

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

## Studi di Impresa

### Studio n. 204-2009/I

#### La fusione cd. semplificata di cui all'art. 2505 c.c.: casistica e problemi dopo la riforma

*Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 novembre 2010*

**Sommario:** 1. Generalità - 2. La procedura semplificata di cui all'art. 2505 c.c. - 3. La casistica - 4. Il momento del possesso totalitario - 5. Il capitale post-fusione nella fusione semplificata - 6. L'incorporazione di società di persone interamente posseduta da parte di società di capitali - 7. La competenza a deliberare la fusione da parte dell'organo amministrativo - (*segue*) 7.1. La natura della competenza: competenza concorrente od esclusiva - (*segue*) 7.2. L'ambito di applicazione della norma alla luce della sua *ratio* - (*segue*) 7.3. La possibilità per l'organo amministrativo di apportare modificazioni statutarie nell'ambito della fusione 8. Il procedimento per ripristinare la competenza assembleare ai sensi dell'art. 2505, 3 comma, c.c.

\*\*\*

#### 1. Generalità

La prassi societaria, in ragione dei tempi e dei costi della fusione, ha da sempre rivolto agli operatori pressanti istanze di semplificazione del procedimento ordinario, anche in funzione dell'esigenza di modulare la procedura in rapporto alla complessità dell'operazione ed alle dimensioni, generalmente medio-piccole ed a ristretta base sociale, delle società coinvolte.

Il legislatore della riforma ha in larga parte assecondato queste esigenze, in attuazione delle indicazioni della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366, che in materia di fusione fissava l'obiettivo di "semplificarne e precisarne il procedimento, nel rispetto, per quanto concerne le società di capitali, delle direttive comunitarie" <sup>(1)</sup>.

Accanto alla rinnovata disciplina della incorporazione di società interamente possedute, la riforma ha introdotto una vasta gamma di ulteriori semplificazioni, che vanno dalle norme applicabili all'incorporazione di società possedute al novanta per cento, alle semplificazioni procedurali previste per le fusioni a cui non partecipino società azionarie, ovvero ancora alle rinunzie ai termini o alle alterazioni procedurali consentite dagli artt. 2501- *ter* ultimo comma, 2501-*septies* primo comma, 2501- *sexies* terzo comma e 2503, primo comma, del codice civile <sup>(2)</sup>.

Più di recente il d.lgs. 13 ottobre 2009 n. 147 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 254 del 31 ottobre 2009 ed in vigore dal 15 novembre 2009), in attuazione della direttiva comunitaria 2007/63/CE e della delega contenuta nella Legge Comunitaria 2008 (art. 1 della legge 7 luglio 2009 n. 88), ha modificato gli artt. 2501- *sexies* e 2505- *quater* c.c., sancendo anche per le società azionarie la possibilità di omettere la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, con il consenso di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione, con ciò peraltro accogliendo un risultato a cui il notariato era già pervenuto in via interpretativa <sup>(3)</sup>.

La quantità e la complessità delle questioni interpretative sollevate dalle norme semplificatrici in materia impongono però, per evidenti esigenze di sintesi e di completezza dell'indagine, di concentrare l'attenzione su caratteri, modalità ed ambito di applicazione della "fusione semplificata in senso proprio", quella cioè caratterizzata dall'incorporazione di società interamente possedute, che rappresenta l'ipotesi di gran lunga più ricorrente nella pratica.

Lo studio si propone, quindi, per un verso di delineare l'esatto perimetro applicativo della disposizione contenuta ora nell'art. 2505 c.c. e per l'altro di fare il punto, a qualche anno dalla riforma, sugli aspetti problematici della nuova disciplina che non hanno ancora trovato appagante definizione.

## **2. La procedura semplificata di cui all'art. 2505 c.c.**

La fattispecie ora disciplinata dall'art. 2505 del c.c., che presenta rispetto alla disciplina ante riforma (contenuta nel vecchio art. 2504- *quinquies* c.c.) la novità della possibile attribuzione del potere decisionale all'organo amministrativo, semplifica il procedimento ordinario <sup>(4)</sup> per l'ovvia ragione che la fusione, nel caso di specie, è diretta a sopprimere l'organizzazione economico-giuridica della società incorporanda, di cui la società incorporante detiene la titolarità esclusiva, in qualità di unico socio <sup>(5)</sup>.

La disposizione in esame, come è stato esattamente rilevato <sup>(6)</sup>, non contempla una fattispecie nuova e diversa di fusione, ma si limita ad adeguare il procedimento al "fatto" del possesso da parte della società incorporante di tutte le azioni o quote della società incorporanda, che determina di per sé l'inapplicabilità di alcune delle regole proprie della fusione per incorporazione ed in special modo delle regole connesse alla determinazione del rapporto di cambio e ad alcuni adempimenti con funzione informativa endosocietaria.

La relazione degli amministratori e quella degli esperti non sono necessarie perchè, nel caso in esame, non vi possono essere soggetti potenzialmente danneggiati dalle omissioni, nei cui confronti quindi possano avere un senso le tutele ordinarie, essendo unico socio della società incorporanda la stessa società incorporante.

L'art. 2505 del c.c. semplifica il procedimento ordinario in quanto la fusione ivi prevista sancisce sul piano giuridico un'unificazione economica di fatto già esistente, risolvendosi in una mera

semplificazione organizzativa, in cui la sola struttura della società incorporante, che già detiene il patrimonio dell'incorporata, sopravviverà alla fusione <sup>(7)</sup>.

Non può, dunque, ravvisarsi alcun carattere di eccezionalità in tale procedimento, che si limita ad una semplificazione organizzativa, senza dar luogo, come accade nella procedura ordinaria, ad alcun mutamento economico e giuridico della posizione dei soci delle società partecipanti, in conseguenza della distribuzione delle partecipazioni sociali rappresentative della consistenza patrimoniale conseguente al processo di unificazione.

La norma, in altri termini, formalizza in una previsione normativa espressa un principio già desumibile dal sistema ed in particolare dalla disciplina generale della fusione: la titolarità da parte dell'incorporante di tutte le azioni o quote della incorporanda determina la mancanza di un rapporto di cambio e la conseguente impossibilità (prima ancora che inutilità) di tutti quegli adempimenti che direttamente o indirettamente lo presuppongono.

Com'è stato puntualmente sottolineato, se non vi fosse la norma sarebbe consentito apprestare le stesse semplificazioni procedurali oggi previste dall'art. 2505 c.c..

E' in questo senso che la norma in esame può essere considerata espressione di un principio generale, come tale applicabile a tutte quelle ipotesi di fusione che realizzano le stesse finalità di semplificazione dell'organizzazione economico-giuridica del gruppo, senza alterare le posizioni economiche e giuridiche dei soci.

In tutte le ipotesi che nella sostanza economica e giuridica riproducono la fattispecie prevista dal legislatore, anche se differenti sul piano giuridico-formale, si palesa l'inutilità delle valutazioni patrimoniali finalizzate alla determinazione della congruità del rapporto di cambio e degli altri elementi informativi previsti nel procedimento ordinario <sup>(8)</sup>.

Tali dovranno essere riconosciute non solo le ipotesi in cui manchi del tutto il rapporto di cambio, ma anche quelle in cui la relativa determinazione sia per sua natura inadeguata ad incidere sul valore della o delle partecipazioni detenute da tutti i soci delle società partecipanti alla fusione, restando affidata a meri criteri di adeguamento astratto-matematici.

Manca in queste ipotesi qualsiasi elemento di discrezionalità nella determinazione del cambio e quindi quel carattere di negoziabilità che è tipico del "rapporto" tra le azioni o quote oggetto di concambio e che giustifica la disciplina dettata dal legislatore per assicurarne la congruità <sup>(9)</sup>.

Questa conclusione trova un'espressa conferma nella disciplina della scissione ed in particolare nella norma dell'art. 2506-ter c.c. che, in presenza di una scissione totale proporzionale a favore di beneficiarie di nuova costituzione, esclude la necessità della relazione degli esperti pur in presenza di un rapporto di cambio <sup>(10)</sup>.

Le conclusioni testè esposte, ormai condivise dalla prevalente dottrina <sup>(11)</sup>, trovano conforto in un'analisi comparativa delle caratteristiche tipologiche della fusione ordinaria (o con rapporto di cambio) e di quella semplificata (o priva di rapporto di cambio).

Le fusioni ordinarie o con rapporto di cambio (o forse meglio plurilaterali) hanno due o più centri di riferimento soggettivi, rappresentati dalle distinte compagini sociali, che sono portatrici, nella fusione, di interessi contrapposti, contemperati e composti dagli amministratori nel progetto di fusione.

In quest'ottica, il progetto rappresenta il momento contrattuale dell'operazione, perchè in esso, con la determinazione del rapporto di cambio, si fissa il "prezzo" della fusione per le collettività di soci coinvolte nell'operazione.

Diversamente dalla fusione semplificata, in quella ordinaria si perfeziona una duplice vicenda: la prima, riguardante l'aspetto sociale e quindi organizzativo, si esaurisce nel riassetto aziendale (che porta alla somma dei patrimoni delle società partecipanti); la seconda, che attiene al momento economico/contrattuale, consiste nella composizione del rapporto tra le due o più compagini portatrici di interessi contrapposti.

Le fusioni ordinarie sono, inoltre, caratterizzate da una manovra sulle partecipazioni sociali, in funzione del rapporto di cambio: se c'è rapporto di cambio non può non esservi una manovra sulle partecipazioni a servizio dello stesso.

Tale manovra, necessaria ad attribuire le partecipazioni della società incorporante ai soci della società incorporata sulla base del rapporto di cambio, a giudizio della prevalente dottrina si esplica, nella sua modalità ordinaria, attraverso l'aumento del capitale della stessa società incorporante <sup>(12)</sup>.

Sul punto sembra di poter affermare, in contrario, che la fusione sia istituto autoreferenziale: nessun'ulteriore operazione sarà funzionalmente necessaria perchè espliciti i suoi effetti la fusione, che, nella sua struttura minima, richiederà semplicemente una manovra sulle partecipazioni della società incorporante, concretantesi nella redistribuzione, sulla base del rapporto di cambio, delle partecipazioni costituenti il proprio capitale <sup>(13)</sup>.

Un eventuale aumento di capitale deliberato nell'ambito della fusione, non rappresentando un dato costante dell'operazione, non può considerarsi elemento essenziale del procedimento, ma rientra tra quegli elementi "naturali" che possono, ma non necessariamente devono partecipare ad una determinata fattispecie negoziale e che, per tale ragione, non connotano nè la causa nè la struttura dell'operazione, ma possono arricchirne il regolamento <sup>(14)</sup>.

La fusione cd. semplificata o senza rapporto di cambio (o forse meglio unilaterale), invece, ha un unico centro di riferimento soggettivo, rappresentato da un solo gruppo di soci, portatore perciò stesso di un unico interesse, non contrapposto ad altri.

Manca, quindi, nell'operazione qualunque momento contrattuale, diretto a comporre interessi contrapposti: l'operazione si esaurisce in una mera riorganizzazione dei beni aziendali, in una vicenda sociale unica, rappresentata dalle somme dei patrimoni delle società partecipanti.

La fusione cd. semplificata è, quindi, priva di qualunque manovra sulle partecipazioni, che erano e restano nelle mani dell'unica collettività di soci partecipante all'operazione, senza alcuna attribuzione di partecipazioni dell'incorporante.

L'operazione si esaurisce, pertanto, nell'annullamento del capitale della società incorporata, restando invariata la proporzione partecipativa dell'unico gruppo di soci nella società risultante dalla fusione.

In questa particolare ipotesi di fusione non è possibile contemplare alcun aumento di capitale funzionale o strutturale all'operazione in quanto, mancando una pluralità di "parti", fanno difetto gli stessi destinatari dell'aumento <sup>(15)</sup>.

