

recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione e, nelle società di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto.

[2] La decisione di fusione può apportare al progetto di cui all'articolo 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi.

Art. 2502 bis – Deposito e iscrizione della decisione di fusione

[1] La deliberazione di fusione delle società previste nei capi V, VI e VII deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies. Si applica l'articolo 2436.

[2] La decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV deve essere depositata per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies; il deposito va effettuato a norma dell'articolo 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII.

commento di Michele Perrino

Sommario: 1. La decisione in ordine alla fusione. Competenza e contenuto. - 2. Sulla possibilità di apportare modifiche al progetto di fusione. - 3. Diritto di recesso del socio. - 4. Deposito e iscrizione della decisione di fusione.

1. La decisione in ordine alla fusione. Competenza e contenuto

Sulla scorta degli atti preparatori previsti dagli articoli precedenti, la fusione è decisa da ciascuna delle società che vi partecipano mediante l'approvazione del relativo progetto.

Si regolano peraltro espressamente ora – a differenza del testo normativo risalente al 1991, che taceva sul punto, giustificando il ricorso alle pertinenti regole previste per le modificazioni dell'atto costitutivo per ciascuna società coinvolta¹ – le modalità di assunzione della decisione da parte delle società partecipanti.

¹ Perciò, nel regime anteriore alla riforma 2003, per le società personali si richiedeva il consenso unanime dei soci, *ex art. 2252 c.c.*, salva diversa previsione statutaria; quanto alle società di capitali, la competenza a deliberare la fusione spettava all'assemblea straordinaria, con *quorum* rafforzato in terza convocazione ai sensi dell'art. 2369 *bis*, 2° co., c.c. (nel testo modificato *ex art. 19, d.lg. n. 22 del 1991*).

In particolare, se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, l'approvazione avviene:

– nelle società di persone «con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso del socio che non abbia consentito alla fusione»;

– nelle società di capitali, «secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto»; ma con possibilità di attribuzione della competenza a decidere all'organo amministrativo o al consiglio di sorveglianza, per le incorporazioni di società possedute al 100% o almeno al 90%, ai sensi dell'art. 2365, 2° co.

Il legislatore della riforma, sostituendo il termine "deliberazione" con "decisione", ha inteso adeguarsi alla previsione delle diverse modalità di adozione delle manifestazioni di volontà, a seconda del tipo societario prescelto, in forma deliberativa o con modalità non collegiali².

La competenza all'approvazione, come visto, nelle società di capitali spetta all'assemblea nelle forme previste per le modifiche statutarie (artt. 2365, 2460, 2480), cui si affianca, in presenza delle condizioni di cui agli artt. 2505 e 2505 bis, quella degli amministratori e, nel caso di adozione del sistema dualistico, del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione³.

Problemi sorgono nei casi in cui la fusione comporti la necessità di adottare altre modifiche dell'atto costitutivo, per le quali lo statuto preveda *quorum* rafforzati o alle quali ricollegli il diritto di recesso da parte del socio che non abbia concorso all'approvazione della modifica (si pensi al caso di modifica dell'oggetto sociale, o al mutamento del tipo delle partecipanti), circa l'applicabilità di tali prescrizioni. Alla preferibile opinione positiva⁴, si contrappone chi, in omaggio al *favor fusionis*, ritiene che l'assoggettamento al meno restrittivo *quorum* previsto per l'operazione straordinaria dovrebbe estendersi anche alle altre modifiche funzionali che, di per sé, avrebbero richiesto *quorum* più elevati o altre condizioni particolari⁵.

² Cfr. LAURINI, *Decisione in ordine alla fusione, sub art. 2502 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 642; CAGNASSO, D'ARRIGO, *La fusione*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di Cagnasso, Panzani, Bologna, 2010, 1542.

³ V. però LAURINI, *Decisione*, cit., 644 che avanza perplessità sulla competenza del consiglio di sorveglianza, fondati sull'estraneità di tale organo alle decisioni di carattere gestorio.

