

fusioni e scissioni di società

(art. 2501 – 2506 quater c.c.)

*Corso di alta formazione in diritto societario – 3ª edizione
a cura del Consiglio Notarile di Bolzano
Raiffeisenpavillon, Bolzano*

relatore

prof. Paolo Menti, Università di Padova © 6-7 novembre 2015

Paolo Menti © 2015

1

nota bene

l'acronimo «NV» (cioè «Notai Veneti») rimanda agli **«Orientamenti del comitato triveneto dei notai in materia di atti societari»**, ed. settembre 2015; la sequenza di lettere e numero dopo l'acronimo rinvia alla massima così contrassegnata negli **«Orientamenti»**

l'acronimo «NM» (cioè «Notai Milanesi») rimanda alle massime elaborate dalla Commissione Società del Consiglio notarile di Milano (www.scuoladinotariatodellalombardia.org); il numero indica la massima, l'esponente il comma se in cifra o se no la motivazione della massima (mot)

salvo diversa indicazione la giurisprudenza riferita è della Corte di cassazione (se a sezioni unite compare la sigla "s.u.") ed è citata mediante l'anno (ultime 2 cifre) e il numero (## / #####)

le norme del codice civile sono presupposte

Paolo Menti © 2015

2

indice

- alcune finalità della fusione
- specie di fusione
- altre modalità di fusione
- procedimento di fusione: il progetto
- (*segue*) la decisione, l'opposizione dei creditori
- (*segue*) l'atto di fusione
- fusione con società non azionarie
- (*segue*) le deroghe: stato di liquidazione avanzato
- (*segue*) le deroghe: conguaglio
- la fusione semplificata
- (*segue*) fra società non azionarie
- la fusione di società possedute almeno al 90%
- (*segue*) fra società non azionarie

- scissione: la fattispecie
- scissione e fusione: norme comuni
- il progetto
- il procedimento

- MASSIME NOTARILI
vedi anche i siti: <http://www.notaitriveneto.it/massime-triveneto.php#inizio>
<http://preview.consiglionotarilemilano.it/notai/massime-commissione-societa.aspx>

Paolo Menti © 2015

3

alcune finalità della fusione

- integrare le fasi produttive e conseguire economie di scala
- eliminare un'impresa concorrente
- acquisire marchi, brevetti, licenze, *know-how*
- ridurre i costi amministrativi (eliminare il ricorso agli strumenti negoziali fra le società che si fondono)
- aumentare la forza contrattuale nella negoziazione con i terzi
- compensare gli squilibri nelle strutture delle imprese che si fondono, anche in funzione della gestione delle crisi (ad es. mediante concordati preventivi)

- *la partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo (art. 2501, co. 2°)*

Paolo Menti © 2015

4

specie di fusione

- **INCORPORAZIONE** (una o più società si fondono con una preesistente, *incorporante*)
- **UNIONE** (due o più società si fondono in una nuova; detta anche *FUSIONE PROPRIA*)

(non *estinzione* ovvero *successione universale tra vivi* ma) **modificazione degli atti costitutivi**
[S.U. 8-2-2006, n. 2637] e nuovi soci? → NV L.A.30

- NV L.A.15: non è dovuta alcuna garanzia per evizione; non sono esercitabili le prelazioni legali: agraria, urbana, storico-artistica; non vi è alcun obbligo di trascrizione nei registri immobiliari; non si applicano le norme urbanistiche circa la commerciabilità degli immobili (dichiarazioni o allegazioni *ex lege* 47/85) → *ma nella pratica, per tuziorismo, si preferisce inserire dette indicazioni*
- NV I.L.5: il voto inerente a quote di s.r.l. già possedute da società partecipante può essere esercitato dalla risultante anche senza la previa iscrizione ex art. 2470 c.c.

- **OMOGENEA** (partecipano società del medesimo tipo) NV L.A.7
- **ETEROGENEA** (partecipano soc. di tipo diverso → implica **TRASFORMAZIONE**, con i relativi limiti: es. coop. a mutualità prevalente non può fondersi in società lucrativa) NV L.A.21
- **ETEROGENEA TRASFORMATIVA** (© Presti e Rescigno) ossia fra le società o gli enti di cui agli artt. 2500-*septies* e -*octies* c.c.) NM 52

Paolo Menti © 2015

5

altre modalità di fusione

- **INCORPORAZIONE SEMPLIFICATA** o ANOMALA (la società partecipata al 100% si fonde nella partecipante totalitaria)
- **INCORPORAZIONE INVERSA** (la società partecipante si fonde nella società partecipata)
- **INCORPORAZIONE DI SOCIETÀ POSSEDUTE ALMENO AL 90%**
- **FUSIONE A SEGUITO DI ACQUISIZIONE CON INDEBITAMENTO**
(c.d. *leverage buy-out*, *LBO* o *MLBO*)

Paolo Menti © 2015

6

procedimento di fusione

PROGETTO (2501-ter)

- è unico ed uguale per tutte le società partecipanti (può prevedere alternative) **NV L.A.14**
- elementi più rilevanti:
 - rapporto di cambio di azioni o quote = non è il rapporto fra capitali, ma è il risultato della trattativa fra le società che misura l'appetibilità reciproca dell'operazione
 - il conguaglio in denaro per compensare i resti derivanti dall'applicazione del concambio alle singole partecipazioni → non può essere superiore al 10% del valore nominale delle azioni o delle quote e serve solo a evitare i resti: **NV L.A.32** deroga > società non azionarie
- nelle soc. di capitali il progetto è redatto dai CdA ed è attività non delegabile
- da pubblicare nel RI o sul sito Internet della società almeno 30 gg. (15, nelle società non azionarie) prima della data della decisione → termine rinunciabile col consenso unanime
- è accompagnato da tre allegati (2501-*quater*, -*quinquies*, -*sexies*):
 - situazione patrimoniale (c.d. bilancio di fusione = bilancio di esercizio infrannuale)
 - relazione degli amministratori
 - relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio
 → soci e possessori di strumenti finanziari possono tuttavia rinunciare col consenso unanime agli allegati (o a uno o più di essi) **quali possessori di strumenti finanziari? → NV L.D.6**

se alla fusione non partecipano società con azioni o in caso di società controllate almeno al 90% sono previste semplificazioni **coop. a mutualità prevalente e relazione degli esperti → NV L.F.2**

