

Sezione II
Della fusione delle società

Art. 2501 – Forme di fusione

[1] *La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.*

[2] *La partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.*

commento di Michele Perrino

Sommario: 1. Concetto, funzione e natura giuridica. - 2. La partecipazione alla fusione: a) società sottoposte a procedure concorsuali. - 3. (Segue). b) Società in liquidazione. - 4. (Segue). c) Società irregolari e società semplici.

1. Concetto, funzione e natura giuridica

L'attuale disciplina codicistica (artt. 2501-2505 *quater*) in tema di fusione di società è il risultato di due cospicui interventi di riforma sull'originario testo degli articoli del codice civile dedicati alla materia.

Il primo e più esteso intervento attiene alle modifiche ed integrazioni normative apportate dagli artt. da 1 a 16, d.lg. 16.1.1991, n. 22, in attuazione della III Direttiva CEE (n. 78/855)¹ in materia societaria²; il secondo e più recente intervento riformatore ha luogo con l'art. 6, d.lg. n. 6 del 17.1.2003, intitolato alla «Modifica della disciplina riguardante la trasformazione, la fusione e la scissione delle società di capitali», contenente il testo della disciplina qui in commento.

Pur nel succedersi delle suddette modificazioni normative, costante è però il fenomeno economico e giuridico di base, contrassegnato dal codice civile come "fusione" di società, che è quello della compenetrazione o unificazione di due o più organizzazioni sociali in una società unica.

¹ Il testo della III Direttiva può leggersi in *Riv. società*, 1978, 1703 ss., e in *Giur. comm.*, 1979, I, 141 ss.

² Nonché in attuazione della VI Direttiva CEE, n. 82/891 (consultabile, fra l'altro, in *Riv. società*, 1982, 1332 ss.) in materia societaria, per quanto attiene all'istituto della scissione di società, introdotto *ex novo* dallo stesso d.lg. n. 22/1991; il tutto in base alla delega conferita al Governo per l'attuazione delle due citate direttive con l. 26.3.1990, n. 69.

La fusione, come precisa l'art. 2501, può aver luogo secondo due modalità fondamentali: l'una, comunemente detta "fusione in senso stretto" o "per unione", realizzata attraverso la costituzione di una nuova società, nella quale confluiscono, estinguendosi, le società partecipanti all'operazione; l'altra, cosiddetta "fusione per incorporazione", attuata in virtù dell'assorbimento da parte di un'unica società preesistente³, che permane in vita, di una o più altre società, le quali invece vengono meno come società autonome.

In ambedue i casi, l'unificazione delle organizzazioni e dei patrimoni sociali si combina con l'estinzione delle società coinvolte dalla vicenda, salvo una nell'ipotesi dell'incorporazione, per dar vita ad un'organizzazione societaria unitaria.

La società risultante dalla fusione o quella incorporante, d'altra parte, come espressamente dispone l'art. 2504 *bis*, 1° co., «assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione», realizzando così sostanzialmente la continuità delle situazioni giuridiche già imputate alle società che si fondono; ed i soci di queste ultime società in qualche modo conservano la loro qualità, nella misura in cui divengono soci della società risultante dalla fusione, ricevendone le azioni o quote in sostituzione delle partecipazioni già possedute, conformemente ad un rapporto di cambio la cui predeterminazione rappresenta uno dei connotati indefettibili dell'operazione.

L'estinzione – quali soggetti di diritto ed organizzazioni autonome – delle società che si fondono in una società nuova o che vengono incorporate in una società preesistente, che pure innegabilmente ha luogo per effetto dell'operazione, non passa però qui attraverso la definizione dei rapporti giuridici con i terzi e partecipativi dei soci, ma si coniuga con la continuazione di tali complessivi rapporti all'interno del nuovo contesto giuridico della società esito della vicenda.

La funzione stessa, d'altronde, assolta sul piano economico dall'operazione in esame muove, a ben vedere, in direzione della crescita, piuttosto

³ Si usa distinguere ulteriormente l'incorporazione "diretta" (o *forward merger*), quando l'incorporante è socia dell'incorporata, dall'incorporazione "inversa" (o *reverse merger*), quando, al contrario, l'incorporata è socia dell'incorporante (v. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, a cura di Olivieri, Presti, Vella, Bologna, 2003, 348) o, secondo alcuni, socia "totalitaria" dell'incorporante (cfr. MANZINI, *La fusione c.d. inversa*, in *Notariato*, 1998, 345 ss.; su quest'ultima ipotesi v. anche SPOLIDORO, in *Soc.*, 2000, 87; *Id.*, in *Soc.*, 2000, 333; GIANNELLI A., *La fusione inversa*, in *Riv. società*, 2008, 1155 ss.).

che dell'estinzione delle società interessate. Ne opera, cioè, la concentrazione in vista dello sviluppo, nel senso di un ampliamento delle dimensioni e della capacità competitiva della corrispondente attività economica; ciò che giustifica, fra l'altro, le agevolazioni concesse all'operazione *de qua* da parte del legislatore tributario⁴.