⁴ Cfr. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, 1, Torino, 2004, 400; LAURINI, *Decisione*, cit., 643; CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, Massima n. 21, consultabile sul sito www.consigionotarilemilano.it.

⁵ Cfr. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 294.

Sulla diversa questione della revocabilità della delibera di fusione, da ritenere ammissibile anche dopo l'iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese⁶, ma prima dell'iscrizione dell'atto *ex art.* 2504 c.c.⁷, si deve ribadire il carattere non obbligatorio della delibera di revoca, pur utile per assicurare certezza alla conclusione della fase di pendenza del procedimento, ancorché con esito non positivo.

Con riferimento, invece, alla classe delle società di persone, la possibilità di decisione a maggioranza sulla fusione sembra intesa a favorire la confluenza di tali tipi di società in tipi di società di capitali, e perciò ad agevolare il superamento di uno "scalino" nella ristrutturazione evolutiva dell'impresa dai tipi societari più elementari a quelli di maggiore complessità (e si pensi al passaggio, così favorito anche per via di fusione, dai tipi di società personali a quello della s.r.l.)⁸. Dall'individuazione di tale *ratio* derivano alcune perplessità circa l'applicazione della regola maggioritaria anche alle fusioni che non determinino il passaggio ad un tipo societario capitalistico⁹, alle fusioni tra società costituite prima dell'entrata in vigore della riforma¹⁰, e alle società il cui atto costitutivo rinvii in via generica per le modificazioni statutarie all'art. 2252 c.c.¹¹.

Alla generale notazione per cui l'introduzione della regola maggioritaria sarebbe volta ad agevolare il passaggio verso tipi societari più progrediti, come quelli capitalistici, può aggiungersene un'altra, di indole sistematica. Può ricordarsi, cioè, da un lato, che nelle società personali il principio

⁶ Cfr. GUIDA, *La revoca della delibera di fusione*, in *Notariato*, 2005, 43; SANTAGATA, *op. cit.*, 439; MAGLIULO, *op. cit.*, 22.

⁷ Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, 439; MAGLIULO, *op. cit.*, 356.

⁸ Per analoghe considerazioni v. SANTAGATA, *op. cit.*, 397.

⁹ In senso negativo cfr. LAURINI, *Decisione*, cit., 646.

¹⁰ Considerando la regola maggioritaria quale vistosa deroga, di carattere eccezionale, rispetto al regime generale per le modificazioni statutarie nelle società di persone, propendono per la soluzione negativa, a tutela dell'affidamento dei soci: MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Soc.*, 2003, 343; IANNELLO, *S.r.l. e nuova disciplina delle trasformazioni*, in *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2004, 289. Ma *contra* TASSINARI, MALTONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, 96.

¹¹ V. CONSIGLIO NOTARILE MILANO, Massima n. 55, in www.consiglionotarilemilano.it, per cui «in mancanza di indizi interpretativi contrari la clausola meramente riproduttiva dell'art. 2252 (modifica dell'atto costitutivo con il consenso di tutti i soci) non comporta di per sé deroga agli artt. 2500-ter e 2502, per i quali la trasformazione progressiva, la fusione e la scissione (quest'ultima in forza del richiamo contenuto nell'art. 2506-ter c.c.) di società di persone possono decidersi con il consenso della maggioranza dei soci calcolata secondo le quote di partecipazione agli utili, salvo il diritto di recesso dei soci non consenzienti».