Paolo Menti © 2015

7

procedimento di fusione

DEPOSITO DEGLI ATTI (2501-septies)

DECISIONE (2502)

- approva il progetto, senza modifiche che incidano sui diritti dei soci (rapporto di cambio? per sopravvenute rilevanti alterazioni delle attività o passività; v. **NV L.D.9**) o dei terzi
- forma **NV L.A.16-17** → rapporto di cambio incongruo **NV L.D.2**

OPPOSIZIONE DEI CREDITORI (2503, 2503-bis) → sospensione del procedimento

- legittimati tutti i cr. anteriori all'iscrizione (o pubblicazione) del progetto
- gli obbligazionisti (e i portatori di strumenti finanziari: NV L.A.28) non possono opporsi se l'assemblea speciale ha approvato il progetto
- gli obbligazionisti convertibili hanno diritto alla conversione anticipata
- la fusione può essere attuata nonostante l'opposizione (**fusione anticipata**) se tutti i creditori vi consentano o i dissenzienti siano soddisfatti o siano depositate in banca le somme a ciò necessarie **NV L.C.2** a meno che una società di revisione, a cui sia affidata la relazione degli esperti per tutte le partecipanti **NV L.C.3**, asseveri che la situazione patrimoniale e finanziaria delle varie società rende superflue le garanzie per i creditori

Paolo Menti © 2015

8

procedimento di fusione

ATTO DI FUSIONE (2504) **ED EFFETTI** (2504-*bis*, -*ter*, -*quater*)

- sempre atto pubblico, a cui partecipano i rappresentanti delle partecipanti
- l'ultima iscrizione ha efficacia costitutiva della fusione
- 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 (anche presunto ? ← art. 2500-*quinquies*)
- gli effetti della fusione possono essere post-datati, non retrodatati (eccetto che si tratti di mera retrodatazione contabile, per imputare al bilancio della risultante le operazioni delle società venute meno)
- nel primo bilancio successivo le attività e passività sono iscritte ai valori contabili della data di efficacia della fusione (continuità contabile: art. 2504-*bis*, comma 4°)
→ formazione di avanzi e disavanzi di fusione (disavanzi da annullamento o da concambio)
- una volta eseguite tutte le iscrizioni, l'invalidità della fusione non può più essere pronunciata (art. 2504-*quater*), salvo il risarcimento del danno patito dai soci, dai loro creditori, dai terzi e dalle società incorporate o incorporante (quest'ultimo azionato dai soci)

Paolo Menti © 2015

9

società non azionarie

- fattispecie non soggette al vincolo della III Direttiva 78/855 CEE = società di persone (compresa s.s.: cfr. 2502 *bis*, co. 2), s.r.l., cooperative le cui quote non sono rappresentate da azioni
- gli atti costitutivi o il consenso unanime dei soci di tutte le partecipanti possono però disporre che la fusione si realizzi secondo le regole ordinarie

art. 2505-*quater*
Fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni

Se alla fusione non partecipano società regolate dai capi V e VI del presente titolo, né società cooperative per azioni, non si applicano le disposizioni degli articoli 2501, secondo comma, e 2501-*ter*, secondo comma; i termini di cui agli articoli 2501-*ter*, quarto comma, 2501-*septies*, primo comma, e 2503, primo comma, sono ridotti alla metà

Paolo Menti © 2015

100

società non azionarie

la deroga all'art. 2501, secondo comma

→ può partecipare alla fusione anche la società in liquidazione la quale abbia iniziato la distribuzione dell'attivo

- l'art. 2501² impedisce che alla fusione, operazione di ristrutturazione del patrimonio e dell'impresa, partecipino società svuotate in tutto o in parte del patrimonio stesso e comunque non più in grado di riprendere l'attività sociale (cfr. il diverso art. 2499 circa la trasformazione)
- la rimozione del divieto consentirebbe l'operazione anche permanendo la causa di scioglimento e ciò con riguardo a tutte le società coinvolte in considerazione del carattere più personale e meno finanziario della partecipazione non azionaria
- donde la critica di chi osserva che l'esigenza della (perdurante) liquidazione di pagare tutti i creditori male si concilia con la fuoriuscita di cespiti senza il costante correttivo della responsabilità illimitata dei soci (SCOGNAMIGLIO, SANTAGATA) sicché pare applicabile in tali casi l'art. 2491² (acconti di liquidazione)

società non azionarie

la deroga all'art. 2501-ter, secondo comma

→ il conguaglio in denaro può superare il 10% del valore nominale delle quote assegnate

- l'art. 2501-ter² facilita agli amministratori la determinazione del rapporto di cambio e il limite piuttosto severo (per cento sul valore nominale!) dimostra che la fusione non può essere uno strumento di "disinteressamento" (*recte* esclusione) dalla società
- la III Direttiva 78/855 CEE consentiva deroghe al limite ma rispetto alle operazioni "assimilate" alla fusione; il legislatore it. del 1991 non aveva fatto uso della facoltà (né la riforma, almeno riguardo alle società azionarie, soggette al vincolo comunitario)
- secondo alcuni la rimozione del divieto consentirebbe solo di superare la soglia del 10% ferma però la funzione integrativa del conguaglio rispetto al rapporto di cambio; il "disinteressamento" sarebbe possibile soltanto sotto forma di recesso (cfr. 2285, 2473, 2532) dalla decisione di fusione a cui il socio non abbia consentito (BRODASCA, nel *Comm. Marchetti* e a.)
- secondo altri invece (SANTAGATA) sarebbe ora lecito il "disinteressamento" purché non riguardi tutti i soci di una partecipante, pena la impossibilità di integrare la fusione stessa per mancanza dei rapporti la cui successione nella società risultante è essenziale ex art. 2504 bis ("Effetti della fusione")
 - si noti che la disciplina della scissione non contempla casi di "disinteressamento"

incorporazione di società controllata al 100%

le norme

Art. 2505 ***Incorporazione di società interamente possedute***

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'art. 2501-*ter*, 1° co., nn. 3), 4) e 5) e degli artt. 2501-*quinquies* e 2501-*sexies*.

