

Studio n. 101-2013/I

Le semplificazioni in materia di documentazione nella fusione e nella scissione

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 febbraio 2013

Sommario: 1. Introduzione; 2. La rinuncia ai documenti ed alle relazioni; 2.1. La rinuncia alla situazione patrimoniale/bilancio di fusione; 2.2. La rinuncia alla relazione dell'organo amministrativo ; 2.3. La rinuncia alla relazione degli esperti; 3. Gli obblighi informativi in capo all'organo amministrativo; 4. Le semplificazioni per le società quotate; 5. Rinuncia alla documentazione di fusione e fusione con indebitamento; 9. Le semplificazioni in materia di scissione.

1. Introduzione

Il d.lgs. 22 giugno 2012, n. 123, di *Attuazione della direttiva 2009/109/CE, che modifica le direttive 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE e la direttiva 2005/56/CE per quanto riguarda gli obblighi in materia di relazioni e di documentazione in caso di fusioni e scissioni*⁽¹⁾, introduce una serie di semplificazioni, in alcuni casi codificando soluzioni alle quali era già pervenuta la prassi interpretativa⁽²⁾. Della novità costituita dalla possibilità di pubblicare il progetto di fusione e quello di scissione sul sito Internet della società, nonché dall'ulteriore novità costituita dalla possibilità di sostituire il deposito nella sede dei documenti di cui all'art. 2501-*septies* con la pubblicazione sul sito internet si tratterà in un diverso studio⁽³⁾. Qui si affrontano le altre novità introdotte dalla Novella.

2. La rinuncia ai documenti ed alle relazioni

Come già previsto per la scissione, ex art. 2506-*ter*, comma 4, c.c., anche per la fusione la Novella consente di rinunciare alla situazione patrimoniale/bilancio di fusione e alla relazione dell'organo amministrativo ed assoggetta ad ulteriori limiti la rinunciabilità (già codificata dall'art. 2501-*sexies*, in esito alla modifica apportata dal d.lgs. 13 ottobre 2007, n. 149) alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio.

Rimangono ferme le considerazioni già svolte dalla dottrina circa le modalità di espressione della rinuncia da parte dei soggetti aventi diritto⁽⁴⁾.

2.1. La rinuncia alla situazione patrimoniale/bilancio di fusione

Con l'aggiunta di un ultimo comma all'art. 2501-*quater*, c.c., si consente l'esenzione per l'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione dalla redazione della situazione patrimoniale laddove vi rinuncino all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle partecipanti.

Alla rinunciabilità con il consenso unanime, peraltro, era già pervenuta una parte della dottrina e della prassi interpretativa⁽⁵⁾, sebbene altra parte della dottrina, con diverse motivazioni, fosse di opposto avviso⁽⁶⁾.

L'argomento dal quale muoveva la tesi favorevole era rappresentato dalla disponibilità dei diritti soggettivi, posto che l'interesse tutelato fosse esclusivamente quello dei soci.

L'argomento principale a sostegno della tesi negativa era invece rappresentato dalla considerazione che la norma fosse posta a tutela anche degli interessi dei creditori, ai quali è riconosciuta la facoltà di opporsi dall'art. 2503 c.c.

2.2. La rinuncia alla relazione dell'organo amministrativo

Il comma 4 dell'art. 2501-*quinquies*, c.c., (richiamato, per la scissione, dall'art. 2506-*ter*) prevede, ora, espressamente la possibilità di prescindere dalla relazione dell'organo amministrativo se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipante alla fusione.

Anche rispetto a tale novità, va segnalato che una parte della dottrina⁽⁷⁾ e la prassi interpretativa⁽⁸⁾ erano pervenute, ancor prima dell'intervento del legislatore, ad una soluzione affermativa.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la relazione degli amministratori sarebbe stata prevista non solo nell'interesse dei soci, ma anche nell'interesse dei terzi creditori, in funzione della valutazione dell'opportunità di esercitare il diritto di opposizione ex art 2503 c.c., con la conseguenza che tale adempimento sarebbe stato estraneo alla sfera di disponibilità dei soci, che non avrebbero potuto rinunziarvi neppure all'unanimità⁽⁹⁾.