maggioritario per quote di interesse trova spazio in materia di decisioni sulla gestione, in particolare sul contrasto fra amministratori in assetto d'amministrazione disgiuntiva (art. 2557, ult. co.): ciò da cui si è giunti perfino a trarre talora in dottrina la conclusione di una generale vigenza del principio maggioritario nelle società di persone al fianco del principio dell'unanimità¹²: il primo (il principio di maggioranza) per tutto quanto attiene al comune interesse alla gestione, ed in genere allo svolgimento del rapporto sociale; il secondo (il principio dell'unanimità) riguardo all'interesse relativo all'immodificabilità della struttura e dell'assetto organizzativo del gruppo¹³. Dall'altro lato, può allora rilevarsi che la previsione legislativa della maggioranza per quote quale modalità di assunzione della decisione sulla fusione nelle società personali, conferma ulteriormente e rafforza una sempre più diffusa rilevazione: l'essere, cioè, la fusione un procedimento tendenzialmente sbilanciato sul ruolo degli amministratori, e sulla relativa componente gestoria; ed in definitiva il fatto che quella in tema fusione tende a dimostrarsi sempre più una decisione che attiene in fondo alla determinazione delle modalità di svolgimento del rapporto sociale, con preminente pertinenza allora alla sfera amministrativa. Una decisione dunque sì organizzativa (di modifica dell'organizzazione), ma con prevalente componente gestoria; o in altre parole, fusione – già nell'ottica offerta dalla III Direttiva – come momento più attuativo e semmai evolutivo, che modificativo, dell'originario programma sociale.

È questa del resto una notazione diffusa, che trova assai accreditati sostenitori, i quali rilevano lo spostamento dei poteri sociali, in materia di fusione, dall'organo assembleare (e perciò dai soci) all'organo amministrativo, parlando degli amministratori come vero "motore" della fusione¹⁴. Al punto che vi è chi giunge a configurare le determinazioni a monte degli amministratori come perfino rigidamente impegnative, rispetto alle quali il sì dell'assemblea assumerebbe il valore di semplice ratifica¹⁵. Più limitatamente, sembra comunque inevitabile ammettere quanto meno un significato ormai duplice dell'operazione di fusione, quale modificazione dell'atto costitutivo e, al

¹² Cfr. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, *passim*, ed in particolare 27, 67, 73.

¹³ Cfr. SERRA, *Unanimità e maggioranza*, cit., 76, 143, 245.

¹⁴ Cfr. SPOLIDORO, in SERRA, SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (Commento al d.lg. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, 1994, 89, e già 25.

¹⁵ Cfr. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 511.

tempo stesso, atto di gestione¹⁶. Ciò anche in considerazione dell'opinione di chi, dalla devoluzione nelle società di capitali all'assemblea, in via generale, della competenza sulla decisione di fusione, ha desunto un rafforzamento dell'istanza partecipativa, in relazione a un'operazione di grande rilevanza strategica¹⁷.

Del resto, nelle fusioni di società interamente o almeno al 90% possedute è ora espressamente prevista, dall'art. 2365, 2° co., c.c., la possibilità di attribuzione della relativa decisione agli amministratori o (nel sistema dualistico di amministrazione e controllo, anche) al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione¹⁸. Più ancora, l'art. 8 della III Direttiva prevedeva una tale possibilità (la rinuncia, cioè, ad una deliberazione di assemblea generale) con riferimento a tutte le fusioni per incorporazione, non solo quelle di società pressoché interamente controllate, e ciò alle stesse inderogabili condizioni ora poste dagli artt. 2505 e 2505 bis per le fusioni di società per intero o almeno al 90 per cento possedute.

Va pure notato che, in caso di fusione per incorporazione, la deliberazione di fusione da parte dell'incorporante avrà anche – quantomeno ordinariamente – per contenuto l'aumento di capitale della medesima società, per un ammontare pari al patrimonio netto dell'incorporata¹⁹, da cui trarre le azioni da assegnare ai soci in base al rapporto di cambio; a meno che a ciò non si provveda mediante l'assegnazione di azioni proprie in portafoglio dell'incorporante, o di azioni o quote appartenenti ai soci di questa²⁰. È poi appena il caso di ricordare che, rispetto alle eventuali azioni o quote di

¹⁶ Cfr. FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, 163.