L'atto costitutivo o lo statuto può prevedere che la fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte [le azioni o] le quote della prima sia decisa, con deliberazione risultante da atto pubblico, dai rispettivi organi amministrativi, sempre che siano rispettate, con riferimento a ciascuna delle società partecipanti alla fusione, le disposizioni dell'art. 2501-*ter* terzo e quarto comma, nonché, quanto alla società incorporante, quelle dell'art. 2501-*septies* (*).

I soci della società incorporante che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale possono in ogni caso, con domanda indirizzata alla società entro otto giorni dal deposito di cui al 3° co. dell'art. 2501-*ter*, chiedere che la decisione di approvazione della fusione da parte della incorporante medesima sia adottata a norma del 1° co. dell'art. 2502.

(*) il *deposito degli atti* è ristretto alla sola incorporante perché attiene all'esercizio del diritto dei soci esterni a chiedere che la fusione sia decisa non dagli amministratori ma dal gruppo dei soci; la *pubblicazione del progetto* è richiesta anche per l'incorporata perché attiene alla tutela dei creditori, da informare per tempo dell'operazione in vista dell'eventuale opposizione (FERRI jr.)

Paolo Menti © 2015

133

incorporazione in società non azionaria di società non azionaria controllata al 100%

oltre ad alcune facilitazioni del 2505-*quater* ossia :

- rimozione del divieto di partecipazione alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo;
- riduzione dei termini per la iscrizione del progetto, il deposito degli atti nella sede sociale, l'opposizione dei creditori anteriori;

s i c u m u l a n o:

- la assenza nel progetto delle indicazioni circa il rapporto di cambio, le modalità di assegnazione delle quote, la decorrenza degli utili;
- la assenza della relazione illustrativa degli amministratori;
- la assenza della relazione degli esperti sul rapporto di cambio (senza che occorra il consenso unanime dei soci);
- la eventuale competenza statutaria in capo agli amministratori, salvo il diritto del 5% dei soci di procedere con delibera/decisione, e purché siano rispettate le norme (a termini dimezzati) circa il deposito degli atti presso la incorporante e la pubblicazione del progetto di fusione (salvo rinuncia col consenso unanime)

Paolo Menti © 2015

144

incorporazione di società controllata al 90%

le norme

Art. 2505-bis

Incorporazione di società possedute al novanta per cento

Alla fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote non si applicano le disposizioni degli articoli 2501-*quater*, 2501-*quinquies*, 2501-*sexies* e 2501-*septies* (*), qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni o quote dalla società incorporante per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

L'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere che la fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro [azioni o] quote sia decisa, quanto alla società incorporante, dal suo organo amministrativo, con deliberazione risultante da atto pubblico, sempre che siano rispettate le disposizioni dell'art. 2501-*septies* e che l'iscrizione o la pubblicazione prevista dall'articolo 2501-*ter*, terzo comma, sia fatta, per la società incorporante, almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporata.

Si applica la disposizione di cui al 3° co. dell'art. 2505 (**).

(*) Situazione patrimoniale, relazione degli amministratori e degli esperti sul rapporto di cambio

(**) Diritto della minoranza (5%) alla decisione dei soci o delibera

Paolo Menti © 2015

155

incorporazione in società non azionaria di società non azionaria controllata al 90%

oltre ad alcune facilitazioni del 2505-*quater* ossia :

- rimozione del divieto di partecipazione alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo;
- riduzione dei termini per la iscrizione del progetto, il deposito degli atti nella sede sociale, l'opposizione dei creditori anteriori;

s i c u m u l a n o:

- la possibilità di omettere la relazione degli esperti sul rapporto di cambio – salvo che richiesta ex 2343/2465 - [con il consenso unanime (anche) degli altri soci della società incorporata o] quando venga concesso ai soci della incorporata il diritto di far acquistare le loro quote dalla società incorporante (o dai soci di essa o da un terzo indicato: NM 58^{mot}) per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso (dalla società incorporata) nonché alle condizioni e modalità previste dall'art. 2437-*bis* (NM cit.);
- la eventuale competenza statutaria in capo agli amministratori, salvo il diritto del 5% dei soci di procedere con delibera/decisione e purché siano rispettate le norme (a termini dimezzati) circa il deposito degli atti presso la incorpo-rante (salvo rinuncia di tutti i soci dell'incorporante: NM cit.) e la pubblicazione del progetto di fusione da farsi, quanto alla incorporante, 15 (30/2) gg. prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporata (salvo rinuncia di tutti i soci dell'incorporanda: NM cit.)

Paolo Menti © 2015

166

scissione: la fattispecie

art. 2506, co. 1°

con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci

➤ TOTALITARIA
➤ PER INCORPORAZIONE
➤ PARZIARIA
➤ ≠ scorporo

art. 2506, co. 3°

la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività

NV L.A.33 - SCISSIONE CON ATTRIBUZIONE ALLA BENEFICIARIA DI DIRITTI REALI PARZIALI DERIVATI DA UN DIRITTO DI PIENA PROPRIETÀ SUSSISTENTE NEL PATRIMONIO DELLA SCISSA (1ª pubbl. 9/13)

Si ritiene legittimo attuare una scissione nella quale sia prevista l'assegnazione alla beneficiaria di un diritto reale parziale derivato da un diritto di piena proprietà sussistente nel patrimonio della scissa.

