



CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO

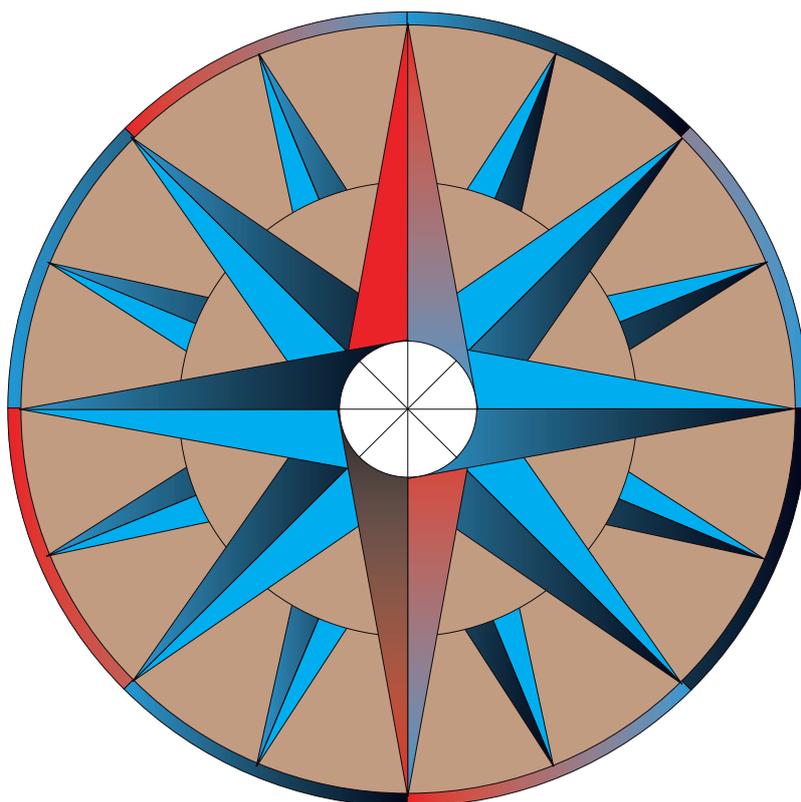
SCUOLA DI NOTARIATO DELLA LOMBARDIA

in collaborazione con



Fondazione Italiana per il Notariato

ORIENTAMENTI NOTARILI IN MATERIA SOCIETARIA QUATTRO ESPERIENZE A CONFRONTO



MILANO, 29-30 GENNAIO 2009
Unione del Commercio e del Turismo

si ringrazia



Orientamenti notarili in materia societaria

A cura di

Osservatorio sul diritto societario

del Consiglio Notarile dei

Distretti Riuniti di **Firenze, Pistoia e Prato**

Prof. Niccolò Abriani

notaio Riccardo Cambi

notaio Patrizio Cappelletti

Dott. Raffaello Roberto Lemma

Prof. Paola Lucarelli

notaio Marco Maltoni

notaio Pasquale Marino

notaio Jacopo Sodi

Prof. Lorenzo Stanghellini

Prof. Umberto Tombari

notaio Andrea Venturini

Recesso del socio e riduzione del capitale sociale.

Qualora, a seguito di recesso, il rimborso del socio receduto debba essere eseguito, ai sensi degli artt. 2437 quater, sesto comma, c.c. e 2473, quarto comma, c.c., mediante riduzione del capitale sociale, la misura della riduzione imposta dal legislatore e' pari al valore nominale della partecipazione del socio receduto che viene annullata e non all'importo che deve essergli liquidato .

Qualora, a seguito di tale riduzione, il capitale sociale scenda al di sotto del minimo legale, la società può procedere a tale riduzione purché contestualmente deliberi la trasformazione in un diverso tipo sociale compatibile con la ridotta misura del capitale ovvero proceda alla ricostituzione del capitale alla misura minima richiesta.

Trasformazione progressiva a maggioranza di società di persone in società di capitali: regole procedurali.

Si ritiene che la trasformazione progressiva di società di persone in società di capitali a maggioranza (art- 2500 *ter* c.c.) presupponga un'informativa preventiva rivolta a tutti i soci della società trasformanda.

Pertanto:

- (i) è opportuno che i patti sociali prevedano un *iter* procedurale idoneo a raggiungere tale scopo, precisandosi che il metodo assembleare è solo una delle possibili soluzioni e che possono essere adottati anche schemi meno rigidi e formali;
- (ii) nel silenzio dei patti sociali dovranno essere adottate soluzioni che soddisfino tale istanza con modalità e tempi congrui, pur non essendo obbligatorio adottare un procedimento mutuato dal tipo sociale di approdo.

Applicabilità dell'art. 2374 c.c. alla s.r.l. e autonomia statutaria.

Alla società a responsabilità limitata, in assenza di specifica clausola statutaria, non si ritiene applicabile in via analogica la disciplina di cui all'art. 2374 c.c., in materia di rinvio dell'assemblea.

Lo statuto sociale della società a responsabilità limitata è libero di disciplinare l'istituto del rinvio dell'assemblea, anche in maniera difforme alla disciplina dettata dal codice civile per le società per azioni.

Riduzione reale del capitale sociale ed assegnazione ai soci di beni in natura.

E' da ritenere ammissibile, nello statuto di una società di capitali, la previsione di una clausola che consenta la riduzione del capitale sociale mediante l'assegnazione di beni in natura.

Tale clausola, *manente societate*, può essere inserita nello statuto a maggioranza.

In mancanza di una clausola siffatta, tale operazione potrà comunque effettuarsi qualora la delibera di riduzione sia assunta dai soci all'unanimità

In presenza della suddetta clausola statutaria, la delibera di riduzione potrà essere assunta dai soci a maggioranza purché non violi il principio della parità di trattamento tra soci.

ORIENTAMENTI IN TEMA DI AUMENTO DEL CAPITALE

Prima di iniziare la descrizione generale degli orientamenti in tema di aumento di capitale, dall'entrata in vigore della riforma ai più recenti, appare utile compiere alcune precisazioni introduttive.

Specifico subito che non mi occuperò di alcuni profili: in primo luogo, e soprattutto, dei problemi legati ai conferimenti, pur avvertendo che le questioni si possono ovviamente intersecare.

Non mi occuperò neppure degli aumenti di capitale di srl con partecipazioni prive di valore nominale in quanto oggetto di altra relazione.

Non mi occuperò nemmeno delle società quotate né delle società cooperative, alle quali ultime peraltro sono dedicati, in materia, solo due orientamenti (M.A.11 e M.A.20) sui quali non appare possibile soffermarsi in questa sede date le note peculiarità che presenta il tema del capitale sociale (e quindi del suo aumento) nelle cooperative.

Vengo quindi a chiarire – con riguardo ai temi affrontati in questa sede – quelle che posso definire le linee guida del mio intervento. In primo luogo ho optato per uno svolgimento a temi, quindi che potremmo definire sincronico tra disciplina delle spa e disciplina delle srl. Questo per evidenti ragioni di semplificazione nella esposizione e per evitare duplicazioni che appaiono contrastare con le esigenze di sinteticità e brevità che debbono caratterizzare questi interventi.

E' pur vero - e tutti ne siamo consapevoli - che un medesimo orientamento, a fronte di un simile tenore letterale può assumere una diversa incidenza e una diversa portata applicativa a fronte di tipologie societarie diverse, quali quelle delle spa e delle srl; questo, del resto, non diversamente da quanto avviene per le stesse norme del codice, laddove la struttura del tipo incide senza dubbio sulla portata della singola disposizione. Nondimeno, appare prevalente in questa sede l'interesse a semplificare e a ridurre ad unità: vedremo in seguito, eventualmente, se con riferimento a certe ipotesi si dovrà compiere qualche specificazione con riferimento al diverso valore che analoghi orientamenti possono assumere con riferimento al diverso tipo. Il modello tipologico, del resto, si contrappone a quello concettuale – come insegna De Nova, alla stregua di ormai classica dottrina tedesca – proprio per la maggiore elasticità che esso presenta e consente all'interprete.

Nel merito dell'analisi, poi, pur consapevole della opinabilità di certe opzioni, è apparso necessario suddividere i vari orientamenti – che ricordo sono in numero cospicuo: oltre 30, pur ammettendo zone di sovrapposizione – in autonomi sottogruppi, in ragione evidentemente del diverso contenuto che li caratterizza, quindi del diverso problema sottostante e della diversa soluzione proposta.

I sottogruppi individuati appaiono sostanzialmente tre: il primo attiene alla individuazione dei presupposti alla ricorrenza dei quali appare possibile procedere all'aumento di capitale: sul punto si sono individuati n. 3 orientamenti simmetrici per le spa e per le srl e n. 1 specifico per le srl.

Il secondo sottogruppo è quello riconducibile alla esecuzione delle delibere: è indubbiamente quello più ampio, sicchè è apparso utile suddividerlo in due ulteriori sottogruppi: il primo avente ad oggetto l'individuazione dei termini e delle modalità di esecuzione della delibera e il secondo avente ad oggetto la individuazione del contenuto in senso stretto della delibera stessa.

Infine, il terzo sottogruppo attiene agli effetti della delibera, precisandosi che si sono sul punto individuati solo n. 2 orientamenti, uno per le spa e uno per le srl, peraltro di omogeneo contenuto.

La sistemazione degli orientamenti è quindi per temi e contenuti e non segue un ordine cronologico di stesura (a differenza del volume distribuito).

Mi sento in dovere di precisare, infine, che gli orientamenti sono ovviamente frutto del lavoro collegiale della Commissione ma la responsabilità degli accorpamenti e delle suddivisioni nonchè delle chiose, degli appunti, delle considerazioni in calce ad essi è esclusivamente mia e il presente scritto può non rappresentare il pensiero degli altri componenti.

A. Presupposti

H.G.2 - (AUMENTO DI CAPITALE IN PRESENZA DI AZIONI NON INTERAMENTE LIBERATE - 1° pubbl. 9/04) L'art. 2438, primo comma, c.c., che prevede che la decisione di aumentare il capitale sociale non può essere "eseguita" fin quando le azioni precedentemente emesse non siano state interamente liberate, implicitamente consente che un aumento di capitale possa essere deliberato anche in presenza di un precedente aumento sottoscritto e non integralmente versato.

Questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.3 - (DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE IN PRESENZA DI UN PRECEDENTE AUMENTO NON INTEGRALMENTE LIBERATO - 1° pubbl. 9/04) L'art. 2481, secondo comma, c.c., che prevede che la decisione di aumentare il capitale sociale non può essere "attuata" fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti, implicitamente consente che un aumento di capitale possa essere deliberato anche in presenza di un precedente aumento sottoscritto e non integralmente versato.

Come noto, la *ratio* della norme (art. 2438 co. 1 e art. 2481 co. 2) viene solitamente ricondotta al bisogno di impedire abusi nella gestione della società e appare espressione di un principio generale, ossia in particolare quello di perseguire operazioni condotte ai danni dei creditori sociali ed eventualmente anche degli altri soci.

Viene confermato che il fatto ostativo al nuovo aumento di capitale è l'esistenza di un precedente aumento nella misura in cui esso sia non solo deliberato, ma anche sottoscritto e non interamente liberato: l'evento condizionante - sostanzialmente è lo stesso sia nelle spa sia nelle srl - consiste infatti nella mancata liberazione di tutte le azioni precedentemente emesse, ovvero, nella mancata esecuzione di tutti i conferimenti dovuti. Ma ora, con la riforma, viene vietata non già l'assunzione della deliberazione relativa ad un nuovo aumento, bensì l'esecuzione o l'attuazione della stessa.

Con riferimento a dette evenienze gli orientamenti in esame vengono a chiarire il tenore della norma, specificandosi quindi che il successivo aumento ben potrà essere deliberato anche in presenza di un precedente aumento non ancora per intero liberato, purchè - come visto - il secondo aumento non sia eseguito o attuato. Al riguardo le problematiche aperte dalla esecuzione o attuazione sono note: mi limito allora a richiamare la Massima n. 70 - 22 novembre 2005 CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, p. 211, ove è ben chiarito che nel caso di successivo aumento ben potranno le azioni essere sottoscritte e liberate, essendo invece solo impedito agli amministratori di imputare a capitale i nuovi conferimenti eseguiti, attestare l'avvenuta sottoscrizione dell'aumento, depositare lo statuto riportante il nuovo ammontare del capitale sociale, emettere le azioni o le quote. Ricordo che, invece, parte della dottrina non consente neppure la sottoscrizione e tantomeno la liberazione del secondo aumento.

Il tema evidentemente poi si lega a quello della violazione di detti principi, tematiche sulle quali non mi risulta esservi alcun orientamento. Noto brevemente che se tale divieto viene violato, in tema di spa è previsto che fermi gli obblighi assunti dai sottoscrittori e dalla società (e quindi ferma la validità ed efficacia del contratto di sottoscrizione), gli amministratori rispondano in solido dei danni arrecati ai soci o ai terzi. Per le srl non è dettata una regola analoga ma ampia parte della dottrina propende ugualmente per la sua applicazione. Altri autori, invece, più rigorosamente ritengono che, ove la delibera che disponga l'aumento trovi esecuzione prima della liberazione dei conferimenti ancora dovuti alla società e ferma la validità della delibera medesima, risulterebbero invalidi i singoli negozi di sottoscrizione delle nuove partecipazioni. Del resto, non manca chi, ferma restando l'esclusione dell'applicazione analogica dell'art. 2438 co. 2, arriva addirittura a considerare nulla la decisione di aumento del capitale sociale eseguita prima dell'integrale versamento di quello in precedenza sottoscritto.

