Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO XIII

NATURA GIURIDICA, FUNZIONE, FORME

Sommario: 1. Nozione. – **2.** Forme. – **3.** Fusione con modifica o conservazione di scopo. – **4.** Ambito soggettivo di applicazione. – 4.a. Fusioni cui partecipano società semplici. – 4.b. Fusioni fra enti associativi diversi da quelli lucrativi, tra cooperative e consorzi, purché causalmente omogenei. – 4.c. Fusioni eterogenee. – **5.** Fusione di società sottoposte a procedura concorsuale. – **6.** Fusione di società in liquidazione. – 6.a. Fusione con società incorporante in liquidazione. – 6.b. Fusione con società incorporanda in liquidazione. – 6.c. Fusione tra società in liquidazione.

🕮 1. Nozione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** AA.VV., 2003; ANTIFORA, 2001; BUONOCORE, 1999; CAMPOBASSO, 1999; CONFALONIERI, 2000; COTTINO, 1987; GALGANO, 1991; LUCARELLI, 2004; PAOLINI, 1991; PEROTTA e GAREGNANI, 1999; PETTARIN, 1992; SALAFIA, 1993; SERRA, 1995; TANTINI, 1985.

La fusione è un'operazione di riorganizzazione e ristrutturazione, che permette a più società di accorparsi per ampliare la dimensione ed espandere la propria attività.

Lo sviluppo che ne consegue è definito interno quando si accresce l'apparato produttivo, amministrativo e di ricerca dell'impresa.

È detto, invece, esterno quando l'implementazione si realizza attraverso l'acquisizione di altre realtà.

In assenza di una precisa definizione normativa, la dottrina ha elaborato due teorie che spiegano la natura giuridica dell'operazione.

Teoria estintivo-costitutiva

La prima – c.d. *estintivo-costitutiva* – qualifica la fusione come una successione a titolo universale[1], in quanto fa cessare le società coinvolte e ne fa nascere una nuova. [⚖]

[1] Sul punto, si confrontino: COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, 641; PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, 76.

Teoria modificativa

La seconda teoria – c.d. *modificativa* – inquadra, invece, l'operazione tra le vicende che incidono sull'atto costitutivo degli enti partecipanti[2].

La loro estinzione sarebbe solo formale e non sostanziale[3].

Si assisterebbe ad una riunificazione soggettiva delle compagini coinvolte e ad una confusione dei rispettivi patrimoni: nessuno di quelli preesistenti verrebbe meno, né se ne creerebbe alcuno nuovo[4].

A seconda della tesi che si intende abbracciare, diverse sono le conseguenze che scaturiscono sul piano applicativo.

Nel tempo si è sviluppato anche un orientamento intermedio secondo cui la fusione produrrebbe sia un effetto successorio, sia uno estintivo[5].

L'essenza dell'istituto andrebbe, quindi, ricercata nella conciliazione normativa fra continuità e cessazione.

Il negozio giuridico assumerebbe formazione progressiva, articolandosi in tre fasi fondamentali: predisposizione del progetto, delibera e stipula dell'atto finale.

L'obiettivo sotteso è, comunque, sempre economico-aziendale e mira a soddisfare esigenze di sviluppo necessarie al continuo adattamento dell'impresa all'azione dei sistemi con cui interagisce[6].

[2] Tra i sostenitori di questo orientamento si vedano: BUONOCORE, *Le modificazione dell'impresa societaria*, in BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1999; GALGANO, *Diritto commerciale*, Bologna, 1991, 445; PAOLINI, *Scissione delle società*, *CI*, 1991, 944; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1995, 346.

[3] Cfr., ANTIFORA, *La fusione delle società*, Napoli, 2001, 12. Sull'argomento, alcuni interpreti sostengono che, nonostante si continui a discutere se la fusione realizzi o non una successione universale, quando essa avviene mediante incorporazione, non si dubita che sul piano giuridico non muti l'identità del soggetto che ingloba. Per ulteriori approfondimenti, si veda SALAFIA, *Mutamento del patrimonio della società partecipante a fusione per incorporazione*, *Soc*, 1993, 537. Sulla fusione come semplice modificazione dell'atto costitutivo, si è espresso CONFALONIERI, *Bilanci e operazioni straordinarie*, Milano, 2000, 65.

[4] AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, IX, 366, osservano che, in tal modo, si assiste alla perdita dell' individualità dei soggetti che vi partecipano, ma non alla loro estinzione, come risulta confermato dalla circostanza che la fusione non è ricompresa tra le cause di scioglimento di una società. Secondo TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1985, VIII, 288, l'operazione scaturirebbe da un atto di autonomia interna al gruppo, qual' è la delibera. Si manifesterebbe, così, l'intenzione di continuare l'attività dell'ente originario, anche se in uno diverso. L'Autore, giustamente, osserva che la società fusa si estingue, in quanto viene meno quel contratto che l'ha generata e quel tipo di organizzazione. Però, la sua attività continua secondo un diverso contratto ed una differente organizzazione.

[5] Cfr., CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 1999, 577.

[6] Si veda, PERROTTA e GAREGNANI, cit., 176.

La disciplina della fusione ha subito, con la riforma del 2003, un limitato intervento di semplificazione, in particolare, di ordine procedurale (art. 7, lett. *a*, l. 366/2001)[7].

Il legislatore ha cercato di equilibrare le differenti esigenze di celerità dell'*iter* formale e di tutela degli interessi coinvolti.

2. Forme.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** BIANCHI, 2000; BUFFELLI e SIRTOLI, 2002; CICU e MESSINEO, 2000; DE RUVO e OCCHETTA, 2003; FIGONE, 2000; IANNIELLO, 1995; MANZINI, 1998; SARCONE, 1996; SCHIANO DI PEPE, 1999.

Fusione propria ed impropria

La lettera dell'art. 2501 c.c. prevede due tipi di operazioni: la c.d. *fusione propria* che si realizza attraverso l'unione di più società esistenti e la costituzione di una nuova e quella c.d. *impropria* che implica l'incorporazione di una compagine in un'altra.

A queste fattispecie, col tempo, se ne sono aggiunte delle ulteriori.

Fusione inversa

Quella dell'ente che ingloba una o più sue controllate e, all'opposto, quella della società che assorbe la sua controllante (*fusione inversa*)[8].

In generale, l'istituto può assumere diverse finalità.

Se ne fa ricorso per ragioni strategiche, finalizzate ad accrescere la dimensione imprenditoriale o volte ad acquisire una maggiore capacità produttiva.

Oppure per perseguire scopi di semplificazione organizzativa, ad esempio, mediante:

– l'eliminazione di parti strutturali sovrabbondanti o ripetitive;

– il completamento di un processo produttivo che, altrimenti, richiederebbe il coinvolgimento di altra azienda nella lavorazione del singolo bene.

La fusione può essere giustificata anche da motivazioni di carattere fiscale.

In particolare, quando si vogliano scongiurare rischi di doppia imposizione, anche parziale, dei medesimi risultati economici, o quando si intenda beneficiare – pur nei limiti di legge – di deduzioni per perdite tributarie accumulate da una delle società coinvolte.

L'operazione può anche:

[7] Sull'argomento, LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e delle scissioni: una modernizzazione incompiuta*, *RS*, 2004, 1344.

