

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 154-2007/I

Il «termine massimo» per la conclusione del procedimento di fusione

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 23 gennaio 2008

Lo studio in sintesi (Abstract)

Lo studio affronta la questione della possibile sussistenza di un termine massimo per la conclusione del procedimento di fusione e - rilevato che la disciplina positiva, anche dopo la riforma, prevede termini minimi da rispettare ma non un termine massimo per la conclusione del procedimento di fusione - si esaminano partitamente le due fasi che vanno rispettivamente dalla redazione del progetto fino alle delibere assembleari/decisioni di sua approvazione e dall'iscrizione delle delibere/decisioni di approvazione del progetto alla stipula e iscrizione dell'atto di fusione, ma pervenendo, sostanzialmente, ad una conclusione univoca.

Sul piano fattuale, si rileva, infatti, che quando fra le varie fasi del procedimento intercorre un lasso di tempo considerevole, il problema dell'aggiornamento del progetto sottoposto alla approvazione assembleare e della stessa stipulabilità dell'atto di fusione riguarda non solo le indicazioni relative ai dati contabili ma anche quelle concernenti altri dati. E ciò può obbligare gli amministratori, su cui incombe la relativa responsabilità, a procedere, a seconda dei casi, all'aggiornamento dei dati ovvero ad interrompere ed eventualmente ricominciare la procedura, a prescindere dall'esistenza di un termine ordinamentale massimo, legato agli adempimenti procedurali, da cui poter desumere la correttezza o meno dello stesso procedimento di fusione. Il che spiega anche la scelta del legislatore (comunitario prima e nazionale poi) di non volere prevedere espressamente tale termine massimo e di far ricadere, invece, sulla discrezionalità e responsabilità degli amministratori il compito di valutare come e quando il procedimento di fusione necessita di esser aggiornato ovvero riavviato.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Le norme del codice civile sui termini del procedimento di fusione; 3. Esiste un termine massimo per concludere la fase che va dalla redazione del progetto fino alla delibera assembleare di sua approvazione?; 4. Esiste un termine massimo per concludere la fase che va dall'iscrizione della delibera/decisione di approvazione del progetto alla stipula e iscrizione dell'atto di fusione?; 5. Conclusioni

1. Premessa

Il problema che viene esaminato in questo studio è se sia individuabile un termine massimo per la conclusione del procedimento di fusione.

In particolare, dato per presupposto che:

- a) il procedimento di fusione si articola nelle diverse fasi (i) della predisposizione (ed iscrizione) del progetto (ii) delle delibere/decisioni di approvazione del progetto (e loro iscrizione) (iii) della stipula dell'atto di fusione (e sua iscrizione);
- b) il codice civile - e la normativa speciale, per alcune società particolari - stabiliscono termini minimi da rispettare (salve ovviamente le deroghe consentite dalla medesima normativa previo consenso unanime dei soci o degli altri soggetti interessati o previa esecuzione degli adempimenti previsti) perché il procedimento possa dirsi legittimamente concluso;

si rileva, tuttavia, che anche dopo la riforma del diritto societario non è stato espressamente previsto un termine massimo per la conclusione del procedimento di fusione.

Pare opportuno allora esaminare partitamente le due fasi del procedimento che vanno:

- la prima, dalla redazione del progetto fino alle delibere assembleari/decisioni di sua approvazione;
- la seconda, dall'iscrizione delle delibere/decisioni di approvazione del progetto alla stipula e iscrizione dell'atto di fusione.

2. Le norme del codice civile sui termini del procedimento di fusione

L'art. 2501-*septies* si limita a prevedere che il progetto di fusione (con tutti gli altri documenti costituenti il "dossier" di fusione) deve restare depositato in copia nella sede delle società partecipanti alla fusione durante i trenta giorni che precedono l'assemblea e finché la fusione non sia deliberata ⁽¹⁾.

A sua volta, l'art. 2501-*ter* aggiunge che se alla fusione partecipano società di capitali tra la data di iscrizione del progetto nel registro delle imprese e quella fissata per la deliberazione devono decorrere almeno trenta giorni .

Infine, l'art. 2503 prevede che la fusione può essere attuata solo dopo 60 giorni dall'ultima iscrizione delle delibere/decisioni di approvazione (termine ridotto nel caso in cui alla fusione non partecipino società azionarie e ulteriormente ridotto dalla normativa speciale in alcuni casi, ad esempio qualora alla fusione partecipino Banche ex art. 57 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

3. Esiste un termine massimo per concludere la fase che va dalla redazione del progetto fino alla delibera assembleare di sua approvazione?

Come detto, rispetto a questo problema la riforma non ha apportato alcuna novità.

La giurisprudenza ante riforma si era posta il problema se, una volta rispettato il termine minimo tra l'iscrizione del progetto, il deposito del "dossier" di cui all'art. 2501-*sexies* c.c. (nuovo art. 2501-*septies* c.c.) e la data di convocazione dell'assemblea che delibera sulla fusione, vi fosse anche un termine massimo, oltre il quale la procedura avrebbe perso di validità e tutti i documenti e gli adempimenti sarebbero stati da rinnovare.

