

PROFILI NOTARILI IN AMBITO DI FUSIONE E SCISSIONE NEL NOVELLATO ART. 116 CCII

GABRIELE BEZZI

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Opposizione dei creditori - 3. Delibera assembleare e atto di fusione/scissione - 4. Impugnazione - 5. Progetto di fusione e documenti correlati

1. Introduzione

Con l’emanazione del decreto legislativo del 13 settembre 2024 n.ro 136, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.ro 227 del 27 settembre 2024, entrato in vigore il 28 settembre 2024, il legislatore¹, nel confermare la possibilità che un piano di concordato preventivo possa essere attuato anche mediante un’operazione straordinaria di fusione, scissione o

¹ Circa il ruolo riformatore del legislatore, si rinvia, per un’analisi sistematica, alle riflessioni circa la necessità o meno di ripensare agli istituti preposti alla composizione della crisi e dell’insolvenza in funzione dell’esistenza o meno di un vero diritto societario della crisi NIGRO, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti?*, Rivista delle Società, 2018, 1207 ss.; SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile e dannosa?*, in Nuove leggi civ., 2018, 1280 ss.; CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in Giur. comm., 2017, I, 33 ss.; PORTALE, *Verso un “diritto societario della crisi?”*, in Diritto societario e crisi di impresa, a cura di U. Tombari, Torino, 2014, 1 ss.; MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in Riv. dir. soc., 2011, 822 ss.

trasformazione della società debitrice, ha inteso riscrivere integralmente l'art. 116 del Codice della Crisi².

Se, da una parte, alcuni problemi interpretativi evidenziati prima del correttivo possono considerarsi oggi risolti (pensiamo al regime dell'opposizione, rispetto al quale, ante riforma, non era chiaro se dovesse o meno trovare applicazione il regime ordinario disciplinato dal codice civile), il legislatore ha sicuramente perso l'occasione per risolvere altri quesiti di non secondaria importanza³.

2. Opposizione dei creditori

L'art. 116 CCII prevede innanzitutto che il piano di concordato, unitamente al progetto di fusione o di scissione ed agli altri documenti previsti dal legislatore per ciascuna operazione - pensiamo alla relazione degli amministratori *ex art. 2501 quinques* c.c. ovvero alla relazione degli esperti *ex art. 2501 sexies* c.c. - venga iscritto nel Registro delle Imprese del

² Per un primo commento alla nuova norma riformata AMBROSINI S., *Breve spunto sul bilanciamento degli interessi nel novellato art. 116 CCII*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2025 il quale osserva che "l'art. 116 è ora fatto oggetto di espresso richiamo da parte dell'art. 57, c. 2, risultando in tal modo applicabile agli accordi di ristrutturazione (e altrettanto vale per il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione in virtù dell'art. 64-bis, c. 9, operante con questa funzione già prima del correttivo). E con l'ulteriore precisazione che l'invariato, chiaro riferimento ai soli casi di trasformazione, fusione e scissione continua a deporre nel senso dell'esclusione dal perimetro applicativo della norma delle operazioni sul capitale (salvo il dubbio circa il diritto di recesso).

³ Per un'analisi dell'art. 116, ante novella, MALTONI, *La fusione, la scissione e la trasformazione di società in concordato preventivo secondo il Codice della crisi di impresa (art. 116 d.lgs 12 gennaio 2019 n.14): nuove fattispecie e criticità applicative*, in *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato* n.ro 32/2020; MALTONI, *Le operazioni di fusione e scissione nell'ambito degli strumenti di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza soggetti ad omologazione*, in *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato* n.ro 149/2023; MALTONI, *Fusione e scissione di società in concordato preventivo secondo il Codice della crisi di impresa (con alcune riflessioni in merito ai nuovi articoli 120 bis e 120 quinques)*, in *Rivista Notarile*, 2022, 447 ss; PAGNI-FABIANI, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII*, in *Rivista delle società* n.ro 5-6-2022

luogo in cui ha sede la società debitrice, oltre che nel luogo dove hanno sede le altre società partecipanti alla fusione.

Prima di evidenziare le problematiche lasciate irrisolte dalla nuova norma - ad esempio, già leggendo il 1^o comma dell'art. 116 CCII, sorge l'interrogativo a quali "*documenti previsti dalla legge*" l'interprete debba far riferimento in pendenza di procedura, in specie, se gli stessi siano sempre necessari ovvero possano essere in tutto o in parte rinunciati e, nel caso, se la decisione di rinunciarvi spetti ai soci ovvero all'organo amministrativo - appare pregevole e chiara la soluzione proposta dal legislatore in tema di opposizione dei creditori nei confronti delle operazioni in oggetto.

