

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5620/I

Fusione, scissione e società di persone

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 31 marzo 2005

1. Scopo dello studio e prospettive di indagine.

Il presente studio intende analizzare le operazioni di fusione e di scissione nell'ottica di un coinvolgimento in esse di una società di persone.

L'analisi sarà condotta lungo due direttrici.

In primo luogo, dato il procedimento di fusione/scissione così come disegnato dal legislatore, si vaglieranno i processi organizzativi propri delle società di persone tramite i quali allo stesso si può dar attuazione, con un approccio che non pare conoscere approfondimenti particolari in dottrina e giurisprudenza. In tale prospettiva il procedimento resta sullo sfondo, come dato normativo, divenendo protagonista l'organizzazione della società di persone.

Successivamente, invertendo la prospettiva, si intende esaminare il rapporto fusione/scissione – società di persone dal punto di vista del procedimento. In altri termini, si verificheranno le regole attuative del medesimo procedimento e la loro derogabilità qualora siano coinvolte società di persone. Tale metodo di indagine è quello normalmente utilizzato da coloro che studiano la fusione e la scissione di società, anche se occorre ammettere che lo stesso ha condotto a scarsi approfondimenti delle problematiche inerenti le società di persone, normalmente assimilate agli altri tipi societari, salvo alcune peculiarità procedurali.

2. Partecipazione ai procedimenti di fusione o di scissione e regole di organizzazione delle società di persone.

L'intento di focalizzare l'analisi in prima battuta sulle regole organizzative della società di persone suggerisce l'opportunità di prendere in considerazione partitamente i tre momenti in cui si articola il procedimento di fusione/scissione, nella consapevolezza che "al risultato finale non si può pervenire se non attraverso una fase di preparazione di un programma unitario e concordato, una decisione dei soci avente ad oggetto la modifica della struttura organizzativa, ed un atto formale di integrazione dell'efficacia, veicolo di esteriorizzazione dell'evento ⁽¹⁾".

La prospettiva adottata rende superflua ogni distinzione fra il procedimento di fusione e il procedimento di scissione.

a) La redazione del progetto di fusione/scissione e l'esecuzione degli ulteriori adempimenti antecedenti la decisione dei soci.

La prima fase in cui si articolano entrambi i procedimenti si compone di una serie di adempimenti che le norme pongono in via esclusiva a carico "dell'organo amministrativo delle società partecipanti": redazione del progetto di fusione/scissione (2501 *ter* – 2506 *bis*), redazione delle situazioni patrimoniali (2501 *quater* – 2506 *ter*), redazione delle relazioni illustrative (2501 *quinquies* – 2506 *ter*), deposito di tutti i suddetti documenti presso la sede sociale ed iscrizione del progetto di fusione/scissione presso il Registro delle Imprese.

La disciplina normativa riconosce la natura e il rilievo essenzialmente gestionali delle operazioni straordinarie in esame, natura e rilievo che risultano amplificati sul piano sistematico dalle nuove disposizioni degli articoli 2505 e 2505 *bis* (richiamati entrambi per la scissione dall'art. 2506 *ter* ultimo comma) ⁽²⁾.

E' dato interpretativo reso incontrovertibile dall'esperienza storica che alla base della profonda ristrutturazione aziendale che in ogni caso la fusione e la scissione comportano vi sia una scelta gestoria promossa, condotta "e messa a punto in tutti i suoi dettagli operativi da chi è preposto a tale funzione operativa nell'ambito delle singole società partecipanti ⁽³⁾".

Qualora la fusione coinvolga più società partecipate da soci diversi la redazione del progetto di fusione rappresenta l'atto conclusivo di una fase dedicata all'analisi dei profili finanziari, strutturali, organizzativi che il nuovo assetto può determinare per ogni compagine associativa.

Dunque in tale ipotesi è maggiormente evidente la ricorrenza di una attività di matrice essenzialmente gestionale, in quanto volta a verificare le ragioni di opportunità e convenienza di un accordo di programma che si traduce nel progetto di fu-

sione, al punto che parte della dottrina non esclude la possibilità di attribuire “rilevanza giuridica alla fase pre – progettuale, che almeno nel caso di partecipazione all’operazione di più società si pone in termini di trattative dirette alla definizione di un progetto, ove risulta di fondamentale importanza il ruolo degli obblighi informativi” ⁽⁴⁾.

Ma anche nel caso frequentissimo di fusione per incorporazione di società integralmente posseduta l’operazione presuppone una valutazione preventiva in chiave gestionale, dal momento che conduce alla sostituzione della partecipazione totalitaria con gli elementi patrimoniali della società posseduta, generando un significativo fenomeno di integrazione aziendale.

Analoghe riflessioni possono essere estese alla scissione, data la polivalenza funzionale ad essa ascrivibile sul piano della riorganizzazione aziendale ed associativa alla luce delle novità introdotte dalla riforma.

Qualora il procedimento di fusione/scissione coinvolga una società di persone la fase progettuale dell’operazione porta in primo piano le regole di amministrazione contenute nei patti sociali e disciplinate dagli artt. 2257 e 2258.

Per comodità espositiva conviene dunque analizzare tale fase rispetto ad ogni modello gestionale astrattamente ammissibile nelle società di persone.

a) Amministrazione disgiuntiva: Qualora la società sia gestita secondo il modello dell’amministrazione disgiuntiva, ogni amministratore è teoricamente investito dell’integrale potere di amministrare e può esercitarlo anche all’insaputa degli altri, cui spetta il diritto di opposizione ⁽⁵⁾.

Il singolo amministratore può dunque porre in essere ogni atto di gestione, a prescindere dalla sua incidenza sul patrimonio sociale, purché compreso nell’ambito dell’oggetto sociale.

Rispetto alle operazioni in esame, i principi esposti dovrebbero condurre alla pacifica conclusione per la quale la fase progettuale e pre-progettuale possono essere condotte e concluse in via autonoma da un unico amministratore con la sottoscrizione e il deposito del progetto di fusione/scissione e degli altri documenti.

Lo scenario delineato appare più teorico che realista, dal momento che le fasi prodromiche alla fusione o alla scissione finiscono inevitabilmente per coinvolgere, quantomeno sul piano della comunicazione, tutte le componenti societarie.

La necessità di predisporre situazioni patrimoniali di riferimento (art. 2501 *quater*) impone di tener conto dell’attività complessivamente posta in essere da tutti gli amministratori, che pertanto dovranno mettere a disposizione i dati in loro possesso ⁽⁶⁾.

La stessa possibilità di avvalersi di procedure abbreviate postula un'attività di consultazione informale con i soci al fine di acquisire il consenso alla riduzione dei termini fra il deposito o l'iscrizione del progetto e la decisione di approvazione ⁽⁷⁾.

Ammesso ciò, la questione interessa al più limitato fine di valutare la legittimità formale di un progetto di fusione/scissione, di situazioni patrimoniali e di relazioni esplicative ai sensi degli artt. 2501 *quinquies* e 2506 *ter* redatti e sottoscritti, e come tali formalmente imputabili, ad un solo amministratore.

Il riferimento contenuto negli artt. 2501 *ter* e 2506 *bis* all'"organo amministrativo", complessivamente considerato, può alimentare il dubbio circa la necessità di una predisposizione collettiva di tali documenti, in deroga alla scelta organizzativa di consentire l'amministrazione disgiunta.

Il margine di dubbio potrebbe risultare incrementato dal potenziale rilievo sistematico ascrivibile a due norme rintracciate nella disciplina delle società di capitali, e segnatamente dalle norme contenute:

- a) nell'art. 2381, quinto comma, che vieta espressamente la possibilità di delegare la redazione del progetto di fusione/scissione;
- b) nell'art. 2475 ultimo comma, letto in combinato disposto con il terzo comma del medesimo articolo, da cui si ricava la regola per la quale, se anche l'atto costitutivo attribuisce agli amministratori poteri di amministrazione in forma disgiunta o congiunta alla stregua di quanto dettato negli artt. 2257 – 2258, la redazione del progetto di fusione/scissione è rimessa tuttavia all'organo in forma collegiale.