Persiste il dubbio sull'applicabilità delle nuove norme anche all'aumento gratuito: una nota opinione, fondandosi sul tenore letterale e soprattutto su una pregressa giurisprudenza, è per la negativa in quanto l'aumento gratuito, una volta deliberato, non necessiterebbe di alcuna esecuzione; in realtà il problema andrebbe risolto - credo - con più diretta accentuazione dello scopo della norma, laddove l'interesse protetto non appare solo quello dei soci ma anche e soprattutto forse quello dei creditori sociali.

Da ultimo, evidenzio come sia stato affermato che, in caso di prestazioni d'opera o di servizi a favore di srl, ai sensi dell'art. 2464 co. 6 c.c., il conferimento si deve intendere eseguito allorché sia stato assunto l'obbligo da parte del socio e sia stata prestata la polizza di assicurazione o la fideiussione bancaria a garanzia dell'obbligo medesimo, indipendentemente dall'esaurimento della prestazione d'opera (cfr. Massima n. 70 del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, cit.)

H.G.4 - (AUMENTO DI CAPITALE CON VERSAMENTI SOCI IN CONTO CAPITALE - 1° pubbl. 9/04) Non è necessaria la stima se si procede all'aumento mediante passaggio a capitale del fondo soci-aumento di capitale, o soci-conto capitale, trattandosi di mezzi propri della società.

Pure questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.11 - (AUMENTI DI CAPITALE CON VERSAMENTI SOCI IN CONTO CAPITALE - 1° pubbl. 9/04) Non è necessaria la stima se si procede all'aumento mediante passaggio a capitale del fondo socio-aumento di capitale, o soci-conto capitale, trattandosi di mezzi propri della società.

Con gli orientamenti in esame si è ribadito un concetto che già nel regime previgente era significativamente manifestato proprio con riferimento ai c.d. conferimenti atipici, cioè agli apporti imputati a patrimonio a titolo di versamenti in conto od in futuro aumento di capitale (apporti che formano secondo una terminologia corrente il c.d. quasi capitale).

Si ricorda, come anche chiarito in giurisprudenza, che mentre in alcuni casi la mancata imputazione a capitale dell'apporto finanziario del socio è *sine die*, nel senso che l'apporto stesso è nella prospettiva del conferente stabilmente destinato ad accrescere i "mezzi propri" della società senza alcuna contemporanea variazione del capitale nominale (versamenti in conto capitale) in altri casi, invece, la mancata imputazione a capitale è solo temporanea, giacché il versamento resta, negli intenti, casualmente collegato ad un successivo formale aumento del capitale, nel quale esso è destinato a confluire. Nelle more si crea in sostanza un'area provvisoria di stanziamento, mediante esecuzione in via anticipata di conferimenti corrispondenti ad un aumento di capitale già deliberato, ma non ancora sottoscritto (versamenti in conto aumento del capitale); ovvero, a un futuro aumento semplicemente programmato e da deliberare entro un periodo di tempo determinato o meno (versamenti in conto futuro aumento del capitale); e ciò allo specifico fine di dotare immediatamente la società di nuovi mezzi finanziari, ponendola in condizione di far fronte alle proprie esigenze di cassa, senza dover attendere i tempi di perfezionamento dell'operazione.

Il vero problema è se gli apporti di cui si discute possano avere ad oggetto beni immobili e se, in tal caso, sia necessaria la perizia di stima, osservandosi che sembra prevalere la tesi negativa.

H.G.19 – (AUMENTO DI CAPITALE IN PRESENZA DI PERDITE RILEVANTI AI SENSI DI LEGGE – 1° pubbl. 09/07) In presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale deve ritenersi non consentita una deliberazione dell'assemblea dei soci di aumento del capitale sociale ove non sia accompagnata dalla copertura integrale delle perdite accertate.

Anche questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.30 – (AUMENTO DI CAPITALE IN PRESENZA DI PERDITE RILEVANTI AI SENSI DI LEGGE – 1° pubbl. 09/07) In presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale deve ritenersi non consentita una deliberazione dell'assemblea dei soci di aumento del capitale sociale ove non sia accompagnata dalla copertura integrale delle perdite accertate.

Premettendo che sul tema la riforma del diritto societario non sembra avere apportato nuovi spunti di interpretazione, possiamo dire che i principi richiamati sono in fondo due: è possibile aumentare il capitale sociale quando la perdita è sotto la soglia del terzo del capitale (conforme CNN, Società di capitali: aumento a pagamento del capitale in presenza di perdite inferiori al terzo, Studio n. 14-2008/I, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 23 gennaio 2008, est. N. ATLANTE); in caso di perdita superiore al terzo bisogna preventivamente o contestualmente coprire per intero la perdita (mediante riduzione del capitale in misura corrispondente alla perdita stessa o mediante aumento inscindibile con sovrapprezzo pari alla perdita medesima).

Solo per le srl è inoltre previsto:

I.G.16 - (AUMENTO DI CAPITALE IN NATURA IN MANCANZA DI APPOSITA PREVISIONE STATUTARIA - 1° pubbl. 9/04) È possibile, ma solo con deliberazione adottata con il voto favorevole di tutti i soci partecipanti alla società, che l'assemblea deliberi che l'aumento di capitale possa essere liberato mediante conferimenti diversi dal danaro, anche se l'atto costitutivo non prevede tale possibilità e anche se si ricada nell'ipotesi di ricapitalizzazione della società, in esito a riduzione per perdite ex art. 2482ter c.c.

La riforma ha confermato il principio secondo cui in assenza di diversa previsione statutaria il conferimento deve effettuarsi in denaro e ha quindi mantenuto inalterato il rapporto di regola ed eccezione esistente fra conferimenti in denaro e conferimenti in natura; nelle srl (come d'altronde nelle spa) all'aumento di capitale con conferimenti in natura in tanto può farsi luogo in quanto nell'atto costitutivo/statuto della società sussista l'abilitazione di cui all'art. 2464, comma 3 (o di cui all'art. 2342 co. 1 per le spa, non ostando a tale conclusione il dettato dell'art. 2440 richiamante solo i comma 3 e 5 di tale norma). Si noti come l'orientamento in esame, in via precauzionale, assuma la posizione più rigorosa, richiedendo ai fini dell'assunzione della delibera l'unanimità dei consensi.

Si discute se la relazione di stima debba essere allegata al verbale assembleare (opinione prevalente) o possa essere prodotta al momento della sottoscrizione della partecipazione e quindi venire allegata all'atto di esecuzione del conferimento, frequentemente posteriore alla deliberazione.

B. Esecuzione

B1. Termini e modalità

H.G.1 - (TERMINE PER L'ESERCIZIO DELL'OPZIONE SUGLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 9/04) Il termine non inferiore a 30 giorni dalla pubblicazione dell'offerta per l'esercizio del diritto di opzione in caso di aumento di capitale, termine previsto dall'art. 2441, secondo comma, c.c., non può essere ridotto per disposizione statutaria o con deliberazione assembleare adottata a maggioranza. È tuttavia ammesso che tutti i soci della società rinuncino a tale termine di legge in riferimento allo specifico aumento di capitale deliberato.

Questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.1 - (TERMINE LEGALE DI SOTTOSCRIZIONE DEGLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 9/04) Il termine non inferiore a 30 giorni dal momento in cui viene comunicato ai soci che l'aumento di capitale può essere sottoscritto, termine previsto dall'art. 2481bis, secondo comma, c.c., non può essere ridotto per disposizione statutaria o con deliberazione assembleare adottata a maggioranza. È tuttavia ammesso che tutti i soci della società rinuncino a tale termine di legge in riferimento allo specifico aumento di capitale deliberato.

A tale orientamento si aggiunge, solo per le srl:

I.G.2 - (COMUNICAZIONE DEL TERMINE DI SOTTOSCRIVIBILITÀ DEGLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 9/04 - modif. 9/06) L'art. 2481bis, secondo comma, c.c., pone a carico della società l'obbligo di comunicazione del termine entro il quale il socio può sottoscrivere l'aumento di capitale.

La comunicazione può essere data o mediante invio di avviso al domicilio del socio, quale risultante dal libro soci, o direttamente ai soci in assemblea, qualora alla stessa partecipino tutti i soci della società.

Non è consentito, nemmeno a mezzo di previsione statutaria, sostituire la comunicazione ai soci con altre forme di pubblicità quali l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese o la trascrizione della stessa nel libro delle decisioni dei soci.

I primi due orientamenti si giustificano in ragione del fatto che la funzione informativa delle norme ivi menzionate è posta – per generale lettura - nell'esclusivo interesse dei soci e quindi quella funzione è da ritenersi circoscritta alla necessità di garantire ai soci stessi, con l'effettiva possibilità di esercitare l'opzione/il diritto di sottoscrizione, una tutela reale della posizione da essi ricoperta all'interno della compagine sociale.

Resterebbe da verificare, solo nel modello spa, (i) se sia legittima la rinuncia del titolare del diritto di opzione alla pubblicazione dell'offerta nel registro imprese, e la giurisprudenza ha dato risposta positiva; (ii) se sia configurabile una previsione statutaria che, garantendo comunque ai soci il termine di trenta giorni per l'esercizio dell'opzione a decorrere dalla comunicazione, deroghi al sistema di pubblicità legale, sostituendolo con un regime di pubblicità legato a notifiche individuali (così come è previsto per le srl dall'art. 2481bis co. 2 c.c.), e una dottrina ha dato risposta positiva almeno con riferimento alle c.d. spa "chiuse".

L'ultimo orientamento, che si riallaccia ai primi due, poi si prefigge di rispondere in concreto alla domanda con quali modalità possa effettuarsi la comunicazione e, valorizzando il principio di uguale trattamento tra soci, indica che tale principio esige non solo che ciascun socio abbia a disposizione il medesimo lasso di tempo per la sottoscrizione ma anche che il termine deve scadere per tutti nello stesso momento. Di qui la legittimità di avvisi domiciliari o anche in assemblea se tutti i soci siano presenti; e compito degli operatori quello di inserire nell'atto costitutivo l'obbligo per la società di scegliere un modo di comunicazione che renda certo il ricevimento della comunicazione e che ne consenta la ricezione a tutti i soci in pari data o perlomeno almeno trenta giorni prima della scadenza del termine indicata nella comunicazione stessa.

H.G.12 - (APPOSIZIONE DI UN TERMINE O DI UNA CONDIZIONE ALL'ATTO DI SOTTOSCRIZIONE DI UN AUMENTO DI CAPITALE - 1° pubbl. 9/06) E' legittimo apporre all'atto di sottoscrizione di un aumento di capitale, anche nel caso che sia previsto un sovrapprezzo o il conferimento non avvenga in denaro, un termine iniziale o una condizione sospensiva, purchè detti termine o condizione esauriscano il loro effetto anteriormente al termine concesso dalla delibera per l'esercizio del diritto di sottoscrizione.

E' così ad esempio possibile sottoscrivere un aumento di capitale mediante conferimento di un'azienda apponendo, per motivi di semplificazione contabile, a detta sottoscrizione un termine iniziale coincidente con l'inizio di un mese solare, ovvero sottoscrivere un aumento di capitale scindibile con la condizione sospensiva che entro i termini di sottoscrizione dell'intero aumento sia esercitata l'opzione dagli altri soci.

Finchè l'atto di sottoscrizione non è divenuto efficace non è possibile depositare nel registro delle imprese per l'iscrizione l'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito ai sensi dell'art. 2444 c.c.

Pure questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.23 - (APPOSIZIONE DI UN TERMINE O DI UNA CONDIZIONE ALL'ATTO DI SOTTOSCRIZIONE DI UN AUMENTO DI CAPITALE - 1° pubbl. 9/06) E' legittimo apporre all'atto di

sottoscrizione di un aumento di capitale, anche nel caso che sia previsto un sovrapprezzo o il conferimento non avvenga in denaro, un termine iniziale o una condizione sospensiva, purché detti termine o condizione esauriscano il loro effetto anteriormente al termine concesso dalla delibera per l'esercizio del diritto di sottoscrizione.

E' così ad esempio possibile sottoscrivere un aumento di capitale mediante conferimento di un'azienda apponendo, per motivi di semplificazione contabile, a detta sottoscrizione un termine iniziale coincidente con l'inizio di un mese solare, ovvero sottoscrivere un aumento di capitale scindibile con la condizione sospensiva che entro i termini di sottoscrizione dell'intero aumento sia esercitato il diritto di sottoscrizione dagli altri soci. Finché l'atto di sottoscrizione non è divenuto efficace non è possibile depositare nel registro delle imprese per l'iscrizione l'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2481bis c.c.

