



Unione mese

Notiziario mensile

Rif. n° u5122/03 del 23/09/2003

SL/ sp

Per: Amministrazione Fiscale / Tributario

Riforma del diritto societario. La disciplina delle operazioni straordinarie: trasformazioni, fusioni e scissioni

Premessa

La disciplina delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione ha subito, nella riforma, notevoli cambiamenti finalizzati alla semplificazione dei rispettivi procedimenti.

Coerentemente con le indicazioni dettate in legge delega, le nuove previsioni mirano a favorire la realizzazione delle operazioni, in considerazione del fatto che queste possono costituire, in alcuni casi, un valido strumento di crescita dell'impresa.

Nella Circolare si offrirà un quadro completo della nuova regolamentazione delle singole procedure, ponendo particolare attenzione agli aspetti più innovativi che sono stati introdotti.

Per completezza, si sono evidenziate le prime (limitate) correzioni apportate al Decreto Legislativo del 17 gennaio 2003, n. 6 dall'Avviso di rettifica pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 153 del 4 luglio 2003.

Segue una breve tabella illustrativa delle diverse tipologie di operazioni straordinarie, in considerazione delle novità introdotte dalla riforma. Le relative discipline saranno, in seguito, oggetto di specifico approfondimento.

1. La trasformazione di società

Nel complesso delle operazioni in esame, l'istituto della trasformazione è stato quello sul quale la riforma ha inciso in maniera più significativa. A fronte delle tre disposizioni che disciplinavano l'operazione, il decreto legislativo aggiunge ben nove nuove norme, che vanno dall'art. 2500-*bis* all'art. 2500-*novies*.

Sotto il profilo sistematico, gli artt. da 2498 a 2500-*bis* contengono disposizioni di carattere generale, mentre i successivi articoli (2500-*ter* al 2500-*octies*) introducono previsioni specifiche in materia di trasformazione.

A differenza della disciplina anteriore al Decreto, che conosceva solo la trasformazione progressiva - ovvero quella che segna il passaggio da società di persone a società di capitali - la nuova codifica ipotizza ulteriori di trasformazione, finora legittimate soltanto a livello giurisprudenziale attraverso un'interpretazione estensiva della precedente versione dell'art. 2498.

La riforma, dunque, inserisce, accanto alla tradizionale trasformazione di società di persone in società di capitali - c.d. trasformazione progressiva o evolutiva, ora disciplinata dagli artt. da 2500-*ter* a 2500-*quinques* - le altre seguenti ipotesi:

- trasformazione involutiva o regressiva (art. 2500-*sexies*), nel caso di trasformazione di società di capitali in società di persone;
- trasformazioni eterogenee, opportunamente distinguendo, all'art. 2500-*septies* c.c., la trasformazione eterogenea da società di capitali in enti associativi non societari e, all'art. 2500-*octies*, la trasformazione eterogenea da enti associativi non societari in società di capitali.

Ciascuna delle tipologie indicate sarà oggetto di specifica analisi.



Unione mese

Notiziario mensile

1.1. Principi generali

Significative innovazioni si riscontrano sin dalle disposizioni di carattere generale.

L'art. 2498, rubricato "*Continuità dei rapporti giuridici*", sancisce il principio della **continuità dei rapporti giuridici sostanziali e processuali dell'ente trasformato**. La norma recepisce l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, secondo il quale la trasformazione della società rappresenta un cambiamento del modello di organizzazione del gruppo sociale che comporta una modificazione dell'atto costitutivo diretta ad eliminare le clausole incompatibili con il nuovo tipo e a introdurre gli elementi caratterizzanti della nuova forma societaria, contrassegnata dalla continuità del soggetto e dell'attività svolta. La vera novità attiene però alla espressa previsione di una continuità soggettiva anche nei rapporti giuridici **processuali**. In linea con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, si è voluto escludere espressamente che la trasformazione societaria possa determinare, al pari di quanto avviene in caso di fusione, un effetto estintivo tale da determinare l'interruzione del processo ex art. 300 c.p.c..

Altra importante novità è l'**eliminazione del divieto di trasformazione in pendenza di procedure concorsuali**.

Come si apprende dalla Relazione al decreto legislativo, non necessariamente una società sottoposta a procedura concorsuale risulta essere incompatibile con le finalità e lo stato della trasformazione, potendo invece l'operazione rappresentare un vantaggio per la società e per i suoi creditori. Questa scelta, del resto, ben si concilia con gli obiettivi di valorizzazione delle imprese in crisi, cui mira lo schema di legge delega per la riforma del diritto fallimentare attualmente allo studio della Commissione per la riforma della disciplina delle procedure concorsuali istituita presso il Ministero della Giustizia.