Analizzando la prima disposizione, e riprendendo considerazioni svolte già anteriormente alla riforma, la dottrina evidenzia il profilo organizzativo dell'attività nella circostanza posta in essere dall'organo amministrativo, profilo che avrebbe consigliato il coinvolgimento di tutti gli amministrazioni in funzione di una miglior ponderazione della decisione ⁽⁸⁾.

A seguito della riforma il divieto di delega, circoscritto alla redazione del progetto ⁽⁹⁾, risulta coerente con il principio, espresso dall'art. 2381, secondo il quale "il consiglio di amministrazione valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società" ⁽¹⁰⁾.

Malgrado l'incertezza seguita alla contaminazione della norma operata dall'*errata corrige* del luglio 2003, l'ultimo comma dell'art. 2475 sembra imporre una redazione collegiale del progetto di fusione/scissione ⁽¹¹⁾.

La giustificazione della norma mi pare debba essere colta sul piano sistematico. Al proposito si possono rilevare due dati ermeneutici.

L'elenco degli atti esclusi in via di eccezione legale dall'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva ripete nella sostanza il catalogo delle materie non delegabili di cui all'art. 2381.

Inoltre, uno degli atti compresi nell'elenco, ovvero la redazione del progetto di bilancio, è necessario per la vita sociale e si ripropone con cadenza annuale. Il che significa che almeno una volta all'anno gli amministratori della società a responsabilità limitata, sia che agiscano disgiuntamente, sia che agiscano congiuntamente, devono riunirsi "in consiglio di amministrazione".

L'immagine che si ricava dal tessuto normativo, soprattutto in forza del rinvio compiuto dal comma terzo al comma quinto dell'art. 2475, è quella di un organo amministrativo pluripersonale che può amministrare con diversi schemi di azione, quindi anche in forma disgiunta o congiunta, ma che resta unico ed unitario sul piano della valutazione dell'assetto patrimoniale complessivo della società e sul piano della responsabilità.

Tale opzione interpretativa da un lato è suggerita dalla struttura organica mantenuta dalla società a responsabilità limitata quantomeno in via residuale, dall'altro giustifica l'estensione sostanziale dei divieti di delega alle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia esercitata in forma disgiunta o in forma congiunta.

Nelle società di persone la disciplina privilegia senza dubbio il momento della gestione rispetto a quello della formazione della volontà collettiva e riconosce la normale compenetrazione tra socio e gestione, negando così la sussistenza di una struttura organica dell'amministrazione ⁽¹²⁾.

Per coerenza con tale impostazione lo schema di azione di *default* è rappresentato dall'amministrazione disgiuntiva, senza obbligo di preventiva informazione, come desumibile dal riconoscimento del diritto di opposizione, con il doppio inconveniente, normativamente accettato, della mancanza di coordinamento e della soggezione di ogni socio al rischio per operazioni compiute a sua insaputa ⁽¹³⁾.

La diversa struttura organizzativa delle società di persone sul piano dell'azione amministrativa rende quindi impraticabile dal punto di vista sistematico un'applicazione analogica discendente delle regole e dei divieti espressi negli artt. 2381 e 2475 c.c.. Non ricorre mai, infatti, quell'esigenza di unità di azione sulla quale si fonda il divieto di delega.

Ne consegue, in definitiva, che ogni amministratore di società di persone gestita con il metodo "ad amministrazione disgiunta" potrà procedere alla redazione ed alla sottoscrizione, in quanto dotato del potere di rappresentanza *ex art. 2260*, del progetto di fusione/scissione.

Un conforto indiretto all'opzione interpretativa proposta proviene dall'opinione comunemente diffusa in tema di redazione del bilancio, atto non delegabile ai sensi degli artt. 2381 e 2475.

In proposito si deve rilevare che la dottrina è orientata pacificamente nel senso di ritenere che in regime di amministrazione disgiuntiva anche la redazione del bilancio di una società di persone può essere compiuta da un solo amministratore, benché debba tener necessariamente conto delle operazioni compiute da tutti, anche separatamente ⁽¹⁴⁾.

Nulla osta, pertanto a ritenere, per simmetria concettuale, che anche il progetto di fusione/scissione possa essere atto individuale del singolo amministratore.

La medesima conclusione potrà essere estesa a maggior ragione alla redazione di tutti gli altri documenti richiesti nella fase progettuale delle operazioni straordinarie in esame.

Le considerazioni riportate in tema di bilancio si estendono *a fortiori* alla situazione patrimoniale richiesta dall'art. 2501 *quater*, stante anche l'equivalenza instaurata dal secondo comma del medesimo articolo con lo stesso bilancio di esercizio.

A maggior ragione alcun problema ai fini della competenza redazionale coinvolge la relazione prevista negli artt. 2501 *quinquies* e 2506 *ter*.

Un'ultima considerazione attiene alla possibilità di esercitare il diritto di opposizione di cui all'art. 2257 alle attività progettuali dell'operazione di fusione o di scissione.

La necessaria approvazione del progetto di fusione o di scissione da parte della compagine sociale induce d'acchito a ritenere irrilevante lo strumento dell'opposizione, fino al punto da considerarlo improcedibile per evitare una duplicazione pleonastica di situazioni ⁽¹⁵⁾.

A ben vedere, tuttavia, la fase progettuale e pre progettuale delle operazioni di fusione e scissione comporta il compimento di una serie di atti e in generale di un'attività che non solo finiscono per coinvolgere di fatto tutti gli amministratori, come sopra evidenziato, ma che possono anche sfociare, qualora siano coinvolte più società diversamente partecipate, in trattative e accordi cui potrebbe essere ascritto rilievo giuridico pre contrattuale: basta pensare, in proposito, agli obblighi di comunicazione reciproca e di conseguente riservatezza che possono scaturirne.

In tale prospettiva non è pertanto inutile riconoscere ad ogni amministratore la possibilità di opporsi all'avvio del procedimento di fusione/scissione da uno fra essi intrapreso prima che si giunga al deposito ed all'iscrizione del progetto, atto conclusivo di una fase già densa di fatti, investendo i soci in via preventiva della de-

cisione circa l'opportunità o meno di procedere all'analisi ed alla progettazione di quella particolare operazione di fusione o di scissione.

b) Amministrazione solo congiuntiva: Nessuna questione sorge in materia. Gli amministratori procederanno congiuntamente in conformità a quanto previsto nei patti sociali.

c) Combinazione di regole di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva. L'esperienza insegna che soci prediligono nella maggior parte dei casi modelli amministrativi misti, che sappiano coniugare la flessibilità operativa dell'amministrazione disgiuntiva con le garanzie di reciproco controllo preventivo assicurate dall'amministrazione congiunta. Per tale motivo di regola la prassi consegna al modello congiuntivo i cd. atti di straordinaria amministrazione. E' notazione comune che non sussista una nozione legale di straordinaria amministrazione da contrapporre a quelle di ordinaria amministrazione.

Se tuttavia si conviene con l'idea che in quest'ultimo insieme siano da comprendere gli atti che caratterizzano l'attività tipica indicata nell'oggetto sociale, ne consegue oltre ogni margine di dubbio che l'attività progettuale della fusione e della scissione rientra nell'ambito delle operazioni straordinarie, per il compimento delle quali gli amministratori dovranno agire congiuntamente.

Ne consegue che il progetto di fusione/scissione, nonché tutti gli altri documenti compresi nella fase preparatoria, dovranno essere sottoscritti da tutti gli amministratori rappresentanti ai quali i patti sociali riconoscano una legittimazione congiunta.

La scelta organizzativa può divenire più complessa laddove i patti sociali impongano l'amministrazione congiunta solo per specifici atti fra i quali non sia compresa la redazione del progetto di fusione/scissione.