In altri termini, ci si chiedeva se l'implicita esigenza di aggiornamento dei dati riportati nel progetto, nelle situazioni patrimoniali, nelle relazioni degli amministratori e degli esperti, imponesse anche una tempestiva approvazione del progetto stesso e, in ultima analisi, una tempestiva esecuzione della fusione ⁽²⁾.

Secondo una prima interpretazione, "la deliberazione di fusione per incorporazione deve intervenire al massimo entro sei mesi dal deposito del progetto di fusione , tenuto conto che la situazione patrimoniale "straordinaria" deve essere approvata, sia pure implicitamente, e che ciò, in analogia a quanto previsto dall'art. 2364, codice civile, deve avvenire necessariamente entro detto termine" ⁽³⁾.

Nel silenzio del codice sul punto, quindi, una parte della giurisprudenza colmava in via interpretativa l'apparente lacuna, ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 2364, ultimo comma, c.c. che poneva un termine massimo di sei mesi per l'approvazione del bilancio annuale: considerato che in occasione della assemblea di approvazione del progetto di fusione "la situazione patrimoniale straordinaria deve essere approvata, sia pure implicitamente, appare inevitabile concludere che entro lo stesso termine dovrà avere luogo anche l'assemblea che approva la fusione" ⁽⁴⁾.

Nello stesso senso erano orientati, ante Riforma ed immediatamente a ridosso dell'attuazione della direttiva sulle fusioni che riformò l'originario impianto codicistico, sia il Tribunale di Milano ⁽⁵⁾, che aveva indicato in sei mesi la distanza temporale

massima fra il deposito del progetto di fusione presso le sedi e l'assemblea di approvazione dello stesso, sia gli Orientamenti dei Tribunali del Triveneto in materia di omologhe, secondo i quali "Il limite massimo fra il deposito per l'iscrizione del progetto di fusione e la delibera assembleare di approvazione del progetto può stabilirsi in sei mesi" ⁽⁶⁾.

A ben vedere, il rinvio all'art. 2364 c.c. può risultare condivisibile solo come espressione di un principio, ma non sul piano strettamente normativo, che pare dissatteso dalle stesse massime sopra citate: ammettere infatti che l'assemblea possa essere convocata entro sei mesi dal deposito del dossier della fusione presso la sede sociale significa ammettere anche che i soci possano approvare il progetto basandosi su dati contabili riferiti ad almeno dieci mesi prima (infatti la situazione patrimoniale potrebbe riferirsi ad una data anteriore di quattro mesi rispetto a quella del deposito suddetto, cui dovrebbero essere sommati i sei mesi autorizzati per la riunione assembleare; e che dire se si utilizza per la fusione il bilancio di esercizio purché chiuso da non più di sei mesi prima del deposito?), a differenza di quanto previsto dall'art. 2364, per il quale l'assemblea deve essere convocata entro centoventi o centottanta giorni dalla data di riferimento del bilancio.

Il che dimostra indirettamente come la *mens legis* che presiede alla fusione non è strettamente coincidente con quella sottesa all'art. 2364 c.c.

La soluzione proposta dalla giurisprudenza - ripresa post riforma anche da alcuni orientamenti notarili in materia nel lodevole intento di fornire chiare indicazioni applicative di carattere generale (v., la massima del settembre 2004 della Commissione società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto: "Limite temporale di adottabilità della delibera rispetto al deposito del progetto: il limite massimo fra il deposito per l'iscrizione del progetto di fusione e la delibera assembleare di approvazione del progetto può stabilirsi in sei mesi") - non appare contrastata.

Si è più di recente sostenuto che "la deliberazione di fusione per incorporazione non deve intervenire entro un termine massimo a decorrere dalla data di deposito del progetto di fusione presso la sede delle società partecipanti, tenuto conto che l'individuazione di tale termine non sarebbe sufficiente a garantire i soci e i terzi da eventuali variazioni nella situazione patrimoniale", essendo in tale evenienza compito degli amministratori segnalare all'assemblea convocata per l'approvazione del progetto di fusione i mutamenti intervenuti nelle situazioni patrimoniali prese a base dell'operazione.

Ove non si fosse verificata alcuna modifica rilevante delle situazioni patrimoniali, richiedere obbligatoriamente la ripetizione dell'intero iter procedimentale rappresenterebbe un inutile rigorismo ⁽⁷⁾.

Anche parte della dottrina ha criticato l'impostazione rigoristica.

Si è sostenuto, infatti, che appare "certo da condividere il pensiero secondo cui la procedura di fusione abbia una valenza unitaria". Non sembra però che "da ciò possano desumersi, in assenza di esplicita previsione del legislatore comunitario prima e di quello italiano poi, limiti temporali così rigidi e vincolanti quali quelli individuati dal Tribunale di Milano" ⁽⁸⁾.