2.3. La rinuncia alla relazione degli esperti

Ulteriore modifica rispetto al testo previgente concerne la rinunciabilità alla relazione degli esperti, già ammessa dall'art. 2501-*sexies*, ultimo comma, c.c.⁽¹⁰⁾, essendo a tale fine ora richiesto, oltre al consenso unanime dei soci di ciascuna delle società partecipanti alla fusione (già previsto nella previgente versione dell'art. 2501-*sexies*), anche quello dei possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto.

3. Gli obblighi informativi in capo all'organo amministrativo

Sembra essere un giusto contrappeso all'espressa possibilità di rinunciare, in tutto o in parte, alla documentazione a corredo della fusione (e della scissione) la modifica dell'articolo 2501-*quinquies*, c.c., laddove prevede l'obbligo dell'organo amministrativo di segnalare ai soci in assemblea e all'organo amministrativo delle altre società partecipanti alla fusione (prima che siano tenute le assemblee delle altre società, affinché gli amministratori possano riferirne in assemblea ai soci delle altre partecipanti), le modifiche degli elementi dell'attivo e del passivo eventualmente intervenute tra la data in cui il progetto di fusione è depositato presso la sede della società ovvero pubblicato nel sito Internet della stessa e la data della decisione sulla fusione ⁽¹¹⁾. Tale obbligo informativo, come si è sottolineato nei primi commenti ⁽¹²⁾, prescinde dalla redazione della relazione da parte dell'organo amministrativo ed è volto a completare l'informativa a favore dei soci delle società partecipanti ma anche dei creditori per porli in grado di esercitare il diritto di opposizione, essendo tali notizie rilevabili dal verbale assembleare di approvazione del progetto, che a norma dell'art. 2502-*bis*, c.c. deve essere iscritto nel registro delle imprese e ivi archiviato ⁽¹³⁾.

L'obbligo di informativa si era già in passato ritenuto immanente in capo agli amministratori. Infatti si era affermato che "al verificarsi di notevoli variazioni patrimoniali (o di altre circostanze ostative) imprevedibili, incombe innanzitutto, sull'organo amministrativo, oltreché il dovere di informare i soci (e gli amministratori delle altre società partecipanti), altresì l'obbligo di esprimere una puntuale valutazione orientativa: indicare cioè se, persistendo la praticabilità e l'opportunità della fusione, le variazioni verificatesi rientrano nel margine di congruità del rapporto di cambio proposto ovvero sia opportuno riformulare quest'ultimo nei termini più adeguati alla mutata situazione" ⁽¹⁴⁾.

Il documento di paragone, nel caso in cui si sia rinunciato alla situazione patrimoniale di fusione/di scissione, pare debba essere rappresentato dall'ultimo bilancio depositato, a meno che il progetto – opportunamente - contenga notizie circa lo stato dell'attivo e del passivo delle società partecipanti, nel qual caso la disposizione di legge troverà la sua più agevole applicazione (indicazione consigliabile ma non obbligatoria per legge: infatti, il primo comma dell'art. 2501-*ter*, che reca l'elenco delle indicazioni obbligatorie contenute nel progetto non è stato modificato dalla novella).

Nel caso in cui il progetto taccia in proposito, si deve distinguere: *a)* il caso in cui l'ultimo bilancio sia approvato prima della redazione del progetto, del suo deposito presso la sede o della sua pubblicazione in registro imprese o sul sito internet: in tal caso sarà a tale bilancio che gli amministratori dovranno fare riferimento nel fornire la loro informativa in sede assembleare; *b)* dal caso in cui l'ultimo bilancio sia approvato tra la redazione del progetto/suo deposito presso la sede/sua pubblicazione in registro imprese o sul sito internet e l'assemblea: in tal caso gli

amministratori prudenzialmente dovranno dare notizia sia delle modifiche intervenute rispetto al bilancio approvato prima della redazione del progetto/deposito/pubblicazione sia, ad avviso di chi scrive, dar conto del fatto che, dopo la redazione del progetto/deposito/pubblicazione, è intervenuta l'approvazione di un nuovo bilancio (più recente) notiziando soci della società ed amministratori delle altre società partecipanti circa gli eventuali scostamenti rilevanti riferibili a tale ultimo bilancio.

