

Atto di fusione

La stipula dell'atto di fusione nonostante l'opposizione dei creditori

di Angelo Busani

L'art. 2503 c.c. consente, in assenza di opposizione dei creditori, di stipulare anticipatamente l'atto di fusione se si adottano talune "misure" (e cioè consti il consenso o il pagamento dei creditori oppure il deposito in una banca di somme corrispondenti ai debiti verso i predetti creditori; oppure ancora sia redatta la relazione di cui all'art. 2501 *sexies* c.c. dotata di una particolare asseverazione); l'adozione di dette "misure di anticipazione della fusione" impedisce inoltre ai creditori di presentare opposizione. Ci si chiede dunque se alla stipula dell'atto di fusione si possa pervenire anche se, dopo che sia stata proposta l'opposizione dei creditori (in mancanza di "misure di anticipazione della fusione"), dette "misure di anticipazione della fusione" siano poste in atto dalla società.

Ai sensi dell'art. 2503 c.c., se "non ricorre alcuna" delle seguenti "eccezioni" (d'ora innanzi, nel loro complesso, le "misure di anticipazione della fusione"), e cioè:

- a) "consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-*ter*" (1) c.c.;
- b) "consti [...] il pagamento dei [predetti] creditori che non hanno dato il consenso";
- c) "consti [...] il deposito delle somme corrispondenti" a quelle che occorrono per pagare i predetti creditori "presso una banca";
- d) sia stata redatta "la relazione di cui all'articolo 2501 *sexies* [...] per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale

asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501 *sexies*, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori";

l'atto di fusione può essere stipulato solo "dopo sessanta giorni (2) dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502 *bis*" c.c.

Peraltro (art. 2502, comma 2, c.c.), sempre che "non ricorr[a] alcuna di tali eccezioni, i creditori indicati al comma precedente possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione (3). Si applica in tal caso l'ultimo comma dell'art. 2445 c.c."; quest'ultimo, a sua volta, sancisce che "[i]l tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia

(1) L'art. 2501 *ter*, comma 3, c.c., dispone che il progetto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il Registro delle Imprese, è possibile pubblicare il progetto di fusione nel sito Internet della società, "con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione".

(2) Il termine è ridotto a 30 giorni nel caso che alla fusione non partecipino società azionarie (art. 2505 *quater* c.c.); quando a una procedura di fusione "prenda parte" una banca, il termine in questione è ridotto a quindici giorni (art. 57, comma 3, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

(3) Dalla presente analisi esulano temi assai dibattuti e rile-

vanti, quali la natura giudiziale o stragiudiziale dell'opposizione nonché le modalità con le quali l'opposizione debba essere proposta. Ai fini della trattazione della tematica qui in esame, si aderisce comunque alla tesi, decisamente prevalente in dottrina, per la quale il diritto di opposizione tutela l'interesse individuale del creditore a che la fusione, e la conseguente confusione dei patrimoni delle società fuse, non pregiudichi la soddisfazione del proprio credito, qualificandosi quindi l'opposizione quale mezzo conservativo della garanzia patrimoniale. Cfr. in tal senso U. Belviso, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 17, Torino, 1985, 128; S. Cacchi Pessani, *Commento all'art. 2503*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, Milano, 2006, 720; G. Ferri jr - G. Guizzi, *Il progetto*

prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione"; con la conseguenza che il tribunale decide, dunque, su due diverse questioni, la prima pregiudiziale rispetto alla seconda: *in primis*, sul punto se la fusione rappresenti un "pericolo di pregiudizio per i creditori" (se questo "pericolo" venga giudicato non sussistere si può, dunque, procedere alla stipula dell'atto di fusione, senza che la società debba disporre alcuno strumento di garanzia a tutela dei creditori, nemmeno di quelli opposenti); nel caso invece in cui il "pericolo" sia ritenuto sussistere, il tribunale autorizza la stipula dell'atto di fusione solo previa prestazione, da parte della società in questione, di una "idonea garanzia", che il tribunale stesso indica (e, quindi, anche una "garanzia" diversa dal predetto "deposito" di cui all'art. 2503, comma 1, c.c.).

Dal predetto panorama normativo, parrebbe conseguire pertanto che, ove non ricorrano le predette "eccezioni" di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. (e cioè: non siano state adottate "misure di anticipazione della fusione" del termine - a seconda dei casi - di 60, 30 o 15 giorni) e ove nel corso del detto termine intervenga la "opposizione" di uno o più creditori, sia inevitabile sospendere la stipula dell'atto di fusione (giacché tale opposizione ha un'efficacia *erga omnes*, nel senso che essa impedisce l'attuazione della fusione rispetto a tutti i creditori, e non solo rispetto ai creditori opposenti) (4) fino a che la stipula dell'atto di fusione non sia consentita da una pronuncia del tribunale, il quale ritenga infondata l'opposizione oppure, ritenendola fondata, imponga alla società la prestazione della già menzionata "idonea garanzia" (e la società in effetti vi provveda).

Dalle norme in analisi emerge, altresì, come il legislatore abbia contemplato solamente il caso della presentazione di un'opposizione da parte dei creditori in completa assenza delle predette "misure di

anticipazione della fusione" nel termine di cui all'art. 2503, comma 1, c.c.; e come, invece, non abbia contemplato né il caso che, dopo la presentazione dell'opposizione da parte dei creditori, sia adottata taluna di dette "misure di anticipazione della fusione", né il caso che l'opposizione dei creditori sia presentata una volta che dette "misure di anticipazione della fusione" siano state adottate.