[8] Cfr., MANZINI, *La fusione c.d. inversa*, *Not.*, 1998, 345

Economie di scala

– perseguire le cosiddette *economie di scala*, fenomeno molto frequente nel settore bancario ed in quello automobilistico (fusione verticale tra enti che svolgono attività assimilabili);

– incrementare la qualità o limitare i danni da inadempienze contrattuali, come nell'ipotesi di un produttore che incorpora un distributore (fusione verticale tra imprese operanti in fasi diverse del medesimo ciclo produttivo o della filiera di mercato);

Economie di scopo

– realizzare le cosiddette *economie di scopo*, attraverso un processo di diversificazione per prodotti o per settori merceologici (fusioni conglomerali che interessano soggetti che espletano attività eterogenee e non connesse).

Il negozio di che trattasi può realizzarsi mediante:

– costituzione di una nuova società;

– incorporazione in un ente di uno o più altri, sulla scorta di quanto statuisce la lettera dell'art. 2501 c.c.

Fusione per unione

Nel primo caso, la fusione è *propria* o *per unione*.

Le compagini che vi prendono parte si estinguono senza passare per la liquidazione, costituendone una nuova e perdendo la propria individualità giuridica[9].

Le azioni o le quote rappresentative del capitale dell'ente risultante sono assegnate ai soci delle imprese fuse, in luogo ed in proporzione delle partecipazioni da essi detenute prima dell'operazione (rapporto di concambio)[10].

Fusione per incorporazione

Nel secondo caso, la fusione avviene *per incorporazione*.

Un soggetto ingloba uno o più altri già esistenti.

L'incorporante delibera, poi, un aumento di capitale, emettendo nuove azioni o quote che sono offerte ai soci della/e incorporata/e, in cambio ed in proporzione delle partecipazioni già da questi possedute in precedenza.

Resta, così, in vita, conserva la propria soggettività ed accresce le dimensioni, mentre la/le incorporata/e si estingue/ono[11].

L'operazione non genera concambio se la società risultante detiene la totalità del capitale della/e inglobata/e.

La procedura è, allora, semplificata[12].

Non si delibera alcun aumento di capitale.

[9] Si segnalano, sul punto, DE RUVO e OCCHETTA, *La fusione di società*, Milano, 2003, 8.

[10] Si vedano: AA.VV., *op. cit.*, 364; BIANCHI, *Le operazioni di fusione*, Torino, 2000, 9; BUFFELLI e SIRTOLI, *Le operazioni straordinarie delle società*, Milano, 2002, 75.

[11] Cfr., SARCONE, *Le fusioni societarie*, Milano, 1996, 58.

[12] Si veda: FIGONE, *Fusione per incorporazione-Fusione inversa. Casi e questioni*, *Soc*, 2000, 606.

Per ragioni di ordine pratico, oltre che tributario, la fusione per incorporazione si fa spesso preferire a quella propria.

Gli altri tipi cui si è già fatto cenno nel corso della trattazione, pur in assenza di una definizione normativa esplicita, hanno una considerevole diffusione nella prassi.

Quando la fusione impropria coinvolge un'incorporante che possiede integralmente le azioni dell'incorporata, l'annullamento di queste ultime non comporta alcuna riassegnazione ai suoi soci.

Non c'è concambio [13] e nessuna rilevazione, al riguardo, va fatta nel progetto e nelle relazioni di esperti ed amministratori.

Se l'operazione, invece, è inversa o rovesciata, si intendono soddisfare esigenze di natura strategica o finanziaria [14].

La società partecipata (normalmente un'operativa) incorpora la controllante (*holding*).

Fusione scavalcata e scavalcata inversa

Due sono i sottotipi di fusione impropria ed inversa: quella *scavalcata* e quella *scavalcata inversa*.

Nella prima, la *holding* ingloba la partecipata di una propria controllata.

Nella seconda, la partecipante è accorpata dalla controllata di una sua partecipata [15].

Ognuna delle operazioni sin qui descritte non può realizzarsi solo di fatto.

Ciò in quanto il suo perfezionamento deve seguire l'*iter* procedimentale contemplato dalle disposizioni di legge e presupporre l'assolvimento delle forme di pubblicità imposte dall'ordinamento [16].

🕮 3. Fusione con modifica o conservazione di scopo.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** BASSI, 1999; BUONOCORE, 1997, 1999; FERRARA F. JR. e CORSI, 1996; SERRA, 1985; SIMONETTO, 1976.

[13] IANNIELLO, *Procedimento di fusione e applicazione analogica dell'art. 2504 quinquies*, *Soc*, 1995, 1190, osserva che la fusione impropria si realizza quando l'incorporante possiede l'intero capitale della controllata da incorporare, tale per cui il calcolo del rapporto di concambio si riduce ad una procedura meramente contabile, tanto da poter essere evitato.

[14] MANZINI, *La fusione c.d. inversa*, *Not*, 1998, 345, osserva che tale forma può essere utilizzata anche per soddisfare l'esigenza di semplificare l'assetto societario, trasferendo, per esempio, il capitale della partecipata ai soci della partecipante.

[15] Si veda: SCHIANO DI PEPE, *Trasformazione, fusione, scissione, OPA, società quotate*, Milano, 1999, 122.

[16] Cfr., CICU e MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, 326.

La riforma del 2003, innovando l'istituto della trasformazione di società, ha ampliato, indirettamente, anche l'ambito operativo delle fusioni eterogenee.

Queste ultime si possono distinguere in:

Fusioni con conservazione di scopo

– «*fusioni con conservazione di scopo*», alle quali partecipano enti che, pur appartenendo a tipi diversi, hanno un fine omogeneo (lucrativo o mutualistico) e creano un organismo unico che conserva le medesime caratteristiche funzionali;

Fusioni con modifica di scopo

– «*fusioni con modifica di scopo*» che, implicando l'aggregazione di società con obiettivi istituzionali differenti (di capitali e cooperative) o, addirittura, quella tra enti lucrativi e *no profit* (associazioni e fondazioni), danno vita a soggetti, almeno in parte, disomogenei rispetto a quelli originari.

Prima della citata novella era pacifica solo l'ammissibilità della prima categoria di operazioni.

La seconda era, da molti interpreti, considerata di impossibile configurazione, anche nel caso in cui tutti i soci delle compagini coinvolte fossero consenzienti[17].

Parte della dottrina valutava inammissibili solo le fusioni, del genere in esame, che dessero vita ad un ente lucrativo, non ravvisando[18] ostacoli normativi all'unificazione di società eterogenee in un'unica avente scopo mutualistico.

In quest'ultimo caso, non si sarebbe, infatti, violato il disposto dell'art. 14, l. 17.2.1971, n. 127.

Oggi la dicotomia, come si è detto, è superata e con essa i limiti descritti[19].

Resta qualche perplessità sul ricorso all'operazione da parte di organismi diversi dalle società.

Fusioni con sviluppo egoistico

Se, infatti, ad aggregarsi sono enti funzionalmente eterogenei è opportuno distinguere, rispetto alle altre, le «*fusioni con sviluppo egoistico*», così definite per il perseguimento di uno scopo lucrativo.

[17] Si segnalano, sul punto: SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1976, 179; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 17, III, Torino, 1985, 345; BUONOCORE, *Le modificazioni dell'impresa societaria*, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1999, 483; BASSI, *L'impresa societaria a base mutualistica* in BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1999, 463.

[18] Cfr.: BUONOCORE, *Diritto alla cooperazione*, Bologna, 1997, 337; SIMONETTO, *Delle società*, cit., 181.

[19] Artt. 2500 *septies* e 2550 *octies* c.c.

In tali circostanze, l'ente associativo dovrà approvare il progetto, rispettando i *quorum* più rigorosi fissati per la trasformazione (art. 2550 *octies* c.c.), mentre alla società coinvolta basterà raggiungere quelli ordinari.

