

Riforma Trib. Catania ordinanza del 5 marzo 2007.

Società — Scissione — Divieto di concorrenza — applicabilità.

(Codice Civile: art. 2557; codice procedura civile: artt. 700, 669 *terdecies*)

L'art. 2557 c.c. trova applicazione (trattandosi di norma non di natura eccezionale) anche in ipotesi di scissione di società, laddove la scissione abbia prodotto un trasferimento globale di una azienda (o di un ramo d'azienda), intesa nella sua interezza ed autonomia gestionale, contabile ed imprenditoriale, in favore di una sola delle società risultanti dalla scissione

Massima non ufficiale

(*Omissis*)

Esaminati gli atti e udita la relazione del giudice relatore, sciogliendo la riserva;

OSSERVA IN FATTO E IN DIRITTO. — Deve preliminarmente circoscriversi l'oggetto del presente procedimento cautelare, il quale, come sottolineato nel provvedimento del giudice designato riguarda, tenuto conto degli scritti difensivi di parte ricorrente e del contegno della stessa, l'applicazione del divieto legale di concorrenza ex art. 2557 c.c., derivante dalla cessione dell'azienda avente ad oggetto l'attività ottica, che si è verificata a seguito della scissione del complesso aziendale facente capo ad A.. Non può infatti non rilevarsi come nelle memorie depositate in data 26 febbraio 2007 (vedi in particolare il capitolo 2, pag. 7 e segg.), si conferma che nessuna pattuizione intervenne negli accordi tra le parti relativi alla scissione dell'azienda, proprio a causa dell'operatività legale del divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c., il quale rendeva inutile qualsiasi accordo, qualora non si fosse voluto modificare il contenuto del divieto legale stesso. Non sembra poi al collegio che il contenuto del reclamo voglia far rivivere una domanda fondata su un divieto pattizio di non concorrenza, come invece evidenziato nella memoria responsiva dal resistente. Ciò premesso, appare altresì opportuno sottolineare come sia, per il collegio, condivisibile l'opinione espressa dal giudice delegato, circa l'ambito applicativo dell'art. 2557 c.c., da non considerarsi oggi norma eccezionale e come tale non suscettibile di applicazione analogica. Appare infatti superata la tesi di parte della giurisprudenza di merito, fondata su risalenti pronunce della Cassazione (Cass. 7 febbraio 1963 n. 209; Cass. 29 aprile 1965 n. 756) e sulle tesi proposte da una parte della dottrina, la quale aveva sostenuto che l'art. 2557 comma 1 c.c., è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica al di fuori dei casi da esso espressamente previsti, affermando conseguentemente che l'obbligo di non concorrenza che tale norma pone in capo all'alienante dell'azienda cessa di operare quando oggetto del contratto di cessione non sia direttamente l'azienda stessa (così Corte Appello Cagliari, 26 gennaio 1998 in Riv. giur. Sarda 1999, 413; vedi anche Corte appello Milano, 15 luglio 1997 in Giur. annotata dir. ind. 1999, 222, sempre in tema di cessione di quote di società di capitali titolari di azienda e da ultimo Tribunale Milano, 12 marzo 2002 in Giur. it. 2003, 1428).

La giurisprudenza della Corte Regolatrice, confermando un orientamento espresso già da Cassazione civile, sez. I 20 dicembre 1991, n. 13762 in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 12 (le disposizioni dell'art. 2557 c.c. concernenti il divieto di concorrenza in caso di trasferimento di azienda, trovano applicazione non soltanto con riguardo alle ipotesi di

