

Massima n. 7

Fusione di società di persone dalla quale risulti una società di capitali - presupposti per la necessità della redazione della relazione di stima ex art. 2501-sexies, comma 6 e 2343 c.c. - casi che ne consentono l'omissione

Relazione di stima e relazione sulla congruità del rapporto di cambio – diversità di funzioni determinante la necessità della prima anche in assenza della seconda – applicazione analogica dell'art. 2500-ter, comma 2, c.c.

S.r.l. risultante dalla fusione o incorporante – art. 2343, commi 3 e 4, c.c. – non applicabilità

Nomina di più esperti distinti per ciascuna società – redazione e sottoscrizione per la società di persone da parte del solo esperto da essa nominato

I

Nella fusione la redazione della relazione di stima a norma dell'art. 2343, prevista dal comma 6 dell'art. 2501-sexies, è necessaria solamente quando concorrono i seguenti presupposti:

- che si tratti di fusione, propria o per incorporazione, alla quale partecipi almeno una società di persone ed al contempo la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una società di capitali;

- che il capitale della società incorporante o risultante dalla fusione venga determinato imputando ad esso elementi patrimoniali della società di persone.

II

La relazione di stima non è quindi necessaria: nei casi di fusione c.d. "semplificata" (art. 2505); in tutti i casi in cui non si faccia luogo ad aumento di capitale dell'incorporante; quando il capitale viene aumentato utilizzando elementi del netto patrimoniale già esistenti nel bilancio dell'incorporante, ovvero, nella fusione propria, quando il capitale della nuova società di capitali originata dalla fusione è uguale al capitale o al netto patrimoniale della società di capitali partecipante alla fusione.

III

La relazione di stima del patrimonio della società di persone, se necessaria, deve essere redatta anche se non si fa luogo alla redazione della relazione sulla congruità del rapporto di cambio, stante la diversità di funzione tra le due relazioni. In tali casi per le modalità di nomina o designazione dell'esperto e di redazione

della relazione di stima troverà applicazione analogica l'art. 2500-ter, comma 2, che rinvia alternativamente agli artt. 2343 o 2465.

IV

Qualora la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una società a responsabilità limitata, non trovano applicazione i commi 3 e 4 dell'art. 2343, e non si deve pertanto procedere alla revisione della stima, in applicazione analogica dell'art. 2500-ter, comma 2, ovvero dello stesso art. 2465.

V

In caso di nomina di esperti distinti per ciascuna società partecipante alla fusione, la relazione di stima del patrimonio della società di persone potrà essere redatta e sottoscritta dal solo esperto nominato dalla stessa società di persone.

Motivazione

I) - II) Il sesto comma dell'art. 2501-sexies c.c., inserito ex novo dalla riforma, prevede che “ai soggetti di cui ai precedenti terzo e quarto comma è altresì affidata, in ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali, la relazione di stima del patrimonio della società di persone a norma dell'art. 2343”.

La nuova norma ha grande rilievo in quanto risolve definitivamente in senso affermativo la questione, già oggetto di numerosi e vivaci dibattiti, della necessità di procedere alla redazione di una relazione di stima del patrimonio di una o più società partecipanti ad una fusione. Con essa si aderisce alla tesi, già prevalente in dottrina e pressoché pacifica in giurisprudenza, secondo la quale le norme sulla stima dei conferimenti in natura dettate dall'art. 2343 c.c. e richiamate dall'art. 2440 c.c. per garantire l'effettività del capitale, a tutela non solo dei soci ma anche dei terzi in genere e dei creditori sociali in particolare, pur se non espressamente richiamate in sede di fusione, sarebbero state nondimeno applicabili in via analogica in caso di fusione (allora definita “eterogenea”), alla quale partecipasse almeno una società di persone e che comportasse anche la “trasformazione” della stessa in società di capitali (ad esempio: fusione propria di due società di persone in una nuova società di capitali; fusione per incorporazione di una o più società di persone in una preesistente società di capitali ecc.). In tali casi, infatti, vanno a costituire il capitale della società (di capitali) risultante dalla fusione od incorporante valori patrimoniali formati senza l'integrale osservanza delle norme in tema di bilancio dettate per le sole società di capitali e, pertanto, si ripro-

pongono le stesse esigenze di tutela dell'effettività del capitale poste alla base degli artt. 2343 e 2440 c.c. in tema di conferimenti in natura, nonché del principio dettato dall'art. 2498, comma 2, ante riforma (attuale art. 2500-ter, comma 2) in tema di trasformazione c.d. "progressiva".

