

## SCISSIONE SOCIETARIA E BANCAROTTA FRAUDOLENTA PER DISTRAZIONE

di ANDREA CRENCA

*Dottore commercialista e revisore legale in Roma*

Già in passato vi erano state pronunce giurisprudenziali relative a possibili azioni revocatorie fallimentari attinenti a operazioni di scissione (1); ora la Corte di Cassazione torna a occuparsi (questa volta dal punto di vista penale) di tale operazione straordinaria fornendo utili indicazioni circa il reato di bancarotta fraudolenta ex articolo 216, comma 1, numero 1, L.F., per distrazione di beni societari allo scopo di recare pregiudizio ai creditori.

La sentenza che qui si intende commentare, emessa dalla Sezione 5 penale, è la n. 42272 del 09 ottobre 2014 (2); la fattispecie esaminata (per quanto qui interessa) concerne il comportamento dell'amministratore di una S.p.A. nata dalla scissione parziale di una S.r.l. poi fallita. Egli, pur rivestendo ufficialmente solo tale carica, aveva, infatti, concorso "nell'ideazione e nell'attuazione della scissione" (3) in modo giudicato molto incisivo dalla Corte. La scissa era stata privata di tutti gli elementi attivi di effettivo valore che era stati invece assegnati all'unica beneficiaria di nuova costituzione; la S.r.l. era rimasta titolare solo delle posizioni debitorie e di alcuni immobili sui quali insistevano ipoteche per rilevanti importi. Il predetto amministratore è stato dunque riconosciuto colpevole di aver trasferito il patrimonio della S.r.l., in pregiudizio dei creditori di quest'ultima, mediante assegnazione alla S.p.A. degli unici beni di pregio appartenenti alla società scissa. Si potrebbe però, motivatamente, obiettare che nel nostro ordinamento sussistono due protezioni normativamente previste per i creditori della scissa.

A) La prima di tali garanzie consiste nella facoltà, che la sentenza si limita solo ad accennare, di proporre (da parte di qualsiasi creditore) opposizione all'operazione entro sessanta giorni dall'iscrizione conclusiva delle decisioni di approvazione del progetto di scissione, possibilità disciplinata dall'articolo 2503 c.c. (richiamato dall'articolo 2506-ter, comma 5, c.c.), secondo cui, conseguentemente, la scissione può essere attuata solo posteriormente al suddetto termine. Quest'ultimo può comunque non essere rispettato nell'ipotesi che vi sia stato l'assenso dei creditori, anteriori all'iscrizione del progetto, delle società che vi partecipano. Altre possibilità, meno frequenti, per tale deroga consistono nel pagamento dei creditori che non hanno concesso il loro beneplacito oppure nel deposito degli importi corrispondenti presso una banca, ovvero ancora nella circostanza che la relazione degli esperti sia redatta, per tutte le società partecipanti, da un'unica società di revisione che asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società medesime non rende necessarie ulteriori tutele per i creditori. Va anche rammentato che, in base all'articolo 2503-bis c.c. (richiamato anch'esso dall'articolo 2506-ter, comma 5, c.c.) anche gli obbligazionisti hanno il diritto di proporre opposizione purché, però, la scissione non sia stata approvata dalla loro assemblea speciale. Il Tribunale, eventualmente interpellato con apposita istanza, può, peraltro, disporre che l'operazione abbia luogo egualmente allorché ritenga ingiustificato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure nel caso in cui la società abbia fornito adeguate garanzie.

E' evidente che la facoltà di opposizione è uno strumento che presenta numerose difficoltà operative per il creditore che volesse esercitarla. Infatti, essa, innanzitutto, necessita dell'effettiva conoscenza dell'intenzione della società debitrice di procedere all'operazione straordinaria; è vero che il progetto di scissione deve, di regola, essere pubblicato nel Registro delle Imprese, ma è anche vero che, attualmente, è sufficiente che esso venga pubblicato, con particolari modalità, sul sito internet della scindenda (combinato disposto dall'articolo 2501-ter, commi 3 e 4 c.c. e dall'articolo 2506-bis, comma 5, c.c.). Tutto ciò rende necessario un assiduo monitoraggio online del citato sito e/o l'effettuazione di visure camerali continue, il che non mi sembra certo agevole nel caso (molto

frequente) di un concitato svolgimento gestionale del soggetto interessato. Inoltre, non è semplice per il creditore compiere una vera e propria analisi della congruità delle attività trasferite e/o rimaste, senza contare l'onerosità di dover procedere poi, operativamente, alla presentazione formale dell'opposizione (4), con relativa prova del pericolo reale e attuale della perdita o della riduzione dell'importo vantato.