¹⁷ SANTAGATA, *op. cit.*, 400; LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. società*, 2004, 1364.

¹⁸ Tende però a svalutare tale argomento, sostenendo che la competenza eventuale dell'organo amministrativo nei casi richiamati rappresenterebbe la naturale conseguenza della totale o quasi totale compenetrazione sul piano economico tra la società incorporante e l'incorporanda, «cosicché l'autonomia statutaria può arrivare a concepire una delega preventiva alla compenetrazione solo formale», LUCARELLI, *op. cit.*, 1364.

¹⁹ Così come risultante dalla situazione patrimoniale a norma dell'art. 2501 *quater*: per questa precisazione, e per l'inaffidabilità di un aumento per importo superiore a quello suddetto, facendo ricorso ad una perizia di stima *ex art.* 2343 per la differenza, cfr. T. Padova, 19.12.1997, in *Notariato*, 1998, 527, con nota di Manzini, e in *Soc.*, 1998, 693, con nota di Sandrini.

²⁰ Cfr. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. notariato*, 1991, 43; BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. società*, 1993, 572; SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, cit., 33; PORTALE, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1037, anche per l'indicazione di ulteriori modalità di assegnazione di azioni senza aumento del capitale dell'incorporante.

nuova emissione, non sussisterà il diritto di opzione dei soci della società incorporante, pena ovviamente l'irrealizzabilità dell'operazione²¹.

Quel che interessa particolarmente precisare, ora, è che sempre in ipotesi di incorporazione, ove si tratti di fusione omogenea, non sarà necessario procedere ad una relazione di stima del patrimonio acquisito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2440 e 2343 c.c.; salvo che – si è rilevato – l'aumento di capitale a servizio dell'operazione ecceda il predetto ammontare, e sia coperto mediante beni in natura o crediti estranei alle società che si fondono²². Diverso è il discorso da farsi in ordine alle fusioni eterogenee, per il quale si rinvia a quanto detto a commento dell'art. 2504 bis.

2. Sulla possibilità di apportare modifiche al progetto di fusione

Nel vigore del testo risalente alla novella del 1991 dell'art. 2502, com'è noto, era prevalsa – malgrado accurati tentativi di una pur limitata apertura²³ – l'opinione contraria alla modificabilità del progetto di fusione in sede di decisione sull'operazione, salvo riavvio *ex novo* del procedimento²⁴. E ciò sulla scorta di vari argomenti: si valorizzava, talora, già il semplice riferimento testuale dell'art. 2502 (nel testo tutt'oggi vigente) ad una deliberazione di fusione «mediante approvazione del relativo progetto»²⁵; soprattutto, si

²¹ Cfr. FERRI G., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 987.

²² Cfr. T. Napoli, 23.7.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 235, e in *Società*, 1994, 73.

²³ Cfr. FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni, passim*, spec. 59 e 166, nel senso della immutabilità degli elementi del progetto di cui ai nn. 1, 2 e 6 dell'art. 2501 bis, 1° co.; e v. già Id., *In tema di adozione di modificazioni statutarie durante il procedimento di fusione*, in *Riv. notariato*, 2000, 639. In senso favorevole alla modificabilità si pronunciava anche GENOVESE ANNA, *Fusione*, in AA.VV., *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di Campobasso, II, Milano, 2003, 1286, 1304; e prima ancora, con ampia motivazione, BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. società*, 1993, 581, 584.

²⁴ Cfr. in giurisprudenza A. Roma, 25.6.2001, e T. Roma, 2.4.2001, entrambe in *Foro it.*, 2001, I, 3702, e in *Soc.*, 2001, 1210, con nota di Ferrari, e prima T. Udine, 12.10.1993, in *Soc.*, 1994, 631. In dottrina, in senso contrario alla modificabilità, cfr. fra gli altri: OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 511; GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1053; DI SABATO, *La nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, 20; STELLA RICHTER jr, *In tema di modificabilità del progetto di fusione in sede assembleare di approvazione*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 794; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 765; FERRARA jr, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1994, 892; VICARI, *Progetto di fusione e approvazione dell'assemblea dei soci*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 379 ss. Per un quadro sintetico sulla questione cfr. anche LAURINI, *Progetto di fusione e flessibilità del procedimento*, in *Notariato*, 2000, 587.

