

Verona, 30 novembre 2018

FOCUS

La situazione patrimoniale di fusione (ex art. 2501-quater del Codice civile)

DISCLAIMER: La presente circolare ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale e non costituisce un parere professionale né può considerarsi come sostitutivo di una consulenza specifica.

INFORMATIVA SI SENSI DEL REGOLAMENTO EUROPEO 679/16 (GDPR): La presente circolare è inviata a soggetti che hanno fornito liberamente i propri dati personali nel corso di rapporti professionali, di incontri o simili. I dati personali in questione sono trattati per finalità collegate ai rapporti professionali intercorrenti con gli interessati, per finalità informative ma non sono comunicati a soggetti terzi. Il “titolare” del trattamento dati è Studio Righini e Associati con sede in Verona, Piazza Cittadella, 13. Il trattamento dei dati è curato solo da soci, collaboratori e dipendenti incaricati del trattamento o da incaricati di occasionali operazioni di manutenzione. Qualora Lei avesse ricevuto la presente circolare per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro potrà comunicarcelo inviando una e-mail a studiorighini@studiorighini.it

Fra i documenti che gli organi amministrativi delle società coinvolte in un'operazione di fusione devono predisporre, è prevista anche la situazione patrimoniale ex art. 2501-quater co.1 c.c.; tale articolo infatti prevede che l'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione debba redigere, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, una situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa. Ai fini del computo dei predetti centoventi giorni dalla data di riferimento della situazione patrimoniale, si evidenzia che, come stabilito dalla massima n. 87 del Consiglio Notarile di Milano, rileva esclusivamente la data di deposito del progetto di fusione, e non la data di deposito di documentazione diversa dal progetto.

Detta situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione sopra indicato, ovvero, nel caso di società quotata in mercati regolamentati, dalla relazione finanziaria semestrale prevista dalle leggi speciali, purché non riferita ad una data antecedente sei mesi dal giorno di deposito o pubblicazione sopra indicato.

Secondo la dottrina, nulla osta al fatto che possano differire le date di riferimento delle singole situazioni patrimoniali predisposte da ciascuna società partecipante alla fusione, tuttavia si ritiene opportuno che tali date coincidano, così come auspicabile ed opportuna sarebbe la coincidenza tra la data di riferimento della situazione patrimoniale prevista dall'art. 2501-quater c.c. e quella con riguardo alla quale vengono effettuate le valutazioni, con riguardo ai patrimoni delle società partecipanti alla fusione, finalizzate alla determinazione del rapporto di cambio.

Casi di esonero dalla redazione della situazione patrimoniale

Come sopra evidenziato, l'articolo 2501-quater c.c. prevede dei casi nei quali la relazione possa essere omessa; in particolare, nelle società non quotate, se il deposito del progetto di fusione presso la sede sociale avviene entro sei mesi dalla data di chiusura dell'ultimo bilancio di esercizio, la situazione patrimoniale può non essere predisposta e venire sostituita dal bilancio medesimo. Pertanto, qualora l'organo amministrativo di una società con esercizio coincidente con l'anno solare depositi presso la sede sociale il progetto di fusione entro il 30 giugno, può non redigere la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater c.c. e sostituirla con il bilancio dell'esercizio precedente.

Tuttavia va sottolineato come in giurisprudenza da un lato è stato affermato che il codice civile si limita a prevedere che la situazione patrimoniale possa essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, ma non richiede anche che il bilancio sia stato approvato nelle forme di legge, ragione per cui tale filone giurisprudenziale ha ritenuto omologabile una delibera di fusione assunta sulla base di progetto redatto prendendo a riferimento il bilancio dell'ultimo esercizio, ancorché la delibera di approvazione del bilancio risulti impugnata e sospesa mentre da altro lato è stato affermato, al contrario, che nel caso di deposito del bilancio in luogo della situazione patrimoniale va inoltre tenuto presente che il bilancio deve essere stato approvato dall'assemblea. Alla luce di tali pareri discordi, a parere di chi scrive pare preferibile ritenere che, qualora si utilizzi il bilancio, in sostituzione della situazione patrimoniale, debba trattarsi di bilancio approvato dai soci.

Ai sensi dell'art. 2501- quater u.c. c.c., la situazione patrimoniale non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione. Con Massima L.D.6, il Comitato Interregionale dei Consigli Notarile delle Tre Venezie ha precisato che *“nel procedimento di scissione (e per analogia in quello di fusione), per esonerare validamente l'organo amministrativo dalla redazione della situazione patrimoniale ex art. 2501 quater c.c. e dalla predisposizione della relazione illustrativa ex art. 2501 quinquies c.c., non è necessario il consenso di tutti i possessori di strumenti finanziari che diano un qualunque diritto di voto, come letteralmente proposto dall'art. 2506 ter, comma 4, c.c. I possessori di strumenti finanziari legittimati a prestare il loro consenso sono esclusivamente quelli cui è attribuito uno specifico diritto di voto in ordine alle fusioni o scissioni, ovvero, un più ampio diritto di voto in ordine alle modifiche dell'atto costitutivo o statuto. In tal senso è infatti interpretata la disposizione di cui all'art. 10 della VI Direttiva (82/891/CEE) della quale l'art. 2506 ter, comma 4, c.c. costituisce attuazione”*.