alienazione di questa, intesa in senso tecnico, ma anche a tutte quelle altre ove si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa), ha sostenuto che in tema di divieto di concorrenza, la disposizione contenuta nell'art. 2557 c.c., la quale stabilisce che chi aliena l'azienda deve astenersi, per un periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze, sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, non ha il carattere dell'eccezionalità, in quanto essa non deroga ad un principio di libertà, esprimendo, al contrario, un principio generale di libertà giuridica, affermando che non è esclusa l'applicabilità in via analogica del citato art. 2557 c.c. all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione societaria, ove detto trasferimento realizzi il presupposto di un pericolo concorrenziale analogo a quello conseguente alla cessione di azienda vera e propria, in quanto attraverso la forma della cessione di quote si pervenga, in realtà, a cedere una precipua attività di impresa (così Cassazione civile, sez. I 24 luglio 2000, n. 9682 in *Contratti* (I) 2001, 179; *Giust. civ.* 2001, I, 1031; *Arch. civ.* 2001, 764; *Giur. it.* 2001, 967; *Notariato* 2001, 228; *Dir. e prat. soc.* 2001, f. 6, 49). È necessario comunque che si determini attraverso l'atto alla sostituzione di un soggetto ad un altro nella gestione dell'impresa (in tal senso, da ultimo, vedi anche in merito Tribunale Nuoro 3 luglio 2003 in *Ric. Giur. Sarda* 2004, 759). Anche in dottrina il carattere eccezionale della norma è stato negato, rinvenendosi, nel vigore del codice precedente, il fondamento del divieto, nella garanzia per evizione. Abbandonata tale tesi si è sottolineato invece che il divieto di concorrenza previsto dalla norma in questione è una naturale conseguenza del contratto e lo scopo della stessa è quello di garantire la conservazione degli effetti dello stesso, facendo sì che l'azienda conservi il proprio avviamento, del cui valore si è certamente tenuto conto nella determinazione del prezzo e che sarebbe svilito qualora si consentisse all'alienante di iniziare una nuova attività di impresa; l'obiettivo quindi è quello di consentire il raggiungimento dell'assetto di interessi perseguito dai contraenti. Altri hanno sostenuto che il divieto non costituisce una eccezione alla libertà di iniziativa economica, essendo piuttosto diretto a garantire la libera concorrenza sul mercato, evitando che colui che è pianamente a conoscenza della realtà aziendale possa in ingiustamente essere agevolato rispetto agli altri concorrenti dell'acquirente, nell'intraprendere una medesima attività economica. Se così è, appare evidente come l'art. 2557 c.c. possa trovare applicazione anche nell'ipotesi di scissione, laddove, come conseguenza della scissione, l'azienda o un ramo d'azienda della società scissa sia stato assegnato alla società risultante dalla scissione o ad una soltanto delle società di nuova costituzione risultanti dalla scissione totale; in tale ipotesi, laddove vi sia la sostituzione di un imprenditore ad un altro, come accade anche in alcuni casi di trasferimento di quote sociali, non v'è ragione di escludere che sussista, a carico della scissa o di colui che cede le quote sociali, quale normale effetto dell'accordo tra le parti, un divieto di svolgimento dell'attività concorrenziale, proprio al fine di salvaguardare il contenuto dell'accordo stesso. Ma ciò, come sottolineato dal giudice designato nel proprio provvedimento, accade solo qualora la scissione abbia determinato l'effetto di produrre un vero e proprio trasferimento totale dell'azienda o di ramo della stessa in favore di una sola delle società risultanti dalla cessione, laddove invece il presupposto di applicabilità viene meno nel caso in cui anche l'azienda sia stata divisa tra le società scissionarie, anche in modo non paritario. Ricordato che nel caso di specie la scissione è stata totale, atteso che la società scissa non è più esistente, e non proporzionale, in quanto i soci della società scissa non sono soci nelle medesime proporzioni delle società di nuova costituzione risultanti dalla scissione, anche qualora si ritenesse di non condividere quella opinione dottrinale secondo la quale l'applicazione dell'art. 2557 c.c. sarebbe esclusa nelle ipotesi di scissione totale, venendo qui a mancare l'effetto traslativo dell'azienda da un soggetto, ormai non più esistente ad un altro, deve sottolinearsi comunque come in realtà ciò che qui manca è il

trasferimento globale della azienda o del ramo della stessa ad una sola delle società di nuova costituzione risultanti dalla scissione, atteso che sia la A.O. che la A.A. hanno ricevuto negozi e marchi ed altri beni aziendali che facevano parte della azienda ottica facente capo alla originaria società scissa. E solo qualora il trasferimento del ramo di azienda ottico fosse stato operato ad una sola delle due società avrebbe avuto senso l'applicazione della norma, operando qui i presupposti della stessa; ed infatti, in tale ipotesi (non verificatasi nel caso di specie), deve certamente immaginarsi che le parti, nella determinazione del valore delle quote da suddividere tra i beneficiari, avrebbero tenuto conto del valore dell'avviamento dell'azienda assegnata ad una sola delle beneficiarie, al fine di determinare il valore delle quote da suddividere in sede di scissione. Consentire all'altra lo svolgimento di attività concorrenziale determinerebbe lo stesso effetto che si produce laddove il cedente eserciti una nuova attività d'impresa in concorrenza con quella ceduta con il conseguente venir meno dell'assetto di interessi delle parti sotteso alla cessione. Ma tale esigenza viene a mancare laddove l'azienda originaria sia stata suddivisa tra le due aziende beneficiarie, atteso che con l'azienda è stato suddiviso anche l'avviamento della stessa e costituisce una naturale conseguenza del contratto che colui che è a conoscenza della realtà aziendale ceduta possa continuare a svolgere quella determinata attività. Non si comprenderebbe d'altronde per quale ragione possa, nel caso di specie operare un divieto di concorrenza, il quale però non opererebbe laddove un imprenditore avesse ceduto solo parte della propria azienda a favore di altro soggetto, conservando però la titolarità di altra parte della medesima azienda, ovvero nel caso in cui la cessione di azienda fosse stata solo parziale. Non va d'altronde sottaciuto che proprio Cassazione civile 20 gennaio 1997, n. 549, nell'estendere analogicamente l'applicazione dell'art. 2557 c.c. anche alla cessione di quote sociali, ha affermato in motivazione che occorre valutare, in modo rigido e puntuale, che la cessione delle quote (era questo il caso di cui la sentenza si occupava), sia essa totale, parziale o minoritaria (è la cessione delle quote ad essere parziale, nella prospettiva della Corte), abbia determinato la sostituzione di un imprenditore ad un altro, effetto non verificatosi invece nel caso di specie, laddove l'altra beneficiaria, ovvero colei che ha operato la scissione non totale, ha conservato il diritto di svolgere quella determinata attività di impresa. Cassazione civile, sez. III, 30 marzo 1984, n. 2112 (in Giust. civ. Mass. 1984, fasc. 3-4) ha poi ritenuto che il divieto di concorrenza posto a carico di chi aliena l'azienda dall'art. 2557 c.c. si riferisce all'inizio, dopo il trasferimento dell'azienda, di nuove attività idonee a sviare la clientela della stessa e, pertanto, non opera per le attività dell'alienante preesistenti a tale trasferimento. E può certamente ritenersi che l'attività di ottico oggi svolta dalla A.A., la quale faceva prima capo alla società scissa, sia certamente preesistente al trasferimento medesimo. Se si ritenesse peraltro di applicare la tesi sostenuta dalla reclamante, dovrebbe giungersi alla paradossale conclusione che all'altra beneficiaria non sarebbe consentito non solo di aprire nuovi negozi, i quali obiettivamente potrebbero rappresentare attività concorrenziali, ma anche svolgere attività pubblicitaria dei propri prodotti diversa rispetto a quella finora svolta, in quanto anche tale pubblicità, svolta nel territorio catanese, in cui operano entrambe le società, potrebbe determinare uno sviamento di clientela ed un'attività concorrenziale e potrebbe rientrare nell'ambito delle altre operazioni di cui all'art. 2557 c.c. ovvero ancora porre in essere altre condotte di sviluppo della propria attività che comportino una estensione delle dimensioni dell'azienda ricevuta. Tale imposizione, in un mercato fortemente dinamico, finirebbe, essa stessa, con il travolgere l'assetto di interessi sotteso agli accordi di scissione, determinando, proprio per l'impossibilità di svolgere qualsiasi attività diversa da quella finora svolte, il depauperamento di quella parte dell'azienda che è stata assegnata alla reclamante in sede di scissione e comportando una perdita di avviamento di quella parte di azienda assegnata alla A.A., del quale si è certamente tenuto nella conclusione degli accordi. Se così è, le