²⁵ Così, ad esempio, OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 511; CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 663.

faceva capo all'esigenza di tutela dei creditori successivi alla pubblicazione del progetto di fusione, i quali, non essendo legittimati all'opposizione (*ex* art. 2503 c.c., sia vecchio che nuovo testo), potrebbero risultare irrimediabilmente lesi dall'approvazione di una fusione a condizioni diverse da quelle in base alla cui conoscenza, ancorché come mera eventualità di un'operazione solo progettata, essi hanno magari concesso credito alla società²⁶, più in generale, si rivendicava un'esigenza di rispetto della ripartizione di competenze fra amministratori ed assemblea²⁷.

Di una simile possibilità di modifica non v'è peraltro traccia nella III Direttiva, il cui art. 7, 3° co., si limita a prevedere che «la deliberazione verte sull'approvazione del progetto di fusione e sulle eventuali modifiche dell'atto costitutivo rese necessarie dalla realizzazione della fusione».

Il nuovo 2° co. dell'art. 2502 prevede ora invece che la decisione possa apportare al progetto «solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi». Nella Relazione di accompagnamento alla riforma (§ 14), si afferma che, nell'ottica dello «sfruttamento» dei margini consentiti dalla Direttiva ed al fine di «semplificare e precisare il procedimento», si sarebbe così «espressamente consentita una (seppure estremamente limitata) possibilità di modifica del progetto di fusione in sede di approvazione della fusione stessa».

A ben guardare, però, la possibilità (di modifica) così introdotta per un verso appare assai limitata, in virtù della clausola di intangibilità dei «diritti dei soci e dei terzi»; e per altro verso, tenuto conto della sua stessa limitatezza, finisce o per dimostrarsi superflua, alla luce di quanto già riteneva consentito la stessa interpretazione più rigorosa, oppure per risultare fonte di possibili incertezze: in senso contrario, quindi, alle istanze di semplificazione/precisazione indicate dalla legge delega e dichiaratamente perseguite sul punto dal legislatore delegato²⁸. Brevi notazioni varranno a chiarire quanto ora osservato.

L'inammissibilità, anzitutto, di modifiche che incidano «sui diritti dei soci», giudicata idonea ad escludere, in particolare, anche le modifiche del rapporto di cambio (come ormai la maggior parte degli autori ritiene²⁹, trat-

²⁶ Cfr. MARCHETTI, *Appunti*, cit., 27; SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, cit., 87.

²⁷ In questa prospettiva, cfr. VICARI, *Progetto di fusione*, cit., 379.

²⁸ Cfr. art. 7, lett. a), l. 3.10.2001, n. 366.

²⁹ Nello stesso senso cfr. GUERRERA, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, 447; MAGLIULO, *op. cit.*, 323; LAURINI, *Decisione*, cit., 682; COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, Orientamento n. L.D.8; *contra* SANTAGATA, *op. cit.*, 418; MUSCARIELLO, SANTANGELO, *Delibere*

tandosi all'evidenza delle modifiche che più direttamente sono idonee ad incidere sulle posizioni individuali dei soci), vale a mettere fuori gioco proprio quel profilo del progetto di fusione per il quale più forte può essere in concreto l'interesse ad apportare modifiche in sede di deliberazione. L'immodificabilità del progetto di fusione relativamente all'indicazione del rapporto di cambio, infatti, si risolve dal punto di vista dei soci – come è stato puntualmente segnalato in dottrina³⁰ – in una vera e propria "ingessatura del procedimento", dato che è ben probabile che il rapporto di cambio indicato, tenuto conto della lunghezza e complessità del procedimento medesimo di fusione, non corrisponda al valore effettivo dei patrimoni delle società partecipanti al momento dell'attuazione della fusione. In tal senso, con il predetto limite alla modificabilità, parrebbe dunque escludersi proprio l'ipotesi in cui più forte probabilmente è in concreto l'interesse ad apportare modifiche al progetto.