4. Le semplificazioni per le società quotate

Con la modifica del comma 2 dell'art. 2501-*quater*, c.c., si riconosce per le società quotate la possibilità di sostituire la situazione patrimoniale, oltre che con il bilancio relativo all'esercizio chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione del progetto di fusione (come per qualunque società), anche con la relazione finanziaria semestrale prevista dall'art. 154-*ter*, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, purché non riferita ad una data antecedente sei mesi dal giorno di deposito o pubblicazione del progetto di fusione.

A norma del richiamato art. 154-*ter* entro sessanta giorni dalla chiusura del primo semestre dell'esercizio, gli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine pubblicano una relazione finanziaria semestrale comprendente il bilancio semestrale abbreviato, la relazione intermedia sulla gestione e l'attestazione prevista dall'articolo 154-*bis*, comma 5. La relazione sul bilancio semestrale abbreviato del revisore legale o della società di revisione legale, ove redatta, è pubblicata integralmente entro il medesimo termine.

La pubblicazione di tali documenti è effettuata per legge dalle società quotate presso la sede sociale, sul sito Internet della società e con le altre modalità previste dalla Consob (art. 154-*ter*, d.lgs. 58/1998)

5. Rinuncia alla documentazione di fusione e fusione con indebitamento

La generale rinunciabilità ai documenti di fusione con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione, ora codificata agli artt. 2501-*quater*, comma 3, 2501-*quinques*, comma 4, e 2501-*sexies* comma 8, c.c., non opera, tuttavia, pienamente per le ipotesi di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, essendo in tal caso la rinunciabilità riferibile alla sola situazione patrimoniale.

E ciò non solo, o non soltanto, per la circostanza che a tale fusione non si applicano le semplificazioni previste dagli artt. 2505 e 2505-*bis* c.c., ma soprattutto perché in tale sede le relazioni dell'organo amministrativo e degli esperti si connotano per una funzione ulteriore.

Nella fusione a seguito di acquisizione con indebitamento infatti:

- 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 (art. 2501-*bis*, comma 3);

- la relazione degli esperti deve attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione relative alle risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione (art. 2501-*bis*, comma 4).

Invero, la dottrina ritiene che la verifica cui sono tenuti gli esperti riguardi non solo le indicazioni contenute nel progetto di fusione, ma anche le indicazioni contenute nella relazione degli amministratori e nel relativo piano economico e finanziario, contenente la descrizione dell'intera dinamica dell'operazione, con la precisazione della fonte delle risorse finanziarie, sebbene il comma 4 dell'art. 2501-*bis* non faccia riferimento al comma 3 ma si limiti a richiamare il progetto di fusione di cui al comma 2: ciò in quanto il giudizio a cui sono chiamati gli esperti è sì abbinato solamente al progetto, e non alla relazione, ma essi non potranno esimersi dall'analisi di quest'ultima nell'apprendimento dell'aspetto dinamico dell'operazione, ovvero nell'esame della descrizione delle modalità con cui gli amministratori intendano conseguire liquidità sufficiente per ripianare il debito. "Ne consegue che l'attenzione degli esperti non può prescindere, in effetti, dall'analisi delle modalità di valorizzazione e di reperimento delle risorse finanziarie, come descritte nel piano economico e finanziario, per compiere, quindi, valutazioni di carattere economico-aziendale, proiettabili nel tempo, fino al momento finale del piano, ovvero fino al momento del riequilibrio finanziario" ⁽¹⁵⁾.

