

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO (Novembre 2002 – Marzo 2003)

RIUNIONI DI STUDIO SULLA RIFORMA DELLE SOCIETA'

FUSIONE

Not. Luigi Augusto Misericocchi
Presidente del Consiglio Notarile di Milano

La disciplina delle fusioni e delle scissioni subirà, per effetto della riforma, notevoli modifiche: l'impianto resta però sostanzialmente inalterato.

Cominciamo dall'art. 2501: *"La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre"*.

E' la norma che descrive la fusione in senso proprio, con costituzione di nuova società, e la fusione per incorporazione.

Possiamo sottolineare che la fusione è rimasta, come è attualmente e come è nella Direttiva Comunitaria sulle fusioni, un fenomeno infrasocietario. Non si può fondere una società con un ente di altro tipo.

Oggi, se una società vuole incorporare un ente di altro tipo, deve fare un doppio procedimento: prima trasforma questo ente in società e dopo la incorpora. Non è possibile l'operazione diretta. Questo anche se la Legge-Delega parlava espressamente di fusioni eterogenee, tali non essendo le fusioni tra società di persone e società di capitali.

Quindi, per questo aspetto, la Legge-Delega non è stata utilizzata, probabilmente a ragione, anche perché la Direttiva ha sempre considerato l'istituto della fusione e della scissione come istituto infrasocietario, endosocietario, non come istituto cui possano partecipare altri enti.

Rimanendo in campo societario, possiamo soffermarci su quattro particolari ipotesi di fusione che possono ritenersi problematiche;

- la fusione con partecipazione di società consortili;
- la fusione tra società in liquidazione;
- la fusione con società in liquidazione, quando l'incorporante non è una società in liquidazione;
- la fusione, cosiddetta internazionale, cioè tra una società appartenente all'ordinamento italiano e una società appartenente a un altro ordinamento, con le sue due varianti, quella in cui è la società italiana che incorpora la società straniera o l'altra, in cui è la società italiana che viene incorporata dalla società straniera.

La prima ipotesi diviene problematica a causa della norma (2500-octies) che prevede che la trasformazione di società consortile in società di capitali sia una trasformazione eterogenea; da ciò nasce il dubbio, molto fondato, che si esca dall'ambito societario e che non si possa non sottostare alla disciplina che il legislatore detta per la trasformazione eterogenea: delibera a maggioranza di due terzi, efficacia differita a 60 giorni dopo l'iscrizione, possibilità per i creditori di fare opposizione.

Per quanto riguarda la possibilità che società in liquidazione partecipino alla fusione, questa è prevista espressamente dal 2501 secondo comma: *"la partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo"*. A contrario, è consentita alle società in liquidazione che non abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

Anche la revoca della liquidazione però è sottoposta a una normativa più stringente rispetto al passato; l'art. 2487-ter prevede, è ben vero, che la società possa *"in ogni momento revocare lo stato di liquidazione"* a maggioranza, ma è altrettanto vero che adesso, nel nuovo sistema, la revoca ha effetto solo dopo due mesi dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della relativa deliberazione, salvo che consti il consenso dei creditori con possibilità per essi di proporre opposizione.

Il dubbio, allora, è che con una fusione in cui una società non in liquidazione incorpori una società in liquidazione, in realtà si faccia venir meno la liquidazione stessa.

Occorrerà, in tale ipotesi, rispettare anche la norma del 2487-ter?

La risposta mi pare sicuramente negativa, perché altrimenti questa norma non avrebbe senso.

Infatti, anche in assenza dell'articolo 2501 secondo comma, era certamente possibile revocare la liquidazione e poi fare partecipare alla fusione una società non più in liquidazione; se la norma afferma che è possibile far partecipare alla fusione una società in liquidazione, implicitamente, ma sicuramente, esclude che si debba applicare la disciplina dettata per la revoca della liquidazione.

Altro discorso invece è quello (che già adesso si pone anche se forse è un po' sottovalutato) del rispetto di norme particolari inserite nello statuto della società incorporata.

Mi spiego con un esempio: la società incorporata ha uno statuto contenente una clausola di prelazione o di gradimento; magari questo statuto dispone che queste clausole possano essere modificate solo con maggioranza qualificata; nel momento in cui io attuo la fusione lo statuto dell'incorporante (o della società di nuova costituzione) può non rispettare queste norme. La domanda è: il fatto che io mi trovi in un procedimento di fusione, mi esonera dal rispetto di quelle norme? O viceversa è necessario rispettarle?