Ricorrendo ad una metafora calcistica, potrebbe dirsi che nella fusione cd. semplificata la partita si gioca con una sola squadra in campo.

Se, in conclusione, la fusione cd. ordinaria presenta un aspetto prettamente gestorio (si ricordi che il progetto è redatto dagli amministratori), rappresentato dallo scopo di migliorare la produttività sfruttando le sinergie emergenti dalla somma dei patrimoni delle società partecipanti ed un altro di carattere strutturale, costituito dalla integrazione di due o più compagini sociali, nella fusione semplificata, priva di implicazioni strutturali e/o contrattuali coinvolgenti i soci, resta essenzialmente la portata gestoria, non coinvolgendo la collettività dei soci titolari direttamente e indirettamente di tutti i patrimoni delle società partecipanti.

### 3. La casistica

Alla luce delle considerazioni esposte e sulla scorta di autorevoli opinioni dottrinali <sup>(16)</sup>, è possibile individuare, riassumendole quasi in un quadro sinottico, le principali ipotesi a cui applicare tutte le semplificazioni procedurali previste dall'art. 2505 del c.c., stante l'assenza (o la determinabilità secondo criteri meramente aritmetici) del rapporto di cambio e l'inutilità delle valutazioni patrimoniali finalizzate alla determinazione della sua congruità e degli altri elementi informativi previsti nel procedimento ordinario.

3.1. *Fusione per incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante* : è l'ipotesi testualmente prevista dall'art. 2505 c.c., in cui la società ALFA incorpora la società BETA, della quale detiene l'intero capitale.

3.2. *Fusione per incorporazione, o propria, tra due o più società interamente possedute da uno stesso unico socio* : Tizio possiede l'intero capitale della società ALFA incorporante e della società BETA incorporata ovvero Tizio possiede l'intero capitale della società ALFA e della società BETA che si fondono dando vita alla società GAMMA.

3.3. *Fusione per incorporazione, o propria, tra due o più società possedute dagli stessi soci nelle medesime proporzioni e con identità di diritti*: del capitale della società ALFA incorporante Tizio è titolare del 60%, Caio del 30% in piena proprietà e del 10% in nuda proprietà e di tale quota Sempronio è usufruttuario vitalizio, e nelle medesime percentuali e diritti gli stessi soggetti partecipano al capitale della società BETA incorporata; lo stesso dicasi ove le due società ALFA e BETA si fondono per dar vita alla società GAMMA.

3.4. *Fusione in cui l'incorporante possiede una parte del capitale dell'incorporanda e la residua parte del capitale stesso è posseduta dagli stessi soci dell'incorporante nelle medesime proporzioni e con identità di diritti* : del capitale della società ALFA incorporante Tizio è titolare del 60%, Caio del 30% in piena proprietà e del 10% in nuda proprietà e di tale quota Sempronio è usufruttuario vitalizio, e del capitale della società incorporata BETA la società ALFA è titolare del 50%, Tizio è titolare del 30%, Caio del 15% in piena proprietà e del 5% in nuda proprietà e di tale quota Sempronio è usufruttuario vitalizio.

3.5. *Fusione inversa ove la società incorporata detiene l'intero capitale della società incorporante: la società ALFA è incorporata dalla società BETA, della quale detiene l'intero capitale.*

3.6. *Fusione per incorporazione di tre o più società possedute l'una dall'altra "a cascata" o "a cannocchiale": la società ALFA incorpora la società BETA della quale detiene l'intero capitale ed anche la società GAMMA, il cui capitale è interamente detenuto dalla società BETA e così via.*

3.7. *Fusione di due o più società, una delle quali interamente posseduta da una terza, e l'altra posseduta in parte da quest'ultima e per la restante parte dalla prima: la società ALFA incorpora la società BETA della quale detiene l'intero capitale e la società GAMMA, il cui capitale è detenuto in parte da ALFA ed in parte da BETA.*

3.8. *Fusione propria da parte di due società una delle quali possiede l'intero capitale dell'altra: la società ALFA si fonde con la società BETA, della quale detiene l'intero capitale, dando vita alla società GAMMA.*

3.9. *Fusione per incorporazione, o propria, tra due società delle quali una detiene parte delle azioni dell'altra, mentre le altre azioni sono detenute in portafoglio dalla stessa incorporata : la società ALFA incorporante detiene il 95% delle azioni della società BETA, mentre il restante 5% del capitale è costituito da azioni proprie e pertanto detenute in portafoglio dalla stessa incorporata.*

3.10. *Fusione per incorporazione in cui la società incorporante con unico socio detiene una partecipazione in entrambe le società incorporande, mentre la restante partecipazione in ciascuna di esse è detenuta dall'altra società incorporata in modo incrociato: l'intero capitale della società ALFA incorporante è detenuto da Tizio, il quale detiene anche il 40% del capitale dell'incorporata BETA, il cui 60% è detenuto dalla società GAMMA, mentre il capitale di GAMMA, anch'essa incorporata, è detenuto da Tizio per il 70% e dalla società BETA per il 30%.*

3.11. *Fusione inversa "a cascata": la società ALFA è titolare dell'intero capitale della società BETA, che a sua volta detiene l'intero capitale della società GAMMA e la società GAMMA intende incorporare sia la società ALFA che la società BETA.*

A queste ipotesi vanno aggiunte tutte le fattispecie costituenti combinazione delle ipotesi contemplate.

#### **4. Il momento del possesso totalitario**

Una questione ampiamente discussa in passato sembra oggi, anche sul piano operativo, aver trovato appagante soluzione nelle più moderne ed autorevoli ricostruzioni della dottrina.

Già prima della riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003, che peraltro tacendo sul punto ha lasciato inalterati i termini del problema, era discusso in quale momento dovesse sussistere il possesso totalitario delle partecipazioni dell'incorporata da parte dell'incorporante, ai fini dell'applicabilità delle semplificazioni di cui all'allora art. 2504- *quinquies* (oggi art. 2505 del c.c.).

Un'interpretazione più restrittiva <sup>(17)</sup> riteneva che il possesso totalitario dovesse risultare dalla situazione patrimoniale di fusione e dovesse essere conseguito già al momento della sottoscrizione del progetto di fusione, sul presupposto che dalla situazione contabile della controllante, sulla base della quale era operata la fusione, doveva risultare il possesso di tutte le azioni o quote della controllata da incorporare, pena una connotazione di "infedeltà" del documento contabile.

In contrario si è rilevato che è assolutamente fisiologico che la consistenza patrimoniale delle società partecipanti alla fusione subisca modificazioni nel corso del procedimento in conseguenza del normale dinamismo dell'attività di impresa e che solo la presenza di modifiche sostanziali, di cui gli amministratori sarebbero tenuti a dar conto all'assemblea, potrebbe pregiudicare il prosieguo dell'operazione <sup>(18)</sup>.

Negli altri casi, le modificazioni sono inidonee ad incidere sul procedimento in corso, a maggior ragione quando esse (nel caso in esame l'acquisizione delle azioni o quote dell'incorporanda necessarie a raggiungere il possesso totalitario da parte dell'incorporante) sono prefigurate nello stesso progetto e rappresentano, quindi, evento contemplato e condizionante l'applicazione della procedura cd. semplificata.

Secondo altra impostazione <sup>(19)</sup>, riproposta in dottrina anche dopo la riforma <sup>(20)</sup>, il possesso totalitario sarebbe dovuto sussistere prima dell'adozione della delibera di approvazione del progetto di fusione, al fine di consentire al giudice dell'omologazione (oggi al notaio) di verificarne la sussistenza, atteso che esso costituisce condizione di legittimità della procedura semplificata.

A giudizio di alcuni, tale ricostruzione potrebbe dirsi superata dall'attribuzione al notaio del controllo generale di legalità prima devoluto all'autorità giudiziaria (a seguito della novella introdotta dall'art. 32 della legge 24 novembre 2000 n. 340, confermata dalla riforma), convergendo nello stesso soggetto (il notaio appunto) sia il controllo di legalità della delibera di approvazione del progetto che quello di legittimità dell'atto di fusione.

A ben vedere, in realtà, questa stessa conclusione poteva essere accolta anche prima della riforma del procedimento di omologazione: è ben possibile, infatti, che il possesso totalitario, sussistente al momento della decisione in ordine alla fusione, venga meno prima della sottoscrizione del relativo atto ed è quindi evidente che il controllo su tale presupposto non può che essere svolto principalmente in tale sede e quindi devoluto alla competenza del notaio che riceve l'atto di fusione <sup>(21)</sup>.

In questo senso, del resto, si esprime anche l'art. 16 della III Direttiva CEE, che espressamente dispone che il notaio o l'autorità competente a redigere l'atto pubblico di fusione "deve verificare e certificare l'esistenza e la legittimità degli atti e delle formalità che devono essere compiuti dalla società presso la quale egli esplica la propria funzione nonché del progetto di fusione".

Può, dunque, condividersi la conclusione a cui giunge ormai la prevalente dottrina <sup>(22)</sup>, secondo cui il presupposto del possesso totalitario deve sussistere al momento della sottoscrizione dell'atto di fusione.

Tale considerazione, riaffermata dalla massima L.A.4 del Comitato del Triveneto e dalla massima n. 22 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, si basa sul corretto assunto che, qualora il presupposto del possesso totalitario non sussista al momento della sottoscrizione del progetto di fusione o della relativa delibera di approvazione, l'attuazione dell'operazione è in tal caso subordinata ad un evento futuro (acquisizione del possesso totalitario), il cui avveramento deve essere accertato in sede di stipulazione dell'atto di fusione.

Correlativamente, come già anticipato, non potrebbe essere validamente portata a conclusione un'operazione di fusione semplificata in cui il possesso totalitario, pur sussistente al momento del deposito del progetto e della relativa approvazione, venga meno prima del perfezionamento dell'atto di fusione.

E' altresì da escludere che il possesso totalitario possa verificarsi in un momento successivo a quello dell'atto di fusione o, addirittura, a quello di efficacia dell'intera operazione *ex art. 2504- bis c.c.*: il controllo di legalità dell'atto di fusione, come sostenuto da autorevole dottrina, dev'essere coevo alla sua formazione e non può essere effettuato in epoca successiva alla sottoscrizione dello stesso <sup>(23)</sup>.

Un'ultima notazione merita, infine, il punto in esame.

L'ipotesi presa in considerazione finora e risolta grazie ai decisivi spunti della più autorevole dottrina notarile è quella in cui il progetto di fusione (e la relativa deliberazione) contemplino già il successivo acquisto delle azioni o quote necessarie ad ottenere il possesso totalitario da parte dell'incorporante e quindi la dinamica procedimentale propria della fusione semplificata.

Diverso è il caso, invece, in cui il progetto (e la relativa delibera di approvazione) prevedano un procedimento di fusione ordinario (quindi con rapporto di cambio), su cui si innesti, quale evento da essi non contemplato, l'acquisto della partecipazione totalitaria.

Dovrebbe ipotizzarsi, in questa ipotesi, una modifica del progetto di fusione successiva alla sua approvazione, che, quand'anche in astratto ammissibile, non può certo essere affidata in questo caso alla discrezionalità dell'organo amministrativo <sup>(24)</sup>.

## 5. Il capitale post-fusione nella fusione semplificata

Come si è già avuto modo di affermare, al perfezionamento della fusione cd. semplificata non è funzionalmente preordinato alcun aumento di capitale, in quanto mancando una pluralità di "parti" fanno difetto gli stessi destinatari dell'aumento; l'operazione si esaurisce nell'annullamento del capitale della società incorporata, restando invariata la proporzione partecipativa dell'unico gruppo di soci nella società risultante dalla fusione <sup>(25)</sup>.