Basti rilevare sul punto come gli orientamenti in esame cercano di valorizzare – nel limite consentito dalle disposizioni cogenti e da quanto richiesto per una corretta attuazione del procedimento di aumento – in massimo grado l'autonomia negoziale delle parti, consentendo di apporre termine (iniziale, evidentemente) o condizione – da intendersi forse non solo come sospensiva ma anche come risolutiva: sul punto peraltro l'orientamento tace – all'atto di sottoscrizione del deliberato aumento, non risultando incompatibile la struttura di tale negozio con l'apposizione di quegli elementi accidentali. Del resto la possibilità di sottoscrizione condizionata emerge, indirettamente, dagli artt. 2441, comma 3, e 2481bis, comma 2, c.c., e come confermato da prassi diffuse (e condivisibili) nelle quali il socio sottoscrive subito, vincolandosi ad ogni effetto, anche per le eventuali azioni o quote rimaste inoperte (cfr. *infra sub* orientamenti H.G.23 – I.G.35).

H.G.18 - (IMPOSIZIONE AI SOCI E AGLI EVENTUALI OBBLIGAZIONISTI CONVERTIBILI DELL'OBBLIGO DI ESERCITARE PER INTERO IL DIRITTO DI OPZIONE SUGLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 09/07) Il diritto di opzione spettante ai soci, e agli eventuali obbligazionisti convertibili, sulla sottoscrizione delle nuove azioni derivanti da aumenti di capitale (riconosciuto dall'art. 2441, primo comma, c.c.) comprende la facoltà di sottoscrivere anche solo parzialmente le azioni ad essi riservate.

Pertanto la delibera che riconosca ai soci, e agli eventuali obbligazionisti convertibili, esclusivamente la facoltà di sottoscrivere integralmente (e non anche parzialmente) le nuove azioni ad essi riservate concretizza un'ipotesi di limitazione del più ampio diritto di sottoscrizione riconosciuto dal codice.

Tale delibera può dunque essere legittimamente adottata solo se ricorrono i presupposti di cui al quinto comma dell'art. 2441 c.c. e nel rispetto della procedura di cui al sesto comma del medesimo articolo.

Corrispondentemente per le srl:

I.G.29 - (LIMITAZIONE AL DIRITTO DI SOTTOSCRIVERE PARZIALMENTE GLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 09/07) Il diritto dei soci di sottoscrivere gli aumenti di capitale in proporzione delle partecipazioni da essi possedute (riconosciuto dall'art. 2481bis, primo periodo, primo comma, c.c.) comprende la facoltà di sottoscrivere anche solo parzialmente la quota di aumento ad essi riservata.

Pertanto la delibera che riconosca ai soci esclusivamente la facoltà di sottoscrivere integralmente (e non anche parzialmente) la quota di aumento ad essi riservata concretizza un'ipotesi di limitazione del più ampio diritto di sottoscrizione riconosciuto dal codice.

Tale delibera può dunque essere legittimamente adottata solo se prevista dall'atto costitutivo ed ai soci dissenzienti deve essere riconosciuto il diritto di recesso.

Le ragioni sottese a detti orientamenti appaiono evidenti: a prescindere da quanto previsto dall'art. 2441 c.c., a fronte di una chiara limitazione dei diritti dei soci (certo di minoranza soprattutto) non s'intenderebbe l'interesse sotteso ad una loro restrizione.

Piuttosto vi è da osservare come l'orientamento in esame, giunge sul tema comunque ad una posizione possibilista (in parte almeno), pur non senza cautele, muovendo dall'art. 2441 c.c. e facendo rientrare l'ipotesi in esame tra le situazioni in cui si "limita" il diritto d'opzione del socio.

Con riferimento alle srl, si viene ad assegnare un maggiore spazio all'autonomia negoziale sul presupposto di una specifica clausola statutaria, della cui ammissibilità – si noti - con riferimento alle spa nulla viene precisato.

H.G.22 - (LEGITTIMITA' DELLA SOTTOSCRIZIONE ANTICIPATA DEGLI AUMENTI DI CAPITALE - 1° pubbl. 09/08) La sottoscrizione in via preventiva, integrale o in una determinata misura, da parte di un socio, di un aumento di capitale programmato ma non ancora formalmente deliberato dalla società, persegue un interesse meritevole di tutela nell'ottica dell'art. 1322 c.c., ossia quella di assicurare a priori il buon esito dell'operazione di aumento.

Il riconoscimento di un titolo di preferenza (l'opzione) non impedisce sotto alcun profilo che, in correlazione all'interesse della società ad avere garantita anticipatamente l'integrale sottoscrizione del previsto aumento di

capitale, il socio si vincoli in via preventiva, nei confronti della società stessa, non solo ad esercitare effettivamente il diritto di opzione a lui spettante ma anche a sottoscrivere le azioni di nuova emissione sulle quali non vanta affatto tale diritto, in quanto eccedenti la quota proporzionale delle azioni possedute: e ciò, si intende, per l'eventualità in cui le predette azioni non venissero optate dagli altri soci cui il diritto compete.

In entrambi i casi, si è al cospetto di un obbligo sottoposto a condizione: solo che, nella prima ipotesi - esercizio anticipato del diritto di opzione - la condizione è semplice, concretandosi nell'approvazione della deliberazione di aumento del capitale entro il termine stabilito o desumibile dalle circostanze; mentre nella seconda - sottoscrizione delle nuove azioni sulle quali il socio non vanta il diritto di opzione - la condizione è complessa sostanziandosi non solo nell'approvazione della delibera, ma anche nel mancato esercizio del diritto di opzione da parte degli altri soci nel termine all'uopo assegnato.

Anche questo orientamento trova un corrispondente per le srl:

I.G.34 – (LEGITTIMITA' DELLA SOTTOSCRIZIONE ANTICIPATA DEGLI AUMENTI DI CAPITALE – 1° pubbl. 09/08) La sottoscrizione in via preventiva, integrale o in una determinata misura, da parte del socio, di un aumento di capitale programmato ma non ancora formalmente deliberato dalla società, persegue un interesse meritevole di tutela nell'ottica dell'art. 1322 c.c., ossia quella di assicurare a priori il buon esito dell'operazione di aumento.

Il riconoscimento di un titolo di preferenza (diritto di sottoscrizione) non impedisce sotto alcun profilo che, in correlazione all'interesse della società ad avere garantita anticipatamente l'integrale sottoscrizione del previsto aumento di capitale, il socio si vincoli in via preventiva, nei confronti della società stessa, non solo ad esercitare effettivamente il diritto di sottoscrizione a lui spettante ma anche a sottoscrivere la parte di aumento sulla quale non vanta affatto tale diritto, in quanto eccedente la quota proporzionale della partecipazione posseduta: e ciò, si intende, per l'eventualità in cui la predetta parte di aumento non venisse sottoscritta dagli altri soci cui il diritto compete.

In entrambi i casi, si è al cospetto di un obbligo sottoposto a condizione: solo che, nella prima ipotesi - esercizio anticipato del diritto di sottoscrizione - la condizione è semplice, concretandosi nell'approvazione della deliberazione di aumento del capitale entro il termine stabilito o desumibile dalle circostanze; mentre nella seconda - sottoscrizione delle nuove quote sulle quali il socio non vanta il diritto di sottoscrizione - la condizione è complessa sostanziandosi non solo nell'approvazione della delibera, ma anche nel mancato esercizio del diritto di sottoscrizione da parte degli altri soci nel termine all'uopo assegnato.

Partendo dal presupposto che, secondo l'opinione preferibile, nel caso di aumento del capitale sociale si ha un vero e proprio contratto con il quale si aggiungono nuove partecipazioni sociali a quelle già esistenti, e che pertanto la delibera di aumento è una proposta contrattuale (prima rivolta ai soci, in quanto titolari del diritto di opzione o di sottoscrizione, e poi al pubblico ex art. 1336 c.c.) e le sottoscrizioni coincidono con le accettazioni della proposta, si è ipotizzato, invertendo l'ordine logico, che l'atto di sottoscrizione dell'aumento da parte del socio preceda temporalmente la decisione societaria di aumentare il capitale sociale. In tal caso l'atto di sottoscrizione assume la natura di proposta contrattuale rispetto alla quale la delibera assembleare vale come accettazione idonea a completare la fattispecie negoziale.

In riferimento a tale ipotesi la Suprema Corte (Cass. 14 aprile 2006, 8876) ha affermato, e ciò è divenuto il contenuto specifico dell'orientamento, che l'assunzione in via preventiva da parte del socio dell'impegno a sottoscrivere, integralmente o in una determinata misura, un aumento del capitale programmato, ma non ancora formalmente deliberato dalla società, persegue un interesse meritevole di tutela nell'ottica dell'art. 1322 c.c., ossia quello di assicurare a priori il buon esito dell'operazione di aumento.

Rilevo che, pertanto, l'argomento secondo il quale il diritto di opzione/sottoscrizione nasce solo dopo l'approvazione della delibera di aumento del capitale risulti sul punto del tutto inconferente.

H.G.23 – (RICAPITALIZZAZIONE DELLA SOCIETA' DA PARTE DEI SOLI SOCI PRESENTI IN ASSEMBLEA – 1° pubbl. 09/08) E' legittima l'operazione di ricapitalizzazione della società da parte dei soli soci presenti in assemblea, laddove la delibera faccia salva la facoltà dei soci assenti di sottoscrivere la propria quota di capitale entro il termine previsto dalla legge a tutela del diritto di opzione.

Tale operazione, pur formalmente differente, rispecchia fedelmente lo spirito della legge e non compromette in alcun modo i diritti dei soci assenti i quali, nello stesso termine previsto dall'art. 2441 c.c., hanno la possibilità di sottoscrivere il capitale sociale in proporzione della partecipazione precedentemente posseduta.

In tal caso il diritto di opzione, il cui esercizio è suscettibile di rimuovere, pro quota, l'acquisto da parte dei soci originari sottoscrittori dell'intero aumento di capitale, è salvaguardato mediante la previsione dell'esercizio successivo dello stesso.

Ciò che deve ritenersi non consentito è la previsione in sede assembleare di esclusione del diritto di opzione da parte dei soci assenti.

Idem per le srl:

I.G.35 – (RICAPITALIZZAZIONE DELLA SOCIETA' DA PARTE DEI SOLI SOCI PRESENTI IN ASSEMBLEA – 1° pubbl. 09/08) E' legittima l'operazione di ricapitalizzazione della società da parte dei soli soci presenti in assemblea, laddove la delibera faccia salva la facoltà dei soci assenti di sottoscrivere la propria quota di capitale entro il termine previsto dalla legge a tutela del diritto di sottoscrizione.

Tale operazione, pur formalmente differente, rispecchia fedelmente lo spirito della legge e non compromette in alcun modo i diritti dei soci assenti i quali, nello stesso termine previsto dall'art. 2481bis c.c., hanno la possibilità di sottoscrivere il capitale sociale in proporzione della partecipazione precedentemente posseduta.

In tal caso il diritto di sottoscrizione, il cui esercizio è suscettibile di rimuovere, pro quota, l'acquisto da parte dei soci originari sottoscrittori dell'intero aumento di capitale, è salvaguardato mediante la previsione dell'esercizio successivo dello stesso.

Ciò che deve ritenersi non consentito è la previsione in sede assembleare di esclusione del diritto di sottoscrizione da parte dei soci assenti.

Al problema della ricostituzione del capitale da parte dei soli soci intervenuti in assemblea, per garantire immediatamente risorse alla società senza dover attendere l'eventuale esercizio del diritto di opzione/sottoscrizione da parte dei soci assenti, l'approccio appare sostanziale e non formalistico, con un atteggiamento che pare aver assunto anche la giurisprudenza successiva alla riforma (cfr. Cass. 17 novembre 2005 n. 23262 nonché Cass. 12 luglio 2007 n. 15614). In considerazione del fatto che il principio che le norme menzionate vogliono garantire è quello dell'egualitario trattamento tra i soci ne consegue allora la legittimità della deroga procedimentale nella sola forma ma non nella sostanza.

Si riconosce, pertanto, la bontà della soluzione pratica di matrice notarile secondo la quale i soci presenti in assemblea contestualmente alla sottoscrizione delle partecipazioni ad essi spettanti possono dichiarare di voler esercitare il diritto di prelazione sulle partecipazioni eventualmente inoperte/non sottoscritte da parte di uno o più altri soci provvedendo ad accompagnare tale dichiarazione con il versamento nelle casse sociali dell'intero importo dovuto per il caso in cui la prelazione esercitata vada a buon fine.

Evidentemente, l'esercizio del diritto di opzione/sottoscrizione da parte del socio assente ed il conseguente versamento nelle casse sociali della somma destinata a copertura della ricostituzione del capitale di sua spettanza, fungendo da condizione risolutiva dell'acquisto delle partecipazioni sottoscritte dai soci presenti in assemblea in misura eccedente a quella di loro spettanza, comporta, oltre alla risoluzione del contratto di sottoscrizione stipulato tra il socio presente in assemblea (nell'esercizio del diritto di prelazione su quanto inoperto in assemblea) e la società, anche il sorgere di un diritto di credito nei confronti della società stessa per un importo pari a quello versato a seguito della sottoscrizione della quota di capitale spettante al socio assente.