Il 2^o comma dell'art. 116 CCII statuisce, all'uopo, che l'opposizione dei creditori ex art 2503 c.c. (richiamato a sua volta dall'art. 2506 ter c.c.) debba essere proposta all'interno del procedimento di cui all'art. 48 CCII.

Per precisa scelta legislativa, pertanto, l'opposizione si colloca all'interno della procedura di omologazione del concordato⁴.

⁴ Sul punto, già la Commissione nominata col D.M. 22 aprile 2021, incaricata di elaborare proposte di interventi sul Codice della crisi, aveva già immaginato di riscrivere la previsione sostituendola con una che potesse rispondere a un maggior numero di interrogativi sollevati in materia.

Era così stato immaginato di sostituire i primi tre commi dell'art. 116 CCII come segue:

« 1. Le opposizioni previste dagli articoli 2500-novies, 2503, 2506-ter del codice civile nei confronti delle deliberazioni di trasformazione eterogenea, fusione e scissione adottate dalla società debitrice in corso di procedura possono essere proposte solo in sede di opposizione all'omologazione. Le medesime operazioni non producono effetto prima della conclusione del giudizio di omologazione. In ogni caso la fusione, la scissione e la trasformazione non producono effetto sino a quando sia decorso il termine per la proposizione dell'opposizione o l'opposizione sia stata decisa con la sentenza del tribunale, a meno che non consti il consenso di tutti i creditori delle società partecipanti alle operazioni.

2. La disposizione di cui al precedente comma si applica altresì alle operazioni di trasformazione eterogenea, fusione e scissione previste dal piano, a condizione che quest'ultimo con- tenga le indicazioni di cui agli articoli 2500-sexies, secondo comma, 2501-ter e 2506-bis del codice civile.

Per l'effetto, ora, l'eventuale opposizione da parte dei creditori dissenzienti all'approvazione del concordato ingloba in sé - in unico procedimento - anche l'eventuale opposizione dei creditori rispetto ad un'operazione di fusione, scissione o trasformazione, i quali ultimi, pertanto, se intendono contestare la legittimità dell'operazione di fusione, scissione o trasformazione, potranno farlo nel rispetto del procedimento di cui all'art. 48 CCII⁵.

Con questa scelta, il legislatore dimostra di voler riconoscere al procedimento di omologazione (ed alla sentenza) un ruolo sempre più centrale e determinante nella risoluzione della crisi di impresa, assegnando al procedimento di omologa il momento chiave per la tutela dei diritti dei creditori.

Non è secondario al riguardo annotare che, se da un lato la scelta del legislatore debba senz'altro essere apprezzata in funzione di una semplificazione degli atti processuali, dall'altro lato si può porre un problema di valutazione da parte del Tribunale atteso che gli interessi da tutelare possono essere non omogenei. Sotto questo profilo, infatti, l'interesse di un creditore interessato a tutelare la sua posizione rispetto ad una delibera di fusione o scissione può ben non coincidere con l'interesse più ampio dell'intera procedura che, inevitabilmente, si estende a valutazioni più ampie che possono andare ben oltre all'operazione di fusione/scissione, seppur correlata al piano.

La centralità della sentenza di omologazione non si riscontra soltanto nel fatto che la stessa è chiamata a risolvere e dirimere

3. Fra la pubblicazione della deliberazione o del piano nel registro delle imprese e l'udienza di cui all'articolo 48 devono intercorrere almeno settanta giorni. 4. La risoluzione e l'annullamento del concordato non pregiudica l'applicazione degli articoli 2500-bis e 2504-quater c.c. alle operazioni di cui ai commi precedenti ».

⁵ In argomento, circa il dibattito, ante riforma, sulla sede nella quale i creditori dovessero far valere le proprie ragioni nei confronti delle deliberazioni previste dal piano o adottate in pendenza di procedura concorsuale, PAGNI - FABIANI, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII* (nota 1); GUERRERA - MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, *Rivista delle Società*, 2008, 73 ss.

tutte le eventuali opposizioni da parte dei creditori (con gli interessi sottesi a ciascuno di essi), ma altresì nel fatto che l'esecuzione stessa del piano (e quindi l'esecuzione della stessa operazione di fusione, scissione, trasformazione) è strettamente connessa con la sentenza stessa. Da un lato, infatti, il 3^o comma dell'art. 116 CCII afferma in modo espresso che "*le operazioni in oggetto non possono essere attuate fino a quanto il concordato non è omologato con sentenza anche non passata in giudicato*"; dall'altro lato, in analogia a quanto affermato dall'art. 2504 quater c.c., il 4^o comma dell'art. 116 CCII statuisce che "*intervenuta l'omologazione, anche con sentenza non passata in giudicato, l'invalidità delle deliberazioni ... aventi ad oggetto le operazioni in oggetto, non può essere pronunciata e gli effetti sono irreversibili*".