Come si avrà modo di approfondire, le società soggette a procedure concorsuali possono oggi procedere non solo alla trasformazione, ma a ciascuna delle operazioni straordinarie. Va però precisato che, mentre in caso di fusione e scissione il divieto permane limitatamente alle società che versano in stato di liquidazione e che abbiano già iniziato la ripartizione dell'attivo, nell'ambito della trasformazione, l'operazione è ammessa "(..) purché non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa [procedura]".

Sembrerebbe, dunque, che nel caso di trasformazione, il legislatore voglia subordinare la fattibilità dell'operazione ad un giudizio di opportunità, che tenga conto dello stato e delle finalità della procedura concorsuale.

Particolare attenzione è prestata al **regime pubblicitario**.

Il comma primo dell'art. 2500 continua ad imporre la forma dell'atto pubblico per la deliberazione di trasformazione di una società di persone (o di altro ente collettivo) in società di capitali. In aggiunta, è previsto che deve essere soggetto a pubblicità, non solo ogni atto di trasformazione, ma anche la cessazione dell'ente che si è trasformato. Gli effetti della trasformazione decorrono dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari prescritti, così da garantire la piena informazione dei terzi (art. 2500, co. 2).

Sempre per l'esigenza di privilegiare la certezza dei rapporti giuridici tra società e terzi, è stata introdotta, con l'art. 2500-bis, una disposizione ad *hoc* che sancisce espressamente il divieto di dichiarare l'invalidità delle deliberazioni di trasformazione di società una volta eseguita la pubblicità dell'atto.



Unione mese

Notiziario mensile

Riproducendo una norma che bene ha funzionato in tema di fusione, si è così opportunamente evitata la possibilità che potesse essere successivamente dichiarata l'invalidità della trasformazione per vizi del relativo procedimento o per l'illiceità della stessa, con conseguente reviviscenza della società nella forma giuridica originaria. La legge fa salvo il diritto al risarcimento del danno per i soggetti danneggiati dalla trasformazione.

1.2. La trasformazione evolutiva

La trasformazione evolutiva o progressiva, ora disciplinata dall'articolo 2500-ter, costituisce l'unica fattispecie di trasformazione già conosciuta dal codice anteriormente alla riforma. Come noto, questo tipo di trasformazione consente alle società di persone il passaggio in società di capitali.

La nuova previsione è strutturata in modo tale da incentivare il ricorso all'operazione di trasformazione che, soprattutto per le società di persone, può costituire un valido strumento per accedere a forme di finanziamento più consistenti, una volta assunta la veste di società di capitali.

Diversamente da quanto previsto in passato, la delibera di trasformazione di una società di persone può essere assunta "(...) con il consenso della maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascuno di essi negli utili".

Questa scelta, apparentemente volta a semplificare il procedimento di trasformazione, riflette, invece, il *Leitmotiv* dell'intervento riformatore, che mira ad agevolare ogni possibile processo di crescita dell'impresa, anche attraverso la semplificazione dei vincoli burocratici. Per garantire una forma di tutela al socio che non ha concorso all'assunzione della delibera di trasformazione, è fatto salvo il diritto di recesso, secondo le nuove previsioni.

Conformemente alla disciplina pre-riforma, si mantiene l'obbligo di accompagnare la delibera di trasformazione con una **relazione di stima**, da parte di un esperto designato dal tribunale.

La relazione dovrà essere redatta a norma dell'art. 2343 ovvero, nel caso in cui dalla trasformazione derivi una SRL, ai sensi del nuovo art. 2465, che prevede un'analogia relazione di stima anche per questo tipo societario.

Nel caso di trasformazione progressiva in SPA o in SAPA trovano inoltre applicazione le previsioni contenute nell'articolo 2343, co. 2 e 3, sulla responsabilità dell'esperto e sul controllo di congruità da parte degli amministratori e, in quanto compatibile, l'eventuale correttivo in caso di sottovalutazione contenuta nell'ultimo comma della norma appena richiamata.

Quanto alla **ripartizione del capitale sociale**, l'originaria disciplina è rimasta immutata, mentre è stato definito, nel secondo comma dell'art. 2500-*quater*, il problema del trattamento da riservare al socio d'opera in occasione della trasformazione della società. È ora previsto che al socio che apporti la propria prestazione lavorativa compete "*l'assegnazione di un numero di azioni o di una quota, in misura corrispondente alla partecipazione che l'atto costitutivo gli riconosceva precedentemente alla trasformazione*".

Al fine di determinare la misura in cui il **socio d'opera** ha diritto di partecipare alla società, quindi, è necessario distinguere a seconda che il contratto sociale contenga o meno la valutazione della sua prestazione lavorativa. Mentre nel primo caso occorre fare riferimento a tale indicazione per commisurare la partecipazione del socio d'opera al capitale della società risultante dalla trasformazione, nel caso in cui manchi la valutazione dell'apporto, la quantificazione della partecipazione deve essere effettuata consensualmente dai soci, ovvero, in caso di disaccordo, dal giudice secondo equità. Possibilità, quest'ultima, altamente probabile, se si considera che l'assegnazione delle quote al socio d'opera determina una riduzione proporzionale di quelle spettanti agli altri componenti della compagine sociale.