allegazioni operate dalla reclamante devono essere verificate dal collegio, solo al fine di accertare se esse dimostrino che l'attribuzione di una parte dell'azienda ottica alla A.A. sia meramente simbolica, prescindendo qui dalle ragioni per le quali le parti hanno ritenuto di attribuire a tale società parte dell'azienda ottica, circostanza questa assolutamente irrilevante, a parere del collegio, essendo invece incidente sulla decisione la circostanza oggettiva del trasferimento. In realtà, proprio dalla lettura dell'atto di reclamo emerge con solare evidenza che l'attribuzione dell'attività ottica alla A.A., tenuto conto dei dati contabili esposti, sia stata non paritaria ma certamente non simbolica. Appare irrilevante che lo statuto della A.O. riporti quale attività esclusiva quella di ottica, mentre invece quello della A.A. prevede quale primo oggetto lo svolgimento di attività turistica; ciò che conta piuttosto è che lo statuto di tale ultima società preveda proprio lo svolgimento dell'attività di ottico. La lettura dei dati di bilancio, come riportata nel reclamo, conduce certamente ad escludere che l'attribuzione dell'impresa ottica alla A.A. fosse solo simbolica; basta qui riportare il fatturato dei negozi attribuiti ad A.F. in € 3.622.921,00 a fronte di quello di € 4.711.911,00, prodotto dai negozi attribuiti ad A.O.. Tali dati conducono ad affermare infatti che il fatturato prodotto dai negozi assegnati ad A.A. è pari a circa il 43% del fatturato globale di tutti i negozi che facevano capo alla società scissa. Anche le affermazioni circa la prevalenza degli occhiali da vista non appaiono decisive al fine di far affermare la natura meramente simbolica di quell'assegnazione; ed infatti, mal si comprende in tale ottica la ragione per la quale, come correttamente osservato dai reclamati, proprio alla A.A. sia stato assegnato un marchio (OPTI£) pertinente a prodotti per lenti da vista o che sia stato assegnata una parte del laboratorio. E non può certo ritenersi simbolico un trasferimento di parte di azienda che abbia comportato l'assegnazione di un numero di punti vendita quasi pari a quello assegnato all'altra società (14 contro 12) restando irrilevante, ai fini della decisione sulla natura simbolica della assegnazione, la qualità dei predetti punti vendita. Ciò premesso, e mancando nel caso di specie il presupposto del trasferimento di azienda, di cui all'art. 2557 c.c., restano del tutto irrilevanti le ulteriori considerazioni contenute nel reclamo. La particolare complessità del caso affrontato conduce ad affermare che non sussistano le condizioni per la condanna alle spese della reclamata per lite temeraria, ex art. 96 c.p.c.. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

PQM

il tribunale di Catania, Quarta sezione civile, rigetta il reclamo proposto; condanna la reclamante alla refusione delle spese processuali, in favore dei reclamanti in solido, che li liquida nella somma di € 2.000,00, per onorari e diritti, oltre IVA e cassa come per legge. Così deciso in Catania nelle camere di consiglio del 15 giugno 2007.