Resta da chiedersi, però, se sia nell'autonomia delle parti la possibilità di effettuare, in occasione della fusione semplificata, un aumento o una riduzione del capitale della società incorporante; se cioè nel progetto di fusione possa trovare cittadinanza, e quale portata abbia, un'operazione sul capitale sociale.

Nella fusione ordinaria il rapporto di cambio non può assolutamente mancare ed è, quindi, immanente una manovra sulle partecipazioni; essa può essere attuata con la redistribuzione del capitale della società incorporante (soluzione da considerarsi di *default*) ovvero con l'aumento di capitale della stessa (soluzione tradizionalmente utilizzata nella pratica), o ancora con la distribuzione di azioni in portafoglio e così via <sup>(26)</sup>.

Se tra le soluzioni prospettate le società partecipanti scelgono di aumentare il capitale dell'incorporante a servizio del rapporto di cambio, tale aumento viene sussunto nella struttura dell'operazione tanto da divenire elemento essenziale del paradigma di quella determinata operazione fusoria.

Analoghe considerazioni non sembra possano essere svolte per la fusione cd. semplificata.

Da un lato l'impossibilità di far rientrare nella struttura della fusione semplificata una manovra sulle partecipazioni e dall'altro il principio di autonomia delle parti, inducono a riconoscere la possibilità di effettuare anche in questa fattispecie un aumento del capitale della società <sup>(27)</sup>, ma, diversamente da quanto detto per la fusione ordinaria, tale aumento del capitale sociale non potrà mai trovare giustificazione causale nell'operazione di fusione.

La presenza, nella fusione semplificata, di una sola collettività di soci quale riferimento soggettivo dell'operazione fa sì che l'aumento del capitale della società incorporante non possa essere elemento strutturale della fattispecie (in mancanza del rapporto di cambio), nè tanto meno operazione che trovi la sua fonte in un accordo fusorio trasfuso nel progetto, per mancanza della controparte.

L'eventuale aumento del capitale sociale previsto in occasione di una operazione di fusione semplificata sarebbe, quindi, un aumento di capitale solo occasionalmente deliberato in concomitanza con la fusione, ma del tutto estraneo al meccanismo fusorio e da ricondurre, quindi, ad un mero aumento nominale con passaggio di riserve a capitale (come disciplinato dall'art. 2442 c.c. per le S.p.A., dall'art. 2481- *ter* c.c. per le s.r.l. e dalle norme sulle modifiche dei patti sociali nelle società di persone).

Detto aumento del capitale è, quindi, solo occasionalmente collegato alla fusione in corso (la collettività dei soci ha voluto la fusione nonché un aumento gratuito del capitale) e potrà, al più, essere ad essa eventualmente condizionato quanto all'efficacia (l'aumento gratuito potrà avere efficacia al momento in cui è approvato il progetto o al momento di efficacia della fusione ovvero anche essere condizionato al perfezionamento di essa).

Del tutto analogo è il discorso nell'ipotesi in cui la compagine sociale voglia procedere ad una riduzione del capitale sociale; detta riduzione, solo occasionalmente collegata all'operazione di fusione in corso, sarà disciplinata dall'art. 2445 c.c. per le S.p.A., dall'art. 2482 c.c. per le s.r.l. e dall'art. 2306 c.c. per le società di persone.

L'inevitabile corollario di questo ragionamento è che, una volta enucleata dall'istituto della fusione ed in particolare da quella cd. semplificata la struttura minima dell'operazione disegnata dal legislatore, le ulteriori vicende societarie ad essa occasionalmente collegate troveranno disciplina e riferimento normativo nelle norme di sistema e quindi in sede propria.

Si pensi per tutti, a titolo esemplificativo, al problema dell'opposizione dei creditori in caso di riduzione del capitale sociale: in virtù delle conclusioni testè formulate non troverà applicazione il termine di sessanta giorni proprio della fusione, bensì il più lungo termine di novanta giorni previsto in sede propria e cioè dalla disciplina della riduzione volontaria del capitale.

Se nella fusione semplificata non vi è cittadinanza per un aumento o riduzione del capitale della società incorporante che sia funzionale alla fusione (diversamente da quanto può avvenire nelle fusioni non semplificate) dobbiamo chiederci se la conclusione cui siamo giunti per il capitale sociale possa essere esportata a tutte le modifiche dello statuto della società incorporante nella fusione semplificata.

Eventuali modifiche dello statuto della società incorporante, infatti, non potendo essere mai funzionalmente collegate alla fusione (nella fusione semplificata la collettività di soci di riferimento è sempre una soltanto), dovranno necessariamente sottostare alle norme di sistema che regolano la relativa fattispecie; si pensi, ad esempio, alle clausole statutarie non modificabili senza il consenso di tutti i soci (nelle società per azioni regolati dall'art. 2345 c.c.), all'introduzione o all'eliminazione di vincoli alla circolazione delle partecipazioni, o alla modificazione di quelli esistenti che incida sulla posizione individuale dei singoli soci: si immagini l'impatto di una clausola di gradimento che prescriva il possesso di particolari requisiti da parte dei soci e che colleghi alla loro perdita un diritto di riscatto delle azioni da parte della società o degli altri soci <sup>(28)</sup>.

L'unica ipotesi in cui può, forse, ravvisarsi un collegamento funzionale tra la modifica statutaria ed il procedimento semplificato in corso è quella in cui vi sia l'esigenza di implementare lo statuto della società incorporante al solo ed esclusivo fine di consentire la prosecuzione di un'attività già svolta dall'incorporata, ma non prevista specificamente nello statuto dell'incorporante, per quanto con esso compatibile e quindi nei limiti di cui all'art. 2361 c.c.-. Tale modifica sembrerebbe porsi in rapporto di strumentalità con l'operazione di fusione in corso, in quanto diretta ad impedire l'interruzione di una o più attività già esercitate dall'incorporata.

## 6. L'incorporazione di società di persone interamente posseduta da parte di società di capitali

Il 7° comma dell'art. 2501-*sexies* c.c., così come novellato dal d.lgs. 6/2003, prevede che agli esperti nominati per la redazione della relazione di cui al 3° e 4° comma dello stesso art. 2501-*sexies* c.c. è altresì affidata, in ipotesi di fusione di società di persone "con" società di capitali, la redazione della relazione di stima del patrimonio della società di persone a norma dell'art. 2343 c.c..

Fermandosi ad una interpretazione meramente letterale della norma ("fusione di società di persone con società di capitali") si dovrebbe ritenere necessaria la relazione di stima in tutte le seguenti ipotesi:

- fusione per incorporazione di una società di persone in una società di capitali;
- fusione propria in cui una o più società di persone diano vita ad una società di capitali;
- fusione per incorporazione di una società di capitali in una società di persone;
- fusione propria in cui una società di persone ed una società di capitali diano vita ad una nuova società di persone.

Può affermarsi, senza timore di smentite, che questa norma rappresenta un esempio emblematico di come il legislatore della riforma sia talora intervenuto in modo maldestro e approssimativo <sup>(29)</sup>.

Per comprendere appieno la reale portata del 7° comma dell'art. 2501-*sexies* c.c. è necessario, infatti, individuare la *ratio* della perizia di stima richiesta dall'art. 2500-*ter* c.c. (referente normativo in tema di trasformazione e quindi il più appropriato per valutare la fusione comportante trasformazione): la funzione di tale perizia, come è noto, è quella di garantire l'integrità del capitale sociale in relazione al patrimonio apportato dalla società di persone e ciò in quanto per le società di persone non è prevista alcuna rigida disciplina né controllo sui valori e sugli appostamenti contenuti nel rendiconto.

Nell'ipotesi di fusione comportante trasformazione, la necessità di garantire tale effettività emerge solo nel caso in cui la società incorporante debba procedere ad un aumento del capitale per poter distribuire partecipazioni ai soci della incorporata, oppure in ipotesi di fusione propria di società di persone e di società capitali, allorché il capitale post-fusione sia determinato in misura superiore al capitale già esposto dalla s.p.a. o dalla s.r.l. partecipante alla fusione.

Sarà, pertanto, necessaria la perizia di stima del patrimonio della società di persone incorporata in società di capitali nella sola ed esclusiva ipotesi in cui il netto patrimoniale della società di persone sia utilizzato per aumentare il capitale della stessa società di capitali incorporante <sup>(30)</sup>.

Nessun pregio ha, in contrario, l'argomento secondo cui così facendo si consentirebbe di eludere la necessità della stima, consentendo l'appostazione in bilancio e quindi nel patrimonio della società di capitali di valori non verificati mediante perizia e che subito dopo la fusione potrebbero penetrare nel capitale della società mediante un aumento gratuito.

L'eventuale imputazione a capitale, in un momento successivo alla fusione, dei valori emergenti dall'operazione è mediata dalla preventiva appostazione al bilancio della società incorporante di tali valori; la tutela dell'integrità del capitale è in tale ipotesi affidata proprio ai rigidi criteri dettati per

l'appostazione dei valori al bilancio delle società di capitali ed alla correlativa responsabilità dell'organo amministrativo, così come accade per qualsiasi altro plusvalore eventualmente emergente dall'andamento economico dell'azienda sociale, la cui appostazione tra le riserve disponibili e successiva imputazione a capitale non è certo filtrata da alcuna valutazione peritale esterna alla società.

Il discorso fin qui svolto coinvolge anche la fusione disciplinata dall'art. 2505 c.c..

Secondo l'opinione preferibile, infatti, è oggi possibile che una società di capitali sia unico socio di una società di persone, sia pure non in sede di costituzione ma successivamente, in forza della previsione contenuta nell'art. 2272 n. 4 del c.c..

Argomento decisivo in tal senso è, dopo la riforma, rappresentato dalla previsione dell'art. 2361, secondo comma, c.c., che in tema di società per azioni dispone che "l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio".

Orbene, applicando letteralmente la disposizione contenuta nell'art. 2501- *sexies* settimo comma, anche la fusione di società di persone interamente posseduta in società di capitali richiederebbe la perizia di stima dell'esperto ai sensi del medesimo articolo.

E' di tutta evidenza, invece, che alla luce di un'interpretazione logica della disposizione in commento essa non sarà necessaria nel caso di fusione cd. semplificata, che si esaurisce nell'annullamento del capitale dell'incorporata senza alcun aumento di capitale della incorporante ed in cui, quindi, la perizia di stima del patrimonio della società di persone incorporanda non troverebbe alcuna giustificazione.

Sarà viceversa necessaria la perizia di stima nella sola ipotesi in cui, unitamente e contestualmente alla fusione, si decida anche un aumento di capitale della società incorporante di capitali e quest'ultima, non avendo patrimonio netto sufficiente per coprire l'aumento, utilizzi il netto rinveniente dalla fusione e quindi sprigionato dal patrimonio della società di persone incorporata.

## **7. La competenza a deliberare la fusione da parte dell'organo amministrativo**

L'elemento innovativo della procedura semplificata introdotto dalla novella del 2003 è rappresentato dalla facoltà, concessa all'autonomia statutaria dal 2° comma dell'art. 2505 c.c., di attribuire agli organi amministrativi la competenza a decidere la fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o quote della prima, in deroga al disposto dell'art. 2502, comma 1 c.c., che riserva la decisione in ordine alla fusione ai soci <sup>(31)</sup>.

E' stato sottolineato come tale previsione sia perfettamente coerente con la semplificazione procedurale della fusione di cui all'art. 2505 c.c., in quanto, come già accennato, in tale circostanza l'operazione fusoria presenta un carattere eminentemente gestorio, rappresentato dalla riorganizzazione dei beni per l'attività comune, mentre risulta estremamente sbiadito l'aspetto strutturale; in particolare, nell'ipotesi codicistica "semplificata", i soci titolari del capitale della società incorporante non subiscono alcun nocumento dall'incorporazione di una società interamente posseduta in quanto i beni costituenti il patrimonio della società incorporata erano già considerati

nella titolarità indiretta della società incorporante quali beni di secondo grado, sostanziandosi in tal caso la fusione in una mera riorganizzazione dell'unica impresa del gruppo <sup>(32)</sup>.