La soluzione al dilemma deve essere cercata tramite un'attenta analisi degli effetti che l'atto da porre in essere, ovvero la redazione del progetto di fusione/scissione, è idoneo a produrre.

Il fine della ricerca consiste nella verifica se tale atto sia capace di produrre effetti assimilabili a quelli conseguenti agli atti per i quali è imposta l'amministrazione congiuntiva, così da costringere ad applicare quest'ultima regola gestionale per analogia funzionale.

In tale prospettiva si può rilevare che la sola redazione del progetto di fusione/scissione non determina alcuna conseguenza organizzativa o patrimoniale sulla società, se non nei limiti di una possibile responsabilità precontrattuale, se ammessa. L'unico effetto consiste nell'avvio del procedimento, il cui cardine è rappresenta-

to dall'atto di approvazione intermedia, affidato di *default* ai soci.

Atteso ciò, si deve ritenere che nella situazione organizzativa prefigurata la redazione del progetto di fusione/scissione possa competere ad ogni amministratore disgiuntamente dagli altri.

Postilla: E' evidente che qualora i poteri di amministrazione e rappresentanza siano attribuiti congiuntamente a tutti i soci la necessaria sottoscrizione del progetto da parte loro rende la successiva decisione di approvazione del progetto medesimo un vuoto simulacro.

Stante l'inderogabilità del procedimento di fusione/scissione ⁽¹⁶⁾, tale evenienza deve essere declassata ed accettata come inconveniente di fatto.

b) La decisione dei soci.

La seconda fra le fasi in cui è scandito il procedimento di fusione/scissione è rappresentata dall'approvazione del relativo progetto da parte dei soci.

A norma dell'art. 2502, richiamato per la scissione dall'art. 2506 *ter*, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'approvazione del progetto di fusione/scissione nelle società di persone avviene con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salvo il diritto di recesso per il socio non consenziente.

In primo luogo giova ribadire, sotto il profilo formale, che l'atto di approvazione del progetto di fusione/scissione può essere stipulato per scrittura privata autenticata, forma minima richiesta dalla legge per l'iscrivibilità delle modifiche dei patti sociali di una società di persone.

L'art. 2504 primo comma, infatti, impone testualmente la forma pubblica solo per l'atto di fusione.

La tesi della generalizzazione della forma pubblica alla decisione dei soci di società di persone potrebbe trovare un appiglio sistematico nelle norme degli artt. 2505 e 2505 *bis*, nei quali il legislatore si premura di stabilire che la deliberazione degli amministratori deve risultare da atto pubblico.

Si tratta, tuttavia, di norma coerente con il sistema delle società di capitali e con la necessità del momento collegiale che caratterizza l'approvazione del progetto di fusione/scissione in tale contesto, al fine di assicurare, per simmetria con la decisione assembleare, il controllo di legittimità notarile anche rispetto alla decisione degli amministratori nelle medesime materie.

Le medesime esigenze sono altrimenti soddisfatte nel sistema delle società di

persone, dove l'intervento del notaio è richiesto per legge ai fini dell'iscrivibilità dell'atto modificativo, iscrivibilità imposta nella circostanza dalle regole procedurali della fusione e della scissione.

La norma dell'art. 2502 riproduce letteralmente la disposizione introdotta in tema di trasformazione di società di persone in società di capitali (art. 2500 *ter*), e pertanto consente di far tesoro delle valutazioni proposte con riferimento alla seconda ipotesi.

Ispirandosi pertanto agli studi che hanno approfondito l'analisi della norma in materia di trasformazione ⁽¹⁷⁾, anche rispetto all'art. 2502 sono identificabili due principali aree problematiche, relative:

- al procedimento deliberativo
- all'ambito applicativo della regola maggioritaria.

Con riferimento al primo tema, il silenzio normativo ha indotto gli interpreti a domandarsi, relativamente alla trasformazione, se sia necessaria l'instaurazione di un momento collegiale, a tutela del diritto all'informazione della minoranza e dell'interesse alla ponderazione delle decisioni.

La risposta affermativa cui si ritiene di dover pervenire in tema di trasformazione ⁽¹⁸⁾ non deve essere necessariamente condivisa con riferimento alla decisione di approvazione del progetto di fusione/scissione.

Pur constatando l'assenza di uniformità di pensiero, la dottrina volge in prevalenza nel senso di ritenere ammissibile che, ordinariamente, la maggioranza consenziente si formi in via extra assembleare. Pertanto, sebbene la volontà dei singoli soci sia espressa in tempi e luoghi diversi, nel sistema delle società di persone la decisione si forma validamente quando si coagula intorno ad un tema il consenso della maggioranza dei soci ⁽¹⁹⁾, senza necessità di adunanza contestuale.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale è giunta a negare la necessità della consultazione di tutti i soci, ritenendo di contro sufficiente raccogliere le singole volontà idonee a formare la maggioranza ⁽²⁰⁾.

Sotto quest'ultimo profilo il diritto pretorio si è dimostrato perfino più permissivo della dottrina, che ha sempre mostrato ostilità all'idea di consentire decisioni a maggioranza anche all'insaputa della minoranza, invocando di contro l'esistenza di principio di un diritto di tutti i soci ad essere consultati in via preventiva ⁽²¹⁾, o negando la ricorrenza nella circostanza di quell'esigenza di rapidità e agilità che giustifica il sacrificio informativo del socio in ambito gestionale ⁽²²⁾.

La riproposizione delle medesime questioni rispetto alla decisione di approva-

zione del progetto di fusione/scissione induce a non discostarsi dal più permissivo orientamento giurisprudenziale.

Dunque, certamente non sarà necessario (anche se ciò avverrà in prevalenza) che l'approvazione del progetto avvenga in seduta assembleare, in adesione anche al prevalente orientamento dottrinale e in piena coerenza con il principio, espresso nell'art. 7 della Legge Delega, di favorire la semplificazione del procedimento di fusione/scissione.

Molto più incerto appare il profilo dell'obbligo di informazione preventiva di tutti i soci.

La novellata disciplina delle società a responsabilità limitata spezza una lancia a favore della tesi più rigorosa, laddove impone l'informativa di tutti soci anche qualora non si adotti il sistema assembleare, ma la decisione sia assunta con il metodo del consenso o della consultazione scritti. Il principio trova tuttavia sostegno in una precisa norma di legge, ovvero nel terzo comma dell'art. 2479 *ter*, il quale sanziona con l'invalidità, sub specie di nullità, le decisioni "prese in assenza assoluta di informazione".

Nessuna norma analoga vige per le società di persone, né esiste una norma imperativa che imponga la comunicazione preventiva così da far desumere la nullità della decisione a mente del primo comma dell'art. 1418; ed in ogni caso si tratta di principio la cui applicazione risulta da dati di fatto non verificabili oggettivamente dal notaio in sede di controllo di legittimità dell'atto.

Ne consegue che:

- la carenza di preventiva informazione di tutti i soci potrà essere sanzionata sul piano della responsabilità degli amministratori per violazione dei doveri di correttezza nell'esecuzione dell'incarico, oppure sul piano del mancato rispetto del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, traducendosi al massimo in un vizio di annullabilità dell'atto;
- il notaio non è legittimato, in quanto oggettivamente impossibilitato, a verificare il rispetto dell'obbligo di informazione preventiva, se esistente, specialmente laddove i patti sociali non formalizzino alcuna modalità di comunicazione per *tabulas*, non potendosi escludere che anche la comunicazione telefonica o per sms realizzi gli estremi di una diligente informazione preventiva, aprendosi al massimo un problema probatorio;
- l'atto di approvazione si perfeziona quando i soci che realizzano la maggioranza richiesta dalla legge o dai patti sociali abbiano sottoscritto l'atto medesimo. Tali considerazioni pongono in evidenza l'opportunità che i patti sociali disci-

plinino le regole di formazione della volontà sociale ogni qualvolta si opti per la decisione a maggioranza.

