

*CONVEGNO - La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*

**TRASFORMAZIONE, FUSIONE E SCISSIONE (ARTT. 2498-2506 quater c.c.)**

Antonio Nicolini notaio in Modena

L'analisi che cercherò di proporvi ha come scopo l'illustrazione delle novità normative in materia di trasformazione, fusione e scissione; settore oggetto di notevoli interventi da parte del legislatore della Riforma.

L'economia del presente lavoro non consente peraltro una trattazione approfondita di tutte le novità legislative.

**DELLA TRASFORMAZIONE**

**OSSERVAZIONI GENERALI**

La legge delega del 3 ottobre 2001 n. 366 pone al legislatore delegato tre obiettivi da perseguire nel disciplinare la riforma delle operazioni di trasformazione degli enti; gli obiettivi posti sono:

- **Semplificazione** e precisazione del procedimento di trasformazione;
- Introduzione della disciplina delle trasformazioni **eterogenee con individuazione** delle relative possibilità, delle condizioni e dei limiti;
- **Incentivazione del** passaggio dai tipi società personali ai tipi **società di capitali**.

Per tradurre in pratica i principi dettati dalla legge delega, il legislatore delegato ha dovuto ampliare il numero degli articoli relativo alla trasformazione che nel codice civile del 1942 risultano essere solamente tre.

Alla base della Riforma, come detto, vi sono quindi le esigenze di semplificazione e di razionalizzazione del procedimento; nondimeno spicca l'introduzione di una specifica disciplina delle trasformazioni eterogenee, fattispecie al vaglio degli operatori già da un decennio, e con la quale s'intendono le trasformazioni che operino in ambito extra-societario, e che comportino, oltre alla modificazione del tipo, anche il mutamento dello scopo sociale dell'ente coinvolto.

Con riferimento alle trasformazioni di società ordinarie in società cooperative non si pongono soverchi problemi poiché la dottrina largamente prevalente e la giurisprudenza ne ammettono già ora pacificamente la liceità.

Grande interesse suscita, invece, la tendenza al superamento del divieto posto dall'art. 14 della legge 17 febbraio 1971, n. 127 alla trasformazione delle società cooperative in società ordinarie che, sotto diversi profili, appare non da oggi obsoleto e privo oramai di un'effettiva ragion d'essere, specie dopo che è stata ammessa l'assunzione, da parte delle cooperative, di partecipazioni in società ordinarie (L. 19 marzo 1983, n. 72), per il tramite delle quali esse possono così tendere al perseguimento del proprio oggetto sociale, e dopo che l'analogo divieto è stato superato in campo bancario (D.Lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 e D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385)

Dispone infatti l'art. 2545 decies che le cooperative a mutualità non prevalente possano deliberare la trasformazione in società o in consorzio.

La riforma tende altresì a far esorbitare la nozione di trasformazione dall'ambito societario per renderne partecipi anche istituti diversi dalle società, quali le associazioni o le filiali di imprese estere e addirittura enti neppure dotati di un'organizzazione a base corporativa, quali le fondazioni (1).

Scendendo nell'analisi della nuova normativa appare utile suddividere il nuovo corpo normativo in quattro settori principali:

1. gli artt. 2498, 2499, 2500 e 2500 bis costituiscono le **norme generali**;
2. gli artt. 2500 ter, quater e quinquies ricalcano la vigente normativa sulle trasformazioni **di società di persone**;
3. l'art. 2500 sexies riprende la vigente normativa sulla **trasformazione di società di capitali**;
4. gli artt. 2500 septies, octies e novies disciplinano la fattispecie della **trasformazione eterogenea**.

L'analisi che segue sarà suddivisa in base alla normativa, per facilità di consultazione, e di comprensione.

#### Art. 2498

Il nuovo art. 2498 amplia il disposto del vigente art. 2498 prevedendo che con la trasformazione l'ente trasformato **conserva** i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche **processuali (2)** dell'ente che ha effettuato la trasformazione e recepisce dunque un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in materia.

Dal punto vista sostanziale, dunque, nulla di innovativo; il diritto vivente conosceva già il principio ora tradotto in norma di legge; dal punto di vista sistematico, tuttavia, la norma assume una valenza, a mio avviso, molto importante.

La norma si coniuga infatti al meglio con la scelta legislativa di riconoscere in capo alla maggioranza dei partecipanti all'ente la legittimazione ad attuare la trasformazione: non essendo la trasformazione una vicenda *estintivo costitutiva* bensì *conservativa-modificativa non è richiesta l'unanimità dei consensi (3)*.

Prevedendosi poi la legittimità di trasformazioni eterogenee, che, ora sono dunque trasformazioni in senso tecnico, la ribadita natura *conservativa-modificativa*, permette di superare una serie di dubbi applicativi che la fattispecie inevitabilmente ha creato agli operatori. Ci riferiamo, evidentemente, all'applicabilità, alla fattispecie in esame di quel complesso eterogeneo di norme che presuppongono un *trasferimento (4)*.

#### Art. 2499

Il contenuto dell'art. 2499 non è presente nel vigente ordinamento. E' una novità importante in quanto attiene alla possibilità di trasformare, in linea di principio, società sottoposte a **procedura concorsuale**; restano salve le ipotesi in cui non sussista compatibilità tra la trasformazione e le finalità o lo stato della procedura concorsuale.

Nella relazione di accompagnamento la norma è giustificata dalla necessità di potere prevedere trasformazioni (ad es.: da s.p.a. a s.r.l.) in pendenza di procedure concorsuali, per abbattere i costi.

Una trasformazione sembra peraltro compatibile con le finalità della procedura concorsuale solo ove questa abbia finalità non liquidative ma di rilancio dell'impresa (amministrazione

controllata, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, e secondo gli orientamenti più recenti, il concordato preventivo); nelle procedure concorsuali con finalità meramente liquidative non sembra ravvisarsi compatibilità.

Nulla è detto circa la trasformabilità degli enti in liquidazione; il limite, ancora contenuto nella disciplina della fusione, dato dall'*inizio della distribuzione dell'attivo* non è riprodotto; da ciò può dunque desumersi la liceità di una trasformazione di una società in liquidazione, per il suo rilancio; si pensi al caso in cui vi sia una società in nome collettivo in liquidazione, appetita da alcuni potenziali acquirenti, i quali, prima dell'acquisto delle quote, vogliano trasformare la società stessa in società con responsabilità limitata (5).

## Art. 2500

### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2500 rimane sostanzialmente invariato rispetto alla normativa vigente, prevedendo che la trasformazione in società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata debba risultare da atto pubblico, contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato.

Il rinvio alle norme che disciplinano il tipo da adottare è integrale.

Alla luce della disposizione contenuta nell'art. 223 bis comma 6, che disciplina la modalità di adozione, in via anticipata rispetto all'entrata in vigore della Riforma (1.01.2004), di un nuovo testo di *statuto* da parte di enti costituiti prima dell'entrata in vigore suddetta, ci si chiede se sia legittima la trasformazione di una società di persone in società di capitali con adozione di uno statuto *conforme all'attuale disciplina* e di un ulteriore *statuto conforme alle nuove disposizioni* dettate per le società di capitali; statuto che, dunque, entrerebbe in vigore solo dopo il suo deposito, in data successiva al giorno 1 gennaio 2004, ai sensi del predetto art. 223 bis comma 6.

Non si rinvengono ostacoli a tale possibilità; come una società di capitali può ora adottare il doppio statuto (sia in sede di costituzione che in sede di modifica dello statuto vigente), così una società di persone, trasformandosi può già optare per il doppio regime.

### COMMA II e III

Il secondo comma, che costituisce una novità rispetto alla normativa vigente, sembra apparentemente in contraddizione con quanto enunciato dall'art. 2498 relativo alla continuità dei rapporti giuridici; il nuovo disposto prevede infatti che l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la *cessazione dell'ente che effettua la trasformazione*. Ad un attento esame, peraltro, emerge evidente come non vi sia contraddizione in quanto questa norma va letta insieme a quelle successive relative alla trasformazione di enti per i quali esistono forme di pubblicità differenti le une dalle altre (Registro Imprese, Registro delle Persone Giuridiche, ecc.). Ne consegue dunque che tali forme pubblicitarie devono segnalare nel Registro dell'Ente ante trasformazione che l'Ente non è più iscritto al Registro stesso, e ciò non per estinzione, quanto per **trasformazione**; naturalmente sarà necessario un intervento normativo per disciplinare in concreto le modalità attuative di detta pubblicità.

Quanto sopra evidenziato assume maggior valore alla luce della disposizione contenuta nell'ultimo comma della norma in commento che espressamente sancisce l'efficacia della trasformazione **dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari**.

La natura costitutiva della iscrizione dell'atto (o delibera) di trasformazione, si coordina al meglio con l'introduzione della regola generale dettata in materia di modificazioni dello statuto

dall'art. 2436 penultimo comma, secondo il quale “*la deliberazione non produce effetto se dopo l'iscrizione (6) ”*”.

Ora non sarà più possibile procedere alla trasformazione di s.r.l. in s.p.a. e contestualmente deliberare l'emissione di obbligazioni; dovrà dunque attendersi l'avvenuta iscrizione della deliberazione e poi procedere, con le regole del tipo azionario, alla convocazione dell'assemblea; e questa si badi è una delle fattispecie che più frequentemente erano alla base della richiesta di trasformazione in società azionaria (7).

### Art. 2500 bis

Il primo comma dell'art. 2500 bis introduce un nuovo caso di pubblicità sanante (8), disponendo in particolare che, una volta eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, non può essere più pronunciata l'invalidità della trasformazione.