Gli esperti sono chiamati, pertanto, non solo a valutare - come di regola - la congruità del rapporto di cambio, ma anche ad esprimersi specificamente sulle proiezioni di rientro dal debito predisposte dagli amministratori, compiendone un'attestazione.

Si tratta, a ben vedere, come affermato anche dalla prassi interpretativa ⁽¹⁶⁾, di un presidio che non ha una rilevanza meramente endosocietaria, ponendosi a tutela non solo dei soci, ma anche dei terzi creditori, che pertanto non è nella disponibilità dell'assemblea, neppure con decisione totalitaria e all'unanimità. Ciò a prescindere dalla posizione che si andrà ad assumere sugli effetti di un eventuale parere negativo reso dagli esperti ⁽¹⁷⁾.

Non sembra che, rispetto a tale affermazione, la codificata rinunziabilità alla relazione degli esperti prima (nel 2009) e a quella degli amministratori dopo (nel 2012) possano mutare la conclusione cui si era pervenuti, perché la funzione informativa non meramente endosocietaria che hanno tali documenti nella fusione con indebitamento rimane intatta.

6. *Le semplificazioni in materia di fusione di società interamente possedute e di fusione di società possedute al 90%*

Il d.lgs. 123/2012 modifica le condizioni alle quali è subordinata – nella fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le quote o azioni della prima - la possibilità di prevedere nell'atto costitutivo o nello statuto la competenza dell'organo amministrativo in luogo di quella dei soci.

Il legislatore comunitario impone, infatti:

a) che siano rispettate da tutte le società partecipanti alla fusione le disposizioni in materia di pubblicità del progetto di fusione;

b) che sia garantito ai soci della società incorporante di prendere visione e di estrarre copia oltre che del progetto di fusione, dei bilanci e delle relative relazioni degli ultimi tre esercizi e della situazione patrimoniale (nel caso di fusione per incorporazione di società interamente posseduta non si fa luogo alla redazione della relazione dell'organo amministrativo e alla relazione degli esperti indipendenti);

c) che sia garantito ad una minoranza qualificata di azionisti di chiedere la convocazione dell'assemblea per deliberare sulla fusione.

A tal fine, al comma 2 dell'art. 2505, c.c., sono stati introdotti i riferimenti all'articolo 2501-*ter*, commi 3 e 4 (condizione di cui alla lett. *a*): pubblicazione del progetto di fusione nel registro delle imprese o sul sito internet della società; decorso di trenta giorni, salvo rinuncia con il consenso unanime, tra data di pubblicazione del progetto e sua approvazione), nonché, quanto alla società incorporante, quelle dell'articolo 2501-*septies* (condizione di cui alla lett. *b*): deposito e pubblicazione dei documenti).

Si tratta di disposizione applicabile anche alla scissione in forza del richiamo di cui al comma 5 dell'art. 2506-*ter*, c.c.

Viene modificato, inoltre, l'art. 2505-*bis*, c.c., relativo alla fusione per incorporazione di società possedute al 90%, per la quale il legislatore comunitario - a condizione che sia 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 - non richiede più né la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, né la redazione della situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo venendo così meno anche relativi obblighi di pubblicazione. Al primo comma dell'articolo 2505-*bis* è stato di conseguenza aggiunto il riferimento agli articoli che non risultano più applicabili.

Infine, la possibilità di prevedere nell'atto costitutivo o nello statuto la competenza dell'organo amministrativo in luogo di quella dei soci per la decisione della fusione per

incorporazione di società possedute al 90%, è subordinata all'osservanza da parte delle società partecipanti dell'intero art. 2501-*septies* e non più dei soli commi 1 e 2.

Si tratta, anche qui, di disposizione applicabile alla scissione in forza del richiamo di cui al comma 5 dell'art. 2506-*ter*, c.c.