Rispetto all'ambito applicativo della regola maggioritaria, si deve muovere necessariamente dalla constatazione per cui la norma dell'art. 2502 rappresenta una patente deroga alla regola generale per la quale "il contratto sociale può essere modificato solo con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente" (art. 2252); anzi, a ben vedere, ne rappresenta il rovesciamento.

Dato atto di ciò, occorre valutare quale sia l'ampiezza della deroga operata rispetto al sistema.

In materia di trasformazione, si è ritenuto che la *ratio* dell'art. 2500 *ter*, letto anche alla luce del principio di semplificazione espresso nell'art. 7 della L. 3 ottobre 2001, consenta alla maggioranza non solo di decidere la trasformazione, ma altresì di fissare liberamente le regole statutarie ed organizzative della società di capitali risultante, stante la salvezza concessa dal diritto di recesso al socio di minoranza non consenziente ⁽²³⁾.

La possibilità di estendere la medesima conclusione al caso in cui i soci siano chiamati ad approvare il progetto di fusione/scissione deve essere vagliata con estrema cautela, stante il dissenso già manifestato in tal senso da parte della dottrina ⁽²⁴⁾.

Le ragioni di cautela possono trarre linfa essenzialmente da due considerazioni:

- a) il valore eversivo della norma dell'art. 2502 rispetto alla regola generale espressa dall'art. 2252;
- b) l'assoluta poliedricità delle conseguenze organizzative cui è dato di pervenire tramite le operazioni di fusione/scissione.

La prima considerazione non necessita di argomentazioni.

Quanto alla seconda, è un dato empirico, prima ancora che giuridico, che la fusione o la scissione possono avere un contenuto massimo o un contenuto minimo.

Il progetto può proporre una fusione fra due società diversamente partecipate mediante costituzione di una nuova società; oppure una scissione non proporzionale con costituzione di due o più beneficiarie.

Il progetto può proporre anche una fusione per incorporazione di società integralmente posseduta; oppure una scissione parziale proporzionale.

Nel primo caso si assiste ad un superamento integrale dell'organizzazione originaria in funzione della fusione o della scissione. Nel secondo caso l'organizzazione originaria persiste, nella veste di società incorporante o di società scissa.

Ogni ipotesi di fusione o di scissione può inoltre pretendere o meno modifiche delle basi essenziali delle società partecipanti per raggiungere lo scopo divisato, fino a richiedere il mutamento dell'oggetto sociale o una trasformazione del tipo.

Preso atto della potenzialmente infinita varietà di modifiche del contratto sociale che possono essere richieste in sede di fusione/scissione nonché della portata eversiva della norma dell'art. 2502 rispetto alla regola fissata nell'art. 2252, diviene quasi istintivo domandarsi se, in nome di un'ineludibile esigenza di tutela del socio dissenziente, sia possibile riaffermare in taluni casi la supremazia del principio di unanimità, almeno quando il programma organizzativo proposto nel progetto prevede l'alterazione delle basi essenziali della società, quali l'oggetto sociale o il tipo.

Potrebbe apparire incongruo, infatti, che tramite il cavallo di troia della fusione/scissione sia possibile alla maggioranza attuare surrettiziamente, e magari in maniera strumentale, modifiche organizzative incidenti sulla partecipazione individuale del singolo, altrimenti soggette al diritto di veto in virtù del principio di unanimità.

Spinta da tali considerazioni, la dottrina ritiene che la fusione/scissione di una società di capitali debba essere approvata dai soci applicando, anche in seconda convocazione, i quozienti e la disciplina sanciti "per la modificazione statutaria nella specie ricorrente che esige il regime decisorio più rigoroso; e, nell'ipotesi in cui non potesse realizzarsi l'assorbimento della disciplina di tutte le modificazioni statutarie che la fusione comporta, dovrà applicarsi il criterio della combinazione" ⁽²⁵⁾.

La medesima conclusione non può tuttavia essere estesa alla fusione/scissione di società di persone, per un ostacolo di ordine normativo.

Al di là dell'istanza equitativa da cui è permeata, la soluzione proposta in tema di società di capitali si fonda su di un preciso dato di diritto positivo: l'art. 2502 disciplina l'approvazione del progetto rinviando alle norme previste per le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto.

Il che significa, in altri termini, che l'approvazione del progetto di fusione/scissione da parte dei soci di una società di capitali non è soggetta ad una disciplina speciale.

Le regole applicabili sono quelle altrove disposte per le modifiche statutarie; e, in assenza di una specificazione, tutte quelle a tal fine stabilite in relazione al particolare oggetto della delibera.

Dunque, la tecnica normativa adottata consente, o forse impone, per le società di capitali di cercare e applicare la disciplina tenendo conto della natura delle modifiche organizzative che, rispetto allo statuto di ognuna delle società parteci-

panti alla fusione/scissione, il progetto richiede.

Sicché può certamente condividersi l'affermazione per cui, "ferma l'applicazione delle regole decisorie previste per le modifiche dell'atto costitutivo (e dello statuto), non è possibile indicare una disciplina uniforme per tutti i casi di fusione che possono, in concreto, presentarsi" ⁽²⁶⁾.

Di contro, la tecnica normativa adottata dal legislatore per disciplinare l'approvazione del progetto da parte dei soci di una società di persone è diametralmente opposta.

Non un rinvio, bensì una disciplina speciale, espressamente e scientemente dettata per la fusione e per la scissione ⁽²⁷⁾.

Così facendo, il legislatore dimostra di voler assorbire nella disciplina speciale ogni variazione degli originari programmi contrattuali delle società partecipanti, compresa l'alterazione delle basi essenziali delle società medesime.

Non vi è dubbio, infatti, che la decisione di approvazione del progetto sia unitaria e coinvolga necessariamente anche tutte le modificazioni organizzative e statutarie programmate per la realizzazione della fusione o della scissione ⁽²⁸⁾.

Nel momento in cui viene fissata una disciplina speciale la poliedricità delle conseguenze organizzative cui tali operazioni possono dar luogo rispetto ad ogni società partecipante viene assorbita e uniformata, agli effetti che ci interessano, in funzione del risultato unitario cui tendono, ovvero la concentrazione o la disgregazione aziendale e organizzativa.

Non vi è spazio interpretativo per deroghe alla disciplina speciale che segnino il ritorno alla regola generale dell'art. 2252 poiché non vi sono spazi e criteri normativi che le consentano e le rendano attuabili al di fuori della diversa volontà dei soci espressa nel contratto sociale.

Sotto questo profilo la norma è letteralmente chiusa e monolitica: l'approvazione del progetto "avviene, nelle società di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili", con un'unica concessione all'autonomia privata, che deve esprimersi contrattualmente.

Nulla a che vedere, quindi, con l'intrinseca duttilità della disciplina dettata, nella medesima circostanza, per le società di capitali, in virtù del rinvio genericamente operato alle "norme previste per le modificazioni dell'atto costitutivo o statuto".

Sulla base di queste premesse normative ogni tentativo di mitigare l'effetto eversivo dell'art. 2502 rispetto al sistema delle società di persone sembra divenire

un gioco affidato alla sensibilità del singolo interprete ed alla discrezionalità del singolo operatore, e come tale inaccettabile.

Ai sensi dell'art. 2252, infatti, ogni modifica del contratto sociale postula il consenso unanime dei soci, dalla più rilevante alla più insignificante, salvo diversa pattuizione.

Con quale criterio oggettivo, dunque, selezionare i casi in cui l'approvazione della fusione/scissione deve essere ricondotta alla regola generale in ragione della natura della modifiche adottate dalla società di persone partecipante?

L'esigenza di certezza del diritto conferma la necessità di piegarsi al tenore letterale della norma, che deve essere accettata per ciò che è, ovvero come una precisa scelta di politica legislativa volta a favorire le fusioni e le scissioni che vedano coinvolte società di persone.