Tale opinione non era però del tutto pacifica: infatti, di fronte al silenzio della legge sul punto, si sosteneva da taluni che l'omissione non fosse dovuta a dimenticanza, ma ad una precisa volontà, in quanto la fusione non attuerebbe né un conferimento, né un trasferimento di beni o rapporti determinati, né una semplice vicenda modificativa, ma un'ipotesi di successione generale in tutti i rapporti delle società incorporate o fuse; questo peculiare fenomeno sarebbe compiutamente ed esaustivamente regolato da norme proprie, tra cui in particolare l'art. 2503 relativo all'opposizione dei creditori sociali che costituisce l'unico strumento di tutela del ceto creditorio, di modo che nessuno spazio sarebbe stato lasciato alla possibilità di applicare analogicamente norme proprie di fenomeni differenti.

In una diversa prospettiva, altri sostenevano che la funzione della relazione di stima ex art. 2343 fosse assorbita dalla stima sulla congruità del rapporto di cambio, poiché l'esperto incaricato di valutare tale congruità non potrebbe limitarsi a mettere a confronto i patrimoni delle società partecipanti alla fusione, ma dovrebbe altresì procedere all'accertamento dei valori correnti dei relativi patrimoni netti. A ciò si aggiunga che nello schema di legge delegata predisposto dalla Commissione D'Alessandro era stato previsto che "l'esperto eventualmente nominato ai sensi dell'art. 2343 svolge anche i compiti indicati nel I comma", tra cui quello di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, ma tale inciso non fu poi inserito nel testo definitivo dell'art. 2501-quinquies c.c., e tale circostanza non aveva mancato di alimentare una volta di più il dibattito circa la volontarietà o meno della mancata previsione legislativa. Alcuni autori, tuttavia, avevano sostenuto che la necessità della relazione di stima restasse impregiudicata, così come la possibilità di affidarne la redazione agli stessi esperti nominati per valutare la congruità del rapporto di cambio, e che il mancato recepimento della disposizione suggerita dalla Commissione fosse spiegabile con la mancanza in tale norma di una chiara indicazione dei casi in cui la relazione di stima era necessaria.

La nuova norma, come detto, ha il pregio di risolvere in senso affermativo la questione, ma la sua non felice formulazione letterale necessita di talune precisazioni.

In primo luogo, la delimitazione della fattispecie alle “ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali” è al contempo troppo restrittiva e troppo ampia. Troppo restrittiva, perché sembra dettata solo per la fusione propria, mentre non vi è ragione di dubitare che essa trovi applicazione anche nella fusione per incorporazione, ed inoltre perché contempla solo la fusione tra società di persone e società di capitali, mentre – come detto in precedenza – la relazione di stima dei patrimoni delle società partecipanti alla fusione è necessaria anche qualora si fondano due o più società di persone, se la società risultante dalla fusione è una società di capitali. Essa è però soprattutto troppo ampia perché non in tutte le “ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali” ricorrono le esigenze di tutela dell’effettività e della corretta formazione del capitale sociale che giustificano la necessità di stimare il patrimonio della società di persone. Ciò non avviene, innanzitutto, quando la società incorporante o quella risultante dalla fusione è una società di persone, nella quale il capitale non assolve ad una funzione di garanzia per i creditori sociali paragonabile a quella delle società di capitali, e pertanto la sua corretta e veritiera formazione e conservazione non è presidiata da apposite norme. Ma, inoltre, non sembrano ricorrere le predette esigenze di tutela in tutti i casi in cui gli elementi del patrimonio della società di persone non concorrono a formare o ad aumentare il capitale della società di capitali risultante dalla fusione od incorporante, non vengono insomma imputati al capitale di quest’ultima (per esempio: fusione propria tra una società di persone ed una società di capitali che danno vita ad una nuova società di capitali, il cui capitale è uguale al capitale o al netto patrimoniale della società di capitali fusa; fusione per incorporazione di una società di persone in una società di capitali che non aumenta il capitale, o lo aumenta attingendo alle proprie riserve disponibili e senza utilizzare elementi patrimoniali della società incorporata).