9. le semplificazioni in materia di scissione

La direttiva 2009/109/CE impone agli Stati membri di non richiedere, nel caso di scissione mediante costituzione di nuova società, qualora non siano previsti criteri di attribuzione delle azioni o quote diversi da quello proporzionale, la redazione della relazione degli esperti, riconoscendo anche la facoltà di non pretendere la relazione dell'organo amministrativo e la situazione patrimoniale, esentando quindi la società dai relativi obblighi di pubblicazione.

In attuazione di tale previsione, viene modificato il comma 3 dell'art. 2506-*ter*, con l'aggiunta del riferimento agli artt. 2501-*quater* e 2501-*quinquies*.

Il legislatore amplia, quindi gli esoneri documentali in ipotesi di scissione mediante costituzione di nuova società, con criteri di attribuzione delle azioni o quote di tipo proporzionale: di conseguenza non sono più richiesti *ex lege*, oltre alla relazione degli esperti, infatti, né la relazione dell'organo amministrativo, né la situazione patrimoniale.

In conseguenza della modifica delle condizioni previste dalla direttiva comunitaria per la attribuzione all'organo amministrativo della decisione di scissione, viene modificato anche il quinto comma dell'articolo 2506-*ter*, per rinviare all'articolo 2505, limitatamente ai commi primo e secondo (escludendosi, quindi, la facoltà dei soci che rappresentino il 5% del capitale di chiedere che la decisione di approvazione della fusione da parte della incorporante medesima sia adottata dall'assemblea).

In questa sede preme ricordare come, ancora una volta, il legislatore, pur riscrivendo la disciplina delle norme sulla fusione applicabili alla scissione, non abbia previsto il rinvio all'art. 2505-*quater* c.c.⁽¹⁸⁾

Nicola Atlante e Antonio Ruotolo

1) Il Consiglio europeo, riunito l'8 e il 9 marzo 2007, ha convenuto sulla necessità di ridurre del 25 % gli oneri amministrativi a carico delle società entro il 2012, al fine di accrescere la competitività delle imprese comunitarie. Il settore del diritto societario è stato identificato come un settore fonte di numerosi obblighi di informazione a carico delle società, alcuni dei quali sembrano superati o eccessivi. Occorre pertanto riesaminare tali obblighi e, laddove appropriato, ridurre gli oneri amministrativi gravanti sulle società all'interno della Comunità al minimo necessario per proteggere gli interessi delle altre parti in causa.

