

ARTICOLI

Il diritto di recesso nella scissione trasformativa mediante scorporo delle società di capitali

Piermassimo Arcangelo

Dottorando di diritto commerciale
Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale

Andrea Marangoni

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Prof. Gian Luca Greco, Dott. Luca Lentini, Dott. Federico Riganti

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paolofisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti
De Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche

Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania
Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, rationes materiae, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (single blind peer review) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente rationes materiae, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

Sommario: 1. La scissione mediante scorporo e il diritto di recesso nell'ipotesi della scissione trasformativa: un'ipotesi non disciplinata. 2. Fondamento del diritto di recesso e riflessi applicativi: le soluzioni prospettabili in ordine alla (in)configurabilità del diritto di recesso. 3. Conclusioni

1. La scissione mediante scorporo e il diritto di recesso nella scissione trasformativa: un'ipotesi non disciplinata.

L'art. 51 d.lgs. n. 19 del 2023 ha introdotto nel codice civile la variante della scissione mediante scorporo⁰¹, introducendo significative deroghe rispetto al regime vigente per la scissione ordinaria. A norma dell'art. 2506.1 cod. civ. con la scissione mediante scorporo 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 peculiarità di questa variante di scissione è da rinvenire nell'assegnazione delle partecipazioni della società beneficiaria alla medesima società scissa e non anche ai soci della stessa come accade nella scissione "ordinaria".

I soci della società scissa non vengono direttamente coinvolti nell'operazione in commento in quanto, all'esito della stessa, non acquistano la qualifica di soci della società beneficiaria e le loro partecipazioni nella società scissa rimangono invariate.

L'assenza di un coinvolgimento diretto da parte dei soci della società scissa ha consentito di "semplificare" l'operazione straordinaria.

In particolare è prevista l'esclusione di alcuni elementi del progetto di scissione e precisamente del rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché dell'eventuale conguaglio in danaro; delle modalità di assegnazione delle azioni o delle quote; della data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili; del trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi

⁰¹ Si riporta di seguito il testo della lettera a: "a) al fine di consentire alle società il trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno anche avvalendosi della disciplina della scissione, dopo l'articolo 2506, è inserito il seguente: «Art. 2506.1 (Scissione mediante scorporo). – Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività. La partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.»".

dalle azioni; di ogni altro contenuto incompatibile con l'assegnazione delle azioni o quote delle società beneficiarie alla società stessa anziché ai suoi soci⁰². Non si applica, inoltre, l'obbligo di redazione della situazione patrimoniale, della relazione dell'organo amministrativo e della relazione degli esperti⁰³.

L'art. 2506-ter, comma 6, cod. civ. esclude altresì la configurabilità del diritto di recesso previsto per le società non azionarie dagli artt. 2473 e 2502 cod. civ. Alcuna previsione espressa si è resa invece necessaria con riferimento alle società azionarie rispetto alle quali la scissione non integra una causa di recesso.

La disattivazione del diritto di *exit* di cui all'art. 2506-ter cod. civ. rappresenta probabilmente uno dei tratti di maggiore interesse della nuova disciplina stante i significativi risvolti che riverbera sulla stabilità dell'assetto sociale, essendo impedito ai soci di esercitarlo malgrado si tratti di un'operazione che nella versione ordinaria lo avrebbe invece legittimato.

Se alcun problema pone la summenzionata disattivazione, lo stesso non può dirsi per il caso in cui la scissione sia al contempo trasformativa. È certamente vero che la fattispecie della scissione trasformativa ordinaria è causativa del diritto di recesso⁰⁴, poiché realizza al contempo una vera e propria trasformazione della società scissa che coinvolge direttamente i suoi soci cui vengono assegnate partecipazioni della società beneficiaria. Dai perimetri più incerti, stante il silenzio del legislatore della riforma, è invece la spettanza del diritto di *exit* nella variante di scissione trasformativa mediante scorporo. È quindi rimesso agli interpreti il compito di chiarire l'eventuale sussistenza dei presupposti che lo legittimerebbero.

I risvolti sono tangibili se si considera che ai sensi dell'art. 2437-ter cod. civ. gli amministratori delle società azionarie hanno l'obbligo di determinare il valore di liquidazione delle azioni per l'eventualità che venga esercitato il diritto di recesso. Determinazione che risulta essere preventiva rispetto all'adu-

02 Cfr. art. 2506-bis comma 4 c.c. terzo periodo del quale si riporta integralmente il testo: "Il progetto di scissione mediante scorporo non contiene i dati di cui ai numeri 3), 4), 5) e 7) dell'articolo 2501 ter, primo comma, né altro contenuto incompatibile con l'assegnazione delle azioni o quote delle società beneficiarie alla società stessa, anziché ai suoi soci".