Tale facoltà - così come contemplata testualmente dal 2° comma dell'art. 2505 c.c. <sup>(33)</sup> - rientra e si giustifica quindi nelle operazioni di ristrutturazione societaria dei gruppi, ove l'attribuzione all'organo amministrativo appare del tutto coerente, anche nell'ottica di meglio valutare l'opportunità del compimento dell'operazione stessa, attuandola con maggiore snellezza <sup>(34)</sup>.

Tre appaiono le problematiche di maggior interesse sollevate dal secondo comma dell'art. 2505, così come novellato; in particolare, c'è da chiedersi: in primo luogo, se l'attribuzione della competenza in materia di fusione semplificata agli organi amministrativi delle società partecipanti integri un'ipotesi di competenza esclusiva o di competenza concorrente con quella assembleare; in secondo luogo, se la fattispecie contemplata dal legislatore al 2° comma dell'art. 2505 c.c. abbia lo stesso ambito applicativo riconosciuto al primo comma della medesima disposizione e dunque se sia riferibile, oltre che all'ipotesi testualmente prevista, anche a tutti gli altri casi ricondotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'alveo della fusione semplificata <sup>(35)</sup>; in terzo luogo, infine, se ed entro quali limiti gli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione di fusione, i quali a norma del citato art. 2505 2° comma c.c., approvano l'operazione fusoria illustrata nel progetto, possano o meno apportare modifiche allo statuto della società incorporante o risultante dalla fusione, funzionali e collegate alla fusione stessa.

### *(segue) 7.1. La natura della competenza: competenza concorrente od esclusiva*

L'attribuzione della competenza a decidere la fusione semplificata all'organo amministrativo, contemplata dal 2° comma dell'articolo 2505 c.c., preliminarmente pone l'esigenza di definire con precisione i rapporti tra organo amministrativo ed assemblea dei soci con riferimento alla fattispecie in oggetto.

In particolare, occorre domandarsi se la competenza dell'organo amministrativo sia una competenza esclusiva ovvero concorrente con quella assembleare <sup>(36)</sup>.

In argomento, sembra potersi ritenere che la *ratio*, oltre che la formulazione letterale della norma, depongano nel senso della competenza esclusiva dell'organo di gestione.

Se, infatti, la fusione ordinaria è concepita come operazione risultante dalla combinazione di due vicende (l'una tipicamente gestoria rappresentata dalla somma dei patrimoni delle società partecipanti e l'altra eminentemente strutturale, caratterizzata dalla integrazione di due o più compagini sociali), la fusione semplificata è considerata atto essenzialmente gestorio-amministrativo, cui sono estranee implicazioni strutturali e "lato sensu" contrattuali; in tale ipotesi, come detto al paragrafo 2, la compagine sociale di riferimento è unica e quindi non v'è spazio per la determinazione di alcun rapporto di cambio.

Appare pertanto coerente la scelta legislativa in virtù della quale la fusione semplificata, in mancanza di qualsiasi ripercussione diretta sulla partecipazione dei soci, può essere decisa in sede amministrativa; come è stato chiaramente sottolineato <sup>(37)</sup>, tale competenza vale ad accentuare il significato più propriamente gestorio dell'operazione che si sostanzia in una riorganizzazione dell'unica impresa di gruppo.

In ragione di simili considerazioni, può fondatamente ritenersi che la disposizione dell'articolo 2505 comma 2° c.c., in presenza di un'espressa previsione statutaria che ne riproponga il portato, contempli uno spostamento di attribuzioni in favore dell'organo amministrativo<sup>(38)</sup>: la competenza di quest'ultimo è autonoma e non di "secondo grado" e quindi derivata rispetto a quella assembleare, come invece avviene nella diversa ipotesi della delega di poteri. La norma opera, infatti, sul piano della ripartizione di competenze tra gli organi sociali: dinanzi al carattere gestorio dell'operazione, non pare corretto richiamarsi genericamente alla sovranità dell'assemblea per dedurre il permanere della sua competenza<sup>(39)</sup>.

Il legislatore, al contrario, traccia un preciso *iter*, nel solco del quale i soci possono far "ritornare" in sede assembleare la decisione in merito alla fusione, sottraendola definitivamente alla competenza dell'organo gestorio: a norma dell'ultimo comma del citato art. 2505 c.c., i soci dell'incorporante, purchè rappresentino almeno il 5% del capitale sociale, possono chiedere che la decisione in ordine alla fusione sia adottata in sede assembleare.

Individuati i tratti morfologici della fattispecie contemplata dall'art. 2505 comma 2° c.c., è necessario tenerla nettamente distinta da un'altra ipotesi operativa, quella in cui lo statuto sociale "disegni", nella materia *de qua*, una competenza assembleare con facoltà di delega all'organo amministrativo. In tale fattispecie, invero, la competenza dell'organo di gestione è da considerare "derivata", di secondo grado e concorrente con quella assembleare. Non c'è, infatti, in questo caso uno spostamento statutario del centro decisionale dell'operazione fusoria, bensì una "semplice" attribuzione di poteri all'organo amministrativo da parte dell'assemblea attraverso il sistema della delega, con conseguente applicazione di tutti i principi valevoli per quest'ultima<sup>(40)</sup>.

### ***(segue) 7.2. L'ambito di applicazione della norma alla luce della sua ratio***

Ci si chiede ora se la fattispecie contemplata dal legislatore al 2° comma dell'art. 2505 c.c. abbia lo stesso ambito applicativo riconosciuto al 1° comma della medesima disposizione e dunque se essa ricomprenda, oltre all'ipotesi testualmente prevista, anche tutti gli altri casi indicati al precedente paragrafo 3, ricondotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per identità di *ratio*, alla fusione semplificata, oppure se tale ambito resti circoscritto esclusivamente alla fattispecie delineata dalla norma.

L'opinione prevalente<sup>(41)</sup>, talora espressa in forma dubitativa<sup>(42)</sup>, sembra orientata in senso restrittivo, fondando tale posizione esclusivamente sulla pretesa natura eccezionale della disposizione derogatoria della competenza che sarebbe, come tale, insuscettibile di interpretazione analogica e/o estensiva.

Sembra però che tale conclusione debba essere verificata alla luce di una più attenta valutazione dei profili operativi dell'operazione fusoria nelle diverse fattispecie riconducibili in via interpretativa al dettato del primo comma della norma in commento; ciò in quanto, come precisato nelle considerazioni iniziali, lo "spostamento" della competenza all'organo amministrativo trova giustificazione nel profilo esclusivamente gestorio che l'operazione in oggetto presenta: occorre, allora, verificare se detto profilo esclusivamente "gestoriale" sia presente in tutte le ipotesi che vengono ricondotte al paradigma della "fusione semplificata".

Sicuramente, e ciò emerge dalle considerazioni innanzi espresse, carattere esclusivamente gestorio presenta il caso contemplato dall'art. 2505 c.c. comma 1°, concernente la fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o quote della prima: l'operazione si configura in

tal caso quale mera riorganizzazione di beni per lo svolgimento dell'attività comune, attività che continuerà ad essere disciplinata dalle regole statutarie della società incorporante. In altri termini, se la società ALFA incorpora la società BETA interamente posseduta, le regole di svolgimento dell'attività sociale continueranno a trovare la propria sede naturale nello statuto di ALFA, talchè nessun pregiudizio o nessuna rilevante modifica sarà apportata dall'operazione in oggetto alla posizione dei soci: appare allora corretto ritenere che l'operazione, per il limitato impatto che essa produce nei confronti dei soci, possa svolgersi in sede meramente gestoria.

Appare allora interessante verificare se alle stesse conclusioni possa giungersi nel caso, speculare a quello innanzi contemplato, in cui sia la società BETA, totalmente posseduta dalla società ALFA, ad incorporare quest'ultima (c.d. "fusione inversa").

Quali sono le conseguenze di una simile operazione?

La fusione avrà effetti più pregnanti di quelli analizzati nel caso precedente. E' vero, infatti, che anche in questa ipotesi i soci di ALFA, per effetto della fusione, continueranno l'attività sociale avvalendosi di un'unica struttura organizzativa resa sinergicamente più efficiente dall'intervenuta integrazione tra strutture societarie; tuttavia, e qui risiede il "discrimen" fondamentale, detta attività sociale sarà d'ora in avanti regolata dai principi organizzativi contenuti nello statuto di BETA e non più in quello di ALFA: i soci assistono, allora, ad un mutamento delle regole statutarie di organizzazione dell'attività sociale.

Alla stregua delle considerazioni svolte, è possibile rispondere all'interrogativo iniziale e cioè se sia corretto ritenere che anche nella "fusione inversa" l'operazione possa essere decisa dall'organo amministrativo investito di una competenza di "primo grado".

Al quesito va data risposta negativa, per la decisiva considerazione che, se gli amministratori decidono la fusione, i soci possono veder cambiate le "regole del gioco", ossia i principi informativi dell'attività sociale, senza avere la possibilità di concorrere a tale decisione; essi subiscono una modifica statutaria determinata da scelte effettuate in altra sede. La gravità di tale circostanza per la posizione dei soci può essere agevolmente percepita: si pensi a clausole limitative della circolazione delle partecipazioni presenti in uno statuto e non nell'altro.

Appare allora evidente che in tal caso la fusione non è operazione dall'esclusivo "respiro" gestorio, avendo ripercussioni anche sulla disciplina della partecipazione dei soci all'attività sociale.

Assunti tali principi, è possibile procedere nell'analisi con un altro caso, quello in cui le società ALFA e BETA abbiano gli stessi soci nelle medesime proporzioni ed una società incorpori l'altra.

Applicando a tale fattispecie il bagaglio concettuale acquisito, bisogna verificare quali effetti sortisca sulla posizione dei soci la fusione. Prima dell'integrazione tra le società, i soci partecipavano a due strutture societarie distinte, rette ciascuna da autonomi principi statuari (che in teoria potevano essere anche molto diversi gli uni dagli altri); a seguito della fusione, l'attività sociale sarà svolta attraverso un'unica struttura societaria regolata da un solo statuto. Può allora dirsi che, non diversamente da quanto accade nella "fusione inversa", l'operazione, così come delineata, determina un mutamento delle condizioni di svolgimento dell'attività sociale, con risvolti non esclusivamente gestori.

Può tale effetto essere gestito in sede amministrativa?

La risposta al quesito deve essere ancora una volta negativa, giacché anche in tal caso si determina un mutamento delle "regole del gioco" che i soci non possono subire per effetto di scelte altrui, ma che devono concorrere a determinare <sup>(43)</sup>; anche la sola scelta di quale delle due società partecipanti debba essere la società incorporante e quale invece la società incorporata e, pertanto, quale sarà lo statuto che regolerà la vita della società post-fusione, è decisione rilevante non attribuibile in via esclusiva agli organi amministrativi <sup>(44)</sup>.

Le considerazioni espresse in relazione ai casi paradigmatici innanzi prospettati sembrano indurre l'importante conclusione, avallata dalla dottrina prevalente <sup>(45)</sup>, secondo cui la disposizione del 2° comma dell'art. 2505 c.c. è in linea di principio inapplicabile ad ipotesi di fusione semplificata diverse da quella contemplata al 1° comma ed è quindi da considerare norma insuscettibile di applicazione analogica e/o estensiva.

Peraltro detta inapplicabilità non discenderebbe tanto dal carattere eccezionale della norma, quanto piuttosto dalla considerazione che può essere decisa dall'organo amministrativo solo quella fusione che abbia connotati esclusivamente gestori; laddove l'operazione importi conseguenze ulteriori, quali ad esempio mutamenti delle regole organizzative che dovranno governare l'attività sociale "post-fusione", quella assembleare torna ad essere la sede propria ed esclusiva per adottare la relativa decisione.