Unione mese

Notiziario mensile

Per quel che riguarda il regime di **responsabilità dei soci**, in pendenza di una operazione di trasformazione, l'ultima versione dell'art. 2500-*quinquies* conserva la responsabilità illimitata dei soci ma segna, nell'ultimo degli adempimenti pubblicitari (di cui all'art. 2500), il momento finale in cui permane ancora la responsabilità.

Il secondo comma di tale disposizione prevede, inoltre, altre forme di comunicazione della delibera di trasformazione ai creditori sociali, in alternativa alla raccomandata, laddove in precedenza si riteneva che quest'ultima fosse l'unica forma di comunicazione possibile.

La norma recepisce in pieno l'evoluzione legislativa che oggi prevede la consegna di documenti informatici, stabilendone l'equivalenza alla notificazione a mezzo posta (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, art. 14); sotto questo profilo, tale disposizione appare in linea anche con le nuove previsioni in tema di comunicazione introdotte nell'ambito del nuovo processo societario, su cui si veda la nostra Circolare n.17517 del 21 maggio 2003.

È stato infine portato a **sessanta giorni** dalla comunicazione della delibera il termine riservato ai creditori per negare la loro adesione alla trasformazione.

1.3. La trasformazione involutiva

Con l'art. 2500-*sexies* c.c. è stata disciplinata la fattispecie della **trasformazione di società di capitali in società di persone**, nota appunto come trasformazione involutiva o regressiva.

Come si accennava, la nuova disposizione legittima un'operazione che, pur non essendo espressamente disciplinata dal codice civile, la giurisprudenza aveva comunque ritenuto praticabile.

Le maggioranze richieste per assumere la delibera di trasformazione sono quelle previste per le modifiche statutarie. E' così richiesto il voto favorevole di tanti soci che rappresentano più della metà del capitale sociale (art. 2368, co. 2). Al socio assente o dissenziente è riconosciuto il **diritto di recesso**, tuttavia, in ragione della responsabilità illimitata che consegue alla delibera di trasformazione, il legislatore accorda al socio la possibilità di esprimere il proprio consenso all'operazione (art. 2500 *sexies*, co. 1).

Nessuna particolare **forma** è prescritta per la **delibera di trasformazione**. Quanto al suo **contenuto**, è presumibile che la stessa debba presentare tutti gli elementi richiesti per la validità dell'atto costitutivo della società in cui si intende trasformare.

Analogamente a quanto avviene in caso di fusione o scissione, gli amministratori sono tenuti a redigere una **relazione illustrativa** dell'operazione, sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo giuridico, indicando, in particolare, le ragioni sottostanti alla trasformazione, le motivazioni che supportano l'operazione e gli effetti da essa derivanti.

L'obbligo di predisporre la relazione risponde, chiaramente, all'esigenza di consentire ai soci di conoscere le ragioni tecniche e giuridiche che inducono alla trasformazione.

La relazione deve essere depositata presso la sede della società nel termine di trenta giorni anteriori all'assemblea, nel cui ordine del giorno si intende deliberare la trasformazione della società.

1.4. Le trasformazioni eterogenee

La disciplina delle trasformazioni eterogenee rappresenta l'aspetto saliente della riforma delle società di capitale in materia di trasformazioni. Con essa, il legislatore ha colto un'importante occasione per codificare una



Unione mese

Notiziario mensile

tendenza, già largamente ammessa nella prassi, che si ispira alla libertà di scegliere la forma più adeguata allo svolgimento dell'attività imprenditoriale.

La trasformazione eterogenea disciplina il passaggio da un ente associativo non societario in società, ovvero l'operazione inversa, qualora sia la società a trasformarsi. Con la tipizzazione a livello normativo della trasformazione tra categorie di soggetti disomogenei è ora possibile superare il passaggio, altrimenti necessario, dello scioglimento del soggetto che intende trasformarsi, per poter conservare, in capo alla società e all'ente che ne risulta, i diritti e gli obblighi di quello disciolto.

Il legislatore distingue e disciplina due diverse ipotesi di trasformazioni, che si vanno di seguito ad illustrare.

1.4.1. La trasformazione eterogenea da società di capitali

Ai sensi dell'art. 2500-*septies* è ora possibile trasformare:

SPA – SAPA - SRL	in	Consorzi Società cooperative Società consortili Comunioni di azienda Associazioni non riconosciute Fondazioni
-------------------------	-----------	--

La **deliberazione** di trasformazione può essere assunta con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto.