- 2) Per un primo commento, RUOTOLO - BOGGIALI, *Modifiche riguardanti gli obblighi in materia di relazioni e di documentazione in caso di fusioni e scissioni introdotte con il d.lgs. 22 giugno 2012, n. 123*, in *CNN Notizie* del 6 agosto 2012.
- 3) Per i primi commenti: BUSANI, *Ma ... internet "semplifica" davvero fusioni e scissioni?*, in *Società*, 2012, 1033; NASTRI - BECHINI, *Perduti nel web: pubblicazione del progetto di fusione sul sito Internet della società*, in *Società*, 2012, 1035.
- 4) La dottrina è propensa ad ammettere che la rinuncia non debba necessariamente avvenire in assemblea, e che quindi non sia necessario che all'assemblea chiamata a deliberare sulla fusione debbano partecipare tutti i soggetti aventi diritto al voto: pertanto, la rinuncia del socio non presente in assemblea può anche essere esterna alla riunione assembleare, trattandosi di atto che per definizione il socio compie *uti singulus* e non *uti socius* (così MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 217 ss., con riferimento alla rinuncia al termine fra iscrizione del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione, e 629 ss., con riferimento alla rinuncia dei soci alla relazione di stima sulla congruità del rapporto di cambio. Nello stesso senso, Scognamiglio, *Le fusioni e le scissioni "semplificate"*, in *Riv. not.*, 2003, 894; BRODASCA, *sub art. 2505-quater*, in *Trasformazione-fusione-scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Notari, Milano, 2006, 1023; CACCHI PESSANI, *sub art. 2501-quater*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Notari, Milano, 2006, 615; SANTAGATA, *La fusione (semplificata) di società non azionarie*, in *Il Nuovo Diritto delle Società - Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, cur. Abbadesse - Portale, 4, 329). Analogamente, ATLANTE, *La fusione*, in *CNN, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 506, secondo cui appare ammissibile una sorta di "consultazione referendaria su iniziativa degli amministratori" anticipata rispetto alla riunione dei soci.
- 5) Sul punto, v. gli Orientamenti in materia di Atti societari L.D.4 (*Derogabilità a parte dei procedimenti di fusione o scissione nelle società con capitale non rappresentato da azioni - 1° pubbl. 9/08*) e L.D.5 (*Derogabilità a parte dei procedimenti di fusione o scissione nelle società con capitale rappresentato da azioni - 1° pubbl. 9/08*) del Comitato Triveneto dei Notai. In dottrina, PICONE, *Sub art. 2506-ter*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Notari, Milano, 2006, 1151; Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 7**2, Torino, 2004, 450.
- 6) V. le diverse motivazioni in MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 229 ss. e in CACCHI PESSANI, *sub art. 2501-quater*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - M. Notari, Milano, 2006, 564.
- 7) Tale dottrina individua nell'art. 2505 c.c. - secondo cui la relazione in esame può essere omessa nel caso di fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o le quote della prima, nella quale per definizione manca la fissazione di un rapporto di cambio - un elemento che porta a concludere per la rinunziabilità. «Ma se la relazione degli amministratori» si afferma «fosse effettivamente diretta a tutelare interessi diversi da quelli dei soci non sarebbe possibile farne a meno, per quegli aspetti che prescindono dalla fissazione del rapporto di cambio, neanche nella fusione per incorporazione di società interamente possedute. In tale fusione infatti gli interessi dei terzi e dei creditori meritano tutela non diversamente da ogni altro tipo di fusione. Tant'è che, secondo un'opinione dottrina, la relazione degli amministratori sarebbe obbligatoria anche nella fusione nella quale non si faccia luogo ad alcun rapporto di cambio, con la precisazione che in tal caso ovviamente nella relazione non potrebbero né dovrebbero essere contenute le parti relative all'illustrazione di tale rapporto. L'alternativa interpretativa forse più plausibile è che la formulazione dell'art. 2501-quinquies c.c. sia approssimativa ed infelice e che essa intenda in realtà fare riferimento esclusivamente a ciò che attiene al rapporto di cambio, come potrebbe dedursi dall'espressione "in particolare" riferita a tale rapporto» (così Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 239; nello stesso ordine di idee CACCHI PESSANI, *sub art. 2501-quinquies*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Notari, Milano, 2006, 590 s., per il quale l'art. 2505 mostra come, tra due interessi egualmente rilevanti sotto il profilo economico - quello dei creditori e quello dei soci - la legge attribuisca rilevanza giuridica solamente a quello dei soci. La relazione dell'organo amministrativo, infatti, può essere omessa indipendentemente da ogni considerazione relativa ai creditori, il cui interesse a conoscere il valore di capitale economico delle società partecipanti evidentemente non muta a seconda che la fusione incida o meno sulle posizioni relative dei soci). Ne consegue, pertanto, secondo tale impostazione, che «la relazione dell'organo amministrativo può essere omessa non solo nel caso in cui, oggettivamente, non è necessaria ai fini dell'apprezzamento da parte dei soci dei valori di scambio della fusione (vale a dire quando manca il rapporto di cambio o quando questo non esprima alcun valore di scambio, perché la fusione non può incidere sulle posizioni relative dei soci) ma anche quando i soci stessi, con una propria valutazione soggettiva, ritengono di non avere bisogno di conoscere le valutazioni dell'organo amministrativo circa il capitale economico delle società partecipanti per poter apprezzare e valutare la convenienza dell'operazione, e si

accontentano quindi di decidere la fusione alle condizioni indicate nel progetto, rinunciando - all'unanimità - alla relazione».