È così possibile, ad esempio, assegnare ad una beneficiaria l'usufrutto o il diritto di superficie su un determinato bene immobile già spettante in piena proprietà alla scissa.

In tal caso, mancando un'autonoma valorizzazione dei diritti assegnati nelle scritture contabili della scissa, tale valorizzazione sarà compiuta, agli effetti dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c. richiamato dall'art. 2506-*quater*, comma 1, c.c. dagli amministratori, fermo restando che la somma dei valori attribuiti ai diritti assegnati e a quelli residui non potrà eccedere il preesistente valore dell'intero risultante dalle scritture contabili della scissa.

177

Paolo Menti © 2015

scissione e fusione: norme comuni

Sono applicabili alla scissione gli articoli:

- 2501-*quater*, -*quinquies* (situazione patrimoniale, relazione degli amministratori)
- 2501-*sexies* (relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio)
- 2501-*septies* (deposito degli atti)
- 2502, -*bis* (decisione, deposito e iscrizione)
- 2503, -*bis* (opposizione dei creditori, obbligazionisti)
- 2504, -*ter*, -*quater* (atto di fusione, divieto di assegnazione, invalidità) [*]
- 2505 co. 1° e 2°, 2505-*bis* e -*ter* (partecipazione totalitaria, partecipazione 90%)

[*] effetti dell'iscrizione dell'atto: 2506-*quater*

188

Paolo Menti © 2015

progetto di scissione

elementi caratteristici ne sono:

- l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie (art. 2506-*bis*, co. 1°) **scissione negativa: NV L.E.1**
 - se la destinazione di un elemento dell'**ATTIVO** non è desumibile dal progetto, esso, nell'ipotesi di **assegnazione dell'intero patrimonio** della società scissa, è ripartito tra le società beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; se l'**assegnazione del patrimonio** della società è **solo parziale**, tale elemento rimane in capo alla società trasferente (co. 2°)
 - degli elementi del **PASSIVO**, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, nel **primo caso**, le società beneficiarie, **nel secondo** la società scissa e le società beneficiarie → ma la responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria (co. 3°)
- i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie (co. 4°)
 - in proporzione alle azioni o quote originarie possedute nella scissa
 - non in proporzione: decisione anche a maggioranza, ma col diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto
 - attribuzione ad alcuni soci di azioni o quote della scissa (SCISSIONE **ASIMMETRICA**) ma col consenso unanime
 - consenso unanime di quali soci? **NV L.E.10**
 - è ammissibile la scissione totale in cui un socio non riceva partecipazioni di una delle beneficiarie? **NV L.E.2**

non è però disciplinata la **sorte dei rapporti in essere** (contratti, crediti, debiti); si ritengono applicabili per analogia gli art. 2558 e 2557 c.c., ma non gli art. 2559 e 2560 perché sostituiti dalla disciplina specifica della scissione

199

Paolo Menti © 2015

procedimento

si svolge come per la fusione (confezione e iscrizione del progetto, approvazione, termine dilatorio per l'eventuale opposizione salvo l'esecuzione anticipata, stipula dell'atto e pubblicità)

nella valutazione del pericolo di danno per i creditori aventi titolo a opporsi si tiene conto anche della regola secondo cui «ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico» (art. 2506-*quater*, co. 3°)

è discusso se la scissione possa essere resa inefficace mediante **revocatoria ordinaria e fallimentare**; fermo che l'operazione, una volta eseguita la pubblicità terminale, è irretroabile, risultato della revoca sarebbe la disapplicazione della norma sulla limitazione della solidarietà

- contro: Trib. Napoli, 31-10-2013, Giur. it., 2014, 1416
- a favore: Trib. Catania, 9-5-2012, www.ilcaso.it, 8600/2013, Fallimento, 2013, 983
Trib. Palermo, ord., 26-1-2004. Dir. fall., 2006, 1, 2, 199
Trib. Livorno, 2-9-2003, Fallimento, 2004, 1138

20

Paolo Menti © 2015

massime e orientamenti notarili

Milano: 27, 52, 58

Triveneto: LA7, LA14, LA16, LA17, LA18, LA21, LA30, LA32, LC2,
LC3, LD2, LD6, LD9, LE1, LE2, LE10, LE11, LF2

Paolo Menti © 2015

52. Combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea (artt. 2500 *septies* e ss. c.c.)

Commissione Società – notariato milanese

È legittima la combinazione del procedimento di fusione (o scissione) con quello di trasformazione eterogenea a condizione che, nell'ambito del procedimento complesso che in tal modo si pone in essere, sia verificata la ricorrenza dei presupposti e sia data puntuale esecuzione agli adempimenti pubblicitari stabiliti tanto per la trasformazione quanto per la fusione (o scissione).

Paolo Menti © 2015

58. Incorporazione di società possedute almeno al 90 per cento (art. 2505 bis c.c.)

Commissione Società – notariato milanese

Nel caso in cui in una fusione per incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote, si intenda omettere, ai sensi dell'art. 2505 bis c.c., la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies c.c., il progetto di fusione dovrà contenere, comunque, sia la determinazione del rapporto di cambio e la eventuale previsione dell'aumento di capitale della società incorporante necessario per assicurare il concambio sia l'impegno rivolto agli altri soci della o delle società incorporande di acquistare o fare acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

Il progetto di fusione o, successivamente, la deliberazione dovranno contenere le modalità e il termine per l'esercizio di tale diritto; nel caso di incorporazione di s.p.a., inoltre, i soci avranno diritto di conoscere la determinazione del prezzo nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, in applicazione dell'art. 2437 ter, 5° comma, c.c. L'atto di fusione potrà essere stipulato, successivamente alla scadenza del termine fissato per l'acquisto, anche in caso di mancata formalizzazione dell'acquisto medesimo e anche in pendenza di contestazioni relative alla misura del corrispettivo da corrispondere ai soci di minoranza della o delle società incorporande.