Stando così la situazione normativa, ci si chiede allora: se è vero che l'adozione di "misure di anticipazione della fusione" (in assenza di anteriore opposizione dei creditori) consente senz'altro di stipulare anticipatamente l'atto di fusione, in quanto l'adozione di "misure di anticipazione della fusione" impedisce (ai sensi dell'art. 2503, comma 2, c.c.) ai creditori di presentare opposizione, è altrettanto vero che alla stipula dell'atto di fusione si può pervenire se, dopo che sia stata proposta l'opposizione dei creditori (in mancanza di "misure di anticipazione della fusione"), dette "misure di anticipazione della fusione" siano poste in atto dalla società?

La risposta a questa domanda è assai delicata non solo dal punto civilistico, ma anche sotto il profilo della responsabilità personale degli amministratori, in quanto, ai sensi dell'art. 2629, c.c., gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano una fusione con altra società cagionando con ciò un danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Essi inoltre rispondono (e con essi risponde pure la società) anche per i danni che il creditore abbia subito per il loro comportamento illegittimo, fermo però restando che l'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto di fusione, sebbene illegittimamente stipulato (ad esempio, perché stipulato nonostante l'opposizione dei creditori, in assenza di "misure di anticipazione della fusione", anteriori o successive ri-

di fusione e i documenti preparatori, in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 4, Torino, 2007, 259; F. Fimmanò, *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, in questa *Rivista*, 1998, 4, 433; F. Magliulo, *La fusione delle società*, 2009, Milano, 367; R. Nobili, *La riduzione del capitale*, in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 4, Torino, 2007, 315; R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 6*, Torino, 1993, 264; M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, in D.U. Santosuosso (a cura di), *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, Milano, 2015, 1547; Santagata, *Le fusioni*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 7*, Torino, 2004, 518; E. Simo-

netto, *Della trasformazione e della fusione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 312; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VIII, Padova, 1985, 329. Non si aderisce pertanto alla tesi, rimasta isolata, di G. Cabras, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 176, per il quale la norma sull'opposizione dei creditori alla fusione si giustificerebbe alla luce del principio di intangibilità della sfera giuridica del terzo: così opinando l'opposizione, una volta effettuata, sarebbe definitiva e irretrattabile, e il giudice non avrebbe altra scelta se non impedire l'attuazione della fusione.

(4) Cfr. in tal senso, ad esempio, S. Cacchi Pessani, *Commento all'art. 2503*, cit., 729; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 375; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 331.

spetto all'opposizione dei creditori), sana l'invalidità di cui esso sia affetto (art. 2504 *quater*, c.c.).

Il diritto di opposizione di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., come diritto a un'ineluttabile pronuncia giurisdizionale?

Se ci si pone il tema della possibilità di stipulare l'atto di fusione nonostante l'intervenuta opposizione dei creditori, evidentemente ci si pone nell'ottica di non ritenere il diritto di opposizione dei creditori alla fusione come un diritto a una ineluttabile pronuncia giurisdizionale.

Che il diritto di opposizione dei creditori alla fusione non sia un diritto a una ineluttabile pronuncia giurisdizionale pare invero dimostrabile mediante una semplice considerazione, e cioè che, ove venga posta in essere taluna delle quattro "misure di anticipazione della fusione" di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., e cioè:

- la società partecipante alla fusione raccolga il consenso dei creditori sociali (che abbiano ragioni di credito anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel comma 3 dell'art. 2501 *ter*, c.c.);
 - la società partecipante alla fusione effettui il pagamento dei predetti creditori sociali;
 - la società partecipante alla fusione effettui il deposito presso una banca delle somme corrispondenti all'importo dei crediti dei predetti creditori;
 - una società di revisione rediga la relazione di cui all'art. 2501 *sexies* c.c. recante l'asseverazione del fatto che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori;
- la stipula dell'atto di fusione può essere effettuata immediatamente dopo l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di approvazione del progetto di fusione, e ciò anche nell'ipotesi in cui, nel periodo intercorrente tra l'ultima iscrizione delle deliberazioni di fusione e la data fissata per la stipula dell'atto di fusione un creditore sociale proponesse (evidentemente *sine titulo*) opposizione: tale opposizione, ai sensi dell'art. 2503, comma 2, c.c., sarebbe infatti da considerarsi come *tamquam non esset* (appunto perché la legge espressamente autorizza la stipula dell'atto di fusione ove sia adottata taluna delle "misure di anticipazione della fusione" in assenza di anteriore opposizione dei credi-

tori) e la società potrebbe validamente ed efficacemente stipulare immediatamente l'atto di fusione, senza cioè dover attendere la pronuncia del tribunale (il quale, nel giudizio attivato con l'opposizione, ovviamente dovrebbe respingere per "non luogo a procedere" l'istanza del creditore opponente presentata successivamente all'adozione di una delle "misure di anticipazione della fusione").

Invero, se il diritto di opposizione dei creditori, fosse da intendersi come un diritto caratterizzato (oltre che dall'individuale interesse dei creditori, anche) da un vincolo di assoluta indisponibilità, se non da parte dei soggetti legittimati al suo esercizio (ossia i creditori), non sarebbe concepibile che il legislatore abbia concesso alle società partecipanti alla fusione la facoltà di adottare misure utili ad annullare del tutto il termine (di 60, 30 o 15 giorni) di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. (e a impedire, con ciò, ai creditori l'esercizio del diritto di opposizione). Anzi, la possibilità stessa di adottare dette "misure di anticipazione della fusione" è un'evidente espressione dell'atteggiamento di favore del legislatore verso i fenomeni di aggregazione e riorganizzazione d'impresa (5) nonché del principio di certezza degli atti societari (6), nel senso che l'adozione di tali misure consente lo svolgimento della procedura di fusione senza l'incertezza dell'incombente di eventi (nel caso specifico: l'opposizione dei creditori) che ne impediscano, ne differiscano o ne complichino l'attuazione.