Il problema è diverso rispetto a quello della fusione con partecipazione di società in liquidazione, perché lì tale possibilità è prevista e risulta chiaramente una volontà del legislatore di disapplicare quella norma.

Qui invece, quasi sicuramente, la normativa sulla fusione non può consentire di by-passare la normativa statutaria come si può argomentare anche da un articolo della direttiva in tema di fusioni, in realtà vincolante per il legislatore solo per le società per azioni.

Tale norma, dopo aver previsto che uno Stato membro può prevedere che sia sufficiente una certa maggioranza, anche limitata, per deliberare la fusione, aggiunge: *"inoltre, se del caso, si applicano le regole relative alle modifiche dell'atto costitutivo"*.

Ciò può essere interpretato nel senso che, qualora attraverso la fusione si modifichino le regole dell'atto costitutivo della società incorporata, per modificare le quali occorrevo maggioranze o procedure particolari, queste maggioranze e queste procedure debbano essere rispettate o riprodotte anche nella società incorporante o di nuova costituzione.

Altrimenti la fusione sarebbe un facile strumento per eluderle.

Ultima fattispecie problematica è quella della fusione tra società appartenenti al nostro ordinamento e società di altri ordinamenti.

Se n'è parlato in dottrina, si è poco praticato in fatto, anche se oggi c'è una spinta in tal senso e, in linea di principio, il nostro ordinamento non sembra porre ostacoli.

Deve naturalmente trattarsi di società e non di enti di altro tipo, visto che la fusione è disciplinata come un istituto infrasocietario.

Naturalmente ciascun ordinamento, per la sua società, applicherà le sue regole. Nel caso di conflitto di regole o di termini diversi, andranno applicate le regole e i termini più restrittivi. Spesso le difficoltà nascono dagli altri ordinamenti che vedono l'operazione di fusione per incorporazione come una forma di scioglimento senza liquidazione.

Pur tuttavia sembra proprio che non si tratti di difficoltà insormontabili e presto si vedranno operazioni di questo genere.

Le norme che disciplinano la fusione possono essere catalogate in tre gruppi:

- le norme, più numerose, che disciplinano il procedimento di fusione nei suoi passaggi (il progetto, la situazione patrimoniale, la relazione dell'organo amministrativo, la relazione degli esperti, il deposito degli atti, la decisione in ordine alla fusione, l'iscrizione della decisione di fusione, l'eventuale opposizione, l'atto di fusione ed i suoi effetti);
- le norme che semplificano o abbreviano il procedimento (nel sistema attuale, quelle che regolano l'incorporazione di società interamente possedute, cui si aggiungono, con la nuova normativa, due altre fattispecie: l'incorporazione di società possedute al 90% e le fusioni a cui non partecipino società con capitale rappresentato da azioni);
- la norma che rende più gravoso il procedimento di fusione nell'ipotesi di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (art. 2501-bis), che è un appesantimento per modo di dire, in quanto, attraverso questa norma, da un lato si è legittimato il leverage buy out (cioè l'operazione di fusione fatta nel presupposto di poter contrarre debiti e di poter utilizzare il patrimonio della società che viene incorporata e la redditività di questa società per pagare i debiti contratti per l'acquisizione), ponendosi alcune regole, alcuni obblighi maggiori rispetto all'ipotesi ordinaria.

L'art. 2501-sexies è una norma molto importante. *"Uno o più esperti, per ciascuna società, devono redigere una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi:*

- *il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno di essi;*
- *le eventuali difficoltà di valutazione.*

La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull'adeguatezza del metodo seguito per la determinazione del rapporto di cambio e sull'importanza relativa a ciascuno di essi nella determinazione del valore indicato."

Il terzo comma è veramente nuovo e inciderà sulla nostra attività.

"L'esperto o gli esperti possono essere scelti": scelti da chi? Da ciascuna delle società. In questo caso devono essere scelti necessariamente o "tra i soggetti iscritti all'Albo dei revisori contabili o tra le società di revisione iscritte nell'apposito Albo".

Quindi, la regola generale è che l'esperto non è più nominato dal Presidente del Tribunale, ma è scelto da ciascuna delle società partecipanti all'operazione di fusione o di scissione, purché nell'ambito di queste categorie, non proprio ristrettissime.

Ciò non vale *"se la società incorporante o la società risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni"*, perché allora l'esperto, o gli esperti, *"sono designati dal Presidente del Tribunale del luogo in cui ha sede la società"*.

