure appena citate e dall’approccio della dottrina mi pare emerga, anzitutto, la

evoluzione verso una **disciplina uniforme delle misure di risanamento giudiziali**, a prescindere dalla procedura in cui vengono di fatto inserite e dalle dimensioni dell’impresa.

Basti ricordare che le soluzioni valide per i due tipi di concordato (preventivo e fallimentare) tendono a mutuarsì, così come ad applicarsi agli accordi ex art. 182-*bis* L.F. (v. Guerrera-Maltoni e orientamenti del notariato di Firenze), ormai integrati sempre più tra le procedure concorsuali, ed al contempo talune innovazioni introdotte nel concordato preventivo (divisioni in classi, proposte dei terzi) risentono di quelle adottate per il concordato “finale” nella procedura di amministrazione straordinaria Marzano (art.4-*bis*): ed anche la attuale generalizzata liceità di operazioni straordinarie trova in tale procedura il suo antecedente.

3.2 Per quanto riguarda poi più specificamente le operazioni straordinarie, come traspare dalle disposizioni accennate, devono individuarsi **due linee di tendenza**, apparentemente confliggenti: da un lato, il **rilievo riconosciuto ai soci ed ai loro diritti**.

Si è ormai affermata, per le procedure di natura giudiziale, la tesi che la organizzazione corporativa resti in funzione ed il consenso della maggioranza dei soci condizioni quindi ogni sua modifica: al contempo si fa strada l'idea che il risanamento tempestivo implichi il riconoscimento di un residuo valore alle partecipazioni dei soci;

Dall'altro canto, si opera la **estensione ai soci** - ed in particolare al nucleo di controllo - di taluni **doveri di collaborazione** attribuiti in prima istanza agli amministratori: doveri che limitano le prerogative loro formalmente riconosciute e che si manifestano chiaramente proprio in occasione della adozione di delibere di particolare rilevanza, quale l'attuazione di operazioni straordinarie.

4. Le prime risposte a taluni problemi specifici delle operazioni straordinarie

Dalle norme esistenti o programmate cominciano a trasparire le risposte ad alcuni problemi tipici delle operazioni straordinarie.

4.1) concorso delle competenze degli organi societari e concorsuali

Anzitutto, un primo problema, cui si è già accennato, riguarda il **sovrapporsi delle competenze** degli organi societari e di quelli concorsuali.

Ebbene, come abbiamo rilevato, resta prevalente la soluzione secondo cui, nel concordato preventivo ed in quello fallimentare - diversamente dalle procedure “amministrative” (liquidazione coatta e amministrazioni straordinarie) -, le modifiche statutarie, e con esse **le operazioni straordinarie, restino formalmente di competenza degli organi societari**, ma al contempo si afferma che esse non devono contrastare con il piano concordatario e **sono condizionate** alla sua effettiva realizzazione.

Ossia, restano invariate le competenze e i criteri di formazione e di funzionamento degli organi societari, per cui le operazioni che modificano lo statuto vanno deliberate dall'assemblea straordinaria dei soci, regolarmente convocata, e iscritte nel registro delle imprese: ed anche nelle ipotesi citate di poteri sostitutivi esercitati dal tribunale, formalmente si realizzano atti dell'assemblea e dell'organo di gestione.

Le delibere assunte dai soci, ancorchè “straordinarie”, non necessitano di autorizzazioni del Tribunale o del Giudice Delegato ex art.161, c.7 e 167, c.2, L.F.; tuttavia, l'esercizio delle funzioni degli organi sociali resta comunque subordinato al quadro delineato dal piano concordatario.

Il che significa:

a) ogni delibera che incida sulla struttura della società deve presumersi (e di regola è anche espressamente) soggetta alla **condizione sospensiva dell'avvenuta omologa** del concordato.

Ricordo che, preferibilmente, le delibere si adottano in corso di concordato, ma l'atto finale - atto di fusione o scissione, atto di conferimento o di trasformazione - viene perfezionato solo ad omologa avvenuta, esauriti i termini (o la fase) di reclamo.