Un problema che resta ancora irrisolto riguarda l'ammissibilità della fusione di società irregolari: mentre la dottrina la riconoscerebbe[20]. [⚖]

Fusioni a sviluppo altruistico

Se le operazioni sono, invece, a «*sviluppo altruistico*», l'ordinamento non impone limiti particolari.

Il caso di scuola è quello della società di capitali che subisce una trasformazione strutturale e funzionale di tipo radicale per venire assorbita da un ente altruistico il quale conserva il suo scopo associativo.

Nella circostanza, le norme sulla fusione si applicano solo alla fase procedimentale di approvazione del progetto ad opera della partecipante da incorporare.

L'altro organismo coinvolto delibera l'operazione secondo le regole previste dal proprio regime giuridico.

Un aspetto critico di particolare rilevanza in tutte le trasformazioni eterogenee attiene la conversione della partecipazione all'ente, che subisce la trasformazione, in quella nel soggetto risultante dall'unificazione.

Diverso è il discorso per le fusioni-trasformazioni di fondazioni.

Queste ultime non possono essere considerate enti propriamente collettivi.

Spetterà, allora, agli organi decisionali dei partecipanti all'operazione stabilire in che misura i soggetti individuati dal fondatore acquisiranno quote del capitale della società uscente dalla fusione.

Se, poi, è una fondazione ad incorporare una società o a crearne una nuova di dimensioni più ampie, la delibera di approvazione assume i connotati di un vero e proprio atto istitutivo del particolare ente non lucrativo che nasce.

[20] Per la tesi favorevole, si segnala, FERRARA F. JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996.

🕮 4. Ambito soggettivo di applicazione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** CAGNASSO e IRRERA, 1990; OPPO, 1991; SARALE, 2004.

La fusione di società è disciplinata nella sezione II del Capo X, pertanto, l'ambito di applicazione dell'istituto dovrebbe riguardare i soli organismi iscritti nel registro delle imprese (operazioni tipiche)[21].

Rientrano, però, nel novero anche le fusioni tra cooperative ed enti consortili di cui all'art. 2615 *ter* c.c.[22].

Esistono poi altre ipotesi «*atipiche*» che suscitano qualche dubbio.

🕮 4.a. Fusioni cui partecipano società semplici.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** MARCHETTI, 1991; SALAFIA, 1995; SCOGNAMIGLIO G., 2003; TANTINI, 1985.

In passato erano state contestate sulla base del rilievo che il sistema di pubblicità richiesto non potesse essere applicato al tipo di enti coinvolti, equiparabili a quelli irregolari[23].

Oggi il legislatore, però, contempla la fattispecie alla lettera dell'art. 2502 *bis* c.c., ove si fa riferimento alla «*decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV*», quindi, anche di quelle semplici[24].

In verità, la dottrina si è sempre mostrata favorevole a questa posizione[25], superando il problema della pubblicità attraverso il ricorso ad altre forme considerate idonee[26]. [⚖]

Il principio sancito, superato dalla legge per gli enti in parola (dopo la riforma del 2003), può valere ancora oggi per le società irregolari e per le comunioni di azienda che, non essendo soggette alla pubblicità tipica, prima di intraprendere una fusione, dovrebbero, a rigore, rispettivamente, regolarizzarsi o trasformarsi *ex* art. 2500 *octies* c.c.[27].

[21] Si vedano: CAGNASSO e IRRERA, *La trasformazione e fusione di società*, in *Giur. sist.* (a cura di BIGIAVI), Torino, 1990, 293 e OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lg. 1991, n. 22: profili generali*, *RDC*, 1991, II, 502

[22] Cfr., SARALE, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt.* COTTINO, III, Padova, 2004, 541.

[23] Cfr., SALAFIA, *La fusione di società: casi e questioni*, *Soc*, 1995, 1521 ss.

[24] Si veda, SCOGNAMIGLIO G., *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, *RN*, 2003, 890.

[25] Cfr., TANTINI, *Trasformazione e fusione*, in *Tratt. Galgano*, VIII, 1985, 322.

[26] Si veda: MARCHETTI, *Appunti*, *RS*, 1991, 19.

[27] Sostiene la preventiva necessità di regolarizzare la società irregolare e la preventiva operatività della trasformazione per la comunione d'azienda SANTAGATA, *Operazioni straordinarie, Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, Torino, 2004.

🕮 4.b. Fusioni fra enti associativi diversi da quelli lucrativi, tra cooperative e consorzi, purché causalmente omogenei.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** FUSARO, 1998.

Nel silenzio (passato e presente) della legge, la giurisprudenza ha provato a suggerire linee direttive. [⚖]

Traendo spunto da queste pronunce, parte della dottrina ha ipotizzato l'applicazione delle norme che regolano l'operazione di che trattasi anche in ambito non societario[28].

D'altra parte, la lettera di cui all'art. 4 della Tariffa allegata al T.U. sull'imposta di registro[29] assoggetta all'incombenza fiscale, a termine fisso, la «*fusione tra società e le analoghe operazioni poste in essere da enti diversi dalle società*».

🕮 4.c. Fusioni eterogenee.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** CAMPOBASSO, 1999; GALGANO, 2003; SERRA e SPOLIDORO, 1994.

Si intendono tali quelle operazioni in cui la disomogeneità può riguardare il modello organizzativo o la causa del contratto.

Alla prima categoria appartengono le fusioni tra consorzi e società consortili o tra associazioni non riconosciute e riconosciute.

Alla seconda fanno capo quelle che coinvolgono cooperative ed enti lucrativi.

È ammissibile l'accorpamento fra società di persone e di capitali.

Per molto tempo è stato disconosciuto quello tra fondazione ed ente collettivo o tra quest'ultimo e un'associazione.

Molte discussioni per anni ha generato anche la questione relativa alla legittimità o non di una fusione tra una cooperativa in una società lucrativa, per l'asserito contrasto con il testo dell'art. 14 della l. 127/1971[30].

Abbastanza pacifica si è sempre considerata, invece, l'opzione opposta. [⚖]

[28] Cfr., FUSARO, *Fusione per incorporazione di una srl lucrativa da parte di una associazione non riconosciuta?*, *CI*, 1998, 73

[29] D.p.r. 26.4.1986, n. 31.

[30] SERRA e SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 8 e *contra* CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1999, 611.

Ai sensi dell'art. 2545 *decies* c.c., è, oggi, riconosciuta ad una società cooperativa, purché a mutualità non prevalente, la facoltà di deliberare l'incorporazione di una lucrativa.

La lettera degli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c. consente, inoltre, ad una consortile di accorpare un ente commerciale, così come ammessa è l'ipotesi inversa[31].

Resta, invece, impraticabile la fusione di una società che persegue fini di lucro con un'associazione riconosciuta[32].

📖 5. Fusione di società sottoposte a procedura concorsuale.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** AA.VV., 2006; ALESSI, 2005; BUFFELLI, 2004; CASELLI, 1991; DE ANGELIS, 2002; FAZZALARI, 2004; GALLESSIO PIUMA, 1986; MINERVINI, 1956; NIGRO, 1993; NOTARI, 1995; VARETTI, 2005; VIGO, 1997.

Fusione e fallimento

Pure i soggetti collettivi sottoposti a procedure concorsuali possono fruire dell'istituto in esame (art. 2501 c.c.)[33].

La tesi, oggi tipizzata, è stata, per anni, sostenuta dalla dottrina, in condizioni di vuoto normativo, ma avversata dalla giurisprudenza.

I favorevoli affermavano che impedire a società che versassero in situazioni di questo tipo, ma non destinate irrimediabilmente all'estinzione[34], una fusione con altre *in bonis*, ne avrebbe compromesso seriamente il risanamento[35]. [⚖]

L'attuale disciplina (art. 2484 c.c.) apre le porte ad una serie di soluzioni pratiche prima inimmaginabili.