Qui riemerge la designazione del Presidente del Tribunale, stabilendosi, una volta per tutte, la competenza, del Tribunale del luogo in cui ha sede la società.

Quindi la novità è che, se la società risultante dalla fusione o l'incorporante non sono società per azioni, l'esperto se lo sceglie ciascuna delle società.

Ma qualche problema esiste.

Fin qui abbiamo considerato l'ipotesi, assurda a regola, che ciascuna società si nomini il suo esperto, ma, prosegue la norma al quarto comma: le società partecipanti alla fusione possono congiuntamente, cioè con istanza congiunta, *"richiedere al Presidente del Tribunale del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione o quella incorporante, la nomina di uno o più esperti comuni"*.

Il dubbio che viene suffragato anche dalla Direttiva è questo: non volendo andare dal Presidente del Tribunale a chiedere un esperto comune e non trovandosi nell'ipotesi in cui la società risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni, è possibile che ciascuna società nomini lo stesso esperto? Perché se la fusione coinvolge cinque società si cercherà di non nominare cinque esperti, ciascuno dei quali fa lo stesso lavoro e genera costi. Si vorrà far capo a un solo soggetto.

Ma ciò è possibile senza passare attraverso la nomina da parte del Presidente del Tribunale? O, viceversa, il fatto di avere un esperto per ogni società è una garanzia di cui non si può fare a meno, senza la nomina del Presidente del Tribunale?

Se andiamo a vedere le direttive (art. 10, primo comma, della direttiva sulle fusioni e art. 8 di quella sulle scissioni) esse, anziché dissipare il dubbio, lo accrescono.

L'art. 10 della direttiva del '78 sulle fusioni, dopo avere detto che per ciascuna delle società partecipanti alla fusione uno o più esperti indipendenti da queste, designati o abilitati dall'autorità giudiziaria o amministrativa, esaminano il progetto di fusione e redigono una relazione scritta destinata agli azionisti, prosegue con un altro periodo: *"tuttavia la legislazione di uno Stato membro può prevedere la designazione di uno o più esperti indipendenti per tutte le società partecipanti alla fusione, se tale designazione, su domande congiunte di tali società, è fatta da un'autorità giudiziaria o amministrativa"*.

La direttiva sulle scissioni, che invece è dell'82, all'art. 8, afferma che la legislazione di uno Stato membro può prevedere la designazione di uno o più esperti indipendenti per tutte le società partecipanti alla scissione, se tale designazione, su richiesta congiunta di tali società, è fatta da un'autorità giudiziaria o amministrativa.

Alla luce di questi discorsi, effettivamente il dubbio sorge. Volete l'esperto comune? Chiedetene la designazione e non sceglietelo. Questo è un primo dubbio sul quale si deve riflettere.

L'altra norma che sembra modificata in modo abbastanza importante a proposito dell'esperto riguarda le società quotate.

La norma attuale, l'ultimo comma del 2501 quinquies così dispone. *"la relazione, quanto alle società quotate in Borsa, è redatta da società di revisione"*.

Questa norma è stata perlopiù interpretata, dopo qualche dubbio iniziale, nel senso che la società che svolge la revisione obbligatoria è di diritto la società che svolge la relazione degli esperti.

Adesso tutto è cambiato, perché al terzo comma, dopo aver parlato della designazione del Presidente del Tribunale, si dispone: *"se la società è quotata sui mercati regolamentati, l'esperto è scelto tra le società di revisione"*.

Quindi, non c'è più l'attribuzione di diritto alla società che svolge la revisione obbligatoria, ma ci vuole una scelta, una designazione, che essendo relativa a società per azioni rientrerà ancora nella competenza del Presidente del Tribunale.

Passando al progetto di fusione si può constatare come, sostanzialmente, l'art. 2501-ter sia rimasto invariato, fatta eccezione per il numero 7 nel quale si dice che dal progetto devono risultare *"il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci (vecchia formula) e ai possessori di titoli diversi dalle azioni"*.

Quest'ultimo inciso è nuovo e si riferisce ai famosi strumenti finanziari di cui all'art. 2346 ultimo comma, per il quale *"a fronte di apporto da parte di soci o di terzi anche di opere e servizi"*, la società può emettere *"strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o di diritti di partecipazione, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti"*.

La norma del numero 7 del 2501-ter è significativa perché richiama l'attenzione su cosa succede nel caso in cui siano stati emessi questi strumenti finanziari, in sede di procedimento di fusione. Tale evento non è disciplinato neanche con norme dispositive, mentre sarebbe stata buona regola prevedere qualche cosa per l'eventualità di fusione e di scissione.