Alla stessa stregua, sembrano da ritenere vietate anche le modifiche relative al trattamento riservato a particolari categorie di soci ed alla data del godimento delle azioni³¹ o, ancora, le modifiche relative al capitale, quali aumenti onerosi o gratuiti (salvo adeguamento meramente matematico del rapporto di cambio), riduzione per perdite oltre un terzo e riduzione volontaria.

Quanto poi all'inammissibilità di modifiche che incidano «sui diritti dei terzi», se con ciò vuole alludersi, come ormai pacificamente ritenuto, soprattutto ai creditori, la disposizione appare obiettivamente superflua. Ed infatti, anche la dottrina più permissiva rispetto alla modificabilità del progetto ne giudicava, già nel vigore della disciplina pre-riforma, comunque intangibili quei profili, idonei ad incidere sull'interesse essenziale dei creditori a non veder diminuita, per effetto della fusione, la garanzia patrimoniale offerta dalla società partecipante loro debitrice, a seguito della confusione dei patrimoni delle società partecipanti³².

Da questo punto di vista, fra l'altro, si era già considerata in ogni caso inammissibile ogni modifica del progetto relativa ai termini soggettivi della fusione, vale a dire al profilo dei patrimoni coinvolti, e perciò ogni possibile

società in pendenza di fusione, Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 95/2008, 8, consultabile su www.notariato.it.

³⁰ Si fa riferimento a FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni*, cit., 5.

³¹ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, 324; LAURINI, *Decisione*, *op. cit.*, 681; COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, Orientamento n. L.D.8, cit.; *contra* SANTAGATA, *op. cit.*, 417.

³² Cfr. ancora FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni*, cit., 57; FERRI, GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa, Portale, IV, Torino, 2007, 257; MAGLIULO, *op. cit.*, 317; LAURINI, *Decisione*, cit., 660.

alterazione del numero e/o della identità delle società partecipanti (quindi, degli elementi indicati dal n. 1 del 1° co. dell'art. 2501 *bis* vigente fino al 31.12.2003)³³: soluzione confermata dalla disposizione in commento³⁴.

Cosa rimane modificabile allora, con le limitazioni poste? Forse proprio e soltanto tutto ciò che già si riteneva modificabile ai sensi della prevalente e più restrittiva interpretazione³⁵: opzioni, cioè, fra soluzioni alternative lasciate aperte nel progetto, in base però a criteri predeterminati³⁶; modalità tecniche di assegnazione delle azioni o quote di concambio³⁷; in genere, rettifiche o integrazioni di carattere tecnico e di dettaglio.

Si può aggiungere che vi sarebbe semmai un'ulteriore esigenza di conformità fra l'operazione di fusione concretamente attuata e i contenuti delle stesse deliberazioni di fusione: un'esigenza di conformità che coinvolge anche i creditori anteriori alla pubblicazione del progetto. Questi ultimi infatti, possono fare opposizione rispetto ai contenuti della delibera, mentre sono privi di tutela rispetto alle modifiche successive, intervenute fino all'atto di fusione³⁸. Su tale esigenza di ulteriore conformità tra delibera e atto di fusione, a tutela sia dei creditori successivi che di quelli anteriori alla pubblicazione del progetto, nulla dice però la nuova disciplina, anche se il punto avrebbe forse meritato una qualche precisazione/semplificazione³⁹.