La fusione può diventare, addirittura, strumento funzionale all'espletamento di una procedura concorsuale[36].

Qualche problema di coordinamento, però, ancora si pone.

In particolare, in ordine alla sostituzione degli organi societari ed alla tenuta dei libri contabili[37].

[31] Cfr., Trib. Ravenna, 16.10.2002, *GCo*, II, 2004, 71.

[32] Si veda, GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, 13ª ed., Bologna, 2003, 490.

[33] Il limite era stato introdotto in accoglimento della direttiva CEE n. 855/1978 che prevedeva la possibilità di escludere dalla fusione le società sottoposte a procedure concorsuali.

[34] Amministrazione controllata ed amministrazione delle grandi imprese in crisi.

[35] Per un approfondimento, si segnala, DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *RS*, 2002, 41.

[36] Tale sistema è utilizzato negli Stati Uniti di America, ove la fusione è inserita nei piani di riorganizzazione di impresa. In Italia, cfr. l. 18.2.2004, n. 39. In dottrina, ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, *RF*, 2005, 1135.

[37] Si veda, VARETTI, *La riforma del diritto societario consente l'effettuazione di operazioni straordinarie anche alle società*

Nella prassi, lo strumento in parola può rilevare soprattutto nelle ipotesi in cui si mira alla conservazione della realtà economica in crisi: concordato preventivo ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese[38].

Nel primo caso, l'obiettivo è definire un accordo fra debitore e creditori in merito alle modalità di estinzione delle obbligazioni inevase.

Nel secondo, è assicurare la prosecuzione di un'attività gestoria, in vista di un risanamento.

La fusione è compatibile con entrambe le procedure[39] ed, a certe condizioni, addirittura prevista quale opzione possibile.

Dubbia, piuttosto, è la fungibilità dell'istituto in procedure già aperte.

La società interessata potrebbe, infatti, assumere solo la veste di incorporante, in ipotesi del genere, e sempreché l'ente da inglobare abbia un patrimonio netto attivo.

In effetti, potrebbe essere anche incorporata, ma solo ove l'impresa che andasse ad assorbirla provveda, prima, al pagamento di tutti i suoi creditori.

Con la fusione, infatti, si estingue la vecchia società ed i suoi *assets* si confondono con quelli del soggetto uscente dall'operazione.

La garanzia degli aventi causa originari verrebbe meno.

La decisione resta di competenza dei soci, gli altri adempimenti sono, invece, devoluti agli organi fallimentari (commissario giudiziale o straordinario).

Più controversa è la questione della compatibilità tra fusione e procedure concorsuali liquidatorie.

Un punto fermo nel dibattito sembra costituito dal divieto di partecipare all'operazione posto ad enti in *iter* concorsuale, allorché sia stato dato inizio alla distribuzione dell'attivo.

In assenza di questa circostanza pregiudiziale la compatibilità andrebbe valutata in riferimento allo specifico caso.

Potrebbe, ad esempio, capitare che una società fallita ne incorpori una *in bonis* interamente posseduta al fine di liquidarne – in maniera più conveniente rispetto all'alienazione delle partecipazioni – il patrimonio.

in procedura concorsuale ponendo problemi di bilancio, in AA.VV, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2005, 194

[38] L'amministrazione controllata è stata soppressa dal d.lg. 5/2006.

[39] Cfr., AA.VV., *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Castagnola e Sacchi, Torino, 2006.

Ebbene, in questo caso, non si correrebbe il rischio di pregiudicare gli interessi dei soci, direttamente coinvolti nella decisione.

Ma qualche perplessità potrebbe essere sollevata dai creditori che avrebbero facoltà di opporsi *ex* art. 2503 c.c.

Se l'incorporanda *in bonis* non fosse, poi, totalmente controllata, oltre a questi aventi causa anche i membri di minoranza della compagine potrebbero avere qualcosa da eccepire.

Diverse sarebbero le considerazioni da fare qualora ad essere incorporato in un ente collettivo *sano* sia uno fallito.

Le conseguenze che si potrebbero profilare sarebbero di due tipi:

– lo stato di insolvenza potrebbe venire meno per effetto della confusione dei patrimoni o per la solida situazione della incorporante;

– lo stato di insolvenza potrebbe estendersi anche a quest'ultima.

Ora, è pleonastico sottolineare come illegittima risulterebbe un'operazione capace di produrre siffatte negative conseguenze[40], mentre del tutto ammissibile sarebbe se il suo effetto risultasse risolutivo della crisi. [⚖]

Ad ogni buon conto, l'incorporazione di una società fallita da parte di una *in bonis* è possibile solo se la fusione conduca all'estinzione della procedura.

Mai sarebbe ammissibile l'operazione se coinvolte fossero due imprese in crisi conclamata.

Qualche altra questione resta sul tappeto.

Se è indubbio, infatti, che gli organi sociali non decadono in seguito alla dichiarazione di fallimento[41], non è, però, chiaro quale sia lo spazio entro cui l'attività gestoria e deliberativa dell'ente facoltizzato a fondersi trovi applicazione in sede concorsuale.

In via generale, si ritiene che gli amministratori possano svolgere non solo gli atti loro imposti dalla legge, ma anche disporre della parte di patrimonio non soggetta a spossessamento.

Sembra che perdano il potere-dovere relativo alla redazione ed all'approvazione del bilancio di esercizio, essendo stabilito dall'art. 89, 2° co., l. fall. che esso spetta al curatore[42].

[40] Cfr., NOTARI, *Osservazioni sulle nuove massime del tribunale di Milano in tema di omologazione degli atti societari*, *RS*, 1995.

[41] Si segnalano, sul punto: VIGO, *Il fallimento delle società*, in RAGUSA MAGGIORE e COSTA, *Le procedure concorsuali – Il fallimento*, III, Torino, 1997, 780; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1993, 318; GALLESSIO PIUMA, *I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione*, Milano, 1986, 232; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. Colombo-Portale*, IV, 1991, 96; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 76.

[42] Si vedano: BUFFELLI, *I bilanci nelle procedure concorsuali*, Milano, 2004 e FAZZALARI, *Il bilancio di esercizio e le*

Controversa è la possibilità di deliberare modifiche dell'atto costitutivo.

La soluzione più coerente sarebbe quella di ammetterle nei limiti in cui non contrastino con la procedura[43].

Comunque, la fusione, oltre ad incidere sull'organizzazione dell'ente, modificandola, comporta un atto di disposizione del patrimonio.

Nelle ipotesi in cui la legge la ammetta in pendenza di fallimento, deve essere decisa dall'assemblea dei soci e autorizzata dal comitato dei creditori (*ex* art. 35 l. fall.).

In merito alla redazione del relativo progetto, sembra che tale compito rientri nelle incombenze del curatore, senza ombra di dubbio, nel caso in cui la fusione abbia come effetto atti di disposizione dei beni della massa, con qualche perplessità in più se l'operazione sia collegata ad una proposta di concordato.

🕮 6. Fusione di società in liquidazione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** AA.VV., 2003; CAMPOBASSO, 2002; CUSA, 1992; FERRARA F. JR. e CORSI, 1999; FIMMANÒ e TRAVERSA, 2003; IANNIELLO, www.notarlex.it; LAURINI, 1991, 1992; MARASÀ, 1993; MARCHETTI, 1991; MAUGERI, 1991; MONTAGNANI, 1999; MORANO e ZINI, 1991; NICCOLINI, 2003; PACIELLO, 1999, 2003; PARRELLA, 2003; PERRINO, 2004; SALAFIA, 1992; SANTAGATA, 1995, 2004; SERRA e SPOLIDORO, 1994, 2004; SUCCI e PRATELLI, 2004; VAIRA, 2004.