La competenza dell'organo amministrativo della società incorporante a deliberare la fusione di società possedute al 90% trova il suo fondamento nella prescrizione contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto della sola società incorporante e potrà essere esercitata a condizione che:

a) si sia proceduto al deposito presso la sede sociale della società incorporante dei documenti (tutti) di cui all'art. 2501 septies c.c. durante i trenta giorni che precedono la decisione dell'organo amministrativo della società incorporante (con facoltà di rinuncia al termine da parte dei soci della società incorporante stessa);

b) il progetto di fusione sia stato iscritto nel registro delle imprese in cui ha sede la società incorporante almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporanda (termine rinunziabile da parte dei soci della o delle società incorporande) e comunque purché siano decorsi almeno otto giorni dal deposito di cui al terzo comma dell'art. 2501 ter c.c. effettuato presso il registro delle imprese della società incorporante, termine rinunziabile da parte dei soci della incorporante stessa.

Paolo Menti © 2015

L.A.7 - (FUSIONE DI SOCIETÀ DI PERSONE IN SOCIETÀ DI CAPITALI E RELAZIONE DI STIMA EX ART. 2343 C.C. - 1ª pubbl. 9/04)

In caso di fusione di società di persone con società di capitali, la relazione di stima del patrimonio della società di persone, a norma dell'art. 2343 c.c. (richiamato dal comma 7 dell'art. 2501 sexies c.c.), è necessaria nei seguenti casi:

- a) qualora la società risultante dalla fusione sia una società di capitali di nuova costituzione;
- b) qualora la società risultante dalla fusione sia una società di capitali preesistente che, per effetto della fusione, aumenti il patrimonio netto.

cfr. Commissione società Milano, mass. 27 (Presupposti dell'obbligo della relazione di stima nella fusione e nella scissione)

La necessità di affidare agli esperti, incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio (...), l'incarico di redigere altresì la relazione di stima del patrimonio della o delle società di persone (...) presuppone: (a) che almeno una delle società partecipanti alla fusione sia una società di persone; (b) che la società risultante dalla fusione, nel caso di società di nuova costituzione, sia una società di capitali ovvero, nel caso di società preesistente, sia una società di capitali che, per effetto della fusione, aumenti il proprio capitale.

Non è quindi necessaria la relazione di stima (...) in tutti i casi di incorporazione di una o più società di persone in una società di capitali preesistente, allorché quest'ultima non deliberi alcun aumento del capitale sociale, ad esempio perché: (i) possiede l'intero capitale dell'incorporata; (ii) sia partecipata, nelle stesse quote, dagli stessi soci dell'incorporata; (iii) soddisfi il concambio a favore dei soci dell'incorporata senza aumentare il capitale sociale, con una delle tecniche alternative consentite dalla disciplina del tipo sociale della società incorporante stessa.

Paolo Menti © 2015

L.A.14 - (RIUNIONE IN UN UNICO PROGETTO DI PIÙ OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE TRA LORO COLLEGATE - 1ª pubbl. 9/06)

Nel caso in cui più società intendano attuare una serie complessa di fusioni e scissioni tra loro inscindibilmente collegate, anche se non tutte le società partecipano ad ogni singola operazione, è possibile che tutti gli amministratori delle società coinvolte redigano un unico progetto complesso al quale seguirà, una volta approvato dalle singole assemblee, un unico atto attuativo.

Così ad esempio un'operazione che preveda che la società "alfa" si scinda parzialmente mediante assegnazione di parte del proprio patrimonio alla società "beta" e quindi si fonda incorporando la società "gamma", può legittimamente essere contenuta in unico progetto complesso redatto congiuntamente da tutti gli amministratori di dette società.

Paolo Menti © 2015

L.A.16 - (FORMA DELLA DECISIONE DI FUSIONE O SCISSIONE IN SOCIETÀ DI PERSONE - 1ª pubbl. 9/06)

Nel caso di fusione o di scissione di una società di persone in altra società di persone (incorporante, o risultante dalla fusione, o beneficiaria della scissione), ovvero nel caso in cui una società di persone incorpori o risulti beneficiaria di scissione anche di società di capitali, la decisione di approvazione del progetto di fusione o di scissione da parte dei soci della società di persone può anche rivestire la forma della scrittura privata autenticata.

L.A.17 - (FORMA DELLA DECISIONE DI FUSIONE O SCISSIONE DI SOCIETÀ DI PERSONE IN SOCIETÀ DI CAPITALI - 1ª pubbl. 9/06)

La decisione di approvazione del progetto di fusione o di scissione di una società di persone in una società di capitali (incorporante, o risultante dalla fusione, o beneficiaria della scissione) deve essere redatta in forma pubblica, dovendo ritenersi che il controllo di legittimità di cui all'art. 2436 c.c., obbligatoriamente previsto nel caso di specie dall'art. 2502 bis, comma 2, c.c., presupponga tale forma.

Paolo Menti © 2015

L.A.18 - (COMPETENZA ALLA REDAZIONE E DEPOSITO DEL PROGETTO DI FUSIONE/ SCISSIONE E DEI DOCUMENTI INERENTI NELLE SOCIETÀ DI PERSONE
- 1ª pubbl. 9/06)

Nelle società di persone il progetto di fusione o di scissione (...), la situazione patrimoniale ed i bilanci (...), nonché la relazione illustrativa (...), sono validamente redatti e depositati dagli amministratori anche disgiuntamente o a maggioranza se tali forme di amministrazione sono previste nei patti sociali.