Sebbene la norma richiami, in quanto compatibili, le previsioni contenute nel precedente art. 2500-*sexies*, si precisa, tuttavia, che è comunque richiesto il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Quanto, infine, agli effetti derivanti dalla trasformazione, essi variano a seconda dell'ente in cui la società si trasforma. Il legislatore si limita a prevedere che, nel caso di trasformazione di società in fondazione, si producono gli effetti che il Capo II del Titolo I ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore.

1.4.2. La trasformazione eterogenea in società di capitali

Il nuovo art. 2500-*octies*, co. 1, stabilisce che "i consorzi, le società consortili, le comunioni di azienda e le associazioni riconosciute possono trasformarsi in una delle società disciplinate nei Capi V, VI, VII del presente titolo".

Quindi è possibile trasformare:

Consorzi Società cooperative Società consortili Comunioni di azienda Associazioni riconosciute Fondazioni	in	SPA – SAPA - SRL
--	-----------	-------------------------

La disposizione appare speculare a quella precedente, con l'unica distinzione attinente alle associazioni, rilevando, in questa ipotesi, solo quelle riconosciute, laddove l'art. 2500-*septies* faceva riferimento anche alle associazioni non riconosciute.



Unione mese

Notiziario mensile

Balza all'attenzione il superamento dell'antico divieto circa la trasformazione di una **cooperativa** in società di capitali, posto dall'articolo 14 della legge 17 febbraio 1971, n. 127, meglio nota come legge Basevi.

In realtà, la questione è definitivamente superata grazie all'introduzione dell'art. 2545-*decies*, che appunto prevede la trasformazione di società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente in una delle società del tipo previsto dal titolo V. Il punto sarà oggetto di approfondimento, in occasione della circolare, di prossima pubblicazione, in materia di società cooperative.

Quanto invece alla trasformazione delle **associazioni riconosciute** in società di capitali, va sottolineato che l'art. 223-*octies* delle nuove disposizioni transitorie e finali prevede la legittimità della trasformazione delle associazioni costituite prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, solo se l'operazione non comporti distrazione, dalle originarie finalità, dei fondi o dei valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione. Aggiunge ancora la norma che, qualora l'associazione abbia potuto costituire fondi in virtù di particolari regimi fiscali, la trasformazione è ammessa solo nel caso in cui la società proceda al versamento delle relative imposte.

Sotto il profilo procedurale, dovrebbero presumibilmente trovare applicazione le disposizioni generali contenute nell'art. 2500, co. 1, relativamente alla forma e al contenuto dell'atto, nel quale devono essere presenti tutte le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione della società in cui si opera la trasformazione.

Le modalità di approvazione della deliberazione - peraltro enucleabili dallo stesso art. 2500-*octies*, commi secondo, terzo e quarto - sono diverse a seconda della natura giuridica dell'ente che intende procedere alla trasformazione.

Per comodità di consultazione, tali modalità sono state sintetizzate nel seguente schema.

Consorzi	Maggioranza assoluta dei consorziati
Comunioni di azienda	Unanimità
Società consortili	Maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato. Pertanto, in caso di società di persone , la deliberazione deve essere adottata all'unanimità; nel caso di società di capitali , si applicheranno i <i>quorum</i> previsti per l'assemblea straordinaria
Associazioni	Maggioranze previste dalla legge e dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato.
Fondazioni	La deliberazione di trasformazione è disposta dall'autorità governativa su proposta dell'organo competente

1.5. L'opposizione dei creditori

Per assicurare una maggiore tutela dei terzi, in questo tipo di trasformazione, il legislatore fa decorrere gli effetti della trasformazione solo dopo **sessanta giorni** dagli adempimenti pubblicitari richiesti dal terzo comma dell'art. 2500, co. 2.

L'efficacia della delibera è sospesa, fino al decorso del maggior lasso di tempo richiesto e sempre che nessuno dei creditori eserciti l'opposizione.

In tal caso, trova comunque applicazione la disciplina di cui all'art. 2445, ult. co., per cui, la trasformazione può aver ugualmente luogo se il tribunale ritiene infondata l'opposizione ovvero la società abbia prestato idonea



Unione mese

Notiziario mensile

garanzia.

2. La fusione

In merito all'operazione di fusione, le indicazioni contenute in legge delega richiedevano che le esigenze di semplificazione del procedimento dovevano comunque coniugarsi con il rispetto dei vincoli di derivazione comunitaria imposti nella direttiva 78/855/CEE del 9 ottobre 1978, cui è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, in forza del D. lgs. del 16 gennaio 1991, n. 22.

Al fine di semplificare e meglio delineare l'operazione della fusione, il legislatore della riforma ne definisce il procedimento, da un lato sfruttando taluni margini consentiti dalla direttiva stessa e rimasti inattuati dal relativo decreto di approvazione, dall'altro derogando ad alcune previsioni della direttiva stessa.