Fusione e liquidazione

Non possono fondersi società poste in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo.

Il principio è chiaro, ma qualche problema lo ha posto, in passato, l'individuazione del momento che segna la cesura tra la facoltà e l'inibizione.

L'orientamento prevalente privilegiava una visione sostanzialistica e riteneva occorresse avere riguardo all'intrapresa della distribuzione materiale dei beni[44].

In questa prospettiva si valutava non decisiva la data di consegna in cancelleria del bilancio di liquidazione e del piano di riparto[45], né

procedure esecutive concorsuali, Milano, 2004.

[43] Cfr., NIGRO, *Le società*, cit., 26.

[44] Si segnalano: SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, 2004, 25 e SALAFIA, *Relazione*, in *Le scissioni di società*, Milano, 1992, 5.

[45] Come, invece, sostenuto da MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'azione della VI direttiva CEE*, *GCo*, 1991, 761 e CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 43.

quella di decorrenza dei termini per l'approvazione tacita del rendiconto finale di liquidazione e per il deposito delle somme non riscosse[46].

Si pensava, infatti, che, durante le operazioni di dismissione, fino alla predisposizione del piano, il singolo socio vantasse, esclusivamente, il diritto al compimento di una regolare procedura.

Neppure il sorgere del diritto di credito al pagamento della quota di liquidazione avrebbe, secondo questa tesi, segnato l'inizio della distribuzione dell'attivo.

Il momento in parola sarebbe coinciso solo con quello di effettiva esecuzione del rimborso[47].

Controverso rimaneva il punto inerente l'ostatività[48] alla fusione dell'eventuale pagamento di acconti ai soci.

Nel vigore della disciplina previgente la riforma del 2003 si riteneva che la concessione fosse in ogni momento ripetibile[49], pertanto, l'elargizione non avrebbe potuto creare ostacoli[50].

La tesi resta, oggi, condivisa anche in virtù dell'introduzione nell'ordinamento del regime della distribuzione degli acconti di cui all'art. 2491, 2° co., c.c.

La disposizione subordina, infatti, espressamente l'erogazione anticipata alla condizione che non sia pregiudicata l'integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali.

L'attuale normativa in tema di revoca della liquidazione[51], permette che, fino alla cancellazione dell'ente, resti in vigore e sia applicabile il principio maggioritario nell'assunzione delle delibere as-

[46] Di tale avviso, LAURINI, *La scissione di società*, *RS*, 1992, 932, nonché *Massime del tribunale di Milano 1991*, *RS*, 1991, 1489 ss.

[47] Cfr., SERRA e SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 14.

[48] Per l'ostatività, SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 26 e nt. 65, nonché MONTAGNANI, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, 100 ss.

[49] Si veda: PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, 1999, 75.

[50] Cfr.: PARRELLA, *Commento sub art. 2491*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino, 2003, 291 ss. e SUCCI e PRATELLI, *Questioni in tema di riparto dell'attivo nella liquidazione di società di capitali*, *Soc*, 2004, 1229.

[51] Per approfondimenti, si suggeriscono: VAIRA, *Commento sub art. 2487-ter*, in *Comm. Cottino*, Bologna, 2004, 2083; IANNIELLO, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali: prime indicazioni operative*, *www.notarlex.it*; NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, *RS*, 2003, 895; ID., *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003; AA.VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003; PACIELLO, *Commento sub art. 2483-ter*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino, 2003; FIMMANÒ e TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della Riforma*, *RN*, 2003, 1339.

sembleari, compresa quella con cui si riconosca o neghi il diritto del socio alla liquidazione della quota.

La *ratio* della preclusione di principio verso la fusione sta, quindi, non tanto nell'esigenza di tutelare gli interessi dei membri minoritari della compagine, quanto nella volontà di evitare che all'operazione partecipi una società depauperata di elementi patrimoniali essenziali.

Una volta iniziata la distribuzione dell'attivo, il soggetto interessato – per rendere reversibile il processo – può solo revocare lo stato di liquidazione, rimuovendo la causa che ha determinato lo scioglimento.

Secondo alcuni autori, la decisione – per annullare il principio ostativo – dovrebbe precedere l'avvio del procedimento di fusione[52].

Altri ritengono che basterebbe assumerla entro al data di delibera dell'operazione o addirittura contestualmente[53].

Unico dato certo è che la revoca della liquidazione deve essere divenuta efficace (art. 2487 *ter* c.c.).

Situazione diversa – come si è detto – si configurerebbe allorché la società interessata alla fusione non abbia iniziato la distribuzione dell'attivo.

Se si condivide l'opinione per cui unione o incorporazione configurino operazioni neutre[54], in una visione causale, funzionale cioè a perseguire una pluralità di obiettivi non necessariamente riconducibili a quelli della crescita dell'impresa[55], ne deriva che, prima della distribuzione, esse non impongono la revoca dello stato di liquidazione.

🕮 6.a. Fusione con società incorporante in liquidazione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** BUFFELLI, 2004; BUONOCORE, 1962; FERRO e LUZZI, 1969; GRISENTI, 1968; MAGLIULO, 2005; PACIELLO, 1999; ROMANO PAVONI, 1951; SANTAGATA, 1993.

Se è la società incorporante a versare in questa condizione la fusione potrebbe, di per sé, produrre come effetto il venir meno della

[52] Cfr., SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 26.

[53] Si veda: PERRINO, *Commento sub art. 2501*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, 1941.

[54] Sul punto, si segnalano: MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, *RS*, 1991, 19; SERRA e SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni*, cit., 17; MORANO e ZINI, *La nuova disciplina delle fusioni*, *Soc*, 1991, 905; CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, 5ª ed., Torino, 2002, 611, nt. 2.

[55] In senso contrario, perché ritengono essenziale che dalla fusione risulti sempre una società attiva: FERRARA F. JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 11ª ed. Milano, 1999, 822; SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in PATRONI GRIFFI (a cura di), *Fusioni e scissioni di società*, Milano, 1995, 25; ID., *Le fusioni*, cit., 31; MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VI, 1993, 37, nt. 15.

procedura di dismissione, rimuovendo la causa di scioglimento, o solo determinare un'evoluzione nella vita dell'ente nella direzione di una maggiore efficienza[56].

Lo scopo dell'iniziativa sarebbe desumibile dalla relazione degli amministratori[57] *ex* art. 2501 *quinquies* c.c.

Sul piano formale, ci si deve chiedere, comunque, se la delibera che disponga l'operazione possa implicitamente produrre la revoca dello stato di liquidazione[58].

La questione attiene l'ordine del giorno ed il *quorum*.

In merito al secondo aspetto, basta osservare che la disciplina civilistica prescrive maggioranze identiche per l'assunzione di entrambe le decisioni assembleari.

È sufficiente, quindi, applicare la normativa prevista per le modifiche statutarie[59].

Nella pratica sarà, quindi, necessario il voto favorevole dei membri della compagine che detengano più di un terzo del capitale sociale.

Quanto al primo aspetto, la soluzione è meno univoca.

Le modalità di eliminazione della causa di scioglimento non sono suggerite dalla lettera dell'art. 2501 c.c.

In alcuni casi marginali, la rimozione è conseguenza della semplice delibera di fusione[60].

In tutti gli altri lo stato di liquidazione permane fino all'attuazione dell'operazione straordinaria.