Paolo Menti © 2015

L.A.21 - (AMMISSIBILITÀ DELLA FUSIONE "PROPRIA" A FAVORE DI UNA SOCIETÀ DI PERSONE DI NUOVA COSTITUZIONE CON UNICO SOCIO - 1ª pubbl. 9/06 - motivato 9/11)

Si ritiene ammissibile la fusione ("propria" o "in senso stretto") in una società di persone di nuova costituzione con un unico socio, in quanto la società beneficiaria, nel procedimento di fusione "in senso stretto", nasce secondo una genesi affatto diversa dall'ordinario atto costitutivo.

Infatti, in base all'art. 2504 bis, comma 1, c.c., nel testo novellato dal D.Lgs. 6/2003, la fusione tra società non comporta l'estinzione di un soggetto e la correlativa creazione di un diverso soggetto, ma si risolve in una vicenda meramente evolutiva e modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (così Cass., sez. un. 8 febbraio 2006, n. 2637).

In tal caso la società di persone unipersonale originata dalla fusione sarà posta in liquidazione solo qualora, nel termine di sei mesi, non si costituisca la pluralità dei soci.

Paolo Menti © 2015

L.A.30 - (IMPOSSIBILITÀ DI ATTUARE UNA FUSIONE PROPRIA, O UNA SCISSIONE CON BENEFICIARIA DI NUOVA COSTITUZIONE, PREVEDENDO L'INGRESSO DI NUOVI SOCI IN SEDE DI COSTITUZIONE DELLA NUOVA SOCIETÀ - 1^a pubbl. 9/08)

Quando una fusione o una scissione vengono attuate mediante costituzione di una nuova società, appare illegittimo prevedere che a detta nuova società possano partecipare ulteriori soci, rispetto a quelli delle società coinvolte, che entrino a far parte della compagine sociale al momento della sua costituzione, intervenendo nel relativo atto.

La causa della fusione e della scissione è infatti essenzialmente riorganizzativa delle strutture societarie preesistenti.

L'attività di impulso nell'adottare una di tali operazioni è coerentemente rimessa agli amministratori (ai quali solo spetta la predisposizione del progetto) e non ai soci.

L'atto finale di fusione o scissione sarà poi stipulato tra le società preesistenti e non tra i loro soci, questi ultimi infatti sono solo indirettamente interessati dagli effetti di tali operazioni, che, nei loro confronti, devono comunque essere patrimonialmente neutri.

La presenza, quali contraenti, di nuovi soci al momento della stipula dell'atto di costituzione della nuova società, cioè dell'atto di fusione o scissione, appare dunque inconciliabile con lo schema negoziale della fusione e della scissione.

Paolo Menti © 2015

L.A.32 - CONGUAGLI IN DENARO (1^a pubbl. 9/08)

Nella fusione e nella scissione è possibile prevedere conguagli in denaro al solo fine di evitare che all'esito di tali operazioni si formino dei resti.

Nel caso in cui sia possibile determinare un rapporto di cambio che non dia luogo a resti non è dunque consentito prevedere un conguaglio in denaro, anche se l'approvazione del progetto venga deliberata all'unanimità, poiché in tal caso il negozio posto in essere non rientrerebbe esclusivamente nella causa della fusione o della scissione.

In altre parole il disinvestimento parziale che consegue alla percezione di un conguaglio in denaro (il cui onere - nell'ipotesi tipica - grava sulle società e non sui soci), deve avvenire in una forma tipica, ovvero, se in forma atipica, con l'enunciazione di una causa lecita.

Paolo Menti © 2015

L.C.2 - (DEPOSITO BANCARIO A GARANZIA DEI CREDITORI LEGITTIMANTE UNA FUSIONE O UNA SCISSIONE ANTICIPATA - EQUIPARAZIONE A DETTO DEPOSITO DI UNA FIDEIUSSIONE BANCARIA - 1ª pubbl. 9/06)

(...) Poiché il deposito di somme di denaro presso una banca ha natura di deposito irregolare si ritiene (..) equivalente a detta forma di garanzia il rilascio di una fideiussione bancaria (intesa come contratto autonomo di garanzia) avente caratteristiche analoghe al deposito, e quindi:

- sia escutibile a prima richiesta e senza eccezioni;
- l'importo garantito non sia inferiore alla somma necessaria all'integrale pagamento dei creditori che non hanno manifestato il consenso;
- abbia scadenza coincidente con quella naturale dei crediti, salva la facoltà per i terzi creditori di rinunciare a detta garanzia.

Non sono equivalenti al deposito bancario fideiussioni rilasciate da soggetti diversi dalle banche.

Paolo Menti © 2015

L.C.3 - (FUSIONE O SCISSIONE ANTICIPATE IN FORZA DELLA RELAZIONE DI UNA SOCIETÀ DI REVISIONE ATTESTANTE CHE NON SONO NECESSARIE GARANZIE A TUTELA DEI CREDITORI - 1ª pubbl. 9/06)

Al fine di procedere ad una fusione o scissione anticipata è sempre ammissibile, anche nei casi semplificati in cui non si applica l'art. 2501-sexies c.c., che venga formata da un'unica società di revisione una relazione asseverante che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione o scissione renda non necessarie garanzie a tutela dei creditori ai sensi dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 2503 c.c. La nomina dell'unica società di revisione spetta alle società partecipanti, salvo che la società incorporante, la società beneficiaria o la società risultante dalla fusione sia una spa o sapa, nel qual caso la nomina compete al tribunale.