(1) Divieto legale di concorrenza e scissione societaria

1. Una società si scinde in due società di nuova costituzione: la AA s.r.l. e la AO s.r.l.. Con l'operazione di scissione (in senso stretto, di carattere totale ⁽¹⁾) e non

(1) È noto che la scissione può essere considerata totale o parziale a seconda che si

proporzionale ⁽²⁾) si trasferiscono ⁽³⁾ per intero alle due scissionarie le attività ed il patrimonio della scissa, che si estingue.

Con ricorso ex art 700 c.p.c., la AO s.r.l. chiede al Tribunale di Catania provvedimento che inibisca da AA s.r.l. l'apertura e la gestione di un nuovo punto vendita di occhiali ed articoli di ottica. La ricorrente afferma che, con l'operazione di scissione, i soci della scissa hanno concordato di attribuire per intero ad una delle scissionarie (la AO s.r.l., la ricorrente) le attività di commercio di occhiali ed articoli ottici, ed all'altra (la AA s.r.l.) le attività relative al settore alberghiero-immobiliare. Afferma inoltre la ricorrente che, all'interno degli accordi di scissione, ciascuna delle due scissionarie si è obbligata espressamente a non esercitare attività in concorrenza con l'altra; e che, comunque, un divieto di concorrenza deve ritenersi vigere nel caso, in applicazione dell'art. 2557 c.c.

L'art. 2557 c.c., «divieto di concorrenza», statuisce che «*chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per oggetto, ubicazione od altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta*». Il quarto comma estende la previsione anche al caso di cessione dell'azienda a titolo di usufrutto e di affitto.

Il Tribunale di Catania, nel solco della dottrina ⁽⁴⁾ e della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ritiene che, in linea di principio, la norma dell'art. 2557 c.c. possa essere applicata per analogia a casi diversi dal caso direttamente regolato. Tale estensione analogica sarebbe applicabile in tutte le circostanze in cui:

a) il trasferimento realizzi il presupposto di un pericolo concorrenziale analogo a quello conseguente all'alienazione d'azienda ⁽⁵⁾;

b) si determini, con la vicenda circolatoria dell'azienda, «la sostituzione di un soggetto ad un altro nella gestione dell'impresa», ossia la sostituzione di un imprenditore ad un altro ⁽⁶⁾;

c) sia identificabile l'inizio di una nuova impresa, operando il divieto di concor-

abbia trasferimento dell'intero patrimonio della società che si scinde o, invece, si abbia trasferimento di solo parte del patrimonio della società che si scinde. Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale - Diritto delle società*, Torino, UTET, 1992, 567-568. Inoltre, beneficiarie della scissione (totale o parziale) possono essere società di nuova costituzione che nascono «per gemmazione» dalla scissa (c.d. scissione in senso stretto) oppure una o più società preesistenti (c.d. scissione per incorporazione). *Ib.* 628.

⁽²⁾ La scissione è definita proporzionale o non proporzionale a seconda che i soci delle beneficiarie partecipino alle società scissionarie in maniera proporzionale o non proporzionale rispetto alle loro partecipazioni nella società che si è scissa. Si veda PALMIERI, *Scissione di Società e circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999, 139.

⁽³⁾ Non suggerendo, l'impiego di tale locuzione, che la scissione dia luogo necessariamente ad un fenomeno traslativo. Infatti, se è vero che siano dati casi in cui la scissione comporti un effetto traslativo (come ad esempio nel caso di scissione con attribuzione patrimoniale a scissionarie preesistenti, ove è individuabile un trasferimento di diritti da un dante causa ad un avente causa) è probabilmente altrettanto vero che vi siano casi in cui si verifichi solamente una modifica del contratto di società (come, per es., nella scissione in senso stretto con costituzione di due nuove scissionarie). Si veda al riguardo, ma in senso diverso, PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, n. 40, spec. 1193.

⁽⁴⁾ Il Tribunale non cita l'autore, giusta il disposto dell'art. 118 disp. att. c.p.c., ma fa indubbiamente riferimento a SCOGNAMIGLIO; si veda *infra*. Nel senso che l'art. 2557 c.c., viceversa, non troverebbe mai applicazione in ipotesi di scissione, si veda PICONE, *Commento all'art. 2506-bis, c.c.*, in *Trasformazione-Fusione-Scissione*, nel *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Giuffrè, 2006, pag. 1118, il quale muove proprio da una articolata critica alla posizione di Scognamiglio.

⁽⁵⁾ Su questo punto il Tribunale richiama Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Foro It.*, novembre 2000 n. 11.

⁽⁶⁾ Così Cass., 20 gennaio 1997 n. 549, in *Foro It.*, dicembre 1997 n. 12.

renza, dopo l'avvenuto trasferimento dell'azienda, per le nuove attività idonee a sviare la clientela, e non operando, invece, per le attività dell'alienante preesistenti al trasferimento.

