

Modifiche al progetto di fusione “in corsa”: ovvero, la modificabilità del progetto di fusione nell’arco di tempo compreso fra l’approvazione del progetto e la sottoscrizione dell’atto di fusione, in pendenza del termine per l’opposizione dei creditori

di Guido Bevilacqua – notaio, membro della Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, co-responsabile del Centro Ricerche dell’associazione di cultura giuridica Insignum

Il contributo si propone di vagliare se ed in che limiti sia ammissibile che una delle società coinvolte nell’operazione di fusione apporti modifiche al progetto, successivamente all’approvazione dello stesso ad opera dell’assemblea, ed in pendenza del termine per l’opposizione dei creditori.

In particolare, lo studio illustra una casistica delle principali modifiche apportabili al progetto di fusione, valutando volta per volta se dette modifiche incidano sui diritti dei soci o dei terzi e, come tali, siano vietate dall’art.2505, co.2, c.c., secondo cui “la decisione di fusione può apportare al progetto di cui all’art.2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi”, ovvero non incidano su alcuno degli interessi suddetti e debbano, pertanto, ritenersi legittime.

Lo spunto delle riflessioni che seguono deriva, come spesso accade, dall’esperienza professionale e, nello specifico, da una richiesta in tal senso posta da una delle società partecipanti ad un’operazione di fusione.

Nel caso di specie, una Spa aveva deliberato di fondersi con altre due società di capitali, incorporandole. In pendenza del termine per l’opposizione dei creditori, di cui all’art.2503 c.c.¹, la società incorporante intendeva deliberare alcune modifiche al progetto di fusione.

Si rendeva necessario, pertanto, capire se le modifiche ipotizzate fossero adottabili ai sensi dell’art.2505, co.2 c.c.. Da ciò nasceva l’interesse ad approfondire la questione in esame, al fine di comprendere, in

astratto, quali fossero le modifiche consentite dalla legge e quali quelle vietate.

La modifica del progetto di fusione successiva alla sua approvazione, anziché in sede di decisione in ordine alla fusione (come richiesto dall’art.2502, co.2 c.c.).

La prima questione da affrontare è quella della modificabilità del progetto di fusione, in considerazione non tanto del tipo di variazioni richieste, quanto del periodo temporale nel quale le modifiche interverrebbero.

L’articolo 2502, co.2 c.c. consente infatti che la decisione di fusione possa apportare al progetto solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi, mentre, nell’ipotesi in esame, le modifiche dovrebbero essere adottate successivamente alla decisione di fusione.

Ci si chiede, pertanto, se detta facoltà di modifica sia, nei limiti stabiliti dalla legge, ammessa altresì nella fase successiva alla delibera di fusione ma antecedente alla sottoscrizione del relativo atto, e precisamente pendente il termine di sessanta giorni per l’opposizione dei creditori. Ammettere tale possibilità comporterebbe una ricaduta positiva nella prassi, poiché significherebbe consentire alle società parte-

¹ Articolo 2503 c.c.. Opposizione dei creditori.

[I]. La fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall’ultima delle iscrizioni previste dall’art.2502-bis, salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’art.2501-ter, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca, salvo che la relazione di cui all’art.2501-sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un’unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell’art.2501-sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori.

[II]. Se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori indicati al comma precedente possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione. Si applica in tal caso l’ultimo comma dell’art.2445.

cipanti alla fusione di modificarne il progetto senza dover cominciare daccapo tutto il procedimento.

In proposito, la prevalente dottrina² ritiene che l'art.2502, co.2 c.c. sia applicabile alla fattispecie suesposta e, quindi, sia possibile modificare il progetto di fusione successivamente alla delibera di approvazione dello stesso, purché nel rispetto dei limiti previsti dalla norma suddetta (la non incidenza sui diritti dei soci o dei terzi).

Tale impostazione ermeneutica si fonda sul rilievo per cui, qualora le modifiche siano inidonee a ledere i diritti dei soggetti coinvolti nell'operazione di fusione, non si vede perché le stesse non possano essere apportate anche successivamente alla decisione di fusione.