Si badi che il meccanismo di tutela del socio assente deve essere esplicitato nella deliberazione, non potendosene presumere l'automaticità. Di conseguenza, non è da considerarsi legittima la deliberazione la quale stabilisca che il diritto di opzione/sottoscrizione può essere esercitato soltanto nel corso dell'assemblea e non contempli alcun rimedio a salvaguardia del diritto del socio assente.

Solo per le srl

I.G.37 – (LEGITTIMITA' DELLA RICAPITALIZZAZIONE DELLA SOCIETA' DELIBERATA A MAGGIORANZA E INTEGRALMENTE SOTTOSCRITTA SOLO DA ALCUNI SOCI – 1° pubbl. 09/08) In caso di perdita di cui all'art. 2482ter c.c., la deliberazione di ricostituzione può essere legittimamente adottata a maggioranza e la sottoscrizione del relativo capitale può essere fatta da parte di alcuni soltanto dei soci originari.

Quanto affermato non si pone in contrasto con l'art. 2482quater c.c., poiché tale norma tutela il socio contro le alterazioni proporzionali scaturenti dalla riduzione del capitale, e non già dall'eventuale successivo aumento dello stesso.

Pertanto, se il socio non eserciterà il diritto di sottoscrizione sull'aumento in ricostituzione, la sua partecipazione subirà inesorabilmente una compressione, anche nella misura dei diritti attribuiti.

I soci dissenzienti sono tutelati dal riconoscimento del diritto di sottoscrizione sulla ricapitalizzazione della società, sicché la perdita della qualità di socio, per il mancato esercizio di detto diritto, è pur sempre imputabile ad una libera scelta.

Con l'orientamento in commento si offre una soluzione alla questione posta in dottrina riguardante l'ammissibilità di una delibera di ricostituzione del capitale deliberata a maggioranza, alla luce del disposto dell'art. 2481-bis, 1° comma, secondo periodo, secondo cui non è consentita l'esclusione del diritto di sottoscrizione nel caso di deliberazione di aumento del capitale per ripianare perdite di oltre un terzo del capitale che lo abbiano ridotto al disotto del minimo legale e dell'art. 2482-quater secondo cui "in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modifica delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci".

La prima norma richiamata è stata introdotta dal legislatore della riforma al fine di rispondere all'esigenza evidenziata nella relazione governativa di "impedire prassi non commendevoli che sono stata a volte elaborate per ridurre sostanzialmente o addirittura eliminare la partecipazione di minoranza".

Orbene, la deliberazione di ricostituzione adottata a maggioranza e la sottoscrizione del relativo capitale da parte di alcuni soltanto dei soci originari non sembrano porsi in contrasto con l'art. 2482-quater c.c. perché in tal caso l'alterazione delle partecipazioni non dipende da una decisione sociale ma dalla mancata sottoscrizione di taluni soci; se così non fosse a ciascun socio spetterebbe un diritto di veto in merito alla riduzione e alla ricostituzione del capitale sociale. Non pare che i dati normativi offrano argomenti per sostenere che in caso di perdite oltre il terzo che riducano il capitale sotto il minimo legale l'interesse del singolo socio allo scioglimento della società e alla sua liquidazione prevalga su quello della maggioranza alla conservazione della stessa; anzi gli art. 2482-ter e 2487-ter paiono deporre nel senso inverso. D'altro canto, i soci dissenzienti sono tutelati dal riconoscimento del diritto di sottoscrivere la ricapitalizzazione della società, sicché astenendosi dall'esercitare tale diritto e non provvedendo a versare quanto dovuto al fine del ripianamento delle perdite di fatto si autoescludono e quindi la perdita della qualità di socio è pur sempre imputabile ad una libera loro scelta.

B2. Contenuto

H.G.16 - (LEGITTIMITA' DELLA DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE ADOTTATA A MAGGIORANZA SENZA SOVRAPPREZZO – 1° pubbl. 09/07) E' legittimo deliberare a maggioranza un aumento di capitale senza sovrapprezzo (ossia ad un prezzo non congruo), nell'ipotesi in cui sia riconosciuto a tutti i soci, e a tutti gli eventuali portatori di obbligazioni convertibili, il diritto di opzione ai sensi del primo comma dell'art. 2441 c.c.

Nell'ipotesi invece in cui tale diritto di opzione a favore dei soci, e degli eventuali obbligazionisti convertibili, sia escluso o limitato l'aumento di capitale deliberato a maggioranza deve necessariamente prevedere l'eventuale sovrapprezzo (ossia deve essere deliberato ad un prezzo congruo), nel rispetto della procedura prevista dal sesto comma dell'art. 2441 c.c.

H.G.17 - (LEGITTIMITA' DELLA DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE ADOTTATA ALL'UNANIMITA' SENZA SOVRAPPREZZO - 1° pubbl. 09/07) E' legittimo deliberare all'unanimità, e con il consenso di tutti gli eventuali obbligazionisti convertibili, un aumento di capitale senza sovrapprezzo (ossia ad un prezzo non congruo), ciò anche se sia escluso o limitato il diritto di opzione di cui al primo comma dell'art. 2441 c.c.

In tale ipotesi non dovrà ovviamente essere posta in essere la procedura di cui al sesto comma dell'art. 2441 c.c.

Corrispondentemente per le srl:

I.G.27 - (LEGITTIMITA' DELLA DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE ADOTTATA A MAGGIORANZA SENZA SOVRAPPREZZO – 1° pubbl. 09/07) E' legittimo deliberare a maggioranza un aumento di capitale senza sovrapprezzo (ossia ad un prezzo non congruo), nell'ipotesi in cui sia riconosciuto a tutti i soci il diritto di sottoscrizione ai sensi del primo periodo del primo comma dell'art. 2481bis c.c., ciò anche nel caso che la decisione consenta che la parte di aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi.

Nell'ipotesi invece in cui il diritto di sottoscrizione da parte dei soci sia escluso o limitato l'aumento di capitale deliberato a maggioranza deve necessariamente prevedere l'eventuale sovrapprezzo (ossia deve essere deliberato ad un prezzo congruo), fermo il diritto di recesso a condizioni che non tengano conto della delibera di aumento.

I.G.28 - (LEGITTIMITA' DELLA DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE ADOTTATA ALL'UNANIMITA' SENZA SOVRAPPREZZO – 1° pubbl. 09/07) E' legittimo deliberare all'unanimità un aumento di capitale senza l'eventuale sovrapprezzo (ossia ad un prezzo non congruo), anche nell'ipotesi in cui non sia riconosciuto ai soci il diritto di sottoscrizione ai sensi del primo periodo del primo comma dell'art. 2481bis c.c.

Pur tenendo conto della diversa disciplina (in tema di spa l'art. 2441 impone il sovrapprezzo, nel caso di esclusione o limitazione del diritto di opzione, ancorando la determinazione del prezzo di emissione delle azioni al valore del patrimonio netto della società; in tema di srl invece la materia è rimessa all'autonomia dei soci, la previsione di un sovrapprezzo è una facoltà non un obbligo e dall'esclusione o limitazione del diritto di sottoscrizione non discende automaticamente un collegamento tra prezzo di emissione delle nuove partecipazioni e patrimonio netto) i principi espressi sono nella sostanza convergenti.

Con una precisazione che è apparsa opportuna in ambito srl: il diritto di recesso previsto dall'art. 2481-bis co. 1 ultimo periodo c.c. per il socio non assenziente alla decisione di aumento del capitale attuato mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi deve essere garantito a condizioni che non tengano conto della delibera di aumento, perché altrimenti risulterebbe pregiudicato il valore economico della partecipazione da rimborsare. (In sostanza, in questa specifica ipotesi il rimborso della partecipazione in proporzione del patrimonio sociale non viene determinato, come prescrive l'art. 2473 co. 3 c.c., tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso ma in un momento anteriore).

H.G.20 - (AUMENTO GRATUITO DEL CAPITALE IN MISURA NON PROPORZIONALE - 1° pubbl. 9/07) E' legittimo, con il consenso di tutti i soci, deliberare l'aumento gratuito del capitale assegnando ai soci le azioni di nuova emissione in misura non proporzionale rispetto a quelle da essi già possedute (ovvero aumentando il valore nominale delle azioni in circolazione in misura non proporzionale), modificando in tal modo il previgente rapporto tra le partecipazioni azionarie detenute da ciascun socio.

Il disposto dell'art. 2442, commi 2 e 3, c.c., è infatti applicabile alle sole delibere adottate a maggioranza.

Sostanzialmente in modo identico per le srl dispone il seguente orientamento:

I.G.31 - (AUMENTO GRATUITO DEL CAPITALE IN MISURA NON PROPORZIONALE - 1° pubbl. 9/07) E' legittimo, con il consenso di tutti i soci, deliberare l'aumento gratuito del capitale imputandolo alle partecipazioni in misura non proporzionale, modificando in tal modo il rapporto tra le singole quote di partecipazione.

Il disposto dell'art. 2481ter, comma 2, c.c., è infatti applicabile alle sole delibere adottate a maggioranza.

L'articolo 2481-ter comma 2 c.c. stabilisce che in seguito all'aumento gratuito del capitale sociale la partecipazione di ciascun socio resta immutata.

Si ritiene che tale disposizione non sia imperativa e indisponibile, o, meglio, che essa si limiti a dettare una disciplina suppletiva cui è possibile derogare con il consenso di tutti i soci, posto che il principio di proporzionalità non è diretto a salvaguardare interessi di terzi ma solo dei soci e conseguentemente può essere derogato dai soci stessi all'unanimità.

I.G.4 - (OFFERTA DI SOTTOSCRIZIONE AD ALTRI SOCI O A TERZI DELLA PARTE DI AUMENTO DI CAPITALE INOPTATO - 1° pubbl. 9/04) È possibile che l'assemblea con deliberazione adottata a maggioranza consenta, disciplinandone le modalità, che la parte dell'aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi, anche in assenza di una previsione in tal senso contenuta nell'atto costitutivo.

I.G.5 - (OFFERTA DI SOTTOSCRIZIONE DI AUMENTI DI CAPITALE A TERZI IN ASSENZA DI ESPRESSA PREVISIONE STATUTARIA - 1° pubbl. 9/04) È possibile, ma solo con deliberazione adottata con il voto favorevole di tutti i soci partecipanti alla società, che l'assemblea deliberi che l'aumento di capitale possa essere attuato mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi, anche se l'atto costitutivo non preveda tale possibilità ed anche se si ricada nell'ipotesi di ricapitalizzazione della società, in esito a riduzione per perdite ex art. 2482ter, c.c.

L'art. 2481-bis co. 1 prevede che la soppressione del diritto di sottoscrizione spettante a ciascun socio può derivare solo da un'apposita previsione dell'atto costitutivo non essendo sufficiente che tale soppressione sia prevista solo dalla delibera di aumento; tuttavia tale regola è certamente diretta a tutelare gli interessi disponibili dei soci (ed il carattere personalistico della società) e non esigenze di ordine pubblico (tanto più che il medesimo risultato potrebbe essere conseguito legittimamente attraverso la rinuncia da parte del socio, subito dopo la delibera di aumento, al proprio diritto di sottoscrizione).

Di qui la necessità, per il secondo orientamento in esame, che vi sia il consenso unanime di tutti i soci (e quindi la implicita loro rinuncia al mantenimento della originaria quota di partecipazione nella società con conseguente modifica o alterazione dei rapporti di forza tra i soci, e addirittura – in caso di riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale o di capitale integralmente eroso – al mantenimento dello status di socio).

Diversamente, sarà adottabile a maggioranza la normale deliberazione di ricostituzione del capitale sociale.

Si ricorda che la legge non dispone che, laddove si verifichi la soppressione del diritto di sottoscrizione, la delibera di aumento debba prevedere obbligatoriamente un congruo sovrapprezzo, come invece avviene nelle spa in forza dell'art. 2441 co. 6.

I.G.20 - (AUMENTO DI CAPITALE DELEGATO MEDIANTE MODIFICA DELL'ATTO COSTITUTIVO - 1° pubbl. 9/05) Nonostante il tenore letterale dell'art. 2481 c.c., la delega all'organo amministrativo della facoltà di aumentare il capitale sociale ai sensi del predetto articolo può essere attribuita non solo in sede di atto costitutivo, ma anche di successiva modifica dello stesso.

I.G.18 - (AUMENTO DI CAPITALE DELEGATO ALL'ORGANO AMMINISTRATIVO - 1° pubbl. 9/05) L'attribuzione all'organo amministrativo della facoltà di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2481 c.c. richiede la determinazione dei limiti e delle modalità dell'esercizio. Fra i limiti, in considerazione dell'eccezionalità dell'attribuzione di tale potere all'organo amministrativo nonché della non sopprimibilità della competenza dei soci ai sensi dell'art. 2479 c.c., deve intendersi ricompreso necessariamente - oltretutto un limite quantitativo da intendersi come fissazione di un limite massimo numericamente determinato - anche un limite temporale.

I.G.19 - (LIMITI TEMPORALI DELL'ATTRIBUZIONE ALL'ORGANO AMMINISTRATIVO DELLA FACOLTÀ DI AUMENTARE IL CAPITALE - 1° pubbl. 9/05) La durata dell'attribuzione all'organo amministrativo della facoltà di aumentare il capitale sociale ai sensi dell'art. 2481 c.c. non è inderogabilmente quella prevista dall'art. 2443 c.c. per le s.p.a. Detto termine potrà quindi essere superiore, ma andrà comunque mantenuto entro convenienti limiti di tempo.