In altre parole, non si ha a che fare con un diritto (quello di opposizione dei creditori) dotato di connotati di "ordine pubblico" in quanto, altrimenti, non sarebbero concepibili le "misure di anticipazione della fusione" che l'art. 2503, comma 1, c.c., consente: il diritto di opposizione dei creditori è, in sostanza, uno strumento di tutela il cui esercizio è, da un lato, nella libera disponibilità del creditore ma, dall'altro lato, è unilateralmente disattivabile dalla società che compie la procedura di fusione (in nome del cosiddetto *favor fusionis* cui la legge è indubbiamente orientata) (7) adottando una delle misure che, a tal fine, la legge le mette a disposizione (8). L'interesse dei creditori è insomma tutelato, ma con una tutela che la legge contempera sacrificandola sull'altare dell'interesse alla certezza e alla celerità delle aggregazioni aziendali.

(5) Cfr. in tal senso G. Ferri jr - G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, cit., 232.

(6) Cfr. in tal senso R. Nobili, *La riduzione del capitale*, cit., 314.

(7) Cfr. in tal senso E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 312.

(8) Cfr. in tal senso R. Nobili, *La riduzione del capitale*, cit., 314, secondo il quale (con riferimento, per il vero, alla opposizione di cui all'art. 2445, comma 3, c.c.) "nell'opposizione non viene in discussione una violazione della legge o dello statuto, ma solo l'interesse dei creditori". Nel medesimo senso cfr. R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, cit., 272.

Il diritto di opposizione di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., come ineluttabile impedimento alla stipula dell'atto di fusione?

Se inoltre ci si ponga il tema della possibilità di stipulare l'atto di fusione nonostante l'intervenuta opposizione dei creditori, evidentemente ci si pone in un'ottica di non ritenere il diritto di opposizione dei creditori alla fusione come un ineluttabile impedimento alla stipula dell'atto di fusione fino alla pronuncia del tribunale adito con l'opposizione (il quale, come già osservato, può poi ritenere l'opposizione infondata per mancanza di "pericolo" per i creditori oppositori o, ritenendola fondata, dispone l'idonea garanzia subordinatamente alla cui prestazione l'atto di fusione può essere stipulato).

Invero, parte della dottrina pare orientata nel senso di ritenere la proposizione dell'opposizione da parte dei creditori come un impedimento alla stipula della atto di fusione: si afferma, infatti, che, qualora la società non abbia posto in essere alcuna delle "misure di anticipazione della fusione" e sia stata proposta opposizione da parte dei creditori, ciò provocherebbe la sospensione della "attuazione della fusione fino all'esito del relativo giudizio" (9). In altre parole, l'opposizione dei creditori (beninteso, presentata in assenza dell'adozione di "misure di anticipazione della fusione") avrebbe come conseguenza necessaria l'improcedibilità della fusione (in particolare, precluderebbe la possibilità di stipulare l'atto di fusione) e per la stipula dell'atto di fusione non rimarrebbe che attendere (10) l'esito del giudizio che si instaura in conseguenza dell'esercizio del diritto di opposizione.

Tuttavia, pare potersi giungere a una conclusione diversa rispetto a questo ritenuto effetto preclusivo. A tal riguardo, si può utilizzare l'osservazione della situazione che si verifica nel caso in cui la società ricorra alla "misura di anticipazione della fusione" consistente nel "deposito delle somme corrispondenti" (a quelle che occorrono per pagare i creditori che abbiano ragioni di credito "anteriori all'iscri-

zione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter") "presso una banca".

Su questo deposito occorre premettere che esso ha una natura "polimorfica" in quanto assolve a del tutto differenti funzioni a seconda della concreta articolazione impressagli in sede di stipula del contratto di deposito stesso tra la società depositante e la banca depositaria. Infatti (11):

a) qualora il deposito (d'ora innanzi, il "deposito anticipatorio") venga effettuato esclusivamente come "misura di anticipazione della fusione", e cioè al fine di poter addivenire immediatamente alla stipula dell'atto di fusione, senza attendere il decorso del termine di 60, 30 o 15 giorni di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. (e senza in alcun modo incidere sul diritto di opposizione dei creditori, i quali, in tal caso, restano facoltizzati a esercitarlo dopo il deposito oppure mantengono il diritto di ottenere il giudizio di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c., se si siano opposti anteriormente al deposito), il denaro depositato "deve restare vincolato sino a quando non siano scaduti i termini per proporre opposizione": si realizza, in tal modo, l'anticipazione della fusione, senza però inibire l'opposizione dei creditori; tuttavia, per non frustrare i diritti di quest'ultimi (frustrazione che si perpetuerebbe se il deposito fosse vincolato solo fino al termine legale per la proposizione dell'opposizione, essendosi nel frattempo, presumibilmente, già stipulato l'atto di fusione), il regolamento del deposito dovrebbe prevedere che, nel caso in cui sia (già stata presentata o sia in futuro) presentata un'opposizione da parte di uno o più creditori, (i) "le somme relative ai crediti degli oppositori" (e solo quelle, perdendo i creditori non oppositori ogni diritto verso la somma depositata) devono "restare vincolate sino all'esito del giudizio di opposizione"; (ii) qualora il verdetto del tribunale ravvisi la "pericolosità" della fusione per i creditori oppositori, dette somme dovranno rimanere vincolate in deposito fino all'estinzione del credito; (iii) al contrario le somme relative ai crediti dei creditori che

(9) G.F. Campobasso, in M. Campobasso (a cura di), *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009, 652. Nel medesimo senso cfr. G. Ferri jr - G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, cit., 259.

(10) Salvo aderire alla tesi secondo cui sarebbe lecita la stipula di un atto di fusione condizionato al positivo esito del giudizio instauratosi per effetto dell'opposizione, sulla quale cfr. G.F. Campobasso, in M. Campobasso (a cura di), *Diritto commerciale*, cit., 653, nt. 62; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 367; E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 318. Per i termini del dibattito cfr. anche E. Civera, *Le operazioni straordinarie, Aspetti civilistici, contabili e procedurali*,

Milano, 2008, 493; N. Atlante, *La fusione*, in Consiglio nazionale del notariato. Studi e materiali, Milano, Supplemento 1/2004, 481.