Da un lato, infatti, l'assemblea non subisce limitazioni o sospensioni delle sue prerogative quando la società sia coinvolta in un'operazione straordinaria di fusione³ e, dall'altro lato, la norma sopra citata sembra attribuire precipua rilevanza alla circostanza che le modifiche tardive non incidano sui diritti dei soci o dei terzi. Una volta rispettato tale requisito, dunque, poco rileva se dette modifiche intervengano in sede di deliberazione di approvazione del progetto ovvero in un momento successivo.

Una volta risolta positivamente tale questione, è necessario individuare i confini all'interno dei quali gli operatori possono modificare il progetto di fusione senza violare il precetto di legge più volte citato.

Breve excursus storico sull'art.2502, co.2 c.c..

Al fine di comprendere quali siano le variazioni al progetto che la legge attualmente consente di porre in essere alle società coinvolte in un'operazione di fusione, pare opportuno soffermarsi brevemente sull'evoluzione storica dell'art.2502, co.2 c.c., mettendo in luce le ragioni che tradizionalmente hanno spinto la dottrina a mostrarsi contraria alla variabilità del progetto e le motivazioni che, successivamente, hanno indotto il legislatore ad invertire la rotta.

L'articolo 2502, co.2 c.c., che, come ricordato, prevede la possibilità che la decisione di fusione apporti modifiche al relativo progetto, anche se limitatamente a quelle "che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi", è stato introdotto con la riforma del 2003, ponendo fine al dibattito emerso ante riforma, concernente la modificabilità del progetto ad opera

dell'assemblea in sede di approvazione dello stesso, al fine di adeguarlo alla mutata situazione giuridica ed economica esistente al momento dell'adozione della delibera, rispetto a quella sussistente al momento della sua redazione da parte dell'organo amministrativo.

L'articolo 2502 c.c. ante riforma prevedeva, infatti, che "la fusione deve essere deliberata da ciascuna delle società che vi partecipano, mediante l'approvazione del relativo progetto", escludendo ogni facoltà per l'assemblea di modificare il progetto di fusione, potendo essa solamente approvarlo o disapprovarlo, senza alternative⁴.

La dottrina allora prevalente⁵, supportata da cospicua giurisprudenza⁶, conformemente alla lettera della norma sopra citata, si era schierata a favore dell'immodificabilità assoluta del progetto di fusione; l'unica via per modificare il progetto era, dunque, quella di riformularlo, ripetendo daccapo l'intero procedimento, con notevole allungamento dei tempi necessari alla definizione dell'operazione straordinaria.

L'orientamento contrario alla variabilità del progetto di fusione si fondava, oltretutto sul tenore letterale dell'art.2502 c.c., sull'esigenza di tutelare i creditori successivi alle formalità pubblicitarie (oggi disciplinate dall'art.2501-ter, co.3, c.c.⁷), i quali, essendo privi del diritto di opposizione, avrebbero potuto essere pregiudicati da eventuali modificazioni dell'operazione di fusione. Ogni modifica al progetto, per-

⁴ Nella Relazione alla Legge di riforma del 1991, il Legislatore affermava che "l'assemblea convocata per deliberare la fusione può approvare il progetto ovvero disapprovarlo; se vuole modificarlo occorre ricominciare daccapo tutta la procedura, data la essenziale funzione d'informazione (dei soci e dei terzi) che il progetto di fusione svolge nel sistema della direttiva e dato che la pubblicazione del progetto funge da criterio per l'individuazione dei creditori legittimati all'opposizione".

⁵ In tal senso, R. Rordorf, "La nuova disciplina della fusione e della scissione di società", in Società, 1991, pag.407; F. Di Sabato, "La nuova disciplina della fusione", in Riv. dir. impr., 1992, pag.20; F. Di Sabato, "Manuale delle società", Torino, 1995, pag.765; A. Picciau, "Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione", in Giur. It., 1991, IV, pag.499; F. Ferrara Jr., "Gli imprenditori e le società", Milano, 1994, pag.892; A. Vicari, "Progetto di fusione e approvazione dell'assemblea dei soci", in Riv. dir. civ., 1995, II, pag.379; G. Oppo, "Fusione e scissione delle società secondo" il D.Lgs. n.22/91; profili generali, in Riv. dir. civ., 1991, I, pag.512; M. Stella Richter Jr., "In tema di modificabilità del progetto di fusione in sede assembleare di approvazione", in Giust. Civ., 1993, I, pag.794.