Mi sembra anche importante sottolineare che le norme introdotte dal D.Lgs. 22 giugno 2012, n. 123 (che hanno modificato, tra l'altro, l'articolo 2506-ter, comma 3, c.c.) hanno sì introdotto importanti semplificazioni procedurali ma, nel contempo, possono portare a una ulteriore compressione delle possibilità dei creditori di raggiungere una sufficiente informazione sulle effettive intenzioni della società debitrice. In particolare, attualmente, la redazione della situazione patrimoniale, della relazione dell'organo amministrativo e della relazione degli esperti non è richiesta quando la scissione avviene mediante la costituzione di una o più nuove società e non siano stabiliti metodi di attribuzione delle azioni o quote differenti da quello proporzionale. Ciò si aggiunge alla possibilità, già prevista dall'articolo 2506-ter, comma 4, c.c. di rinunciare (con il consenso unanime dei soci e dei detentori di strumenti finanziari con diritti di voto) alla predisposizione dei tre documenti sopra indicati (5). Anche il termine di 30 giorni fra l'iscrizione o la pubblicazione nel sito internet del progetto e la decisione in ordine alla scissione può essere derogato tramite il consenso della totalità dei soci (articolo 2501-ter, comma 4, c.c., richiamato dall'articolo 2506-bis, comma 5, c.c.) (6). Né va dimenticato, a mio parere (per via degli ulteriori controlli da effettuare), neanche il fatto che, a norma dell'articolo 2502, comma 2, c.c. - richiamato dall'articolo 2506-ter, comma 5, c.c. - la decisione di scissione può apportare al progetto talune modifiche, purché esse non incidano sui diritti dei soci o dei terzi.

L'insieme delle disposizioni citate, con diverse graduazioni, diminuiscono le informazioni ottenibili e, quindi, mi sembra che il rimedio dato dall'istituto dell'opposizione sia azionabile con una certa difficoltà, ragion per cui la tutela del creditore, da questo punto di vista, è sovente più ipotetica che effettiva; ragionamento che, seppure implicitamente, sembra aver effettuato anche la Corte di Cassazione.

B) la seconda protezione dei diritti dei creditori della scissa (maggiormente esaminata dalla Sentenza n. 42272/2014) consiste nella solidarietà prevista dagli articoli 2506-bis, comma 3 c.c. e 2506-quater, comma 3, c.c. (7) Il primo di detti articoli stabilisce che per gli elementi del passivo, la cui destinazione non sia eventualmente desumibile dal progetto, rispondono, in solido, la società scissa e le società beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria; ove si tratti di scissione parziale, tale “barriera” non opera nei confronti della scissa. La seconda delle citate norme dispone, invece, che ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto a essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti. In altri termini, ove la scissa non fosse in grado di onorare il proprio debito, ci si potrebbe rivolgere contro le beneficiarie (nel nostro caso, la S.p.A.).

Orbene, come osservato nella sentenza qui analizzata, la disposizione citata non è adatta a scongiurare del tutto il danno: di fatto, sebbene ai creditori sia ammesso il diritto di rivalersi sui beni assegnati alle società beneficiarie, è anche vero che i creditori della società scissa potranno probabilmente trovarsi a concorrere con gli altri creditori delle stesse, circostanza che diminuirebbe le possibilità di un tangibile appagamento delle loro richieste. Nel caso specifico, il tutto è avvalorato dal fatto che, inoltre, il progetto doloso immaginava non solo la scissione e il trasferimento del patrimonio, ma anche il successivo passaggio di tali beni ad altra società, in modo da rendere ulteriormente inaffidabile la garanzia della S.p.A. verso i creditori della S.r.l.

La Corte ha dunque ritenuto colpevole del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione (ai sensi degli articoli 216, comma 1, numero 1, della L.F.), l'amministratore della beneficiaria in quanto egli ha cagionato, o concorso a cagionare, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, il dissesto della società scissa sottraendo alla propria finalità imprenditoriale (in tutto o in parte) i beni di quest'ultima. Nel sottolineare come egli sia stato ritenuto colpevole soprattutto in quanto ideatore e regista (in concorso con altri) dell'intera operazione, la fattispecie rappresentata integra il reato succitato in quanto il comportamento era diretto ad accrescere

l'insolvenza e a violare le legittime aspettative dei creditori, essendosi verificata una distrazione mediante estromissione di beni sociali senza compenso, senza cioè che vi sia stato un corrispondente vantaggio sociale (8).

Infatti, come è stato autorevolmente osservato, ciò che rileva è che l'operazione "si dimostri idonea a determinare un pregiudizio patrimoniale in capo ai creditori, in spregio alla garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c." (9), norma secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri, non essendo, peraltro, ammesse le limitazioni della responsabilità se non nei casi stabiliti dalla legge.

Ancor più recentemente, va segnalata finanche la sentenza della stessa Corte e Sezione del 20 novembre 2014, n. 48347, nella quale è stato ribadito che la bancarotta fraudolenta per distrazione ha come caratteristica la sottrazione di beni alla finalità di soddisfacimento dei creditori della società.