(11) Cfr. M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1544; Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 57, *Deposito delle somme in caso di fusione o scissione*, 19 novembre 2004; e Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.C.2, *Deposito bancario a garanzia dei creditori legittimante una fusione o una scissione anticipata - equiparazione a detto deposito di una fideiussione bancaria*, 1° pubbl. 9/06, entrambe in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, Milano, 2015, 2075, nt. 7.

non abbiano fatto opposizione, e anche quelle dei creditori oppositori, qualora il tribunale adito non dovesse rilevare alcun “pericolo” conseguente alla fusione, possono “essere liberate, essendo venuta meno la ragione d’essere del deposito”; in sostanza, in presenza di questo deposito, la presentazione dell’opposizione (preventiva o successiva al deposito) non impedisce la stipula dell’atto di fusione, ma solamente impedisce il rilascio del denaro corrispondente ai crediti vantati dai creditori oppositori;

b) qualora invece il deposito (d’ora innanzi, il “deposito preclusivo”) venga effettuato al fine (oltre che di abbreviare la procedura di fusione, anche) di precludere il diritto dei creditori di opporsi alla fusione (o di provocare, per i creditori che si siano opposti anteriormente al deposito, che il giudizio di cui all’art. 2445, ultimo comma, c.c., esiti in un “non luogo a procedere”), tale “deposito preclusivo” deve essere qualificato nel senso di dover durare fino alla estinzione dei crediti “anteriori all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter” c.c.: con ciò infatti il diritto di opposizione nemmeno dovrebbe sorgere (12) e, quindi, nessun creditore avrebbe in tal caso il potere di opporsi alla fusione.

Ebbene, dall’osservazione degli effetti che il “deposito” può avere a seconda di come sia strutturato, consegue che non vi è un rapporto di necessaria consequenzialità tra l’esercizio del diritto di opposizione, da parte dei creditori, e la sospensione della procedura di fusione che da detta opposizione deriva: dall’opposizione *naturalmente*, ma *non essenzialmente*, discende la preclusione alla stipula dell’atto di fusione. In altri termini, nel caso in cui la società proceda al “deposito” di cui all’art. 2503, comma 1, c.c., si può avere sia il caso che l’opposizione dei creditori abbia l’effetto di sospendere il procedimento di fusione, sia il caso che detta opposizione non sospenda tale procedimento.

Inoltre, nei limiti in cui si possa dar rilievo a un dato letterale, vi è da notare che nell’art. 2445,

comma 3, c.c. (in tema di opposizione dei creditori alla riduzione volontaria del capitale sociale), si afferma che “[l]a deliberazione” di riduzione volontaria del capitale sociale “può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell’iscrizione nel registro delle imprese, *purché* [enfasi aggiunta] entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all’iscrizione abbia fatto opposizione”: se ne desume (13) che la delibera di riduzione del capitale sociale non può essere eseguita se vi siano opposizioni dei creditori. Di contro, la formulazione dell’art. 2503, comma 2, c.c., è indubbiamente diversa, in quanto in tale norma si fa riferimento al solo comma 4 dell’art. 2445, c.c. (per il quale “[i]l tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l’operazione abbia luogo nonostante l’opposizione”) e non si fa quindi riferimento anche al predetto comma 3 del medesimo art. 2445, c.c.; potendosi pertanto trarre una indicazione del legislatore nel senso che la procedura di fusione non debba essere in ogni caso sospesa (come invece accade nel caso della riduzione volontaria del capitale sociale) ove intervenga l’opposizione di uno o più creditori.

È vero che la menzione (nell’art. 2503, comma 2, c.c.) del solo comma 4 (e non anche del comma 3) dell’art. 2445, c.c., potrebbe essere il frutto di una banale svista numerica del legislatore, e che, nell’opera di interpretazione, al dato testuale non deve essere conferito, in linea generale, eccessivo peso; peraltro, la lettera della legge è, da un lato, un elemento oggettivo da cui non si può comunque prescindere e, d’altro lato, così come può ipotizzarsene l’irrelevanza, se ne deve parimenti ipotizzare la rilevanza, e cioè che si potrebbe trattare (e, presuntivamente, si tratta, stante appunto il dato letterale) del frutto di una scelta meditata del legislatore e non di un’omissione involontaria, nel senso di permettere, in alcune ipotesi (quale quella del deposito sopra menzionata), la stipula dell’atto di fusione nonostante l’intervenuta opposizione dei cre-

(12) Cfr. in tal senso S. Cacchi Pessani, *Commento all’art. 2503*, cit., 744; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 367; nonché *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1985, II e 1986, in *Riv. soc.*, 1986, 774; e in questa *Rivista*, 1986, 493. In senso contrario cfr. però C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 504, per il quale solo questa seconda ipotesi, ossia di vincolare il deposito fino all’adempimento o all’estinzione di tutti i creditori aventi diritto, sarebbe l’unica modalità di deposito percorribile, in quanto, altrimenti, si eluderebbe la tutela dei creditori sociali; nonché M. Tamburini, *Commento sub art. 2503 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, IV, Padova, 2005, 2552, il quale ritiene sussistere una

radicale alternatività tra deposito delle somme e spettanza del diritto di opposizione, con la conseguenza che l’unico deposito legittimo ex art. 2503 c.c. sarebbe quello vincolato fino alla completa estinzione di tutti i debiti gravanti sulla società.

(13) Cfr. in tal senso Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 57, Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (art. 2503 c.c.)*, 19 novembre 2004, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nt. 7; e, ante riforma del 2003, R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, cit., 272; nonché Petrazzini - Callegari - Cerrato - Cavanna, *Le modifiche dello statuto*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, 16****, Torino, 2012, 433.

ditori; è quest'ultima, peraltro, l'interpretazione che si lascia preferire anche alla luce del già menzionato *favor fusionis* e cioè dell'intento del legislatore di favorire, ove sia possibile la fusione e, in genere, i fenomeni di aggregazione aziendale.