Su tali premesse, è apparso già da tempo possibile abbandonare le secche della tradizionale alternativa dogmatica, che vede – com'è noto – contrapposte due fondamentali letture della natura giuridica della fusione di società: l'una, largamente preferita in dottrina, incline ad intendere l'operazione in termini di vicenda in senso proprio modificativa degli atti costitutivi delle società coinvolte, nel senso della loro reciproca combinazione e uniformazione⁵; l'altra, per lungo tempo diffusa in giurisprudenza, la quale sottolinea il profilo estintivo di società e quello traslativo di situazioni giuridiche, entrambi innegabilmente presenti nella fusione, per qualificare la vicenda come fenomeno successorio, accostandola alla successione a titolo universale *mortis causa* delle persone fisiche⁶.

⁴ Cfr. per tutti CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 8ª ed. a cura di Campobasso M., Torino, 2012, 654 s.

⁵ Una tesi questa che risale originariamente a FERRI G., *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, *passim*; seguita fra gli altri da: SANTAGATA C., *La fusione fra società*, Napoli, 1964, 155 ss.; SIMONETTO, *Della trasformazione e fusione delle società, società costituite all'estero od operanti all'estero*, sub art. 2501, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Bologna, 1976, 208 ss.; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1985, 282 ss.; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1985, 336 ss.; GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1048 ss.; CAGNASSO, IRRERA, *Fusione e trasformazione delle società*, in *Digesto comm.*, VI, Torino, 1991, 310 ss.; SANTAGATA C., *La fattispecie della fusione*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di Patroni Griffi, Milano, 1995, 1 ss.; Id., *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, I, Torino, 2004, 17 s., 41 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, 3ª ed. a cura di Blandini, Milano, 2011, 548 s.

⁶ Cfr. Cass., 2.4.2002, n. 4679, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Società* (6270), n. 25; Cass. 21.8.1996, n. 7704, in *Rep. Foro it.*, 1996; Cass., 27.1.1994, n. 833, in *Foro it.*, 1994, I, 3485, in *Riv. notariato*, 1994, 861, in *Soc.*, 1994, 611, e in *Giur. comm.*, 1996, II, 470, con nota di VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*; Cass., 18.6.1992, n. 7484, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 692; T. Firenze, 7.3.1992, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 271; Cass., 6.3.1987, n. 2381, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 3; Cass., 28.7.1986, n. 4812, in *Foro it.*, 1988, I, 1275. Dall'accostamento alla successione universale *mortis causa*, in particolare, si faceva discendere in passato l'effetto interruttivo della fusione sul processo di cui era parte la società estinta, e la proseguibilità del processo medesimo da parte della società esito dell'operazione (cfr. Cass., 21.8.1996, n. 7704, in *Rep. Foro it.*, 1996; Cass., 18.6.1992, n. 7484, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1992, 692); nonché l'estinzione del mandato alle liti conferito dalla società estinta in un grado del processo antecedente alla fusione (cfr. Cass., 27.1.1994, n. 833; sul tema cfr. anche PAOLINI, *Sorte del mandato conferito a terzi in caso di fusione della società*, in *Contratto e impresa*, 1992, 958), la nullità dell'atto di appello

La più aggiornata dottrina, infatti, mediando fra tali schieramenti, ed in aderenza alla realtà intrinsecamente complessa della fusione (la quale offre indubbiamente spunti per entrambe le posizioni), se da un lato mostra di privilegiare l'inquadramento della vicenda quale modificazione qualificata dell'atto costitutivo, dall'altro lato, riconosce però la sussistenza e rilevanza del profilo estintivo e di quello successorio della fusione societaria, preferendo tuttavia collocare detti profili sul versante degli effetti, piuttosto che su quello della causa dell'operazione; riconoscendo, anzi, proprio nella sintesi fra continuità (dell'attività e dei relativi rapporti, pur nell'incisiva modifica dell'organizzazione), ed estinzione (delle società coinvolte dalla fusione, alle quali succede la società risultante dalla medesima), la caratteristica propria e, al tempo stesso, la reale originalità dell'operazione in discorso⁷.