Solo per le spa:

H.G.15 - (CONTENUTO DEL PARERE DEL COLLEGIO SINDACALE NELL'IPOTESI DI DELEGA AL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DELL'AUMENTO DI CAPITALE CON ESCLUSIONE DELL'OPZIONE - 1° pubbl. 09/07) Nell'ipotesi in cui l'assemblea straordinaria introduca nello statuto la facoltà per gli amministratori di aumentare il capitale sociale con esclusione del diritto di opzione (ai sensi dell'art. 2443, primo comma, secondo periodo, c.c.), deve comunque essere predisposto il parere del collegio

sindacale previsto dal sesto comma dell'art. 2441 c.c., ancorché il prezzo di emissione delle azioni non sia ancora determinato.

In tale caso il parere dovrà essere espresso con riguardo alla congruità dei criteri di determinazione del prezzo di emissione cui il consiglio di amministrazione dovrà attenersi ai sensi dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2443 c.c.

I quattro orientamenti vengono trattati assieme stante la loro connessione.

Si è voluto sviluppare la scarsa e lacunosa disciplina normativa e dare sostanza alle indicazioni normative; vieppiù in considerazione che la disciplina dell'aumento delegato per le srl è stata introdotta solo con la riforma del diritto societario mentre sotto la vigenza della disciplina antecedente, come è noto, era comunemente escluso che potesse aver luogo.

Con il primo dei due orientamenti, è sembrato corretto, mancando nella disciplina normativa l'espressa previsione della possibilità di introdurre la delega anche con successiva modificazione dell'atto costitutivo (a differenza dell'art. 2443 per le spa), consentire tale possibilità. E ciò non tanto perché la mancanza è da ricollegare ad una svista del legislatore quanto perché sussistono validi argomenti a favore della indicazione prospettata: rilevanza dell'autonomia dei soci; assenza di un esplicito divieto al riguardo; non ricorrenza di un caso (eccezionale nella nuova disciplina) in cui la posizione del socio non possa essere modificata a maggioranza (principio generale, questo, che governa le srl post riforma) e quindi, negando la possibilità di un inserimento successivo della delega (o richiedendo per la stessa un consenso unanime) si imporrebbe un vincolo eccessivo all'operato della maggioranza; da un punto di vista sistematico la norma in commento è inserita nella sezione relativa alle modificazioni dell'atto costitutivo.

Di qui la conclusione che la delega può essere introdotta con una modificazione dell'atto costitutivo, con le ordinarie maggioranze previste dalla legge o dall'atto costitutivo medesimo (come opportunamente specificato dalla Massima n. 75 – 22 novembre 2005 CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, p. 227).

Con il secondo orientamento, invece, si afferma che: (i), sia pur incidenter, nonostante la delega i soci conservano una competenza deliberativa concorrente (sia in ragione della sovranità dell'organo assembleare, sia in ragione del fatto che la norma stabilisce l'attribuzione agli amministratori della mera facoltà di aumentare il capitale e non fissa, invece, una regola in materia di ripartizione di competenze tra organi societari). Da ciò discende che i soci possono, laddove lo ritengano opportuno, deliberare l'aumento pur in presenza della clausola statutaria ed anche se essa non preveda espressamente detta competenza concorrente; (ii) non è ammissibile una delega completamente in bianco reputandosi indispensabili quantomeno le indicazioni (concorrenti e non alternative tra loro) dell'importo dell'aumento e del termine entro il quale lo stesso deve essere realizzato. Si è preferito quindi ritenere che con la locuzione contenuta nella norma in commento il legislatore abbia inteso imporre obbligatoriamente l'indicazione di limiti e modalità e non già consentire il conferimento di una delega che lasci la massima discrezionalità agli amministratori, considerando l'indicazione di limiti o modalità come meramente facoltativa. Ove limiti e modalità di esercizio (es: specificazione del tipo di aumento da eseguirsi, gratuito o a pagamento, tempi di esecuzione, entità dell'aumento, previsione della determinazione di un sovrapprezzo ed entità dello stesso, quorum necessari per le deliberazioni dell'organo amministrativo, eventuali adempimenti accompagnatori quali la redazione di un bilancio infrannuale) vengano indicati in statuto (alcuni obbligatoriamente altri facoltativamente, secondo l'orientamento che si sta analizzando), essi saranno vincolanti per gli amministratori (ed anche ciò deve essere oggetto del controllo di legalità demandato al notaio); (iii) il limite quantitativo da fissare è da intendersi come limite massimo numericamente determinato.

Con il terzo orientamento si sviluppa un altro concetto e cioè che (iv) il limite temporale da imporre prescinde da quello disposto dall'art. 2443 per le spa e quindi ciò consente di ritenere ammissibile la fissazione di un limite di tempo anche più ampio, purchè ragionevole (eventualmente anche *certus an ma incertus quando*), ritenendosi inammissibili una delega perpetua o di lunga durata.

Gli orientamenti non trattano direttamente, invece, il tema della delegabilità dell'aumento a pagamento con soppressione o limitazione del diritto di opzione/sottoscrizione. Il legislatore ha effettuato un intervento chiarificatore per le spa (e a dirimere i possibili dubbi interpretativi nascenti dalla norma è tempestivamente intervenuta la Massima n. 8 – 23 marzo 2004 CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, p. 61, cui si aggiunge per uno specifico aspetto il sopra indicato orientamento H.G.15), mentre è rimasto silente per le srl e quindi è sorto il dubbio se sia possibile o meno includere tra i poteri spettanti all'organo amministrativo quello di escludere il diritto dei soci alla sottoscrizione.

Per le diverse tesi sul punto si consenta un rinvio alla citata Massima n. 75 del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO nonché a CNN, La delega ad aumentare il capitale sociale nella s.r.l., Studio n. 5857/I approvato dalla Commissione studi d'impresa il 15 dicembre 2005, est. C.A. BUSI).

Si segnala, in conclusione, il diverso contenuto dell'orientamento H.F.2 (secondo cui è possibile "adottare delibere da parte di altri organi sociali in forza di poteri attribuiti dallo statuto in virtù di una delibera modificativa non ancora iscritta") rispetto alla Massima n. 19 – 10 marzo 2004 (CONSIGLIO NOTARILE DI

MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, p. 84) secondo cui l'inefficacia delle modificazioni statutarie fino al momento della loro iscrizione sarebbe impeditiva dell'esecuzione, da parte dell'organo amministrativo, della delega a deliberare l'aumento del capitale sociale prima che la deliberazione assembleare autorizzativa sia stata iscritta nel registro delle imprese, essendo carente in questo caso la competenza stessa ad assumere la deliberazione delegata.

C. Effetti

H.G.24 – (EFFICACIA IMMEDIATA DELLE SOTTOSCRIZIONI NEL CASO DI AUMENTO DI CAPITALE SCINDIBILE IN RICOSTITUZIONE DI QUELLO PERSO – 1° pubbl. 09/08) Non si ritiene possibile introdurre in una delibera di aumento di capitale scindibile, in ricostituzione di quello perso, la clausola secondo la quale ciascuna sottoscrizione sia immediatamente efficace, prima dunque del termine finale di sottoscrizione (indipendentemente dalla circostanza che in detta delibera sia altresì consentito ai soci presenti di sottoscrivere anticipatamente anche quanto spettante in opzione ai soci assenti – vedi orientamento H.G.23).

Se così non fosse si violerebbe il principio secondo il quale, perso il capitale sociale e pendente il termine legale per l'esercizio del diritto di opzione sulla sua ricostituzione, il socio assente si deve trovare nella condizione di conservare la propria qualità di socio, con tutti i corrispondenti diritti, compreso la pienezza di quello di voto.

E corrispondentemente per le srl:

I.G.36 – (EFFICACIA IMMEDIATA DELLE SOTTOSCRIZIONI NEL CASO DI AUMENTO DI CAPITALE SCINDIBILE IN RICOSTITUZIONE DI QUELLO PERSO – 1° pubbl. 09/08) Non si ritiene possibile introdurre in una delibera di aumento di capitale scindibile, in ricostituzione di quello perso, la clausola secondo la quale ciascuna sottoscrizione sia immediatamente efficace, prima dunque del termine finale di sottoscrizione (indipendentemente dalla circostanza che in detta delibera sia altresì consentito ai soci presenti di sottoscrivere anticipatamente anche quanto spettante in diritto di sottoscrizione ai soci assenti – vedi orientamento I.G.35).

Se così non fosse si violerebbe il principio secondo il quale, perso il capitale sociale e pendente il termine legale per l'esercizio del diritto di sottoscrizione sulla sua ricostituzione, il socio assente si deve trovare nella condizione di conservare la propria qualità di socio, con tutti i corrispondenti diritti, compreso la pienezza di quello di voto.

Il problema sotteso è quello se le sottoscrizioni delle partecipazioni rivenienti dall'aumento di capitale acquistino efficacia progressivamente, mano a mano che hanno luogo (e conseguentemente, in riferimento all'opzione, se l'esercizio del relativo diritto produca immediatamente il proprio effetto in capo al singolo socio) o, viceversa, se esse acquistino efficacia allorchè risulta perfezionato l'intero procedimento di aumento. Nell'ipotesi di aumento di capitale inscindibile, che rappresenta per legge la regola, l'efficacia della fattispecie è subordinata alla condizione dell'integrale sottoscrizione dell'aumento nel termine stabilito.

Nel caso invece di aumento di capitale scindibile alcuni autori e parte della giurisprudenza ritengono che il vincolo contrattuale è subito efficace sia nei confronti del sottoscrittore sia nei confronti della società; altra opinione preferisce ritenere che prima della scadenza del termine finale fissato per la sottoscrizione, la singola sottoscrizione sia inefficace, in quanto sottoposta a termine iniziale di efficacia, e conseguentemente il sottoscrittore non possa esercitare i diritti amministrativi di intervento e di voto riguardanti le partecipazioni oggetto di sottoscrizione.

Fra la posizione dell'efficacia immediata della sottoscrizione e la opposta posizione che ritiene differito ogni effetto dell'aumento e delle sue sottoscrizioni al momento in cui la procedura ha avuto termine (o, eventualmente, al momento anteriore in cui si verifica l'integrale sottoscrizione) si collocano posizioni dottrinali intermedie che pur aderendo alla seconda soluzione, ossia quella che collega il verificarsi dell'efficacia dell'aumento a decorrere dallo spirare del termine finale fissato nella deliberazione, esaltano tuttavia l'autonomia negoziale affermando che l'assemblea dei soci (o l'organo amministrativo in caso di delega) può stabilire espressamente che l'efficacia di ciascuna sottoscrizione, una volta effettuata l'iscrizione della delibera di aumento ai sensi dell'art. 2436 co. 5 c.c., sia immediata e che pertanto il socio acquisisca la titolarità della partecipazione e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali nel momento stesso della sottoscrizione (con i connessi effetti anche sulla corrispondente variazione di volta in volta dell'ammontare del capitale sociale). E' ad esempio quanto sostenuto nella Massima n. 96 – 18 maggio 2007 (CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notariali in materia societaria*, Milano, 2007, p. 275) la quale si riferisce alla sola ipotesi di aumento del capitale e non anche a quella di ricostituzione del capitale perduto, che invece è presa in considerazione dagli orientamenti in commento.

Si è ritenuto che in tal caso, e in particolar modo quando sia consentito ai soci presenti di sottoscrivere immediatamente anche quanto spettante in opzione ai soci assenti (con il correttivo – evidentemente – di riconoscere a loro favore di poter sottoscrivere comunque il capitale entro il termine fissato), non sia possibile con deliberazione assembleare decidere l'immediata efficacia di ciascuna dichiarazione di sottoscrizione, perché così facendo si violerebbe il principio secondo il quale nelle more il socio assente conserva la qualità di socio, con tutti i corrispondenti diritti, compreso quello di voto; si violerebbe l'inderogabile principio della parità di trattamento dei soci e si potrebbero attuare comportamenti abusivi e arbitrarie alterazioni delle singole posizioni soggettive ad evitare i quali è volta l'intera disciplina dell'aumento del capitale sociale e del diritto di opzione in particolare.

Orientamenti notarili in materia societaria

A cura di

Commissione massime societarie

del Consiglio Notarile di **Milano**

notaio Manuela Agostini

notaio Massimo Caspani

notaio Domenico de Stefano

notaio Carlo Marchetti

Prof. Piergaetano Marchetti

notaio Antonio Marsala

notaio Luigi Augusto Misericchi

notaio Mario Notari

notaio Giuseppe A. Rescio

notaio Filippo Zabban

**Il “valore equo ricavato da un bilancio approvato”
ai fini della valutazione di conferimenti in natura in s.p.a.
(art. 2343-ter, comma 2, lett. a), c.c.)**

Il “valore equo ricavato da un bilancio approvato da non oltre un anno” di cui all’art. 2343-ter, comma 2, lett. a), c.c., consiste nel valore correttamente iscritto in un bilancio approvato — nei tempi e con i requisiti richiesti dalla norma stessa — a prescindere da fatto che: (i) il bilancio sia redatto secondo i principi contabili IAS/IFRS o secondo le norme e i principi contabili emanati da ogni Stato membro in ossequio alla quarta direttiva comunitaria (Direttiva 78/660/CEE); (ii) il bene o i beni da conferire siano iscritti in bilancio con il criterio del “valore equo” o con altro criterio, purché siano iscritti in conformità ai criteri stabiliti dalle norme e ai principi applicabili nel caso concreto.