Poste queste affermazioni di carattere generale, l'applicabilità dell'art. 2557, c.c., alla scissione dedotta in causa viene tuttavia negata. Secondo il Tribunale, in prima istanza come in sede di reclamo, ancorché la AA s.r.l. avesse dato luogo ad una scissione totale non proporzionale, non si è realizzato, nel caso, un trasferimento (dalla scissa ad una delle due beneficiarie) dell'intera azienda di ottica (circostanza che avrebbe condotto all'applicazione della norma in parola), ma vi era stata, invece, una mera «suddivisione» (seppure in proporzioni non paritarie) della stessa azienda. Infatti, per il giudicante, «condizione per l'applicabilità, quanto meno analogica, della norma in esame alla scissione non proporzionale [...] è che l'operazione di scissione abbia comportato l'assegnazione dell'intera azienda (o di un determinato ramo d'azienda) ad una soltanto delle società beneficiarie»; che, in altre parole, vi sia stato il «trasferimento globale della azienda o del ramo della stessa ad una sola delle società di nuova costituzione risultanti dalla scissione».

2. Le questioni di cui è investito il Tribunale sono due: la prima è rappresentata dal problema dell'applicabilità in astratto dell'art. 2557 c.c. all'istituto della scissione (poco interessando, ai fini della decisione, se in via diretta o solo analogica), disponendo la norma *de qua* in materia di alienazione d'azienda (e di cessione a titolo di usufrutti ed affitto). La seconda è rappresentata dalla disciplina da dare al caso di scissione concretamente dedotta in giudizio.

Riguardo al primo problema è ormai pacifico, in dottrina come in giurisprudenza, salvo qualche datata voce discorde (7), che l'art. 2557 c.c. non sia norma di natura eccezionale, rappresentando, anzi, espressione di un generale principio del nostro ordinamento giuridico (8). È corretto, quindi, applicare in via analogica il divieto di concorrenza a tutte quelle ipotesi in cui ne sia riscontrabile la *eadem ratio*: alle ipotesi, cioè, in cui, anche in assenza di un fenomeno traslativo o di un soggetto qualificabile come trasferente *stricto sensu*, sia necessario, per la realizzazione degli effetti economici del contratto, che una delle parti (quella capace di una concorrenza «differenziale»: così definendosi la concorrenza di chi, avendo in precedenza gestito la stessa azienda, possiede informazioni, competenze e rapporti personali la cui utilizzazione, in una nuova attività d'impresa nello stesso settore e nello stesso mercato territoriale dell'azienda ceduta, sarebbe per questa particolarmente pericolosa) si astenga dal fare concorrenza all'altra (9).

La norma intende tutelare l'acquirente dell'azienda (10), imponendo all'alienante il divieto di concorrenza al fine di garantire che l'avente causa acquisti l'avviamento dell'azienda ceduta, senza rischiare che esso gli sia sottratto dall'alienante (che è colui che più facilmente potrebbe farlo, proprio perché la concorrenza da questi esercitata sarebbe «diversa», cioè molto più pericolosa, che quella di qualsiasi terzo) (11). È tale

(7) Si veda, ad esempio, Cass. 23 giugno 1956 n. 2245, in *Riv. dir. ind.*, 1957 II, 105 ss.; Cass. 7 febbraio 1963, n. 209, in *Foro Pad.*, 1963 I c. 1343 ss.. In dottrina si veda ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960, 70 ss.

(8) Così, ampiamente, COLOMBO, *L'azienda in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da Galgano), Pavia, Cedam, III, 176.

(9) *Ib.*, 176.

(10) Si veda, sulla *ratio* dell'art. 2557 c.c., ampiamente COLOMBO, (nt. 8) 177 ss..

(11) Si veda VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2005, 619.

l'interesse che viene qualificato ed elevato dalla norma a diritto soggettivo, e che si sostanzia nel potere di impedire che il trasferente possa riappropriarsi di quei valori commerciali di avviamento dell'azienda (in dettaglio: il c.d. avviamento soggettivo) che, con l'atto di cessione, devono invece intendersi trasferiti all'acquirente, in quale ha pagato per tale valore aggiunto ⁽¹²⁾.

Questa linea di pensiero, oggi pacifica, ha portato a ritenere l'art. 2557, c.c., applicabile ad ipotesi che non sono tecnicamente qualificabili come alienazione di azienda, ma presentano un conflitto di interessi identico (o analogo) a quello che è regolato dalla norma indicata. In particolare, all'ipotesi di cessione di partecipazioni che rappresentino l'intero capitale di una società ⁽¹³⁾; all'ipotesi di cessione di partecipazioni societarie (anche non rappresentanti l'intero capitale della società, ma solo una maggioranza qualificata) da parte di colui che in realtà (per le dimensioni della partecipazione, per le sue caratteristiche soggettive, e/o per altre ragioni di fatto) è il vero *dominus* della società stessa ⁽¹⁴⁾; all'ipotesi di restituzione dell'azienda per scadenza del termine dell'affitto dell'azienda stessa ⁽¹⁵⁾.

3. Guardando alla scissione di società nella prospettiva evocata dalle considerazioni su riferite, è agevole constatare che il fenomeno della scissione può assumere varie forme ed attuarsi secondo diverse modalità, che non sembrano meritare un trattamento unitario ed identico ai fini del problema dell'applicazione dell'art. 2557 c.c..