La critica appare particolarmente puntuale specie laddove si è evidenziata la mancanza della previsione espressa di un termine "legale" massimo, la cui sussistenza i giudici hanno invece voluto ricavare dal complesso ragionamento fondato anche sulla pretesa esistenza di una sequenza temporale obbligatoria - l'iscrizione del progetto nel registro delle imprese deve precedere il deposito presso le sedi delle società - che invece non pare in alcun modo potersi desumere dalle norme.

Si ipotizzi il seguente caso pratico:

- novembre del 2006, redazione del progetto di fusione da parte delle società partecipanti Alfa e Beta;
- gennaio 2007, deposito per l'iscrizione del progetto nel Registro Imprese;
- giugno 2007, deposito presso le sedi sociali dei documenti di cui al 2501-*septies*, precisandosi che la situazione patrimoniale è sostituita dal bilancio di esercizio 2006 ai sensi del secondo comma dell'art. 2501-*quater*;
- 30 settembre 2007, assemblea chiamata a deliberare l'approvazione del progetto di fusione.

Tale caso, come ogni altro proponibile sul tema, non sembra prestarsi ad una soluzione univoca disgiunta dalla situazione concreta.

La variabilità delle soluzioni, e quindi l'impossibilità di fornire una risposta unitaria al quesito proposto nel presente studio dipende, a monte, anche dalla pluralità di finalità ascrivibili all'istituto secondo l'economia aziendale.

Qualora le società coinvolte presentino compagini sociali diverse la fusione mira a costituire un complesso aziendale dimensionalmente ed economicamente nuovo tramite l'integrazione fra le aziende di due o più soggetti diversi, nessuno dei quali esce dall'investimento.

In altri termini (e a differenza della concentrazione aziendale realizzata tramite l'acquisto o il conferimento di azienda), "il processo di concentrazione aziendale attuato mediante l'operazione di fusione ha anche l'effetto di non obbligare nessuno dei soggetti partecipanti all'operazione (*n.d.a.*: i soci) ad un disinvestimento".

Accanto a tale finalità tipica si rivelano sul piano della prassi altri scopi, anche più diffusi, dalla sostanziale acquisizione di aziende (se la fusione è preceduta, spesso tramite un'operazione di *leveraged buy out*, dall'acquisto dell'intero capitale sociale della società target) alla riorganizzazione di gruppo.

La molteplicità dei fini determina, come conseguenza, l'emersione di una po-

tenziale diversità degli interessi coinvolti in ogni singola operazione di fusione, e quindi l'impossibilità di proporre una risposta univoca ad un'esigenza sostanziale come quella al vaglio delle presenti note.

Una prima possibile variabile è rappresentata dal fatto che l'incorporante sia o meno unico socio dell'incorporata. Laddove si verifici tale evenienza e si dia luogo pertanto ad una fusione semplificata si accentua il valore gestionale dell'operazione ed il potenziale minor interesse patrimoniale dei soci, come evidenziato dall'art. 2505 c.c..

Ciò che dunque si può tentare di offrire all'operatore, ed in particolare al notaio incaricato del controllo di legittimità, è solo una griglia di criteri sulla base dei quali decidere di volta in volta, tenendo conto che uno dei principi sovra ordinati alla disciplina della fusione (e della scissione), come pacificamente riconosciuto dopo la novella del 1991, è quello della corretta informazione dei soci e dei terzi ⁽⁹⁾.

1) Rispetto al progetto un criterio orientativo è offerto dall'art. 2502, secondo comma, c.c., il quale consente di apportare ad esso, in sede di approvazione, quelle modifiche che non incidono sui diritti dei terzi e dei soci.

L'introduzione di tale disposizione con la novella del 2003 assume un rilevante significato sistematico ai nostri fini, come esemplare manifestazione della volontà legislativa di evitare, per quanto possibile, di ricominciare *ex novo* la procedura, "con notevole dispendio di tempo, risorse economiche da parte delle società coinvolte nell'operazione, con il conseguente pregiudizio per i loro soci" ⁽¹⁰⁾.

Pertanto, di fronte a intervenuti mutamenti delle situazioni giuridiche od economiche delle società fondende poste a base del progetto di fusione iscritto presso il Registro delle Imprese, e quindi di fronte all'emergente necessità dell'aggiornamento dei dati contenuti in tale progetto, il legislatore del 2003 ha scelto di contemperare "le istanze di tutela di soci e creditori e l'interesse delle società fondende all'adeguamento delle condizioni dell'operazione alla mutata congiuntura" "non già assicurando un'assoluta intangibilità del progetto, bensì sancendo l'immodificabilità dei soli elementi del documento realmente suscettibili di arrecare loro effettivo pregiudizio".

Qualora pertanto un dato specificato nel progetto di fusione non sia più attuale, non è necessario ricominciare la procedura se, ma solo se, il medesimo sia emendabile in sede di approvazione nel rispetto dei principi ricavabili, anche in via interpretativa (per esempio modificabilità all'unanimità di un dato lesivo dell'interesse dei soci ma non dei terzi) dalla disposizione sopra citata.