⁶ Cfr. Tribunale Roma, 7 giugno 1996, in Foro pad., 1996, I, pag.394; Appello Trieste, 18 gennaio 1994 e Tribunale Udine, 12 ottobre 1993, in Società, 1994, pag.631; Tribunale Verona, 19 ottobre 1994, in Società, 1995, pag.103; Tribunale Roma, 9 luglio 1993, in Gius., 1994, pag.106.

⁷ L'articolo 2501-ter, co.3, c.c., come sostituito dall'art.1 D.Lgs. n.123/12, prevede che "Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto di fusione è pubblicato nel sito Internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione".

² Cfr. per tutti, F. Magliulo, "La fusione delle società", Ipsoa, 2005, pag.199.

³ M. Muscariello - S. Santangelo, "Delibere sociali in pendenza di fusione: ammissibilità ed incidenza sul procedimento", studio CNN n.95-2008/1.

tanto, avrebbe dovuto comportare una nuova pubblicazione dello stesso, cosicché i creditori posteriori alla prima pubblicazione potessero essere rimessi in termini per l'opposizione, al pari di quelli anteriori. Il terzo argomento addotto a sostegno dell'interpretazione restrittiva si basava sulla rigida ripartizione delle competenze fra gli organi sociali in materia di fusione e, in particolare, sull'inderogabilità della competenza dell'organo amministrativo in ordine alla redazione e all'eventuale modifica del progetto di fusione, e sulla parallela mancanza di legittimazione dell'assemblea a deliberare variazioni allo stesso. All'opposto, da parte di altra dottrina iniziava ad affermarsi una parziale modificabilità del progetto, limitata, tuttavia, a modifiche marginali (si pensi all'esigenza di correggere errori materiali o di valutazione o di regolare eventi sopravvenuti), con esclusione della possibilità di apportare variazioni alle condizioni sostanziali.

Il Legislatore della riforma, nel riformulare l'art.2502 c.c., ha mostrato di aderire all'orientamento minoritario, ma più attento alle esigenze da tempo manifestate dalla prassi operativa, consentendo all'assemblea, non più costretta a scegliere fra l'approvazione o non approvazione, di intervenire sul progetto predisposto dall'organo amministrativo, offrendo nel contempo una diversa lettura del fenomeno fusione. La possibilità per l'assemblea di modificare il progetto non è però senza limiti, e all'individuazione degli stessi è destinato il paragrafo che segue.

I diritti dei soci o dei terzi presidiati dall'art.2502, co.2 c.c.

Stante la formulazione letterale del più volte citato art.2502, co.2 c.c., a mente del quale *"la decisione di fusione può apportare al progetto di cui all'art.2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi"*, è necessario capire quali modificazioni possano in qualche modo incidere sugli interessi dei soggetti tutelati dalla norma, ovvero siano vietate dalla legge, e quali, per converso, siano legittime.

A tal fine, la lettera dell'art.2502, co.2, c.c. non è d'aiuto, presentandosi poco chiara e lasciando all'interprete il compito di stabilire, volta per volta, quali modifiche siano ammesse e quali, invece, siano precluse dall'ordinamento. È opportuno, dunque, comprendere quali interessi il Legislatore abbia voluto tutelare e cosa si intenda con l'espressione "diritti dei terzi" e "diritti dei soci", soprattutto allo scopo di evitare che l'incertezza interpretativa possa tradursi,

come in passato, nell'adozione di soluzioni aprioristicamente restrittive, poco adatte alle esigenze della prassi, e scollegate da effettive esigenze di tutela.