03 Cfr. art. 2506-ter, comma 3, c.c. del quale si riporta integralmente il testo: "Si applica alla scissione l'articolo 2501 sexies; la situazione patrimoniale prevista dall'articolo 2501 quater e le relazioni previste dagli articoli 2501 quinquies e 2501 sexies, non sono richieste quando la scissione avviene mediante la costituzione di una o più nuove società e non siano previsti criteri di attribuzione delle azioni o quote diversi da quello proporzionale o quando la scissione avviene mediante scorporo".

04 Rosapepe R., *Modificazioni statutarie e recesso*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 214 ss.

nanza assembleare, avendo i soci il diritto di conoscerla nei quindici giorni antecedenti alla data fissata per l'assemblea. In altri termini, individuare la spettanza o meno del diritto di recesso nell'ipotesi della scissione trasformativa mediante scorporo risolve anche la questione relativa alla responsabilità degli amministratori che sono chiamati ad adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge, tra cui è certamente sussumibile quello di cui all'art. 2437-ter cod. civ.

Si rende quindi necessario esaminare il fondamento del diritto di *exit* al fine di individuare una risposta esegetica unitaria.

2. Fondamento del diritto di recesso e riflessi applicativi: le soluzioni prospettabili in ordine alla (in) configurabilità del diritto di recesso.

Si potrebbe ritenere che la scissione trasformativa mediante scorporo integri una causa di recesso. La fattispecie in commento, al pari di ogni altra ipotesi di scissione trasformativa, provocherebbe un cambiamento dell'assetto organizzativo della società e come tale dovrebbe ritenersi idonea a generare il diritto al disinvestimento. È pacifico che quando l'operazione straordinaria comporti contestualmente ulteriori modifiche statutarie debba trovare applicazione anche la disciplina prevista per le relative modifiche. Ed allora alla scissione che comporta trasformazione si applicherebbe, non solo la disciplina della scissione, ma anche quella della trasformazione⁰⁵. Dovrebbe allora riconoscersi diritto di recesso ai sensi degli artt. 2437 e 2473 cod. civ.

La soluzione non appare persuasiva.

Si deve anzitutto estromettere l'impostazione secondo la quale il diritto di recesso in caso di scissione trasformativa sarebbe escluso dall'art. 2506-ter ultimo comma cod. civ. che disapplicherebbe integralmente l'art. 2473 cod. civ. e quindi anche il diritto di recesso in presenza di scissione trasformativa. Se così fosse, non essendo prevista la disapplicazione dell'art. 2437 cod. civ., la scissione trasformativa integrerebbe una causa di recesso per le sole società azionarie.

Evidentemente la disposizione normativa disattiva il solo recesso da scissione, non registrandosi ragioni idonee a giustificare un differente trattamento tra i due tipi societari.

Le ragioni che impongono di negare cittadinanza nel nostro ordinamento al diritto di recesso devono

⁰⁵ Genghini L. e Simonetti P., *Le società di capitali e le cooperative*, Milano, 2022, 1699 ss.

individuarsi nella *ratio* che sorregge il diritto di exit.

Il recesso è il negozio giuridico unilaterale, recettizio⁰⁶ e irrevocabile avente ad oggetto lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio che lo perfeziona. Si tratta di una delle forme di tutela della minoranza che il legislatore ha inteso riconoscere quale contromisura al principio maggioritario che governa le società di capitali⁰⁷. Alla minoranza viene, quindi, garantito il diritto al disinvestimento dinanzi all'adozione di talune deliberazioni che la coinvolgono direttamente.

Contrariamente nella scissione mediante scorporo i soci della società scissa non vengono in alcun modo coinvolti né dalla scissione né tantomeno dall'operazione di trasformazione in quanto le partecipazioni della società beneficiaria vengono direttamente assegnate alla società scissa, senza che si realizzi neppure una riduzione del patrimonio netto contabile⁰⁸.

La società scissa registra una "permutazione patrimoniale" poiché in sostituzione dell'*asset* assegnato riceve le partecipazioni della società beneficiaria⁰⁹. Credo, quindi, che difetti il presupposto causativo del recesso in quanto i soci della società scissa non diventano titolari di partecipazioni sociali rappresentative del capitale di un soggetto di diritto avente un diverso assetto organizzativo¹⁰.

È evidente che l'operazione in commento non dispiega alcun effetto diretto sulla minoranza che non avrebbe alcun diritto di recedere dalla società.

La soluzione negativa è altresì corroborata da una fattispecie autonoma e diversa che risulta assimilabile per identità di effetti. È il caso della sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte della società

06 Cfr. Cass. 19 marzo 2004, n. 5548, in *Società*, 2004, 1364 ss: «Il recesso del socio da una società è un negozio unilaterale recettizio, destinato a perfezionarsi e a produrre i propri effetti sin dal momento in cui la dichiarazione che lo esprime sia pervenuta nella sfera di conoscenza della società destinataria».