Peraltro non è stata ignorata l'esigenza di tutela del socio di minoranza cui è stato offerto il diritto di recesso e quindi la facoltà di disinvestimento.

Per meglio dire, la tutela delle posizioni individuali dei soci è affidata a posteriori al diritto di recesso e a priori, in sede di ingresso in società, alla possibilità di contrattare una deroga pattizia alla regola maggioritaria posta dall'art. 2502, imponendo il ritorno alla necessità di una decisione unanime o a *quorum* qualificato.

Ne deriva, pertanto, che l'esigenza innegabile di tutela della minoranza è affidata oggi più che mai ad una coerente lettura del diritto di recesso anche nelle società di persone che, alla stregua di quanto disposto per le società di capitali, assicurano la tutela patrimoniale effettiva del socio.

c) La stipulazione dell'atto di fusione/scissione.

Il terzo momento che scandisce il procedimento di fusione/scissione è rappresentato dalla stipula dell'atto conclusivo, in relazione alla quale possono emergere solo questioni afferenti alla legittimazione rappresentativa della società.

Se nessun dubbio è lecito sollevare qualora la rappresentanza spetti disgiuntamente a tutti i soci (poiché è evidente che alla stipula potrà procedere ogni singolo amministratore investito del potere di rappresentanza), maggior attenzione dovrà prestarsi al caso in cui la legittimazione rappresentativa sia attribuita congiuntamente a più soci.

Nulla quaestio, naturalmente, se questi ultimi intervengano tutti in atto.

Occorre tuttavia chiedersi se tale intervento plurimo sia effettivamente necessario.

In tale prospettiva giova considerare che la dottrina configura la stipulazione dell'atto di fusione/scissione in termini di mera esecuzione di deliberazioni assoggettate a pubblicità "dalle quali il rappresentante non può discostarsi ⁽²⁹⁾", escludendo pacificamente che rientri nel novero degli atti di gestione.

Muovendo da tale presupposto, riscontrata l'assenza di discrezionalità, se non limitatamente all'opportunità di non addivenire al perfezionamento del procedimento qualora siano mutate le basi economiche dell'operazione, si può ritenere che non ricorrano nella circostanza le ragioni organizzative che hanno indotto i soci a imporre la legittimazione congiunta per il compimento degli atti di amministrazione.

Ne consegue pertanto che, anche qualora i patti prevedano che l'amministrazione e la rappresentanza debbano essere esercitate congiuntamente per alcuni o anche per tutti gli atti gestionali, la stipulazione dell'atto di fusione/scissione può essere validamente compiuta anche da un solo amministratore, purché compreso fra coloro che rivestono altresì la qualità di "legale rappresentante" della società, unica condizione che la dottrina considera necessaria ⁽³⁰⁾.

La soluzione prospettata vale anche qualora l'atto di approvazione del progetto di fusione/scissione nulla esprima in ordine alla competenza a sottoscrivere l'atto conclusivo del procedimento, competenza che pertanto deve ritenersi estesa a tutti gli amministratori altresì legittimati a rappresentare la società nei confronti dei terzi.

Di contro, una indicazione puntuale nell'atto di approvazione del progetto deve considerarsi necessaria per circoscrivere la legittimazione a stipulare l'atto di fusione/scissione ad uno o più "legali rappresentanti" specifici, con l'effetto di farli assurgere alla funzione che in diritto amministrativo si direbbe di "responsabili del procedimento", anche ai fini dell'applicazione della norma penale dell'art. 2629.

3. Fusione o scissione di società di persone e socio d'opera.

Le conseguenze di un'operazione straordinaria sulla posizione del socio d'opera hanno formato oggetto di un intervento puntuale del legislatore solo in caso di trasformazione, segnatamente nell'art. 2500 *quater* secondo e terzo comma.

Si ipotizzi che a seguito della fusione o della scissione, da attuarsi senza trasformazione implicita in società di capitali ⁽³¹⁾, il socio d'opera di una delle società di persone coinvolte debba veder capitalizzata la sua partecipazione nella società di persone di nuova costituzione risultante dalla fusione o nella società di persone beneficiaria nascente da una scissione.

Un esempio comune nella prassi può essere rappresentato dalla scissione di una società di persone artigiana mediante costituzione di una nuova società di persone cui viene assegnato il patrimonio immobiliare della scissa ⁽³²⁾. E' evidente che l'eventuale obbligo di lavoro assunto nella prima da uno o più soci non può assumere rilievo nella beneficiaria, nella quale l'aspetto capitalistico è esclusivo.

La problematica della definizione della partecipazione del socio d'opera nelle società risultanti dalla fusione/scissione può sorgere laddove quest'ultimo non abbia capitalizzato, in tutto o in parte, il valore della sua prestazione di *facere*, come accade sovente nella prassi.

La soluzione è affidata nella circostanza alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio, che nella fattispecie prospettata è inevitabile, a meno che non vi sia il consenso di tutti i soci.

Risulta assai arduo, infatti, stabilire, in assenza del consenso individuale dell'interessato, se la partecipazione nella nuova società è proporzionale, in termini di valore e non di percentuale di capitalizzazione, a quella posseduta nella società fusa o scissa. Si aggiunga la considerazione per cui, qualora si capitalizzi la partecipazione del socio d'opera, è difficile che anche le quote di partecipazione al capitale degli altri soci non subiscano una variazione, come l'ultimo comma dell'art. 2500 *quater* lascia intuire.

Il problema dunque si propone certamente in caso di scissione mediante costituzione di una o più nuove società (art. 2506 *ter* terzo comma).

Ma lo stesso potrebbe emergere anche in caso di fusione fra due società partecipate dagli stessi soci con eguali quote di partecipazione al capitale, situazione che normalmente legittima l'applicazione analogica della procedura semplificata di cui all'art. 2505.

Qualora in una delle due società parte ⁽³³⁾ dei soci sia gravata da obblighi di fare ulteriori che assumono rilievo organizzativo, traducendosi, per esempio, in una maggior quota di partecipazione agli utili, è dubbio che l'eguaglianza della misura della partecipazione al capitale sociale nominale possa giustificare la procedura semplificata di fusione o scissione.

Non si può trascurare il dato per cui nelle società di persone il legislatore misura "il peso", anche decisionale, del socio non tanto in funzione della partecipazione al capitale sociale nominale, concetto estraneo al sistema delle società di persone, quanto in funzione della parte attribuita a ciascun socio agli utili. E' sufficiente a tal proposito richiamare lo stesso art. 2502, oppure gli articoli 2500 *quater*, 2257 ultimo comma, 2258 secondo comma.

Ne consegue che, laddove non vi sia coincidenza fra misura della partecipazione al capitale nominale e misura della partecipazione agli utili, il concetto di proporzionalità ai fini dell'applicazione delle procedure semplificate dovrebbe essere verificato rispetto al secondo dato, vale a dire alla misura della partecipazione agli utili, che dovrebbe risultare coincidente fra società fusa o scissa e società nascenti dalla fusione o dalla scissione.

4. I procedimenti semplificati di cui agli artt. 2505 e 2505 *bis* e l'organizzazione delle società di persone.

Gli articoli 2505 e 2505 *bis* consentono di attribuire, con espressa previsione statutaria, agli "organi amministrativi" il potere di decidere la fusione per incorporazione di una società posseduta integralmente o almeno per il novanta per cento, alle condizioni stabilite nelle medesime disposizioni di legge. L'art. 2506 *ter* ultimo comma estende la medesima possibilità alla scissione.

La lettera delle norme concessive è tale da consentire che l'autonomia privata possa avvalersi della facoltà indicata anche nelle società di persone.

Pertanto i patti sociali di una società di persone potranno attribuire agli amministratori il potere di decidere la fusione/scissione in vece dei soci alle condizioni indicate nei suddetti articoli.

Salvo il caso in cui questi ultimi abbiano posto regole di azione specifiche, ci si può chiedere come gli amministratori possano esercitare tale potere in relazione ai diversi schemi organizzativi attuabili in una società di persone.