Per quanto concerne i primi, si è osservato che i "terzi" cui fa riferimento la norma in esame coincidono tendenzialmente con i creditori sociali posteriori all'iscrizione del progetto nel Registro delle Imprese, ai quali l'art.2503 c.c. non riconosce il diritto di opposizione e che, dunque, potrebbero essere pregiudicati da eventuali modificazioni delle modalità dell'operazione su cui avevano fatto affidamento nel concedere il credito.

Secondo l'interpretazione più convincente⁸, il pregiudizio che impedisce ai soci di apportare modifiche al progetto, poiché lesive dei diritti dei terzi, deve avere la stessa natura di quello legittimante l'opposizione dei creditori anteriori; esso consisterebbe nella *"diminuzione della garanzia patrimoniale offerta da ciascuna società ai rispettivi creditori, derivante dal tipico effetto della fusione: la confusione dei patrimoni"*.

Quanto ai diritti dei soci, la dottrina ha tentato di individuare le modifiche precluse ai sensi dell'art.2502, co.2 c.c., identificandole con quelle che incidano direttamente sulla posizione individuale del socio.

La pubblicità del progetto attuata ai sensi dell'art.2501-ter, co.3 c.c. ed il suo deposito presso la sede sociale o la sua pubblicazione sul sito internet della società, ex art.2501-septies, co.1, n. 1) c.c., permettono ai soci di ottenere un'adeguata informativa preassembleare, funzionale al successivo dibattito destinato a svolgersi nell'assemblea convocata per l'approvazione del progetto.

L'esigenza di non pregiudicare il diritto d'informazione dei soci (soprattutto di minoranza) non può giungere tuttavia sino ad impedire all'assemblea di discutere ed approvare un progetto parzialmente difforme rispetto a quello reso noto; ecco perché si ritiene che solo per le modifiche che incidano direttamente sulla posizione individuale dei soci, il diritto di questi ultimi alla preventiva informazione sul progetto di fusione assume rilevanza fino ad impedire modifiche assembleari del progetto pubblicato⁹.

⁸ F. Laurini, *"Trasformazione, fusione e scissione"*, in Commentario alla riforma delle società diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *"Trasformazione - Fusione - Scissione"*, Artt. 2498-2506-quater c.c., Egea - Giuffrè, Milano, 2006, pag.660; condivide tale opinione F. Magliulo, *"La fusione delle società"* (2), pag.190.

⁹ F. Magliulo, *"La fusione delle società"* (2), pag.195.

Peraltro, simili modifiche potrebbero comunque essere adottate, nonostante possano essere considerate pregiudizievoli nei confronti dei soci, con il consenso unanime degli stessi, trattandosi di diritti disponibili¹⁰. Il consenso unanime dei soci, allora, eviterebbe qualsiasi timore di arrecare pregiudizio ai loro interessi e di violare l'art.2502, co.2 c.c., nei limiti in cui le modifiche adottate non ledano i diritti dei terzi.

È appena il caso di ricordare che i requisiti richiesti dalla citata disposizione ai fini della legittimità delle modifiche apportabili al progetto di fusione, ossia la non incidenza sui diritti dei soci o dei terzi, non sono alternativi, bensì cumulativi e, quindi, per poter sostenere l'ammissibilità di una variazione del progetto da parte dell'assemblea è necessario che siano soddisfatti entrambi, ovvero sia che le modifiche non siano lesive né dei diritti dei soci, né dei diritti dei terzi. Tuttavia, come sopra accennato, qualora le modifiche delle previsioni contenute nel progetto siano suscettibili di pregiudicare gli interessi dei singoli soci ma non quelli dei terzi, dette modifiche saranno ugualmente adottabili con il consenso unanime dei soci stessi.

¹⁰ Cfr. in tal senso Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Commissione Società, massima L.D.9 (Modifiche al progetto di fusione apportabili con decisione unanime dei soci - 1° pubbl. 9/08), secondo cui "La decisione dei soci in ordine alla fusione può apportare al progetto anche modifiche che incidano sui diritti dei soli soci (e non dei terzi), a condizione che tale decisione venga approvata con il consenso di tutti i soci rappresentanti l'intero capitale sociale di ciascuna delle società partecipanti alla fusione ed a condizione che di dette modifiche ne sia stata fatta menzione nell'ordine del giorno contenuto nell'avviso di convocazione, ovvero, in mancanza di tale menzione, a condizione che l'assemblea dei soci sia riunita in forma totalitaria.