Qualcosa bisognerà pure dire, perché gli strumenti finanziari non potranno conservare esattamente gli stessi diritti a seguito di un'operazione di fusione, potendosi verificare un conflitto con altri soggetti.

L'unica norma che li prende in considerazione e sulla quale dovremo soffermarci, è, in tema di scissione, il penultimo comma dell'art. 2506-ter, laddove stabilisce che, *"con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, l'organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione dei documenti previsti nei precedenti commi"*, cioè la situazione patrimoniale, la relazione illustrativa e probabilmente anche la relazione di stima. Ci vuole quindi il consenso, non solo dei soci, ma anche dei portatori di questi strumenti finanziari muniti del diritto di voto.

Per il resto di questi strumenti non si parla e questo è un problema.

Una norma che recepisce le indicazioni della Commissione società del Consiglio Notarile di Milano è l'ultimo comma dell'art. 2501-ter che, dopo avere detto che tra l'iscrizione del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione deve intercorrere almeno un mese, aggiunge: *"salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime"*.

La possibilità di rinuncia è quindi testuale.

Nessuna novità nell'art. 2501-quater che riguarda la situazione patrimoniale e neppure nell'art. 2501-quinquies sulla relazione dell'organo amministrativo.

Del 2501-sexies abbiamo già parlato.

Per il deposito degli atti (2501-septies), si è introdotta (altro recepimento di indicazioni della Commissione Società milanese) la facoltà di rinunciare, con consenso unanime, al termine di 30 giorni.

Per quanto attiene alla decisione in ordine alla fusione (art. 2502), il secondo periodo del primo comma presenta un'importante novità, conforme a quanto previsto in tema di trasformazioni di società di persone: *"Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente tale approvazione (del progetto di fusione) avviene, nelle società di persone, con il consenso della maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili e, nelle società di capitali, secondo le norme previste dalla modificazione dell'atto costitutivo o statuto"*. Emerge un contrasto con la norma dell'art. 2252 secondo la quale nelle società di persone, se il contratto sociale non dispone diversamente, le modifiche al contratto stesso vanno fatte all'unanimità. Tale regola viene qui sostituita dalla regola opposta: se il contratto non dispone diversamente, si decide a maggioranza. Con questo si mette in crisi il sistema delle società di persone che dovrà in qualche modo essere rivisto.

E' nuovo pure il secondo comma dell'art. 2502, anche se in qualche modo era già in parte praticato: *"la decisione di fusione può portare al progetto di cui all'art. 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci e di terzi"*.

Ancora, il 2502-bis è rimasto invariato, tranne per il punto, nel secondo comma (dove si parla della decisione di fusione di società di persone, che deve essere depositata per iscrizione nel Registro delle Imprese insieme con i documenti indicati dall'art. 2501-septies a norma dell'art. 2436, cioè con un controllo di legittimità sostitutivo dell'omologa, se la società risultante dalla fusione con quella incorporante è una società di capitali), nel quale si è aggiunta anche la società semplice.

Quindi adesso, anche per la società semplice, è testuale che il deposito, se la società risultante dalla fusione è una società di capitali, deve essere fatto a' sensi dell'art. 2436.

Il 2503 è la norma che si occupa dell'opposizione dei creditori e, secondo la relazione, dovrebbe contemperare al meglio la tutela degli interessi dei terzi e la possibilità di arrivare alla fusione in termini accelerati.

Si è previsto che si possa attuare la fusione prima del decorso dei sessanta giorni, nell'ipotesi in cui ci sia una relazione fatta da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, *"che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori"*.

Non sarà facile che si ricorra spesso a questa norma, vuoi per il costo, vuoi per la responsabilità che viene ad assumersi la società di revisione.

Invece, sicuramente è sbagliato (sarà una svista, speriamo rimediata), il fatto di non avere più previsto il deposito, in alternativa al pagamento o al consenso da parte dei creditori.

Nuovo anche l'ultimo comma: *"Se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori indicati al comma precedente possono, nel suddetto termine di due mesi, fare opposizione. Si applica in tal caso l'ultimo comma del 2445"*.

E' una formula che abbiamo già trovato e che sembra far ritenere che effettivamente ormai l'opposizione debba essere fatta con atto di citazione, con le conseguenze che si possono probabilmente trarre a proposito della sospensione dei termini dal 1° agosto al 15 settembre.