La ricorrenza della limitazione normativa alla facoltà di modifica deve essere vagliata con estremo rigore se il dato da modificare, perchè storicamente superato o errato, rientri fra quelli da esporre obbligatoriamente nel progetto (cd. contenuto minimo del progetto), mentre sembra possibile, alla luce della ratio sopra eviden-

ziata di evitare dispendiose ripetizioni procedurali, un atteggiamento maggiormente permissivo rispetto alla modificabilità di dati discrezionalmente inseriti dagli amministratori ⁽¹¹⁾, poiché, potendo mancare, non sembra invocabile un interesse legittimo di alcuno, socio o terzo creditore, alla sua immodificabilità.

Ciò detto, occorre rilevare altresì che al progetto di fusione è affidato il compito di rappresentare le modalità attuative della fusione, e quindi, in definitiva, gli scopi che la stessa si prefigge: le entità partecipanti, la forma della fusione, le condizioni concordate (rapporto di cambio) fra amministratori per realizzare l'integrazione aziendale.

Non vi è dubbio che il progetto assolve una funzione informativa, ma in chiave essenzialmente descrittiva, se vogliamo strategica: dichiara che cosa si intende fare e come.

Se non si rileva un errore o un mutamento storico dei dati indicati, il problema dell'aggiornamento dei medesimi non è quindi, a ben vedere, riferibile in sé al progetto, che, appunto in quanto tale, si limita a esporre un programma; è piuttosto predicabile rispetto ai documenti di accompagnamento, che hanno la funzione di porre a disposizione dei soci e dei terzi i dati necessari per consentir loro di valutare l'opportunità del programma proposto dagli amministratori, per le conseguenze patrimoniali, finanziarie ed economiche che ne possono derivare alle società coinvolte e quindi alle legittime aspettative di soci e creditori sociali.

Un implicito conforto alla prospettata valutazione proviene dall'ormai generalizzato riconoscimento della possibilità di prevedere nel progetto (di fusione o di scissione) condizioni, ossia eventi futuri ed incerti al cui verificarsi (o al cui mancato verificarsi) è possibile dare attuazione al programma di concentrazione aziendale: ne consegue che il progetto informa sul percorso che si intende seguire, l'attuabilità del quale dipende da dati estrinseci al medesimo, quali possono essere il verificarsi di eventi successivi (condizione esplicita) o la conferma della situazione (patrimoniale, economica e finanziaria delle società coinvolte) in base al quale si è pervenuti all'accordo (condizione implicita).

2) Rispetto ai dati contabili e alle valutazioni di congruità ed opportunità ogni valutazione non può che essere rimessa, in primis, agli amministratori, poiché l'opportunità di aggiornare la situazione patrimoniale già depositata, ma anche le valutazioni contenute nella relazione illustrativa, s'inquadra nel loro obbligo di informazione circa eventuali intervenute variazioni, tali da incidere sulla legittimità e convenienza del progetto di fusione" ⁽¹²⁾.

Come rileva la dottrina, "è ormai acquisito che, al verificarsi di notevoli variazioni patrimoniali (o di altre circostanze ostative) imprevedibili, incombe innanzitutto, sull'organo amministrativo, oltrechè il dovere di informare i soci (e gli amministratori delle altre società partecipanti), altresì l'obbligo di esprimere una puntuale

valutazione orientativa: indicare cioè se, persistendo la praticabilità e l'opportunità della fusione, le variazioni verificatesi rientrano nel margine di congruità del rapporto di cambio proposto ovvero sia opportuno riformulare quest'ultimo nei termini più adeguati alla mutata situazione" ⁽¹³⁾.

Dunque, l'obbligo di aggiornamento grava sugli amministratori ⁽¹⁴⁾. sempre, a prescindere dal problema dei termini massimi entro i quali assumere la delibera: in tale prospettiva il termine stabilito nell'art. 2501-*quater* c.c. sembra segnare esclusivamente il limite retrospettivo massimo a cui è possibile riferirsi da parte degli amministratori, ma non segna un termine a cui è necessario e sufficiente far riferimento, come in occasione della predisposizione del bilancio (ultimo giorno dell'esercizio), cosicché la responsabilità degli amministratori sussiste anche in caso di tempestiva o immediata convocazione dell'assemblea per l'approvazione del progetto se fra la data di riferimento e la data di adunanza dell'assemblea si sono verificate salienti variazioni patrimoniali.

A tal proposito giova ricordare che la situazione patrimoniale di riferimento è e resta, alla stregua della relazione di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c. e a differenza del bilancio di esercizio, un documento informativo e quindi valutativo sull'opportunità dell'operazione straordinaria di fusione e scissione, a corredo e conforto delle valutazioni già espresse dall'organo amministrativo con la predisposizione, la sottoscrizione e il deposito del progetto.

Non a caso la dottrina dominante ⁽¹⁵⁾ ritiene si tratti di documento degli amministratori che non deve essere approvato dall'assemblea in sede di approvazione del progetto. Non è d'altro canto accettabile che i soci approvino il progetto e disapprovino la situazione patrimoniale informativa perché la contraddizione non lo consente, svolgendo quest'ultima una funzione informativa ancillare al progetto. Dunque, il dissenso rispetto ai dati manifestati nella situazione patrimoniale deve essere tradotto nel dissenso all'approvazione del progetto stesso.