Stante quanto sopra si ritiene che i soci possano all'unanimità apportare le seguenti variazioni al progetto:

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

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

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

Le modifiche in concreto apportabili al progetto di fusione

Così individuata la *ratio* della norma in esame, appare più semplice stabilire quali variazioni l'assemblea possa, in concreto, apportare al progetto di fusione, in sede di approvazione dello stesso, ovvero successivamente, pendente il termine per l'opposizione dei creditori.

Le modifiche che, in astratto, potrebbero essere apportate al progetto di fusione riguardano principalmente gli elementi che, nel complesso, configurano il contenuto legale minimo dello stesso, come individuati dall'art.2501-ter, co.1 c.c., numeri da 1) a 8)¹¹. Dette modifiche potranno essere adottate solo ove non ledano né i diritti dei soci, né i diritti dei terzi, nel significato sopra esposto.

Quanto agli elementi di cui al n. 1) dell'art.2501-bis, co.1 c.c. (il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione), è opportuno distinguere.

Per quanto concerne, ad esempio, l'identità e il numero delle società coinvolte nella fusione, sembra potersi affermare che non sia legittimo apportare modifiche a tali indicazioni, poiché ciò comporterebbe una lesione sia dei diritti dei terzi, trattandosi di elementi rilevanti ai fini della formazione del patrimonio della società incorporante o risultante dalla fusione, sulla cui consistenza si fonda la tutela dei creditori, sia dei diritti dei soci¹².

Per converso, la modifica della denominazione sociale ed il trasferimento della sede di una delle società partecipanti alla fusione, a differenza delle variazioni appena citate, non sembra possano essere considerate alla stregua di una modifica incidente sull'identità della società (non vi è, infatti, alcuna sostituzione

¹¹ Articolo 2501-ter, co.1 c.c. - Progetto di fusione.

[1]. L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige un progetto di fusione, dal quale devono in ogni caso risultare:

- 1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;
- 2) l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione;
- 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro;
- 4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- 5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;
- 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione.

¹² Così, F. Laurini, "Trasformazione, fusione e scissione" (8), pagg.663 e 679.

di società) e, quindi, lesive dell'interesse dei creditori sociali.

Qualche dubbio, forse, può porsi con riferimento al trasferimento della sede, nel caso in cui tale evento comporti la modifica della competenza giudiziaria per l'esperimento di azioni esecutive, ovvero la modifica delle condizioni di rischio valutate al momento della concessione del credito. Nonostante l'evidenza del pregiudizio di fatto che ne deriverebbe, non va trascurato che esso non rientra, tuttavia, nella nozione di "pregiudizio rilevante" individuata dalla prevalente dottrina e consistente nella diminuzione della garanzia patrimoniale. È opportuno, infatti, tenere distinto il pregiudizio di mero fatto, causato da elementi fattuali che variano a seconda delle circostanze, dal pregiudizio di diritto, determinato dalla lesione del diritto tutelato, il quale ultimo solo rileva ai fini dell'eventuale incidenza sui diritti dei creditori e dell'inammissibilità delle modifiche.

Può concludersi, pertanto, che le modificazioni delle regole organizzative statutarie di una delle società coinvolte nella fusione, quali la modifica della denominazione sociale ed il trasferimento della sede, siano legittime, in quanto non suscettibili di cagionare un pregiudizio di diritto ai creditori sociali, ossia non lesive dell'interesse degli stessi a non vedere diminuita la propria garanzia patrimoniale e, conseguentemente, non idonee ad attribuire agli stessi il diritto di opposizione¹³, e non lesive neppure dell'interesse dei soci tutelato dalla norma in parola¹⁴.