Il dato logico da cui muovere è rappresentato dalla constatazione per cui lo spostamento volontario di competenza è concesso e si giustifica in funzione dell'applicabilità delle regole di organizzazione dell'azione amministrativa anche alla formazione della volontà assentiva al progetto di fusione/scissione ⁽³⁴⁾.

A corollario di tale premessa consegue che la decisione di approvazione del progetto di fusione/scissione potrà essere assunta in conformità delle regole poste dai patti sociali o, nel silenzio, dalla legge per disciplinare la gestione della società.

Ancora una volta *nulla quaestio* se l'amministrazione è affidata in maniera generica agli amministratori congiuntamente e all'unanimità.

L'analisi diviene necessariamente più articolata qualora i patti sociali propon-gano regole di amministrazione congiunta variamente modulate.

Se l'amministrazione è affidata congiuntamente alla maggioranza di coloro che sono amministratori, la coerente applicazione delle regole in tema di gestione

delle società di persone esclude che sia necessaria una preventiva convocazione di tutti gli amministratori, essendo sufficiente che partecipino alla stipulazione coloro che rappresentano la maggioranza di essi richiesta dal contratto sociale, calcolata ai sensi dell'art. 2258 in assenza di diversa regola negoziale.

Accade sovente che il contratto sociale circoscriva l'amministrazione congiuntiva agli atti di cd. "amministrazione straordinaria" o a specifiche categorie di atti, per il resto optando per l'esercizio disgiunto del potere gestionale della società.

Rispetto alla prima ipotesi non vi sono dubbi che la decisione di procedere alla progettata fusione/scissione rientri fra gli atti di straordinaria amministrazione, stante l'incidenza sugli assetti patrimoniali ⁽³⁵⁾ della società che l'operazione può assumere.

Qualora l'amministrazione congiuntiva sia imposta per categorie di atti determinati, occorre prestare attenzione agli effetti che i soci intendevano subordinare ad un maggior controllo, onde verificare se la medesima regola amministrativa possa essere estesa, per analogia funzionale, alla approvazione del progetto di fusione/scissione.

Adottando tale criterio, si può sostenere che, se fra gli atti soggetti ad amministrazione congiuntiva vi sono, come normalmente accade, l'acquisto e la cessione di aziende, anche la decisione in ordine alla fusione (assimilabile ad un acquisto per l'incorporante, ad una cessione per l'incorporata) o alla scissione (assimilabile ad una cessione rispetto alla scissa) debba essere assunta con il consenso di tutti o della maggioranza degli amministratori, a seconda di ciò che è previsto nel contratto sociale.

Ne consegue che se l'esame suddetto non consente di acclarare ipotesi di identità funzionale, anche all'atto in esame si applica la regola residuale dell'amministrazione disgiuntiva.

Può apparire a prima vista incongruo che l'approvazione del progetto di fusione/scissione sia rimessa alla decisione individuale di uno degli amministratori, per l'inevitabile impatto organizzativo che genera sulla società.

Il dubbio apre la questione, più generale, della compatibilità fra il sistema dell'amministrazione disgiuntiva e la scelta organizzativa di cui agli artt. 2505 e 2505 *bis*.

Le ragioni di perplessità potrebbero essere alimentate dalla constatazione per cui, ammessa la possibilità di redazione del progetto da parte di uno qualunque degli amministratori in regime di amministrazione disgiuntiva, lo stesso redattore avrebbe facoltà di procedere altresì all'approvazione del suo prodotto e di completare

infine il procedimento con la sottoscrizione dell'atto di fusione/scissione.

Il timore per eventi di pregiudizievole solipsismo organizzativo risulta non condivisibile sul piano teorico e forse ingiustificato su quello operativo.

La compatibilità fra amministrazione disgiuntiva e attribuzione agli amministratori del potere di approvazione del progetto di fusione/scissione è razionalmente fondata su di una pluralità di argomentazioni.

a) Innanzitutto occorre non dimenticare che si tratta di scelta rimessa alla stessa autonomia privata, ovvero alla decisione volontaria dei soggetti potenzialmente lesi. E' compito assegnato dall'ordinamento ai soci ⁽³⁶⁾ e non all'interprete la valutazione circa l'opportunità organizzativa di affidare l'approvazione del progetto di fusione/scissione agli amministratori ed al contempo consentire agli stessi di operare disgiuntamente per ogni atto.

b) Secondariamente sono rinvenibili nelle norme alcuni contrappesi giuridici alla possibilità concessa agli amministratori di porre in essere operazioni non condivisibili.

b1) Gli articoli 2505 e 2505 *bis* consentono ai soci della società incorporante che rappresentano il cinque per cento del capitale sociale di chiedere che la decisione sia approvata ai sensi dell'art. 2502. Al fine di favorire tale facoltà si impone il rispetto dei termini di cui all'art. 2501 *ter* fra la pubblicazione del progetto e la decisione di approvarlo nonché di quelli di cui all'art. 2501 *septies*.

La competenza degli amministratori in materia, e dunque anche quella del singolo amministratore che agisce disgiuntamente, è resa precaria mediante la consegna alla minoranza dei soci di una sorta di azione di opposizione all'atto degli amministratori, che riporta la decisione sulla procedibilità dell'operazione ai titolari naturali, ovvero ai soci medesimi.

La regola deve peraltro subire un adattamento qualora l'operazione di fusione/scissione coinvolga una società di persone.

Come ricordato, l'art. 2505 ⁽³⁷⁾ riconosce il diritto di provocare il ritorno alla decisione dei soci a coloro, fra questi ultimi, che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale.

Per coerenza sistematica ed organizzativa la quota suddetta nelle società di persone deve essere misurata con criteri equivalenti a quelli adottati per calcolare la maggioranza necessaria per approvare il progetto di fusione/scissione.

Pertanto, data la naturale irrilevanza organizzativa del capitale sociale nelle società di persone, qualora la maggioranza agli effetti dell'art. 2502 sia determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, allo stesso modo la legittima-

zione a proporre la *provocatio ad populum* sarà ascrivibile a chi spetta per contratto sociale il cinque per cento degli utili.

Qualora i soci abbiano convenzionalmente stabilito di calcolare i *quorum* decisionali sulla base della partecipazione al capitale nominale ⁽³⁸⁾, l'art. 2505 potrà trovare piena applicazione anche alle società di persone in ogni sua regola.

b2) Un ulteriore contrappeso giuridico è ravvisabile nell'istituto dell'opposizione di cui all'art. 2257.

Si è infatti notato che lo spostamento di competenza consentito dagli articoli 2505 e 2505 *bis* si traduce nella soggezione della decisione di approvazione del progetto di fusione/scissione alle regole di azione degli amministratori.

Qualora l'amministrazione sia disgiuntiva, pertanto, dovrà trovare applicazione integrale l'art. 2257, che attribuisce a ciascun socio amministratore il "diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta".

Quest'ultimo diritto non rappresenta un inutile doppione di quello concesso alla minoranza dall'art. 2505.

Se entrambi agiscono in funzione necessariamente preventiva, gli stessi tuttavia si differenziano per presupposti ed effetti.

In primo luogo il diritto di opporsi ai sensi dell'art. 2257 è riconosciuto solo ai soci amministratori; ma – e qui ne sta il pregio nella fattispecie – ad ogni singolo socio amministratore, a prescindere dalla quota di utili o di capitale che gli spetta.

Pertanto la legittimazione al suo esercizio si estende a chi è titolare di una partecipazione inferiore al cinque per cento, calcolata secondo i criteri sopra indicati.

Sul piano funzionale l'esercizio del diritto di cui all'art. 2257 provoca una decisione dei soci a maggioranza in ordine all'opposizione.

Secondo l'orientamento maggioritario, infatti, nella fattispecie oggetto della decisione dei soci è la valutazione sulla validità o meno delle ragioni dell'opposizione, non il compimento dell'operazione ⁽³⁹⁾.