A parziale temperamento di quanto testè affermato ma in perfetta coerenza con i principi enunciati, deve però ritenersi che anche fattispecie di fusione semplificata diverse da quella paradigmatica prevista dal 2° comma dell'art. 2505 possano essere caratterizzate da contenuti esclusivamente gestori, tanto da consentire una devoluzione statutaria agli organi amministrativi della decisione di fusione.

Ci si riferisce, ad esempio, alla fusione cd. "a cannocchiale" (non inversa) nella quale la società ALFA possiede l'intero capitale della società BETA che a sua volta possiede l'intero capitale della società GAMMA e così via; ancora, il riferimento può essere all'ipotesi in cui la società ALFA possiede interamente la società BETA che possiede il 50% del capitale della società GAMMA, il cui restante 50% del capitale è detenuto dalla stessa società ALFA <sup>(46)</sup>.

In queste ipotesi il carattere eminentemente gestorio è in tutto e per tutto paragonabile a quello riconosciuto dal legislatore nel 2° comma dell'art. 2505 c.c.: incorporante è sempre la società al cui interno vi è l'unica compagine di soci di riferimento, compagine la cui vita sociale è regolata dallo statuto della società capogruppo incorporante che resta tale anche a seguito della fusione <sup>(47)</sup>.

### ***(segue) 7.3. La possibilità per l'organo amministrativo di apportare modificazioni statutarie nell'ambito della fusione***

Ulteriore aspetto critico della nuova disciplina attiene alla possibilità per gli organi amministrativi delle società partecipanti all'operazione di fusione, competenti ai sensi dell'art. 2505 2° comma c.c. a deliberare la fusione, di apportare modifiche allo statuto della società incorporante o risultante dalla fusione connaturate e collegate alla fusione stessa, giusta quanto previsto dall'art. 2501-ter n. 2 c.c., in virtù del quale dal progetto di fusione deve risultare lo statuto della società incorporante "con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione".

In altre parole, ci si domanda se gli organi amministrativi possano modificare lo statuto post-fusione, con ciò "ingerendosi" in decisioni di competenza assembleare, oppure se tale facoltà sia loro assolutamente preclusa <sup>(48)</sup>.

La evidenziata natura prettamente gestoria della fusione semplificata, costituente la ratio sottesa all'attribuzione della competenza all'organo amministrativo, impone di escludere - tendenzialmente - che nell'operazione di fusione nella quale manca qualunque passaggio assembleare, possa trovare spazio qualsivoglia modifica statutaria. Come chiarito nei paragrafi che precedono, la fusione semplificata di cui all'art. 2505 c.c. si esaurisce con l'"assorbimento" dello statuto della società incorporata in quello della società incorporante, determinandone di fatto l'annientamento, a cui fa seguito l'annullamento del capitale della società incorporata, senza alcuno spazio per ulteriori operazioni di carattere strutturale, che in tal caso sarebbero del tutto svincolate dalla fusione <sup>(49)</sup>.

Un dubbio potrebbe avanzarsi con riferimento all'unica modifica statutaria considerata funzionalmente collegata alla fusione semplificata e cioè la modifica dell'oggetto sociale della società incorporante, nei limiti in cui la modifica stessa sia funzionale a consentire alla incorporante di svolgere l'attività già svolta dall'incorporata.

Potrebbe sostenersi che questa modifica dello statuto della società incorporante, operata dagli amministratori in assenza di decisione dei soci, sia così strettamente strumentale all'operatività della società incorporante da assumere anch'essa "rilievo" per così dire gestorio (*rectius*: operativo), senza toccare e/o ledere diritti e prerogative dei soci.

La società che incorpora altra società da lei totalmente posseduta o più società possedute a cascata, di fatto già svolge, seppur in modo indiretto, l'attività propria della/e incorporata/e; sarebbe pertanto ammissibile un adeguamento meramente "chirurgico", con il quale vengono introdotte nell'oggetto sociale della società incorporante, con assoluta fedeltà, le sole previsioni dell'oggetto sociale dell'incorporata funzionali e/o necessarie per la prosecuzione dell'attività post-fusione, al fine di evitare la paralisi delle relative attività produttive.

Questa ricostruzione, non priva di suggestioni, sembra però contrastare con alcune prerogative e diritti dei soci (quali la competenza a decidere le modificazioni statutarie o, in alcune ipotesi, il diritto di recesso attribuito al socio dissenziente) e quindi, allo stato, non sembra poter trovare accoglimento.

## **8. Il procedimento per ripristinare la competenza assembleare ai sensi dell'art. 2505, 3 comma, c.c.**

Il legislatore della riforma ha, in ogni caso, previsto la possibilità di ricondurre la decisione di approvazione del progetto di fusione in sede assembleare, quando ne facciano richiesta i soci della società incorporante che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale, con domanda indirizzata alla società entro otto giorni dal deposito del progetto di fusione presso il registro delle imprese competente.

La norma, in linea con le indicazioni della Direttiva Comunitaria, attribuisce un vero e proprio diritto "ad ottenere" e non solo "a chiedere" che la decisione della società incorporante sia assunta in sede assembleare <sup>(50)</sup>, mentre nulla dispone per la delibera della società incorporata, che potrà comunque essere assunta dall'organo amministrativo, considerato che gli unici interessi sostanziali

da tutelare sono quelli dei soci della società incorporante, essendo l'incorporata interamente posseduta da quest'ultima.

La richiesta, che non è subordinata ad alcun onere di motivazione <sup>(51)</sup>, dovrà essere inoltrata alla società da tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale, comprendendosi in tale computo anche le azioni prive del diritto di voto.

La Direttiva Comunitaria consentiva espressamente, infatti, di escludere dal calcolo della percentuale tali azioni; il mancato esercizio della relativa opzione da parte del legislatore italiano depone chiaramente nel senso della loro inclusione ai fini della determinazione del *quorum* di legge e della legittimazione alla richiesta di delibera assembleare anche per i portatori di questi titoli, pur privi del diritto di intervento e di voto nella stessa adunanza <sup>(52)</sup>.

La determinazione della quota di capitale necessaria alla riconduzione in sede assembleare della decisione di fusione è anch'essa di derivazione comunitaria, in quanto la direttiva stabiliva la possibilità di determinare la percentuale minima di capitale a tal fine necessaria in misura non superiore al cinque per cento.

La relativa previsione è, quindi, derogabile con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più del novantacinque per cento del capitale sociale: in tal caso potrà procedersi alla fusione "immediata", senza attendere il decorso del termine di otto giorni fissato dall'art. 2505, terzo comma, c.c..

Com'è stato esattamente rilevato, la rinuncia non può però essere preventiva: i soci dovranno essere posti in grado di valutare in concreto il progetto di fusione già depositato e solo dopo potranno consapevolmente esprimere la rinuncia.

Non sarebbe, quindi, legittima una clausola statutaria che, nel rimettere la competenza a decidere la fusione all'organo amministrativo ai sensi del secondo comma dell'art. 2505 c.c., contenesse anche la preventiva rinuncia dei soci ad avvalersi della facoltà di chiedere la decisione assembleare ai sensi del terzo comma dello stesso articolo <sup>(53)</sup>.

E' possibile, invece, ridurre statutariamente la percentuale richiesta a meno del cinque per cento, al fine di consentire ai soci di ricondurre all'assemblea la decisione con maggiore semplicità operativa, mentre è certamente preclusa la contraria opzione di innalzare il *quorum* di legge, stante l'evidente imperatività della previsione normativa, in perfetta coerenza con le perentorie indicazioni della Direttiva Comunitaria <sup>(54)</sup>.

Alcuni problemi interpretativi ha, poi, sollevato la formulazione letterale della norma in esame, in particolare quanto all'esatta individuazione del "*dies a quo*" e del "*dies ad quem*" per l'esercizio della facoltà riconosciuta ai soci di rimettere la decisione in sede assembleare.

La lettera della norma sembrerebbe, infatti, deporre nel senso che il termine di cui al terzo comma dell'art. 2505 c.c. decorra dal *deposito* <sup>(55)</sup> e non dall'iscrizione del progetto di fusione presso il registro delle imprese competente <sup>(56)</sup>.

Parte della dottrina <sup>(57)</sup> ha, però, criticato questa interpretazione meramente letterale della norma, evidenziando come in tal modo si finirebbe per penalizzare oltremodo il socio o i soci interessati a provocare la decisione assembleare, su cui finirebbe per ricadere l'eventuale ritardo dell'iscrizione.

Più in generale se il legislatore, sulla scorta delle indicazioni comunitarie, ha inteso garantire ai soci rappresentanti una certa percentuale del capitale il diritto a ri-avocare in sede assembleare la decisione sulla fusione, sembrerebbe conforme ai principi generali garantire l'effettività di tale diritto, non consentendo compressioni o alterazioni di tale facoltà per motivi del tutto estranei al relativo titolare.

In questo senso potrebbe condividersi una lettura della norma che faccia decorrere il termine dall'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese e non dal mero deposito.

Ancor più discussa è, infine, l'interpretazione della disciplina in parola nella parte in cui dispone che la domanda debba essere "indirizzata" alla società entro otto giorni dal deposito di cui sopra.

Anche qui una parte della dottrina <sup>(58)</sup>, particolarmente sensibile alle istanze di effettività della tutela della compagine sociale portate dalla normativa in esame, ritiene sufficiente nel termine di otto giorni la mera spedizione della domanda rivolta alla società.

In contrario, altra parte della dottrina <sup>(59)</sup> considera tempestiva la domanda diretta a ricondurre in sede assembleare la decisione sulla fusione solo ove essa sia anche pervenuta alla società nel termine fissato dalla legge.

Ciò in considerazione di una serie di elementi ricavabili dalla normativa in discorso: il potere del socio non solo di chiedere, ma come detto sopra di ottenere lo spostamento di competenza, con ciò incidendo in modo penetrante sui processi organizzativi della società; l'assoluta libertà di forme per effettuare la richiesta, che è una comunicazione interna alla società e che quindi potrà essere effettuata con qualsiasi mezzo idoneo - ivi compresi quelli in grado di assicurare la massima celerità, come la posta elettronica o il fax <sup>(60)</sup> -, dovendosi il socio solo preoccupare di avere prova certa dell'avvenuta spedizione; l'esigenza preminente di garantire certezza e funzionalità ai processi decisionali della società, non ancorandoli al rispetto di termini non facilmente determinabili.

*Mario Muscariello - Stefano Santangelo*

---

1) Così F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, in *Notariato e Nuovo Diritto Societario*, Collana diretta da Giancarlo Laurini, II Edizione, IPSOA - 2009, pagg. 558 e ss., che peraltro rileva che l'opera di semplificazione del legislatore della riforma non è priva di imperfezioni e di condizionamenti derivanti da una malintesa interpretazione delle norme della direttiva comunitaria. Nello stesso senso già G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 4, pagg. 889 e ss., G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, in *Studi e materiali*, 2004, 1 - supplemento, p. 583, C. SANTAGATA, *La fusione (semplificata) di società non azionarie*, in "Il Nuovo Diritto delle Società" collana diretta da P. Abbadessa e G.B. Portale, 4, p. 313 e ss. e N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Fondazione italiana per il notariato, Milano 2007, p. 17.

2) Per una completa disamina delle "semplificazioni" introdotte dal legislatore della riforma in materia di fusione v. N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, cit., p. 17 e ss., G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 584 e ss. e C. SANTAGATA, *La fusione (semplificata) di società non azionarie*, cit., p. 314 e ss. Per un loro inquadramento in una

diversa prospettiva complessiva dell'istituto, v. G. FERRI JR. e G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in "Il Nuovo Diritto delle Società" collana diretta da P. Abbadessa e G.B. Portale, 4, pagg. 242 e ss. Per alcune questioni operative di rilevante interesse v. anche ZABBAN, *La fusione semplificata*, in Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative, Fondazione italiana per il notariato, Milano 2007, p. 12 e ss.