- 8) Orientamenti in materia di Atti societari L.D.4 (*Derogabilità a parte dei procedimenti di fusione o scissione nelle società con capitale non rappresentato da azioni* - 1° pubbl. 9/08) e L.D.5 (*Derogabilità a parte dei procedimenti di fusione o scissione nelle società con capitale rappresentato da azioni* - 1° pubbl. 9/08) del Comitato Triveneto dei Notai.
- 9) SALVATO, *Le operazioni di fusione e scissione delle società*, in *Manuale di volontaria giurisdizione*, a cura di Salafia, Milano, 1999, 618; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 63; CARATOZZOLO, *I bilanci straordinari. Profili economici, civilistici, tributari*, Milano, 1996, 243; SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7**1, Torino, 2004, 295; SPOLIDORO, in Serra – Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, 1994, 59. In giurisprudenza, Trib. Brescia, 11 marzo, 1998, in *Società*, 1998, 701, relativamente alla scissione, nonché Trib. Napoli, 15 febbraio 1996, in LAURINI – SALVATO – FIMMANÒ, *Statuti e atti societari nella giurisprudenza onoraria*, Padova, 1996, 91. Un argomento evocato a supporto di tale ricostruzione viene individuato nell'art. 2505-*quater*, che nelle sole fusioni alle quali non partecipino società il cui capitale sia rappresentato da azioni consente, con il consenso unanime dei soci delle società coinvolte, la rinuncia alla relazione degli esperti ma non anche a quella degli amministratori.
- 10) Anche prima di tale previsione, introdotta dal d.lgs. 147/2009, che sotto tale profilo aveva riallineato la disciplina della fusione a quella della scissione (v. art. 2506-*ter*, comma 4, c.c.) il Notariato era pervenuto in via interpretativa ad ammettere la rinuncia alla relazione degli esperti: questa, riguardando la congruità dei valori di scambio della fusione, è diretta a tutelare l'interesse dei soci, i quali vi possono quindi rinunciare all'unanimità (MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 624; ATLANTE, *La fusione semplificata*, in *Fondazione Italiana per il Notariato, Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 22; SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate"*, cit., 894; DI VITA, *La fusione semplificata nella riforma delle società*, in *CNN, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 589. V. anche la Massima n. 26 del Consiglio Notarile di Milano, del 22 marzo 2004 [*Esonero dall'obbligo di far redigere la relazione degli esperti nella fusione (art. 2501-sexies c.c.)*], secondo la quale " L'art. 2506-*ter*, comma 4, c.c. è norma applicabile, per effetto di interpretazione estensiva, anche alla fusione, in quanto conferma che la relazione degli esperti di cui all'art. 2501-*sexies* c.c. è posta nell'esclusivo interesse dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto, e non nell'interesse dei creditori sociali o dei creditori particolari dei soci e neppure a tutela della intangibilità del capitale. La normativa comunitaria e l'esistenza dell'art. 2505-*quater* c.c. non impediscono tale estensione anche al caso in cui alla fusione partecipino società per azioni. Può quindi essere confermata la massima già elaborata da questa Commissione (richiedendosi ovviamente il consenso oltre che dei soci anche dei portatori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto) secondo la quale "non è necessaria la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, ai sensi dell'art. 2501-*quinquies* c.c. allorché tutti i soci delle società partecipanti alla fusione o alla scissione vi abbiano rinunciato e di ciò si faccia constare nei relativi verbali assembleari, ferma restando l'eventuale applicabilità dell'art. 2343 c.c." Sul punto, più diffusamente, v. RUOTOLO – BOGGIALI, *Rinunciabilità con il consenso unanime alla relazione degli esperti anche per le fusioni di società azionarie. La modifica dell'art. 2501-*sexies**, in *CNN Notizie* del 2 novembre 2009. Già la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere di società prevedeva all'articolo 8 che i soci di tutte le società partecipanti alla fusione potessero rinunciare all'unanimità alla redazione della relazione degli esperti, facoltà recepita nell'articolo 9, comma 4 del d.lgs. 108/2008, attuativo in Italia della direttiva. Con l'equiparazione ad opera della direttiva 2007/63/CE, recepita con decreto legislativo 13 ottobre 2009, n. 147, della disciplina della fusione tra società italiane e di quella fusione transfrontaliera, cui ora si applica il procedimento della fusione tra società italiane, la previsione dell'art. 9, comma 4, si rende superflua, e ne è pertanto stata disposta l'abrogazione.
- 11) Già l'art. 2446, primo comma, ultimo periodo, c.c., prevede una analogo obbligo a carico degli amministratori che, in assemblea "devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione". Analogia colta già da BUSANI, *Ma ... internet "semplifica" davvero fusioni e scissioni?*, cit., 1033 s.
- 12) BUSANI, *Ma ... internet "semplifica" davvero fusioni e scissioni?*, cit., 1033.
- 13) Cenni al procedimento di iscrizione degli atti nel registro delle imprese ed alla loro archiviazione si rinviengono in ATLANTE, *La pubblicità nel diritto dell'impresa*, in *Le pubblicità*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2009, 393 s.
- 14) SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 411. Sulla questione, v. anche ATLANTE – MALTONI – RUOTOLO, *Il "termine massimo" per la conclusione del procedimento di fusione* (Studio n. 154-2007/I), in *Studi e materiali*, 2008, 617 ss.
- 15) ARDIZZONE, *sub art. 2501-bis*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006, 501 ss.
- 16) In tal senso si esprimono anche gli Orientamenti della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano [massima n. 60. Attestazioni dell'esperto in caso di fusione con indebitamento e di fusione anticipata (artt. 2501-bis, comma 4, e 2503, comma 1, c.c.) del 19 novembre 2004], secondo cui "L'attestazione richiesta