Accogliendo tale prospettiva, si rileva, da un lato, che perde pregio il richiamo all'art. 2364 c.c. operato da parte della giurisprudenza, che sembra sconfessato dalla stessa disciplina della procedura, laddove è ancora il riferimento cronologico al deposito del dossier presso la sede sociale e non alla data dell'assemblea di approvazione, come invece è disposto nell'art. 2364 c.c. (per il quale l'assemblea deve essere convocata entro 120 giorni dalla chiusura dell'esercizio, pur in presenza di un obbligo di preventivo deposito *ex art.* 2429 c.c.); dall'altro, che una forma di controllo più efficiente sull'adeguatezza/aggiornamento dei dati offerti per valutare l'operazione, rispetto a quella estrinseca operata dal notaio, può essere svolta dai soci, mediante la manifestazione di voto e gli altri diritti sociali di cui sono titolari (dal recesso all'azione di responsabilità della minoranza), e dai creditori, tramite il rimedio dell'opposizione, qualora gli uni e gli altri siano in grado di allegare la cono-

scenza di fatti che avrebbero imposto l'aggiornamento di dati agli amministratori.

A ciò si può forse aggiungere la constatazione che, in assenza di rilevanti variazioni patrimoniali, l'idoneità informativa della comunicazione contabile sembra invece fissata nell'art. 2217 c.c. in un anno dalla data di riferimento, né si può trascurare che altre operazioni societarie straordinarie possono essere decise sulla base di dati contabili necessari, come l'entità delle poste del patrimonio netto, non più aggiornati di un anno (come si desume anche dall'art. 2412 c.c. per l'emissione di obbligazioni e implicitamente dall'art. 2442 c.c. per l'aumento gratuito del capitale).

3) Rispetto ai creditori sociali la legge considera tutela necessaria e sufficiente l'avvenuta conoscibilità dell'intenzione della società di procedere alla fusione; "sicché (*n.d.a.* i creditori) non possono dolersi di aver subito un pregiudizio in dipendenza dell'operazione" ⁽¹⁶⁾.

La constatazione è pacificamente condivisa dalla dottrina e difficilmente potrebbe argomentarsi in maniera diversa alla luce della lettera dell'art. 2503 c.c., che circoscrive la legittimazione a proporre l'opposizione ai soli creditori anteriori all'iscrizione del progetto.

Il dato letterale è talmente nitido che il principio della conoscibilità vince ogni possibile pretesa di tutela dei creditori sociali successivi anche se:

- si tratta di creditori cosiddetti involontari quali sono i titolari di un diritto al risarcimento per fatto illecito della società ⁽¹⁷⁾;
- in ogni caso vi è un lasso di tempo potenziale nel quale chi diventa creditore non è in grado di valutare i documenti a corredo della fusione.

Quest'ultima constatazione è particolarmente rilevante ai nostri fini.

Si può notare, infatti, che seguendo l'iter ordinario della legge è possibile (e legittimo) che fra il giorno della iscrizione presso il Registro delle Imprese del progetto, discriminativo della legittimazione *ex art.* 2503 c.c. ⁽¹⁸⁾, e la data di deposito dei documenti di cui all'art. 2501-*septies* c.c. decorra un intervallo temporale di almeno sessanta giorni (trenta fra l'iscrizione del progetto e l'assemblea, sempre che il deposito presso la sede sociale sia stato almeno contestuale; trenta concessi al notaio per il deposito della delibera presso il Registro delle Imprese), ma fisiologicamente anche superiore.

È certo che coloro che fanno credito in tale lasso di tempo non possono essere a conoscenza delle condizioni patrimoniali delle società quali risultanti dai documenti componenti il dossier della fusione, ma la legge dimostra di considerare tale fatto irrilevante, reputando sufficiente l'informativa sul possibile (ma non certo fino alla stipula dell'atto di fusione) verificarsi di un'aggregazione aziendale.

Atteso ciò, ai fini della tutela del ceto creditorio sembra divenire irrilevante anche il lasso di tempo che intercorre fra l'iscrizione del progetto di fusione e la delibera di approvazione, poiché rispetto alla situazione normalmente immaginata

(anche dalla giurisprudenza) può darsi luogo, al massimo, a possibili differenze quantitative ma non qualitative (fermo che anche quest'ultimo assunto è discutibile poiché dipende dal volume di affari e dal tipo di attività delle società coinvolte, sicché sono certamente molti di più i fornitori che divengono creditori di una grande società di distribuzione nell'intervallo di tempo che decorre fra l'iscrizione del progetto di fusione e la delibera di approvazione rapidamente assunta rispetto a coloro che divengono creditori di società immobiliari qualora fra l'iscrizione del progetto e la delibera di approvazione intercorrano svariati mesi).

4. Esiste un termine massimo per concludere la fase che va dall'iscrizione della delibera/decisione di approvazione del progetto alla stipula e iscrizione dell'atto di fusione?