3. Diritto di recesso del socio

Al socio «che non abbia consentito alla fusione» della società è riconosciuto espressamente il diritto di recesso quanto alle società di persone

³³ Cfr. FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni*, cit., 5. Sul punto, peraltro, v. la "massima ufficiosa" del Tribunale di Milano, riportata in *Massime del Tribunale di Milano* (26 giugno 1997), in *Riv. società*, 1997, 849, che giudica non necessaria la rinnovazione dell'intera procedura di fusione, «quando, in caso di fusione tra più società, il progetto prevedesse la possibilità che la fusione venisse realizzata anche tra alcune soltanto delle società interessate».

³⁴ Cfr. sul punto anche GUERRERA, *op. cit.*, 447.

³⁵ Cfr. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, *op. cit.*, 90; MARCHETTI, *Appunti*, cit., 17, 27, 44.

³⁶ Al riguardo v. ad esempio *Massime del Tribunale di Milano*, cit., 849, nel senso della modificabilità del progetto anche sotto il profilo della mancata determinazione del rapporto di cambio «nel caso in cui il progetto prevedesse che, al momento della delibera, l'incorporata sarebbe stata interamente posseduta». Su ciò cfr. anche il commento di NOTARI, *Fusioni, scissioni ed altre operazioni societarie nelle nuove massime del Tribunale di Milano*, in *Riv. società*, 1997, 840.

³⁷ Neppure tale elemento sarebbe peraltro modificabile per GUERRERA, *op. cit.*, 447.

³⁸ Lo nota FERRI jr, *Modificabilità e modificazioni*, cit., 21.

³⁹ Sul punto cfr. anche *infra*, il commento all'art. 2504.

(1° co. dell'articolo in commento) ed alla s.r.l. (art. 2473, 1° co.); in queste ultime, in particolare, l'ipotesi di diritto di recesso in discorso è fra quelle che competono «in ogni caso» al socio, con disposizione quindi di portata inderogabile.

Il non aver «consentito alla fusione», come si esprimono entrambe le norme testé richiamate, sembra peraltro doversi intendere con riferimento non solo al dissenso, ma anche più ampiamente al mancato concorso del socio alla decisione, perciò anche ai casi di astensione o assenza.

Analoga previsione generale manca relativamente alle società azionarie, ove l'ipotesi della fusione potrà semmai trovare spazio – ma limitatamente alle società che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio – in clausole *ad hoc*, fra le cause statutarie di recesso ulteriori a quelle legali, *ex* art. 2437, 4° co.

In forza del generale disposto dell'art. 2437 *quinquies*, inoltre, avrà diritto di recedere il socio di società quotata che non abbia concorso alla decisione di fusione, il cui esito sia una società esclusa dalla quotazione.

I termini relativi all'esercizio del diritto di recesso decorrono dall'iscrizione della decisione nel registro delle imprese, anche se l'efficacia del recesso è condizionata all'attuazione effettiva dell'operazione di fusione⁴⁰. In pendenza del procedimento di fusione il recedente potrà esercitare i diritti sociali, compreso il diritto al concambio⁴¹.

A seguito della fusione, il debito da rimborso della partecipazione del receduto graverà sulla società risultante dall'operazione.

4. Deposito e iscrizione della decisione di fusione

La deliberazione di fusione deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese, *ex* art. 2502 bis c.c., unitamente ai documenti di cui all'art. 2501 *septies* c.c.

Deposito ed iscrizione hanno luogo secondo la disciplina dettata dall'art. 2436 c.c., se la deliberazione di fusione è stata adottata da società di capitali (cfr. art. 2502 bis, 1° co., c.c.), individuandosi nel notaio rogante il soggetto obbligato a richiedere l'iscrizione, nel termine di trenta giorni dall'adozione, verificato l'adempimento delle condizioni previste dalla legge.

⁴⁰ Cfr. SANTAGATA, *op. cit.*, 469; CLERICI, *Deposito e iscrizione della decisione di fusione, sub art. 2502-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, 692; LAURINI, *op. cit.*, 654.