3. Delibera assembleare e atto di fusione/scissione

L'art. 120 quinquies CCII demanda all'organo amministrativo l'adozione degli atti esecutivi⁶.

Il legislatore, tuttavia, si limita a demandare all'organo amministrativo l'attuazione dell'operazione, senza tuttavia chiarire se debba trovare applicazione il regime ordinario previsto dal codice civile, ossia se, tra gli atti esecutivi, vi sia la necessità di passare sia per la delibera di approvazione del progetto di fusione o di scissione sia per il successivo atto di fusione o di scissione.

⁶ Sul ruolo soci-amministratori, BENEDETTI, *Soci e amministratori negli strumenti di regolazione della crisi delle società*, in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni, 2024, n.ro 1, 113 ss; MICHIELI, *Il ruolo dei soci nelle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza*, in Rivista delle Società, 2021, 830 ss; GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione della crisi*, in Riv. dir. soc., 2013, 1114 ss.; FERRI jr, *La struttura finanziaria della società in crisi*, in Riv. dir. soc., 2012, 477 ss.; SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in Riv. dir. soc., 2016, 778; BROGI, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in Fallimento, 2022, 1290 ss.; ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in Società, 2022, 945 ss

Nell'iter tradizionale previsto dal codice civile, la sequenza temporale "delibera assembleare" e "atto di fusione" appare infatti strettamente connessa all'esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori dissenzienti⁷, da esercitarsi entro il termine di sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni della delibera di fusione (o scissione) ai sensi dell'art. 2503 cc; di converso, gli eventuali soci dissenzienti o astenuti (e non quindi i creditori), qualora intendano impugnare una delibera di fusione o scissione, potranno avvalersi dell'ordinaria azione di impugnazione ex art 2377 cc (per le spa) ovvero ex art. 2479 ter cc (per le srl); l'impugnazione da parte dei soci, tuttavia, dovrà essere esercitata nel termine più breve di sessanta giorni ove si voglia impedire di addivenire alla stipulazione dell'atto di fusione (natura quindi "reale" dell'azione) ovvero nel maggior termine di novanta giorni ove l'impugnazione sia tesa a far valere unicamente diritti risarcitori (natura quindi "obbligatoria" dell'azione) posto che, ove l'impugnazione sia proposta dopo l'atto di fusione ma entro il termine di novanta giorni dall'iscrizione della delibera di approvazione del progetto di fusione/scissione, al socio che ha impugnato la delibera compete unicamente un diritto al risarcimento del danno ex art. 2504 ter cc..

In pendenza di concordato preventivo, invece, posto che il legislatore ha inteso anticipare l'opposizione dei creditori con il procedimento di omologazione del concordato ai sensi dell'art. 48 CCII., la sequenza temporale "delibera assembleare" e "atto di fusione" trova la sua *ratio* non più nel diritto d'opposizione da parte dei creditori ex art. 2503 cc, bensì nel diritto dei soci o dei creditori dissenzienti di valutare se agire o meno con un'azione volta a richiedere un risarcimento del danno eventualmente cagionato dalla invalidità della delibera assembleare.

⁷ In termini generali sul diritto di opposizione ex art. 2503 c.c., CACCHI PESSANI, *Commento all'art. 2503*, in Commentario alla riforma delle società diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Volume Trasformazione-Fusione Scissione, a cura di BIANCHI; MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005.

Il 4[^] comma dell'art. 116 CCII, nell'affermare che *"intervenuta l'omologazione, l'invalidità delle deliberazioni previste dal piano di concordato non può essere pronunciata e gli effetti sono irreversibili"*, conferma innanzitutto il binomio "delibera assembleare" ed "atto di fusione".

Nel silenzio della norma, pare potersi affermare che la competenza deliberativa compete pur sempre ai soci, salvo non volersi riconoscere, quanto meno per le società in concordato (e non anche per eventuali società in bonis coinvolte in un'operazione di fusione/scissione) che la delibera possa essere attuata dall'organo amministrativo riconoscendosi in capo a quest'ultimo organo una competenza di fatto *ex lege*⁸.