Misure "di anticipazione" della fusione e misure "di estinzione" degli effetti dell'opposizione dei creditori

Se, dunque, si ha per dimostrato che (i) il diritto di opposizione dei creditori alla fusione non è un diritto a una ineluttabile pronuncia giurisdizionale, (ii) il diritto di opposizione dei creditori neppure è un ineluttabile impedimento alla stipula dell'atto di fusione, e che (iii) la società possa influire unilateralmente sulla spettanza stessa del diritto di opposizione, potendo addirittura evitarne il sorgere, allora pare non restino argomenti per affermare che (in assenza della adozione di "misure di anticipazione della fusione", da parte della società coinvolta nella procedura di fusione, anteriore alla proposizione di una opposizione da parte dei creditori) la proposizione, da parte dei creditori, di una opposizione ai sensi dell'art. 2503, comma 1, c.c., costituisca una imprescindibile preclusione per la successiva adozione, da parte della società in questione (al fine di addivenire alla stipula dell'atto di fusione nonostante l'esercizio del diritto di opposizione), di taluna delle "misure di anticipazione della fusione" di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. (le quali, in tal caso, da "misure di anticipazione della fusione" evidentemente diverrebbero "misure di rimozione della sospensione della stipula dell'atto di fusione" derivante dalla proposizione dell'opposizione dei creditori).

Invero, se, adottando una "misura di anticipazione della fusione" si può (in ossequio al disposto dell'art. 2503, comma 1, c.c.) stipulare l'atto di fusione anche nell'esatto istante successivo a quello nel quale sia intervenuta l'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di approvazio-

ne del progetto di fusione da parte dei soci delle società partecipanti a una data operazione di fusione, ciò evidentemente significa che, in tanto il creditore ha diritto a opporsi alla fusione, in quanto la società non abbia adottato una "misura di anticipazione della fusione". Ne consegue che, se la società abbia adottato una "misura di anticipazione della fusione" (diversa dal menzionato deposito "anticipatorio") anteriormente al decorso del termine (di 60, 30 o 15 giorni) di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., il diritto di opposizione nemmeno sorge (e, se un'opposizione sia comunque presentata posteriormente alla "misura di anticipazione", essa sarebbe da considerarsi come se non fosse mai intervenuta); se invece, in caso di mancata adozione di "misure di anticipazione della fusione", sia presentata (nel termine di 60, 30 o 15 giorni) una opposizione dei creditori ma, successivamente, sia adottata una "misura di anticipazione della fusione", ne dovrebbe conseguire che gli effetti dell'opposizione (e cioè sia l'impedimento alla stipula dell'atto di fusione, sia il diritto ad ottenere il giudizio di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c.) dovrebbero cessare (14) (tenendo invece presente che, nel caso del suddetto "deposito anticipatorio", la caducazione degli effetti dell'opposizione già presentata è solamente parziale, poiché, mentre detto deposito rimuove ogni ostacolo alla stipula dell'atto di fusione, al contempo il contenzioso attivato con l'opposizione procede per ottenere dal tribunale il giudizio sul punto se la fusione in effetti rappresenti il "pericolo" prospettato dai creditori oppositori e se, in caso positivo, il creditore opponente possa dunque soddisfarsi sul deposito a garanzia, del quale, altrimenti, viene disposto lo svincolo).

Infatti, la dottrina è pressoché pacifica (15) (talmente pacifica da non approfondirsi in particolari argomentazioni circa la giustificazione di questa opinione) (16), come pure è concorde la (seppur rara) giurisprudenza di merito (17) che ha affrontato la questione, sul tema che le "misure di anticipazione

(14) Cfr. G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 989, secondo cui gli "effetti [dell'opposizione] possono essere eliminati attraverso quei mezzi che la legge considera idonei a far superare l'eventuale o effettivo dissenso dei creditori sociali"; e E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 317, per il quale "È evidente che gli strumenti di anticipazione sopra indicati sono anche strumenti per rendere attuabile la fusione nonostante l'opposizione in qualunque momento anche posteriore alla scadenza del termine per opporsi del creditore".

(15) Verrà in seguito sottolineato che le uniche perplessità (le quali però appaiono superabili, come oltre si evidenzierà) sono state espresse con riguardo alla redazione, da parte di una società di revisione, della relazione di cui all'art. 2501 *sexties* c.c., asseverata ai sensi dell'art. 2503, comma 1, c.c.

(16) Cfr. G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 989; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 376; M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1543, nota 1; C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 501; E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 317; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 329.

(17) Cfr. Trib. Milano 9 maggio 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, 218; e Trib. Prato 4 novembre 1987, in questa *Rivista*, 1988, 263, secondo cui: "La ratio dell'art. 2503, c.c., è quella di garantire un mezzo idoneo ad evitare il pregiudizio che potrebbe derivare al creditore dalla confusione dei patrimoni *ex parte debitoris* con strumenti volti a salvaguardare l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale; attesa tale finalità, il pagamento o il deposito presso un istituto

della fusione” (vale a dire: il consenso o il pagamento dei creditori, il deposito presso una banca delle somme corrispondenti all’importo dei crediti, la redazione, da parte di una società di revisione, della relazione di cui all’art. 2501 *sexies* c.c. recante l’asseverazione richiesta dall’art. 2503, comma 1, c.c.) possano indifferentemente essere attuate (dato che la legge non pone alcuna esplicita o implicita preclusione sul punto) in qualsiasi “stadio” della procedura di fusione, e cioè:

a) prima dell’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all’operazione di fusione;
 b) nel periodo posteriore all’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all’operazione di fusione e prima che sia presentata una opposizione da parte dei creditori;
 c) nel periodo posteriore all’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all’operazione di fusione e successivamente a una opposizione che sia stata presentata dai creditori (18).