Né a sovvertire simili esiti interpretativi sembra poter indurre la ulteriore modifica, con la riforma del 2003, del testo dell'art. 2504 *bis*, con

proposto nei confronti della società incorporata nel corso del giudizio di primo grado (v. Cass., 17.5.1978, n. 2385, in *Dir. fall.*, 1979, II, 429), e l'inammissibilità del ricorso per cassazione proposto da società incorporata dopo il perfezionamento, con l'esecuzione delle formalità di cui all'art. 2504 c.c., dell'incorporazione [cfr. Cass., 2.4.2002, n. 4679, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Società* (6270), n. 25].

Tale indirizzo, dopo alcune oscillazioni, è stato definitivamente abbandonato, affermando la natura evolutiva-modificativa della fusione, con Cass., S.U., 8.2.2006, n. 2637 (ord.), pubblicata, fra l'altro, in *Foro it.*, 2006, I, 1736, con note di Paola Dalfino; in *Giur. it.*, 2007, 414 e in *Soc.*, 2006, 459, con nota di DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*; Cass., 3.5.2010, n. 10653, in *Soc.*, 2010, 906; Cass., S.U., 14.9.2010, n. 19509, in *Giur. it.*, 2011, 5, 1073, nota di Bertolotti, e in *Foro it.*, 2011, 2, 1, 472, e in *Giur. comm.*, II, 2011, 916, con nota di Zorzi, *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*; Cass., S.U., 17.9.2010, n. 19689, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2749; Cass., 25.2.2011, n. 4740, in *Giust. civ. mass.*, 4, 2011, 527; Cass., 11.7.2011, n. 15180, in *Giust. civ. mass.*, 7-8, 2011, 1044.

In dottrina cfr., in termini originali, OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 504 ss., che, da un lato, individua il comune tratto qualificante di fusione e scissione in «una successione avente ad oggetto – integralmente o per quote – un patrimonio unitariamente considerato» (506), riconoscendo al tempo stesso però, dall'altro lato, che l'incidenza sull'ente con effetto estintivo non è essenziale né alla fusione né alla scissione, con riferimento ai fenomeni della fusione per incorporazione e della scissione parziale di società; e che entrambe le vicende in discorso «sono solo modificative della società come rapporto» (509).

⁷ Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 655 s.; così come già FERRI G., *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, 3^a ed., Torino, 1987, 980 ss.; e, per importanti notazioni nello stesso senso, BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. società*, 1993, 573 ss.; SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, cit., 10 ss.; Id., *Le fusioni*, cit., 46 s., ove la precisazione che l'"estinzione" qui «è dunque un effetto che, pur logicamente ineludibile (...), ha tuttavia valenza squisitamente formale».

la sostituzione del riferimento alle "società estinte", già figurante nel testo previgente dello stesso articolo, con quello alle "società partecipanti all'operazione". Un tale intervento lessicale non sembra infatti possa essere sopravvalutato, al punto da vedervi una espressa presa di posizione legislativa, vincolante per l'interprete, in merito alla natura stessa della fusione, nel senso della sua appartenenza al novero delle vicende societarie modificative e non estintive. A parte infatti il rilievo che, in materia di natura giuridica e qualificazione, l'interprete non è soggetto a vincoli di sorta connessi al mero lessico legislativo, v'è da notare come la preferenza per una lettura in chiave di modifica organizzativa, anziché estintivo/successoria della fusione, non imponga affatto di negare l'estinzione delle società coinvolte. Nello stesso senso, del resto, valga ricordare come già per Giuseppe Ferri – la cui celebre monografia del 1936 si pone com'è noto all'origine della moderna visione modificativa – la lettura della fusione come vicenda di modificazione statutaria non si opponesse affatto alla presa d'atto del compresente profilo estintivo della stessa vicenda; anzi, si conciliasse necessariamente con esso, purché si avesse cura di distinguere fra modificazione del vincolo sociale ed estinzione della società come soggetto di diritto⁸; o, come anche più di recente si è scritto, fra vicenda estintiva e/o costitutiva della società "come ente" e solo modificativa della società "come rapporto"⁹.

2. La partecipazione alla fusione: a) società sottoposte a procedure concorsuali

Una consistente novità introdotta dalla riforma del 2003 attiene alla nuova disciplina della "partecipazione" alla fusione.

Già con il d.lg. n. 22/1991, di attuazione della III Direttiva CEE, si era integrato il testo originario dell'art. 2501 con l'aggiunta di un secondo comma, inteso a risolvere problemi già da tempo discussi in ordine ai limiti della partecipazione alla fusione ad opera di società che versino in particolari situazioni. Si era così espressamente vietata la fusione di società sottoposte a procedure concorsuali; nonché delle società in stato di liquidazione che avessero già iniziato la distribuzione dell'attivo.

Modificando ulteriormente il testo, come ora detto integrato dell'art. 2501, 2° co., con la citata riforma viene meno adesso per tutte le

⁸ Cfr. FERRI, *La fusione*, cit., 49 s.