3) Sul punto v. Studio CNN *Rinunciabilità con il consenso unanime alla relazione degli esperti anche per le fusioni di società azionarie. La modifica dell'art. 2501-sexies*, a cura di D. Boggiali e A. Ruotolo.

4) Le semplificazioni consistono nella possibilità di omettere la redazione delle relazioni degli organi amministrativi e degli esperti e la previsione, all'interno del progetto, delle indicazioni relative al rapporto di cambio, alle modalità di assegnazione delle azioni o quote ed alla data di partecipazione agli utili delle nuove partecipazioni, oltre alla già menzionata possibilità di traslare dai soci agli amministratori il potere di decidere l'approvazione del progetto. Sul punto cfr. N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, cit., p. 18.

5) In tal senso espressamente G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 607. Cfr. anche R. MICCOLI, *Commento art. 2505*, in La Riforma delle società, a cura di M. Sandulli e M. Santoro, Torino, 2003, p. 470 e ss. e F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in N. Abriani ed altri, *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Giuffrè Editore, 2003, p. 334 e ss.

6) Così sempre G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 607. Nello stesso senso, sostanzialmente, F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 559.

7) Per una chiara e dettagliata illustrazione di tali principi v. G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 608.

8) Sul punto ancora G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 608, che invoca, a fondamento della semplificazione, un principio generale di economia procedurale, che vuole la disapplicazione di certe regole laddove particolari circostanze le rendano inutili, non necessarie o inapplicabili.

9) In questo senso espressamente E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione, L'impatto della riforma e la nuova disciplina del leveraged buy-out*, in Riforma del Diritto Societario, IPSOA, 7, 2003, p. 167, il quale sottolinea che "è possibile soddisfare la *ratio* della norma non solo quando un reale concambio di quote o azioni non si realizza (fattispecie dell'incorporazione della società interamente posseduta), ma anche nelle ipotesi in cui l'attribuzione delle quote o azioni dell'incorporante ... avvenga ( o debba avvenire) su basi puramente matematiche tali da non lasciare spazio ad alcuna discrezionalità da parte degli amministratori. A ben vedere è proprio di fronte a tale discrezionalità nella fissazione del rapporto di cambio che il legislatore ha pensato di creare un meccanismo di tutela e di informazione del socio."

10) Così CNN Quesito n. 66-2009/I., *Fusione inversa "a cascata"*, est. A. RUOTOLO.

11) In questo senso era orientata, pur dopo qualche oscillazione, anche la giurisprudenza nel vigore della disciplina pre-riforma: per tutte Trib. Udine 16.10.1995, *Applicazione analogica dell'art. 2504-quinquies c.c. ogni qualvolta non vi sia la necessita' di dar luogo ad alcun rapporto*

*di cambio* , in *Notariato*, 1996, 5, p. 463, con nota di DE ROSA, *Applicazione analogica per la fusione semplificata* .; Trib. Trieste 3.2.1995, *Coincidenza dei soci dell'incorporata e della incorporante, ed applicabilità della procedura semplificata ex art. 2504-quinquies c.c.* , in *Riv. Not.*, 1996, 1-2, p. 292, con nota di FIMMANO , *Fusione, rapporto di cambio ed art. 2504-quinquies* . - in *Foro it.*, 1996, I, c. 2927; Trib. Trieste 14.2.1995, *Coincidenza dei soci dell'incorporante e della incorporata, e applicabilità dell'art. 2504-quinquies c.c.* , in *Società*, 1995, p. 1190, con nota di IANNIELLO, *Procedimento di fusione e applicazione analogica dell'art. 2504-quinquies* ; Trib. Udine 18.8.1997 - Trib. Udine 20.8.1997, *Applicabilità analogica del procedimento semplificato di fusione* , in *Società*, 1998, p. 82, con note di MONTESANO e IANNIELLO; Trib. Milano 30 settembre 1994. Dopo la riforma, in tal senso si esprimono in dottrina F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 585; N. ATLANTE , *La fusione semplificata* , cit. , p. 20 e ss.; BRODASCA, *Commento all'art. 2505* , in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498-2506-ter , Milano, 2006, pagg. 977 e ss.; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione* , cit., p. 165 e ss.; LA PORTA, *Un "caso particolare" di fusione semplificata* , in *Società*, 2004, 1, p. 25; R. MICCOLI, *Commento art. 2505* , cit., p. 470 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario* , in *Riv. not.*, 2003, 4, pagg. 908; SALAFIA, *La fusione per incorporazione di società interamente o al 90% possedute* , in *Società*, 2006, 1, p. 16; MISEROCCHI, *La fusione* , in *Consiglio Notarile di Milano, Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari* , Milano, 2003, p. 376; PERRINO, *sub art. 2505 e 2505-bis*, in *Società di capitali. Commentario* cur. Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1992; CNN Quesito n. 66-2009/I., *Fusione inversa "a cascata"* , est. A. RUOTOLO, cit.; G. LAURINI, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie* , p. 45; *Massime elaborate dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano* , Massima n. 22; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari* (massima L.A.5).

**12)** Sul punto si veda l'ampia esposizione di G. TANTINI, *Operazioni sul capitale e operazioni sulle azioni nella fusione per incorporazione* , in *Giur. comm.* 1984, II, p. 781. Dopo la riforma, v. E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione* , cit., p. 100 e ss.

**13)** Il legislatore (tanto quello del 1991 che quello della riforma) tace sul punto ed il silenzio ben si spiega considerando l'operazione sul capitale una delle possibili modalità alternative dirette a soddisfare il rapporto di cambio. Una prima apertura in tale senso era giunta dalla dottrina che ammetteva la possibilità di utilizzare le eventuali azioni proprie detenute dall'incorporante per assegnarle ai soci dell'incorporata in ragione del rapporto di cambio v. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione* , in *Giur. Comm.* 1984, I, p. 1031; F. DI SABATO , *Le variazioni del capitale nella fusione* , in *Le Società*, 1986, p. 952 e ss.; L. SALVATO, *Le operazioni di fusione e di scissione* , in AA.VV., *Manuale di volontaria giurisdizione* , a cura di V. Salafia, Milano, 1999, p. 609; *Massime della Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società istituita presso il Consiglio Notarile di Milano* (massima XII); S. LANDOLFI, *Il capitale post-fusione*, in *Le Società*, 1992, p. 1349 e ss. Un'ulteriore evoluzione era ravvisabile nell'orientamento che ammetteva anche la possibilità di acquistare azioni proprie in violazione dei limiti di cui all'art. 2357 c.c. e di utilizzarle per dare attuazione al rapporto di cambio v. S. LANDOLFI, *Il capitale post-fusione*, cit. , p. 1349 e ss.

Si ritiene oggi di poter ammettere, assumendola quale soluzione di *default* , anche una redistribuzione delle azioni o quote della società incorporante con conseguente riduzione delle partecipazioni dei soci originari al fine di attribuire le partecipazioni al capitale post-fusione ai soci della società incorporata. I soci non hanno, infatti, un diritto soggettivo alla conservazione del valore nominale delle proprie azioni o quote, ma solo un diritto alla conservazione della proporzione percentuale del capitale sociale rappresentato da tali partecipazioni. Il valore nominale

delle partecipazioni non rileva di per sè, ma in quanto misura del rapporto proporzionale tra la singola partecipazione e l'ammontare globale del capitale sociale, come peraltro confermato oggi dalla possibilità espressamente sancita di emettere azioni prive del valore nominale. Nello stesso senso v. C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7, 1, Torino, 2004, p. 187; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 409-410; *Massime della Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società istituita presso il Consiglio Notarile di Milano* (massima XII), cit.; CNN, Quesito n. 250-2008/1, *Fusione senza aumento di capitale dell'incorporante e sorte delle partecipazioni possedute dall'incorporante nell'incorporata*, est. D. Boggiali. Dal punto di vista operativo si può quindi realizzare tale obiettivo, oltre che con l'utilizzo di azioni proprie detenute in portafoglio dall'incorporante o eventualmente dall'incorporata, mediante la ripartizione del capitale, immutato nel suo ammontare complessivo, in un numero maggiore di azioni o quote, previo annullamento delle azioni o quote preesistenti e successiva distribuzione in conformità al rapporto di cambio.

**14)** Si tratta di un'operazione, quella sul capitale, che si pone in rapporto di *strumentalità* con la fusione in corso, in quanto diretta a permetterne l'attuazione in conformità alle risultanze del progetto di fusione e del rapporto di cambio in esso contemplato. Peraltro, una volta sussunta nel procedimento, l'operazione viene sottratta ad alcune delle regole dettate per gli aumenti ordinari: non troveranno applicazione, in particolare, le regole di cui agli artt. 2441 e 2481- *bis* c.c. sul diritto di opzione o di sottoscrizione spettante ai soci della società che procede all'aumento, quelle di cui agli artt. 2438 e 2481 c.c. sulla necessità dell'integrale liberazione del capitale preesistente per l'esecuzione o l'attuazione dell'aumento del capitale, non trattandosi di un aumento di capitale finalizzato al reperimento di ulteriori risorse finanziarie, ma solo all'attuazione del rapporto di cambio, nè infine quelle sulla necessità della relazione di stima, quando il netto imputato a capitale non rinvienga da una società di persone, in quanto non vi è un conferimento di beni in natura, ma solo ri-allocazione del patrimonio sociale. Così espressamente F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 406, che qualifica tale operazione sul capitale *modificazione funzionale alla fusione* e giustamente sottolinea che essa, una volta prevista, diventa intimamente connessa all'attuazione della fusione e potrà quindi avere effetto solo in quanto sia attuata la fusione stessa e E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., p. 99.

**15)** Sul punto cfr. N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, cit., p. 20 e E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., p. 105 e ss. In contrario si è pronunciata la giurisprudenza - App. Bologna 11 novembre 1997, in *Giur. It.* 1998, p. 961 - nel caso di fusione per incorporazione tra due società possedute dagli stessi soci nelle medesime proporzioni (cfr. par. 3), sul presupposto che il mancato aumento del capitale della società incorporante di un importo almeno pari al capitale dell'incorporata potrebbe arrecare un pregiudizio ai terzi creditori, comportando una complessiva diminuzione di quel particolare vincolo del patrimonio sociale che è rappresentato dalla sua appostazione a capitale. L'operazione trova, invece, piena legittimazione nel sistema della fusione, che è una riorganizzazione aziendale in cui per i soci non rileva l'ammontare nominale del capitale sociale, ma il rispetto della percentuale di partecipazione allo stesso e quindi la relativa posizione non esige particolari cautele in mancanza del rapporto di cambio, mentre la tutela della posizione dei terzi creditori è affidata al diritto di opposizione di cui all'art. 2503 c.c.