Se tuttavia la modifica (con la stipulazione dell'atto finale) volesse avere efficacia prima dell'omologa, normalmente sarà necessaria l'autorizzazione degli organi della procedura.

b) vi è il **dovere** dei soci, e con essi dell'assemblea e degli amministratori, **di adottare le delibere** e porre in essere le operazioni previste dal piano ammesso da tribunale e votato dai creditori.

Dovere la cui violazione giustifica la

c) **facoltà concessa al tribunale di “spossessare” del voto i soci e gli amministratori**, per formalizzare coattivamente una volontà “*ficta*”, imposta ai soci ed agli organi sociali.

4.2) vincolatività del piano concordatario e delibere incongrue

Resta dubbio l'**effetto della vincolatività del piano nei confronti di delibere che non vi si adeguino correttamente.**

Ci si è domandati se (qualora le variazioni siano significative) si configuri un vizio di fronte al quale **il notaio dovrà rifiutare la sua approvazione.**

Al riguardo, mi pare da accogliere l'opinione positiva (massima 61/2016 del notariato di Firenze), dato che il notaio, nel suo controllo di legalità, deve “verificare l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge” (art.2436 cod.civ.) e, come s'è già ricordato, la legge (art.185, c.3, L.F., introdotto nel 2015) detta l'obbligo del debitore di “dare esecuzione alla proposta di concordato” (e una delibera che non si adegui al piano non vi dà esecuzione).

Per quanto riguarda poi la alternativa, posta dal codice civile (artt.2377 e 2379) tra annullabilità e nullità, mi pare che nella incoerenza tra delibere e proposta, specie ove si tratti di concordato in continuità, si possa ravvisare il vizio più grave, ossia la **nullità**, trattandosi non solo di delibera con oggetto, ossia contenuto, illegittimo, ma di violazione di un precetto posto a tutela dell'interesse dei terzi (i creditori) e del mercato stesso.

4.3) sovrapposizione di regole procedurali

Altro problema è dato dalla presenza, **nel diritto societario, di specifiche regole procedurali relative a termini per opposizioni dei creditori, controlli sulle valutazioni e possibili rettifiche successive, tempi e modalità di impugnativa delle delibere illegittime** sfuggite al controllo notarile ed in concreto

assunte: penso anzitutto alle **opposizioni dei creditori nelle fusioni e scissioni** (artt.2503 e 2506-ter cod.civ.), così come alla procedura di **verifica della stima per i conferimenti nelle s.p.a.** (art.2343 e 2343-*quater* cod.civ.); ma anche alle impugnative per **invalidità delle delibere**, in particolare di quelle assembleari.

Tutele societarie che si sovrappongono o aggiungono alle opposizioni, reclami e impugnazioni previste dal diritto concorsuale: in particolare al **reclamo contro l'omologa** dei concordati (preventivi e fallimentari) ed accordi ex art.182-*bis* L.F. (artt.183 e 131 L.F.); e che potrebbero anche vanificare la realizzazione dei piani di risanamento, se non altro a causa della durata dei procedimenti giudiziali.

Il punto attualmente non è regolamentato, per cui è opportuno a livello operativo che i termini per le opposizioni e scissioni vengano rispettati e i rimedi societari, se del caso, vengano subito esperiti - anche se difficilmente il giudice consentirà la sospensione dell'efficacia della delibera impugnata (cfr. artt.2503 e 2445 u.c., 2378 cod.civ.), ossia che venga effettivamente sospeso l'*iter* della procedura concorsuale (per cui di fatto il rimedia da demolitorio si convertirà in risarcitorio) -.