Il Consiglio Notarile di Milano (massima n. 137) peraltro ha precisato che *“si reputa legittima la rinuncia alla situazione patrimoniale ai sensi dell'art. 2501-quater, comma 3, c.c., quindi con il consenso di tutti i soci e di tutti i possessori di strumenti finanziari aventi diritto di voto nelle società coinvolte, anche quando alla fusione partecipano una o più società per le quali non sia stato ancora approvato il primo bilancio di esercizio; con riferimento a tali società la segnalazione degli amministratori di cui all'art. 2501-quinquies, comma 3, c.c. va riferita al periodo intercorrente tra la costituzione della società e la data della decisione di fusione. Tale rinuncia unanime è legittima anche in caso di fusione con indebitamento ai sensi dell'art. 2501-bis c.c. e, almeno per quanto alla società italiana, in ipotesi di fusione transfrontaliera”*.

Per quanto concerne le società quotate, oltre ai casi di esclusione previsti per le società non quotate, si segnala che il co. 2 dell'art. 2501-quater c.c. individua un'altra causa di esclusione, permettendo di omettere la predisposizione dell'apposita situazione patrimoniale infrannuale e di sostituirla non solo con il bilancio dell'ultimo esercizio concluso non oltre 6 mesi prima, ma anche con la Relazione finanziaria semestrale prevista dal co. 2 dell'art. 154- ter del D.Lgs. 24.2.98 n. 58.

Forma e contenuto della situazione patrimoniale

Ove predisposta, la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater c.c. deve seguire gli stessi criteri applicabili in sede di bilancio. Conformemente alla dottrina prevalente e alla prassi giurisprudenziale, la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater è costituita dallo Stato patrimoniale e dal Conto economico. Il documento OIC 4 “Fusioni e Scissioni” specifica peraltro che *“pur nel silenzio del legislatore e tenuto conto della giurisprudenza e della dottrina sul punto, è raccomandata la presentazione della nota integrativa”*.

Ne consegue dunque che, qualora si proceda alla redazione, la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater c.c. deve comprendere:

- lo Stato patrimoniale;
- il Conto economico;
- la Nota integrativa.

Sebbene manchino chiare indicazioni in tal senso, si ritiene che, ai fini della completezza della situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2501-quater c.c., non sia necessaria la Relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c.

Si segnala peraltro che secondo un risalente pronunciamento giurisprudenziale, a seguito del quale non sono peraltro intervenuti pronunciamenti difformi, e che qui si condivide, non si reputa necessario che la situazione patrimoniale debba essere approvata dall'assemblea dei soci, trattandosi di strumento predisposto a tutela dei diritti dei terzi creditori, essendo quindi sufficiente la sua approvazione formale da parte dell'organo amministrativo. Si rileva da ultimo che con sentenza del 26 maggio 2009, il Trib. di Roma ha stabilito che la "falsità" della situazione patrimoniale rende nulla per illiceità dell'oggetto la decisione dei soci sulla fusione.

Società di persone

In caso di fusione di società di persone commerciali, il Consiglio Notarile di Milano (massima n. 97) sostiene che *"le norme contenute negli articoli 2501-quater c.c. (redazione della situazione patrimoniale con l'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio), 2501-septies, comma 1, nn. 2 e 3, c.c. (bilanci degli ultimi tre esercizi e situazione patrimoniale), e 2502-bis c.c. (deposito e iscrizione della decisione di fusione insieme con i documenti indicati nell'art. 2501-septies c.c.), devono essere coordinate, in relazione alle società di persone, con l'art. 2217 c.c., il quale, nel prescrivere la redazione dell'inventario, stabilisce i requisiti del bilancio cui è tenuto l'imprenditore commerciale. Tali requisiti - e non necessariamente quelli prescritti per il bilancio delle società di capitali - devono perciò sussistere in ordine alla situazione patrimoniale di fusione o di scissione ed ai bilanci degli ultimi tre esercizi delle società in nome collettivo o in accomandita semplice che partecipano alla fusione o alla scissione"*, sostenendo pertanto che si deve avere riguardo non ai criteri previsti per le società di capitali, ma piuttosto a quelli definiti dall'art. 2217 c.c., con la precisazione tuttavia che qualora le società di persone (sas o snc) che partecipano alla fusione siano tenute alla redazione del bilancio secondo le norme previste per le spa, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 111 duodecies disp. att. c.c., per la redazione della situazione patrimoniale devono essere osservate le norme sulla redazione del bilancio di esercizio da parte delle società di capitali e con i medesimi criteri debbono essere redatti i tre bilanci da depositare ai sensi dell'art. 2501-septies c.c.; tuttavia si rileva tesi contraria a riguardo del Consiglio Nazionale del Notariato con Quesito Impresa n. 268-2011/I dove si rileva che *"si segnala infine che la necessità di redigere il conto economico e la nota integrativa vale anche per le società di persone. Pur non essendo dettata una normativa unitaria in tema di bilancio per le società di persone e di capitali [...] analoghi sono gli obiettivi perseguiti dalle rappresentazioni contabili. E' inoltre convincimento diffuso che il richiamo, contenuto nel comma 2 dell'art. 2217 c.c., ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni non sia limitato alle valutazioni di bilancio, ma riguardi altresì i principi di redazione del bilancio e la struttura dello stato patrimoniale e del conto economico"*. Qualora da ultimo alla fusione partecipi una società semplice, si ritiene che gli articoli concernenti la situazione patrimoniale e il deposito degli ultimi tre bilanci, debbano essere coordinati con le norme in tema di redazione del rendiconto di cui agli artt. 2261 e 2262 c.c.