Quanto agli elementi di cui al n. 2) dell'art.2501-bis, co.1, c.c. (l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione), non sembra che eventuali modifiche agli stessi siano idonee a ledere i diritti dei creditori sociali. Il sistema normativo, infatti, non riconosce a costoro una specifica tutela in relazione alle variazioni dell'assetto organizzativo della società¹⁵.

¹³ F. Magliulo, "La fusione delle società" (2), pagg.191-192. Sulla questione specifica della modificazione della denominazione sociale e del trasferimento della sede durante i sessanta giorni previsti per l'opposizione dei creditori, anche se nel sistema previgente, cfr. G. Ferri Jr., "In tema di adozione di modificazioni statutarie durante il procedimento di fusione", Studio CNN n.2591/99; con riferimento al cambio della denominazione sociale in pendenza di scissione, si veda D. Boggiali, "Modifiche al progetto di scissione: cambio della denominazione sociale", Quesito CNN n.245-2009/1.

¹⁴ In tal senso, F. Magliulo, La fusione delle società (2), pag.196. Con riferimento al cambio della denominazione sociale in pendenza di scissione, cfr. D. Boggiali, Modifiche al progetto di scissione (13).

¹⁵ F. Laurini, "Trasformazione, fusione e scissione" (8), pag.665. L'Autore,

Diverse considerazioni devono farsi con riguardo alla modifica dell'entità del capitale della società incorporante o risultante dalla fusione.

Infatti, laddove la modifica del progetto consista nello stabilire il capitale sociale post-fusione ad un importo superiore alla somma dei capitali nominali delle società coinvolte nella fusione, sia pure nei limiti dei patrimoni netti delle stesse (in sostanza, imputando a capitale tutte o parte delle riserve delle società interessate), nessun pregiudizio potrebbe essere arrecato ai creditori, i quali, al più, riceverebbero un beneficio rispetto al minore importo deciso in precedenza. Viceversa, qualora il capitale sociale finale fosse fissato, mediante modifica del progetto, ad un importo inferiore a quello inizialmente stabilito e, comunque, inferiore alla somma dei capitali nominali delle società coinvolte nella fusione (in sostanza, destinando parte del patrimonio netto ad un regime meno rigido, quale quello delle riserve disponibili), potrebbe essere lesa la garanzia patrimoniale offerta ai creditori sociali, in considerazione della possibilità che dette riserve siano successivamente distribuite ai soci¹⁶.

Per quanto concerne, invece, l'eventuale incidenza sui diritti dei soci, dovrà valutarsi caso per caso se la modifica in questione sia suscettibile, o meno, di pregiudicare i loro interessi.

In taluni casi, peraltro, dovrà farsi attenzione alle previsioni del codice civile che richiedono il consenso di tutti i soci al fine di modificare alcune regole statutarie (si pensi, ad esempio, all'obbligo di eseguire prestazioni accessorie, non modificabili se non all'unanimità, ai sensi dell'art.2345, ultimo comma, c.c.,

di seguito, afferma anche: "A ben vedere neanche ove si stabilisca, variando il progetto, che la società risultante dalla fusione debba avere la forma di una società di capitali e non più di persone, si può affermare che vi sia un diretto pregiudizio alla garanzia patrimoniale dei creditori, l'unico motivo per il quale essi sarebbero legittimati a proporre opposizione. Il fatto di non poter più contare sulla responsabilità illimitata dei soci non ha, infatti, il rilievo economico che si sarebbe tentati di attribuirle ove si consideri l'aleatorietà della valutazione della consistenza patrimoniale di una persona fisica nonché la possibilità che il socio ceda la propria quota di partecipazione durante il procedimento di fusione o immediatamente dopo la sua conclusione; unicamente la garanzia patrimoniale offerta dalle società coinvolte è un elemento di riferimento certo per i creditori sociali".