**16)** La bibliografia relativa alla individuazione delle fattispecie a cui è possibile applicare in estensione le semplificazioni ora previste dall'art. 2505 c.c. è amplissima. Prima della riforma, per tutti: in dottrina, v. FIMMANÒ, *Presupposti della procedura "semplificata" di fusione*, in *Notariato*, 1995, pag. 48; C.N.N. (estensore STELLA RICHTER), *Appunto sull'art. 2504-quinquies del codice civile*, in *CNN Strumenti*, voce 1670, p. 16.1. - ed in C.N.N. - *Studi e Materiali*, 5.1., Giuffrè, Milano 1998, p. 96; MANZINI, *Applicazione "iperestensiva" della procedura semplificata di fusione*, in *Notariato*, 2000, 4, p. 41; ID., *La fusione c.d. inversa*

(tecniche contrattuali) , in Notariato, 1998, 4, p. 345; M.S. Spolidoro, *Incorporazione di società interamente possedute* , in Serra-Spolidoro, *Fusioni e Scissioni di società (Commento al d.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22)*, Torino, 1994, p. 177; in giurisprudenza, v. Trib. No vara 19.10.1999, *Applicazione della procedura semplificata in via analogica all'ipotesi di società incorporata in parte posseduta dall'incorporante, ed in parte dai soci di quest'ultima* , in Notariato, 2000, 1, p. 41, con nota di MANZINI ed in Vita Not., 2000, 1, p. 408; Trib . Udine 18.8.1997 - Trib . Udine 20.8.1997, *Applicabilità analogica del procedimento semplificato di fusione* , in Società, 1998, p. 82, con note di MONTESANO e IANNIELLO; Trib . Udine 16.10.1995, *Applicazione analogica dell'art. 2504-quinquies c.c. ogni qualvolta non vi sia la necessità di dar luogo ad alcun rapporto di cambio* , in Notariato, 1996, 5, p. 463, con nota di DE ROSA; Trib . Trieste 3.2.1995, *Coincidenza dei soci dell'incorporata e della incorporante, ed applicabilità della procedura semplificata ex art. 2504-quinquies c.c.* , in Riv . Not., 1996, 1-2, p. 292, con nota di FIMMANO ' ed in Foro it., 1996, I, c. 2927; Trib . Trieste 14.2.1995, *Coincidenza dei soci dell'incorporante e della incorporata, e applicabilità dell'art. 2504-quinquies c.c.* , in Società, 1995, p. 1190, con nota di IANNIELLO; Trib . Trieste 9.2.1995, *Coincidenza tra i soci dell'incorporante ed i soci dell'incorporata, ed ammissibilità del procedimento di fusione semplificato ex art. 2504-quinquies c.c.* , in Vita Not., 1995, 1, p. 395; Trib . Paola 7 giugno 1994, *Presupposti della procedura semplificata di fusione ex art. 2504-quinquies cod. civ.* , in Notariato, 1995, I, p. 48 (con nota di FIMMANO '). - in Società, 1995, p. 93, con nota di LOLLI ed in Riv . Not., 1995, 1-2, p. 324, con nota di DONZELLI .

Dopo la riforma, per tutti v. *Massime elaborate dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano* , Massima n. 22; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari* (massima L.A.5); N. ATLANTE , *La fusione semplificata* , cit. , p. 20 e ss.; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 585 e ss.; G. LAURINI, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie* , cit., p. 45 e ss.; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, cit., p. 168 e ss.; CNN Quesito n. 66-2009/I., *Fusione inversa "a cascata"* , est. A. RUOTOLO, cit.; M.T. BRODASCA, *Commento all'art. 2505* , cit., pagg. 977 e ss.; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione* , cit., p. 165 e ss.; SALAFIA, *La fusione per incorporazione di società interamente o al 90% possedute* , cit. , p. 16 e ss.; LA PORTA, *Un "caso particolare" di fusione semplificata* , cit. , p. 25 e ss. ; R. MICCOLI, *Commento art. 2505* , cit., p. 470 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario* , cit. , 4, pagg. 908; PERRINO, *sub art. 2505 e 2505-bis*, cit., p. 1992 e ss.

**17)** In questo senso si erano pronunciati in particolare Trib. Bologna 14 febbraio 1995, in *Le Società*, 1995, p. 1230; Trib. Napoli 14 febbraio 1996, in *Le Società*, 1996 p. 823 e Trib. Napoli 23 ottobre 1996, in *Le Società*, 1997 p. 86, che precisava che "è irrilevante che l'acquisto dell'intera partecipazione nella società incorporanda, non indicato nella situazione patrimoniale, risulti da atto pubblico ovvero emerga dalla delibera di fusione, poichè ciò che rileva non è l'acquisizione della certezza relativa alla cessione, ma l'osservanza delle norme regolanti il procedimento di fusione."

**18)** Così E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione* , cit., p. 175 e ss., che riporta un'ampia ed articolata disamina degli argomenti addotti per confutare la tesi giurisprudenziale. Nello stesso senso F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 560. Già prima della riforma del 2003, ammettevano la possibilità di depositare un progetto di fusione senza rapporto di cambio, nel presupposto dell'acquisto di tutte le azioni dell'incorporanda da parte dell'incorporante F. FIMMANO', *Fusione, rapporto di cambio ed art. 2504-quinquies*, in Riv. Not., 1996, p. 296; Trib . Trieste 14.2.1995 , cit. , p. 1190 ed *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1191, in *Giur. It.* 1991, IV, p. 519.

- 19) V. Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe, 1988 e 1997; Trib. Napoli 22 ottobre 1992, in *Riv. Not.* 1993, p. 464; FIMMANÒ, *Presupposti della procedura "semplificata" di fusione*, cit., pag. 48; MANZINI, *Applicazione "iperestensiva" della procedura semplificata di fusione*, cit., p. 41; L. SALVATO, *Le operazioni di fusione e di scissione*, cit., p. 625.
- 20) In tal senso TAMBURINI, *sub art. 2505*, in *Il nuovo diritto delle società*, IV, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2659 e ss.; R. MICCOLI, *Commento art. 2505*, cit., p. 473.
- 21) Così correttamente F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 561, il quale sottolinea che in ogni caso nell'attuale sistema, che affida il controllo di tutte le condizioni di legittimità al notaio, non può esservi dubbio sulla necessità di svolgere tale verifica in sede di perfezionamento dell'atto di fusione.
- 22) Per tutti, dopo la riforma, v. G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 612; M.T. BRODASCA, *Commento all'art. 2505*, cit., pagg. 983; N. ATLANTE, *La fusione semplificata*, in *Riv. not.* 2007, I, p. 641.
- 23) In tal senso F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 563.
- 24) Sul punto v. ampiamente G.A. DI VITA, *La fusione semplificata nella Riforma del diritto delle società*, cit., p. 612-613.
- 25) V. par. 2. che precede e nota (15) ivi richiamata.
- 26) Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte al par. 2. ed alle note ivi indicate.
- 27) Conformemente alla soluzione del testo si esprimono E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., p. 105-106; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, cit., p. 167 e F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 406-407.
- 28) Ciononostante, pur trattandosi di modificazioni solo occasionalmente collegate alla fusione, è opportuno fare chiarezza in sede di delibera e precisare se la modifica sia destinata a produrre effetti immediati ed incondizionati ovvero debba avere efficacia con l'attuazione della fusione.
- 29) Anche il rinvio dell'ultimo comma all'articolo 2343 c.c. deve considerarsi impreciso, in quanto nel caso in cui la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una s.r.l. esso va riferito più correttamente all'art. 2465 c.c.
- 30) In questo si esprimeva già prima della riforma la prevalente dottrina. Per tutti v. C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, p. 197 e 397; ID. *La relazione di stima nella fusione eterogenea*, in *Società*, 1990, p. 944; S. LANDOLFI, *Fusione tra società cooperativa e lucrativa*, in *Le Società*, 1990, p. 506; ID. *Il capitale post-fusione*, cit., p. 1349. Dopo la riforma, v. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 253 e ss; N. ATLANTE, *La fusione*, in *CNN, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano 2004, p. 487; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., p. 28; S. CACCHI PESSANI, *Commento all'art. 2501-sexies*, cit., p. 618 e *Massime elaborate dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano*, Massima n. 27. In senso parzialmente difforme e non condivisibile *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari* (massima L.A.7), secondo cui la relazione di stima ex art. 2343 c.c. è necessaria:

"a) qualora la società risultante dalla fusione sia una società di nuova costituzione;

b) qualora la società risultante dalla fusione sia una società di capitali preesistenti che, per effetto della fusione, aumenti il patrimonio netto."

La necessità della stima a fronte di un'imputazione al patrimonio netto anziché al capitale sociale contrasta, infatti, con i principi esposti nel testo ed ormai accolti dalla dottrina prevalente.

**31)** In argomento Brodasca, cit., 985, sottolinea come tale facoltà è confermata, nell'ambito della disciplina della S.p.A., anche dall'art. 2365 c.c., in virtù del quale lo Statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo, del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione, le deliberazioni concernenti la fusione nei casi previsti dagli artt. 2505 e 2505- *bis* c.c.; l'Autore precisa che nelle società che optano per il sistema di amministrazione dualistico la delega può essere conferita, oltre che al consiglio di gestione, anche al consiglio di sorveglianza. Con riferimento a tale ultima ipotesi, Magliulo, cit., 375, nota 13, evidenzia che la predisposizione del progetto di fusione dovrebbe comunque rimanere di competenza del consiglio di gestione mentre Santagata, cit., 444, solleva dubbi di compatibilità circa la possibile investitura di competenza deliberativa del consiglio di sorveglianza, in quanto tale organo dovrebbe essere, in linea di principio, estraneo alle scelte di gestione, dovendo preservare la sua indipendenza di giudizio nell'esercizio della funzione di controllo. Tuttavia, secondo lo stesso Santagata, l'investitura del Consiglio di Sorveglianza potrebbe trovare fondamento nell'esigenza di attribuire l'"ultima parola" ad un organo di nomina assembleare diverso da quello (il Consiglio di Gestione) naturalmente deputato alla redazione del progetto di fusione.

**32)** Per Brodasca, cit., 987, la disposizione si pone in linea con i principi generali della riforma, sia per quanto attiene all'obiettivo di semplificazione delle procedure di cui all'art. 7 della legge delega, sia nel senso di attribuire maggior spazio all'autonomia statutaria, inserendosi inoltre, per quanto attiene alle S.p.A., nell'ambito delle norme volte a rafforzare le prerogative dell'organo amministrativo. Magliulo, cit., 375, Cagnasso, Sub. art 2505, cit., 1991 e M. Maltoni, Studio CNN, *Fusione, scissione e società di persone*, n. 5620/I, approvato dalla Commissione Studi di Impresa il 31 marzo 2005, 13, riconoscono che la disposizione, pur in mancanza di un espresso richiamo, è applicabile anche alle S.r.l. e alle società di persone, precisando però che con riferimento a tali tipi di società, lo spostamento di competenza dai soci agli amministratori assume carattere di eccezionalità, per cui l'eventuale competenza dell'organo amministrativo a decidere sulla fusione non potrà mai escludere il diritto di recesso riconosciuto dagli artt. 2473 e 2502 c.c. al socio che non abbia "consentito" alla fusione. Con riferimento al diritto di recesso, Magliulo, cit., 385, nota che esso spetterà a tutti i soci che non siano anche amministratori consenzienti alla delibera di fusione e che il correttivo previsto dall'ultimo comma dell'art. 2505 non tutela di per sé il diritto di recesso, essendo quest'ultimo riconosciuto anche ai soci che non raggiungono la soglia del 5% del capitale sociale.

**33)** Si ricorda che l'articolo 8 della III Direttiva 78/855 CEE del Consiglio 9/10/1978 (in G.U.C.E. n. L 295 del 20/10/1978 pp. 36-43) consentiva agli Stati Membri di "non imporre la deliberazione di approvazione della fusione da parte dell'assemblea generale della incorporante".

**34)** Secondo Perrino, cit., 1993, la semplificazione consistente nella deroga alla competenza assembleare avrebbe potuto essere estesa anche al di fuori dell'ambito degli artt. 2505 e 2505- *bis* c.c., corrispondendo ad un margine lasciato aperto dalla III Direttiva 78/855 CEE, in guisa da conformarsi alla generale tendenza dello sviluppo delle competenze gestorie in materia di fusione, esigenza questa largamente sentita a livello europeo.

**35)** In argomento, cfr. quanto detto al precedente paragrafo 3.

**36)** Secondo Cagnasso, cit., 2351, Magliulo, cit., 383 e Santagata, cit., 429, l'attribuzione della competenza all'organo amministrativo, rientra, tuttavia, tra quelle indelegabili dal Consiglio di Amministrazione, non essendo conferibile agli organi delegati, ai sensi dell'art. 2381 c.c., la redazione del progetto di fusione e, quindi, "a fortiori" la decisione sulla fusione.