La relazione di stima non è pertanto necessaria in tutte le ipotesi in cui non si procede ad alcun aumento di capitale, e precisamente:

- nelle fusioni c.d. “semplificate” di cui all’art. 2505 (fusioni nelle quali l’aumento di capitale non è essenziale e, se viene deliberato, è operazione solo occasionalmente collegata con la fusione che resta disciplinata dalle norme sue proprie), in cui l’incorporante è l’unico socio dell’incorporata (o viceversa) ovvero le compagini di tutte le società partecipanti alla fusione sono composte dai medesimi soci che detengono le stesse percentuali di partecipazione ai capitali di tutte le società ovvero l’intero capitale dell’incorporata è posseduto in parte direttamente dall’incorporante ed in parte dai soci di quest’ultima ovvero ancora si

tratta di fusione per incorporazione c.d. “a cannocchiale” (A possiede interamente B che possiede interamente C ecc.). In tutte queste ipotesi, infatti, non si fa luogo ad aumento di capitale perché manca il rapporto di cambio e non vi è necessità di emettere nuove partecipazioni da assegnare ai soci della società incorporata, ma l’operazione si compie semplicemente annullando il capitale della società di persone incorporata;

- nelle altre fusioni, quando vi è bensì un rapporto di cambio, ma ai soci della società incorporata vengono assegnate partecipazioni della società incorporante senza che sia necessario aumentare il capitale di quest’ultima, come avviene per esempio se i soci dell’incorporante “restringono” proporzionalmente le loro partecipazioni riducendone il valore nominale o cedendo parte delle proprie azioni ai soci dell’incorporata, o ancora se la società incorporante assegna ai soci dell’incorporata azioni proprie già detenute in portafoglio o acquistate a tale scopo, ovvero ancora se ai soci dell’incorporata vengono assegnate azioni di nuova emissione prive di valore nominale (art. 2346, comma 3).

Nella particolare ipotesi di fusione per incorporazione di società posseduta al novanta per cento, anche quando agli altri soci dell’incorporanda viene concesso il diritto previsto dall’art. 2505-bis, la redazione della relazione di stima sarà necessaria se, per assegnare partecipazioni dell’incorporante ai soci dell’incorporanda che decidono di non esercitare tale opzione, è necessario procedere all’aumento di capitale dell’incorporante.

La relazione di stima non è necessaria poi in tutte le ipotesi in cui il capitale dell’incorporante viene aumentato, ma utilizzando elementi del netto patrimoniale già esistenti nel suo bilancio, ovvero, nella fusione propria, quando il capitale della nuova società di capitali originata dalla fusione è uguale al capitale o al netto patrimoniale della società di capitali fusa; in entrambi i casi, infatti, vi è una creazione o un aumento di capitale, ma esso avviene senza imputare allo stesso elementi patrimoniali della società di persone.

Non sembra corretto sostenere che, pur in mancanza di qualsiasi aumento di capitale, la relazione di stima sia necessaria comunque per accertare che il patrimonio netto della società di persone non sia in realtà negativo: manca infatti in tale ipotesi quell’esigenza di tutela dell’effettività del capitale sociale che sta alla base della relazione di stima ed in definitiva essa non si differenzia dall’ipotesi di acquisto oneroso di un’azienda passiva, per la quale la legge non richiede alcuna relazione di stima del complesso aziendale acquistato.