In conclusione, l'operazione di scissione non solo può essere oggetto di revocatoria fallimentare, come si è argomentato in altre occasioni, ma può rilevare anche, in taluni casi, per il reato fallimentare di bancarotta fraudolenta per distrazione ex articolo 216, comma 1, L.F., in quanto può essere preordinata, mediante destinazione di beni a finalità diverse da quelle imprenditoriali, a impedire e/o a ostacolare il soddisfacimento dei creditori, nonostante le garanzie, costruite dalla facoltà dell'opposizione nonché dalle obbligazioni solidali previste dagli articoli 2506-bis, comma 3 c.c. e 2506-quater, comma 3, c.c., che la legge prevede a tutela di questi ultimi.

#### **Note:**

(1) si veda il fondamentale lavoro di T. Di Marcello, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in "Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali", n. 1 gennaio-febbraio 2006, nonché gli articoli del sottoscritto "*Scissione societaria e revocatoria fallimentare*" e "*Riflessi penali tributari conseguenti all'operazione di scissione societaria e possibile esperimento dell'azione revocatoria*", pubblicati su questa rivista telematica rispettivamente il 19 dicembre 2008 e il 6 marzo 2013. Merita adeguata attenzione anche la decisione del Tribunale di Catania del 09 maggio 2012 che ha ammesso l'assoggettabilità dell'atto di scissione alla revocatoria fallimentare.

(2) Sul tema del comportamento doloso degli amministratori, con considerazioni sostanzialmente analoghe, è interessante anche esaminare la Sentenza del Tribunale di Verona del 20 novembre 2012.

(3) v. pagina 2 della Sentenza che qui si commenta.

(4) Circa la modalità di proposizione dell'atto di opposizione, nel silenzio della norma, vi sono due orientamenti. Il primo (che mi sembra che stia prevalendo nella prassi) ritiene che debba necessariamente essere proposto con atto di citazione innanzi al Tribunale competente, in quanto atto giudiziale (v. fra gli altri, Cabras G. *“Le opposizioni dei creditori alle operazioni societarie”*, in dircomm.it, gennaio-giugno 2009, n. 1, punto 4). La seconda opinione sostiene che possa essere proposto in via stragiudiziale (v. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 62 del 21 giugno 2005).

(5) Al riguardo, è stato correttamente notato che, giacché per le scissioni è previsto dall'articolo 2506-ter, comma 2, primo periodo, c.c., che nella relazione degli amministratori sia indicato il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle beneficiarie (nonché quello eventualmente rimasto alla scissa), ove tale relazione non venga redatta “non resta che inserire questo dato essenziale nel progetto”. Meneghetti P. *“Fusioni e scissioni tagliano i tempi”* in “Il Sole 24 Ore” del 07 maggio 2014, pagina 43. Alla stessa conclusione mi sembra che possa giungersi con riferimento all'elaborazione della relazione di stima dei conferimenti in natura e di crediti ex articolo 2343 c.c., prevista dal secondo periodo dal succitato articolo 2506-ter, comma 2, c.c., aggiunto dall'articolo 27 della Legge 30 ottobre 2014, n. 161, obbligatoria in talune circostanze qualora la scissione si realizza mediante aumento di capitale (v. Busani A., Fedi A. *“Perizia per le scissioni solo in casi limitati”* in “Il Sole 24 Ore” del 22 novembre 2014, pagina 21).

(6) Nello stesso senso la Massima n. 29 del 22 marzo 2004 del Consiglio Notarile di Milano, seppure anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 123/2012.

(7) Per un approfondimento di questa tematica si possono esaminare i lavori dello scrivente *“La solidarietà passiva nel caso della scissione societaria e la determinazione degli oneri complessivi dell'operazione”* in il fisco, n. 10/2005, fascicolo n. 1 pagina 1478 ss. nonché, per gli aspetti fiscali, *“La responsabilità tributaria delle società beneficiarie nella scissione alla luce della sentenza n. 549/01/14 del 31 gennaio 2014 della Commissione Tributaria Regionale del Lazio”* pubblicato su questa rivista telematica il 6 dicembre 2014.

(8) Sottolinea Silla F. che “il rapporto sinallagmatico diminuzione del patrimonio-vantaggio equivalente alla spesa deve essere reale e non fittizio. In tale prospettiva, un'operazione economica errata (che il curatore potrà però revocare tramite le azioni da lui esercitabili) non costituisce bancarotta dolosa, se l'imprenditore che ha fatto entrare nel patrimonio un bene lo ha ritenuto equivalente a quello che ha fatto uscire” in *“Contabilità & Bilancio - Reato di bancarotta fraudolenta: oggetto*

*materiale, distrazione e versamento in conto capitale*” - Guida alla Contabilità & Bilancio, n. 18 del 12 ottobre 2010, pagina 5.

(9) Ferrajoli L. “*Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione in ipotesi di scissione societaria alla luce della sentenza n. 42272/14 della Corte di Cassazione*”, in “La rivista delle operazioni straordinarie” – Euroconference, Verona, n. 12/ 2014, pag. 29.