E' una previsione fondamentale per garantire la certezza nei confronti dei terzi della trasformazione.

In materia di trasformazione eterogenea, sarà la somma delle pubblicità eseguite a costituire l'effetto sanante; purtroppo nei casi in cui parteciperanno alla trasformazione anche associazioni e fondazioni, è facile prevedere che ancora una volta il Registro delle Imprese mostrerà i propri limiti risultando inadeguato ai fini pubblicitari.

Il nuovo secondo comma garantisce il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione che non può più essere resa invalida a seguito del completamento degli oneri pubblicitari previsti dall'art. 2500.

L'economia del presente lavoro non consente una trattazione specifica del punto, cui si dedica qualche accenno.

Preliminarmente è utile sottolineare che per la trasformazione, a differenza che per la fusione e per la scissione, i terzi in genere, ed i creditori in particolare, non hanno potere di opposizione (salvo che per la trasformazione eterogenea, cfr. art. 2500 novies).

Per comprendere appieno la portata della norma è necessario anticipare al contenuto dell'art. 2500 ter, che sancisce, come regola generale, la trasformabilità in società di capitali di società di persone con decisione adottata a maggioranza.

Ci si chiede chi possa essere **danneggiato** dalla trasformazione.

Il socio dissenziente, assente o addirittura non avvertito (9) della trasformazione? E quale terzo?

Quanto ai **soci**, la tutela per coloro che non hanno concorso alla decisione è data dal diritto di **recesso**. Resta spazio per altro? In linea teorica il socio di società di persone è svantaggiato nel passaggio alla forma società di capitale, degradando il diritto al dividendo (dovuto a prescindere alla decisione di distribuzione, delle società di persone) in diritto all'utile (dovuto se ed in quanto ne è deliberata la ripartizione, delle società di capitali); ma, come contraltare, vi è il beneficio della responsabilità limitata. L'onere probatorio non è agevole; sarà utilizzata in misura prevalente la prova per presunzioni, oltre alla consulenza tecnica di un esperto che valuti, con tutte le difficoltà del caso, la redditività dell'azienda sociale.

Quanto ai terzi, il passaggio alla forma società di capitali, legittima l'espropriabilità della quota di partecipazione (sia essa rappresentata da azioni o meno); nel caso di società in nome collettivo, invece, finchè dura la società, il creditore particolare del socio non può far liquidare la quota del socio, (cfr. art. 2305); quindi sembra che i terzi (nella fattispecie: creditori particolari del socio) **traggano** vantaggio dalla trasformazione.

L'angolo di visuale si rovescia se si ha riguardo ai creditori della società; nel passaggio alla forma capitalistica, infatti, oltre al venire meno della responsabilità illimitata per le nuove obbligazioni (10), viene meno anche la fallibilità (11) del socio per estensione ex art. 147 L. Fall. decorso un anno dall'iscrizione della trasformazione nel Registro delle Imprese; ciò può comportare un danno per il terzo, il quale è dunque legittimato a chiedere il risarcimento del danno.

### Art. 2500 ter

#### COMMA I

La previsione della legge delega di favorire il "passaggio" da società di persone a società di capitali trova piena attuazione nel primo comma della norma in esame.

La regola generale, in assenza dunque di diversa disposizione del contratto sociale, è la **trasformabilità a maggioranza** delle società di persone in società di capitali.

Si noti preliminarmente che la norma si applica solo a detto tipo di trasformazione, e quindi non si applica al caso *della trasformazione da società di persone ad altra società di persone*, la quale continuerà ad essere regolata dalla norma generale dell'art. 2252 c.c., che richiede l'unanimità dei consensi, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Il primo dubbio che scaturisce dall'esame della norma è quello relativo alla sua applicabilità anche alle società di persone **costituite prima** dell'entrata in vigore del testo novellato; dubbio che potrebbe porsi data la natura dirompente della norma in esame nell'assetto organizzativo delle società oggi esistenti.

L'impressione, derivante dalla lettera sia della legge delega, sia della norma in esame, (che non discrimina tra società esistenti e società di nuova costituzione, a differenza dell'art. 223 octies, dettato per la trasformazione eterogenea, che pone invece una distinzione tra associazioni costituite prima o dopo l'entrata in vigore della legge), è che essa **trovi piena applicazione** anche per le società già esistenti.

La "**diversa disposizione del contratto sociale**" può a mio avviso desumersi anche da una clausola, generica, che richieda l'unanimità dei consensi (o una regola maggioritaria diversa da quella legislativa) per le modifiche dell'atto costitutivo (12).

Non sembra invece idonea una clausola che rinvii genericamente alla legge per "**tutto quanto non previsto nell'atto costitutivo**"; e ciò in quanto il rinvio recettizio alla legge deve intendersi come rinvio alle norme che di volta in volta regolamentano la fattispecie (13); i soci possono anche ora scegliere la regola maggioritaria, derogando alla norma; se i soci non hanno posto la deroga, e nel contempo non hanno ribadito, espressamente, la regola generale, *probabilmente* hanno voluto rimettersi a ciò che il legislatore di volta in volta statuisce (14).

La maggioranza è determinata secondo la partecipazione di ciascuno dei soci agli utili; tale criterio peraltro è quello legislativamente previsto in materia di società di persone quanto si tratti di decisioni a maggioranza (15).

Chi detiene la maggioranza degli utili, potrà pertanto sempre decidere di trasformare la società di persone in società di capitali, con tutte le conseguenze che ne derivano, soprattutto in materia di amministrazione e di diritto al dividendo, come sopra detto.

Ci si chiede a tal proposito come si manifesti, sul piano pratico, tale decisione presa a maggioranza; in particolare ci si chiede se si debba convocare **un'assemblea**.

La giurisprudenza ha dovuto raramente occuparsi della fattispecie in esame (16), in quanto, come noto, nella maggior parte dei casi i patti sociali richiedono l'unanimità dei consensi per la loro modificazione, non derogando espressamente alla regola generale di cui all'art. 2252 c.c..

Attualmente la portata del principio collegiale nelle società di persone è oggetto di discussione dottrinale; alcuni interpreti ritengono infatti che sia richiesta la presenza simultanea in un'unità di contesto spazio-temporale (17); mentre altri (18) ritengono necessaria e sufficiente l'adozione a maggioranza anche all'insaputa della minoranza.

Con la nuova disciplina il problema dovrà essere maggiormente ponderato in quanto non mi sembra che ci sia spazio per un'interpretazione della norma limitata alle società di nuova costituzione.

A mio avviso è impensabile ritenere che possa essere adottata una trasformazione senza che tutti i soci siano preavvertiti; come può infatti il socio (che non ha partecipato alla decisione) esercitare il diritto di recesso e/o il diritto al risarcimento del danno? Dovrebbe forse consultare periodicamente il Registro delle Imprese? Ma allora il socio di società di persone è meno tutelato del socio di società di capitale, ove la regola maggioritaria si coniuga al meglio con il principio di collegialità.

Se si avvalorasse poi l'ipotesi di una decisione non collegiale, bisognerebbe introdurre anche un concetto di impugnativa di tale decisione, laddove sia un abuso della maggioranza o laddove sia contraria a buona fede.

Ma questo si scontra con l'effetto sanante dell'iscrizione dell'atto di trasformazione nel Registro delle Imprese.

Alla luce di quanto detto, e tenuto conto dell'effetto sanante sopra indicato, deve consigliarsi massima cautela e ritenere che occorra almeno una convocazione.

Le esigenze di semplificazione e di spinta verso l'adozione di un tipo società di capitali da parte di società di persone non possono, a mio avviso, finire per essere lo strumento di lesione dei diritti dei soci di minoranza, i quali, lo rammento, sono soci di società di persone.

L'introduzione di tale regola maggioritaria deve peraltro indurre gli operatori a rivedere i patti sociali che presentano spesso, per mere finalità fiscali, una ripartizione degli utili sbilanciata rispetto alla partecipazione al capitale sociale (19).

## **COMMA II**

Il secondo comma stabilisce che il patrimonio della società risultante dalla trasformazione, deve essere **valutato** sulla base dei valori **attuali** degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2343 o, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'articolo 2465.

Si applicano altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, il secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma dell'articolo 2343.

Tali parametri, che devono servire da linee guida per la redazione della perizia, non possono essere rappresentati da valori storico-contabili, bensì da valori **venali**, seppur prudenziali, sempre solo ai fini della perizia.

Le poste contabili saranno invece il punto di riferimento per l'individuazione del capitale, avendo anche le società di persone una forma minima di contabilità, che è quella dell'imprenditore. Il capitale avrà pertanto una forma di continuità con la situazione contabile precedente, mentre il **valore di riferimento massimo (20)** per la determinazione del capitale sarà il valore risultante dalla perizia.

Si continua in tal modo a ritenere la trasformazione come un'operazione neutra.

E' opportuno sottolineare che per le s.r.l. è venuto meno l'obbligo della *revisione della stima* da parte degli attuali amministratori; obbligo che invece è rimasto per le s.p.a (nuovo art. 2343 comma 3); ne consegue che sarà ora possibile procedere alla trasformazione da società di persone in

società a responsabilità limitata e, subito dopo avere iscritto l'atto al Registro delle Imprese (21), procedere all'alienazione delle quote della società; fattispecie che, come noto, è molto diffusa, rendendo appetibile l'ingresso in società da parte di nuovi soci che non vogliono accollarsi il rischio della responsabilità illimitata per le obbligazioni pregresse.

### Art. 2500 quater

#### COMMA I

Per quanto riguarda la ripartizione del capitale, si è riprodotta la disposizione dell'art. 2500 c.c. vigente.