07 Campobasso G. F., *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, Torino 2009, 498; Ferri I., *Il recesso nella nuova disciplina delle società di capitali. Brevi considerazioni*, in *Rivista del notariato*, LVIII, 2004, 915.

08 Boro M., *La scissione mediante scorporo (art. 2506.1 c.c.)*, in *Feder Notizie*, 15 settembre 2023.

09 Cacciapaglia L. e Corciulo M., *La scissione "mediante scorporo". Nuovo strumento nei processi di ristrutturazione aziendale*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2023, 77.

10 Ritengo che lo stesso non possa valere per i soci non consenzienti della società beneficiaria della scissione ai quali deve riconoscersi diritto di recesso, poiché per questi ultimi la variante con scorporo si presenta negli stessi termini della scissione ordinaria: che nella società beneficiaria entrino i soci della scissa o la stessa scissa, essi assistono sempre all'ingresso di un nuovo socio al ricorrere delle stesse ragioni legittimanti il recesso ai sensi degli artt. 2473 e 2502 cod. civ.

scissa¹¹, in una nuova e diversa società.

In entrambe le ipotesi menzionate si assiste all'assegnazione di azioni o quote alla società che, col proprio patrimonio, contribuisce ad arricchire il patrimonio netto di una società senza coinvolgimento alcuno da parte dei suoi soci.

Le ipotesi in esame differiscono certamente per la loro natura giuridica - mentre il conferimento è un'operazione traslativa, la scissione concreta una vicenda successoria (o modificativa), sicché la beneficiaria subentra nella stessa posizione giuridica della scissa per quanto attiene agli elementi dell'attivo e del passivo trasferito¹² - ma ciò risulta essere irrilevante ai fini che qui interessano¹³.

È certo che nell'ipotesi da ultimo analizzata non vi sia spazio per il riconoscimento del diritto di recesso, né si registra alcuna ragione in forza della quale alle due fattispecie, sovrapponibili per identità di effetti, dovrebbero riservarsi soluzioni diverse.

La tutela della minoranza allora non può che essere circoscritta al più generale potere di impugnativa delle delibere assembleari allorché queste non siano prese in conformità della legge o dello statuto ed al controllo di legalità che l'ordinamento rimette al notaio rogante il verbale assembleare di scissione¹⁴.

11 Massima n. 209 del Consiglio Notarile di Milano - Commissione società, *Scissione mediante scorporo*, Milano, 2023.

12 Si tralascia qui il dibattito in ordine alla natura giuridica della scissione, su cui v. per tutti Dini R., *Scissioni. Strutture, forme e funzioni*, Torino, 2008, 29 ss; Magliulo F., *La scissione delle società*, Milano, 2012, 10 ss; si segnala che a sostegno della c.d. teoria traslativa, tuttavia, sembrerebbe essersi espressa la Corte di Cassazione con la sentenza 15 novembre 2016, n. 23225, emessa a Sezioni Unite, citata in Michelutti R. e Iacone E., *La scissione mediante "scorporo" alla prova del regime fiscale di riferimento*, in *Corriere Tributario*, 2023, 536.

13 Ciò non significa che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese possa avvenire senza limiti. La partecipazione al capitale da parte della società incontra il limite del disposto dell'art. 2361 cc, non essendo consentita se, per la misura e per l'oggetto della partecipazione, ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto. Resta salva la necessità che l'assemblea deliberi l'assunzione di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

14 Si riporta di seguito il testo dell'art. 2436 comma 1 cod. civ.: "Il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste".

3. Conclusioni

Le considerazioni critiche sul fondamento del diritto di recesso hanno messo in luce l'incoerenza della teoria affermativa del diritto di *exit* nell'ipotesi di scissione trasformativa mediante scorporo. Segnatamente, possono ritenersi inesistenti i presupposti per il riconoscimento del diritto di recesso poiché il legislatore riconosce il diritto di "abbandonare" la società allorquando vengano adottate deliberazioni che dispiegano effetti diretti nei confronti dei soci e quindi della minoranza dissenziente.

Nell'ipotesi della scissione trasformativa mediante scorporo i soci della società scissa non vengono in alcun modo coinvolti dall'operazione straordinaria in ragione del fatto che le partecipazioni della società beneficiaria vengono assegnate alla società scissa medesima.

Alla luce delle cose dette, ritengo che la struttura dell'operazione in commento sia incompatibile, sotto il profilo della *ratio*, con il diritto di recesso.

Non può che essere accolta la soluzione di segno negativo.

Tale impostazione, peraltro, sembra avallata anche dalla diversa ipotesi della sottoscrizione di un aumento di capitale da parte della società scissa che, ferma la diversa natura giuridica, risulta sovrapponibile per identità di effetti.

Se anche deve riconoscersi che la scissione trasformativa integri generalmente una causa di recesso, è indubbio che tale diritto non possa trovare cittadinanza nell'ipotesi della scissione trasformativa mediante scorporo.