In conclusione può dunque affermarsi che la redazione della relazione di stima ai sensi dell'art. 2343, prevista dal comma 6 dell'art. 2501-sexies, è necessaria solamente quando concorrono i seguenti presupposti:

- che si tratti di fusione, propria o per incorporazione, alla quale partecipi almeno una società di persone ed al contempo la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una società di capitali;
- che il capitale della società incorporante o risultante dalla fusione venga determinato imputando ad esso elementi patrimoniali della società di persone.

Diverso problema, sul quale non si prende posizione in questa sede, è se vi siano altri casi, oltre quelli previsti dal comma 6 dell'art. 2501-sexies, nei quali sia necessario o possibile procedere alla redazione di una relazione di stima del patrimonio di alcuna delle società partecipanti ad una fusione, e segnatamente in caso di fusione c.d. "omogenea" tra società di capitali.

III) – IV) Da quanto detto in precedenza discende che la funzione della relazione di stima è assai diversa da quella della relazione sulla congruità del rapporto di cambio e che pertanto la scelta del legislatore di menzionare la prima aggiungendo un comma conclusivo all'articolo dedicato alla disciplina della seconda, lungi dal potersi considerare indice di una necessaria interdipendenza o "continenza" tra i due documenti, deriva unicamente dall'intento semplificatore di cumulare negli stessi soggetti l'incarico di redigere le due relazioni.

Tale diversità di funzione appare evidente se si considera che la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, pur partendo dal raffronto tra i patrimoni delle società coinvolte nella fusione, ha il compito di valutare un elemento che costituisce il punto di equilibrio patrimoniale tra i soci delle varie società, la cui determinazione dipende anche da svariati altri fattori e rappresenta il momento "contrattuale" della fusione; detta relazione pertanto soddisfa esclusivamente un interesse dei soci, i quali infatti, almeno quando nella fusione non sono coinvolte società azionarie, possono rinunciare alla sua redazione (art. 2505-quater).

La relazione di stima in esame, viceversa, ha il compito di accertare il valore effettivo del patrimonio della società di persone coinvolta nella fusione ed assolve pertanto alla ben diversa funzione di assicurare la corretta ed effettiva formazione del capitale della società incorporante o risultante dalla fusione, tutelando in tal modo non solo i soci, ma anche i terzi in genere, ed i creditori sociali in particolare, dal pericolo di "annacquamento" del capitale.

A riprova della pluralità di interessi tutelati dalla relazione di cui all'art. 2343 possono citarsi sia la circostanza che essa debba essere redatta anche in caso di costituzione di società con unico socio, sia la previsione della revisione della stima, che interviene in un momento successivo a quello in cui il valore del conferimento, accertato dall'esperto, è stato accettato dai soci.

Ne deriva che, in presenza dei presupposti innanzi indicati e qualora nessuna delle società partecipanti alla fusione sia una società azionaria, i soci potranno rinunciare alla redazione della relazione sulla congruità del rapporto di cambio (art. 2505-quater), ma sarà ugualmente necessario procedere alla relazione di stima del patrimonio della società di persone poiché essa è posta anche a tutela di interessi indisponibili da parte dei soci.

E ad analoga conclusione può giungersi anche quando sono coinvolte nella fusione società azionarie, se si aderisce all'orientamento che consente anche in tal caso la rinuncia da parte di tutti i soci alla relazione di cui all'art. 2501-sexies, comma 1, così come nell'ipotesi in cui la relazione sul rapporto di cambio manchi perché si tratta di incorporazione di società posseduta al novanta per cento (art. 2505-bis). In tali ipotesi, tuttavia, mancando gli esperti incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, la relazione di stima dovrà essere redatta da un esperto nominato dalla società (se la società incorporante o quella risultante dalla fusione è una società a responsabilità limitata), ovvero designato dal Tribunale (se la società incorporante o quella risultante dalla fusione è una società azionaria), in applicazione analogica dell'art. 2500-ter, comma 2, che correttamente - a differenza della norma in esame - rinvia alternativamente agli artt. 2343 o 2465.