Qualora la maggioranza ritenga fondata l'opposizione, il socio amministratore non potrà procedere al compimento dell'operazione; in caso contrario è rimessa alla sua discrezionalità la decisione se procedere o meno, essendo rimosso un limite alla sua legittimazione.

Applicando la ricostruzione proposta alla fattispecie in esame ne consegue che oggetto della decisione dei soci non sarà quindi l'approvazione o meno del progetto di fusione/scissione, che resta nella competenza degli amministratori, ma l'opposizione, quindi solo indirettamente l'opportunità della fusione/scissione.

La direzione del voto, quindi della risposta, sarà anzi opposta a quella richiesta nell'ipotesi contemplata nell'art. 2505, in ragione della diversità della domanda.

Un voto favorevole della maggioranza dei soci nel caso di cui all'art. 2257 significa approvazione dell'opposizione e quindi "pollice verso" all'operazione di fusione/scissione.

Un voto contrario della maggioranza dei soci nel medesimo caso rimuove l'ostacolo all'azione dell'amministratore e quindi si traduce indirettamente in un apprezzamento favorevole alla fusione/scissione in fieri. Spetterà all'amministratore autorizzato decidere a quel punto se approvare il progetto di fusione/scissione in forza della competenza in materia a lui attribuita dai patti sociali ai sensi dell'art. 2505.

Come emerso dalle riflessioni proposte, l'attribuzione agli amministratori del potere di decidere la fusione/scissione può giuridicamente sposarsi nelle società di persone con il regime di amministrazione disgiuntiva.

Peraltro il pericolo temuto di colpi di mano individuali del singolo socio amministratore è destinato a cadere a contatto con la realtà pratica.

Al di là della considerazione che normalmente le società di persone annoverano un numero di soci ridotto, tale da impedire l'ignoranza effettiva degli accadimenti della vita societaria, non si deve dimenticare che la fase pre progettuale si caratterizza per la necessaria redazione di documenti, quale la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501 *quater*, che postulano un'attività di collaborazione fra tutti gli amministratori, dal momento che devono tener conto dell'attività di tutti, come già in precedenza rilevato

E' pertanto difficile, per non dire impossibile, che il singolo amministratore in regime di amministrazione disgiuntiva possa predisporre il progetto di fusione/scissione, approvarlo in virtù di una clausola pattizia costruita ai sensi dell'art. 2505 ed infine stipulare l'atto conclusivo del procedimento all'insaputa di tutti. Situazione peraltro destinata a ripetersi in una società di capitali che, pur proponendo nello statuto sociale una clausola *ex art.* 2505, sia governata da un amministratore unico.

5. Il procedimento di fusione e di scissione delle società di persone.

Come preannunciato in premessa, l'indagine muta ora prospettiva e si volge alla verifica delle peculiarità dei procedimenti di fusione e di scissione qualora siano coinvolte società di persone.

Sotto questo profilo occorre sottolineare immediatamente che la maggior semplicità organizzativa e patrimoniale delle società di persone, la naturale coincidenza fra le persone dei soci e quelle degli amministratori, la tendenziale ristrettezza della compagine associativa non consentono di battere la via di una possibile derogabilità interpretativa del procedimento di fusione/scissione, anche in quei casi, e sono il maggior numero, nei quali il rispetto della rigida scansione tripartita sembra essere un rito pleonastico.

La dottrina è univocamente orientata per l'inderogabilità del procedimento, che si deve comporre necessariamente delle tre fasi già descritte.

La tesi trae ulteriore conferma in chiave sistematica dalla disposizione dell'art. 2505 *quater*, la quale, nel momento in cui indica le deroghe concesse al procedimento, ne fissa a contrario i limiti invalicabili.

Dato atto che le società di persone non sono coinvolte dal principio di inderogabilità procedimentale della fusione o della scissione imposto dalle direttive comunitarie, indirizzate esclusivamente alle società per azioni, la scelta del legislatore nazionale di riconoscere puntuali margini di flessibilità procedimentale alle società non azionarie, fra cui le nostre, ha precluso all'interprete ed alla prassi la possibilità di avventurarsi nell'analisi di ulteriori possibilità di semplificazione.

Il procedimento di fusione/scissione delle società di persone non conosce pertanto peculiarità particolari rispetto a quello delle società di capitali non azionarie, se non per un aspetto che merita una semplice precisazione.

Ci si riferisce alla possibilità di non predisporre la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 *sexies* in caso di procedimento semplificato (art. 2505 e art. 2505 *bis* applicati direttamente o per analogia) di fusione di una società di persone in una società di capitali oppure in caso di scissione di società di persone mediante costituzione di una nuova società di capitali ed assegnazione proporzionale delle partecipazioni della beneficiaria ai soci della scissa (art. 2506 *ter* terzo comma).

Al proposito può forse essere opportuno ribadire che pur se il risultato del procedimento di fusione/scissione di una società di persone è:

- a) una nuova società di capitali, oppure
- b) l'aumento di capitale sociale di una società incorporante o beneficiaria preesistente

l'art. 2501 *sexies* non si applica ricorrendo le condizioni previste dalla legge per non redigere la relazione degli esperti sul rapporto di cambio.

Non vi è dubbio che in entrambi i casi prospettati è necessaria la redazione di una relazione di stima del patrimonio della società di persone, come confermato

dall'ultimo comma dell'art. 2501 *sexies* ⁽⁴⁰⁾.

Tale conclusione non conduce tuttavia all'asserzione della irrinunciabile applicazione nella circostanza dell'art. 2501 *sexies*, fondata sulla constatazione che l'ultimo comma fissa la competenza a redigere la relazione in capo agli esperti nominati per la verifica del rapporto di cambio.

Si può rilevare infatti che l'art. 2501 *sexies* distingue chiaramente fra "relazione sulla congruità del rapporto di cambio" (primo comma) e "relazione di stima del patrimonio della società di persone" (ultimo comma). Anche per la norma di legge si tratta dunque di due documenti concettualmente diversi, sul piano sia dei contenuti che degli scopi. Sotto questo profilo il testo della norma dell'art. 2506 *ter* terzo comma appare anche più preciso rispetto al tessuto letterale artt. 2505 e 2505 *bis*, poiché esclude la necessità della "relazione" e non l'applicazione di principio dell'art. 2501 *sexies*, con un riferimento logico evidente alla relazione sulla congruità del rapporto di cambio, che nella circostanza non esiste.

A ben vedere, l'unico significato precettivo riconoscibile nell'ultimo comma dell'art. 2501 è in tema di competenza a provvedere alla redazione della "relazione di stima del patrimonio della società di persone", non imponendo la necessità della nomina di un ulteriore perito.

Ampliando il raggio visivo all'intera disposizione, si nota che la competenza alla nomina dell'esperto prevista nell'art. 2501 *sexies* è allineata a quella disposta negli artt. 2343 e 2465.

Infatti, se la società risultante dalla fusione o incorporante è una s.p.a. l'esperto per valutare il rapporto di cambio (e quindi per redigere la perizia di cui all'ultimo comma dell'art. 2501 *sexies*) è nominato dal Tribunale, così come dal Tribunale è nominato l'esperto per la redazione della "relazione di stima del patrimonio della società di persone" in caso di trasformazione in società per azioni, ai sensi dell'art. 2500 *ter* ultimo comma che rinvia all'art. 2343.

Se la società risultante dalla fusione o incorporante è una s.r.l., la nomina dell'esperto è effettuata dalla società coinvolta nell'operazione così come avviene in caso di trasformazione in s.r.l. per la redazione della "relazione di stima del patrimonio della società di persone", per effetto del combinato disposto degli artt. 2500 *ter* ultimo comma e 2465.