Paolo Menti © 2015

L.D.2 - (LEGITTIMITÀ DELL'ADOZIONE DI UNA DECISIONE DI FUSIONE O SCISSIONE IN PRESENZA DI UN RAPPORTO DI CAMBIO REPUTATO NON CONGRUO DAGLI ESPERTI - 1ª pubbl. 9/08)

Nel caso in cui la relazione degli esperti redatta ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c. reperi non congruo il rapporto di cambio proposto dagli amministratori la decisione di fusione o scissione potrà essere approvata solo con il consenso di tutti i soci delle società coinvolte. Spetta infatti solo ai soci esprimersi sulla effettiva congruità del rapporto di cambio, attribuendo eventualmente rilevanza anche ad elementi extrapatrimoniali o di fatto. Tale valutazione personale, concretizzando di fatto una rinuncia a quella effettuata dagli esperti, dovrà essere operata con il consenso di tutti i soci ai sensi dell'art. 2505-*quater* c.c. (*)

(*) *Il riferimento all'art. 2505-quater va inteso, dopo le modifiche apportate a entrambe le norme dal d. lgs. n. 147/ '09, all'art. 2501-*sexies*, comma 8° e ult, («La relazione di cui al primo comma non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna società partecipante alla fusione»)*

Paolo Menti © 2015

L.D.6 - (INDIVIDUAZIONE DEI POSSESSORI DI STRUMENTI FINANZIARI CHE DANNO DIRITTO DI VOTO LEGITTIMATI AD ESPRIMERE IL CONSENSO DI CUI ALL'ART. 2506-TER, COMMA 4, C.C. - 1ª pubbl. 9/08)

I possessori di strumenti finanziari legittimati a prestare il loro consenso sono esclusivamente quelli cui è attribuito uno specifico diritto di voto in ordine alle fusioni o scissioni, ovvero, un più ampio diritto di voto in ordine alle modifiche dell'atto costitutivo o statuto (*)

(*) *Il riferimento all'art. 2506-ter va inteso, dopo le modifiche apportate dal d. lgs. n. 123/ '12, agli articoli 2501-*quater*, comma 3°, 2501-*quinquies*, comma 4°, e 2501-*sexies*, comma 8° e ult,*

Paolo Menti © 2015

L.D.9 (MODIFICHE AL PROGETTO DI FUSIONE APPORTABILI CON DECISIONE UNANIME DEI SOCI - 1ª pubbl. 9/08)

La decisione dei soci in ordine alla fusione può apportare al progetto anche modifiche che incidano sui diritti dei soli soci (e non dei terzi), a condizione che tale decisione venga approvata con il consenso di tutti i soci rappresentanti l'intero capitale sociale di ciascuna delle società partecipanti alla fusione e a condizione che di dette modifiche sia stata fatta menzione nell'ordine del giorno contenuto nell'avviso di convocazione ovvero, in mancanza di tale menzione, a condizione che l'assemblea dei soci sia riunita in forma totalitaria. Stante quanto sopra si ritiene che i soci possano all'unanimità apportare le seguenti variazioni al progetto:

- modificare le clausole dello statuto della società incorporante o della società risultante dalla fusione;
- modificare il rapporto di cambio, aumentando anche il capitale sociale della società risultante dalla fusione o della società incorporante;
- modificare le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società risultante dalla fusione o della società incorporante;
- modificare la data dalla quale le azioni o le quote assegnande in concambio parteciperanno agli utili;
- modificare la data dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate a bilancio della società che risulta dalla fusione o della società incorporante;
- modificare il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci;
- modificare la data di efficacia fiscale della fusione.

segue →

Paolo Menti © 2015

segue

L.D.9 (MODIFICHE AL PROGETTO DI FUSIONE APPORTABILI CON DECISIONE UNANIME DEI SOCI)

Per converso i soci non possono in sede di decisione di approvazione del progetto di fusione, nemmeno all'unanimità, apportare modifiche che incidano sui diritti di terzi, quali ad esempio:

- diminuire il capitale sociale della società risultante dalla fusione o della società incorporante (nemmeno se ciò derivi da una modifica del rapporto di cambio);
- modificare il trattamento dei possessori di titoli diversi dalle azioni;
- modificare il trattamento eventualmente riservato agli amministratori delle società partecipanti alla fusione, salvo che tale modifica venga approvata all'unanimità da tutti gli amministratori interessati.

Paolo Menti © 2015

L.E.1 - (SCISSIONE O FUSIONE NEGATIVA - 1ª pubbl. 9/08)

È ammissibile la scissione, anche non proporzionale, mediante assegnazione ad una o più beneficiarie di un insieme di elementi patrimoniali attivi il cui valore contabile sia inferiore a quello dell'insieme degli elementi passivi (cosiddetta "scissione negativa"), sempreché il valore economico/reale di quanto complessivamente assegnato sia positivo. In tal caso si ritiene che la beneficiaria della "scissione negativa" debba essere preesistente e l'operazione debba alternativamente attuarsi:

- a) mediante riduzione delle riserve della beneficiaria (ovvero, in carenza di riserve capienti, del capitale) in misura tale da assorbire il netto contabile trasferito;
- b) mediante rilevazione della minusvalenza.

Il principio esposto deve ritenersi applicabile, per l'identica ratio, anche all'ipotesi della fusione, laddove l'incorporata abbia un patrimonio contabile negativo ma reale positivo. Al contrario, non si ritiene ammissibile una scissione o fusione "negativa" nell'ipotesi in cui anche il valore reale del patrimonio assegnato (comprensivo dell'eventuale avviamento) sia negativo, poiché in tal caso non potrebbe sussistere alcun rapporto di cambio. È inoltre da rilevare che una scissione o una fusione "realmente negativa", anche laddove non sia necessario determinare un rapporto di cambio, risulterebbe priva di utilità per la società beneficiaria/incorporante e produrrebbe comunque un'alterazione del valore economico delle partecipazioni preesistenti, in ciò contrastando con la causa stessa di tali operazioni.