Il primo comma dell'art. 2500 quater prevede infatti che, mentre per deliberare la trasformazione occorre la maggioranza dei soci determinata in base alla partecipazione agli utili, una volta eseguita, la ripartizione delle quote o azioni sarà proporzionale alla partecipazione **al capitale** che ciascun socio aveva ante trasformazione.

#### COMMA II

Il secondo comma disciplina ex novo l'assegnazione a favore del socio d'opera, che in ogni caso provoca la riduzione proporzionale delle partecipazioni degli altri soci, introducendo il principio della capitalizzazione della prestazione del socio d'opera, che già oggi la dottrina tradizionale dominante ritiene comunque possibile.

E' previsto infatti che il socio d'opera ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o di una quota determinata in misura corrispondente alla partecipazione proporzionale che l'atto costitutivo gli riconosceva precedentemente alla trasformazione o, in mancanza, d'accordo tra i soci ovvero, in difetto di accordo, determinata dal giudice secondo equità.

Se pertanto la prestazione **era già capitalizzata** prima della trasformazione, al socio d'opera spetta una quota corrispondente alla partecipazione precedente, non sussistendo margini di discrezionalità; se invece la prestazione non era capitalizzata prima della trasformazione, come oggi normalmente accade, saranno tutti i soci a determinare la quota di spettanza del socio d'opera, o, in mancanza, deciderà il giudice secondo equità.

La possibilità di una mancanza dell'accordo è da riconnettersi alla possibilità che la trasformazione sia adottata a maggioranza, come sopra detto; in tali fattispecie, il socio di maggioranza non può quantificare la partecipazione del socio d'opera, ed il ricorso all'Autorità Giudiziaria sarà dunque inevitabile.

E' d'uopo tuttavia domandarsi se la successiva determinazione del capitale da parte del giudice renda impossibile di fatto la costituzione della nuova società, mancando uno dei requisiti fondamentali per la sua esistenza e non essendo plausibile immaginare l'approvazione di uno statuto che potrebbe venire stravolto dalla decisione del giudice.

Si ritiene tuttavia di rispondere che, una volta emesso il provvedimento, si avrà una nuova deliberazione in cui si potranno approvare le eventuali modifiche apportate allo stesso. Si ha così una società a formazione progressiva, che ha alla base una delibera di trasformazione efficace ma sospensivamente condizionata alla successiva decisione del giudice.

#### COMMA III

Il nuovo terzo comma, coordinato con il secondo, stabilisce che, qualora vi sia un socio d'opera, le quote o azioni assegnate agli altri soci, si riducono proporzionalmente.

## Art. 2500 quinquies

### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2500 quinquies stabilisce che in caso di trasformazione sociale permane per i soci a responsabilità illimitata, la responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti pubblicitari richiesti dall'art. 2500 ultimo comma, salvo il consenso dei creditori alla trasformazione.

Si reputa che coordinando la norma in oggetto con quella richiamata, si debba prendere come termine di riferimento, **l'ultimo adempimento eseguito**.

### COMMA II

Il secondo comma, relativo alle modalità di espressione del consenso da parte dei creditori, modifica parzialmente il secondo comma dell'art. 2499 vigente introducendo la possibilità di utilizzare anche **altri mezzi oltre la raccomandata**, che garantiscano comunque la prova dell'avvenuto ricevimento ed eleva il termine per negare il consenso da trenta a **sessanta giorni** dal ricevimento.

E' infatti disposto che il consenso alla trasformazione si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno **espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione**.

La norma in esame, che riproduce, seppur con le varianti sopra indicate, la normativa vigente, non ha voluto spingersi al punto da scaricare sui creditori l'onere di consultare i Registro delle Imprese; la deliberazione, per quanto iscritta, non produce liberazione dei soci a responsabilità illimitata; è necessario che questi ultimi si attivino per ottenere, tramite il consenso, espresso o presunto, la liberazione predetta.

La norma quindi rafforza il ceto creditorio, ampliando il termine per negare il consenso.

## Art. 2500 sexies

### COMMA I

Il nuovo primo comma dell'art. 2500 sexies disciplina la trasformazione di società di capitali in società di persone; questa deve essere attuata con le maggioranze previste per le modifiche dello statuto. Resta salva anche in tale circostanza, la possibilità di **diversa disposizione dello statuto**. E' richiesto comunque **il consenso dei soci che potrebbero assumere una responsabilità illimitata a fronte di altri che non la assumerebbero**, come nel caso di trasformazione in società in accomandita; se la trasformazione porta ad una società in accomandita per azioni si ritiene applicabile per analogia il precetto che richiede il consenso unanime del socio accomandatario.

Tale norma pone dunque fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia, che vedeva schierate le opposte tesi della deliberazione all'unanimità, e della deliberazione a maggioranza con il consenso del socio che assume responsabilità illimitata, salvo il diritto di recesso ex art. 2437 c.c.

La regola generale per le modifiche dello statuto e/o dell'atto costitutivo è dunque ribadita: la modifica avviene a maggioranza, salvo diversa disposizione dello statuto.

Lo Statuto può dunque prevedere maggioranze più rafforzate per la trasformazione rispetto ad altre modifiche statutarie; può prevedere anche l'unanimità dei consensi?

Per le società a responsabilità limitata sarà possibile, in linea con i tratti tipologici della nuova normativa prevedere anche l'unanimità dei consensi per alcune deliberazioni, tra le quali, ad

es. la trasformazione in società di persone; per le s.p.a., invece non mi sembra che ci sia spazio per l'introduzione di una regola di tale portata.

Detto ciò, e tornando all'esame della normativa legale, ci si chiede: il consenso del socio che assume responsabilità illimitata deve comunque essere espresso in Assemblea?

La presenza del socio in questione in Assemblea, finirebbe per essere un ostacolo alla facilità deliberativa che la norma intende perseguire; la legge non chiede che il consenso venga espresso in Assemblea; si limita a chiedere detto consenso.

Pare dunque più vicino al sistema ritenere che la deliberazione in esame sia condizionata, di diritto, al consenso del socio, tenuto conto che il medesimo potrebbe anche esercitare il diritto di recesso, essendo, nell'ipotesi considerata, assente.

Per evitare il prolungarsi di uno stato di incertezza sarà opportuno peraltro limitare ad un congruo termine la condizione sospensiva cui è subordinata la deliberazione di trasformazione.

Quanto alla **forma** per esprimere il consenso, pare inevitabile il ricorso alla forma minima richiesta per potere accedere al Registro delle Imprese, e quindi atto autentificato o pubblico.

Se il socio, come avverrà nella maggior parte dei casi, è presente in assemblea, il suo consenso dovrà risultare dal verbale; in via prudenziale è forse opportuno costituire in atto anche detto socio, in modo tale che il suo consenso non sia riportato dal Presidente dell'Assemblea e come tale verbalizzato dal notaio, ma sia diretta espressione della sua volontà, e come tale ricevuto dal notaio.

## **COMMA II**

Il secondo comma prescrive un ulteriore elemento necessario per perfezionare la fattispecie in esame; è infatti richiesta la predisposizione di una **relazione** da parte degli amministratori contenente le motivazioni e gli effetti della trasformazione; relazione che deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per la deliberazione in oggetto; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia.

Il termine pare si possa ritenere derogabile in quanto posto a tutela dei soci pertanto modificabile e rinunciabile dagli stessi, come peraltro è stato espressamente previsto in materia di deposito nella sede sociale del progetto di fusione (art. 2501 ter ultimo comma, testo novellato)

Nella relazione ministeriale si evidenzia che data la particolarità di questa trasformazione, il socio deve essere in grado di ponderare al meglio la sua decisione con l'ausilio di strumenti che gli permettano di quantificare il valore della sua partecipazione ai fini di un eventuale recesso (22); dette ragioni non rendono peraltro il diritto all'informazione in oggetto un diritto indisponibile.

E' importante tenere presente la norma, in quanto spesso accade che disposizioni di carattere fiscale favoriscono il passaggio *da società di capitale a società di persone*; in tali ipotesi la prassi è quella di procedere con assemblee non convocate e costituite in forma totalitaria; non esistendo una convocazione, non si procederà, nella maggior parte dei casi, alla redazione della relazione in esame, potrà altresì accadere che pur predisposta, la relazione, non sia stata depositata nella sede sociale nei trenta giorni precedenti l'assemblea; è quindi opportuno, onde evitare eventuali vizi nel procedimento di modifica dell'atto costitutivo, inserire, tra gli argomenti oggetto di discussione di deliberazione, la deroga ai termini e/o anche alla predisposizione della relazione in esame, non essendo, come sopra detto, coinvolti interessi di soggetti diversi.

## **COMMA III e IV**

Il terzo e quarto comma ripetono principi già oggi noti, quali l'assegnazione a ciascun socio di partecipazioni proporzionali al valore delle loro quote o azioni, e la responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione.

Il terzo comma prevede infatti che ciascun socio ha diritto all'assegnazione di una partecipazione proporzionale al valore della sua quota o delle sue azioni.

Il quarto comma prevede infine che i soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata, rispondono illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione.

E' opportuno sottolineare che gli artt, 2500 ter, quater, quinquies e sexies valgono per le trasformazioni da società di persone in società di capitali, mentre per le trasformazioni da società di capitali in società di capitali e da società di persone in società di persone valgono le regole generali.

### Art. 2500 septies

#### COMMA I

Il primo comma introduce un principio di particolare rilevanza, per cui **le s.r.l., s.p.a. e s.a.p.a.** e non invece le società di persone o le cooperative, possono trasformarsi in consorzi, società consortili, cooperative, comunioni d'azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni.