Se poi la variazione dei dati contabili sia tale a riflettersi anche sul progetto, è chiaro che si potrà dar luogo a conseguenze in ordine alla stessa decisione di fusione e, soprattutto, una volta assunta ed iscritta la decisione, alla stipulabilità dell'atto da parte degli amministratori, nel senso che gli amministratori/rappresentanti delle società, cui è rimessa la relativa valutazione, potrebbero legittimamente decidere di non stipulare l'atto se, a loro giudizio, si sono verificati mutamenti degli assetti patrimoniali tali da alterare il contenuto economico della decisione dei soci.

Il problema dell'aggiornamento sembra quindi prospettarsi nuovamente anche nella fase che intercorre fra la deliberazione di fusione (e la sua iscrizione nel registro delle imprese) e la stipula dell'atto di fusione.

Al di là della discrezionalità per gli amministratori di poter differire la stipula dell'atto di fusione, la quale pare doversi escludere se non in presenza di giustificate ragioni ⁽¹⁹⁾, il tema è chiaramente strettamente connesso alle questioni:

- a) della possibilità da parte degli amministratori di non addivenire alla fusione (specie ove siano mutate le condizioni economiche dell'operazione)⁽²⁰⁾;
- b) più in generale della natura - di atto di esecuzione ovvero di atto "negoziale" - dell'atto di fusione ⁽²¹⁾.

Temi questi, che ovviamente esulano da questa breve indagine, ma che possono in un certo senso orientare verso una soluzione analoga a quella che si è prospettata per il "termine massimo" fra deposito e delibera di fusione.

Con l'avvertenza che, per questa "seconda fase", gli interessi in gioco sono principalmente quelli dei soci (e delle società), giacché è più difficile ipotizzare una rilevanza dell'interesse dei terzi creditori (avendo costoro avuto a disposizione: i termini per l'opposizione, se creditori anteriori all'iscrizione del progetto ovvero la informativa da procedimento legale di fusione, se creditori successivi all'iscrizione del progetto).

La possibilità di ricorrere alla modificabilità del progetto non pare invece rilevare in questa fase del procedimento, visto che le modifiche del progetto, in base all'artt. 2502 secondo comma c.c., possono essere apportate solo in sede di approvazione del progetto, potendosi al più discutere se la possibilità di modificare il progetto (beninteso nei limiti in cui la modifica è consentita dalla legge) possa essere delegata dall'assemblea che lo approva ai soggetti che stipuleranno l'atto di fusione.

Senza volere qui tentare di risolvere quest'ultimo problema, ne consegue comunque che la scelta di stipulare l'atto di fusione pur in presenza di condizioni assolutamente diverse da quelle esistenti al momento della approvazione del progetto da parte delle assemblee/organi statutariamente deputati ad approvare il progetto, compete esclusivamente agli amministratori e ricade sotto la loro responsabilità.

5. Conclusioni

In definitiva, quando fra le varie fasi del procedimento intercorra un lasso di tempo considerevole, il problema dell'aggiornamento del progetto sottoposto alla approvazione assembleare e della stessa stipula dell'atto di fusione può in concreto riguardare non solo le indicazioni relative ai dati contabili ma anche le indicazioni concernenti altri dati. Il che obbligherebbe gli amministratori, su cui incombe la relativa responsabilità, a procedere, a seconda dei casi, all'aggiornamento dei dati ovvero ad interrompere ed eventualmente ricominciare la procedura.

È evidente, quindi, sul piano generale, la difficoltà di coordinare tale ricostruzione, che tiene necessariamente conto della realtà fattuale, con la tesi che pretende di individuare un termine ordinamentale massimo, legato agli adempimenti procedurali, da cui poter desumere la correttezza o meno dello stesso procedimento di fusione.

Tali rilievi potrebbero, invero, giustificare la scelta del legislatore (comunitario prima e nazionale poi) di non volere prevedere espressamente tale termine massimo e di far ricadere, invece, sulla discrezionalità e responsabilità degli amministratori il compito di valutare il se ed il quando il procedimento di fusione necessita di esser aggiornato ovvero riavviato.

Nicola Atlante, Marco Maltoni e Antonio Ruotolo

1) CLERICI, *sub art. 2501-ter*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006, 552

- 2) CIVERRA, *Le operazioni di fusione e di scissione*, Milano, 2003, 90
- 3) Trib. Napoli, 26 gennaio 1995, in *Società*, 1995, 958, con nota di MESSINA
- 4) Trib. Napoli, 26 gennaio 1995, cit.
- 5) *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1991, I, in *Giur. it.*, 1991, IV, 515 ss. Nel testo sono riportati anche i riferimenti agli articoli post riforma "14.5 Limiti temporali del procedimento.

Il legislatore non ha espressamente indicato se e quale intervallo di tempo massimo debba decorrere fra il deposito del progetto di fusione e la sua approvazione da parte dell'assemblea. Nel contempo però ha previsto una procedura unitaria, che si snoda nell'arco dei due momenti sopra indicati e che ha una sua ragion d'essere se ed in quanto non si prolunghi nel tempo senza limiti, risultando altrimenti vanificato il suo stesso significato. Di qui discende la necessità di individuare i limiti temporali massimi entro i quali la procedura va conclusa e oltre i quali l'approvazione del progetto iscritto non può qualificarsi legittima ed operante ai fini dell'omologazione.