La necessità giuridica della relazione di stima del patrimonio della società di persone coinvolta nella fusione o nella scissione non discende dall'art. 2501 *sexies*, bensì dall'art. 2500 *ter*, dal momento che è innegabile la ricorrenza in entrambe le ipotesi indicate di una trasformazione implicita in società di capitali

Poiché il significato precettivo dell'art. 2501 *sexies* consiste nel ridurre i soggetti coinvolti in qualità di esperti nell'operazione, essendovi peraltro totale simmetria quanto alla competenza per la nomina dell'esperto con quanto disposto dagli artt. 2500 *ter*, 2343, 2465, ne consegue che sarà sufficiente che si proceda alla nomina di un esperto per la redazione della "relazione di stima del patrimonio della società di persone", *ex* artt. 2500 *ter*, 2343, 2465 c.c., senza necessità di fingere che non sia derogabile l'art. 2501 primo comma.

In sintesi, qualora il risultato del procedimento di fusione/scissione di una società di persone è:

- c) una nuova società di capitali, oppure
- d) l'aumento di capitale sociale di una società incorporante o beneficiaria preesistente

senza necessità di procedere al rapporto di cambio, non è richiesta la relazione sulla congruità di quest'ultimo né la nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 2501 *sexies*, ma solo la nomina di un esperto *ex* 2500 *ter*, 2343, 2465 per la relazione di stima del patrimonio della società di persone.

Marco Maltoni

-
- (1) P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. Soc.*, 2004, p. 1351.
 - (2) C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**1, Torino, 2004, pp. 116 e ss.
 - (3) C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 116.
 - (4) P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 1354.
 - (5) Il concetto è comune in dottrina. Si veda per tutti in tal senso V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 96, ove ampi riferimenti dottrinali.
 - (6) In proposito la dottrina evidenzia che "se è vero che l'obbligo di rendiconto in linea di principio grava su colui che ha compiuto le operazioni cui il conto si riferisce, è tuttavia innegabile che il bilancio ha da essere unitario: sicché non è pensabile, neppure in ipotesi di amministrazione disgiuntiva, che ciascuno degli amministratori debba rendere individualmente il conto dei singoli atti di gestione da lui compiuti. Viceversa, in coerenza con le regole proprie del mandato gestorio disgiuntivo, parrebbe logico ipotizzare che anche la redazione del bilancio, al pari di qualsiasi altro atto inerente alla carica amministrativa, possa essere validamente compiuta da ciascuno degli

amministratori senza il necessario concorso degli altri.” R. RORDORF, *Rendiconto e bilancio d'esercizio nelle società di persone*, in nota a Trib. Napoli 30 marzo 1995, (ord.), in *Società* 1995, p. 1459. Nello stesso senso si vedano anche G. COTTINO e R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Società di persone e consorzi, Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, p. 118.

- (7) Cfr. P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 1354.
- (8) Carmine Romano, commento sub. art. 2381, in *La riforma delle società*, a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, Tomo I, Torino, 2003, p. 405; O CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, pp. 294 – 295.
- (9) Si rileva correttamente che il divieto di delega attiene ed è circoscritto alla redazione del progetto di fusione/scissione, mentre può ben essere delegata la fase delle trattative e la gestione della relativa *due diligence*. P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 1355.
- (10) P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 1356.
- (11) Ancora una volta, come accade nella norma dell'art. 2381, l'obbligo di collegialità investe solo la redazione del progetto e non la fase pre-progettuale, che potrà essere condotta con le regole di amministrazione ordinarie.
- (12) V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 104; G. COTTINO e R. WEIGMANN, *op. cit.* p. 138.
- (13) G. COTTINO e R. WEIGMANN, *op. cit.* p. 145.
- (14) R. RORDORF, *op. lo. citt.*; F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 1990, p. 115.
- (15) In tal senso PICCIAU, in *Giur. it.*, 1991, IV, 500.
- (16) Da ultimo P. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 1351.
- (17) F. Tassinari, in M. Maltoni – F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da G. Laurini, Milano, Ipsoa, 2004, pp. 86 e ss.
- (18) F. TASSINARI, *op. cit.*, che argomenta anche traendo spunto dall'indizio sistematico derivante dalla norma dell'art. 2479 quarto comma, che non ammette i metodi decisionali della consultazione e del consenso scritti per le modificazioni dell'atto costitutivo.
- (19) In tal senso V. Buonocore, *op. cit.*, p. 104; G. COTTINO e R. WEIGMANN, *op. cit.* p. 154; per una chiara indicazione delle fonti e dei diversi orientamenti S. TAURINI, *Adozione del metodo assembleare per la formazione della volontà dei soci nelle società personali*, in *Società* 2003, p.36 ss., in nota alla Sentenza della Cass. Civ., 7 giugno 2002, m. 8276.
- (20) Così Cass. 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. it.*, 1998, n. 722, espressione più recente di un trend consolidato in tale direzione.
- (21) G. COTTINO e R. WEIGMANN, *op. cit.* pp. 154 - 155, i quali invocano il principio di buona fede (art. 1375 c.c.) nell'esecuzione del contratto.
- (22) MIRONI, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, p. 190.
- (23) F. TASSINARI, *op. cit.* p. 87.
- (24) C. SANTAGATA, *op. cit.* p. 405, nota 27, nella quale si formula il seguente esempio: “Se invece una s.n.c. con tre soci esplicante l'attività di servizi e con capitale di 300.000 euro ha prospettato la sua incorporazione nell'ambito di una s.p.a. con venti soci che esplicherà anche attività produttiva di beni e con capitale di 500.000 euro, la decisione della fusione esigerà, se lo statuto della s.n.c. non dispone diversamente, il consenso unanime dei soci, non essendo sufficiente la maggioranza determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili (ai sensi del nuovo art. 2502), poiché qui si dovrà decidere non solo la fusione eterogenea, ma altresì la prosecuzione dell'attività in una società con oggetto diverso”.

- (25) C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 404; M.S. Spolidoro, in A. Serra – M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 91.
- (26) C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 403.
- (27) Occorre non dimenticare che l'art. 7, lett. A) della L. 3 ottobre 2001 imponeva una riforma della disciplina della fusione e della scissione ispirata, fra l'altro, al principio di semplificazione.
- (28) In tal senso, C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 401, ove altri riferimento dottrinali nello stesso senso, trattandosi di posizione sostanzialmente acquisita.
- (29) C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 535, ove ampi riferimenti dottrinali.
- (30) Cfr. R. SANTAGATA, *cit.*, 534, nt. 4.
- (31) La trasformazione implicita in società di capitali rende direttamente applicabile l'art.2500 *quater* secondo e terzo comma.
- (32) La quale ultima sovente si trasforma in s.r.l.
- (33) Se tutti i soci hanno capitalizzato la partecipazione ed hanno al contempo assunto l'obbligo di prestare la propria opera in società si può ritenere che la quota di capitale rappresenti il criterio assunto di comune accordo per misurare la partecipazione ai diritti sociali, compreso il diritto all'utile, anche con riferimento all'apporto rappresentato dall'opera eseguita.
- (34) In tal senso, ma limitatamente alle S.p.A., C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 448.
- (35) E, soprattutto nella fattispecie di cui all'art. 2505 *bis*, anche organizzativi.
- (36) E ai loro consulenti, fra cui certamente il notaio.
- (37) Cui fa rinvio anche l'art. 2505 *bis*.
- (38) Scelta organizzativa resa sicuramente ammissibile dall'incipit del secondo periodo dell'art. 2502, che fa salva ogni diversa regola statutaria o contrattuale voluta dai soci.
- (39) F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 1987, p. 113.
- (40) In tal senso anche L. A. MISEROCCHI, *La Scissione*, in *Il nuovo ordinamento delle società, Diritto delle Società e dei Mercati Finanziari*, collana diretta da Serenella Rossi, Milano, Ipsoa, 2003, p. 394; F. ZABBAN, *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, in *Quaderni del Notaio*, Milano Ipsoa, 2003, p. 104.

(Riproduzione riservata)