E' l'aspetto sicuramente più innovativo dell'intera disciplina: la trasformazione eterogenea. Tale forma di trasformazione resta comunque subordinata alla circostanza che si trasformi o risulti dalla trasformazione una *società di capitali*.

#### COMMA II

Il secondo comma prevede che per attuare la trasformazione eterogenea da società di capitali si applica l'art. 2500 sexies sulla trasformazione di società di capitali, in quanto compatibile.; *a fortiori* in queste fattispecie è dunque necessaria la relazione degli amministratori.

#### COMMA III

Il terzo comma introduce la previsione di maggioranze qualificate per le deliberazioni di trasformazione eterogenea. Stabilisce che la deliberazione deve essere assunta con il voto favorevole **dei due terzi** degli aventi diritto, e comunque con il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Si solleva in tal modo qualche perplessità sulla terminologia relativa ai legittimati al voto, che probabilmente andranno computati in base alla partecipazione al capitale, e non in base alle persone; dubbi infatti sorgono per il creditore pignoratizio, per l'usufruttuario, il sequestratario.

Altri dubbi sorgono sull'individuazione di quei soci che assumeranno responsabilità illimitata come ad esempio in una fondazione.

#### COMMA IV

Il nuovo quarto comma prevede che la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli stessi effetti che il Capo II del Titolo II del Libro Primo ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore.

Da questo assunto si può agevolmente dedurre che la fondazione in attesa di riconoscimento, sarà revocabile ai sensi e con il rispetto dei limiti disposti dall'art. 15 del C.C.

Sarà possibile operare la trasformazione per potere adeguare la struttura organizzativa a quello che è lo scopo effettivamente perseguito dagli associati; come tutte le novità, peraltro, sarà la disciplina fiscale a segnare le sorti dell'istituto, e ciò non tanto a livello di imposte indirette (la trasformazione è neutra per definizione) quanto a livello di imposte dirette, ove il regime di tassazione dei redditi prodotti dai vari tipi di enti varia sensibilmente.

La normativa introdotta lascia molto spazio alla fantasia degli operatori in quanto permette, di fatto, di liquidare enti (o comunque di sospendere l'attività gestionale), trasformandoli in comunioni di aziende, senza passare per un procedimento di liquidazione formale.

L'espressione comunione d'azienda sembra limitare la trasformazione all'esistenza di una pluralità di aventi diritto sull'azienda stessa, con divieto, dunque, di procedere alla "trasformazione" di una azienda individuale in società e viceversa.

La ratio della norma, sotto quest'ottica, è quella di limitare la trasformazione ai casi in cui l'azienda non sia legata ad un'impresa, ma sia gestita da un terzo (o da uno dei compartecipi) a titolo di *affitto o di usufrutto*; se l'azienda è di proprietà (*rectius* titolarità) individuale più difficilmente ricorre l'ipotesi di azienda non gestita dal titolare.

### **Art. 2500 octies**

#### **COMMA I**

Il nuovo primo comma dell'art. 2500 octies riconosce la possibilità alle società consortili, ai consorzi, alle comunioni d'azienda, alle associazioni riconosciute e alle fondazioni, di trasformarsi in s.r.l., s.p.a. e s.a.p.a.

Non dimentichiamo poi l'art. 2545 decies, sopra citato, che permette la trasformazione delle cooperative a mutualità non prevalente in società lucrative o in consorzio.

Il mancato riferimento alle associazioni non riconosciute implica probabilmente una volontà di valorizzare il ruolo dell'autorità governativa, visto anche il favor per il riconoscimento delle associazioni introdotto col D.P.R. 361/00.

Ci si chiede al riguardo perché anche in questo caso, seguendo il tenore letterale della norma, le società di persone siano state escluse; la risposta non è agevole, tanto più ove si consideri che la fattispecie non direttamente prevista può essere realizzata mediante la successiva trasformazione della società di capitali (*risultante dalla trasformazione*) in società di persone.

Quali sono gli ambiti applicativi di questa disciplina?

In che cosa si differenzia la trasformazione di una comunione d'azienda in società di capitali, da una costituzione di società effettuata mediante conferimento di azienda?

Le fattispecie ricevono il medesimo trattamento tributario (imposta fissa di registro). Dal punto di vista sostanziale deve peraltro sottolinearsi che un conto è conferire, un conto è trasformare, seppur in un ente da costituire.

Il regime delle garanzie, delle formalità, delle menzioni urbanistiche, ecc. (tipiche dell'alienazione-conferimento) non potrà essere trasfuso nella fattispecie particolare "trasformazione di comunione di azienda".

Nei confronti dei terzi tutti i rapporti attivi e passivi vengono "trasferiti", o meglio *continuano* in capo alla società.

Ci si chiede poi: è possibile la trasformazione di un ramo di azienda in società e viceversa, sulla falsariga di una scissione parziale?

#### **COMMA II**

Il secondo comma introduce modalità di assunzione della deliberazione differenti a seconda del tipo di società od ente che deve agire. E' previsto così che la deliberazione di trasformazione deve essere assunta, nei consorzi, con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei consorziati; nelle comunioni di aziende all'unanimità (23); nelle società consortili e nelle associazioni con la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato.

### **COMMA III**

Il nuovo terzo comma predispone il limite secondo il quale la trasformazione di associazioni **in società di capitali può essere esclusa dall'atto costitutivo** o, per determinate categorie di associazioni, dalla legge; non è comunque ammessa per le associazioni che abbiano ricevuto **contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico**. Il capitale sociale della società risultante dalla trasformazione è diviso in parti uguali fra gli associati, salvo diverso accordo tra gli stessi.

Si prevede tuttavia che risulterà di difficile l'individuazione di tale tipo di associazione, stante l'impossibilità di verificare con certezza l'avvenuto ricevimento di tali contributi.

In sede di stipulazione non sarà inopportuno allegare all'atto di trasformazione una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà che attesti la mancata percezione di alcun tipo di contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico.

La ratio dei divieti è evidente:

- la raccolta dei fondi per la gestione di imprese non può essere realizzata subdolamente mediante raccolta tra il pubblico di fondi destinati a scopi umanitari; e ciò sia a tutela dell'affidamento di chi ha fatto le contribuzioni, sia a tutela della concorrenza;
- se lo Statuto dell'Ente escluda la trasformazione si tutela l'associato contro la maggioranza; quindi la trasformazione potrà essere adottata solo *all'unanimità* (24); parimenti all'unanimità potrà essere rimosso il divieto statutario.

### **COMMA IV**

L'ultimo comma stabilisce che la trasformazione di fondazione in società di capitali è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente e che le azioni o quote sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'articolo 31 c.c.

Bisogna domandarsi sulla base di quale principi l'autorità governativa opererà.

#### **Art. 2500 novies.**

### **COMMA I**

Il primo comma dell'art. 2500 novies per consentire la tutela dei terzi nella trasformazione eterogenea ha introdotto un *termine iniziale* di efficacia che decorre dal sessantesimo giorno dall'ultimo degli adempimenti; è previsto infatti che in deroga a quanto disposto dal terzo comma dell'articolo 2500, la trasformazione eterogenea ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso.

### **COMMA II**

Il nuovo secondo comma ha lasciato la possibilità ai creditori di presentare **opposizione**, in conformità a quanto disposto in tema di fusione. E disposto quindi che i creditori possono, nel termine di sessanta giorni previsto dal comma precedente, fare opposizione. Si applica in tal caso l'ultimo comma dell'articolo 2445.

La novella legislativa non ha sciolto il dubbio circa la *natura giudiziale o stragiudiziale* dell'opposizione; conseguentemente il dibattito attuale in materia può essere del tutto trasposto nell'ambito della novella stessa.

Da ultimo si sottolinea che ai sensi dell'art. 223 septies Disp. Att. e transitorie c.c., la trasformazione di associazione e di fondazioni costituite prima dell'entrata in vigore della presente normativa è consentita solo quando la trasformazione non comporti distrazione, dalle originarie finalità, di fondi o di valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione; in tale ultima ipotesi è ammessa se siano previamente versate le relative imposte. Non è comunque ammessa per le fondazioni bancarie.

Ci si chiede, per concludere, quale sia l'interpretazione corretta di queste nuove norme in materia di trasformazione di enti no-profit in enti profit.

Si può dedurre che, laddove la previsione è posta a tutela dei terzi, la legge predispone una tutela maggiore. In questo senso la riforma dà rilievo agli interessi esterni che possono bloccare le operazioni: ad es. è importante il ruolo dell'autorità governativa, l'opposizione dei creditori, l'aver ricevuto o meno contributi o oblazioni del pubblico.

La disciplina della trasformazione eterogenea ha dei limiti normativi tali da valorizzare la differenza dello scopo; gli enti, tra di loro diversi per struttura sono diversi anche per finalità che possono perseguire.

Il passaggio da un'organizzazione all'altra è una forma di dinamismo tra enti che l'ordinamento vuole assecondare, ma sempre nel rispetto degli interessi esterni, e nel rispetto della causa che ciascun ente deve (o può) perseguire.

## DELLA FUSIONE DELLE SOCIETÀ

### OSSERVAZIONI GENERALI

L'indicazione contenuta nella legge delega relativamente alle fusioni di “**semplificare e precisare il procedimento**”, doveva coniugarsi con l'esigenza di rispettare i vincoli di derivazione comunitaria (e, in particolare quelli imposti dalla direttiva 78/855/CEE del 9 ottobre 1978, cui è stata data attuazione in Italia in forza del D. Lgs 16 gennaio 1991, n. 22).