Si è persa l'occasione di migliorare la norma del 2503-bis, per il caso di esistenza di obbligazioni convertibili. Credo che vada confermata l'utilità di quella massima che è stata elaborata dalla Commissione Società del Consiglio di Milano, che ha dato una interpretazione più ragionevole e più funzionale a questa norma.

Si è persa anche l'occasione di eliminare questa pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, che ormai stona in un sistema nel quale tutte le forme di pubblicazione, tranne l'avviso di convocazione, passano dalla Gazzetta Ufficiale al Registro delle Imprese.

Invariato è rimasto anche l'articolo 2504.

Il 2504-bis, dopo avere affermato il principio che *"la società che risulta dalla fusione e quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione"*, lo ribadisce ed enfatizza parlando anche di prosecuzione *"in tutti i loro rapporti anche processuali anteriori alla fusione"*. Forse un giorno o l'altro potremmo riprendere il discorso circa la necessità o meno della trascrizione della fusione in presenza di trasferimenti di immobili, discorso già fatto, ma era più facile, in sede di trasformazione.

Del tutto nuova e molto importante la formulazione del quarto comma dell'art. 2504-bis: *"Nel primo bilancio successivo alla fusione, le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima"*.

Si sancisce il principio di continuità dei valori di bilancio.

"Quando si tratta di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, devono altresì essere allegati alla nota integrativa, prospetti contabili indicanti i valori attribuiti alle attività e passività delle società che hanno partecipato alla fusione e la relazione di cui all'art. 2501-sexies".

Questa è una norma con la quale si è voluto disciplinare il primo bilancio post fusione e post scissione.

Non rientra nella nostra competenza approfondire questi problemi, su cui dovremo far parlare chi di bilanci si occupa.

Nuovo è anche l'ultimo comma: *"La fusione attuata mediante costituzione di nuova società di capitali, ovvero mediante incorporazione di società di capitali, non libera i soci a responsabilità illimitata, dalla responsabilità per le obbligazioni delle rispettive società partecipanti alla fusione, anteriore all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'art. 2504, se non risulta che i creditori hanno dato il loro consenso"*.

Ci si potrebbe chiedere se si possa estendere a questa ipotesi la presunzione dell'art. 2500-quinquies, secondo comma, dettata in sede di trasformazione, presunzione per la quale dando comunicazione dell'operazione ai creditori, se essi tacciono per il termine previsto da quella norma, si possa ritenere la liberazione.

Quella pare però una norma eccezionale di difficile estensione in via interpretativa.

Gli art. 2500-ter e quater sono rimasti invariati.

Esaurite le norme sul procedimento, passiamo alle ipotesi di semplificazione dello stesso partendo dall'ipotesi della società interamente posseduta, già oggi nota (art. 2505).

Le semplificazioni previste per questa ipotesi sono quelle conosciute più una.

Innanzitutto il progetto di fusione non deve contenere gli elementi di cui ai numeri 3, 4 e 5 del 2501-ter, quelli relativi al rapporto di cambio. Inoltre, non è necessaria la relazione dell'organo amministrativo. Ancora, non è necessaria la relazione dell'esperto. Ci possiamo domandare, nel silenzio della norma, se siano ancora valide certe estensioni che erano state fatte, per esempio, dal Tribunale di Milano e largamente praticate nella prassi:

- l'estensione delle semplificazioni al caso di fusioni inverse;
- l'estensione all'ipotesi di società non interamente possedute, ma in cui la compagine sociale dell'incorporante e dell'incorporanda è la stessa (i soci sono gli stessi, nelle stesse misure).
- l'estensione della rinunciabilità alla relazione di stima in presenza del consenso dei soci di tutte le società partecipanti all'operazione (negata dal Tribunale di Milano e ammessa dalla Corte d'Appello e dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano).

Queste estensioni sono ancora valide? Su ciò si dovrà ragionare.

Uno degli argomenti utilizzati per negare le estensioni nasceva dalla considerazione che l'esperto risponde dei danni anche nei confronti di terzi.

Si diceva perciò: se l'esperto risponde dei danni anche nei confronti dei terzi, vuol dire che la relazione di stima è posta anche nell'interesse di costoro; ergo, non è nella disponibilità dei soci. Discorso probabilmente infondato, che però aveva una sua valenza.

Oggi la novità che potrebbe fare dubitare della bontà delle conclusioni liberali cui si era giunti è data dalla norma del 2505-quater, che riguarda le fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni.

Se alla fusione non partecipano società con capitale rappresentato da azioni, non si applicano una serie di norme.