Si tratta infatti di “strategie” nella piena disponibilità degli amministratori delle società partecipanti alla procedura di fusione: a meno che (ma il caso è raro) la scelta di procedere a una fusione “abbreviata” rispetto a una fusione con tempistica “ordinaria” sia stata adottata in assemblea con il conferimento del relativo mandato esecutivo agli amministratori (ciò che è peraltro ben possibile), gli amministratori - nel silenzio del deliberato assembleare sul punto - hanno ampia facoltà decisionale (a seconda di ciò che ritengano più opportuno nell’interesse delle rispettive società) circa l’anticipazione, o meno, della tempistica della fusione e circa la scelta di quale sia la “misura di anticipazione della fusione” più confacente al caso concreto.

A seconda, dunque, del momento in cui essa intervenga, la “misura di anticipazione” di cui all’art. 2503, comma 1, c.c. (vale a dire, il consenso o il pagamento dei creditori, il “deposito preclusivo” (19) di una somma in una banca, la redazione

“qualificata” della relazione di cui all’art. 2501 *sexies*, c.c.) dovrebbe alternativamente intendersi come:

a) misura “di anticipazione” della procedura di fusione e “di impedimento” al sorgere del diritto di opposizione dei creditori (il cui esercizio viene dunque con ciò precluso) (20), se intervenga prima dell’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all’operazione di fusione;

b) misura “di anticipazione” della procedura di fusione e “di estinzione” del diritto di opposizione dei creditori (il quale non può più essere esercitato), se intervenga dopo l’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all’operazione di fusione ma prima che sia presentata alcuna opposizione da parte dei creditori;

c) misura “di estinzione” degli effetti dell’opposizione (e “di rimozione della sospensione della stipula dell’atto di fusione”, il quale, dunque, può essere in tal caso redatto anche in via anticipata rispetto al decorso del termine di cui all’art. 2503, comma 1, c.c.), se sia adottata posteriormente alla presentazione di un’opposizione.

Infatti (fatta sempre eccezione per il caso del deposito “anticipatorio”, il quale consente l’anticipazione della fusione, ma non preclude ai creditori di opporsi alla fusione e di ottenere il giudizio di cui all’art. 2445, ultimo comma, c.c.):

a) se si procede all’adozione di una “misura di anticipazione della fusione” prima della data dalla quale *ex lege* inizia il decorso del termine (di 60, 30 o 15) giorni concesso ai creditori per presentare opposizione (il quale decorre dal giorno in cui è avvenuta l’ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni con le quali è stata decisa la fusione dai soci delle società coinvolte in una data operazione di fusione), il diritto di opposizione nemmeno sorge e si può stipulare l’atto di fusione anche un solo attimo dopo che sia avvenuta detta ultima iscrizione;

di credito delle somme corrispondenti al debito vantato dall’opponente possono essere effettuati anche in pendenza della già proposta opposizione, all’effetto di consentire l’immediata efficace esecuzione della fusione; poiché il deposito presso un istituto bancario salvaguarda la possibilità di soddisfacimento del creditore, non ricorre l’esigenza di autorizzazione del tribunale il quale, per il principio che le condizioni della domanda devono sussistere al momento della decisione, deve rigettare l’opposizione allorché consti il sopravvenuto difetto d’interesse dell’opponente in dipendenza dell’avvenuto deposito delle somme da lui vantate”.

(18) Ovviamente il termine ultimo per attuare dette “misure” è la pronuncia del giudice che sia adito ai sensi dell’art. 2503, comma 2, c.c. e dell’art. 2445, ultimo comma, c.c.

(19) Come già osservato, infatti, il “deposito anticipatorio” vale bensì ad abbreviare la procedura di fusione, ma non impedisce ai creditori di proporre opposizione e di ottenere dal tribunale un giudizio circa la “pericolosità” della fusione per i loro crediti.

(20) Di effetto “preclusivo” si parla in C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 504.

b) se si procede all'adozione di una "misura di anticipazione della fusione" dopo l'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni con le quali è stata decisa la fusione dai soci delle società coinvolte in una data operazione di fusione, ma prima che venga presentata un'opposizione da parte dei creditori, il diritto di opposizione, sebbene sorto in coincidenza con l'ultima delle predette iscrizioni nel Registro delle Imprese, viene meno per l'effetto dell'adozione di una "misura di anticipazione della fusione" (e qualsiasi opposizione che fosse presentata posteriormente all'adozione della "misura di anticipazione della fusione" sarebbe da considerare *tamquam non esset* (21), essendone preclusa la presentazione per il fatto appunto dell'anteriore adozione di una "misura di anticipazione della fusione") e si può stipulare l'atto di fusione sia (anche) un solo attimo dopo che la "misura di anticipazione della fusione" venga adottata, sia (anche) dopo che, tra l'adozione della "misura di anticipazione della fusione" e la stipula dell'atto di fusione intervenga la presentazione di una opposizione;

c) se si procede all'adozione di una "misura di anticipazione della fusione" dopo che un'opposizione sia stata presentata (nel termine di 60, 30 o 15 giorni decorrente dall'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni con le quali è stata decisa la fusione dai soci delle società coinvolte in una data operazione di fusione), l'adozione di detta "misura di anticipazione della fusione" avrebbe l'effetto (oltre che di precludere la presentazione di successive opposizioni) di estinguere gli effetti (e cioè la provocata sospensione del procedimento di fusione e il provocato impedimento alla stipula dell'atto di fusione) delle opposizioni che siano state presentate.