⁹ Cfr. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 509.

fusioni (anche coinvolgenti società azionarie) il divieto di partecipazione all'operazione da parte di società sottoposte a procedure concorsuali. Resiste parzialmente invece la preclusione, già introdotta nel 1991, alla partecipazione alla fusione da parte di società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo; preclusione che però si prevede non si applichi alle fusioni cui non partecipino società per azioni, anche cooperative (cfr. art. 2505 *quater*).

Quanto alla prima modifica, va ricordato che l'introduzione del divieto di fusione coinvolgente società sottoposte a procedure concorsuali era previsto in termini di mera "possibilità" per gli Stati membri dall'art. 1, 3° co., della III Direttiva [«Gli Stati membri possono non applicare la presente direttiva se una o più società (...) sono oggetto di una procedura di fallimento, concordato o affini»]. In questo senso, la nuova disposizione, rimuovendo il divieto dapprima introdotto nella norma in commento dal decreto n. 22/1991, utilizza un margine di discrezionalità lasciato aperto dalla III Direttiva ed a suo tempo non sfruttato dal legislatore del 1991¹⁰.

Una simile operazione, coinvolgente cioè società sottoposte a procedure concorsuali, può forse trovare un senso con riferimento a fusioni attuate quale modalità di soluzione o superamento della crisi: ciò soprattutto in procedure a carattere "conservativo" o di risanamento¹¹; e però anche in campo propriamente "liquidativo"¹², anche se qui la tecnica delle cessioni aggregate di attività e passività (di cui all'art. 90 t.u. l. banc.; ed ora in generale all'art. 105, 5° co., l. fall.) potrebbe lasciarsi preferire per la sua maggiore adeguatezza (al confronto con l'articolato e complesso procedimento di fusione) alle esigenze di rapidità e tempestività dell'intervento di soluzione della crisi.

¹⁰ Cfr. al riguardo la Relazione tecnica al d.lg. n. 6/2003 (§ 14), ove si afferma di aver tentato di sfruttare in tema di fusioni, «al fine di semplificare e precisare il procedimento – taluni margini consentiti dalla direttiva e non "sfruttati" dal d.lgs. n. 22/1991».

¹¹ Cfr. GUERRERA, MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, Studio n. 77-2007/I, in <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/riforma-diritto-fallimentare/77-07.pdf>.

¹² Ritiene tuttora necessaria una valutazione di compatibilità della fusione con natura, scopo e regole della specifica procedura concorsuale di volta in volta in questione SERRAO D'AQUINO, *sub art. 2501*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, III, Torino, 2003, 415 ss.; cfr. anche SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 37, che richiama al riguardo il limite dell'incompatibilità con le finalità o lo stato della procedura concorsuale pendente, previsto dall'art. 2499 c.c. in tema di trasformazione. Per analogo approccio selettivo cfr. DI SARLI, *Forme di fusione, sub art. 2501*, in *Comm. Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari*, Milano, 2006, 451 ss., con ampia casistica.

3. (Segue). b) Società in liquidazione

Perdura invece il divieto (almeno per le fusioni coinvolgenti società azionarie) alla partecipazione alla fusione da parte di società in liquidazione, «le quali abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo»¹³.

Al riguardo peraltro sia il divieto, sia il suo rovescio permissivo (l'ammissibilità, cioè, di fusioni di società in liquidazione che non abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo), sia ancora – ed anzi più di tutto – la prevista deroga quanto alle fusioni cui siano estranee società azionarie, non sono privi di un rilevante impatto sistematico.

Si tratta infatti di conciliare l'ipotesi di fusione di società in liquidazione con l'idea – largamente diffusa fra la dottrina italiana, che ha fatto ormai propria la visione del fenomeno della fusione quale vicenda essenzialmente modificativa delle società coinvolte¹⁴ – per la quale, anche nell'ipotesi di fusione in discorso, i rapporti sociali di partecipazione confluiscono nell'unica società, e per i soci si ha perciò “continuazione”, non “estinzione” del contratto sociale¹⁵: il che può farsi solo a condizione di ammettere (con l'opinione peraltro ormai prevalente) la sopravvivenza dello stesso vincolo societario, malgrado il verificarsi di una sua causa di scioglimento¹⁶.

Sembra, in altri termini, che onde coordinarsi con la visione modificativa/organizzativa dell'operazione, l'ipotesi in commento di una fusione di società in liquidazione imponga di aderire senza ulteriori riserve ad una rappresentazione dello scioglimento della società, come vicenda non già del venir meno del contratto, pur permanendo l'organizzazione, o comunque gli effetti dell'attività compiuta¹⁷, fino alla definitiva estinzione; bensì del venir meno (neppure peraltro irreversibile) soltanto di alcune valenze, di alcuni profili

¹³ Sull'interpretazione di tale disposizione, coincidente con il testo già introdotto nel 1991, cfr. ampiamente PACIELLO, *Su alcuni profili problematici della nuova disciplina della fusione e della scissione di società in liquidazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 641 ss.; e SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 21 ss.

¹⁴ Cfr. per questa visione la dottrina citata *supra*, nt. 5.

¹⁵ Cfr. in tal senso CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., 655; SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, cit., 4 ss.

¹⁶ Del resto, sarebbe ad esempio difficile ragionare, nell'ipotesi di fusione di società disciolte in discorso, di un rapporto di cambio fra azioni o quote pre- e post-fusione, se non rispetto ad una partecipazione sociale tuttora sussistente, invece che al mero aggregato di responsabilità residue e di una residuale pretesa ad una quota dell'attivo finale.

¹⁷ In questo senso cfr. lo stesso FERRI G., *Delle società*, sub art. 2272, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, 171, testo e nt. 2, ove pur dando atto della perdurante vincolatività del contratto durante la fase di liquidazione, la si riconduce all'irretroattività dello scioglimento, secondo i principi propri dei contratti di durata; posizione confermata nelle

effettuali di un vincolo, e del relativo rapporto, il quale perdura (non solo, dunque, l'organizzazione, ma lo stesso vincolo negoziale) ancorché modificato lungo la fase di liquidazione¹⁸, salvo a poter recuperare valenze e profili perduti – incluso il pieno significato negoziale delle partecipazioni individuali – a seguito dell'incisiva modifica attuata nel quadro di una fusione con una o più altre società. Per lo meno, pare questa un'istanza logica imposta dalla visione accreditata in Italia del fenomeno della fusione, come vicenda modificativa di un rapporto che, per ciò stesso, non può che intendersi tuttora perdurante, anziché "cessato", perfino nell'ipotesi – ove ammessa a prender parte all'operazione – di società disciolta (ma non ancora estinta).

Convorrà ricordare, d'altronde, che l'ipotesi di una fusione di società in liquidazione è stata introdotta in Italia in via di attuazione di una semplice "possibilità" offerta in tal senso dalla III Direttiva¹⁹, sulla base di modelli attinti ad altri ordinamenti europei.

In effetti, minori problemi di compatibilità logico/sistemica con lo stato di liquidazione delle società partecipanti (quale che ne sia la rappresentazione giuridica) pone forse l'idea di fusione imperante tutt'oggi in Francia ed in Germania, della fusione, rispettivamente, come la «*dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle*

successive edizioni dell'opera, e cfr. infatti *op. cit.*, rist. della 1ª ed., 1962, 171 s.; 2ª ed., 1968, 205 s.; 3ª ed., 1981, 240 s.

¹⁸ Per questa lettura dello scioglimento della società, cfr. con ampia argomentazione MAISANO, *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, *passim*, spec. 60 ss., ove anche (a 9 ss.) un esame analitico delle più risalenti posizioni dottrinali sull'argomento; nonché GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, 3ª ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 345, 349; BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, sub art. 2308, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 421 ss., ove altre citazioni; nella manualistica v., fra gli altri, COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, 4ª ed., Padova, 1999, 159 ss.; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, 17ª ed., Bologna, 2009, 90 ss., 423; JAEGER, DENOZZA, TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, 7ª ed., Milano, 2010, 157; BUONOCORE, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, 10ª ed., Torino, 2011, 272 s.; la stessa visione dello scioglimento, anche dove non esplicitata, sembra poi porsi a fondamento della tesi dell'applicabilità alla società in liquidazione delle cause di scioglimento del rapporto limitatamente ad un socio, e della revocabilità dello stato di liquidazione come "continuazione" della "stessa" società, e v. per tutti CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 120, testo e nt. 143.

Quanto osservato nel testo mi pare corrispondere alle puntuali considerazioni svolte, con specifico riguardo al tema in discorso, da PACIELLO, *Su alcuni profili problematici*, cit., 643 ss., nel senso della definitiva dissoluzione dell'organizzazione quale «unica condizione per il venir meno del vincolo negoziale originario» (*ivi*, 645).

¹⁹ Cfr. gli artt. 3.2 e 4.2: «la legislazione di uno Stato membro può prevedere che la fusione (...) possa essere attuata anche quando una o più società incorporate – nell'incorporazione – o una o più società che si estinguono sono in liquidazione, a condizione che (...)».

de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires avec échange des actions»²⁰; o come «Übertragung des Vermögens als Ganzes (...) gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften»²¹; così come anche del resto l'idea di fusione accolta nella stessa III Direttiva (certamente tributaria sul punto delle definizioni francese e tedesca)²² come operazione con cui: (“incorporazione”) «una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione ai soci della o delle società incorporate di quote della società incorporante» (art. 3); oppure (“fusione propriamente detta”) «più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad una società che esse costituiscono l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione ai loro soci di quote della nuova società» (art. 4). Una rappresentazione, questa, forse più vicina all'antica idea ascarelliana della fusione come «successione tra vivi in una universalità di diritto»²³, che non alle concezioni modificative oggi correnti nella dottrina italiana²⁴.

Ciò detto, il divieto – ormai applicabile, come visto, alle sole fusioni coinvolgenti società azionarie – di partecipazione all'operazione dopo avviata la distribuzione dell'attivo è da assumersi, stante anche la sua su richiamata radice comunitaria, in modo rigoroso²⁵. In questa prospettiva, si è ad

²⁰ Cfr. *Code de Commerce* francese, art. L. 236-3, su cui cfr. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, in RIPERT, ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I, 2, 18^a ed., Paris, 2002, 651 ss.; MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8^a ed., Paris, 2001, 784 ss.

²¹ Così la definizione generale contenuta al § 2 UmwG tedesco, su cui cfr. LUTTER M., in ID. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz-Kommentar*, I, 2^a ed., Köln, 2000, 151 ss.

²² Cfr. al riguardo le considerazioni critiche di SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 20 ss., 48 ss.

²³ Cfr. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale: società commerciali*, 2^a ed., Roma, 1933, 265.

²⁴ Più di recente anche in Italia, del resto, si è talora autorevolmente rilevata l'insufficienza di una concettualizzazione della fusione come mera modifica statutaria (cfr. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 507), tralasciandone l'innegabile momento traslativo e successorio (*ivi*, 505). Il profilo successorio dell'operazione è tradizionalmente enfatizzato in giurisprudenza (cfr. per tutte Cass., 27.1.1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, 470). La vicenda, in tal senso, sarebbe qualificata non dai meri caratteri di una modifica statutaria, ma anche dalla volontarietà del trasferimento, e dalla partecipazione alla vicenda da parte dei soci, reali interessati al patrimonio trasferito: cfr. OPPO, *Fusione e scissione*, 508. A considerazioni analoghe a quelle fin qui svolte nel testo si presta, sembra, anche la nuova disciplina delle scissioni di società (art. 2506 ss. c.c.), dalla quale scompare ora ogni riferimento espresso ad un profilo traslativo, preferendosi discorrere di “assegnare” e di “assegnazione”: cfr. sul punto, per alcuni rilievi critici, PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, 262.

²⁵ Cfr. però GENOVESE, *Fusione*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di Campobasso G.F., II, 1281, che ritiene necessario interpretare restrittivamente le limitazioni poste all'accesso all'operazione «in considerazione del *favor* per la fusione di derivazione comunitaria».

esempio precisato in giurisprudenza che esso non possa essere superato neppure attraverso la revoca dello stato di liquidazione²⁶.

Per converso, ove non abbia ancora avuto inizio la ripartizione dell'attivo²⁷, la società in liquidazione può comunque accedere alla fusione – sia in senso stretto che per incorporazione – con una o più altre società, ed in tale seconda ipotesi sia in posizione di incorporante che di incorporata.

La fusione, in tal caso, non implica la revoca dello stato di liquidazione²⁸, potendo al contrario corrispondere alle finalità stesse dello stato liquidativo, nel senso di costituire il mezzo per il migliore perseguimento dei suoi obiettivi²⁹; mentre la predetta revoca dovrà formare oggetto di una deliberazione precedente o contestuale (da assumersi, ove si tratti di società di capitali, secondo le regole di cui al nuovo art. 2487 *ter*) allorché, come di regola, la fusione sia la via prescelta per la riattivazione della società disciolta³⁰.

Non osta – si è specificamente affermato – alla legittimità della fusione il fatto che lo scioglimento della società sia dipeso dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale *ex art.* 2448, n. 4, c.c.³¹. L'ammissibilità della fusione in detta ipotesi è però subordinata a ciò – si è pure avuto cura di precisare – che il patrimonio netto dell'incorporante, o comunque di altra società partecipe all'operazione sia idoneo ad assorbire le perdite, di guisa che non venga a determinarsi a sua volta rispetto alla società esito della fusione il presupposto dei provvedimenti di cui all'art. 2447³².

²⁶ Cfr. T. Verona, 23.1.1995, in *Riv. notariato*, 1996, 271.

²⁷ Per GUERRERA, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, 325, «il divieto deve ritenersi operante dal momento in cui è stato approvato il bilancio finale di liquidazione». Diversamente, per SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 25, ove a nt. 63 altre citazioni, esplica portata preclusiva solo il materiale inizio della ripartizione dell'attivo; nello stesso senso cfr. DI SARLI, *Forme di fusione*, cit., 429 s.

²⁸ Cfr. PACIELLO, *Su alcuni profili problematici*, cit., 647.

²⁹ Cfr. MARCHETTI P., *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. notariato*, 1991, 19; DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 550; diversamente per SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 31 ss. (ove a nt. 87 citazioni in senso contrario), sarebbe comunque «essenziale» che «dalla fusione risulti una società attiva».

³⁰ Ampio esame del tema e delle possibili ipotesi, anche di revoca «implicita» dello stato di liquidazione, in DI SARLI, *Forme di fusione*, cit., 433 ss.

³¹ Cfr. A. Milano, 4.5.1993, in *Soc.*, 1993, 1229; A. Roma, 24.7.1993, in *Riv. notariato*, 1993, 678; T. Milano, 6.6.1994, in *Soc.*, 1994, 1570, ed in *Giur. comm.*, 1995, II, 398.

Prima dell'intervento di riforma, cfr. invece T. Roma, 19.3.1990, in *Soc.*, 1990, 1371, secondo cui nella stessa ipotesi, ed alle medesime condizioni, la fusione avrebbe potuto essere deliberata soltanto con il consenso unanime dei soci. Per T. Milano, 18.1.1985, in *Soc.* 1985, 421, la fusione di una società disciolta *ex art.* 2448 n. 4 c.c. sarebbe stata invece radicalmente illegittima.

³² Cfr. T. Milano, 6.6.1994, in *Soc.*, 1994, 1574, e in *Giur. comm.*, 1995, II, 398; T. Milano, 22.9.1995, in *Soc.* 1996, 803; nello stesso senso SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, cit., 23,

A notevoli incertezze – insieme logiche e pratiche – sembra dar luogo invece la deroga all'art. 2501, 2° co., ora disposta dall'art. 2505 *quater* per le fusioni non coinvolgenti società con capitale suddiviso in azioni: fusioni in tal modo ammesse non soltanto rispetto a società in stato di liquidazione, ma anche dopo che sia iniziata, ed in ipotesi – stante l'assoluto difetto di limitazioni o precisazioni di sorta nella predetta disposizione derogatoria – condotta perfino molto innanzi la distribuzione dell'attivo.

Si tratta qui, dunque, dell'ipotesi di una fusione cui partecipi una organizzazione sociale "non più integra", avendo la stessa già iniziato la distribuzione dell'attivo, e perciò essendosi già parzialmente realizzata la definizione dei rapporti sociali³³. Sicché non può neppure dirsi soddisfatta l'esigenza per cui, se non i vincoli contrattuali, almeno le organizzazioni siano "integre". In tal senso, resta incerto fino a quando sia ammissibile la fusione; fino a che punto, in altre parole, residui (almeno) un'organizzazione – prescindendo dall'interrogativo se residui o no anche un perdurante vincolo contrattuale, ancorché modificato e sfrondato di alcune sue valenze o profili effettuali dall'intervenuto scioglimento – da poter modificare, malgrado l'avvenuta estinzione man mano delle partecipazioni già definite con l'assegnazione della quota di riparto sull'attivo (ammesso, ovviamente, che un attivo residuo vi sia).

Il punto avrebbe certo meritato qualche precisazione legislativa, trattandosi di questione di notevole rilievo pratico.

4. (Segue). c) Società irregolari e società semplici

Nulla espressamente dispone, neppure a seguito della recente riforma, la disciplina in esame circa la controversa partecipazione alla fusione da parte di società irregolari.

Al riguardo, peraltro, l'inammissibilità della relativa fusione con altre società, è stata dichiarata dalla Suprema Corte già prima dell'intervento riformatore del 1991, per l'impossibilità di eseguire – stante appunto l'irregolarità della società – gli adempimenti pubblicitari disposti per gli atti del

27; SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 28 s.. Per T. Milano, 27.3.1996, in *Notariato*, 1997, 191, l'incorporante dovrà in tal caso deliberare la revoca della liquidazione.

³³ Cfr. al riguardo SCOGNAMIGLIO G., *Le fusioni e le scissioni «semplificate» nella riforma del diritto societario*, in *Riv. notariato*, 2003, 892, che segnala come la così ammessa fusione «anche in presenza di una parziale liquidazione dei singoli rapporti di partecipazione», «significa forse rinunciare per le fusioni non azionarie, a quel principio di continuità e continuazione dei rapporti di partecipazione originari nella società risultante, che nella nostra esperienza giuridica era ormai stato acquisito come uno dei tratti salienti dell'istituto della fusione».

procedimento di fusione a tutela dei terzi³⁴; occorrendo dunque, onde accedere all'operazione, che la società sia oggetto di previa regolarizzazione³⁵.