In particolare la disposizione che viene in considerazione è questa: le disposizioni dell'art. 2501-sexies (quello sulla necessità della relazione di stima), possono essere derogate con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione.

Una lettura terra-terra della norma potrebbe portare a concludere: il principio qui è affermato espressamente, ma solo per il caso in cui all'operazione non partecipino società per azioni.

Se il legislatore ha ritenuto di ammettere questa possibilità in questo caso, vuol dire che questa possibilità non può essere esercitata nel caso in cui all'operazione partecipino società per azioni.

La realtà invece è un po' più complessa, perché questa lettura, un po' pedissequa, della norma, contrasta con altri indici normativi.

In tema di scissione l'art. 2506-ter, quarto comma, dopo aver stabilito al primo comma: *"l'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige una situazione patrimoniale e una relazione illustrativa"*; dopo aver detto al terzo comma: *"si applica alla scissione l'art. 2501-sexies"*, al quarto comma dice: *"con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione, l'organo amministrativo può essere esonerato dalla redazione dei documenti previsti nei precedenti commi"*.

Il primo problema esegetico verte su quali siano i documenti previsti dai commi precedenti.

Tenuto conto del fatto che viene usato un termine impersonale, *dalla redazione*, non dal redigere, anche se non è un elemento di particolare forza probante, ma tenendo conto anche del fatto che la relazione dell'esperto è un controllo su una situazione patrimoniale ed una relazione predisposta dagli Amministratori, il ritenere che questa norma del quarto comma, si riferisca solo alla possibilità di omettere la situazione patrimoniale e la relazione illustrativa, ma non la relazione dell'esperto, sembra assolutamente insostenibile.

La relazione dell'esperto senza la situazione patrimoniale e senza la relazione illustrativa assume tutt'altro significato, anzi non ha più significato.

Ma allora, se la norma vuol dire che in questo caso, con il consenso di questi soggetti, è possibile omettere anche la relazione di stima, vuol dire che la relazione di stima è posta nell'interesse dei soci, con la sola aggiunta, e qui sta anche probabilmente il motivo per cui non se n'è parlato nell'altra norma, della necessità del consenso anche dei portatori di strumenti finanziari aventi diritto di voto.

Mi sembra che questo argomento unito ad altre argomentazioni sistematiche che cercheremo di svolgere appresso, possono indurre a riflettere prima di arrivare a soluzioni restrittive, che costituirebbero un grave passo indietro.

Le norme di semplificazione, più o meno, ricalcano quelle precedenti.

Innovativa invece è la possibilità offerta dal secondo comma del 2505. *"L'atto costitutivo può prevedere che la fusione per incorporazione di altra società interamente posseduta sia decisa con deliberazione risultante da atto pubblico dai rispettivi organi amministrativi, sempre che siano rispettate, ecc"*.

Prima domanda: l'atto costitutivo di quale società? Dell'incorporante? Dell'incorporata? Di tutte e due? Il legislatore, dopo aver detto *"atto costitutivo"* al singolare, aggiunge che l'approvazione dei progetti di fusione è fatta dai rispettivi organi amministrativi, sia dell'incorporante, sia dell'incorporanda.

A mio avviso, tenuto conto della realtà della società interamente posseduta, dovrebbe essere sufficiente che sia l'atto costitutivo dell'incorporante a prevedere questa possibilità e che, pur in assenza di una delibera di questo genere, anche per l'incorporata sia l'organo amministrativo facoltizzato a decidere. Non avrebbe senso convocare un'assemblea dove unico socio è l'incorporante. Quindi può bastare la decisione dell'organo amministrativo.

Naturalmente è possibile spostare la competenza a deliberare, ad approvare il progetto di fusione, dall'organo assembleare all'organo amministrativo a condizione che:

- ci sia un'espressa previsione nell'atto costitutivo almeno della società incorporante;

- ci sia il possesso del capitale dell'incorporata al 100%;
- sia rispettato dall'incorporante e dall'incorporata quanto disposto dall'art. 2501-ter;
- limitatamente all'incorporante, si deve aver provveduto al deposito presso la sede sociale dei documenti previsti dal 2501-septies; (per l'incorporata si può anche omettere questo deposito, che non ha senso in quanto sono documenti che la società incorporante non può non conoscere);
- che si verifichi una condizione negativa e cioè che i soci della società incorporante, che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale, non abbiano presentato alla società la domanda di cui al terzo comma del 2501-ter, entro otto giorni dal deposito del progetto di fusione (gli otto giorni dovrebbero, nella logica, decorrere dall'iscrizione del progetto di fusione). Quindi i soci che rappresentano il 5% del capitale possono chiedere invece che la decisione sia riportata all'assemblea e non all'organo amministrativo.