Paolo Menti © 2015

L.E.2 - (SCISSIONE NON PROPORZIONALE E SCISSIONE ASIMMETRICA - 1ª pubbl. 9/08)

(*omissis*) [la scissione non proporzionale] si concretizza ogni qualvolta il progetto di scissione preveda una assegnazione ai soci in misura non proporzionale, senza che tale disparità di trattamento sia interamente compensata con conguagli in denaro. Perché ricorra tale fattispecie è tuttavia indispensabile che nessun socio sia escluso dalla assegnazione, anche se minima, di partecipazioni in tutte le società risultanti dalla scissione, compresa la scissa.

La scissione asimmetrica è (...) disciplinata dal secondo periodo del comma 2 dell'art.

2506 c.c., il quale prevede che con il consenso unanime dei soci sia possibile non assegnare ad alcuni di essi partecipazioni in una delle società beneficiarie, ma partecipazioni della scissa.

Tale disposizione, stabilendo un principio generale circa la possibilità per i soci di disporre all'unanimità del loro diritto di partecipare a tutte le società risultanti da una scissione, può essere interpretata estensivamente.

Può quindi ritenersi legittimo che, con il consenso unanime dei soci, ad alcuni di essi non siano assegnate partecipazioni di una o più società risultanti da una scissione (siano esse la scissa o le beneficiarie), compensando tale mancata assegnazione con maggiori partecipazioni in qualsiasi altra o altre società risultanti. Ciò che deve ritenersi in ogni caso non consentito, seguendo il solo schema della scissione non proporzionale o della scissione asimmetrica, è la assegnazione di partecipazioni secondo un rapporto di cambio non congruo, provocando quindi un arricchimento o impoverimento di alcuni soci. Tale eventualità è ovviamente lecita, ma deve essere posta in essere secondo uno schema negoziale tipico che enunci la causa del trasferimento di ricchezza: donazione, vendita, datio in solutum, ecc.

Paolo Menti © 2015

segue →

L.E.10 - (INDIVIDUAZIONE DEI SOCI CHE DEVONO PRESTARE IL PROPRIO CONSENSO AD UNA SCISSIONE ASIMMETRICA – 1ª pubbl. 9/15)

Nella scissione asimmetrica il “consenso unanime” richiesto dall’art. 2506, comma 2 , c.c., deve intendersi come il consenso dei soli soci a cui non siano assegnate partecipazioni in una o più società partecipanti alla scissione, siano esse la scissa o le beneficiarie.

Tale disposizione, infatti, non appare volta a derogare all’eventuale regola maggioritaria vigente nella società scissa per le decisioni dei soci, bensì a tutelare il diritto individuale di ciascuno di essi a non essere estromesso dalle iniziative imprenditoriali cui partecipa.

A quanto sopra consegue che:

- a) il consenso dei soci alla scissione asimmetrica può essere prestato sia al momento dell’approvazione del relativo progetto sia antecedentemente che successivamente a tale momento, purché prima della stipula dell’atto di scissione;
- b) non è necessario che una scissione solo parzialmente asimmetrica sia approvata anche con il consenso di quei soci a cui verranno assegnate partecipazioni in tutte le società risultanti dall’operazione.

Paolo Menti © 2015

L.E.11 - (NON NECESSITÀ DI CONSENSO UNANIME NEL CASO DI SCISSIONE ASIMMETRICA CON FACOLTÀ DI OPZIONE PROPORZIONALE – 1ª pubbl. 9/15)

Nel caso di scissione asimmetrica il cui progetto preveda la facoltà per ciascun socio di optare per la partecipazione in tutte le società interessate all’operazione di scissione in proporzione alla sua quota di partecipazione originaria, non appare necessaria l’esistenza di un consenso unanime all’operazione.

Salvo che il progetto di scissione non disponga diversamente, le minori partecipazioni assegnate a determinati soci per effetto dell’eventuale esercizio dell’opzione proporzionale da parte di altri soci, sono compensate con l’assegnazione proporzionale ai primi della porzione di partecipazioni rifiutata dai secondi, mantenendo in tal modo inalterato il rapporto di cambio.

Paolo Menti © 2015

**L.F.2 - (FUSIONE O SCISSIONE DI SOCIETÀ COOPERATIVA A MUTUALITÀ
PREVALENTE E OBBLIGO DELLA RELAZIONE DEGLI ESPERTI EX ART. 2501
SEXIES C.C. - 1ª pubbl. 9/09)**

La relazione degli esperti prevista dall'art. 2501-*sexies* c.c. è volta a verificare la congruità del rapporto di cambio proposto dagli amministratori in relazione ai patrimoni delle società coinvolte ed alle loro aspettative reddituali.

Pertanto, nel caso di fusione o scissione tra società cooperative a mutualità prevalente in cui il rapporto di cambio, sempre necessario, sia determinato senza aver riguardo ai patrimoni delle società coinvolte (a causa della mancanza nel caso concreto di diritti dei soci sul patrimonio sociale, di riserve divisibili, o comunque di diritti correlati all'entità della partecipazione), non è necessario redigere la relazione degli esperti prevista dall'art. 2501-*sexies* c.c.

In tal caso, infatti, il rapporto di cambio deve essere determinato alla pari, attribuendo cioè a ciascun socio una partecipazione di valore nominale identico a quello della partecipazione precedentemente detenuta.

Quanto sopra trova giustificazione, oltre che nei principi generali e nella evidente inutilità di una relazione di stima dei patrimoni nel caso in cui il rapporto di cambio non sia determinato in base ad essi, dall'applicazione analogica dell'art. 13, comma 40, del D.L. n. 269/03, convertito con legge n. 326/03, il quale espressamente stabilisce per il caso di fusione tra "confidi" - i cui statuti prevedano per i consorziati uguali diritti, senza che assuma rilievo l'ammontare delle singole quote di partecipazione - che non sia necessario redigere la relazione degli esperti prevista dall'art. 2501-*sexies* c.c.

Paolo Menti © 2015