Parte della dottrina (Guerrera e Maltoni), sempre nell'ottica della prevalenza delle esigenze del piano concordatario e degli interessi sottesi al suo realizzo, ed in coerenza con il naturale condizionamento della operazione societaria all'avvenuta omologazione, ha sostenuto invece che tutte le impugnative e opposizioni societarie, già nel diritto vigente, debbano rendersi esperibili dai creditori concordatari solo tramite il reclamo al decreto di omologazione: si richiama anche per analogia l'art. 2503-*bis* del codice civile, che preclude l'opposizione del singolo obbligazionista in caso di approvazione della fusione da parte dell'assemblea degli obbligazionisti.

Ed in tale ultimo senso si è orientata la **legge delega 155/2017**, ove dispone - per le opposizioni dei creditori nelle operazioni di "trasformazione, fusione o scissione poste in essere nel corso della procedura" -, che "*l'opposizione dei creditori possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria*" (art.6, c.2, lett.c, n.1).

A tale norma si adegua l'art.121 della citata **bozza del "Codice della crisi e dell'insolvenza"**, il quale la estende anche alla

“*validità*” in generale delle operazioni e addirittura vi aggiunge (salvo, sul punto, auspicabili ripensamenti), che il reclamo contro l’omologa sarà l’unico rimedio anche per le operazioni (previste dal piano, ma) da compiere “*dopo la (..) omologazione*” stessa.

Va anche rilevato che la sussunzione delle impugnative e opposizioni societarie nel reclamo (previa opposizione) al decreto di omologazione del concordato, non potrà logicamente applicarsi nei confronti delle delibere delle altre società coinvolte nell’operazione straordinaria, nè, parrebbe, per i creditori cui non si estende la esdebitazione concordataria; al contempo, qualora fossero fatti valere motivi di merito riferiti alla operazione societaria, non dovrebbero operare le limitazioni poste dalla normativa concorsuale, ossia la ristrettezza del termine e la necessità di essersi già opposti prima dell’omologa.

4.4) conferimenti in natura e (non) verifica della stima

Per quanto riguarda, invece, i **controlli sui conferimenti in natura nelle s.p.a.**, si può citare il caso specifico dell’art. 105 LF (conferimento ad opera del curatore), in merito al quale attualmente la dottrina (Fimmanò ed altri: cfr. Maffei Alberti) sostiene la piena applicazione della normativa societaria (quindi anche dei controlli sulla stima ove richiesti).

A parte la possibilità di adottare per la conferitaria lo schema della s.r.l. (per la quale non vi è controllo formale della stima), ed a prescindere dal regime speciale di cui agli art.2343-*ter* e *quater* (conferimenti senza nuova stima)- ove va almeno integrata da parte degli amministratori la stima “libera” preconfezionata con le attestazioni di rito sul valore minimo - , ipotizzerei invece che **il controllo della stima da parte degli amministratori della conferitaria sia di regola da escludere** anche quando conferitaria sia una s.p.a.: e ciò, sia perchè la conferitaria si presume sia una *newco* controllata al 100% (dove la verifica si tradurrebbe in una inutile formalità, esperita in sostanziale conflitto di interessi), sia perchè il curatore non potrebbe comunque derogare alle stime da rendere pubbliche previste dall’art.107 L.F. per la liquidazione fallimentare, sia infine in virtù della clausola generale di cui all’art. 2499, che può far ritenere incompatibili “con le finalità o lo stato” della procedura

quelle formalità che ne possono compromettere il corretto svolgimento senza, in concreto, poter adempiere ad alcuna particolare funzione di tutela.

4.5) I diritti individuali dei soci: loro compressione

Altre interferenze tra la normativa concorsuale e quella societaria derivano dalla previsione, in quest'ultima, di **diritti di recesso, di opzione e di prelazione** spettanti in svariate fattispecie ai soci, per legge o per statuto: anche in questo caso, come per i diritti di impugnativa delle delibere (supra, 4.3), è giocoforza che, ove tali facoltà non siano espressamente confermate dal piano di risanamento, sia la normativa societaria a cedere (si veda, per il recesso, la Legge delega 155/2017, art.6, c.2, lett.c), realizzandosi così sempre più, nella sostanza, la estensione al livello dei soci stessi, con le loro partecipazioni, degli effetti della procedura concorsuale (segregazione o spossessamento) (cfr.Ferri *jr*).