E' nuovo l'art. 2505-bis, che riguarda l'incorporazione di società posseduta al 90%.

Ma è nuovo soltanto nell'ottica del diritto interno, perché in realtà questa norma recepisce puntualmente ciò che era già previsto nell'art. 27 della Direttiva Comunitaria in tema di fusioni.

Perché scatti questa norma è necessario che l'incorporante detenga almeno il 90% del capitale della o delle incorporande.

In questo caso, se viene attribuito agli altri soci dell'incorporata il diritto di fare acquistare le loro azioni o quote dalla incorporante, per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, si può fare a meno della relazione di stima dell'esperto di cui all'art. 2501-sexies.

E' evidente la differenza tra questa ipotesi e quella del consenso di tutti i soci.

Qui potrebbe mancare il consenso dei soci che hanno una partecipazione particolarmente ridotta nella società incorporata.

Ci si può domandare: bisogna dare questo diritto ai soci e contemporaneamente bisogna anche stabilire il rapporto di cambio? infatti vendere le azioni o quote al prezzo riconosciuto è per i soci di minoranza un diritto e non un obbligo.

Quindi, se i soci decidono di vendere, non si darà luogo al rapporto di cambio. Se viceversa decidono di non vendere, hanno diritto a ricevere le azioni della incorporante, quindi il progetto deve essere articolato con la possibilità di un vero e proprio rapporto di cambio.

Ci si domanda: ma questo acquisto quando andrà fatto? Bisognerà prevedere questa possibilità e bisognerà anche stabilire dei termini.

L'operazione dovrebbe essere conclusa prima del perfezionamento della fusione perché il nodo deve essere sciolto prima del momento in cui si arriva all'atto di fusione vero e proprio, altrimenti ci sarà già stato il concambio delle azioni dell'incorporata con quelle dell'incorporante e, a questo punto, la società si troverebbe ad acquistare azioni proprie.

In questo caso, naturalmente, l'aumento di capitale conseguente alla fusione, diventa incerto. Ci sarà un aumento di capitale massimo, che si andrà a determinare in sede di atto di fusione in relazione alla vicenda che si è determinata.

Le agevolazioni che vengono date a questa operazione sono:

- si può omettere la relazione di stima;

- a certe condizioni vi è la possibilità di spostare la decisione dall'organo assembleare all'organo amministrativo: *"l'atto costitutivo o lo Statuto, possono prevedere che la fusione per incorporazione di una o più società che possiede almeno il 90% delle azioni o quote, sia decisa quanto alla incorporante dal suo organo amministrativo, con deliberazione risultante da atto pubblico, sempre che siano rispettate le condizioni dell'art. 2501-septies"*, cioè deposito presso la sede sociale dei documenti da parte di entrambe le società. In questo caso il deposito del progetto, dei bilanci ecc. va fatto presso le sedi di entrambe le società, l'incorporante e l'incorporanda. E questo è giusto perché è un'ipotesi tutta diversa rispetto a quella della società interamente posseduta.

Inoltre è necessario che ci sia stata l'iscrizione nel Registro delle Imprese del progetto di fusione, ex art. 2503 Ter, terzo comma, e che questa iscrizione sia stata fatta, per la incorporante, almeno un mese prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporata".

C'è infine da esaminare l'art. 2505-quater, che è norma di notevole portata, in cui il legislatore ha sfruttato il fatto che la Direttiva non è vincolante quando non vengono in gioco società il cui capitale è rappresentato da azioni.

"Se alla fusione non partecipano società regolate dai capi V e VI, (società per azioni, in accomandita per azioni), né società cooperativa per azioni, non si applicano le disposizioni dell'art. 2501 secondo comma", cioè la partecipazione è consentita anche a società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

Inoltre conosciamo la regola che consente, nel rapporto di cambio, un conguaglio che non può superare il 10%. In questo caso, invece, il limite non si applica.

Il conguaglio può essere superiore al 10%, con il limite che sempre di conguaglio debba trattarsi; evidentemente deve escludersi il diritto di concambiare dando solo danaro, deve essere sempre un conguaglio rispetto a un concambio di partecipazioni.