[56] MARCHETTI, *Appunti*, cit., 19, ritiene che l'operazione potrebbe consentire «l'acquisizione di cespiti complementari a quelli della società in liquidazione,o un'alienazione in blocco a migliori condizioni». *Contra* SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 33, secondo cui la tesi si porrebbe in contrasto con la disciplina comunitaria che ammetterebbe la partecipazione alla fusione di società in liquidazione solo a condizione che l'ente che risulta dall'operazione sia in attività.

[57] In caso di società in liquidazione saranno i liquidatori a redigere il progetto di fusione e la relazione degli amministratori.

[58] Cfr.: PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, 1999, 59; BUONOCORE, *Sulla trasformazione delle società lucrative durante lo stato di liquidazione*, *RS*, 1962, 1018; ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, 76; GRISENTI, *Note sull'art. 2377, ultimo comma cod. civ. e sulle "deliberazioni implicite" nella società di capitali*, *RS*, 1968, 598 ss.; FERRO e LUZZI, *In tema di deliberazione assembleare implicita*, *RDCo,* 1969, II, 181 e FERRARA F. JR. e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 820 ss.

[59] Si veda, SANTAGATA, *Lineamenti generali dell'istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in *Fusioni e scissioni di società. Profili civili e fiscali*, Milano, 1993, 211. *Contra* MAGLIULO, *La fusione di società*, Milano, 2005, 45, ritiene che sia la disciplina dell'art. 2503 c.c. ad assorbire quella prevista dall'art. 2487 *ter* c.c.

[60] Tipico è quello in cui la società sia disciolta per inattività o impossibilità di funzionamento dell'assemblea.

La revoca è, quindi, fino ad allora, inefficace.

Realizzato l'accorpamento, l'incorporante torna a funzionare ed entrano in carica i nuovi amministratori.

Nonostante il silenzio della legge, parrebbe opportuno che i liquidatori, al momento della cessazione della carica redigessero una situazione patrimoniale, pur non rivestendo essa alcuna finalità di riparto.

Il vantaggio risiederebbe nella verifica del rispetto del capitale minimo legale per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

La questione degli adempimenti contabili non è mai stata affrontata puntualmente dal legislatore[61].

🕮 6.b. Fusione con società incorporanda in liquidazione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** ANNUNZIATA, 2006; MORANO e ZINI, 1991; VENTORUZZO, 2005.

Se è la società *incorporanda* a versare in una condizione di scioglimento, la fusione che si dovesse deliberare non potrebbe che comportare, automaticamente, l'estinzione della procedura liquidatoria[62].

Il socio che non abbia concorso ad assumere la decisione potrebbe esercitare il diritto di recesso (art. 2437, 1º co., lett. *d*, c.c.)[63].

A tal fine, dovrebbe inviare una raccomandata con cui esprimere la sua intenzione, entro i 15 giorni successivi alla data di iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese.

L'uscita dall'ente sarà efficace solo con l'attuazione dell'operazione di accorpamento.

Ricevuta la dichiarazione, gli amministratori dell'incorporanda dovrebbero avviare il procedimento di liquidazione delle azioni di cui all'art. 2437 *quater* c.c., senza però dare luogo al rimborso materiale del controvalore in danaro al socio uscente[64].

Quest'ultimo passaggio dovrà essere curato dall'incorporante.

[61] Qualche spunto lo si trae da BUFFELLI, *I bilanci nelle procedure concorsuali*, Milano, 2004.

[62] Cfr., MORANO e ZINI, *La nuova disciplina delle fusioni*, *Soc*, 1991, 905.

[63] Si veda, ANNUNZIATA, *Commento sub art. 2437*, in MARCHETTI, BIANCHI L.A., GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006.

[64] In tal senso, VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, *RS*, 2005, 440.

I titoli eventualmente rimasti invenduti o inoptati, dovrebbero essere acquisiti dalla società inglobata.

In difetto, sarebbe impossibile determinare il numero di azioni che partecipano al concambio.

📖 6.c. Fusione tra società in liquidazione.

***Legislazione*:** art. 2501 c.c.

***Bibliografia*:** PAOLINI, 1991.

La dottrina prevalente ritiene che la fusione propria tra enti che versano in stato di liquidazione implica necessariamente la revoca di detta condizione[65].

Non potrebbe mai nascere dall'operazione un soggetto già destinato allo scioglimento.

Solo una minoranza di autori si mostra di opinione contraria[66].

L'illogicità di quest'ultima posizione non può, però, essere smentita agevolmente.

La nascita di una società in liquidazione contrasta, infatti, in maniera irrimediabile con i principi sanciti dalla direttiva 78/955/CEE.

GIURISPRUDENZA

⚖ 1. Nozione.

La teoria *estintivo-costitutiva* della fusione è stata condivisa dalla giurisprudenza fino all'entrata in vigore della riforma del diritto societario intervenuta nel 2003.

In particolare, è stato precisato che gli enti coinvolti vengono meno:

«ai sensi dell'art. 2504 *bis* c.c. e la società che risulta dalla fusione o che ha effettuato l'incorporazione subentra [...] nei diritti e nelle obbligazioni» che ad essi facevano capo
(Cass. civ., 9.4.1998, n. 3694, *Soc*, 1998).

[65] Cfr., PAOLINI, *Scissione di società*, *CI*, 1991, 855.

[66] Si veda: SERRA e SPOLIDORO, *Fusione*, cit., 17.

Quindi,

«la fusione o incorporazione di società realizza una successione universale corrispondente alla successione universale "mortis causa" e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi (anche processuali), della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti (fusi o) incorporati. Consegue che ogni atto di natura sostanziale o processuale dev'essere diretto nei confronti del nuovo ente che è l'unico [...] obbligato per i debiti dei soggetti definitivamente estinti per effetto della fusione»
(Cass. civ., 22.9.1997, n. 9349, *Soc*, 1998)[67].

⚖ 3. Fusione con modifica o conservazione di scopo.

In ordine all'ammissibilità della fusione di società irregolari e/o di fatto, la giurisprudenza si è espressa, negli anni, negativamente.

Resta miliare sul punto la posizione della Suprema Corte di Cassazione secondo cui:

«l'inammissibilità di una fusione per incorporazione di una società irregolare o di fatto in una società regolare, discendente dall'ineseguibilità degli adempimenti prescritti dagli artt. 2502 ss. c.c. con riguardo alla pubblicità della fusione stessa a tutela delle posizioni dei terzi, non osta a che una società regolare possa succedere nei rapporti già inerenti a una società irregolare, e quindi acquisire la legittimazione a stare in giudizio nelle controversie che li riguardino, per effetto di altre vicende negoziali idonee al conseguimento di un risultato analogo a detta fusione, come nel caso in cui, dopo lo scioglimento e la liquidazione della società irregolare, residui un'azienda in comunione degli *ex* soci, che poi venga conferita, con i relativi rapporti, nella società regolare»
(Cass., 11.1.1989, n. 58, *GCo*, 1991, II).

⚖ 4. Ambito soggettivo di applicazione.

Prima della novella del 2003 che ha risolto la questione dell'ammissibilità delle fusioni cui partecipino società semplici, la giurisprudenza aveva elaborato una sua ipotesi di soluzione.

In più occasioni, infatti, nel pronunziare sui problemi connessi all'applicazione del regime pubblicitario tipico delle società di capitali, si sottolineava che:

[67] In senso conforme, cfr., anche: Cass. civ., 21.8.1996, n. 7704, *Soc*, 1996; Cass. civ., 27.1.1994, n. 833, *GCo*, 1994, II; Cass. civ., 22.9.1997, n. 9349, *Soc*, 1998; Cass. civ., 8.11.1983, n. 6612, *RS*, 1984.