4.6) Operazioni straordinarie e insuccesso del piano di risanamento

Ultimo tema relativo alle “operazioni straordinarie nella crisi” cui voglio far cenno è *la definitività o “irretrattabilità” delle modifiche societarie intervenute (v.per tutti gli artt.2504-quadter e 2506-ter cod.civ. sulla invalidità della fusione e della scissione)*.

La prassi, al proposito - come si è rilevato - consiglia, anzitutto, che gli atti finali delle procedure societarie siano stipulati dopo che l'omologa sia divenuta definitiva - o almeno, se antecedenti, subordinandoli alla condizione sospensiva dell'avvenuta omologazione della proposta concordataria -, superando con ciò il problema della remissione in pristino in caso di rifiuto o riforma del decreto di omologa.

Restano comunque le ipotesi di **annullamento** della procedura concorsuale o di sua **risoluzione** per inadempimento degli obblighi concordatari (artt.137-138 e 186 L.F.).

Ciò premesso, in caso di originaria o successiva invalidità o inefficacia del concordato, si tende a far prevalere la lettera della norma societaria, ossia l'irretroattività salvo il diritto ad eventuali danni: ed in tal senso sono anche la Legge 155/2017 (art.6, c.2, lett.c, n.2) e la bozza del decreto di attuazione (art.121) .

Il che, sotto il profilo economico, per i debiti della società, corrisponde alla regola generale secondo cui i terzi non sono pregiudicati dalla risoluzione o annullamento dei concordati (art.140 L.F., applicato anche al c.p.) nè può loro opporsi (se in buona fede) la revoca delle delibere assembleari, e di fatto comporta che i creditori concordatari che hanno legittimamente ricevuto dei pagamenti (penso anzitutto ai prededotti e privilegiati) li possano trattenere, e al contempo venga meno per tutti i creditori l'effetto esdebitatorio del concordato.

Per quanto riguarda invece la massa attiva, resteranno fermi l'eventuale consolidamento o la segregazione derivanti dalle operazioni ormai perfezionate.

E veniamo ora, brevemente, alla seconda parte del mio tema: i conferimenti e le scissioni negative

II - SONO POSSIBILI SCISSIONI E CONFERIMENTI NEGATIVI?

5. Il problema del conferimento negativo e della scissione negativa: da ammettere se tali solo contabilmente

5.1 Tra le modalità cui ricorrono le procedure di ristrutturazione - stragiudiziali o giudiziali -, molto frequenti sono il conferimento e la scissione aventi ad oggetto un ramo aziendale da isolare dal resto del patrimonio.

Sia il conferimento che la scissione sono **normalmente preordinati all'incremento - o costituzione - reale del capitale** (e quindi del patrimonio) del soggetto che riceve i beni; ovvero, sono istituti destinati - almeno nella lettera della legge - ad avere come oggetto valori complessivamente positivi.

In entrambi i casi chi (soggetto conferente o società scissa) attribuisce alla società destinataria i propri beni, ha diritto di ricevere dall'altra parte azioni o quote emesse aumentando il capitale della società che li ha ricevuti (conferitaria o, rispettivamente, beneficiaria).

Nella scissione, tuttavia, lo scambio è meno evidente: mentre nel conferimento il conferente diventa socio della conferitaria, nella scissione la partecipazione nella beneficiaria viene attribuita non alla scissa ma ai suoi soci (tutti od alcuni).

Va aggiunto che per entrambi gli istituti (a prescindere dall'ottica dei principi contabili internazionali) vi sono **differenti teorie circa la relative natura**: vi è chi ne sostiene la finalità prevalentemente associativa (per il conferimento) o di mera modifica statutaria (per la scissione); e chi invece argomenta in favore della natura di negozio di scambio (conferimento) o di atto traslativo (scissione), analoghi alla compravendita o alla successione; con la precisazione che per il conferimento prevale quest'ultima tesi, mentre per la scissione (come per la fusione) è dominante la prima tesi, che la accosta ad una sorta di trasformazione o clonazione, che implicano la naturale prosecuzione di ogni rapporto inerente ai beni assegnati, senza alterità nè soluzione di continuità.