Invece, nel caso del deposito "anticipatorio", come già osservato, non si verificano né l'effetto preclusivo del diritto di opposizione che, alla data del deposito, non sia ancora stato esercitato né l'effetto

estintivo degli effetti del diritto di opposizione che sia stato già esercitato anteriormente al deposito, avendo detto "deposito anticipatorio" il solo effetto di permettere l'anticipata stipula dell'atto di fusione e non, appunto, anche l'effetto di precludere l'esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori sociali (che non sia ancora stato esercitato) o di estinguere gli effetti del diritto di opposizione che già sia stato esercitato anteriormente al deposito; in caso di "deposito anticipatorio", infatti, i creditori mantengono il diritto di opporsi (se già non l'abbiano esercitato anteriormente al deposito) o di veder esperimento il procedimento di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c., se abbiano esercitato l'opposizione anteriormente al deposito.

Le singole misure "di anticipazione della fusione": a) il consenso dei creditori

La prima delle "eccezioni" contemplate dall'art. 2503, comma 1, c.c. è, dunque, quella del "consenso" di tutti i "creditori delle società che [...] partecipano" alla fusione "anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter" c.c.

Pertanto, ove consti questo "consenso" (22) anteriormente alla data dell'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all'operazione di fusione, l'atto di fusione può essere stipulato immediatamente dopo detta ultima iscrizione.

Qualora questo "consenso" intervenga dopo l'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all'operazione di fusione, può presentarsi:

- a) il caso che un'opposizione sia già stata presentata prima della formazione di detto consenso;
- b) il caso che, prima della formazione di detto consenso, nessuna opposizione sia stata presentata (ma che sia ancora corrente il termine - di 60, 30 o 15 giorni - concesso ai creditori per presentare opposizione).

(21) Il relativo giudizio dovrebbe avere come esito un provvedimento di non luogo a procedere, per la mancanza della materia del contendere e, quindi, di interesse ad agire da parte del creditore: cfr. in tal senso C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 598; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 333; e pure Trib. Prato 4 novembre 1987, in questa *Rivista*, 1988, 263, con nota di C. Santagata.

(22) Il "consenso" di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., si caratterizza per la sua definitività e irrevocabilità; cfr. in questo senso E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 317.

L'esercizio del diritto di opposizione da parte di un creditore non dispiega effetti sul consenso già prestato da altro creditore né impedisce la prestazione del consenso da parte di altri

creditori, in quanto l'efficacia dell'opposizione è, infatti, strettamente personale: cfr. in tal senso E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 316; e R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, cit., 273.

La legge non detta alcuna prescrizione di forma per la prestazione del consenso, per il quale pertanto vige il principio della libertà delle forme; cfr. in tal senso la dottrina unanime: C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 501; E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 316; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 331 (isolata è rimasta la posizione di V. Salafia, *La fusione delle società commerciali. Introduzione*, in questa *Rivista*, 1986, 934, secondo cui sarebbe necessaria la forma notarile, ai fini di dare data certa alla dichiarazione di assenso).

Nel caso a), si ha, pertanto, l'ottenimento del consenso alla fusione da parte di tutti i creditori e, quindi, sia da parte dei creditori che non abbiano presentato opposizione, sia da parte di quei creditori che abbiano presentato opposizione (ad esempio: vuoi perché intendano rinunciare *sic et simpliciter* agli effetti dell'opposizione, riconoscendola infondata; vuoi perché siano addivenuti a una transazione (23) con la società).

Nel caso b) ci si trova evidentemente nella stessa situazione che si verifica nel caso in cui l'acquisizione del consenso dei creditori avvenga anteriormente al decorso del termine (di 60, 30 o 15 giorni) concesso ai creditori per presentare opposizione: e quindi, anche in questa ipotesi, si ha che, acquisendo il loro consenso, si può immediatamente procedere alla stipula dell'atto di fusione.

In tutte le descritte ipotesi, con la formazione di questo "consenso" viene, dunque, spianata la strada per la stipula immediata dell'atto di fusione: esprimendo il consenso alla fusione anticipata, infatti, il creditore che non avesse proposto opposizione rinuncia implicitamente ad esercitare il suo diritto di opposizione; mentre il creditore che avesse presentato opposizione rinuncia (24), consentendo alla fusione, agli effetti della opposizione già presentata (sarebbe implausibile ritenere, infatti, che la presentazione di un'opposizione generi conseguenze irreversibili e irrettrabili da parte del soggetto che vi abbia dato corso e nel cui interesse la norma sul diritto di opposizione è posta). Infine, il giudizio instauratosi ai sensi degli artt. 2503, comma 2, c.c., e 2445, ultimo comma, c.c., per effetto della proposizione dell'opposizione, si estingue per cessazione della materia del contendere a seguito della intervenuta perdita dell'interesse ad agire da parte del creditore opponente.

Ove dunque si proceda alla stipula "anticipata" dell'atto di fusione per intervenuto consenso dei creditori, occorre che gli amministratori (oltre a fornire, in sede di stipula dell'atto di fusione, l'elenco dei creditori e la quantificazione dei loro crediti) dichiarino in atto l'intervenuta verifica di questo presupposto (e cioè la formazione del consenso dei creditori) esibendone evidenza documentale al notaio rogante; tale documentazione può sia essere allegata all'atto di fusione, sia esservi solamente menzionata (senza esservi allegata: ad

esempio, per ragioni di riservatezza o di voluminosità); ne è infatti sufficiente la conservazione agli atti della società (oltre che nel fascicolo del notaio rogante).

(segue) b) Il pagamento dei creditori

La seconda delle "eccezioni" contemplate dall'art. 2503, comma 1, c.c. è quella del "pagamento dei creditori" "delle società che [...] partecipano" alla procedura di fusione, i quali abbiano maturato ragioni di credito "anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter c.c." e "che non [abbiano] dato il consenso" alla stipula dell'atto di fusione.