Ancora. La relazione degli esperti può essere omessa con il consenso di tutti i soci. Questa è la norma, già vista, che, da un lato, legittima espressamente l'omissione di questa relazione, ma che crea problemi interpretativi per l'ipotesi diversa nella quale alla fusione partecipino anche società per azioni.

Infine, e questo è molto interessante, i termini dei trenta giorni che devono passare tra l'iscrizione del progetto e il deposito dei documenti presso la sede sociale (art. 2501-ter e septies) e quello di 60 giorni dall'iscrizione della delibera entro il quale i creditori possono fare l'opposizione (2503), sono ridotti alla metà.

Con riferimento a ciò ci si potrà domandare, in via transitoria quando entrerà in vigore la norma, cosa succede dei procedimenti di fusione già avviati?

Se, ad esempio, ho depositato la delibera di fusione di una società cui non partecipa una società per azioni e sono passati trenta giorni, posso applicare la nuova norma e stipulare subito l'atto di fusione? Oppure per il fatto che la delibera è stata assunta o iscritta precedentemente all'entrata in vigore della legge devo rispettare i sessanta giorni?

Sarei francamente per la soluzione più liberale.

Nel momento in cui stipulo l'atto di fusione la norma previgente non dovrebbe trovare applicazione.

C'è poi l'ipotesi dell'art. 2501-bis in cui la fusione ha qualche limitato appesantimento.

E' l'ipotesi della fusione a seguito di acquisizione del controllo dell'incorporata con indebitamento. Con tale norma da un lato si appesantisce il procedimento, dall'altro si legittima un'operazione di cui prima si discuteva, anche se era largamente praticata.

"Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando, per effetto della fusione, il patrimonio di quest'ultima (cioè dell'incorporata) viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo".

L'art. 2359 fornisce la nozione di controllo e, per la prima ipotesi ivi menzionata, l'accertamento non dovrebbe presentare difficoltà, *"sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria", 2) "le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria"*. Questa ultima ipotesi invece è già più ardua da valutare e quindi potremo dire che il notaio non può essere, di regola, tenuto a controllare questo secondo requisito. Potrà essere opportuno, nelle menzioni da fare in sede di assemblea, far dare atto agli amministratori che non ci si trova nell'ipotesi di fusione a seguito di acquisizione del controllo con indebitamento.

Non è facile definire precisamente la fattispecie.

La prima condizione è che ci sia stato indebitamento, si siano contratti debiti per acquisire il controllo dell'altra società e che per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica dei debiti contratti dall'incorporante.

Questo avviene sempre perché, con la confusione dei patrimoni, la garanzia per i debiti delle società coinvolte nella fusione è sempre costituita dal patrimonio, come risulta dall'atto di fusione.

Quindi, se fosse questa l'interpretazione, questo requisito ci sarebbe in re ipsa, mentre probabilmente qui si vuol dire qualcosa di diverso, più sostanziale.

La nozione di fonte di rimborso dei debiti probabilmente è più semplice.

In presenza di questi requisiti:

- *"il progetto di fusione deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione"* (questo diviene perciò un elemento necessario del progetto: non spetterà certo al notaio di sindacare se questa indicazione delle risorse finanziarie sia realistica o meno);

- *"la relazione di cui all'art. 2501-quinquies, quella dell'organo amministrativo, deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con l'indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere"* (è fatto carico agli amministratori di indicare questo piano e probabilmente è nella responsabilità degli amministratori che queste indicazioni siano realistiche e trovino rispondenza nella realtà);

- *"la relazione degli esperti, di cui all'art. 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma"* (questo ovviamente non significa che l'esperto sia responsabile se poi le cose vanno diversamente, però ci deve essere questa ragionevolezza).

Stante questo, è ovvio che non si potrà mai fare a meno né della relazione degli Amministratori, né della relazione degli esperti e questo si desume dall'ultimo comma: *"alle fusioni di cui al precedente comma non si applicano le disposizioni degli artt. 2505 e 2505 bis"*, cioè le norme agevolative del procedimento di fusione per le società interamente possedute e le norme agevolative del procedimento delle società possedute almeno al 90%.

Non è richiamato invece il 2505-quater, relativo alle semplificazioni previste nel caso in cui all'operazione non partecipino società per azioni. Però, pur non essendo richiamato, credo che non possa trovare applicazione la norma per cui con il consenso di tutti i soci si può fare a meno della relazione degli esperti, proprio per questa ulteriore valenza che la relazione degli esperti deve avere.

Probabilmente può trovare applicazione la norma sulla riduzione dei termini.