5.2 In ogni caso, parrebbe doversi derivare che un'azienda (o ramo) in crisi, **con valore netto negativo**, risultante come tale dalle scritture contabili, non possa essere oggetto nè di conferimento nè di scissione, non essendovi apparentemente valori imputabili a capitale per la destinataria dei beni (ed anzi comportando una riduzione del patrimonio di chi li riceve ed un incremento di quello del soggetto scisso o conferente).

Parrebbe, insomma, impossibile effettuare un "conferimento negativo" od una "scissione negativa".

5.3 Tuttavia, va introdotta una prima distinzione tra valore contabile e valore effettivo (od "economico", "corrente").

Il valore dei beni talora può essere negativo **solo contabilmente**, quale conseguenza del criterio del costo e della iscrivibilità in bilancio di utili e proventi solo se effettivamente realizzati: art.2423-*bis* e 2426 cod.civ. (v. Colombo).

Nel **conferimento**, se la stima (elemento essenziale in tale operazione) evidenzia il valore effettivo dei beni, ed esso è po-

sitivo, il loro valore di libro potrà essere aumentato in pari misura, e il margine attivo potrà portarsi a capitale della conferitaria e perfezionarsi così l'operazione.

Per quanto riguarda la **scissione**, tuttavia, non è prevista la stima ed, anzi, è regola che i valori presenti nella contabilità della scissa vengano riportati tali e quali nella beneficiaria (art.2504-bis, c.4, richiamato dall'art.2506-*quater* cod.civ.), in conformità alla natura non traslativa della scissione stessa e alla conseguente inesistenza di un nuovo costo sostenuto dalla beneficiaria.

Per la scissione (solo) contabilmente negativa un consenso sulla sua ammissibilità si è così creato esclusivamente per l'ipotesi in cui la beneficiaria preesista e presenti un patrimonio contabile in grado di assorbire il valore negativo accollatole, fermo restando che del valore effettivo si terrà conto ai fini del canambio (riallocando anche ai soci della scissa le partecipazioni detenute dai soci della beneficiaria o con altre analoghe modalità) e per i limiti di responsabilità verso i creditori già della scissa (in tal senso ad esempio la massima L.E.1 del notariato delle Tre Venezie).

5.4 Parte della dottrina (ricordo Bertoli) e la prassi, seppur con una certa forzatura (e superando il divieto bilancistico di rivalutazioni volontarie), ammettono anche che venga redatta una stima sul valore effettivo, sulla cui base rivalutare i beni assegnati rispetto al loro importo contabile, e con ciò estendono la possibilità di scissione (contabilmente) negative anche in favore di società di beneficiarie di nuova costituzione.

Si devono richiamare al riguardo gli orientamenti espressi dal notariato milanese (massima n. 72) e romano (massima del luglio 2016), e da ultimo il Documento di ricerca sulla scissione negativa del 19 luglio 2018, elaborato dal Consiglio Nazionale dei Commercialisti.

6. Il conferimento e la scissione realmente negativi: prevale la tesi dell'inammissibilità

6.1 Per quanto concerne l'ipotesi in cui i beni posseggano un valore **realmente negativo**, anzitutto, è opinione unanime che debba necessariamente escludersi la ammissibilità di un loro **conferimento**.

Si ritiene essenziale in tal caso, per definizione, la attribuzione di valori a titolo di nuovo capitale alla società conferitaria, mentre il valore effettivo complessivamente negativo esclude il presupposto per l'aumento di capitale e per quello scambio di beni che denota per i più l'operazione.