Sotto il profilo procedurale, si sono mantenute le tipologie di fusione conosciute dal testo previgente. Si continuano, pertanto, a distinguere **fusioni in senso stretto**, in cui tutte le società partecipanti alla fusione si estinguono, per essere sostituite da una società di nuova costituzione, da **fusioni per incorporazione**, in cui una delle società interessate dalla operazione sopravvive ed assorbe in sé tutte le altre.

Nella fusione possono essere implicate società dello stesso tipo (c.d. **fusione omogenea**), ovvero società di tipo diverso (c.d. **fusione eterogenea**). In quest'ultimo caso, la fusione presuppone la trasformazione delle società preesistenti non appartenenti al tipo societario dalla società che risulta al termine dell'operazione (artt. 2502, 2504-bis, co. 5).

In via interpretativa, si possono considerare ammissibili fusioni eterogenee che comportano l'aggregazione di enti collettivi con scopo associativo diverso (per es. tra società lucrative e cooperative). L'ammissibilità di tali operazioni deriva dalla nuova disciplina della trasformazione che, come si è avuto modo di precisare, è oggi ammessa anche per le società cooperative che vogliono trasformarsi in società con scopo lucrativo.

Anche nell'ambito della fusione è stato eliminato il divieto di partecipazione alle società sottoposte a procedure concorsuali. Rispetto a quanto già visto in tema di trasformazione, la formulazione dell'articolo 2501 è delineata in termini più chiari, poiché esclude la fattibilità dell'operazione limitatamente a quelle imprese che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo.

2.1. Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (c.d. *leveraged buy-out*)

Tra le novità più significative, in materia di fusione, si segnala la regolamentazione del **merger leveraged buy-out**.

Questa operazione, ampiamente utilizzata nella prassi, consente l'acquisto del pacchetto azionario di controllo di una società - società *target* o bersaglio - mediante la costituzione di una nuova società, detta *newco*, la quale, per poter realizzare l'acquisto, ricorrerà ad un finanziamento che verrà garantito dal patrimonio della società *target*, destinata alla fusione per incorporazione nella stessa acquirente.

La liceità e ammissibilità dell'operazione di *leveraged buy-out* nel nostro ordinamento è stata oggetto di contrasti interpretativi.

Una parte degli interpreti, peraltro confortata da un primo filone giurisprudenziale, si è espressa in termini piuttosto critici, ritenendo che la fattispecie violava il divieto di assistenza finanziaria, di cui all'art. 2358, per il quale nessuna società può accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, né può accettare azioni proprie in garanzia.



Unione mese

Notiziario mensile

Più recentemente si è invece registrato un significativo cambiamento nella giurisprudenza di merito, orientata a ricercare la legittimità dell'operazione di *leverage* nelle ragioni economiche e imprenditoriali che rappresentano finalità meritevoli di tutela giuridica (Trib. Milano, 13 maggio 1999).

La nuova formulazione dell'art. 2501-*bis* sembra superare definitivamente tale *impasse* interpretativo, così legittimando definitivamente l'operazione finanziaria del *leverage*.

Coerentemente con i criteri fissati nella legge delega, si sono aperte le porte del nostro ordinamento alle operazioni di *leveraged buy-out* e, in particolare, a quelle culminanti nella fusione per incorporazione della *target* nella società acquirente.

Il nuovo testo di legge richiede, a tal fine, che nei progetti di fusione e nelle relative relazioni degli organi amministrativi si evidenzino le risorse idonee a ripagare il debito e che sia possibile utilizzare il patrimonio della società risultante dalla fusione come generica garanzia delle obbligazioni di rimborso del debito contratto in pendenza dell'operazione.

2.2. La procedura di fusione

Gli articoli da 2501-*ter* a 2501-*septies* regolano i profili procedimentali della fusione. Di seguito ci soffermeremo sugli aspetti più innovativi, che la riforma ha introdotto.

Quanto al **progetto di fusione**, oggi disciplinato dall'art. 2501-*ter*, l'unica modifica sostanziale è quella contenuta nell'ultimo comma, dove si legge che *"tra l'iscrizione del progetto di fusione e la data fissata per la decisione, devono intercorrere almeno trenta giorni"*. Il tenore più generale della disposizione è dovuto alla necessità di tenere conto della possibile partecipazione all'operazione di fusione anche di società di persone.

L'ultimo capoverso prevede, inoltre, la possibilità di rinunciare al suddetto termine, nel caso di consenso unanime dei soci. Trapela un atteggiamento di favore nei confronti dei soci, che va a superare l'annosa questione circa la presunta indisponibilità di un termine, che si riteneva dettato anche in favore dei terzi.

Nessuna particolare innovazione comportano i nuovi articoli 2501-*quater*, relativo alla **situazione patrimoniale**, e 2501-*quinques*, attinente alla **relazione dell'organo amministrativo**. L'unica modifica sostanziale concerne il riferimento all'organo amministrativo, ora individuabile, nel sistema tradizionale e in quello monistico, nel *Consiglio di amministrazione*, ovvero nel *Consiglio di gestione* nel sistema dualistico.