Si è così operato su due piani distinti:

- fusioni cui partecipano società *azionarie* alle quali **si applicano** le previsioni della sopramenzionata direttiva comunitaria;
- fusioni cui, invece, partecipano società *non azionarie* alle quali **non trovano** applicazione le previsioni della sopramenzionata direttiva comunitaria.

Le fusioni societarie a seguito della riforma potranno perfezionarsi in tempi più brevi e con meno formalità.

Viene meno infatti del tutto l'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del progetto, della deliberazione e dell'atto di fusione.

La partecipazione alla fusione viene estesa anche alle società sottoposte a procedure concorsuali e **l'opposizione** dei creditori può essere bloccata attraverso l'asseverazione di un'unica società di revisione che attesti, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori.

Viene introdotta infine la possibilità di **modificare** il progetto di fusione con la delibera di fusione, ma solo in relazione a situazioni che non incidano sul diritto dei soci e dei terzi.

Viene disciplinato un nuovo caso di **fusione semplificata** (incorporazione di società posseduta almeno al 90%); viene stabilito che nei casi di fusione semplificata **la decisione** in ordine alla fusione può essere adottata dall'Organo Amministrativo (se l'atto costitutivo lo consente); viene sancito che la decisione, per le **società di persone, è attuata a maggioranza, calcolata sulla base della partecipazione agli utili**, anche, a differenza della trasformazione, se la società incorporata è un'altra società di persone (25); **vengono ridotti i termini se le società non sono azionarie** e comunque vengono espressamente dichiarati **derogabili** con il consenso di tutti i soci i **termini** prescritti nel loro interesse.

### Art. 2501

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2501 non ha subito particolari variazioni rispetto a quello vigente che già prevede la possibilità di eseguire la fusione mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.

#### COMMA II

Il secondo comma ha parzialmente innovato quanto disposto dalla normativa vigente in quanto non contiene più la previsione secondo cui non è consentita la partecipazione alla fusione alle società sottoposte a **procedure concorsuali**, conservando solo il riferimento a quelle in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo. Per fare ciò è stato utilizzato il margine di discrezionalità consentito agli stati membri dall'art. 1, comma III, della direttiva europea n. 78/855/Cee.

L'interpretazione è da porsi in linea con il divieto di procedere a fusione laddove la società in liquidazione abbia iniziato la distribuzione dell'attivo; la procedura concorsuale, di per sé non è di ostacolo alla fusione, ma lo diventa se si è alla fase della distribuzione dell'attivo.

Si vuole dare una chance in più agli organi fallimentari per rilanciare l'impresa tramite incorporazione in gruppi "sani"; del resto, come sopra detto, anche il concordato preventivo, tradizionalmente visto come procedura essenzialmente liquidativa, viene ora considerato, da più, procedura con finalità di rilancio dell'impresa.

### Art. 2501 bis

#### COMMA I

La nuova normativa affronta specificatamente, pur solo nell'ottica della fusione, il trattamento delle operazioni di **leveraged buy out**.

Il nuovo articolo 2501 disciplina infatti l'intera operazione sotto il titolo di **fusione a seguito dell'indebitamento**. La fattispecie presa in considerazione al primo comma è la 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 viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti. Qualora ricorra questa ipotesi e il patrimonio di quest'ultima sia garanzia generica dei debiti, si dovrà seguire la procedura descritta dai commi successivi. Se non si seguono tali previsioni, gli amministratori ne saranno responsabili.

Nessuna violazione della disciplina delle operazioni sulle azioni proprie potrà essere posta a ostacolo delle iniziative di ristrutturazione societaria. Ciò però a patto che vengano rispettate alcune regole di certificazione ed attestazione relative soprattutto alla *ragionevolezza* dell'operazione e alla *consistenza della capacità reddituale* della società obiettivo.

Un primo problema è quello che l'indebitamento conseguito per perfezionare la fusione non può **essere troppo elevato** rispetto alle risorse finanziarie future che dovrebbero servire per l'adempimento delle obbligazioni.

L'acquisizione con indebitamento è un concetto abbastanza elastico; vi sono alcune ipotesi più chiare come il leverage buy out, inteso come la tecnica di acquisizione della partecipazione totalitaria o di controllo di una società di capitali, mediante ricorso a capitale di prestito, caratterizzata dal fatto che il debito contratto per l'acquisizione viene pagato con i risultati economico finanziari della società acquisita.

Si costituisce così una società, la c.d. "New-co", che è di fatto una scatola vuota con il capitale minimo; viene concesso da una banca un finanziamento alla New-co garantito da una fideiussione personale da parte della società madre o delle persone fisiche imprenditori coinvolti nell'operazione, che dura il tempo strettamente tecnico per fare il closing delle azioni o delle quote della target per poi trasferire, *tramite la fusione*, la garanzia sui beni della target, che è quella che possiede il cash flow, e comunque i mezzi per far fronte alle obbligazioni assunte.

Lo scopo ultimo è quello di trasferire sul patrimonio della società acquisita il costo dell'acquisizione.

In tale ipotesi il procedimento vede un'inversione tra l'acquisto e la concessione della garanzia; quando si costituisce l'ipoteca, infatti, la società target è già "sparita" e con essa le sue azioni.

Il leverage buy out è attualmente visto con favore perchè è un meccanismo per garantire l'avvicendamento del management di controllo; pertanto è importante in un'ottica di competitività e contendibilità tra le società, rendere legittimo questo meccanismo. I punti nevralgici dell'operazione sono disciplinati dalla riforma con una struttura rigida, mentre si dà per scontata la legittimità della fattispecie che ha più volte visto interpretazioni contrastanti in dottrina.

La tecnica della acquisizione in questione ha infatti sollevato fino ad oggi non pochi dubbi di legittimità, soprattutto con riferimento alla compatibilità con l'art. 2358, primo comma, vigente, in base al quale la società non può accordare prestiti né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie. La ratio della norma è quella di evitare che gli amministratori o gli azionisti di controllo della società provochino, con lo stesso denaro della società, mutamenti dell'assetto proprietario con lo scopo di crescere le proprie posizioni dominanti. Le ipotesi censurate dall'art. 2358 presentano inoltre rischi dal punto di vista patrimoniale, dal momento che il finanziamento diretto o concesso potrebbe non essere recuperato.

Ciò comporta che debba usarsi molta cautela nella valutazione del patrimonio della società da acquisire (cd. Target), in quanto il rischio è di perdere il *beneficio della responsabilità limitata* se la fusione non viene attuata. La target non può infatti fornire garanzie per coprire la New-co (essendo il rapporto debitorio da garantire finalizzato all'acquisto delle azioni o quote della Target stessa), o per coprire i garanti della New-co stessa.

Circa la liceità della fattispecie nessun dubbio; la norma non può prendersi cura di disciplinare la stessa se essa fosse illecita; in sostanza il legislatore sembra aderire a quell'orientamento che sottolinea che i divieti posti dall'art. 2358 c.c. (*divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni*) sono riferiti soltanto alle garanzie in senso tecnico concesse dalla società, non invocabili in tutte quelle operazioni nelle quali il patrimonio della società viene utilizzato per garantire un finanziamento per l'acquisto delle azioni della stessa. Nel caso di specie, infatti, in tutta l'operazione non ricorre mai l'ipotesi di una prestazione di garanzia da parte della società bersaglio per l'acquisto delle proprie azioni o un prestito della stessa alla New-co per lo stesso scopo.

Il patrimonio della società bersaglio viene coinvolto solo a seguito della fusione, dopo la quale essa non esiste più.

Si dispone così che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquistare il controllo dell'altra, non comporta una violazione né del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie né del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie (ex art. 2357 c.c.).

Ne consegue che nel caso in cui l'operazione di fusione sia caratterizzata dalla presenza di un rapporto di controllo tra le società, ottenuto attraverso un indebitamento che preveda l'intervento della società controllata a garanzia del debito stesso, occorrerà una più articolata procedura e una maggiore informazione.

La procedura contenuta in questo articolo si applicherà solo nel momento in cui la società madre deciderà di incorporare la target, nell'esempio sopra indicato.

Ci si chiede quale sia il ruolo del **notaio** nell'individuazione dei casi rientranti nella disciplina dell'articolo in esame; al notaio sarà richiesto di verificare con l'ordinaria diligenza l'esistenza dei presupposti che sono alla base di questa complessa operazione, e in via cautelativa, in sede di redazione dell'atto di fusione, fare rendere agli amministratori delle società interessate apposita dichiarazione in tal senso.

Quali sono gli strumenti che il notaio dovrebbe utilizzare per verificare di che tipo di fusione (*se con indebitamento o ordinaria*) si sta occupando?

La costituzione in epoca recente dell'incorporante (cd. New-co), la sotto-capitalizzazione della stessa, il recente acquisto delle partecipazioni dell'incorporanda, il credito concesso alla incorporante garantito dai soci o da terzi sono tutti indizi che devono invitare il notaio ad un approfondimento.

## **COMMA II, III, IV, V e VI**

Il comma secondo, terzo, quarto, quinto e sesto contengono la disciplina da seguire qualora si rientri nella nuova fattispecie prevista dal primo comma, disciplina che consiste nella predisposizione del progetto di fusione, della relazione dell'organo amministrativo, degli esperti e della società di revisione. Tali previsioni si applicano integralmente alla fusione in oggetto, anche se la società è partecipata in misura superiore al 90%; in tale fattispecie, tuttavia non sembra di alcun rilievo l'indicazione del rapporto di cambio, per cui, ad una più attenta lettura si desume che:

- a) nel caso di società **totalmente partecipata** non si deve comunque fare alcun riferimento al rapporto di cambio, *ma non* sarà possibile procedere con la deliberazione dell'Organo Amministrativo;
- b) nel caso di società **partecipata per il 90%** è invece necessario predisporre la relazione degli esperti per la congruità del rapporto di cambio, non è possibile sostituire tale relazione con la previsione di acquisto a valori calcolati alla stregua del recesso, *e non è comunque possibile* deliberare la fusione da parte dell'Organo Amministrativo.