6.2 Invece, per la **scissione realmente negativa**, a fronte di una maggioranza di opinioni contrarie, si sono manifestate anche tesi favorevoli, almeno a determinate condizioni.

- Va riconosciuto che l'**opinione contraria** alla scissione realmente negativa è nettamente

maggioritaria in dottrina, e conformemente si esprimono le massime del notariato sia a Milano (n.72/2005, cit.) che nel Tri-veneto (massima L.E.1, cit.).

Sempre a contestare la possibilità di una scissione con oggetto beni di valore reale negative si cita il principio contabile OIC 4 (parte seconda, par.4.3.3) e, specialmente, una sentenza della **Cassazione (n. 26043 del 20 novembre 2013)**, la quale in un passaggio della motivazione afferma che nella specie “sembra essersi realizzata una non consentita ipotesi di scissione c.d.negative verso una società neocostituita”, in cui “il valore reale del patrimonio assegnato sia negativo”; e nel motivare la relativa illegittimità richiama il fatto che “non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e conseguentemente non potrebbe aversi una distribuzione di azioni”, segnalando che oltretutto la scissione secondo l'Appello (di Salerno) risultava effettuata solo per far risultare la scissa (liberata dai debiti assegnati alla beneficiaria) in “apparente stato di solvibilità, realizzando così una ipotesi di abuso del diritto”.

- Nel senso di una **possibile liceità** della scissione realmente negativa, a particolari condizioni, si

pronuncia tuttavia parte minoritaria, ma autorevole, della dottrina (G. Scognamiglio), la quale ritiene che la attribuzione alla beneficiaria di valori complessivamente negativi possa dar luogo ad una particolare forma di scissione invertita, in cui ai soci della beneficiaria vengano attribuite in cambio della attribuzione di valori negativi partecipazioni nella scissa (anzichè ai soci della scissa partecipazioni nella beneficiaria).

A condizione quindi che la scissa avesse nel suo complesso un valore contabile positivo e la beneficiaria sia in grado di assorbire le passività assegnatele.

Sulla stessa posizione è il notariato romano (massima del luglio 2016), il quale precisa che la beneficiaria dev'essere preesistente e che in caso di scissione totale il concambio potrebbe avvenire assegnando ai soci della beneficiaria cui viene trasferito il passivo, partecipazioni in altra o altre beneficiarie, e che la liceità sussiste anche nei casi in cui la scissione avviene senza concambio (partecipazioni totalitarie e casi assimilati - tra i quali forse potrebbe rientrare la rinuncia unanime al concambio -).

- Posizioni ancor più permissive in dottrina (Magliulo, Laurini) sostengono invece che la scissione

non abbia come carattere essenziale nè un trasferimento effettivo di ricchezza nè la possibilità di determinare un concambio: si tratterebbe di un negozio a causa variabile, anche atipica purchè destinata a interessi meritevoli di tutela (cfr.art.1322 cod.civ.).

Può così avere come fine la realizzazione di “un processo riorganizzativo delle società partecipanti” (Magliulo) , e così allocare dei beni non in cambio di altri beni, ma semplicemente quale modalità per realizzare, in piena trasparenza, un processo di ristrutturazione (in tale prospettiva, sarebbe possibile la scissione realmente negativa anche se il valore effettivo originario della scissa avesse segno negativo, ossia i beni residui della scissa , dopo la scissione, un valore reale inferiore alle passività trasferite).

6.3 Da parte mia, credo che, mentre debba condividersi la tesi dell'inammissibilità di conferimenti realmente (ovvero economicamente) negativi, per la scissione, purchè la beneficiaria sia preesistente, almeno nelle procedure concorsuali, si debba aderire all'ultima delle posizioni citate.

Ossia: l'ampio spettro di forme in cui si può presentare la scissione includa anche ipotesi di complessi di beni, e in particolare rami aziendali, di valore economicamente negativo (ma, ovviamente, utili alla società beneficiaria).

Al riguardo sono opportune alcune ulteriori considerazioni; come segue.