Ovvia sembra essere l'applicabilità della norma in parola all'ipotesi di scissione parziale in cui la società che si scinde resta in vita, trasferisce per intero ad una società preesistente una propria azienda, e prosegue la propria attività tramite un'altra propria azienda operante in un settore diverso. In questo caso sembra riproporsi in termini lineari lo schema fattuale previsto dalla norma di cui all'art. 2557 c.c.; è agevole identificare un soggetto che trasferisce un'azienda ed un soggetto che la acquista, ed è agevole imputare al primo l'obbligo di non concorrenza ⁽¹⁶⁾. Infatti, la società scissa ha sicuramente la capacità di praticare (in danno della beneficiaria) quella concorrenza differenziale che l'art. 2557 c.c. intende evitare; e la scissionaria ha interesse a conseguire per intero e veramente l'avviamento dell'azienda che ha acquistato. Di conseguenza, appare «naturale» vietare alla società scissa la possibilità di avviare una nuova impresa nel settore in cui operava prima con l'azienda attribuita alla scissionaria.

Altrettanto ovvia sembra l'inapplicabilità dell'art. 2557 c.c. ad altre ipotesi di scissione. Si pensi ad una scissione totale (quindi, con estinzione della società che si scinde) e proporzionale (con distribuzione delle partecipazioni in entrambe le scissionarie in termini proporzionali alla distribuzione delle partecipazioni nella scissa), nella

⁽¹²⁾ Cfr. Cass. 17 aprile 2003 n. 6169, e Colombo, (nt. 8) 173, «l'alienante esercitando attività concorrente «riprende ciò che ha alienato»».

⁽¹³⁾ Cfr. Cass. 20 gennaio 1997 n. 549 in *Riv. dir. ind.* 1998, II, 9, nota di GUIDETTI; App. Milano 11 maggio 1979 in *Giur. ann. dir. ind.* 1979 n. 1193; Trib. Milano 7 luglio 1975 in *Giur. ann. dir. ind.* 1975 n. 743.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass. 24 luglio 2000, n. 9682 in *Foro It.* 2000, 125, 11, con nota di RORDOF; App. Milano 7 novembre 2003 in *Giur. ann. dir. ind.* 2005 n. 4796.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. 20 dicembre 1991 in *Giur. ann. dir. ind.* 1993 n. 2880; Cass. 23 settembre 1995 in *Giur. ann. dir. ind.* 1995 n. 3209; Trib. Avezzano 8 giugno 1999 in *Giur. ann. dir. ind.* 1999 n. 4020; Trib. Rovigo 10 aprile 2002 in *Giur. ann. dir. ind.* 2002, 1393; Trib. Torino 7 luglio 2005 in *Giur. ann. dir. ind.* 2006, n. 4977.

⁽¹⁶⁾ PICCIAU, (nt. 3), in questa ipotesi, sostiene l'applicabilità *diretta* dell'art. 2557 c.c. giustificandola con la circostanza che la scissione importi un trasferimento patrimoniale assimilabile alla vendita.

quale l'unica azienda della scissa viene divisa in due parti esattamente equivalenti, e ciascuna di esse viene attribuita ad una società di nuova costituzione. In questo caso, non sembra esistere un'azienda che viene trasferita, e non sembrano esistere neppure un cedente ed un cessionario. Ciascuna beneficiaria ha ricevuto solo una parte dell'azienda preesistente, non superiore a quella che è pervenuta all'altra, e nessuna delle due può dire di avere acquistato (e pagato) per intero l'avviamento dell'azienda; inoltre, entrambe le scissionarie hanno esattamente la stessa compagine sociale, e ciascun socio ha in ciascuna beneficiaria una partecipazione identica a quella che ha nell'altra.

4. I due casi sopra esposti rappresentano probabilmente i due casi estremi di un *continuum*, al cui interno possono ravvisarsi tante situazioni più o meno vicine all'uno od all'altro degli estremi. In rapporto a ciascuno di essi il problema dell'applicabilità dell'art. 2557 c.c. merita un approccio specifico. Un approccio di tipo sostanzialistico, che valuti adeguatamente gli interessi in gioco.

Nella logica seguita dal Tribunale di Catania, il dato determinante sembra essere la presenza di una «circolazione» di una intera azienda. E questa è, probabilmente, una logica condivisibile. Ed infatti, ogni volta che la scissione attribuisce una intera azienda ad una od ad altra delle beneficiarie, il suo avviamento viene conteggiato, ed incide sul valore del complesso dei beni trasferiti e, quindi, sul valore delle azioni o delle quote e sulla loro assegnazione ai soci, esattamente come avviene nel caso di alienazione d'azienda o di sua concessione in usufrutto od in affitto. È pertanto ravvisabile, in capo alla società scissionaria a cui perviene una azienda della scissa, quello stesso interesse protetto dall'art. 2557 c.c., ancorché non sia (in questo caso) formalmente identificabile un soggetto trasferente (perché estintosi), e la concorrenza verrebbe dall'altra beneficiaria, che formalmente non è la cedente, ma contiene in sé, in quanto acquisite dalla scissa con la stessa scissione, proprio quelle informazioni e competenze soggettive che rendono tale concorrenza specificamente pericolosa, «differenziale» nel senso dell'art. 2557 c.c., in quanto capace di sottrarre alla prima una frazione dell'avviamento dell'azienda che le è stata attribuita.