Affinché il valore risultante dal bilancio possa costituire il parametro di riferimento per la valutazione dei beni oggetto di conferimento in s.p.a., occorre:

a) che si tratti del bilancio di esercizio, approvato da non oltre un anno, che sia riferito ad una data non anteriore alla chiusura dell’ultimo esercizio per il quale sia scaduto il termine legale di approvazione;

b) che il bilancio sia stato nel caso concreto sottoposto a controllo o revisione contabile ai sensi degli artt. 2409-bis e ss. c.c. o degli artt. 155 e ss. TUF, sempre che il revisore non abbia espresso rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento o non abbia espresso giudizio negativo sul bilancio o non abbia rilasciato una dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio (ai sensi dell’art. 2409-ter, comma 3, c.c., e dell’art. 156, comma 3 TUF);

c) che si tratti, in alternativa, di un bilancio infrannuale (ad esempio il bilancio di fusione ex art. 2504-quater c.c.) avente le medesime caratteristiche e redatto secondo le medesime norme del bilancio d’esercizio, approvato dall’assemblea e sottoposto a revisione contabile con i medesimi esiti di cui sopra, riferito ad una data non anteriore alla chiusura dell’ultimo esercizio per il quale sia scaduto il termine legale di approvazione.

**Il “valore equo risultante da una valutazione precedente”
ai fini della valutazione di conferimenti in natura in s.p.a.
(art. 2343-ter, comma 2, lett. b), c.c.)**

La “valutazione precedente di non oltre sei mesi il conferimento” prevista dall’art. 2343-ter, comma 2, lett. b), c.c., può consistere sia in una valutazione commissionata ed eseguita al solo fine di effettuare il conferimento avvalendosi del regime alternativo di cui agli artt. 2343-ter e seguenti c.c., sia in una valutazione già eseguita ad altri fini, purché rispondente ai requisiti richiesti dalla norma sopra citata.

La perizia di cui ci si avvale ai fini del conferimento ai sensi dell’art. 2343-ter, comma 2, lett. b), c.c., non deve essere necessariamente asseverata di giuramento.

Il termine di sei mesi richiesto dalla norma decorre dalla data a cui è riferita la valutazione peritale e deve ritenersi rispettato: (i) in sede di costituzione della società, qualora entro i sei mesi sia sottoscritto l’atto costitutivo; (ii) in sede di aumento di capitale, qualora entro i sei mesi sia eseguito il conferimento in natura.

**Requisiti del verbale della deliberazione di aumento di capitale
in caso di adozione del regime alternativo della valutazione dei conferimenti
(artt. 2343-ter, 2343-quater e 2440 c.c.)**

In caso di conferimenti in natura effettuati in sede di aumento del capitale sociale, secondo la disciplina “alternativa” di cui agli artt. 2343-ter e seguenti c.c., la documentazione richiesta dall’art. 2343-ter, comma 3, c.c., deve essere allegata al verbale della deliberazione di aumento. Essa deve altresì restare depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l’assemblea e finché questa non abbia deliberato, a disposizione dei soci, ai sensi dell’art. 2441, comma 6, c.c., unitamente alla relazione dell’organo amministrativo e al parere di congruità sul prezzo di emissione (salva la possibilità che la totalità dei soci rinunci al preventivo deposito, nonché, limitatamente alla relazione degli amministratori e al parere di congruità, alla redazione stessa dei documenti).

La documentazione richiesta dall’art. 2343-ter, comma 3, c.c., può consistere, a seconda dei casi:

a) nella elaborazione o riproduzione scritta del calcolo della media ponderata, effettuato dalla stessa società di gestione del mercato — se in concreto svolge tale servizio — o da imprese di diffusione ed elaborazione di dati dei mercati finanziari, quali ad esempio Bloomberg o Reuters, se rendono disponibili le medie ponderate dei valori mobiliari o degli strumenti del mercato monetario oggetto di conferimento (nell’ipotesi di cui all’art. 2343-ter, comma 1, c.c.);

b) nel bilancio d’esercizio (o in un suo estratto, relativo alle parti da cui “risulta” il valore dei beni da conferire), nonché, ove il valore dei beni non sia “leggibile” dallo stato patrimoniale o dalla nota integrativa, anche in un estratto del libro inventari o delle scritture contabili dalle quali “risulta” il valore del bene oggetto di conferimento; nonché infine nella relazione di revisione, dalla quale non emergano rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento (nell’ipotesi di cui all’art. 2343-ter, comma 2, lett. a, c.c.);

c) nella perizia redatta dall’esperto (non necessariamente asseverata di giuramento), non ritenendosi necessaria l’allegazione di alcuna documentazione riguardante i requisiti di indipendenza e professionalità dell’esperto.

Il rispetto dei termini di “obsolescenza” dei sistemi di valutazione previsti nelle diverse ipotesi dell’art. 2343-ter, commi 1 e 2, c.c., può tra l’altro essere garantito, nell’ambito della deliberazione di aumento di capitale, dalla previsione di conformi termini finali per la sottoscrizione, ai sensi dell’art. 2439, comma 2, c.c..

Qualora l’aumento di capitale venga contestualmente sottoscritto, mediante esecuzione del conferimento in natura nell’ambito del medesimo atto notarile contenente il verbale della deliberazione assembleare, l’attestazione degli amministratori di avvenuta sottoscrizione ai sensi dell’art. 2444 c.c. (e il conseguente deposito dello statuto aggiornato ai sensi dell’art. 2436, comma 6, c.c.) è subordinata alla contestuale allegazione della “dichiarazione di conferma” di cui all’art. 2343-quater, comma 3, c.c., come prescritto dal nuovo art. 2440, comma 2, c.c..

L'applicazione del regime alternativo della valutazione dei conferimenti in natura, in caso di aumento di capitale delegato agli amministratori (art. 2440-bis c.c.)

L'organo amministrativo al quale è stata attribuita la delega di cui all'art. 2443 c.c. anche per aumenti di capitale con conferimenti in natura può avvalersi della disciplina alternativa di cui all'art. 2440-bis c.c. pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso. Qualora l'organo amministrativo decida di applicare tale disciplina, l'aumento delegato si svolge secondo la seguente procedura:

a) l'organo amministrativo delibera l'aumento di capitale con conferimento in natura, adottando uno dei sistemi di valutazione previsti nell'ambito del regime alternativo di cui all'art. 2343-ter c.c. e contestualmente approva una "prima" dichiarazione di conferma, ai sensi dell'art. 2343-quater, comma 3, c.c., necessariamente parziale (in quanto priva della verifica dei fatti successivi al conferimento);

b) il conferimento non può in ogni caso essere eseguito contestualmente alla deliberazione di aumento, in virtù dell'espresso divieto contenuto nella seconda frase del secondo comma dell'art. 2440-bis c.c.;

c) la deliberazione di aumento viene iscritta nel registro delle imprese, unitamente alla "prima" dichiarazione di conferma degli amministratori; dalla data di tale iscrizione decorre il termine di trenta giorni entro il quale i soci che detengono almeno il 5 per cento del capitale sottoscritto possono chiedere la nuova valutazione;

d) se entro il termine di trenta giorni viene chiesta la nuova valutazione, l'aumento non può essere eseguito e gli amministratori devono presentare istanza al tribunale per la nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 2343 c.c.; una volta acquisita la perizia giurata, gli amministratori possono perfezionare e ricevere il conferimento e successivamente, entro centottanta giorni da quest'ultimo, effettuare la verifica della stima ai sensi dell'art. 2343, comma 3, c.c.;

e) se invece i soci non chiedono la nuova valutazione ex art. 2343 c.c., gli amministratori possono perfezionare e ricevere il conferimento dopo lo scadere del trentesimo giorno dall'iscrizione della deliberazione di aumento; entro trenta giorni dal conferimento, essi devono poi completare la verifica prevista dall'art. 2343-quater, comma 1, c.c., senza nel frattempo poter depositare l'attestazione di avvenuta sottoscrizione ex art. 2444 c.c.; in tale periodo, le azioni emesse sono depositate presso la sede sociale e sono inalienabili;

f) se gli amministratori, nel corso di questi trenta giorni, rilevano fatti nuovi, tali da modificare sensibilmente il valore equo dei beni o dei crediti conferiti, essi non possono depositare l'attestazione di avvenuta sottoscrizione ex art. 2444 c.c., bensì devono avviare una nuova valutazione secondo la disciplina di cui all'art. 2343 c.c.;

g) se invece gli amministratori non rilevano fatti nuovi, tali da modificare sensibilmente il valore equo dei beni o dei crediti conferiti, essi devono depositare, entro trenta giorni dal conferimento, l'attestazione di avvenuta sottoscrizione ai sensi dell'art. 2444 c.c. congiuntamente alla "seconda" dichiarazione di conferma ai sensi dell'art. 2343-quater, comma 3, c.c., nella quale dichiarano che non sono intervenuti fatti rilevanti ai sensi dell'art. 2343-quater, comma 1, c.c..

**Fusione transfrontaliera: rapporti tra certificati e atto di fusione
(artt. 11, 12, 13 d. lgs. 108/2008, 2504 c.c.)**

Il notaio rilascia il certificato preliminare di cui all'art. 11, d. lgs. 108/2008, prima del perfezionamento dell'atto pubblico di fusione se la società risultante dalla fusione è una società italiana o è una società straniera la cui legge richiede il perfezionamento dell'atto di fusione per atto pubblico (per contro, ove la società risultante dalla fusione sia una società straniera la cui legge non richiede l'atto di fusione o non richiede la sua redazione per atto pubblico, il notaio rilascia il certificato preliminare non prima del perfezionamento dell'atto pubblico di fusione nel rispetto della normativa italiana).

Il notaio rilascia l'attestato del controllo finale di cui all'art. 13 d. lgs. 108/2008, al ricorrere dei presupposti ivi indicati, dopo il perfezionamento dell'atto pubblico di fusione o contestualmente allo stesso; ma, ove all'atto di fusione sia apposta una condizione sospensiva, il rilascio non potrà avvenire prima dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione.

Massima n. 106

**Pubblicazione dell'avviso di fusione transfrontaliera sulla G.U.
(art. 7 d. lgs. 108/1998)**

Le informazioni di cui all'art. 7 d. lgs. 108/2008 possono essere pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana prima della redazione completa, da parte dell'organo amministrativo, del progetto comune di fusione e della relativa relazione accompagnatrice, nel rispetto del termine di trenta giorni di cui al primo comma dell'art. 7.

Il predetto termine è derogabile con il consenso di tutti i soci e di tutti i creditori, anteriori all'iscrizione del progetto, della società italiana interessata.

Massima n. 107

**Fusione transfrontaliera in presenza di azioni di speciali categorie
(artt. 2376 c.c., 6 d. lgs. 108/1998)**

Se è straniera la società risultante da una fusione transfrontaliera a cui partecipa una s.p.a. con capitale suddiviso in diverse categorie di azioni, la delibera dell'assemblea generale di approvazione del progetto comune di fusione deve essere approvata dall'assemblea speciale degli appartenenti alla o alle categorie interessate ove dalla fusione derivi a questi ultimi un pregiudizio che - per il combinato disposto degli artt. 2376 c.c. e 6 d. lgs. 108/2008 - deve essere diverso dal mero assoggettamento ad altra legge dei diritti di categoria riconosciuti dalla società risultante.

Massima n. 108

**Fusione transfrontaliera con indebitamento
(artt. 4, comma 3, d. lgs. 108/1998, 2501-bis c.c.)**

Nella fusione con indebitamento l'art. 2501-bis c.c. deve essere osservato da tutte le società, di diritto sia italiano sia straniero, partecipanti ad una fusione transfrontaliera se è italiana la società il cui controllo è stato acquisito con indebitamento. In tal caso il notaio deve verificare il rispetto dell'art. 2501-bis c.c. anche da parte delle società straniere partecipanti alla fusione transfrontaliera.

Se è straniera la società il cui controllo è stato acquisito con indebitamento, il notaio deve verificare che la normativa applicabile in base all'ordinamento cui tale società è soggetta venga rispettata nel procedimento seguito dalla società italiana partecipante alla fusione in relazione alle eventuali previsioni da tale normativa direttamente indirizzate a tutte le società, e ai rispettivi organi, coinvolte nella fusione con indebitamento.