La nuova disciplina, pur legittimando l'operazione impone, alcuni obblighi di certificazione a carico di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento finalizzati sostanzialmente ad accertare la **ragionevolezza dei comportamenti assunti**. Ecco dunque che il progetto di fusione deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

Allo stesso modo **la relazione degli amministratori** deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere.

La relazione degli esperti invece deve attestare la **ragionevolezza** delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del II comma.

Infine al progetto deve essere allegata relazione della società di revisione incaricata della revisione contabile obbligatoria della società obiettivo o della società acquirente (26).

### Art. 2501 ter

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2501 ter descrive gli elementi essenziali del progetto predisposto dagli amministratori, che non presenta differenze sostanziali rispetto a quello vigente dall'art. 2501 bis vigente.

#### COMMA II

Il secondo comma disciplina il rapporto di cambio delle azioni o quote e l'eventuale conguaglio in denaro prevedendo che il conguaglio in danaro indicato nel numero 3) del comma precedente non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate. Non si tratta di una novità rispetto alla normativa vigente.

#### COMMA III

Venuta meno la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, come baluardo della pubblicità, e quindi degli effetti, delle operazioni straordinarie rimane il deposito degli atti presso il Registro delle Imprese. Il terzo comma, riprendendo quanto già disposto dal comma III dell'art. 2501 bis vigente, prevede che il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione.

#### COMMA IV

Il risparmio temporale per portare a compimento l'operazione appare notevole. In ordine al progetto di fusione, infatti il nuovo quarto comma dispone che tra l'iscrizione del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, **salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime**.

Questa norma è di nuova introduzione ma recepisce un orientamento già abbastanza diffuso tra i Conservatori dei Registri delle Imprese: essendo il termine in esame disposto a favore dei soci, questi possono derogarvi all'unanimità; alla luce della disciplina novellata, sembra indiscutibile che *anche oggi* (prima dell'entrata in vigore della novella, dunque) con decisione all'unanimità, i soci possano rinunciare al termine di deposito.

### Art. 2501 quater

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2501 quater ribadisce l'attuale disciplina relativa alla redazione della situazione patrimoniale da parte dell'organo amministrativo, che deve essere riferita ad una data non anteriore di oltre 120 giorni (27) dal giorno in cui il progetto è depositato nella sede sociale.

La norma tuttavia precisa che la situazione patrimoniale per la fusione deve essere redatta con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, e quindi deve essere accompagnata dal conto

economico e dalla nota integrativa; si aderisce quindi all'orientamento giurisprudenziale maggioritario sul punto; anche per questa fattispecie, peraltro, l'indicazione del legislatore della Riforma deve guidare l'interprete della normativa attuale; così anche per le fusioni da perfezionare prima del 2004 la situazione patrimoniale dovrà essere redatta con la forma del bilancio di esercizio.

Il legislatore non si è occupato della questione circa la necessità di un aggiornamento della situazione patrimoniale nell'ipotesi di sopravvenienze che alterino in maniera sostanziale la consistenza patrimoniale della società, per cui il richiamo dell'interprete è all'odierna giurisprudenza formatasi sul punto.

## **COMMA II**

Il secondo comma riprende la previsione del secondo comma dell'art. 2501 ter vigente prevedendo che la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre 180 giorni prima del giorno del deposito indicato nel primo comma.

### **Art. 2501 quinquies**

## **COMMA I**

Nessuna novità rispetto alla normativa attuale, se non un adeguamento della locuzione "Amministratori" a "Organo Amministrativo", quasi a volere sottolineare la provenienza della relazione dall'organo e non dai singoli amministratori; cosa di cui peraltro nessun oggi dubita.

## **COMMA II e III**

Il terzo e quarto comma disciplinano gli elementi qualificanti la relazione dell'organo amministrativo, già previsti dalla normativa vigente.

### **Art. 2501 sexies**

## **COMMA I e II**

Il primo e secondo comma dell'art. 2501 sexies disciplinano la redazione della relazione degli esperti, riprendendo la previsione della normativa vigente dettata dal primo e secondo comma dell'art. 2501 quinquies. E' disposto che uno o più esperti per ciascuna società devono redigere una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi:

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

La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio e sull'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato.

## **COMMA III**

Il terzo comma innova la disciplina vigente indicando i criteri in base ai quali scegliere gli esperti, operando una **distinzione** fra s.r.l. e società azionarie (*laddove siano azionarie o l'incorporante o la nuova società risultante dalla fusione*) prevedendo per quest'ultime la scelta effettuata da parte del Tribunale del luogo in cui ha sede la società.

E' disposto quindi che l'esperto o gli esperti sono scelti tra i soggetti iscritti nell'albo dei revisori contabili o tra le società di revisione iscritte nell'apposito albo e, se la società incorporante

o la società risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni, sono designati dal Tribunale del luogo in cui ha sede la società. Se la società è quotata su mercati regolamentati, l'esperto è scelto fra le società di revisione.

Per le società quotate nei mercati regolamentati, la scelta dell'esperto è effettuata tra le società di revisione, ribadendo in tal modo il favor del legislatore della riforma nei confronti di tali enti.

Ai medesimi soggetti è affidata, nel caso di fusione tra società di capitali e società di persone, la redazione della relazione di stima del patrimonio della società di persone **ex art. 2343**.

Ci si chiede se sia necessaria tale relazione nell'ipotesi di fusione tra più società di capitali. Si pensa che non sia necessaria quando il capitale della società risultante dalla trasformazione sia uguale alla somma dei capitali delle società fuse; lo stesso si può affermare qualora il capitale finale sia uguale alla somma dei capitali iniziali oltre alle riserve. Perplesità suscita invece la possibilità di rinunciare alla relazione in tutte le altre ipotesi.

#### **COMMA IV,**

Il quarto comma innova parzialmente quanto previsto dal vigente comma II dell'art. 2501 quinquies in quanto prevede la richiesta **obbligatoriamente congiuntiva**, delle società partecipanti alla fusione al Tribunale del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione o quella incorporante, della nomina di uno o più esperti comuni.

#### **COMMA V e VI**

Il comma cinque e sei non subiscono modifiche rispetto alla normativa vigente, disponendo che ciascun esperto ha diritto di ottenere dalle società partecipanti alla fusione tutte le informazioni e i documenti utili e di procedere ad ogni necessaria verifica.

L'esperto risponde dei danni causati alle società partecipanti alle fusioni, ai loro soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile.

#### **COMMA VII**

Il settimo comma costituisce una qualificazione dei poteri conferiti agli esperti. E' una innovazione rispetto alla disciplina vigente. Prevede che ai soggetti di cui ai precedenti terzo e quarto comma è altresì affidata, in ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali, la relazione di stima del patrimonio della **società di persone a norma dell'articolo 2343**; ciò comporta naturalmente un risparmio di tempo e di spesa.

#### **Art. 2501 septies**

Quest'articolo non presenta differenze sostanziali rispetto a quello vigente in materia di deposito di atti, **salvo prevedere che i soci possano rinunciare con il consenso unanime al termine di trenta giorni che precedono la decisione della fusione**, durante i quali detti atti devono restare depositati presso la sede sociale.

L'art. 2501 septies prevede infatti che devono restare depositati in copia nella sede delle società partecipanti alla fusione, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione, **salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime**, e finché la fusione sia decisa:

1) il progetto di fusione con le relazioni indicate negli articoli 2501-*quinquies* e 2501-*sexies*;

- 2) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e il controllo contabile;
- 3) le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione redatte a norma dell'articolo 2501-*quater*;

I soci hanno diritto di prendere visione di questi documenti e di ottenerne gratuitamente copia.

## Art. 2502

### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2502 qualifica meglio la normativa vigente in quanto prevede che, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, l'approvazione della fusione avviene, per le società di persone con il consenso della maggioranza determinata secondo la partecipazione agli utili, mentre per le società di capitali secondo le norme per la modifica dello statuto.

E' espressamente previsto per il socio di società di persone che non abbia consentito alla fusione il diritto di recesso; analogo diritto non è previsto qui per i soci di società di capitali.

Per le società a responsabilità limitata il diritto di recesso compete ex art. 2473 c.c. ; per le società azionarie nulla è detto; resta il dubbio che detta ipotesi possa essere compresa in quelle ad introduzione facoltativa che possono essere inserite statutariamente ex art. 2437 quarto comma, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

### COMMA II

La riforma ha utilizzato gli strettissimi ambiti di manovra concessi dalla normativa europea per introdurre la seppur limitata possibilità di apportare modifica al progetto di fusione attraverso la relativa deliberazione. Il limite consiste nel fatto che le modifiche al progetto non possono incidere sui diritti dei soci e dei creditori.

Si è cercato di trovare un miglior temperamento tra l'esigenza di celerità del procedimento di fusione e quella di tutela dei creditori sociali.

Si è così disposto al secondo comma che la decisione di fusione può apportare al progetto solo le modifiche che **non incidono sui diritti dei soci** o dei terzi; più semplicemente significa che sono possibili solo le modifiche che non incidono sull'assetto organizzativo.

Peraltro le modifiche che incidono sui diritti dei soci e non dei terzi possono essere adottate, ove ricorra l'unanimità dei consensi.

Essendo stato peraltro sancito che il termine per il deposito nel Registro delle Imprese è derogabile con il consenso unanime dei soci (cfr. art. 2501 ter), potrebbe desumersi che il progetto di fusione abbia valenza solo nei confronti dei soci e non dei terzi.