Sembra, dunque, corretto applicare l'art. 2557 c.c. (perché si verifica la sussistenza della *eadem ratio*) ed imporre l'obbligo di non concorrenza alla società a cui non è stata assegnata quella azienda (ed ha ricevuto una diversa azienda, ovvero ha ricevuto solo elementi patrimoniali non organizzati in azienda) ⁽¹⁷⁾.

Ed è alla luce di queste considerazioni che l'interprete dovrà andare alla ricerca del criterio (o dei criteri) che consentano di regolare le altre tante ipotesi possibili: per tutte, l'interprete dovrà valutare, caso per caso, l'esistenza o meno della *ratio* di cui all'art. 2557 c.c..

5. Parte della dottrina ha ritenuto invece rilevante, ai fini in esame, la presenza di una attribuzione proporzionale delle quote di partecipazione nelle scissionarie; in tale ipotesi, almeno inizialmente, sarebbe identica la composizione della compagine sociale di entrambe le società beneficiarie di nuova costituzione ⁽¹⁸⁾. I soci delle beneficiarie risulterebbero essere gli stessi soggetti che erano soci della scissa. Costoro sarebbero altresì titolari di azioni o di partecipazioni, dopo la scissione, nella stessa misura in cui

⁽¹⁷⁾ I cui soci si verrebbero così a trovare nella medesima situazione, definita dalla norma in commento, di «chi l'aliena l'azienda». In questo senso PALMIERI (nt. 2) 139.

⁽¹⁸⁾ Si veda PALMIERI (nt. 2). Analogamente, CAMPOBASSO (nt.1) 630. Tuttavia il CAMPOBASSO si esprime in termini di problematicità e non di esclusione *tout court* dell'applicabilità della norma in parola, come, invece, il PALMIERI.

lo erano della società scissa. In questo caso, nessuno ha trasferito nulla, e qualsiasi decremento di valore delle quote (o delle partecipazioni) di una delle nuove società (che si ammetta avvenga a seguito della concorrenza subita dall'altra) verrebbe bilanciato e/o compensato, come nel fenomeno dei vasi comunicanti, dal corrispondente incremento di valore delle quote (o delle partecipazioni) dell'altra beneficiaria. E poiché gli stessi soggetti sono soci di entrambe le società, nella stessa misura, si avrebbe un risultato «a somma zero». Pertanto, si è argomentato, è indifferente che la società a cui non sia stata trasferita l'azienda faccia o non faccia concorrenza alla prima, e quindi l'applicazione del divieto di cui all'art. 2557 c.c. sarebbe irragionevole ⁽¹⁹⁾.

Al contrario, in ipotesi di scissione non proporzionale quanto sopra detto non varrebbe, e quindi sarebbe riscontrabile la *ratio* dell'art. 2557 c.c.. Di conseguenza, la norma indicata dovrebbe trovare applicazione.

Questa impostazione, da un punto di vista formale, appare persuasiva: essa si basa sul dato della identità dei soci. Essa omette però di considerare che anche nella ipotesi di scissione proporzionale è possibile ravvisare (ai fini, appunto, dell'applicabilità dell'art. 2557 c.c.) un fenomeno circolatorio della azienda. Invero, nella fattispecie in parola l'elemento della individualità e della autonomia della personalità giuridica della società (quale che sia il tipo societario in concreto adottato) «prevalde», a me pare, sul fatto che i soci della scissa e della scissionaria siano, al contempo (ed in maniera proporzionale), soci della società cedente e cessionaria. Ben si possono, infatti, individuare due distinti centri di imputazione giuridica (un dante causa ed un avente causa) ⁽²⁰⁾ coinvolti nel trasferimento d'azienda, essendo la persona giuridica-società e la persona fisica-socio due soggetti diversi, portatori di propri «interessi», distinti gli uni dagli altri. Inoltre, l'identità soggettiva dei soci è un dato del tutto privo di stabilità: è ben possibile che, immediatamente dopo l'esecuzione dell'atto di scissione, si realizzi una modificazione della compagine sociale (evento del tutto accidentale ed ininfluenza sul profilo della personalità giuridica della società) che importerebbe il risorgere di quell'interesse a fondamento dell'art. 2557 c.c. e che ne giustificerebbe pertanto l'applicabilità anche in tale ipotesi.

6. In conclusione, quindi, non è tanto il carattere proporzionale o non proporzionale della scissione che può discriminare le ipotesi di scissione soggette all'applicabilità dell'art. 2557 c.c. dalle ipotesi di scissione cui detta norma non sarebbe applicabile. Neppure sembra assumere rilevanza determinate il fatto che la scissione sia totale o parziale, né il fatto che la scissione avvenga a beneficio di società preesistenti o di nuova costituzione.