Fusione di società italiane con società straniere soggette ad ordinamento che non ha attuato la decima direttiva (direttiva 2005/56/CE, artt. 2, 3 d. lgs. 108/2008, art. 25 legge 218/1995)

*Il difetto di un'autorità competente a rilasciare il certificato preliminare e l'attestato del controllo finale per le società comunitarie non italiane partecipanti ad una fusione transfrontaliera (a causa della mancata attuazione della direttiva 2005/56/CE nell'ordinamento cui sono soggette) non impedisce il perfezionamento e l'efficacia della fusione nel rispetto delle applicabili normative nazionali e comunitaria.
In questo caso il ricevimento dell'atto di fusione presuppone il rispetto di tali normative anche da parte delle società straniere partecipanti alla fusione transfrontaliera.*

Massima n. 110

**Fusione transfrontaliera: relazione dell'organo gestorio
(art. 8 d. lgs. 108/2008, art. 2501-quinquies c.c.)**

Non è ammessa rinunzia alla relazione dell'organo gestorio di cui all'art. 8 d. lgs. 108/1998. Con il consenso unanime dei soci si può rinunciare alla integrale decorrenza del termine di trenta giorni ivi previsto, purché detto termine sia rispettato con riguardo all'informazione data ai rappresentanti dei lavoratori o, in mancanza, ai lavoratori stessi, salvo che anche questi ultimi vi rinunzino.

Massima n. 111

**Fusione transfrontaliera semplificata e organo deliberante
(artt. 18, comma 2, d. lgs. 108/2008, 2505, commi 2, 3, c.c. e 2505-bis, commi 2, 3, c.c.)**

Nella fusione transfrontaliera per incorporazione tra società, delle quali una possiede una partecipazione totalitaria nell'altra o nelle altre, la deliberazione di fusione della società italiana, sia essa incorporante o incorporata, potrà essere adottata dal proprio organo amministrativo alle condizioni previste, con gli opportuni adattamenti, dall'art. 2505, commi 2 e 3, c.c. Tuttavia, per l'art. 18, comma 2, d.lgs. 108/1998, la non necessità della deliberazione assembleare della società incorporata, ove italiana, prescinde dall'esistenza di una clausola statutaria in tal senso.

Nella fusione transfrontaliera per incorporazione tra società, delle quali una possiede una partecipazione almeno pari al novanta per cento del capitale dell'altra o delle altre, la deliberazione di fusione della società incorporante italiana potrà essere adottata dal proprio organo amministrativo alle condizioni previste, con gli opportuni adattamenti, dall'art. 2505-bis, commi 2 e 3, c.c.

*Orientamenti notarili in materia societaria:
quattro esperienze a confronto*

Milano, 29-30 gennaio 2009

MATERIALI CONVEGNO

Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108

"Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali"

pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 17 giugno 2008

Art. 1. Definizioni

1. Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per:

a) «società di capitali»:

1) le società disciplinate dai capi V, VI e VII del titolo V e dal capo I del titolo VI, del libro V del codice civile, la società europea e la società cooperativa europea;

2) le società di cui all'articolo 1 della direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, e successive modificazioni;

3) qualsiasi altra società di uno Stato membro che abbia personalità giuridica, sia dotata di capitale sociale, risponda solo con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali e sia soggetta, in virtù della legislazione nazionale ad essa applicabile, alle disposizioni della direttiva 68/151/CEE dettate per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi;

b) «società italiana»: società costituita in conformità della legge italiana;

c) «società di altro Stato membro»: società costituita in conformità della legge di altro Stato membro;

d) «fusione transfrontaliera»: l'operazione di cui all'articolo 2501, primo comma, del codice civile, realizzata tra una o più società italiane ed una o più società di altro Stato membro dalla quale risulti una società italiana o di altro Stato membro, con esclusione dei trasferimenti di parte dell'azienda;

e) «società risultante dalla fusione transfrontaliera»: la società incorporante o, nel caso di fusione transfrontaliera mediante costituzione di nuova società, la società di nuova costituzione;

f) «società partecipante alla fusione transfrontaliera»: la società incorporante, la società incorporata o, nel caso di fusione transfrontaliera mediante costituzione di nuova società, la società che prende parte alla fusione transfrontaliera;

g) «registro delle imprese»: il registro di cui alla legge 29 dicembre 1993, n. 580, e, per le società di altro Stato membro, il registro istituito in attuazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 68/151/CE;

h) «rappresentanti dei lavoratori»: i rappresentanti dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

i) «organo di rappresentanza»: l'organo di rappresentanza dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

l) «delegazione speciale di negoziazione»: la delegazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

m) «coinvolgimento dei lavoratori»: la procedura di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

n) «informazione»: l'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

o) «consultazione»: la consultazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera l), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;

p) «partecipazione»: la partecipazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188.

Art. 2.

Ambito di applicazione

1. Il presente decreto legislativo si applica alle fusioni transfrontaliere tra una o più società di

capitali italiane ed una o più società di capitali di altro Stato membro, la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea.

2. Il presente decreto legislativo si applica alle fusioni transfrontaliere alle quali partecipino o risultino società diverse dalle società di capitali o società di capitali che non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l'amministrazione centrale, né il centro di attività principale, purché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima. Non si applica l'articolo 19 se non partecipano alla fusione transfrontaliera società di cui al comma 1.

3. Fuori dai casi previsti dai commi 1 e 2, si applicano gli articoli 3, commi 1 e 2, e gli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 18.

4. Il presente decreto legislativo non si applica alla fusione transfrontaliera cui partecipi una società di cui all'articolo 43 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Art. 3.

Condizioni relative alle fusioni transfrontaliere

1. Una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società alle quali la legge applicabile permette di fondersi.

2. Una società cooperativa a mutualità prevalente di cui all'articolo 2512 del codice civile non può partecipare ad una fusione transfrontaliera.

3. Una fusione transfrontaliera attuata in conformità del presente decreto legislativo soddisfa il requisito di cui all'articolo 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218.

Art. 4.

Disciplina applicabile

1. Salvo quanto espressamente disposto dal presente decreto, si applica alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile.

2. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 11, nel caso di conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera è data prevalenza alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione medesima.

3. L'articolo 2501-bis del codice civile non trova applicazione nel caso in cui la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione non sia una società italiana.

4. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 2112 del codice civile e dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428.

5. Restano salvi la disciplina ed i poteri previsti dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dal decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e dal decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.

6. Resta salvo quanto previsto dal regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, in materia di costituzione di una società europea per fusione e quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 in materia di costituzione di una società cooperativa europea per fusione.

Art. 5.

Recesso

1. Nel caso in cui la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di altro Stato membro, ha diritto di recedere dalla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il socio non consenziente. Le modalità di esercizio del recesso e di determinazione del valore delle azioni o delle quote sono disciplinate dalle norme del codice civile applicabili alla società da cui si recede. Sono salve le altre cause di recesso previste dalla legge o dallo statuto.

Art. 6.

Progetto di fusione transfrontaliera

1. Il progetto comune di fusione transfrontaliera comprende le informazioni di cui all'articolo 2501-ter, primo comma, del codice civile. Da esso devono altresì risultare:

a) la forma, la denominazione e la sede statutaria della società risultante dalla fusione transfrontaliera oltre che la legge regolatrice di questa e di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

b) ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili;

c) i vantaggi eventualmente proposti a favore degli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera e dei membri degli organi di

controllo delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

d) qualora ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, comma 1, le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione transfrontaliera;

e) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione;

f) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società risultante dalla fusione transfrontaliera;

g) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera;

h) se del caso, le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune e' prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

i) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione.

2. Il conguaglio in danaro di cui al primo comma, numero 3), dell'articolo 2501-ter del codice civile, non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate, o in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile, salvo che la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società risultante dalla fusione transfrontaliera consenta il conguaglio in danaro in misura superiore.

Art. 7.

Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale

1. Salvo quanto disposto dall'articolo 2501-ter, terzo e quarto comma, del codice civile, almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione transfrontaliera sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana per ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera le seguenti informazioni:

a) tipo, denominazione, sede statutaria e legge regolatrice;

b) il registro delle imprese nel quale e' iscritta la società e il relativo numero di iscrizione;

c) in relazione all'operazione di fusione transfrontaliera, le modalità d'esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni.

Art. 8.

Relazione dell'organo amministrativo

1. Nella relazione di cui all'articolo 2501-quinquies del codice civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori.

2. Salvo quanto disposto dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, la relazione e' inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione.

3. Se ricevuto in tempo utile, alla relazione e' allegato il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori.

Art. 9.

Relazione degli esperti

1. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile e' redatta da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'articolo 2409-bis, primo comma, del codice civile. Se la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e' ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati, l'esperto e' scelto fra le società di revisione iscritte nell'apposito albo.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera e' una società per azioni o in accomandita per azioni, o società di altro Stato membro di tipo equivalente, l'esperto o gli esperti di cui al comma 1 sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera.

3. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile può essere redatta per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera da uno o più esperti indipendenti designati, su richiesta congiunta di tali società, ovvero abilitati, da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità della legge applicabile ad una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera o alla società risultante dalla fusione medesima. L'autorità italiana competente alla designazione e' il tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera o risultante dalla stessa. Si applica in tal caso il comma 2. La relazione unica contiene le eventuali ulteriori informazioni richieste dalla legge

applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera.

4. I soci possono rinunciare all'unanimità alla relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile a condizione che vi rinuncino tutti i soci delle altre società partecipanti alla fusione transfrontaliera.

Art. 10.

Decisione sulla fusione transfrontaliera

1. L'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera può essere subordinata all'approvazione con successiva delibera da parte dell'assemblea delle modalità di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla fusione transfrontaliera.

2. Se la legge applicabile ad una società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera prevede una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza senza che ciò impedisca l'iscrizione della fusione transfrontaliera nel registro delle imprese, l'assemblea delibera sulla possibilità che i soci della società di tale altro Stato membro vi facciano ricorso.

3. Si applica l'articolo 2502, secondo comma, del codice civile a condizione che tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino le medesime modifiche.

Art. 11.

Certificato preliminare alla fusione transfrontaliera

1. A richiesta della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera, il notaio rilascia senza indugio il certificato attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione.

2. Il certificato attesta in particolare:

a) l'iscrizione presso il registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera;

b) l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori di cui all'articolo 2503 del codice civile ovvero l'integrazione dei presupposti che a norma del medesimo articolo consentono l'attuazione della fusione prima del decorso del suddetto termine, ovvero, in caso di opposizione dei creditori, che il tribunale abbia provveduto ai sensi dell'articolo 2445, quarto comma, del codice civile;

c) qualora l'assemblea abbia subordinato, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, l'efficacia della

delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori, che queste sono state da essa approvate;

d) se del caso, che l'assemblea ha deliberato ai sensi dell'articolo 10, comma 2;

e) l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente.

3. Entro sei mesi dal suo rilascio il certificato con il progetto comune di fusione transfrontaliera approvato dall'assemblea e' trasmesso dalla società all'autorità competente per il controllo di legittimità della fusione transfrontaliera ai sensi dell'articolo 13.

Art. 12.

Atto di fusione transfrontaliera

1. La fusione transfrontaliera risulta da atto pubblico.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera e' una società italiana il notaio redige l'atto pubblico di fusione di cui all'articolo 2504 del codice civile, espletato il controllo di legittimità di cui all'articolo 13, comma 1.

3. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera e' una società di altro Stato comunitario l'atto pubblico di fusione e' redatto dall'autorità competente dello Stato la cui legge e' applicabile alla società risultante dalla fusione o, qualora tale legge non preveda che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico, dal notaio. Nel primo caso l'atto pubblico di fusione e' depositato presso il notaio ai fini di cui all'articolo 14, comma 2.

Art. 13.

Controllo di legittimità della fusione transfrontaliera

1. Se la società risultante dalla fusione e' una società italiana, il notaio, entro trenta giorni dal ricevimento, da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera, espleta il controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera rilasciandone apposita attestazione. A tale fine egli verifica che:

a) le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano approvato un identico progetto comune;

b) siano pervenuti i certificati preliminari alla fusione transfrontaliera relativi a ciascuna delle società partecipanti alla stessa, attestanti il regolare adempimento, in conformità alla legge applicabile, degli atti e delle formalità preliminari alla fusione transfrontaliera;

c) se del caso, siano state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 19.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro il controllo di legittimità di cui al comma 1 è espletato dall'autorità all'uopo designata da tale Stato.

Art. 14. Pubblicità

1. Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, entro trenta giorni, l'atto di fusione, unitamente all'attestazione di cui all'articolo 13, comma 1, ed ai certificati preliminari, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo dove ha sede ciascuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera e la società risultante dalla fusione medesima. Il deposito relativo alla società risultante dalla fusione transfrontaliera non può precedere quelli relativi alle altre società italiane partecipanti alla fusione.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario, entro trenta giorni dall'espletamento del controllo di cui all'articolo 13, comma 2, l'atto pubblico di fusione, unitamente all'attestazione dell'espletamento del suddetto controllo, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese dove ha sede la società italiana partecipante alla fusione.

Art. 15. Efficacia della fusione transfrontaliera

1. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana la fusione transfrontaliera ha effetto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede tale società. Nella fusione per incorporazione può essere stabilita una data successiva.

2. L'ufficio del registro delle imprese di cui al comma 1 comunica immediatamente al corrispondente ufficio del registro delle imprese in cui è iscritta ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera che l'operazione ha acquistato efficacia, perché provveda alla relativa cancellazione.

3. Quando la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro, la data dalla quale la fusione ha effetto è determinata dalla legge applicabile a tale società.