Tale conclusione sembra azzardata: il terzo conosce della fusione per effetto dell'iscrizione al Registro delle Imprese del progetto; se manca detta iscrizione, come può il terzo decidere se fare opposizione? Inoltre, si dice, il terzo può avere deciso di fare credito alla società proprio perché ha "analizzato" un determinato progetto di fusione. Se non si deposita per l'iscrizione il progetto come si tutela il terzo? (28)

Si potrebbe rispondere: se non c'è il deposito preventivo, il progetto sarà iscritto unitamente alla deliberazione di fusione (cioè alla deliberazione di approvazione del relativo progetto). Il discrimine tra creditori il cui credito è sorto prima dell'iscrizione del progetto (che possono fare opposizione) e quelli il cui credito è sorto dopo (che non possono fare opposizione) qui si annulla; tutti i creditori delle società possono fare opposizione.

Ma se il progetto è iscritto al Registro delle Imprese la modifica può essere adottata (*a questo punto poco interessa se all'unanimità o a maggioranza*) solo ove questa non incida sui diritti dei terzi.

### Art. 2502 bis

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2502 bis disciplina le modalità di deposito e iscrizione della decisione di fusione, alla quale si applica con la riforma anche l'art. 2436 relativo alla competenza dei notai a ricevere un verbale. Si prevede così che la deliberazione di fusione delle società previste nei capi V, VI e VII deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies. Si applica l'articolo 2436.

#### COMMA II

Il secondo comma innova quanto previsto dalla normativa vigente perché oltre a richiamare l'art. 2436, prevede che la disciplina sulla fusione delle società si applica anche alle **società semplici**. Infatti è disposto che la decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV deve essere depositata per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501 septies; il deposito va effettuato a norma dell'articolo 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII.

Si supera dunque l'ostacolo, finora ravvisato nella mancanza di una specifica disciplina pubblicitaria, per la fusione di società semplice.

### Art. 2503 .

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2503 relativo **all'opposizione** dei creditori, prevede, in particolare, che l'operazione di fusione si attui solo dopo che siano decorsi **sessanta giorni** dall'ultima delle iscrizioni di cui all'art. 2502 bis, salvo che:

- ◆ consti il consenso dei creditori delle società partecipanti;
- ◆ o il pagamento dei creditori che non hanno prestato il loro consenso
- ◆ il deposito delle somme corrispondenti presso una banca (29),
- ◆ oppure, e questo costituisce **una importante innovazione**, salvo che la relazione degli esperti sia redatta per tutte le società partecipanti da **un'unica società di revisione**, la quale asseveri sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle partecipanti **non necessiti di ulteriori garanzie**.

Non è stato detto, ed a mio avviso il dato potrebbe essere significativo, che il deposito può essere sostituito da una *fideiussione bancaria*; tale prassi, ritenuta peraltro illegittima da alcuni Tribunali, non ha dunque trovato riscontro normativo, e quindi non sembrerebbe utilizzabile. Dico sembrerebbe in quanto difficilmente può concepirsi un sistema che preveda in luogo del versamento del capitale sociale la dazione di una fideiussione e non tolleri (seppur in via di interpretazione estensiva – o analogica- del termine *deposito*) prevedere che in luogo di un deposito bancario possa prestarsi una fideiussione bancaria.

Si manifesta ancora una volta il favor del legislatore nei confronti delle società di revisione, che può essere invece penalizzante per le società, visti i notevoli costi da sostenere per tali relazioni.

Anche l'esercizio del diritto dei creditori di opporsi alla fusione non decorre più dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della deliberazione delle società che partecipano alla fusione. Tale diritto va esercitato entro due mesi dall'ultima delle iscrizioni richieste dal nuovo articolo 2502 bis.

Solo dopo che sia trascorso il termine a disposizione dei creditori per opporsi, le società interessate possono dare attuazione alla fusione.

## **COMMA II**

Il secondo comma innova parzialmente la normativa vigente meglio prevedendo che se non ricorre alcuna delle eccezioni di cui al comma primo, i creditori possono, nel **suddetto termine di due mesi**, fare opposizione.

Si segnala peraltro un'incongruenza tra il primo comma, in cui il termine per potere attuare la fusione è indicato in giorni (60) e quello qui posto, indicato in mesi (2).

Si applica in caso di opposizione l'ultimo comma dell'articolo 2445.

Nulla è detto circa la natura giudiziale e stragiudiziale dell'opposizione; per cui tutti i dubbi degli operatori rimangono, in primis quello della sospensione feriale dei termini.

## **Art. 2503 bis**

### **COMMA I**

Il primo comma dell'art. 2503 bis disciplina l'eventuale opposizione dei possessori di obbligazioni delle società partecipanti e non presenta alcuna variazione rispetto alla vigente normativa. Prevede infatti che i possessori di obbligazioni delle società partecipanti alla fusione possono fare opposizione a norma dell'articolo 2503, salvo che la fusione sia approvata dall'assemblea degli obbligazionisti.

### **COMMA II**

Con il secondo comma si conferma la scomparsa quasi totale dell'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei principali atti che scandiscono il provvedimento di fusione, ovvero: progetto di fusione, deliberazione di fusione e atto di fusione. L'unico momento in cui sarà necessario il passaggio sulla Gazzetta Ufficiale è quello relativo alle obbligazioni. Resta qui ferma, anche con le nuove norme la necessità di consentire ai possessori di obbligazioni convertibili, mediante avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale almeno novanta giorni prima dell'iscrizione del progetto di fusione, l'esercizio del diritto di conversione entro un mese dalla pubblicazione di quell'avviso.

### **COMMA III**

Il terzo comma ripete quanto già disciplinato dalla normativa vigente prevedendo che ai possessori di obbligazioni convertibili che non abbiano esercitato la facoltà di conversione devono essere assicurati diritti equivalenti a quelli loro spettanti prima della fusione, salvo che la modificazione dei loro diritti sia stata approvata dall'assemblea prevista dall'articolo 2415.

## **Art. 2504**

### **COMMA I, II e III**

Il nuovo articolo 2504 prevede, **senza alcuna variazione** rispetto alle norme vigenti, che la fusione debba risultare da atto pubblico, da depositarsi a cura del notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione, entro trenta giorni per l'iscrizione nel Registro delle Imprese. In particolare è disposto che la fusione deve risultare da atto pubblico, che l'atto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione, a cura del notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione della società risultante dalla fusione o di quella incorporante, entro trenta giorni, nell'ufficio del registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione, di quella che ne risulta o della società incorporante e che il deposito relativo alla società risultante dalla fusione o di quella incorporante non può precedere quelli relativi alle altre società partecipanti alla fusione.

### Art. 2504 bis

#### COMMA I, II e III

I primi tre commi dell'articolo in esame, sostanzialmente invariati rispetto all'attuale disciplina, prevedono che la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono tutti i diritti e gli obblighi delle partecipanti, proseguendo in tutti i rapporti anche **processuali (30)**.

Gli effetti della fusione, inoltre, decorrono **sempre** dall'ultima delle iscrizioni di cui all'art. 2504. E' disposto in particolare che la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, che la fusione ha effetto quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504, che nella fusione mediante incorporazione può tuttavia essere stabilita una data successiva e che per gli effetti ai quali si riferisce il primo comma dell'articolo 2501-ter, numeri 5) e 6), possono essere stabilite date anche anteriori.

#### COMMA IV

Il quarto comma innova la disciplina attuale e prevede che nel primo bilancio successivo alla fusione, **le attività e le passività siano iscritte facendo riferimento ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione stessa**. Quando si tratta però 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'articolo 2501-sexies.

#### COMMA V

Il quinto comma recepisce il recente orientamento giurisprudenziale in base al quale la fusione (**eterogenea con trasformazione implicita**) non libera i soci a responsabilità illimitata delle società partecipanti per le obbligazioni anteriori alla fusione, salvo che risulti il consenso dei creditori.

E' in particolare disposto che la fusione attuata mediante costituzione di una nuova società di capitali ovvero mediante incorporazione in una società di capitali **non libera** i soci a **responsabilità illimitata** dalla responsabilità per le obbligazioni delle rispettive società partecipanti alla fusione anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504, se non risulta che i creditori hanno dato il loro consenso.

Come deve essere espresso il consenso? La ratio della norma è quella di evitare che, tramite fusioni eterogenee che implicitamente producano una trasformazione della società incorporata, i creditori di quest'ultima siano pregiudicati; ne consegue che dovrebbe essere applicabile per analogia il procedimento per ottenere il consenso presunto, o espresso, disciplinato per la trasformazione.

### Art. 2504 ter

#### COMMA I e II

L'art. 2504 ter ribadisce quanto già previsto dalle norme vigenti in materia di divieto di assegnazione di azione o quote da parte della società risultante dalla fusione in sostituzione di quelle delle partecipanti. E' così disposto che la società che risulta dalla fusione non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società partecipanti alla fusione possedute, anche per il tramite di società fiduciarie o di interposta persona, dalle società medesime.

La società incorporante non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società incorporate possedute, anche per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona, dalle incorporate medesime o dalla società incorporante.

### Art. 2504 quater

#### COMMA I e II

L'articolo 2504 quater conferma la normativa vigente stabilendo che l'invalidità dell'atto di fusione non può più essere pronunciata una volta concluso il procedimento di fusione. Dispone infatti che eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata.

Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione.

La cautela notarile deve misurarsi con la nuova figura di fusione *a seguito di indebitamento* di cui all'art. 2501 bis.