¹⁶ F. Laurini, "Trasformazione, fusione e scissione" (8), pag.666. L'Autore osserva che il problema potrebbe dirsi superato, con conseguente possibilità da parte dei soci di modificare l'importo del capitale post-fusione, attraverso una variazione del progetto che non incida sui diritti dei creditori sociali, "ove si condividesse l'orientamento che considera indisponibile la riserva da fusione, quella cioè che esprime la differenza tra la somma dei capitali nominali delle società che si fondono ed il capitale nominale della società incorporante o risultante dalla fusione [...] L'opinione si fonda sull'assunto che, formandosi tale riserva con quella parte del patrimonio netto nei patrimoni di provenienza vincolata a capitale, essa debba essere assoggettata al medesimo regime di indisponibilità".

o ai particolari diritti, ammissibili nelle Srl, riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, anch'essi modificabili solo con il consenso unanime dei soci, ai sensi dell'art.2468, co.4 c.c.). Quanto agli elementi di cui al n.3) dell'art.2501-*bis*, co.1 c.c. (il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro), essi non sembrano suscettibili di recare danno agli interessi dei creditori sociali.

Il rapporto di cambio, infatti, determinando le condizioni della partecipazione alla società incorporante o risultante dalla fusione, riguarda solo ed esclusivamente la posizione dei singoli soci e non esplica alcun riflesso sul patrimonio sociale¹⁷.

I termini del ragionamento potrebbero, forse, cambiare qualora la modificazione comporti l'attribuzione ai soci di conguagli in danaro di importo superiore a quello previsto in origine, comportando così una diminuzione del patrimonio della società su cui si fonda la garanzia dei creditori. In tale ipotesi, probabilmente, dovrebbe ritenersi che una simile modifica sia inammissibile per lesione dei diritti dei terzi.

Per quanto riguarda i diritti dei soci, invece, una tale modifica si riverbera indubbiamente sulla sfera individuale di costoro, di talché non sembra possibile ammetterla a maggioranza.

Quanto agli elementi di cui al n. 4) dell'art.2501-*bis*, co.1 c.c. (le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante), la modifica di queste indicazioni appare assolutamente legittima, non rientrando fra quelle variazioni suscettibili di incidere sui diritti dei soci né, tantomeno, sui diritti dei creditori sociali, trattandosi, come prima, di elementi che riguardano solo ed esclusivamente la posizione dei singoli soci (si pensi alla determinazione dei tempi, luoghi e adempimenti necessari per procedere allo scambio delle azioni o delle quote).

Quanto, infine, agli elementi di cui ai nn. 5), 6), 7) e 8) dell'art.2501-*bis*, co.1 c.c. (la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili; la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante; il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete

¹⁷ F. Laurini, "Trasformazione, fusione e scissione" (8), pag.669.

l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione), sembra che nessuna delle suddette indicazioni sia sindacabile dai creditori sociali, essendo tutte dirette a regolare profili meramente interni dell'operazione¹⁸.

Ad uguale conclusione non può, invece, giungersi con riguardo all'eventuale incidenza di tali modifiche sui diritti dei soci, trattandosi di previsioni del progetto idonee a pregiudicare i loro interessi. Pertanto, non è possibile intervenire su tali disposizioni a maggioranza.

Conclusioni

Alla luce delle riflessioni sopra esposte, può affermarsi che l'assemblea di una delle società coinvolte nell'operazione di fusione possa, sia in sede di approvazione del progetto, sia nel periodo di tempo compreso fra detta delibera e la sottoscrizione dell'atto di fusione e, quindi, in pendenza del termine per l'opposizione dei creditori, apportare modifiche al progetto predisposto dall'organo amministrativo, a condizione che tali modifiche non incidano sui diritti dei terzi né sui diritti dei soci, salvo potere ugualmente deliberare la variazione proposta con il consenso unanime dei soci, qualora il pregiudizio riguardi esclusivamente gli interessi dei soci.

In conclusione a quanto sostenuto, può aggiungersi che, ove i soci di una delle società interessate deliberasse una determinata modifica al progetto di fusione, questa dovrebbe essere necessariamente approvata anche da tutte le altre società partecipanti all'operazione; trattandosi, infatti, di una modifica del contenuto legale del progetto di fusione, quest'ultimo dovrebbe essere approvato da ciascuna società partecipante alla fusione.