7. Nelle procedure concorsuali devono consentirsi forme di scissione realmente negativa

Per definizione, nella scissione realmente, ossia economicamente, negativa, la sommatoria dei valori correnti dei beni destinati alla beneficiaria è di segno meno: i debiti sono superiori all'attivo, comunque esso venga calcolato.

Ciò non toglie, tuttavia, secondo la tesi che ritengo preferibile, che in taluni casi **vi possa essere l'interesse all'acquisizione dei valori attivi (in particolare, un'azienda od un ramo aziendale), anche se ciò comporti il contemporaneo accollo di passività di maggior importo.**

E che ciò possa avvenire utilizzando le procedure della scissione, trasparenti e cautelative per soci e creditori, piuttosto che altri schemi, meno trasparenti e controllabili (come la vendita d'azienda *nummo uno* o con un separato accollo "senza provvista" delle passività).

Elemento determinante è proprio la natura della scissione, concordemente ritenuta "*multitasking*" o poliforme (Scognamioglio e molti altri), ovvero polimorfa.

Seguendo proprio le parole della Cassazione sopra citata, che apparentemente nega la validità della scissione negativa (peraltro in presenza di una beneficiaria di nuova costituzione), possiamo dire che la scissione negativa non può mirare a fini elusivi,

dal che può dedursi che è lecita se persegue fini meritevoli di tutela.

E il fine di consentire un processo di ristrutturazione nell'ambito di una procedura concorsuale e di un piano approvato e controllato, di per sè può giustificare l'utilizzo dello schema legale della scissione, anche senza la necessità di concambio (che fa difetto anche in altri casi, come quando la beneficiaria controlla al 100% la scissa).

Quel che la può qualificare (e distinguere da un acollo di passività) è la finalità riorganizzativa della scissa e l'interesse della beneficiaria alla utilizzazione della parte attiva del ramo aziendale senza un esborso in danaro.

Se la scissione (come la fusione) ha natura modificativa; se la scissione è *multitasking*, purchè non miri ad eludere una norma imperativa ed abbia il supporto di valide ragioni economiche, **per qualificarla o meno come scissione deve tenersi conto dell'attivo trasferito e non della sua inerenza a passività che potrebbero eccedere l'attivo** (ma che la conferitaria in una valutazione prospettica potrebbe già sapere come estinguere con quattro soldi, magari compensandole con suoi crediti "incagliati" e già contabilmente svalutati verso i maggiori creditori del ramo scisso).

L'allocazione di risorse attive alla beneficiaria esiste, e insieme a ciò la finalità di ristrutturazione della scissa, comprovata da un piano.

I debiti addossati alla beneficiaria sono l'equivalente di un maggior corrispettivo, che dovrà essere giustificato dalla beneficiaria verso i suoi soci o comunque alla luce dell'astratto interesse sociale, ma che non snatura automaticamente la scissione come tale.

Se mi interessa un bene e l'acquisto, coscientemente, ad un prezzo esorbitante (ad esempio accollandomi un mutuo ben superiore al valore del bene), compravendita resta e non liberalità (ne manca lo spirito), nè acollo di debiti (manca la provvista; non è in tal senso la comune volontà delle parti)

Si aggiunga che **la sospensione dei vincoli relativi al capitale minimo** - di cui all'art. 182-*sexies* cod. civ.- **depone a favore della liceità di operazioni che coinvolgano società in**

stato di deficit, e che tale ultima circostanza non esclude la possibilità di concambio (in particolare, se anche la beneficiaria abbia valore corrente negativo, come per la fusione tra due società con valore economico negativo).

Lascio in sospeso il problema se la scissione realmente negativa abbia possibilità di riconoscimento e di concreta applicazione anche a prescindere dalla presenza di una procedura concorsuale e dall'inclusione nel relativo piano di risanamento o se, come parrebbe più corretto o comunque opportuno, debba invece restare confinata in tale ambito, come una delle tessere destinate a dare forma ad un futuro diritto concorsual-societario.