### Art. 2505

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2504 quater prevede che alcune disposizioni relative al progetto di fusione (rapporto di cambio, modalità di assegnazione delle azioni, data da cui partecipano agli utili, relazione dell'organo amministrativo e degli esperti) **non si applicano in caso di incorporazione di società interamente possedute**. Ripete quanto già disposto dalla normativa vigente ed in particolare che alla fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o le quote della prima non si applicano le disposizioni dell'articolo 2501-ter, primo comma, numeri 3), 4) e 5) e degli articoli 2501-quinquies e 2501-sexies.

**Nulla è detto circa l'estensione della normativa a fattispecie diverse, quali la fusione di due società entrambe totalmente partecipate da una terza società, o da soci nella stessa proporzione tra loro; fattispecie che la dottrina e la prassi degli operatori assimilano alla fattispecie in esame.**

#### COMMA II

Il secondo comma introduce la possibilità, se prevista nell'atto costitutivo, di decidere la fusione per incorporazione di una società già interamente posseduta dall'incorporante, mediante deliberazione risultante da atto pubblico presa dagli organi amministrativi, salvo comunque il rispetto delle norme relative al progetto e al deposito di atti.

#### COMMA III

Il terzo comma innova la normativa vigente prevedendo che i soci **dell'incorporante** che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale possono chiedere che la decisione sia presa a norma del primo comma dell'art. 2502 ( e quindi dai soci, e non dall'organo amministrativo), con domanda indirizzata alla società entro otto giorni dal deposito per l'iscrizione del progetto di fusione.

La norma si deve interpretare nel senso che il *dies a quo* è quello dell'iscrizione del progetto e non quello del deposito dello stesso nel Registro delle Imprese; il ritardo del Registro delle Imprese non deve essere causa della perdita della facoltà di scelta in capo al socio.

### Art. 2505 bis

#### COMMA I

Il primo comma dell'art. 2505 bis prevede che alla fusione per incorporazione di una società in un'altra di cui possiede il novanta per cento delle azioni o quote, non si applicano le disposizioni relative alla **relazione degli esperti**, qualora si conceda agli altri soci della incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo **determinato con i criteri previsti per il recesso, con le modalità indicate nel progetto di fusione.**

La norma impone dunque di determinare il rapporto di cambio, ma permette di non accompagnare tale determinazione da una relazione degli esperti.

Si giustifica concedendo al socio la possibilità di fare acquistare le quote al prezzo previsto per l'eventuale recesso; la valutazione sulla determinazione del rapporto di cambio, dunque, non avrebbe utilità.

Si tratta di una novità assoluta

#### COMMA II

Il secondo comma specifica la nuova procedura delineata dal primo comma disponendo che l'atto costitutivo può prevedere che la fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il 90% di tutte le loro azioni o quote sia decisa dall'organo amministrativo dell'incorporante, con deliberazione risultante da atto pubblico nel rispetto delle disposizioni sul deposito degli atti e a condizione che **l'iscrizione sia fatta, per la società incorporante, almeno un mese prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporata.**

#### COMMA III

Si veda il commento all'art. 2505 comma III.

### Art. 2505 ter

L'articolo 2505 ter prevede che alle iscrizioni nel Registro delle Imprese conseguano gli effetti di cui al nuovo art. 2448, relativo all'efficacia costitutiva.

### Art. 2505 quater

L'articolo 2505 quater dispone **ex novo** che se alla fusione non partecipano s.p.a. e s.a.p.a. o società cooperative per azioni non si applicano le disposizioni in materia di **società in liquidazione**, né di limiti al conguaglio in denaro.

La relazione **degli esperti** può essere derogata con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione.

Innovazione rilevante è quella che i termini per il deposito e l'opposizione dei creditori sono ridotti alla metà.

Resta qualche perplessità circa la fusione da parte di società in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo.

Con la nuova disciplina è quindi possibile procedere ad una fusione, che non coinvolga società azionarie, in tempi notevolmente brevi; si veda l'esempio:

- a) deposito del progetto in sede il 29 aprile 2003;
- b) situazione patrimoniale riferita al 31.12.2002
- c) iscrizione progetto al Registro Imprese il 15 aprile 2003
- d) deliberazione il giorno 2 maggio 2003
- e) iscrizione della delibera il 5 maggio 2003
- f) atto di fusione il 6 giugno 2003

## NOTE

- 1) L'intitolazione del Capo X è ora "*Della trasformazione, della fusione e della scissione*": è venuto infatti meno l'inciso finale: *delle società*.
- 2) Analoga previsione è contenuta nell'art. 2504 bis, circa gli effetti della fusione; il chiarimento legislativo è da sottolineare, data la mole di pronunce giurisprudenziali in materia; cfr. da ultimo Cass. 23.11.2001 n. 14910 in Rep. Foro It., 2001 n. 43.
- 3) Si rammenti tuttavia che tutte le ipotesi di trasformazione societarie legittimano il recesso per il socio che non ha consentito la trasformazione; per le s.p.a vedi art. 2437 comma 1 lett. b); per le s.r.l. vedi art. 2473; per le società di persone vedi art. 2500 ter primo comma, inciso finale (aggiunto in sede di approvazione definitiva). Per le trasformazioni eterogenee da enti diversi delle società a società di capitali vedi art. 2500 octies).
- 4) Si pensi agli aspetti fiscali, alla normativa edilizio-urbanistica, alle prescrizioni di cui alla legge n. 165 del 1990, ed anche agli oneri pubblicitari della trascrizione e della voltura catastale.
- 5) per un'ampia sintesi delle posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto, seppur nell'ottica delle società di capitali, si veda, per tutti M.E. Gallesio Piuma, I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione, Milano, 1986, pp. 225-229; è chiaro che le regole di formazione del capitale sociale impongono comunque alla società trasformanda la ricapitalizzazione.
- 6) La norma si applica anche alle s.r.l. per espresso richiamo dell'art. 2480.
- 7) Il punto non può essere ulteriormente sviluppato; si rimanda alla trattazione specifica.
- 8) È fin troppo scontato il richiamo alla disciplina della fusione e della scissione.
- 9) Sul punto vedi infra, nel commento all'articolo 2500 ter;
- 10) per le obbligazioni assunte prima della trasformazione, infatti, la responsabilità illimitata rimane ai sensi dell'art. 2500 quinquies.
- 11) Con conseguente impossibilità di avvalersi del regime speciale per le revocatorie.
- 12) Si pensi alla diffusissima clausola: "Qualsiasi modificazione del presente atto costitutivo dovrà essere approvata (*rectius* adottata) da tutti i soci all'unanimità"
- 13) a tale soluzione si può anche aggiungere il seguente argomento ab inconvenienti : sarebbe sempre necessario risalire alla data di costituzione della società per verificare la legge vigente al momento della formazione del consenso; ma, come noto, *l'argumentum ab inconvenienti* non è mai del tutto probante.

- 14) l'avverbio probabilmente è d'obbligo, trattandosi di interpretazione di una volontà non espressa.
- 15) Vedi anche art. 2502 nuovo testo per la decisione di fusione.
- 16) Cfr. tra le tante Cass. 21 aprile 1956 n. 1217, in *Riv. Dir. Comm.*, 1957, II, p. 18; Trib. Torino, 19 novembre 1977, in *Giur. Comm.*, 1979, II, p. 492, che hanno deciso per la **non necessità** di un procedimento per una unitaria deliberazione in senso formale.
- 17) Per tutti vedi Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*. Giappichelli, Torino 1959
- 18) Galgano, *Diritto commerciale, tomo II, Le Società*, Bologna, 1997.
- 19) Pur sempre nel limite dato dal divieto del patto leonino.
- 20) Sarà possibile continuare ad operare con la prassi di aumentare il capitale sociale della società ad una cifra pari almeno al minimo richiesto per il tipo, imputando a riserva da trasformazione il maggior valore del patrimonio netto risultante dalla perizia.
- 21) O forse anche prima, dato che ai sensi dell'art. 2331 c.c., richiamato espressamente dall'art. 2463 u.c., è vietata non la vendita ma l'emissione di azioni.
- 22) Vedi anche art.2437 ter per le s.p.a.
- 23) nel testo definitivo è venuta meno la possibilità di attuare tale trasformazione con la maggioranza richiesta dall'articolo 1108, primo comma, per le innovazioni e quindi maggioranza per capi che rappresenti almeno la maggioranza dei 2/3 del valore della cosa.
- 24) Salvo ritenere che prima debba comunque essere modificato lo Statuto, sempre all'unanimità; a quel punto la deliberazione di trasformazione avverrà comunque a maggioranza.
- 25) Si pensi alla seguente fattispecie: soc. Alfa snc: socio Tizio al 90% (capitale e utili) e Caio 10%, fortemente indebitata; soc Beta snc soci: Tizio (10% capitale, utili 60%) Sempronio (90% capitale 40% utili). Amministrazione disgiunta in entrambe le società; Redazione progetto di fusione da parte di Tizio per le due società; decisione di fusione da parte di Tizio, detentore della maggioranza degli utili; Sempronio deve recedere se non vuole rispondere illimitatamente delle obbligazioni di Alfa.
- 26) Naturalmente solo ove la revisione sia obbligatoria.
- 27) Nel testo definitivo i termini originariamente espressi in mesi sono stati espressi in giorni.
- 28) È la posizione tradizionale dei Tribunali di Roma e di Napoli
- 29) la previsione del deposito originariamente venuta meno nel testo del settembre 2002 è stata ripristinata con la versione definitiva.
- 30) Precisazione forse scontata ma quanto mai opportuna visto il numero di pronunce giurisprudenziali che hanno dovuto esprimersi sul punto.