Qualora, poi, le modifiche al progetto di fusione configurino delle modifiche statutarie in senso tecnico (si pensi alle sopra citate ipotesi di modifica della denominazione sociale o di trasferimento della sede), non potrebbe trascurarsi l'interesse dei soci delle altre società coinvolte a non essere assoggettati, a seguito della fusione, ad uno statuto diverso da quello da loro approvato in sede di delibera della fusione¹⁹. Prima della riforma è stato sostenuto²⁰ che la tute-

¹⁸ F. Laurini, "Trasformazione, fusione e scissione" (8), pag.670.

¹⁹ F. Magliulo, "La fusione delle società" (2), pag.204; M. Muscariello - S. Santangelo, "Delibere sociali in pendenza di fusione" (3).

²⁰ G. Ferri Jr., "In tema di adozione di modificazioni statutarie durante il procedimento di fusione" (13), secondo cui "La modificazione della struttura della società incorporante potrebbe, invece, legittimare gli amministratori delle altre società partecipanti a non addvenire alla stipulazione dell'atto di fusione: il problema, si noti, riguarda soltanto i rapporti tra gli amministratori di tali società ed i rispettivi soci, dal momento che nemmeno a seguito

DIRITTO E SOCIETÀ

la della posizione dei soci dell'incorporata sarebbe affidata al potere-dovere dell'organo amministrativo della stessa di non addivenire alla stipulazione dell'atto di fusione, qualora la modifica statutaria dell'incorporante sia lesiva degli interessi dei soci in

della deliberazione di fusione le società possono ritenersi in qualche modo reciprocamente vincolate a perfezionare il procedimento di fusione.

Più precisamente, ma la questione è meramente fattuale, saranno gli amministratori a dover decidere se sia ancora opportuno stipulare l'atto di fusione con, e segnatamente incorporarsi in, una società avente sede e denominazioni diversi da quelli che essa presentava al momento in cui la deliberazione era stata deliberata dalle rispettive collettività di soci: laddove, può tuttavia notarsi, non sembra che sede e denominazione siano, almeno nella normalità di casi, profili a tal punto rilevanti nella economia della operazione di fusione che una loro modificazione possa far venir meno la stessa opportunità di addivenirvi".

parola.

Sembra tuttavia preferibile aderire all'opinione di chi ritiene che la modifica dello statuto dell'incorporante debba essere approvata anche dai soci dell'incorporata, in quanto essa comporta una modifica del progetto di fusione e dello statuto dell'incorporata, nel momento in cui i soci di quest'ultima, con l'approvazione del progetto, deliberino di adottare lo statuto dell'incorporante²¹.

²¹ F. Magliulo, "La fusione delle società" (2), pag.204; M. Muscariello - S. Santangelo, "Delibere sociali in pendenza di fusione" (3); secondo P.G. Marchetti, "Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni", in Rivista del Notariato, 1991, pag.28, "il progetto rappresenta una proposta contrattuale che tutte le società coinvolte debbono accettare in termini identici".



CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Il nuovo imperdibile bimestrale di Euroconference

La rivista è dedicata non solo ai professionisti specializzati nella materia fallimentare (curatori fallimentari, commissari liquidatori, consulenti) ma anche e soprattutto a chi deve conoscere gli strumenti oggi disponibili e sempre più efficaci per gestire anticipatamente la crisi e "salvare" l'azienda in difficoltà. Questo bimestrale offre di volta in volta una sintesi ragionata dei diversi aspetti della materia, non soltanto sotto il profilo giuridico, ma anche di pianificazione economica e finanziaria; irrinunciabile è poi la valutazione delle problematiche anche sotto l'aspetto fiscale e tributario.

Periodicità: bimestrale

Direttore responsabile: Fabio Garrini

Direzione scientifica: Claudio Ceradini, Massimo Conigliaro

Comitato di redazione: Marco Cavazzutti, Bruno Conca, Pietro Paolo Papaleo, Marco Passalacqua, Bruno Piazzola, Lorenzo Salvatore

Acquistalo su www.euroconference.it o nelle migliori librerie

www.euroconference.it