Società con perdite superiori al terzo del capitale sociale

E' orientamento ormai consolidato quello che ritiene che la fusione possa essere adottata quale "opportuno provvedimento" da parte della società che abbia subito perdite superiori al terzo del capitale sociale ex artt. 2446 e 2482bis c.c.

In tale senso, una risalente pronuncia giurisprudenziale (Trib. Milano 28 settembre 1995) aveva rilevato che *"l'assemblea di una società, nella quale le perdite abbiano colpito il capitale per oltre un terzo, può, senza ridurre preventivamente il proprio capitale, deliberare la fusione per incorporazione in altra società il cui patrimonio netto sia in grado di assorbire le perdite evidenziate dall'incorporata poiché tale scelta rientra tra gli opportuni provvedimenti che l'assemblea può adottare per eliminare le perdite"*; sul tema peraltro è intervenuto anche il Consiglio Nazionale del Notariato con Quesito Impresa n. 151/2011-I precisando che *"si deve innanzitutto rilevare che l'operazione di*

fusione non appare preclusa a società con capitale eroso da perdite: tale possibilità è, infatti, implicitamente ammessa dall'art. 2501, comma 2, c.c., il quale consente la fusione anche tra società in liquidazione, purchè esse non abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo. Si ritiene che la fusione possa rientrare fra gli opportuni provvedimenti che la società può adottare ex artt. 2446 e 2482-bis c.c. in caso di perdite superiori al terzo del capitale sociale al fine dell'eliminazione o della riduzione delle stesse. Sul piano economico e sostanziale, infatti la presenza di perdite non sarebbe di ostacolo al compimento della vicenda, in quanto essa costituirebbe solo uno degli elementi di cui tenere conto al fine di determinare il rapporto di cambio".

Società con capitale ridotto al di sotto del minimo legale

Nel caso la società si trovi nelle condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c. (perdite superiori al terzo del capitale sociale che abbiano ridotto lo stesso al di sotto del minimo legale) il Consiglio Nazionale del Notariato con Quesito di Impresa n. 151/2011-I ha rilevato che *“si deve quindi segnalare che il ricorso alla fusione da parte delle società che si trovano nelle condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c. non esclude la necessità di rispettare le cautele e le garanzie imposte dalla legge per tale tipo di procedimento. Il rispetto delle regole di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c., infatti, oltre a garantire la facoltà di scelta dei soci tra le possibili opzioni di ricostituire il capitale o trasformare la società, impone di adottare una situazione patrimoniale che deve rispettare i criteri di attualità che la giurisprudenza prevalente individua in una data non anteriore ai quattro mesi. Diversamente, per la fusione, che può implicare il venire meno della causa di scioglimento e comportare, pertanto, una revoca implicita della liquidazione, si potrà utilizzare il bilancio a sei mesi, ma si tratta di applicare una diversa disciplina; si tratta, in altre parole, di un diverso corredo documentale, che – per ciò che attiene alla fusione – potrà sì esser surrogato dalla più aggiornata situazione patrimoniale che gli amministratori sono tenuti a presentare in sede di convocazione dell'assemblea ex art. 2482ter; ma che non potrà a sua volta essere utilizzato dagli amministratori per adempiere agli obblighi loro imposti dalla norma da ultimo citata”*.

Controllo del Collegio Sindacale

Da ultimo, si precisa che, ove presente, il Collegio sindacale – o il sindaco unico - di ciascuna società partecipante non è chiamato ad esprimersi, con apposita relazione, sulla situazione patrimoniale eventualmente predisposta dagli amministratori ai sensi dell'art. 2501-quater c.c. Tale situazione patrimoniale è infatti un documento che, ove predisposto, correda il progetto di fusione, ma, come sopra rilevato, non costituisce oggetto di specifica approvazione da parte dell'assemblea.

Si ricorda sul punto che, come previsto dalle norme di comportamento del collegio sindacale emanate dal CNDCEC, in una operazione di fusione il ruolo del Collegio sindacale si limita ad un controllo di legittimità sugli aspetti procedurali dell'operazione, in particolare sul contenuto formale degli atti predisposti dagli amministratori e dall'eventuale esperto nominato ai sensi dell'art. 2501-sexies c.c.

Lo Studio resta a disposizione per ogni chiarimento.

Per il Dipartimento Company law e operazioni straordinarie
Dott. Matteo Tambalo