Se da un lato il binomio "delibera" e "atto di fusione" resta confermato anche in pendenza di una procedura di concordato preventivo, si pone tuttavia un problema di coordinamento rispetto all'iter procedimentale previsto dal codice civile, e ciò attiene, nel silenzio del legislatore (i) sia ai termini da rispettare ex art. 2501 ter cc, 2501 septies cc, 2503 cc, sia (ii) ai documenti che devono essere redatti unitamente al progetto di fusione/scissione, posto che il 1[^] comma dell'art. 116 CCII si limita ad un mero rinvio prevedendo semplicemente che, unitamente al progetto di fusione/scissione, devono essere redatti anche "gli altri documenti previsti dalla legge", nulla precisando di più.

Per quanto attiene ai "termini" previsti nel regime ordinario del codice civile, si può affermare che, atteso che il progetto di fusione (e gli altri documenti) devono essere depositati unitamente al piano di concordato ai sensi dell'art. 111 CCII,

⁸ SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, Rivista delle Società, 1 ottobre 2022, 1254 ss; VASTA, *I rapporti tra gli amministratori e l'assemblea dei soci nella nuova disciplina del CCII*, Giurisprudenza Commerciale, 1 ottobre 2024, 1011; FERRI jr., *Poteri e responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo delle società*, in Riv. dir. comm., 2023, I, 19; GUERRERA, *L'espansione della regola di competenza esclusiva degli amministratori nel diritto societario della crisi fra dogmatismo del legislatore e criticità operative*, in Rivista delle Società, 1 ottobre 2022, 1271;

una volta omologato il piano di concordato, la delibera di fusione/scissione non deve rispettare l'ultimo comma dell'art. 2501 ter c.c..

Ancora, pare potersi affermare che non trovi nemmeno applicazione il deposito del progetto (e degli altri documenti) presso la sede sociale previsto dall'art. 2501 septies c.c., atteso che l'informazione dei soci viene garantita dal 3^o comma dell'art. 120 bis CCII che impone agli amministratori di informare periodicamente i soci circa l'andamento della procedura.

Sempre in tema di termini, non trova ovviamente applicazione il termine per l'esercizio del diritto di opposizione di cui all'art. 2503 c.c., termine che abbiamo visto essere anticipato rispetto all'omologazione del concordato. Da ciò ne consegue che il termine per la stipulazione dell'atto di fusione è, di default anticipato, non dovendosi attendere il termine di sessanta giorni tra la delibera di approvazione del progetto di fusione/scissione e l'atto di fusione. L'esecuzione anticipata della fusione si giustifica, pertanto, nel fatto che il termine per l'opposizione è anticipato al procedimento di omologazione del concordato, dovendosi con ciò riconoscere l'interesse tutelato dall'opposizione già soddisfatto *ex ante*.

L'anticipata possibilità di stipulare l'atto di fusione, senza quindi dover attendere il termine di sospensione di sessanta giorni, costituisce pertanto, nel codice della crisi, una nuova fattispecie *ex lege* che si aggiunge a quelle fattispecie già previste dall'art. 2503 cc che consentono, anche nel regime ordinario, di poter addivenire alla stipulazione dell'atto di fusione prima della scadenza del termine di sessanta giorni e nella neutralità dell'interesse dei creditori (consenso dei creditori, pagamento degli stessi, deposito delle somme ad essi dovute a garanzia del pagamento del credito, relazione da parte di un'unica società di revisione che attesti la non necessità di garanzie a tutela dei suddetti creditori).

4. Impugnazione

Per quanto attiene invece agli interessi dei soci (dei terzi in generale), una volta intervenuta l'omologazione, l'art. 116 comma 4[^] CCII statuisce che *"intervenuta l'omologazione, l'invalidità delle deliberazioni non può essere pronunciata e gli effetti delle operazioni sono irreversibili"*. Ne consegue che i soci, sia con riferimento alla delibera di approvazione del progetto di fusione/scissione sia con riferimento all'atto di fusione, non potranno esercitare alcuna azione di impugnazione, ma potranno esercitare un'azione di risarcimento del danno eventualmente cagionato dalla invalidità della delibera.

Sotto questo aspetto si deve però annotare una incogruenza redazionale da parte del legislatore atteso che, a distanza di pochi righe, nel medesimo 4 comma dell'art. 116 CCII, il legislatore afferma da un lato che *"l'invalidità delle deliberazioni ... non può essere pronunciata"*, e, dall'altro lato, fa salvo *"il diritto al risarcimento eventualmente cagionato dalla invalidità della deliberazione"*, contraddicendosi però con il principio poco prima affermato che impedisce l'invalidità della deliberazione (e dell'atto di fusione).