Qualche precisazione merita, invece, l'art. 2501-*sexies*, ora dedicato alla **relazione degli esperti**. Le modificazioni della norma, rispetto alla precedente versione, attengono al regime di nomina degli esperti, differenziato a seconda del tipo sociale risultante dall'operazione di fusione. E infatti, se per le SPA e per le SAPA la scelta è effettuata dal tribunale del luogo in cui ha sede la società, per le SRL, invece, gli esperti possono essere direttamente scelti tra i soggetti iscritti nell'albo dei revisori o tra le società di revisione iscritte nell'apposito albo, senza l'intervento del tribunale. La stessa modalità si applica nel caso di società quotate in mercati regolamentati.

Qualora si proceda alla fusione di una società di persone in una società di capitali, l'ultimo comma della norma in commento affida agli esperti il compito di redazione di una perizia di stima.

Alcune brevi osservazioni anche sull'articolo 2502 **"Decisioni in ordine alla fusione"**.

La norma definisce nuove modalità sulla formazione della volontà sociale.



Unione mese

Notiziario mensile

Nelle società di persone, è ora richiesto il consenso della maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, e non più l'unanimità dei consensi. Quanto invece alle società di capitali, si richiamano le norme per la modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto.

Diversamente dalla normativa precedente all'intervento riformatore, è poi prevista, in sede di approvazione della decisione in ordine alla fusione, la modificabilità del progetto di fusione, sempre che, precisa la norma, non si tratti di variazioni che incidano sui diritti dei soci o dei terzi.

2.3. L'opposizione dei creditori e degli obbligazionisti

A **tutela dei creditori sociali** anteriori all'iscrizione del progetto di fusione è stato chiaramente mantenuto il diritto di esercitare l'opposizione. Anche questa disciplina presenta alcune varianti rispetto al passato che meritano di essere segnalate.

In primo luogo, le società coinvolte non potranno dare attuazione al progetto di fusione, già approvato dalle rispettive assemblee, se non dopo che siano decorsi **sessanta giorni** dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis (ovvero dalla deliberazione di fusione) ove, anteriormente alla riforma, si faceva genericamente riferimento alla iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese.

Il successivo articolo 2503 consente di derogare a tale previsione se:

- risulti il consenso dei creditori;
- si provveda al pagamento dei creditori dissenzienti;
- vengano depositate, in mancanza, le somme richieste per la garanzia dei creditori medesimi presso una banca.

Per favorire la realizzazione dell'operazione, la stessa potrà essere effettuata, anche prima del decorso dei sessanta giorni e anche in difetto delle condizioni appena richiamate se, per tutte le società partecipanti alla fusione, un'unica società di revisione asseveri che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società non richieda garanzie a tutela dei creditori.

In mancanza di tali garanzie, i creditori dissenzienti possono proporre **opposizione alla fusione**, nel termine di **sessanta giorni**, previa instaurazione di un giudizio contenzioso. Questo termine è stato opportunamente modificato dall'Avviso di rettifica dello scorso luglio, al fine di superare un evidente difetto di coordinamento con il termine fissato nel comma precedente.

Il tribunale può tuttavia disporre l'esecuzione della fusione, se la società presti idonea garanzia in favore del creditore opponente, ovvero, risulti infondato il pericolo di pregiudizio.

Quanto alla **tutela degli obbligazionisti**, il successivo art. 2503-bis conserva il difetto di legittimazione del singolo obbligazionista a proporre opposizione, qualora la fusione sia stata approvata dalla loro assemblea. È rimasta inalterata, nella sostanza, la disciplina dettata per i portatori di obbligazioni convertibili. Le uniche variazioni attengono ai termini, ora pari a **novanta giorni**, per la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* dell'avviso diretto agli obbligazionisti e a **trenta giorni**, per l'esercizio del diritto di conversione delle obbligazioni possedute.

2.4. La forma e gli effetti della fusione

Nessuna particolare segnalazione è da farsi sulla norma recante "*La forma della fusione*". Il nuovo art. 2504 riproduce, nella sostanza, il contenuto della vecchia norma e stabilisce definitivamente che, sotto il profilo della



Unione mese

Notiziario mensile

forma, l'atto di fusione deve risultare da **atto pubblico**, anche ove la fusione per incorporazione riguardi una società semplice incorporante.

Quanto, invece, agli **effetti** derivanti dall'operazione di fusione, la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* contiene una serie di importanti novità e precisazioni.

Coerentemente con le previsioni dettate in legge delega, che imponevano, all'art. 7, co. 1, lett. *d*), di disciplinare i criteri di formazione del primo bilancio successivo all'operazione di fusione, l'articolo in esame offre, al quarto comma, una serie di criteri circa la contabilizzazione e la imputazione delle attività e passività risultanti in bilancio.