«nel caso di delibera di fusione adottata nel solo ambito delle società in nome collettivo e in accomandita semplice non è necessaria l'omologazione. La delibera di fusione presa da società semplice non deve essere omologata ed iscritta. Tali deliberazioni possono, infatti, essere iscritte senza previa sottoposizione al vaglio di legalità da parte del tribunale»
(Trib. Torino, 31.5.1989, *GI*, 1990, I, 2, 492).

Anche in tema di fusioni fra enti associativi diversi da quelli lucrativi, purché causalmente omogenei, i giudici hanno tracciato un percorso ermeneutico definito.

Infatti, è stato sottolineato che:

«è esatto il riferimento all'art. 2504 c.c., relativo alla fusione di società, nell'ipotesi che risulti accertato (con indagine di fatto, che si sottrae a controllo in sede di legittimità, se il relativo apprezzamento è congruamente e logicamente motivato) che due associazioni non riconosciute si sono unificate, dando luogo alla loro estinzione ed alla successione a titolo universale, in tutti i loro rapporti, dell'organismo nato dalla unificazione. Infatti le associazioni non riconosciute costituiscono un'organizzazione di persone legate tra loro dal perseguimento di un fine di comune interesse. In mancanza di una normativa giuridica più dettagliata, sono gli accordi interni che ne regolano l'ordinamento e solo in mancanza di una diversa volontà espressa dagli associati è possibile fare ricorso, di volta in volta, in via analogica, alle disposizioni che regolano casi analoghi per le associazioni riconosciute, per le società e anche in tema di comunione, compatibilmente con la struttura di ogni singolo rapporto»
(Cass., 14.3.1967, n. 583, *DF*, 1967, II, 607 e in *FP*, 1967, I e in *GC*, 1967, 953).

In altra circostanza, si è chiarito che:

«chi ha agito per conto dell'associazione è responsabile, in via solidale con il fondo comune, per i debiti della stessa: se adempie può tutelarsi attuando il diritto di regresso nei confronti dell'ente. In caso di incorporazione dell'associazione da parte di un'altra, il diritto andrà esercitato nei confronti del presidente di quest'ultima»
(Cass., 24.11.1999, n. 13033, *VN*, 2000, 987 e in *DPSoc*, 2000, 63).

In materia di fusioni eterogenee, sempre prima della riforma del 2003, è stato ulteriormente argomentato che:

«il divieto sancito dall'art. 14, l. 17 febbraio 1971, n. 127, concerne solo la trasformazione (e la fusione) delle società cooperative in società ordinarie e non anche l'ipotesi inversa. Infatti, la ragione ispiratrice del divieto è da ricercare nell'intento di prevenire possibili forme fraudolente di accesso ai benefici previsti per l'esercizio di attività mutualistiche da parte di chi, dopo averli conseguiti, voglia destinarli ad altra attività lucrativa. Conseguentemente, da tale disposizione non può trarsi argomento per dubitare dell'incorporazione di una società ordinaria in una cooperativa, sempre che i soci della prima abbiano i requisiti soggettivi richiesti e che la loro partecipazione al capitale rientri nei limiti consentiti dall'art. 2521»
(Cass., 14.7.1997, n. 6349, *GCo*, 1998, II, 5).

Allo stesso modo, i giudici hanno sottolineato che:

«È ammissibile, e quindi non contrasta con lo scopo mutualistico della società incorporante, la fusione per incorporazione di una società lucrativa in una società cooperativa. L'atto con il quale una società a responsabilità limitata delibera l'incorporazione in una società cooperativa deve essere omologato in quanto, determinando l'atto di fusione l'estinzione della società incorporata ed il venir meno della sua causa lucrativa, non possono in contrario addursi ragioni di incompatibilità tra detta causa e quella tipica della società mutualistica. L'atto di fusione di società nel suo duplice aspetto fenomenico, consistente nella sostituzione di una o più società da parte di una nuova o nell'incorporazione di una o più in altra società, realizza una situazione giuridica corrispondente a quella di una successione universale e produce gli effetti della estinzione delle società fuse o incorporate»
(App. Napoli, 15.11.1989, *GI*, 1990, I, 2, 364).

In ambito diverso, ma in linea con la posizione illustrata si è affermato che:

«La disciplina codicistica dell'invalidità della fusione, avente carattere generale per il diritto societario, è destinata a trovare applicazione anche in caso di fusione di società che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività creditizia. È consentita l'incorporazione di una banca avente la forma di società per azioni da parte di una banca popolare. È legittima l'incorporazione di una società lucrativa in una società cooperativa. Deve pertanto considerarsi del tutto ingiustificato l'assunto secondo il quale l'incorporazione di una società lucrativa in una società cooperativa dovrebbe tuttavia essere approvato dalla totalità dei soci, giacché interferirebbe sui diritti individuali di ciascuno di costoro»
(App. Milano, 15.7.1994, *Soc*, 1005, 376).

Sempre la giurisprudenza, a sostegno della tesi esposta, ha, infine, addotto anche un ulteriore presupposto, qual è quello della prevalenza del principio dell'autonomia privata, in assenza di limitazioni di ordine normativo.

«È ammissibile la fusione per incorporazione di una banca costituita in forma di S.p.A. in una banca popolare, sia perché nelle banche popolari è assente o, quanto meno, affievolito lo scopo mutualistico, sia in quanto neppure la supposta eterogeneità del tipo societario potrebbe comportare, in mancanza di un espresso divieto di legge ed in assenza di un pregiudizio per i soci ed i creditori sociali, una deroga al principio di libertà negoziale.

L'art. 31, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385 non esclude di per sé che una banca costituita in forma di società per azioni possa deliberare la fusione con una banca popolare, previa autorizzazione della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 57 t.u. ove la fusione medesima non contrasti con il criterio della sana e prudente gestione.

Neppure l'eterogeneità delle cause può comportare in occasione della fusione di società un limite al principio dell'autonomia privata, salvo un espresso divieto legislativo o che si profili la possibilità di una lesione degli interessi dei creditori sociali e dei soci non consenzienti»
(App. Napoli, 18.10.1995, *BBTC*, 1996, II, 623).

⚖ 5. Fusione di società sottoposte a procedura concorsuale.

Per anni la giurisprudenza non ha condiviso la tesi dottrinale dell'ammissibilità delle fusioni di società interessate da una procedura concorsuale.

Si sosteneva che:

«[...] la delibera di fusione di società non può essere adottata contestualmente alla delibera di revoca dello stato di liquidazione. In pendenza della procedura concorsuale di concordato preventivo non è ammissibile la revoca dello stato di liquidazione da parte degli organi della società anche perché la effettiva ricostruzione del capitale sociale esige la copertura integrale delle perdite ovvero la provata estinzione delle passività»
(Trib. Lucca, 22.2.1986, *DF*, 1986, II).

Era fatta salva una sola possibilità.

«L'art. 2501, comma 2, c.c. consente la partecipazione alla fusione di una società in virtuale stato di liquidazione, in dipendenza di perdite ingenti, a condizione che il patrimonio netto dell'altra società partecipante all'operazione (nella specie, la società incorporante) sia idoneo ad assorbirla, costituendo in tal caso la fusione di un "provvedimento opportuno" e idoneo, ai sensi dell'art. 2446 c.c., a rimediare alla situazione di crisi resa evidente dalla perdita accertata»
(Trib. Milano, 22.9.1995, *Soc*, 1996, 803).