Prescindendo ovviamente dalla fase di attuazione della fusione, che concerne un periodo successivo alla approvazione del progetto, occorre avere riguardo (a) al deposito del progetto di fusione per l'iscrizione nel registro delle imprese e (b) al momento – che non può confondersi con il precedente (a) stante l'inequivoca dizione degli artt. 2501-*bis* e 2501-*ter* c.c. (2501-*ter* e 2501-*quater*, post riforma, *n.d.r.*) – del deposito del progetto nella sede della società, al quale occorre far riferimento per stabilire la data della situazione patrimoniale da sottoporre all'assemblea (tale situazione deve essere stilata con riferimento ad una data non anteriore di oltre quattro mesi al deposito del progetto nella sede della società).

La successione degli articoli in esame fa supporre che il secondo dei depositi in questione debba avvenire contemporaneamente o dopo il primo (d'altro canto, se il deposito presso la sede sociale potesse precedere quello per l'iscrizione, non avrebbe in realtà senso il termine cui riferire la situazione patrimoniale, che finirebbe per poter essere anteriore al deposito per l'iscrizione per un periodo *ad libitum*). Può quindi individuarsi la volontà del legislatore di non retrodatare la situazione patrimoniale ad un periodo massimo di quattro mesi anteriore al deposito del progetto di fusione ai fini dell'iscrizione (nel caso limite in cui i due depositi avvengano nello stesso giorno). Ma se ciò è vero, è vero altresì che il deposito presso la sede sociale del progetto di fusione non può avvenire oltre i quattro mesi dal deposito del progetto per l'iscrizione. Né avrebbe senso sostenere che un deposito presso la sede sociale oltre tale termine consentirebbe di predisporre una situazione patrimoniale più aggiornata rispetto alla delibera assembleare, perché quest'ultima, come si è accennato, ha per oggetto soltanto l'approvazione del progetto e la situazione patrimoniale deve quindi servire alla valutazione dello stesso.

Altro è che si sia in facoltà degli amministratori di aggiornare la situazione patrimoniale già depositata per una più esauriente informazione in sede assembleare, il che può anche considerarsi doveroso se ed in quanto siano nel frattempo intervenute mutazioni tali nella situazione patrimoniale della società da incidere sulla legittimità (e se si vuole sulla convenienza) del progetto di fusione (è forse anzi opportuno che gli amministratori, in sede assembleare, attestino che in realtà non si sono verificate salienti variazioni rispetto alla situazione patrimoniale depositata).

Soltanto nel caso di cui al comma 3 dell'art. 2501-*ter* c.c. [utilizzo del bilancio di esercizio (2501-*quater*, post riforma, *n.d.a.*)] può ammettersi che il deposito del progetto presso la sede sociale avvenga entro sei mesi dal deposito dello stesso per l'iscrizione, con l'avvertenza però che, in tale ipotesi, non è più possibile, ove si sia superato il termine di quattro mesi, procedere sulla scorta di una situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2501-*ter* comma 1 e 2 c.c. (2501-*quater*, post riforma, *n.d.a.*).

Una volta redatta la situazione patrimoniale o depositato il bilancio deve essere convocata l'assemblea per una data non anteriore allo svolgimento degli adempimenti di cui all'art. 2501-*bis*, comma 4 (2501-*ter*, post riforma, *n.d.a.*) e 2501 *sexies*, 1° comma, n. 1, c.c. (2501-*septies*, post riforma, *n.d.a.*), ma non posteriore al tempo necessario per procedere ai normali adempimenti per la convocazione, che può fissarsi in ulteriori 30 giorni, tanto più che la convocazione e la pubblicazione del progetto sulla Gazzetta Ufficiale possono procedere di conserva, quando il secondo non sia già stato effettuato prima della convocazione.

Il limite massimo fra il deposito per l'iscrizione del progetto di fusione e la delibera assembleare di approvazione dello stesso può quindi stabilirsi in sei mesi. L'interpretazione accolta si coordina d'altro canto con il disposto dell'art. 2364 c.c., comportando che la situazione patrimoniale, redatta con i criteri del bilancio di esercizio, sia approvata formalmente o implicitamente, dall'assemblea entro il termine massimo di sei mesi dalla data cui si riferisce. Diversamente ragionando si aprirebbe una sorta di tunnel i cui margini fuggirebbero nel tempo indefinitamente e si finirebbe con l'affermare che una volta depositato il progetto e redatti i documenti di cui all'art. 2501-*sexies* c.c. (2501-*septies*, post riforma, *n.d.a.*), il progetto stesso possa essere approvato anche a distanza di anni. Contrasta con tale ipotesi, di per sé assurda, anche la considerazione che tutte le valutazioni dell'assemblea debbono essere compiute con riferimento al progetto iscritto, al cui deposito per l'iscrizione fanno riferimento e la situazione patrimoniale ed i bilanci degli ultimi tre esercizi, che non possono essere quelli anteriori all'esercizio nel cui corso il deposito per l'iscrizione è avvenuto.