Nell'ultimo comma si precisa 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 dalle obbligazioni delle rispettive società partecipanti alla fusione, sorte anteriormente all'iscrizione dell'atto di fusione, se non risulta che i creditori abbiano prestato il loro consenso.

È evidente come la riforma abbia costituito l'occasione per risolvere definitivamente il problema, ampiamente dibattuto in dottrina, circa la legittimità dell'art. 2503, dopo le modifiche introdotte dall'art. 10 del citato D. Lgs. n. 22/1991, nella parte in cui non prevedeva che la liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni anteriori alla fusione, dovesse necessariamente conseguire al solo consenso – espresso o presunto - dei creditori delle società partecipanti alla fusione (v. sul punto anche la pronuncia della Corte Cost., 20 febbraio 1995, n. 47).

2.5. Nuove fattispecie di fusione

Ragioni di completezza, impongono di segnalare nuove fattispecie di fusione, caratterizzate da procedimenti altamente semplificati, simili all'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta, alla quale vanno ad aggiungersi.

Anche quest'ultima procedura, già nota nel vecchio sistema, è stata oggetto di alcuni correttivi.

2.5.1. L'incorporazione di società interamente posseduta

L'art. 2505 conserva un procedimento estremamente semplificato per le operazioni di fusione che riguardano **società interamente possedute**. In aggiunta alla semplificazione procedurale, esso consente che **la relativa decisione sia assunta da parte dei rispettivi organi amministrativi**, sempre che lo statuto o l'atto costitutivo la preveda.

Nonostante la riforma accordi all'organo amministrativo la decisione di procedere alla fusione, resta fermo il diritto dei soci, che rappresentano il 5% del capitale della incorporante, di richiedere, nel termine di otto giorni dal deposito del progetto di fusione, che la decisione sia assunta in sede assembleare.

2.5.2. Incorporazione di società posseduta al 90%

Il successivo articolo 2505-*bis* disciplina l'ipotesi di **incorporazione di società possedute al 90%**, caso in cui è possibile procedere alla fusione, senza il preventivo deposito della relazione degli esperti di cui all'art. 2501-*sexies*.

Questa possibilità è tuttavia subordinata alla concessione agli altri soci, detentori del rimanente 10% della società incorporata, del diritto di vendere le loro azioni o quote alla società incorporante alla società



Unione mese

Notiziario mensile

incorporante, e del conseguente obbligo per quest'ultima di acquistarle, per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

Come appena visto per la fusione di una società interamente posseduta, l'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere che la decisione in ordine alla fusione sia rimessa all'organo amministrativo della sola società incorporante, con deliberazione risultante da atto pubblico.

Anche in questa ipotesi, dunque, è riservato ampio spazio all'autonomia statutaria, ma resta salvo, in virtù del richiamo al terzo comma dell'art. 2501-ter, il diritto in capo ai soci che rappresentino il 5% del capitale sociale di chiedere che la decisione sia adottata a maggioranza dei soci.

2.5.3. Fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni

Sempre nell'ottica di snellimento del procedimento di fusione, l'art. 2505-*quater* prevede ulteriori semplificazioni nell'ipotesi di **fusioni cui non partecipino società per azioni, società in accomandita per azioni, ovvero società cooperative**.

Rinviamo al dettato della norma per l'indicazione delle varie agevolazioni. Ci limitiamo a segnalare che è consentito, in deroga a quanto previsto dall'art. 2501, co. 2, la libera partecipazione all'operazione di fusione anche alle società che versano in liquidazione ed abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

3. La scissione

Anche in materia di scissione, il legislatore ha cercato di contemperare le indicazioni contenute nella legge delega con l'esigenza di rispettare i vincoli di derivazione comunitaria e in particolare quelli imposti dalla direttiva 82/891/CEE del 17 dicembre 1982.

Nel rispetto dei criteri imposti dalla legge delega, la nuova disciplina della scissione ha subito, nella riforma, limitate ma significative variazioni rispetto al modello precedente, peraltro prevalentemente concentrate nella norma di apertura: l'art. 2506.

Conformemente alla vecchia disciplina, la **scissione** può essere **integrale** (o **totale**) - in cui l'intero patrimonio della società che va a scindersi viene assegnato a più società - ovvero **parziale** - ove, per contro, l'assegnazione ha per oggetto solo una parte del patrimonio della società che si scinde a beneficio di una o più società.

Precisa la Relazione che, in tema di scissione, si è ritenuto opportuno caratterizzare i riflessi dell'operazione in termini di "*assegnazione*", al fine di chiarire che, nell'ambito di questa operazione, non si applicano le regole relative ai trasferimenti dei singoli beni.

Una prima significativa novità è contenuta nel secondo comma dell'art. 2506, in cui è prevista la possibilità del conguaglio in danaro, "*(..) purché non superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote attribuite*".