Quindi,

«una società in liquidazione può partecipare ad una fusione, non a fini liquidatori, in situazione che rende obbligatoria la riduzione del capitale per perdite purché non abbia iniziato la distribuzione dell'attivo e il patrimonio netto dell'altra società partecipante alla fusione sia sufficiente ad assorbire questa perdita; ove si tratti di società incorporante, la stessa deve anche revocare la liquidazione»
(Trib. Milano, 27.3.1996, *Not*, 1997, 191).

Ad ogni buon conto,

«per consentire al tribunale una valutazione positiva circa l'attuabilità della fusione è necessario che dalla situazione patrimoniale dell'incorporante e dalla relazione degli amministratori risultino elementi tali da far presumere che le perdite dell'incorporanda non incideranno sul patrimonio dell'incorporante in modo tale da determinare anche in capo a quest'ultima la necessità di provvedimenti *ex* art. 2447 c.c. Ai sensi dell'art. 2501 c.c. la partecipazione alla fusione è consentita anche alle società in liquidazione che non abbiano ancora iniziato la distruzione dell'attivo: tale norma appare idonea a ricomprendere anche le ipotesi di scioglimento determinato da perdite del capitale»
(Trib. Milano, 6.6.1994, *Soc*, 1994, 1570 e in *GCo*, 1995, II, 398).

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.
2003 *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano.
2006 *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Castagnola e Sacchi, Torino.

ALESSI
2005 *Il nuovo concordato preventivo*, *RF*.

ANNUNZIATA
2006 *Commento sub art. 2437*, in MARCHETTI, BIANCHI L.A., GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano.

ANTIFORA
2001 *La fusione delle società*, Napoli.

BASSI
1999 *L'impresa societaria a base mutualistica*, in BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino.

BIANCHI
2000 *Le operazioni di fusione*, Torino.

BUFFELLI
2004 *I bilanci nelle procedure concorsuali*, Milano.

BUFFELLI e SIRTOLI
2002 *Le operazioni straordinarie delle società*, Milano.

BUONOCORE
1962 *Sulla trasformazione delle società lucrative durante lo stato di liquidazione*, *RS*.
1997 *Diritto alla cooperazione*, Bologna.
1999 *Le modificazione dell'impresa societaria*, in BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino.

CAGNASSO e IRRERA
1990 *La trasformazione e fusione di società*, in *Giur. sist*. (a cura di Bigiavi), Torino.

CAMPOBASSO
1999 *Diritto Commerciale*, Torino.
2002 *Diritto delle società*, 5ª ed., Torino.

CASELLI
1991 *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato Colombo-Portale*, IV.

CICU e MESSINEO
2000 *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano.

CONFALONIERI
2000 *Bilanci e operazioni straordinarie*, Milano.

COTTINO
1987 *Diritto commerciale*, Padova.

CUSA
1992 *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano.

DE ANGELIS
2002 *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *RS*.

DE RUVO e OCCHETTA
2003 *La fusione di società*, Milano.

FAZZALARI
2004 *Il bilancio di esercizio e le procedure esecutive concorsuali*, Milano.

FERRARA F. JR. e CORSI
1996 *Gli imprenditori e le società*, Milano.
1999 *Gli imprenditori e le società*, 11ª ed. Milano.

FERRO e LUZZI
1969 *In tema di deliberazione assembleare implicita*, *RDCo*, II.

FIGONE
2000 *Fusione per incorporazione-Fusione inversa. Casi e questioni*, *Soc*.

FIMMANÒ e TRAVERSA
2003 *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della Riforma*, *RN*.

FUSARO
1998 *Fusione per incorporazione di una srl lucrativa da parte di una associazione non riconosciuta?*, *CI.*

GALGANO
1991 *Diritto commerciale*, Bologna.
2003 *Diritto commerciale*. *Le società*, Bologna, 13ª ed.

GALLESSIO PIUMA
1986 *I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione*, Milano.

GRISENTI
1968 *Note sull'art. 2377, ultimo comma cod. civ. e sulle "deliberazioni implicite" nella società di capitali*, RS.

IANNIELLO
1995 *Procedimento di fusione e applicazione analogica dell'art. 2504* quinquies, *Soc.*
Scioglimento e liquidazione delle società di capitali: prime indicazioni operative, *www.notarlex.it*.

LAURINI
1992 *La scissione di società*, *RS.*

LUCARELLI
2004 *La nuova disciplina delle fusioni e delle scissioni: una modernizzazione incompiuta*, *RS.*

MAGLIULO
2005 *La fusione di società*, Milano.

MANZINI
1998 *La fusione c.d. inversa*, *Not.*

MARASÀ
1993 *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VI.

MARCHETTI
1991 *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, *RS.*

MAUGERI
1991 *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'azione della VI direttiva CEE*, *GCo.*

MINERVINI
1956 *Gli amministratori di società per azioni*, Milano.

MONTAGNANI
1999 *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano.

MORANO e ZINI
1991 *La nuova disciplina delle fusioni*, *Soc.*

NICCOLINI
2003 *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, *RS.*
2003 *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino.

NIGRO
1993 *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino.

NOTARI
1995 *Osservazioni sulle nuove massime del tribunale di Milano in tema di omologazione degli atti societari*, *RS.*

OPPO
1991 *Fusione e scissione delle società secondo il d.lg. 1991, n. 22: profili generali*, *RDC*, II.

PACIELLO
1999 *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli.
2003 *Commento sub art. 2483-ter*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino.

PAOLINI
1991 *Scissione delle società*, *CI.*

PARRELLA
2003 *Commento sub art. 2491*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, Torino.

PEROTTA e GAREGNANI
1999 *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano.

PERRINO
2004 *Commento sub art. 2501*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli.

PETTARIN
1992 *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano.

ROMANO PAVONI
1951 *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano.

SALAFIA
1992 *Relazione, in Le scissioni di società*, Milano.
1993 *Mutamento del patrimonio della società partecipante a fusione per incorporazione*, *Soc.*
1995 *La fusione di società: casi e questioni*, *Soc.*

SANTAGATA
1993 *Lineamenti generali dell'istituto della fusione: natura giuridica e procedimento*, in *Fusioni e scissioni di società. Profili civili e fiscali*, Milano.
1995 *La fattispecie della fusione*, in Fusioni e scissioni di società, a cura di Patroni Griffi, Milano.
2004 *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII.

SARALE
2004 Consorzi e società consortili, in *Tratt. Cottino*, III, Padova.

SARCONE
1996 *Le fusioni societarie*, Milano.

SCHIANO DI PEPE
1999 *Trasformazione, fusione, scissione, OPA, società quotate*, Milano.

SCOGNAMIGLIO G.
2003 *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario*, *RN.*

SERRA
1985 *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., 17, III, Torino.
1995 *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., Torino.

SERRA e SPOLIDORO
1994 *Fusioni e scissioni di società*, Torino.

SIMONETTO
1976 *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Comm. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma.

SUCCI e PRATELLI
2004 *Questioni in tema di riparto dell'attivo nella liquidazione di società di capitali*, *Soc.*

TANTINI
1985 *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, Padova, VIII.

VAIRA
2004 *Commento sub art. 2487-ter*, in *Comm. Cottino*, Bologna.

VARETTI
2005 *La riforma del diritto societario consente l'effettuazione di operazioni straordinarie anche alle società in procedura concorsuale ponendo problemi di bilancio*, in AA.VV., *La riforma del diritto societari*o, Torino.

VENTORUZZO
2005 *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, *RS.*

VIGO
1997 *Il fallimento delle società*, in RAGUSA MAGGIORE e COSTA, *Le procedure concorsuali – Il fallimento*, III, Torino.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer