

Massima n. 180 [2019]

**Esenzione dalla situazione patrimoniale aggiornata  
in caso di fusioni e scissioni riconducibili all'art. 2505 c.c.**

(artt. 2501-quater, 2505, 2505-bis e 2506-ter c.c.; artt. 110, 113, 114, 115, 143 e 156  
Dir. UE 2017/1132)

*L'esenzione ex lege dalla redazione della situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater c.c., espressamente prevista in caso di "incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote" secondo quanto disposto dall'art. 2505-bis, comma 1, c.c., come modificato dal d.lgs. 123/2012, si applica anche al caso di incorporazione di società possedute al cento per cento e alle altre fattispecie di fusione e scissione riconducibili all'art. 2505 c.c., pur in mancanza di una espressa previsione in tal senso.*

MOTIVAZIONE

L'art. 2501-quater c.c. pone in capo agli amministratori di società interessate da procedimenti di fusione l'obbligo di redigere una situazione patrimoniale aggiornata, quando l'ultimo bilancio di esercizio sia riferito a data superiore ai sei mesi dal giorno del deposito del progetto di fusione presso la sede sociale o dalla sua pubblicazione sul sito internet della società, salvo il ricorso alla relazione finanziaria semestrale di cui all'art. 154-ter t.u.f. per le società con azioni quotate su mercati regolamentati. Altrettanto vale per la scissione in forza dell'art. 2506-ter, comma 1, c.c. Tale situazione patrimoniale va depositata presso la sede sociale o pubblicata sul sito internet della società nei trenta giorni (salva rinuncia al termine all'unanimità dei soci) che precedono la decisione di approvazione del progetto (art. 2501-septies c.c., richiamato dall'art. 2506-ter, comma 5, c.c.) e poi depositata con la decisione di approvazione del progetto nel registro delle imprese (art. 2502-bis c.c., richiamato dall'art. 2506-ter, comma 5, c.c.).

Ciò nonostante in tutte le fusioni e scissioni non si procede alla redazione della situazione patrimoniale se vi rinunziano tutti i soci e i portatori di strumenti finanziari che hanno il diritto di voto sull'approvazione del progetto (artt. 2501-quater, comma 3, c.c., e 2506-ter, comma 4, c.c.).

In alcuni casi, inoltre, gli amministratori sono esentati dal redigere e conseguentemente depositare la situazione patrimoniale aggiornata, senza che ciò richieda il previo unanime consenso degli aventi diritto al voto.

Sono due i casi in cui è espressamente prevista una esenzione ex lege della situazione patrimoniale: (i) il caso, previsto dall'art. 2505-bis c.c., della "incorporazione di una o più società in un'altra che possiede almeno il novanta per cento delle loro azioni o quote, qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni o quote dalla società incorporante per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso"; (ii) il caso, previsto dall'art. 2506-ter, comma 3, c.c., che si ha "quando la scissione avviene mediante la costituzione di una o più nuove società e non siano previsti criteri di attribuzione delle azioni o quote diversi da quello proporzionale".

Nessuna esenzione è espressamente prevista nella fusione per incorporazione di società interamente possedute e nella speculare scissione di società a favore di beneficiaria che la possiede interamente, nonché in tutte le ulteriori fattispecie di fusione e scissione riconducibili - in quest'ultima per il tramite dell'art. 2506-ter, comma 5, c.c. - all'art. 2505 c.c., ivi inclusi i casi di fusione e scissione che coinvolgono società nelle quali si replica una identica base sociale (gli stessi soci nelle stesse proporzioni e con gli stessi diritti: per questa ed altre estensioni v. le massime 22 e 23 del 18 marzo 2004).

Tuttavia, una medesima esenzione, una volta sancita nei casi in cui viene espressamente menzionata, deve essere riconosciuta anche – e, per certi versi, a maggior ragione – nelle fattispecie riconducibili all'art. 2505 c.c. per ragioni connesse alla *ratio* sottesa alla norma che prescrive la situazione patrimoniale quale ricostruibile proprio alla luce delle esenzioni espressamente stabilite e per ragioni di coerenza del sistema.

Per quanto alla *ratio* della prescrizione, si inizi con l'osservare che, se la situazione patrimoniale è rinunziabile da parte dei soci e dei portatori di strumenti finanziari con diritto di voto, ciò significa che essa non risponde agli interessi dei creditori e dei terzi in generale: tali interessi rilevano al riguardo soltanto per la necessità che, *ove redatta*, la situazione venga pubblicata con la delibera di approvazione del progetto. Ne deriva che la redazione della situazione patrimoniale risponde esclusivamente all'interesse (all'informazione) dei soggetti che partecipano alla società e possono partecipare alla decisione sull'operazione.

Peraltro, se la situazione patrimoniale non è richiesta nei casi di cui agli artt. 2506-ter, comma 3, e 2505-bis c.c., ciò significa che essa non sempre è ritenuta uno strumento imprescindibile di informazione per i partecipanti alle società coinvolte.

In primo luogo, non necessita (art. 2506-ter, comma 3) quando gli stessi soci si ritrovino ad essere gli unici soci, e con le stesse proporzioni e diritti, della società che origina dalla scissione della loro società: ciò perché il valore complessivo delle loro partecipazioni non può cambiare, a scissione realizzata, rispetto alla situazione anteriore, indipendentemente da quale sia la situazione patrimoniale della scissa. A ben vedere, però, lo stesso accade nel caso di beneficiaria già esistente che abbia gli stessi soci della scissa i quali partecipino alle due società nelle medesime proporzioni e con i medesimi diritti; nonché nel caso di scissione a favore di beneficiaria interamente posseduta dalla scissa (scissione inversa) se la base sociale della scissa si ripropone inalterata nella beneficiaria: anche in tali casi, ricorrendo la medesima *ratio*, non v'è ragione di pretendere la situazione patrimoniale aggiornata.

In secondo luogo, tale situazione non è richiesta nella fusione e nella scissione tra società nelle quali una possiede l'altra in misura non inferiore al 90% del capitale se alla minoranza interna alla società da altra posseduta si offre l'*exit* a valori di recesso: e ciò benché tale minoranza possa giovare delle informazioni desumibili da situazioni patrimoniali aggiornate proprio per optare in modo ponderato tra il rimanere soci secondo il rapporto di cambio indicato nel progetto (ma non giustificato e illustrato nella relazione dell'organo amministrativo, anch'essa dispensata) e il cedere la propria partecipazione per il corrispettivo offerto. A *maggior ragione*, allora, non deve aversi per imposta la situazione patrimoniale nelle fusioni e scissioni riconducibili all'art. 2505 c.c., posto che in tali fattispecie non si pone né un problema di verifica del rapporto di cambio né un problema di scelta tra il partecipare alla società risultante con la posizione prevista nel progetto e il cedere a giusto prezzo la propria attuale partecipazione.

Del resto, il difetto di coordinamento tra le disposizioni del codice civile in argomento (artt. 2505, 2505-bis, 2506-ter, comma 3, c.c.), a cui la massima pone rimedio, si

spiega perché il testo attuale degli artt. 2505-*bis* e 2506-*ter*, comma 3, c.c. è frutto dell'adeguamento, realizzato con il d.lgs. 123/2012, alla Dir. 78/855/Cee, come modificata con la Dir. 109/2009/CE, la quale è intervenuta a fini semplificatori sui casi da ultimo considerati, senza avvedersi che le semplificazioni introdotte in tali fattispecie, con l'intento sostanziale di parificarle alle semplificazioni già presenti nelle operazioni tra società tra cui intercorre un possesso totalitario, erano addirittura maggiori di quest'ultime, nelle quali l'esenzione dalla situazione patrimoniale aggiornata non era testualmente prevista. Tale difetto di coordinamento permane nella Dir. (UE) 2017/1132, nella quale la normativa precedente è confluita, sicché anche a livello comunitario si impone una interpretazione teleologica e sistematica per la quale, se la situazione patrimoniale aggiornata non viene prescritta per le fusioni in cui si incorporano società possedute almeno al 90 per cento alla condizione predetta (artt. 114 e 115), essa deve ritenersi non pretesa neanche, e a maggior ragione, nell'incorporazione di società interamente possedute (art. 110) nonostante il mancato richiamo, tra le disposizioni non applicabili a quest'ultima fattispecie, di quella relativa alla situazione patrimoniale aggiornata (art. 97, par. 1, lettera c). Il difetto di coordinamento nella fonte comunitaria e la sua indecisione sulla imperatività o facoltatività della disposta esenzione per gli Stati membri (si confronti il testo degli artt. 114 e 115) spiegano anche perché alcuni Stati, con coerenza, non hanno ritenuto di riconoscere l'esenzione in discorso tanto nelle situazioni di possesso totalitario quanto in quelle di possesso maggioritario non inferiore al 90 per cento.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

Nel senso prospettato dalla Massima si v. RESCIO G.A., *La fusione e la scissione*, in Aa.Vv., *La trasformazione. La fusione e la scissione. Lo scioglimento e la liquidazione*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, Cedam, 2015, 219 e s. ove si legge: “[..] l’art. 2505-*bis* c.c. in un primo tempo riconnetteva la non necessità della sola relazione degli esperti [...] Tale disposizione, tuttavia, è stata modificata dal d.lgs. 123/2012, il quale con intento di semplificazione ha aggiunto anche la dispensa dalla relazione degli amministratori e dalla situazione patrimoniale. L’esenzione dalla relazione degli amministratori parifica la fattispecie dell’art. 2505-*bis* a quella dell’art. 2505 [...] L’esenzione dalla situazione patrimoniale, addirittura, va oltre quanto tuttora prevede l’art. 2505, ove non si legge di alcuna deroga all’art. 2501-*quater*. È più che evidente, peraltro, che il disallineamento delle due disposizioni in punto di non necessità della situazione patrimoniale non è frutto di una scelta intenzionale. Se la situazione patrimoniale non è più richiesta nell’incorporazione di una società posseduta al 90%, dove essa potrebbe fornire utili spunti per consentire alla minoranza di verificare se sia preferibile conseguire le partecipazioni assegnate o farsi acquistare le proprie partecipazioni, a maggior ragione non v’è motivo che venga richiesta nell’incorporazione di società interamente posseduta. Il difetto di coordinamento, che avrebbe dovuto realizzarsi mediante un parallelo intervento sul testo dell’art. 2505, co. 1, sembra allora rimediabile dall’interprete proprio alla luce dello scopo del d.lgs. n. 123/2012 di parificazione del corredo documentale richiesto nelle fattispecie riconducibili alle fusioni e scissioni semplificate [...]”

Su tale questione si v. altresì SALAFIA V., *L’incorporazione di società posseduta al 90 %*, in *Soc.*, 2017, 1193 e ss. ove si legge, (nella parte relativa all’analisi dell’art.

2505 c.c.): “Non è prevista la disapplicazione dell’art. 2501-*quater* c.c., il quale impone agli amministratori delle società partecipanti alla fusione la redazione della situazione patrimoniale di ciascuna società con l’osservanza delle norme sul bilancio di esercizio (con riferimento tacito all’art. 2426 c.c.); tuttavia l’omissione di questa norma, fra quelle da disapplicare, si spiega perché i soci della società incorporante conoscono già la consistenza ed il valore del patrimonio dell’incorporanda, secondo le notizie fornite dal bilancio di esercizio e l’unico socio della incorporanda, costituito dalla società incorporante, conosce pienamente il patrimonio della incorporanda della cui gestione essa si occupa per il tramite dell’organo amministrativo da essa stessa costituito.” Si vedano anche GENGHINI L. – SIMONETTI P., *Le società di capitali e le cooperative*, Cedam, 2015, 1367 e ss., i quali evidenziano la maggior semplificazione, a seguito dell’intervento normativo suddetto, in caso di incorporazione di società possedute al novanta per cento, senza tuttavia prendere posizione sull’applicabilità delle stesse anche in caso di incorporazione di società possedute al cento per cento.

Sul punto si v. altresì CACCHI PESSANI S., *Art. 2505-bis*, in *Delle società, dell’azienda, della concorrenza, Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2015, 1595 e ss., il quale evidenzia le diverse ragioni che stanno alla base delle semplificazioni previste dagli artt. 2505 e 2505-*bis* c.c., senza tuttavia prendere espressamente posizione sulla questione prospettata dalla Massima: “la norma è ispirata a logiche in parte analoghe a quelle che giustificano l’art. 2505 c.c. [...] Tuttavia, mentre la disciplina dettata dall’art. 2505 c.c. per l’incorporazione di società interamente possedute rappresenta un naturale adattamento del procedimento di fusione alle caratteristiche concrete di una operazione che non dà luogo a concambio e non determina l’allargamento della compagine sociale dell’incorporante, l’incorporazione di società possedute al novanta per cento incide anche sull’assetto partecipativo del gruppo e coinvolge interessi che fanno capo alle compagini sociali di tutte le società che partecipano alla fusione [...]. Le semplificazioni disposte dalla norma in commento riflettono allora, più che una caratteristica intrinseca e specifica dell’operazione, una valutazione di opportunità del legislatore [...]”

In senso contrario si v., invece, D’ANGELO A., *Incorporazione di società interamente possedute (art. 2505 c.c.)*, in *Codice delle Società*, a cura di N. Abriani, Utet, Torino, 2016, 2374 ove si legge: “da tale nuovo assetto normativo può fondatamente desumersi che, coerentemente con il disposto dell’art. 25 della III dir. CE, l’obbligo di deposito (o di pubblicazione sul web) della situazione patrimoniale ricorra, in capo alla incorporante, anche nell’ipotesi di fusione semplificata qui esaminata a meno che i soci non vi abbiano rinunciato con consenso unanime ai sensi dell’art. 2501-*quater*, ult. co.”

In generale sulle fusioni semplificate, prima del D.lgs. 22 giugno 2012, n. 123, si v. ATLANTE N., *La fusione semplificata*, in *Riv. not.*, 2007, 637 e ss.; CNN STUDIO N. 204/2009/I, *La fusione cd. semplificata di cui all’art. 2505 cod. civ.: casistica e problemi dopo la riforma*, di MUSCARIELLO e SANTANGELO; GENGHINI L. – SIMONETTI P., *Le società di capitali e le cooperative*, Cedam, 2015, 1367 e ss.; FERRUCCI A. – FERRENTINO C., *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, Milano, Giuffrè, 2012, 2241 e ss.; SALAFIA V., *La fusione per incorporazione di società interamente o al 90 % possedute*, in *Soc.*, 2006, 16 e ss.; BRODASCA M.T., *Artt. 2505 e 2505-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, Milano, Egea, 2006, 975 e ss.; GUIZZI G. – G. FERRI JR., *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*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Utet, 2007; MAGLIULO F., *La fusione delle società*, Ipsoa, 2009, 558 e ss.; SANTA-GATA C., *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Utet, 2004; SCOGNAMIGLIO G., *Le fusioni e le scissioni semplificate nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 889 e ss.; MICCOLI R., *Artt. 2505 e 2505-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003, 471 e ss.

A seguito delle modificazioni apportate dal D.lgs. 22 giugno 2012, n. 123 si v.: BUSANI A., *Fusioni e scissioni più facili con il D.Lgs. n. 123/2012. Ma ... internet "semplifica" davvero fusioni e scissioni?*, in *Soc.*, 2012, 1028 e ss.; CNN STUDIO N. 101/2013/I, *Le semplificazioni in materia di documentazione nella fusione e nella scissione*, di ATLANTEN. e RUOTOLO A.; PANDIMIGLIO M., *Le nuove modifiche al Codice Civile in materia di operazioni straordinarie fra imprese: la riduzione degli obblighi di informazioni in caso di fusioni e scissioni societarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 149 e ss.; ID., *Le operazioni straordinarie tra imprese alla luce del d.lgs. 22 giugno 2012, n. 123, tra "virtualizzazione" degli obblighi di informazione e riduzione di tutela dei terzi creditori*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1122 e ss., ed ivi 1146 e s.; DEMURO I., *Fusioni e scissioni: nuove semplificazioni documentali e pubblicitarie*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 427 e ss.; GENOVESE A., *Art. 2505 e 2505-bis*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, Giuffrè, 2016, 3379 e ss.; SALAFIA V., *L'incorporazione di società posseduta al 90 %*, in *Soc.*, 2017, 1193 e ss.; D'ANGELO A., *Incorporazione di società interamente possedute (art. 2505 c.c.)*, in *Codice delle Società*, a cura di N. Abriani, Utet, Torino, 2016, 2361 e ss.; D'ANGELO A., *Incorporazione di società possedute al novanta per cento (art. 2505-bis c.c.)*, in *Codice delle Società*, a cura di N. Abriani, Utet, Torino, 2016, 2377 e ss.; CACCHI PESSANI S., *Art. 2505*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza, Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2015, 1579 e ss.; CACCHI PESSANI S., *Art. 2505-bis*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza, Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2015, 1595 e ss. [nota bibliografica a cura di MARTA PIN]