Con l'espressa previsione del conguaglio in danaro, il legislatore della riforma sana una delle più evidenti differenze tra il progetto di fusione e quello di scissione.

L'art. 21 della VI direttiva CEE aveva previsto espressamente il conguaglio in denaro - a copertura dei resti di cambio - nel limite del 10% anche per la scissione. Nella legge di attuazione della direttiva, il legislatore aveva però richiamato tale possibilità, limitatamente alla fusione e non anche nella scissione, determinando una diversità di disciplina da taluni criticata.



Unione mese

Notiziario mensile

La nuova previsione dell'art. 2506, superando definitivamente la questione, consente ora questa possibilità anche per la scissione.

Il successivo terzo comma dell'articolo 2506 stabilisce, infine, che la società scissa può attuare il proprio scioglimento, **senza liquidazione**. Assistiamo, dunque, ad un cambiamento di prospettiva notevole se si considera che, la disposizione in esame, non operando una distinzione tra le due fattispecie di scissione, sembra legittimare, da un lato la possibilità di procedere a scissione totale, senza contestuale estinzione, dall'altro di effettuare una scissione parziale anche previo scioglimento delle società che si scindono.

Infine, come abbiamo già visto in materia di fusioni, il legislatore ammette l'operazione di scissione anche alle società soggette a procedure concorsuali, con la sola esclusione di quelle in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo (art. 2506, co. 4).

3.1. Il procedimento di scissione

Il **procedimento** di scissione è modellato, fatte salve alcune varianti, su quello previsto per la fusione.

Gli amministratori delle società partecipanti alla scissione devono redigere un **progetto di scissione** unitario, che deve contenere:

a) la descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie, nonché l'eventuale conguaglio in denaro;

b) i criteri di distribuzione ai soci delle azioni o quote delle società beneficiarie.

La legge prevede, inoltre, una specifica disciplina relativa alla sorte degli elementi attivi e passivi, la cui destinazione non sia desumibile dal progetto di scissione, la quale, però, risulta differenziata a seconda che si tratti di scissione parziale o totale.

Nella scissione totale, le attività di incerta attribuzione sono ripartite tra le società beneficiarie in proporzione della quota di patrimonio netto loro attribuito, mentre delle passività di dubbia imputazione rispondono tutte in via solidale.

Nella scissione parziale, invece, le relative attività restano in capo alla società trasferente. Quanto invece alle passività di dubbia imputazione rispondono solidalmente, sia la trasferente sia le società beneficiarie, ma solo limitatamente al valore effettivo del patrimonio netto ottenuto.

Dopo aver confermato che dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie, il legislatore prevede altresì, al quarto comma dell'art. 2506-*bis* che, qualora non vi sia proporzionalità nella attribuzione delle partecipazioni rispetto alle partecipazioni al capitale della società scissa (qualora cioè si voglia effettuare una scissione c.d. *proporzionale*), il progetto deve riconoscere al socio dissenziente la possibilità di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato, secondo i criteri previsti per il recesso e deve anche indicare i soggetti a carico dei quali è posto l'obbligo di acquisto.

La concisa formulazione dell'art. 2506 lascia così trapelare la volontà di una massima flessibilità nella realizzazione delle scissioni proporzionali.

Se anteriormente alla riforma, il socio assente o dissenziente poteva ostacolare la scissione proporzionale, esercitando il diritto di opzione per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione, in proporzione alla sua quota di partecipazione originaria nella società, ora gli è riconosciuto il solo diritto di liquidazione, secondo i nuovi criteri previsti in caso di recesso.



Unione mese

Notiziario mensile

Obbligati all'acquisto sono, invece, la società scissa, la beneficiaria, i soci ovvero i terzi.

Quanto, infine, alla **documentazione da allegare in fase di scissione**, l'art. 2506-ter richiama la **situazione patrimoniale** e la **relazione illustrativa** che gli amministratori delle società partecipanti alla scissione hanno l'obbligo di redigere. Sulle modalità di redazione, il legislatore si limita a richiamare, *per relationem*, gli art. 2501-*quater* e 2501-*quinquies*, inerenti alla disciplina della fusione. È inoltre previsto l'esonero dell'organo amministrativo dalla redazione di tali documenti, nel caso del consenso unanime dei soci e dei possessori di strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione (art. 2506-ter, co. 4).

In applicazione dell'art. 2501-*sexies* è infine richiamata la **relazione degli esperti**. Tale ultima relazione non è tuttavia necessaria qualora la scissione avvenga mediante costituzione di una o più società e le azioni o quote sono assegnate secondo un criterio proporzionale, ritenendosi che, in tal caso, la situazione resti sostanzialmente invariata per i soci.

Per tutti gli altri adempimenti non richiamati il legislatore rinvia alle norme sulla fusione.

Per informazioni: Servizio Fiscale – 035.275223/221/289/222/216