Il dato decisivo rimane quello della presenza o assenza, nel singolo caso, di una «cessione» di un'intera azienda. In tutte e solo queste ipotesi è rinvenibile l'interesse protetto dalla disposizione di cui all'art. 2557 c.c..

La norma in esame quindi non troverà applicazione nell'ipotesi in cui la società che si scinde non possieda un'azienda da trasferire; né nell'ipotesi in cui la società che si scinde sia titolare di una sola azienda e si limiti a frazionarla tra due o più scissionarie (a nulla importando se la divisione sia in parti uguali o disuguali, e se avvenga a favore di società di nuova creazione o preesistenti); né, ancora, nell'ipotesi in cui la società che si scinde possieda più aziende e frazioni ciascuna di esse (non importa se in porzioni

⁽¹⁹⁾ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *Sulla circolazione dell'azienda per scissione* in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 444.

⁽²⁰⁾ Di cui (come richiesto dalla Giurisprudenza) l'uno si sostituisce all'altro nella gestione dell'impresa: Cass. 20 gennaio 1997 n. 549, si veda *supra* § 2.

identiche o no) tra le scissionarie (a questa ipotesi è poi da ricondurre il caso deciso dalla sentenza che si annota). In tutti questi casi, non esiste la considerazione unitaria di un'azienda all'interno della scissione, non esiste un conteggio dell'avviamento di un'azienda come elemento che viene attribuito all'una od all'altra delle beneficiarie, e dunque non esiste un trasferimento d'azienda nel senso voluto dall'art. 2557 c.c.; manca cioè quel complesso di interessi qualificati ed elevati a diritto dall'art. 2557 c.c. e che ne giustificerebbero l'applicazione.

7. La conclusione a cui è pervenuto il Tribunale di Catania appare, dunque, condivisibile. Il divieto di concorrenza, come si è visto, opera ogni volta che ci sia un trasferimento d'azienda ⁽²¹⁾ e vi sia la necessità di proteggere il cessionario dalla eventualità che il trasferente (o, nella scissione totale - proporzionale o non proporzionale - la società a cui l'azienda non è stata trasferita) possa riacquistare il valore dell'avviamento ceduto. Nel caso al vaglio del Tribunale tale interesse mancava. In sede di scissione, infatti, l'azienda di commercio di occhiali e articoli di ottica, che era composta da 19 punti vendita, un laboratorio e 5 marchi, non è stata trasferita unitariamente (*globalmente*, come si esprime il Tribunale), ma è stata spezzettata: 9 punti vendita, l'uso del laboratorio e 4 marchi alla AA s.r.l., 10 punti vendita, il laboratorio ed un marchio alla AO s.r.l. Nell'ipotesi di specie non si è verificato un fenomeno circolatorio della azienda nella sua interezza poiché si è dato luogo ad una suddivisione dell'azienda, ad uno spezzettamento della unità economica-produttiva, con conseguente suddivisione anche dell'avviamento stesso. Se la norma del 2557 c.c. è diretta a salvaguardare l'interesse dell'acquirente a conservare l'avviamento cedutogli (*l'intero* avviamento ceduto, e per il quale è stato pagato un corrispettivo al momento della cessione), e se nell'ipotesi di specie veniva ceduto solo una parte dell'avviamento insieme alla corrispondente parte di azienda (per la cui determinazione del prezzo tale circostanza era stata tenuta in considerazione), allora la disposizione *de qua* non ha ragione di applicarsi, non ravvisandosi il particolare interesse qualificato dalla norma in esame.

VINCENZO VINCIGUERRA

⁽²¹⁾ Rimarrebbe da verificare la disciplina del caso di scissione in cui si possa ravvisare un «trasferimento» di un ramo d'azienda. In termini generali, va ricordato che l'applicabilità dell'art 2557 c.c. al trasferimento di ramo d'azienda sembrerebbe esclusa da COLOMBO, (nt. 8), 201 e da PALMIERI, (nt. 2), 195 *sub* nt. 73. Non è nota giurisprudenza edita che decida espressamente il problema. Tuttavia, in parte della dottrina (SCOGNAMIGLIO, [nt. 19]) ed in qualche affermazione *obiter* della giurisprudenza (cfr. *infra* Trib. Catania, nel provvedimento che si sta analizzando) l'applicabilità dell'art. 2557 c.c. viene estesa anche al trasferimento di ramo d'azienda. Le due diverse conclusioni muovono, evidentemente, da due distinti significati attribuiti al ramo d'azienda. Ritengo ragionevole l'equiparazione del fenomeno del trasferimento dell'azienda a quello del ramo d'azienda (con l'applicabilità a quest'ultima ipotesi del divieto di concorrenza) qualora si intenda il ramo d'azienda come «frazione del complesso aziendale» dell'imprenditore destinato all'esercizio di un settore della sua attività (in tal senso, con ampi riferimenti bibliografici, PICCIAU, [nt. 3], 1208) ma caratterizzato, come sottolinea il Tribunale di Catania, da autonomia gestionale, contabile ed imprenditoriale.