dall'art. 2501 bis, comma 4°, c.c., nell'ambito della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, deve essere resa anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o comunque in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio”.

- 17)** Nel senso che i soci sarebbero comunque liberi di deliberare l'operazione, mentre i terzi sarebbero tutelati dalla possibilità di far valere l'opinione degli esperti nel relativo giudizio di opposizione ovvero in sede di richiesta di risarcimento per eventuali danni, ARDIZZONE, *sub art. 2501-bis*, cit., 505; nel senso che la mancata – o negativa – attestazione impedisce alla fusione di proseguire il suo corso, FERRI JR. – GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, - 4: *Scioglimento - Trasformazione - Fusione - Scissione - Società cooperative*, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 258.
- 18)** Si potrebbe, tuttavia, attribuire il mancato richiamo ad un puro difetto di coordinamento (in tali termini si esprimeva già PICONE, *Sub art. 2506-ter*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Notari, Milano, 2006, 1163, in seguito alle modifiche introdotte con il provvedimento correttivo contenuto nel d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310). Di conseguenza, potrebbe affermarsi che le semplificazioni dettate dall'art. 2505-*quater* c.c. nell'ambito della fusione, nonostante la mancanza di una norma di richiamo, possano trovare applicazione al procedimento di scissione (in senso negativo, NORMANN, *Sub art. 2506-ter*, in *Codice commentato delle società* a cura di Abriani – Stella Richter, Torino, 2010, 2418; SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 544 ss.; nello stesso senso, TAMBURINI, *sub art. 2506. Forme di scissione*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, IV, Padova, 2005, 2599. Per la applicabilità, PICCIAU, *La scissione semplificata*, in Fondazione Italiana Per il Notariato, *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 40; ZAMPAGLIONE, *Termine per l'opposizione dei creditori nella scissione di società non azionarie*, in *Notariato*, 2007, 430 ss., nonché l'Orientamento Triveneto in materia di Atti societari L.A.8 (*Riduzione dei termini nelle scissioni in cui non partecipano spa, sapa o coop. per azioni - 1° pubbl. 9/04 - motivato 9/11*). Sul punto v. anche SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 446, n. 72).

(Riproduzione riservata)