Si evidenzia pertanto anche sotto altro aspetto l'infelice formulazione della norma. Una volta chiarito che la relazione di stima deve essere redatta solo nel caso di fusione che comporta anche una "trasformazione progressiva", sarebbe stato infatti più corretto rinviare alla relazione richiesta dall'art. 2500-ter, comma 2 in tema di trasformazione, piuttosto che a quella prevista dall'art. 2343 relativa ad un fenomeno - il conferimento - ontologicamente diverso. Infatti la relazione di stima in sede di trasformazione, avendo ad oggetto non singoli beni da conferire ma l'intero patrimonio della società trasformanda, attraverso la valutazione analitica dei singoli elementi attivi e passivi che lo compongono, e mirando ad accertare la consistenza del patrimonio netto di quest'ultima, in modo da garantire che esso sia almeno pari al capitale della società risultante dalla trasformazione, appare più vicina alla relazione di stima in

sede di fusione di quanto non lo sia quella prevista dall'art. 2343. Inoltre il legislatore della riforma ha dettato un'autonoma disciplina della stima dei conferimenti in natura nelle società a responsabilità limitata, da un lato semplificando il meccanismo della nomina dell'esperto e dall'altro escludendo implicitamente la necessità della revisione della stima, e pertanto sarebbe stato opportuno quantomeno un rinvio che comprendesse anche l'art. 2465.

Pur in mancanza di tale rinvio, tuttavia, può ritenersi che, qualora la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una società a responsabilità limitata, non trovino applicazione i commi III e IV dell'art. 2343 e non si debba pertanto procedere alla revisione della stima, ciò sempre applicando analogicamente l'art. 2500-ter, comma 2, ovvero lo stesso art. 2465.

V) Per quanto riguarda i soggetti incaricati di redigere la relazione di stima, il rinvio compiuto ai commi terzo e quarto comprende tanto l'ipotesi che ciascuna società proceda alla nomina di un proprio esperto, quanto quella che tutte o alcune delle società partecipanti alla fusione richiedano congiuntamente al tribunale la nomina di uno o più esperti comuni.

In caso di nomina di esperti distinti per ciascuna società si è sostenuto che, dal momento che l'esperto incaricato da una società di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio deve compiere una stima comparativa tra le società coinvolte, egli deve necessariamente acquisire informazioni sulla consistenza patrimoniale di tutte le società partecipanti all'operazione e, pertanto, la relazione di stima ex art. 2343 sarà unica, ma dovrà essere sottoscritta congiuntamente da tutti gli esperti nominati dalle varie società.

Tale opinione non appare del tutto convincente. Se infatti, in coerenza a quanto affermato in precedenza, si ravvisa la funzione della relazione di stima nel soddisfare l'esigenza di assicurare la corretta ed effettiva formazione del capitale della società incorporante o risultante dalla fusione, ne deriva che essa deve fornire una valutazione obiettiva ed effettiva del patrimonio della società stimata, corroborata tanto dai requisiti professionali richiesti in ogni caso all'esperto incaricato di redigerla (oltre che dalla sua imparzialità in caso di designazione da parte del Tribunale), quanto dall'asseverazione di giuramento richiesta dalla legge.

D'altro canto, l'esigenza di acquisire informazioni sulla consistenza patrimoniale di tutte le società coinvolte nella fusione può agevolmente essere soddisfatta ottenendo copia della relazione di stima redatta dal so-

lo esperto nominato dalla società di persone e non conduce necessariamente ad affermare che tutti gli esperti debbano sottoscrivere, e dunque accettare e condividere, se non addirittura redigere congiuntamente, la relazione stessa. Potrà certamente accadere che l'esperto incaricato da un'altra società non condivida la stima del patrimonio della società di persone effettuata dall'esperto nominato da quest'ultima, ma in tal caso il suo giudizio negativo si rifletterà sul parere sulla congruità del rapporto di cambio, del quale soltanto egli è investito, e non paralizzerà l'intero procedimento con un rifiuto di sottoscrivere la relazione di stima.

Appare pertanto preferibile affermare che, in caso di nomina di esperti distinti per ciascuna società, la relazione di stima del patrimonio della società di persone potrà essere redatta e sottoscritta dal solo esperto nominato dalla stessa società di persone.