La norma invero, seppur non spicchi di chiarezza, non fa altro che riconfermare, anche all'interno del codice della crisi di impresa, quel principio generale già affermato nel sistema tradizionale del codice civile laddove, all'art. 2504 quater, fa salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione o scissione, riconoscendo al soggetto leso una tutela meramente obbligatoria e non reale.

5. Progetto di fusione e documenti correlati

Per quanto attiene alla seconda questione sopra rappresentata, ossia quali siano i documenti che devono o meno essere redatti insieme al progetto di fusione e che devono poi essere depositati unitamente al piano di concordato (*situazione patrimoniale ex art. 2501 quater cc, relazione dell'organo amministrativo ex art. 2501 quinquies cc, relazione degli esperti*

ex art. 2501 sexies cc, relazione di stima ex art. 2501 sexies comma 7[^] cc), appare necessario un coordinamento sistematico tra l'iter ordinario del codice e le poche regole affermate con il codice della crisi⁹.

Per quanto attiene alla situazione patrimoniale *ex art. 2501 quater c.c.*, pare potersi affermare che la stessa non sia necessaria essendo detto documento surrogato, nel suo contenuto e funzione, dal deposito degli ultimi tre bilanci e dalla redazione di una situazione patrimoniale aggiornata che deve essere redatta e depositata presso il Tribunale, unitamente al piano, ai sensi dell'art. 39 CCII (norma a sua volta richiamata dall'art. 87 CCII).

Allo stesso modo, la relazione dell'organo amministrativo *ex art. 2501 quinques c.c.* è surrogata dalla redazione della relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria, che deve essere predisposta ai sensi del combinato disposto degli articoli 39 CCII e 87 CCII, il cui contenuto è anzi rafforzato ed integrato con l'illustrazione e la giustificazione del rapporto di cambio, in funzione, tra l'altro, di consentire ai soci ed ai creditori dissenzienti l'esercizio di un'azione risarcitoria *ex art. 116 comma 4[^] CCII*.

A contrario, salvo che i soci non decidono di rinunziarvi, l'organo amministrativo sarà sempre tenuto a far redigere la relazione degli esperti *ex art. 2501 sexies c.c.*, in conformità alla disciplina ordinaria prevista al codice civile.

Allo stesso modo, compatibilmente con la disciplina ordinaria, l'organo amministrativo sarà tenuto a far redigere la

⁹ Per un'analisi circa le problematiche sottese ai documenti a corredo di un'operazione di fusione e scissione (documenti, rinuncia e termini), si rinvia a BUSANI, *Massimario delle operazioni societarie e degli enti non profit*, Orientamenti professionali e giurisprudenza, IV Edizione, Milano, 2023, 265 ss.; sul punto v. anche CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime Notarili in materia Societaria*, Milano, 2018; COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Vicenza, 2021; massime del CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE PISTOIA E PRATO, *Crisi, procedure concorsuali ed operazioni straordinarie*.

relazione di stima ex art 2501 sexies comma 7[^] c.c., in conformità alla disciplina ordinaria prevista dal codice civile.

Sia per la relazione degli esperti sia per la relazione di stima, la redazione da parte dell'organo amministrativo è strettamente funzionale a consentire ai soci di valutare la congruenza economica dell'operazione, in funzione tra l'altro di un'eventuale impugnazione risarcitoria nei termini sopra indicati; in questi termini, pertanto, seppur nel silenzio del legislatore, l'eventuale rinuncia alla relazione degli esperti (e non anche alla relazione di stima) compete pur sempre ai soci (e non agli amministratori).

Ancora, in conclusione, ove ci trovassimo di fronte ad un'ipotesi di fusione semplificata ex art 2505 cc, la semplificazione documentale, in relazione a quanto sopra affermato, interessa di fatto solo la relazione degli esperti, che non dovrà essere predisposta da parte dell'organo amministrativo; la norma di cui all'art. 2505 cc, invece, non trova applicazione nella fattispecie in esame per quanto attiene alla redazione della situazione patrimoniale ex art. 2501 quater cc ed alla redazione della relazione degli amministratori ex art. 2501 quinquies, il cui contenuto redazionale è surrogato, di fatto, dalla redazione dei documenti ex art. 39 CCII.