4. Nel caso di cui al comma 3 la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è cancellata dal registro delle imprese a seguito della comunicazione, da parte del registro delle imprese in cui è iscritta la società risultante dalla fusione transfrontaliera, che questa ha acquistato efficacia, purché si sia provveduto all'iscrizione di cui all'articolo 14, comma 2.

Art. 16. Effetti della fusione transfrontaliera

1. La fusione transfrontaliera produce gli effetti di cui all'articolo 2504-bis, primo comma, del codice civile.

2. La società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera adempie le formalità particolari eventualmente prescritte dalla legislazione applicabile alla società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera per l'opponibilità a terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni inclusi nel patrimonio di tale società.

3. È vincolante nei confronti della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci la decisione relativa alla procedura di cui all'articolo 10, comma 2, qualora tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano autorizzato con l'approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera il ricorso a detta procedura.

Art. 17. Invalidità della fusione transfrontaliera

1. Non può essere pronunciata l'invalidità della fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia ai sensi dell'articolo 15.

2. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione transfrontaliera.

Art. 18. Formalità semplificate

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 2505, primo comma, del codice civile, quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene tutte le azioni, le quote o gli altri titoli che conferiscono diritti di voto nell'assemblea della società incorporata, non si applica l'articolo 6, comma 1, lettera b).

2. Nel caso previsto dal comma 1 non e' richiesta l'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea della società italiana incorporata. Resta salvo, con riferimento alla società italiana incorporante, l'articolo 2505, secondo e terzo comma, del codice civile.

3. Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione e' realizzata da una società che detiene almeno il novanta per cento, ma non la totalità, delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società italiana incorporata, non e' richiesta la relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'articolo 2505-bis, primo comma, del codice civile.

Art. 19.

Partecipazione dei lavoratori

1. Se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ha un numero medio di lavoratori, nei sei mesi antecedenti la pubblicazione del progetto comune, superiore alle 500 unità ed e' gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi della disciplina ad essa applicabile, la partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera ed il loro coinvolgimento nella definizione dei relativi diritti sono disciplinati in base a procedure, criteri e modalità stabiliti in accordi tra le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. Trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, in mancanza dei predetti accordi, troverà applicazione, per quanto non previsto dal presente articolo, dall'articolo 12, paragrafi 2, 3 e 4 del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e dalle seguenti disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188:

a) articolo 3, commi 1, 2 e 3, 4, lettera a), 5, 6 e 11;

b) articolo 4, commi 1, 2, lettere a), g) e h), e 3;

c) articolo 5;

d) articolo 7, commi 1, 2, lettera b), e 3, salvo che le percentuali di cui al predetto comma 2, lettera b), per l'applicazione delle disposizioni di riferimento riportate all'allegato I, parte terza, del medesimo decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188, sono aumentate al trentatré e un terzo per cento;

e) articoli 8, 10 e 12;

f) allegato I, parte terza, comma 1, lettera b).

2. Il consiglio di amministrazione o di gestione della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e i competenti organi di direzione o amministrazione delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera possono decidere di applicare, senza negoziati preliminari, le disposizioni di riferimento di cui al comma 1, lettera f), a decorrere dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera.

3. Qualora in seguito a negoziati preliminari si applichino le disposizioni di riferimento per la partecipazione dei lavoratori di cui al comma 1, lettera f), alla quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o di vigilanza della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera può essere apposto un limite massimo. Tuttavia, qualora in una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dei membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza, la quota stessa non potrà risultare inferiore al terzo.

4. Se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera e' gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, la società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera che sia tenuta, ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1, ad applicare tale regime, deve assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione.

5. La società di cui al comma 4 adotta i provvedimenti necessari a garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di successive fusioni con società italiane entro tre anni dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera, nel rispetto delle disposizioni di cui al presente articolo ove compatibili.

Art. 20.

Disciplina transitoria

1. Le disposizioni del presente decreto si applicano alle fusioni transfrontaliere il cui progetto comune alla data di entrata in vigore del decreto medesimo non sia stato approvato dall'assemblea o da altro organo competente di alcuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera.

Decreto Legislativo 4 agosto 2008, n. 142

"Attuazione della direttiva 2006/68/CE, che modifica la direttiva 77/91/CEE relativamente alla costituzione delle società per azioni nonché alla salvaguardia e alle modificazioni del capitale sociale"

pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 216 del 15 settembre 2008

Art. 1.

Modifiche al capo V del titolo V del libro V del codice civile

1. All'articolo 2329, numero 2), le parole: «e 2343» sono sostituite dalle seguenti: «, 2343 e 2343-ter».

2. Dopo l'articolo 2343-bis sono inseriti i seguenti:

«Articolo 2343-ter

Conferimento di beni in natura o crediti senza relazione di stima

Nel caso di conferimento di valori mobiliari ovvero di strumenti del mercato monetario non è richiesta la relazione di cui all'articolo 2343, primo comma, se il valore ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo è pari o inferiore al prezzo medio ponderato al quale sono stati negoziati su uno o più mercati regolamentati nei sei mesi precedenti il conferimento.

Non è altresì richiesta la relazione di cui all'articolo 2343, primo comma, qualora il valore attribuito, ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo, ai beni in natura o crediti conferiti, diversi da quelli di cui al primo comma, corrisponda:

a) al valore equo ricavato da un bilancio approvato da non oltre un anno, purché sottoposto a revisione legale e a condizione che la relazione del revisore non esprima rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento, ovvero

b) al valore equo risultante dalla valutazione, precedente di non oltre sei mesi il conferimento e conforme ai principi e criteri generalmente riconosciuti per la valutazione dei beni oggetto del conferimento, effettuata da un esperto indipendente da chi effettua il conferimento e dalla società e dotato di adeguata e comprovata professionalità.

Chi conferisce beni o crediti ai sensi del primo e secondo comma presenta la documentazione dalla quale risulta il valore attribuito ai conferimenti e la sussistenza, per i conferimenti di cui al secondo comma, delle condizioni ivi indicate. La documentazione è allegata all'atto costitutivo.

L'esperto di cui al secondo comma, lettera b), risponde dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi.

Articolo 2343-quater

Fatti eccezionali o rilevanti che incidono sulla valutazione

Gli amministratori verificano, nel termine di trenta giorni dalla iscrizione della società, se, nel periodo successivo a quello di cui all'articolo 2343-ter, primo comma, sono intervenuti fatti eccezionali che hanno inciso sul prezzo dei valori mobiliari o degli strumenti del mercato monetario conferiti in modo tale da modificare sensibilmente il valore di tali beni alla data effettiva del conferimento, comprese le situazioni in cui il mercato dei valori o strumenti non è più liquido, ovvero se, successivamente al termine dell'esercizio cui si riferisce il bilancio di cui alla lettera a) del secondo comma dell'articolo 2343-ter, o alla data della valutazione di cui alla lettera b) del medesimo comma si sono verificati fatti nuovi rilevanti tali da modificare sensibilmente il valore equo dei beni o dei crediti conferiti. Gli amministratori verificano altresì nel medesimo termine i requisiti di professionalità ed indipendenza dell'esperto che ha reso la valutazione di cui all'articolo 2343-ter, secondo comma, lettera b).

Qualora gli amministratori ritengano che siano intervenuti i fatti di cui al primo comma ovvero ritengano non idonei i requisiti di professionalità ed indipendenza dell'esperto che ha reso la valutazione di cui all'articolo 2343-ter, secondo comma, lettera b), procedono ad una nuova valutazione. Si applica in tal caso l'articolo 2343.

Fuori dai casi di cui al secondo comma, è depositata per l'iscrizione nel registro delle

imprese, nel medesimo termine di cui al primo comma, una dichiarazione degli amministratori contenente le seguenti informazioni:

a) la descrizione dei beni o dei crediti conferiti per i quali non si è fatto luogo alla relazione di cui all'articolo 2343, primo comma;

b) il valore ad essi attribuito, la fonte di tale valutazione e, se del caso, il metodo di valutazione;

c) la dichiarazione che tale valore è almeno pari a quello loro attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo;

d) la dichiarazione che non sono intervenuti fatti eccezionali o rilevanti che incidono sulla valutazione di cui alla lettera b);

e) la dichiarazione di idoneità dei requisiti di professionalità e indipendenza dell'esperto di cui all'articolo 2343-ter, secondo comma, lettera b).

Fino all'iscrizione della dichiarazione le azioni sono inalienabili e devono restare depositate presso la società.»

3. Il terzo comma dell'articolo 2357 è sostituito dal seguente: «Il valore nominale delle azioni acquistate a norma del primo e secondo comma dalle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non può eccedere la decima parte del capitale sociale, tenendosi conto a tale fine anche delle azioni possedute da società controllate.».

4. L'articolo 2358 è sostituito dal seguente:

«Articolo 2358
Altre operazioni sulle proprie azioni

La società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, se non alle condizioni previste dal presente articolo.

Tali operazioni sono preventivamente autorizzate dall'assemblea straordinaria.

Gli amministratori della società predispongono una relazione che illustri, sotto il profilo giuridico ed economico, l'operazione, descrivendone le condizioni, evidenziando le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali che la giustificano, lo specifico interesse che l'operazione presenta per la società, i rischi che essa comporta per la liquidità e la solvibilità della società ed indicando il prezzo al quale il terzo acquisirà le azioni. Nella relazione gli amministratori attestano altresì che

l'operazione ha luogo a condizioni di mercato, in particolare per quanto riguarda le garanzie prestate e il tasso di interesse praticato per il rimborso del finanziamento, e che il merito di credito della controparte è stato debitamente valutato. La relazione è depositata presso la sede della società durante i trenta giorni che precedono l'assemblea. Il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione degli amministratori, è depositato entro trenta giorni per l'iscrizione nel registro delle imprese.

In deroga all'articolo 2357-ter, quando le somme o le garanzie fornite ai sensi del presente articolo sono utilizzate per l'acquisto di azioni detenute dalla società ai sensi dell'articolo 2357 e 2357-bis l'assemblea straordinaria autorizza gli amministratori a disporre di tali azioni con la delibera di cui al secondo comma. Il prezzo di acquisto delle azioni è determinato secondo i criteri di cui all'articolo 2437-ter, secondo comma. Nel caso di azioni negoziate in un mercato regolamentato il prezzo di acquisto è pari almeno al prezzo medio ponderato al quale le azioni sono state negoziate nei sei mesi che precedono la pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea.

Qualora la società accordi prestiti o fornisca garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie a singoli amministratori della società o della controllante o alla stessa controllante ovvero a terzi che agiscono in nome proprio e per conto dei predetti soggetti, la relazione di cui al terzo comma attesta altresì che l'operazione realizza al meglio l'interesse della società.

L'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato, tenuto conto anche dell'eventuale acquisto di proprie azioni ai sensi dell'articolo 2357. Una riserva indisponibile pari all'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite è iscritta al passivo del bilancio.

La società non può, neppure per tramite di società fiduciaria, o per interposta persona, accettare azioni proprie in garanzia. Salvo quanto previsto dal comma sesto, le disposizioni del presente articolo non si applicano alle operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate.

Resta salvo quanto previsto dagli articoli 2391-bis e 2501-bis.».

5. All'articolo 2440 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma le parole: «e 2343» sono sostituite dalle seguenti: «2343, 2343-ter, e 2343-quater»;

b) dopo il primo comma e' inserito il seguente secondo: «La dichiarazione di cui all'articolo 2343-quater e' allegata all'attestazione di cui all'articolo 2444.».

6. Dopo l'articolo 2440, e' inserito il seguente:

«Articolo 2440-bis

Aumento di capitale delegato liberato mediante conferimenti di beni in natura e di crediti senza relazione di stima

Nel caso sia attribuita agli amministratori la facoltà di cui all'articolo 2443, secondo comma, e sia deliberato il conferimento di beni in natura o crediti valutati in conformità dell'articolo 2343-ter, gli amministratori, espletata la verifica di cui all'articolo 2343-quater, primo comma, depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese, in allegato al verbale della deliberazione di aumento del capitale, una dichiarazione con i contenuti di cui all'articolo 2343-quater, terzo comma, dalla quale risulti la data della delibera di aumento del capitale. Entro trenta giorni dall'iscrizione della dichiarazione di cui al primo comma i soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere la presentazione di una nuova valutazione. Si applica in tal caso l'articolo 2343. Il conferimento non può essere eseguito fino al decorso del predetto termine e, se del caso, alla presentazione della nuova valutazione. Qualora non sia richiesta la nuova valutazione, gli amministratori depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese congiuntamente all'attestazione di cui all'articolo 2444 la dichiarazione che non sono intervenuti, successivamente alla data della dichiarazione di cui al secondo comma, i fatti o le circostanze di cui all'articolo 2343-quater, primo comma.».

7. Al secondo comma dell'articolo 2445 le parole: «La riduzione» sono sostituite dalle seguenti: «Nel caso di società cui si applichi l'articolo 2357, terzo comma, la riduzione».

Art. 2.

Modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile

1. All'articolo 111-bis delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e' aggiunto, in fine, il seguente comma: «Ai fini di cui all'articolo 2343-

ter, per valori mobiliari e strumenti del mercato monetario si intendono quelli di cui all'articolo 1, commi 1-bis e 1-ter, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.».