Sussistono invece ora indici testuali per la soluzione affermativa in tema di società semplici.

Rispetto a tali società, va ricordato, con riferimento al testo del 1991 era stata autorevolmente ritenuta l'inammissibilità della partecipazione alla fusione, attesa l'ineseguibilità anche in questo caso, alla stregua del regime pubblicitario all'epoca vigente, delle prescrizioni di pubblicità degli atti dell'operazione³⁶.

Rispetto a tale opinione può ora osservarsi, anzitutto, che detto ostacolo è stato ormai completamente rimosso, a seguito della prevista iscrizione anche delle società semplici in apposita sezione speciale del registro delle imprese, ai sensi dell'art. 10, 5° co., l. 29.12.1993, n. 580; cui si è attribuita poi - con l'art. 2, d.lg. 18.5.2001, n. 228 - l'efficacia dichiarativa di cui all'art. 2193, e perciò funzione di pubblicità legale.

In secondo luogo, l'aver espressamente precisato, all'art. 2502, testo 2003, il modo in cui l'approvazione deve avvenire "nelle società di persone" con riferimento generico ed indifferenziato alla categoria, non soltanto parrebbe rimediare alla scarsa considerazione di tali società a suo tempo rimproverata al d.lg. 16.1.1991, n. 22³⁷, ma più ancora sembra muovere apertamente nel senso di diradare i dubbi circa la possibilità di accesso all'operazione pure da parte di società semplici.

Ancora più esplicito è, infine, il riferimento testuale contenuto nell'attuale art. 2502 *bis*, ove si prescrive il deposito per l'iscrizione nell'ufficio del

³⁴ Cfr. Cass., 11.1.1989, n. 58, in *Soc.*, 1989, 454, in *Giur. comm.*, 1989, II, 515, e in *Dir. fall.*, 1989, II, 595, con la precisazione secondo cui in tal caso l'effetto della successione della società regolare nei rapporti e nelle controversie di cui era parte una società irregolare «va raggiunto per altra via (...): scioglimento della società di persone irregolare; liquidazione del patrimonio sociale sostituita, con convenzione tra i soci, dalla creazione di uno stato di comunione, fra costoro, del diritto reale sull'azienda sociale, in posizione di stasi (previo soddisfacimento dei creditori sociali); conferimento dell'azienda, da parte degli *ex* soci, nella società di persone regolare o nella società di capitali, con loro ingresso in questa nella qualità di nuovi soci».

³⁵ Cfr. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 93; per altri riferimenti v. DI SARLI, *Forme di fusione*, cit., 443.

³⁶ Al riguardo cfr. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 502, secondo cui l'inapplicabilità di fusione (e scissione) alle società semplici sembra discendere dalla previsione dell'art. 2, *sub a*, della legge-delega 26.3.1990 n. 69, «che ha riguardo alle società che esercitano una attività *commerciale*, previsione che appare riflessa nell'art. 9 del decreto (art. 2502-*bis*) nel quale - a proposito della deliberazione di fusione e della relativa iscrizione - è parola, oltre che delle società di capitali (co. 1°), solo delle "società previste dai capi III e IV" (società in nome collettivo e in accomandita semplice)». In senso contrario v. MARCHETTI, *Appunti*, cit., 18.

³⁷ Cfr. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., 502.

registro delle imprese della «decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV», con ciò espressamente includendo la società semplice³⁸, e perciò positivamente riconoscendone la possibilità di accesso all'operazione.

Art. 2501 bis – Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento

[1] Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo.

[2] Il progetto di fusione di cui all'articolo 2501-ter deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

[3] La relazione di cui all'articolo 2501-quinquies deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere.

[4] La relazione degli esperti di cui all'articolo 2501-sexies, attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma.

[5] Al progetto deve essere allegata una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società obiettivo o della società acquirente¹.

[6] Alle fusioni di cui al primo comma non si applicano le disposizioni degli articoli 2505 e 2505-bis.

¹ Comma così modificato dall'art. 37, 31° co., d.lg. 27.1.2010, n. 39.

commento di Andrea Vicari

Sommario: 1. Inapplicabilità alla fusione preceduta dall'acquisizione con indebitamento degli artt. 2358 e 2474 c.c. - 2. Caratteristiche della fusione per l'applicazione dell'art. 2501 bis c.c. - 3. L'informazione aggiuntiva da rendere prima della fusione. - 4. Inapplicabilità alla fusione preceduta dall'acquisizione mediante indebitamento di procedure semplificate.

³⁸ Il dato è opportunamente segnalato da SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni «semplificate»*, cit., 891; e da CAGNASSO, *sub art. 2501*, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, Bologna, 2004, 2309.