Soltanto nell'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 2501-*ter* c.c. (2501-*quater*, post riforma, *n.d.a.*), il termine massimo per l'approvazione del progetto può salire ad otto mesi (caso limite) probabilmente proprio in considerazione della necessità dell'approvazione del bilancio da parte dell'assemblea.

Va da ultimo rilevato che, nel caso in cui fra il deposito del progetto di fusione per l'iscrizione e la sua approvazione da parte dell'assemblea maturi la chiusura di un nuovo esercizio, non dovrebbe essere necessaria la redazione del relativo bilancio [se non eventualmente ai fini della fusione ai sensi e per gli effetti di cui al comma 3 dell'art. 2501-*ter* c.c. (2501-*quater*, post riforma, *n.d.a.*)], sostituita dalla redazione della situazione patrimoniale e dalla successiva delibera di fusione.

- 6) V. anche Trib. Roma, 20 dicembre 1996, in *Riv. Not.*, 1997, 516, secondo cui «Non è legittima la deliberazione assembleare di approvazione del progetto di fusione adottata in forza di una situazione patrimoniale non più aggiornata alla data della delibera quando sia trascorso molto tempo dal momento del deposito del progetto, unitamente alla situazione patrimoniale, di cui all'art. 2501-*sexies* c.c. Nella fattispecie, la delibera di fusione era stata adottata sulla base di una situazione patrimoniale anteriore di oltre un anno»; Trib. Bologna, 28 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1230; Trib. Napoli, 20 dicembre 1995, in *Riv. Not.*, 1997, 209
- 7) Trib. Brindisi, 13 gennaio 2000, in *Giur. comm.*, 2000, II, 666
- 8) PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 496 ss., 504 s. secondo il quale «È vero che la successione degli articoli potrebbe far ritenere che il deposito presso la sede sociale debba essere successivo al deposito per l'iscrizione, ma non pare che questa sia l'unica strada percorribile. La sola collocazione topografica delle norme, infatti, non pare sufficiente a giustificare l'interpretazione affacciata ed essendo i due adempimenti autonomi tra loro e funzionali a diversi ordini di tutela (dei soci l'uno e dei terzi l'altro), non pare necessario vederli in correlazione, né temporale né di altra natura. D'altro canto, a ragionare diversamente, così come suggerisce il Tribunale di Milano, l'entità delle conseguenze non è da sottovalutare. «Ciò che è decisivo», prosegue l'Autore, «è il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto queste rigorose scadenze e soprattutto che di esse non sia facile identificare la *ratio*. A questo scopo non basta di sicuro la configurazione unitaria della procedura di fusione. Occorre individuare, soprattutto in assenza di un esplicito dettato legislativo, quali interessi mirino a soddisfare tali vincoli temporali. In questo teatro, non si riesce a scorgere se e come si possano più efficacemente tutelare i soci o i terzi con una procedura di fusione così ritmata. Se per i soci la tutela consiste essenzialmente nell'ampiezza e nell'attendibilità delle informazioni (specie quelle contabili) sulle società fondende e nella possibilità di reagire con mezzi idonei ad un operato eventualmente scorretto degli amministratori, non si riesce a vedere come essi possano esser avvantaggiati da una procedura scandita da ritmi così serrati. Né benefici di sorta possono ipotizzarsi per i terzi. Infine, non pare neppure possa configurarsi alcun interesse di ordine pubblico economico che possa sostenere la criticata linea interpretativa». Nello stesso senso appare orientato CIVERRA, *Le operazioni di fusione e di scissione*, cit., 90
- 9) SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7**1, Torino, 2004, 289.
- 10) SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 412

- 11) Sulla possibilità di inserire nel progetto dati ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge per tutti SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 143; MAGLIULO *La fusione delle società*, Milano, 2005, 99; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e di scissione*, cit., 41; ATLANTE, *La fusione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 490.
- 12) SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 123 nota 25
- 13) SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 411
- 14) Sul punto SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 456
- 15) SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 320; SPOLIDORO, in Serra - Spolidoro *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, 1994, 46; PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, 99; MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. Not.*, 1991, 43; PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, cit. 496; VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, passim; MORANO – ZINI, *La nuova disciplina delle fusioni*, in *Società*, 1991, 915;
- 16) MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit.; 230; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e di scissione*, cit., 214, CACCHI PESSANI, *sub art. 2503*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - M. Notari, Milano, 2006, 723; SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 492.
- 17) FERRI JR., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, 16, nt. 25; SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 492, nt. 15.
- 18) MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 125.
- 19) Sul punto, SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 535 e 548 s.
- 20) ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. Dir. comm.*, 1992, 273 s.; FERRI JR., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, cit., 93 ss.; SPOLIDORO, in Serra - Spolidoro *Fusioni e scissioni di società*, cit., 135; GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 44, 56.
- 21) Per una sintesi delle diverse ricostruzioni, DIMUNDO, *sub art. 2504*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – M. Notari, Milano, 2006, 802 ss.

(Riproduzione riservata)