⁴¹ Cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, 309; SANTAGATA, *op. cit.*, 192.

La stessa disciplina si applica per il deposito e l'iscrizione della stessa deliberazione ove adottata da società di persone, se la società risultante dalla fusione sia una società di capitali (art. 2502 *bis*, 2° co., c.c.). Nei casi diversi da quest'ultimo, l'adempimento dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, comunque previsto al comma secondo, primo periodo, richiederà che la decisione sia comunque depositata in copia autentica, con applicazione allora generalizzata dell'art. 2300 c.c., relativo all'iscrizione delle modifiche statutarie di s.n.c., che individua negli amministratori i soggetti obbligati a richiedere l'iscrizione della modifica, entro trenta giorni dall'adozione⁴².

Dalla norma in commento è richiesto il deposito presso il registro delle imprese, oltre alla delibera/decisione di fusione, anche dei documenti di cui all'art. 2501 *septies*, ovvero:

- il progetto di fusione⁴³;

- le relazioni dell'organo amministrativo di cui all'art. 2501 *quinquies*, e quelle degli esperti di cui all'art. 2501 *sexies*, salva l'eventualità che tali relazioni non siano richieste a seguito di rinuncia all'unanimità dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna società partecipante alla fusione;

- i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e la revisione legale;

- le situazioni patrimoniali di cui all'art. 2501 *quater*, 1° co., salvo il caso in cui vi sia stata rinuncia alla situazione patrimoniale ai sensi del nuovo ultimo comma della medesima disposizione, o la relazione finanziaria semestrale di cui al 2° co. dello stesso articolo.

A tali atti si aggiungono gli ulteriori documenti che, pur non espressamente menzionati dal legislatore, debbano essere depositati nel caso concreto, quali: la relazione di stima del patrimonio sociale, ove richiesta dall'art. 2501 *sexies*; le eventuali deliberazioni preliminari o contestuali a quelle di approvazione del progetto di fusione; l'attestazione dell'avvenuta

⁴² Cfr. CLERICI, *op. cit.*, 688.

⁴³ Si veda, però, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Verona, 2004, 21, secondo cui «la disposizione prevista dall'art. 2502-bis, in base alla quale i documenti indicati nell'art. 2501-septies devono essere depositati nel registro delle imprese unitamente alla delibera di fusione, essendo volta a garantire la possibilità per i terzi di verificare i detti documenti presso il registro delle imprese ove è iscritta la società, deve essere interpretata nel senso che i documenti già depositati in detto registro, anche se in fascicoli di diverse società, non devono essere ridepositati».

esecuzione degli adempimenti previsti dal progetto e della legge, da compiersi anteriormente al deposito della delibera; i verbali delle eventuali delibere delle assemblee speciali⁴⁴.

Art. 2503 – Opposizione dei creditori

[1] La fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502-bis, salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca, salvo che la relazione di cui all'articolo 2501-sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501-sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori¹.

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

¹ Comma così modificato dall'art. 1, 6° co., d.lg. 22.6.2012, n. 123.

Art. 2503 bis – Obbligazioni

[1] I possessori di obbligazioni delle società partecipanti alla fusione possono fare opposizione a norma dell'articolo 2503, salvo che la fusione sia approvata dall'assemblea degli obbligazionisti.

[2] Ai possessori di obbligazioni convertibili deve essere data facoltà, mediante avviso da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana almeno novanta giorni prima della iscrizione del progetto di fusione, di esercitare il diritto di conversione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

[3] Ai possessori di obbligazioni convertibili che non abbiano esercitato la facoltà di conversione devono essere assicurati diritti equivalenti a

⁴⁴ Sul punto si veda CLERICI, *op. cit.*, 691; SANTAGATA, *op. cit.*, 452; MARCHETTI, *Appunti*, cit., 50; SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni*, cit., 103.