**37)** In tal senso, si vedano Brodasca, cit., 987 e Ferri-Guizzi, cit. §6.

**38)** Si ricorda che è sempre necessaria la presenza di una specifica previsione statutaria in tal senso. Al riguardo, si pone il problema di individuare quale sia lo statuto nel quale deve essere contemplata tale facoltà e, in particolare, se sia necessario che la previsione sia contenuta in entrambi gli statuti della incorporante e della incorporata, ovvero, se sia sufficiente la sola previsione nello statuto della incorporante. Secondo Miserocchi, cit., 378, "tenuto conto della realtà della società interamente posseduta, dovrebbe essere sufficiente che sia l'atto costitutivo dell'incorporante a prevedere questa possibilità e che, pur in assenza di una espressa previsione, anche per l'incorporata sia l'organo amministrativo facoltizzato a decidere; non avrebbe senso convocare un'assemblea dove unico socio è l'incorporante". Negli stessi termini Zabban, cit., 12, Miccoli, cit., 475, Cagnasso, cit., 2351, Santagata, cit., 446, Magliulo, cit., 375, Ferri-Guizzi, cit., §6; dubbiosa Brodasca, cit., 990; *contra* invece Di Sabato, cit., 468, il quale si esprime in senso negativo specie con riferimento al caso in cui sussistano nell'incorporata soggetti titolari di interessi giuridicamente rilevanti, quali i portatori di strumenti finanziari che abbiano diritto di voto in merito alla fusione o all'ipotesi di dissociazione tra proprietà delle azioni e titolarità del diritto di voto.

Sul punto si vedano pure Brodasca, cit., 991, Scognamiglio, cit., 902, Magliulo, cit., 378 i quali, seppur con diverse argomentazioni, osservano che l'introduzione successiva nello statuto di una clausola che preveda lo spostamento della competenza in capo all'organo amministrativo debba essere approvata con le maggioranze richieste per le modifiche statutarie, secondo quanto previsto dalla disciplina di ciascun tipo sociale e dalle eventuali disposizioni degli statuti, escludendosi che in tal caso possa operare il diritto di recesso per i soci "che non vi abbiano consentito", salva l'ipotesi in cui ci si trovi al cospetto di una causa di recesso convenzionale.

**39)** Di sovranità assembleare parla Magliulo, cit., 380, secondo il quale i soci conservano una competenza deliberativa concorrente, in ragione della sovranità dell'organo assembleare che nel sistema societario è sovraordinato a quello amministrativo. Secondo l'Autore, la deroga è funzionale ad agevolare l'operatività della società e di semplificarne i processi decisionali interni, ma la disposizione in esame non ha inteso sovvertire il tradizionale rapporto tra assemblea ed amministratori, che rimane orientato nel senso della supremazia dell'organo assembleare su quello amministrativo.

**40)** Come avviene ad esempio per l'aumento del capitale sociale delegato, ove la rubrica dell'art. 2443 c.c. recita "delega agli amministratori" ed il testo del medesimo articolo nonché quello degli artt. 2481 c.c. (per l'aumento di capitale nelle S.r.l.) e 2420- *ter* c.c. (per l'emissione di obbligazioni convertibili in azioni) parlano di attribuzione agli amministratori di una mera "facoltà" di aumentare il capitale sociale.

**41)** Brodasca, cit., p. 989 e Cagnasso, cit., 2350, ritengono che la semplificazione consistente nell'attribuzione all'organo amministrativo della relativa competenza a decidere sulla fusione trova applicazione esclusivamente nell'ipotesi prevista dal legislatore e cioè nell'ipotesi di incorporazione di società interamente possedute. Gli Autori sostengono che, in effetti, la *ratio* della norma deve essere individuata, in questa ipotesi, in una semplice variazione delle modalità di esercizio

dell'attività comune, che attribuisce per di più ai soci dell'incorporante una diretta "gestione in senso lato" del patrimonio sociale. Anche Tamburini, cit., 2571, propende per una interpretazione maggiormente restrittiva nell'applicazione della semplificazione in oggetto.

42) Per Scognamiglio, cit., 908, occorre comunque cautela nell'applicare in via analogica a casi simili la regola che attiene alla competenza, dovendo considerarsi eccezionale la deroga alla competenza dei soci. In ogni caso, l'Autore ritiene che l'eventuale applicazione analogica della disciplina dovrebbe soggiacere al limite costituito dal diritto della minoranza estranea al gruppo di controllo, ovunque allocata, di pretendere che la competenza decisionale venga riportata in capo all'organo assembleare.

43) In tal senso, per tutti, Tamburini, cit., 2571.

44) Con riferimento alla fattispecie innanzi descritta, Scognamiglio, cit., 908, esprime un'opinione "cautamente" negativa all'applicazione analogica, adducendo l'eccezionalità della deroga alla competenza assembleare a deliberare la fusione semplificata.

45) Magliulo, cit., 391, Brodasca, cit., 994, Miserocchi, cit., 376.

46) In argomento si sottolinea che la Massima n. 24 del Consiglio Notarile di Milano sancisce che la possibilità eventualmente prevista nell'atto costitutivo o nello statuto che la fusione sia deliberata, anziché dall'assemblea, dall'organo amministrativo, trova applicazione anche nel caso in cui il possesso dell'intero capitale della incorporanda non preesista alla approvazione del progetto, ma intervenga nel corso del procedimento, comunque prima della stipulazione dell'atto di fusione. Nella relativa motivazione si legge che, in tal caso, si può ritenere che il progetto di fusione e la decisione di fusione adottata dagli amministratori (nelle forme e nei termini previsti per la decisione assembleare di fusione) rappresentino atti societari la cui esecuzione è subordinata al verificarsi di un evento futuro assunto espressamente come presupposto dell'intero procedimento (senza che all'uopo sia necessario apporre una condizione in senso proprio).

47) In tal senso Scognamiglio, cit., 908 nota 4).

48) Per Magliulo, cit., 381, "la competenza dell'Organo Amministrativo a decidere la fusione deve ritenersi estesa a tutte le modifiche statutarie funzionali alla fusione, inerendo alla realizzazione della complessiva operazione senza le quali la funzione di riorganizzazione aziendale della fusione ne risulterebbe menomata"; in conseguenza, prosegue l'Autore, "se l'attribuzione agli amministratori della competenza a deliberare la fusione nei casi di cui all'art. 2505 c.c. non implicasse anche la competenza a deliberare modificazioni funzionali, la norma in esame ne risulterebbe del tutto svuotata di contenuto e troverebbe ben poche applicazioni nella pratica".

49) Così Scognamiglio, cit., 908. Santagata, cit., 443, evidenzia che il legislatore italiano, sulla scia delle soluzioni accolte dall'ordinamento tedesco e francese, è rimasto ancorato alla tradizione secondo cui la tutela dei soci di minoranza nelle società azionarie deve essere garantita attraverso la competenza assembleare a decidere la principali modificazioni dell'atto costitutivo e quindi ha optato per una deroga a questo principio limitata ad ipotesi eccezionali, ben circoscritte dagli artt. 2505 e 2505 *bis* c.c.-.

50) Per Brodasca, cit., 994, non sembra che tale diritto possa venir soppresso e neppure il suo esercizio essere reso più gravoso, e ciò sia per il fatto che esso è previsto in ogni caso, sia in quanto il diritto medesimo è posto a tutela della minoranza. Secondo D.U. Santosuosso, *La Riforma del diritto societario*, Giuffrè, 2003, p. 267, quello attribuito ai soci di minoranza è un diritto

potestativo che non può essere inibito da una diversa disposizione dell'atto costitutivo. L'Autore evidenzia inoltre come le irregolarità procedurali che abbiano precluso ai soci dell'incorporante che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale di chiedere l'adozione della decisione da parte dell'assemblea possa essere rilevata in sede di controllo notarile. In questo caso, precisa l'Autore, ai sensi dell'art. 2436 c.c., quando il notaio ritenga non adempite le condizioni stabilite dalla legge ne darà comunicazione agli amministratori che nei 30 giorni successivi possono scegliere se convocare l'assemblea per l'approvazione della fusione o ricorrere al Tribunale per l'omologazione della delibera consiliare.

**51)** Secondo Brodasca, cit., 995, non essendovi onere motivazionale, la domanda dei soci potrà consistere anche nella semplice sollecitazione del Presidente o del C.d.A. alla convocazione dell'assemblea; infatti, essendo già stati effettuati i depositi di legge, questi organi potranno limitarsi alla convocazione dell'assemblea della società incorporante, tenendo conto dell'esigenza di non procrastinarne la data, al fine di garantire attualità all'informativa societaria.

**52)** In tal senso, Magliulo, cit., 391, Di Vita, cit., 600 e Santagata, cit., 450 secondo i quali, nel silenzio del legislatore, devono essere incluse nel calcolo del ventesimo del capitale sociale le azioni senza diritto di voto e a voto limitato o condizionato. In particolare Magliulo ritiene che la legittimazione a favore dei soci privi del diritto di voto sia funzionale non tanto a consentire a questi ultimi di influenzare in qualche modo la delibera di fusione, ma solo a rendere più garantista la procedura al fine di evitare possibili abusi da parte degli amministratori. Per Brodasca, cit., 995 è legittimo riconoscere tale diritto anche ai possessori di strumenti finanziari con diritto di voto in merito alla fusione.

**53)** In tale senso, testualmente, Ruotolo, Studio CNN, *I termini della fusione semplificata ex artt. 2505 e 2505-bis c.c. deliberata dall'organo amministrativo*, n. 174-2006/I, 4 e Santosuosso, cit., 267 in quanto il diritto di cui al 3° comma dell'art. 2505 è posto a tutela di una possibile "riavocazione" della competenza assembleare.

**54)** Così Brodasca, cit., 994 e Ruotolo, cit., 4. *Contra* Santagata, cit., 450, secondo il quale, nel silenzio del legislatore, non è concesso all'autonomia statutaria neppure di abbassare la percentuale per l'esercizio del diritto della minoranza in questione. Per l'Autore, quindi, la norma pare non disporre di "spazi di manovra" con riguardo all'alterazione della percentuale cui è ricollegato il diritto in esame.

**55)** Secondo Magliulo, cit., 391, anche sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 25 della III Direttiva, è agevole constatare che quello in oggetto è il deposito relativo alla società incorporante, atteso che la legittimazione a tale domanda spetta unicamente ai soci di questa quali portatori dell'unico interesse sostanziale da tutelare.

**56)** Questo è l'orientamento del Consiglio Notarile di Milano, il quale invoca il dato letterale che si riferisce espressamente al deposito e non all'iscrizione del progetto.

**57)** Miserocchi, cit., 379, Cagnasso, cit. p. 2352, Salafia, cit., 16.

**58)** Miserocchi, cit., 379, Cagnasso, cit., 2352 e Brodasca, cit., 995.

**59)** Si veda, sul punto, l'orientamento del Consiglio Notarile di Milano suffragato nella Massima n. 58.

**60)** Secondo Magliulo, cit., 391, non essendo prevista una determinata forma di trasmissione della domanda, deve ritenersi possibile l'utilizzo di qualsiasi mezzo idoneo allo scopo, fatto salvo in ogni caso l'opportunità di utilizzare sistemi che forniscano la prova della spedizione in caso di contestazione. Ruotolo, cit., 5, suggerisce al riguardo il ricorso a sistemi sicuri quali la raccomandata con ricevuta di ritorno o la Posta Elettronica Certificata, sistemi questi che garantiscono anche la celerità dell'arrivo della domanda al fine di impedire all'Organo Amministrativo di assumere la decisione.

*(Riproduzione riservata)*