Si tratta di una prassi con la quale la società partecipante a un'operazione di fusione elimina, alla radice, il problema di eventuali opposizioni. Dato che il presupposto dell'opposizione del creditore è la titolarità di un credito maturato anteriormente "all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter c.c." (restando fermo che il creditore opponente deve poi dare dimostrazione del fatto che dalla fusione derivi un "pericolo di pregiudizio" delle sue ragioni di credito: art. 2445, ultimo comma, c.c.), con il pagamento dei creditori la società impedisce (con suo unilaterale volere in tal senso) il sorgere stesso del diritto all'opposizione (se l'opposizione non sia stata ancora formulata) oppure il venir meno degli effetti dell'opposizione che sia stata già presentata: si tratta di una scelta che può essere finanziariamente onerosa (occorre infatti pagare tutto e subito, e quindi rinunciare a termini, rateazioni, possibilità di dilazioni, sconti e transazioni) ma l'effetto è indubbiamente radicale.

Anche per questa fattispecie può infatti ripetersi quanto già sopra osservato con riferimento all'acquisizione del consenso alla fusione da parte dei creditori, e cioè che:

- a) ove il pagamento dei creditori avvenga anteriormente alla data dell'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all'operazione di fusione, l'atto di fusione può essere stipulato immediatamente dopo che detto pagamento sia stato effettuato;
- b) ove il pagamento sia effettuato dopo l'ultima iscrizione nel Registro delle Imprese delle decisioni

(23) Della eventualità di una transazione posteriore alla presentazione di una opposizione ex art. 2503, comma 1, c.c., cfr. F. Fimmanò, *Funzioni, forma ed effetti dell'opposizione alla fusione*, cit., 441; R. Nobili, *La riduzione del capitale*, cit., 315; R.

Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, cit., 274.

(24) In E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 317, si parla, forse non propriamente, di "revoca" dell'opposizione.

di fusione adottate dai soci delle società partecipanti all'operazione di fusione e:

b.1. un'opposizione sia già stata presentata prima della effettuazione di detto pagamento;

b.2. non sia ancora stata presentata alcuna opposizione, ma sia ancora corrente il termine - di 60, 30 o 15 giorni - concesso ai creditori per presentare opposizione;

tale pagamento permette di procedere alla immediata stipula dell'atto di fusione in quanto si realizza con esso, in pratica, la medesima situazione che si ha nel caso sopra descritto alla lettera a): in quell'ipotesi si ha la mancata originazione del diritto all'opposizione mentre in quest'ultima ipotesi si ha il venir meno dell'interesse a proseguire (o a iniziare) il giudizio cui l'opposizione dà avvio (pure in questa ipotesi sarebbe implausibile ritenere, infatti, che la presentazione di un'opposizione generi conseguenze irreversibili anche al cospetto del venir meno del presupposto dell'opposizione stessa e cioè la titolarità di una posizione creditizia da parte dell'opponente); quindi, il giudizio instauratosi ai sensi degli artt. 2503, comma 2, c.c., e 2445, ultimo comma, c.c., per effetto della proposizione dell'opposizione anteriore al pagamento, si estingue pure in questa ipotesi per cessazione della materia del contendere a seguito della intervenuta perdita dell'interesse ad agire da parte del creditore opponente (25).

Vista la particolare onerosità che l'adozione di questa "misura di anticipazione della fusione" comporta, in quanto la società che vi voglia dar corso dovrebbe pagare tutti i crediti di tutti i creditori aventi diritto a opposizione, per il loro intero ammontare, il "pagamento dei creditori" non si rende una "misura di anticipazione della fusione" economicamente percorribile in una parte dei casi concreti (si pensi solo all'indebitamento verso il sistema bancario); tuttavia, si tratta di una "misura" che si presta particolarmente (e in ciò sviluppa la sua massima efficacia) non tanto ad anticipare la

proposizione di opposizione quanto ad estinguere gli effetti delle opposizioni che già siano state proposte: in tal caso, infatti, per la società in questione sarà possibile "stare alla finestra" attendendo il decorso del termine - di 60, 30 o 15 giorni - concesso ai creditori per presentare opposizione; poi, qualora venga effettivamente proposta un'opposizione e sia, quindi, nota l'identità e l'importo per il quale i creditori oppositori procedano, la società potrà decidere di far luogo alla anticipata stipula dell'atto di fusione (e/o a evitare il giudizio di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c.) effettuando il pagamento del solo creditore procedente, soddisfacendo così le sue ragioni creditorie e delegittimando la sua azione e, quindi, rimuovendo l'ostacolo alla stipula (anticipata o meno) dell'atto di fusione che deriverebbe invece dalla proposta opposizione. Nel caso, dunque, di stipula "anticipata" dell'atto di fusione per intervenuto pagamento dei creditori, occorre che gli amministratori (oltre a fornire, in sede di stipula, l'elenco dei creditori e la quantificazione dei loro crediti) dichiarino in atto l'intervenuta verifica di questo presupposto (e cioè l'avvenuto pagamento dei creditori) esibendone evidenza documentale al notaio rogante; anche in questa ipotesi, detta documentazione può sia essere allegata all'atto di fusione, sia esservi solamente menzionata (senza esservi allegata: ad esempio, per ragioni di riservatezza o di voluminosità); ne è infatti sufficiente la conservazione agli atti della società (oltre che nel fascicolo del notaio rogante).

(segue) c) Il deposito presso una banca delle somme corrispondenti ai crediti

La terza delle "eccezioni" contemplate dall'art. 2503, comma 1, c.c. è quella del "deposito" (26) "presso una banca" "delle somme corrispondenti" (27) a quelle che occorrono (28) per pagare tutti i creditori che abbiano maturato le rispettive ra-

(25) Cfr., in tal senso S. Cacchi Pessani, *Commento all'art. 2503*, cit., 765; secondo M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 543, nota 1, vengono meno le condizioni della domanda.

(26) La fattispecie può essere ricostruita o come un deposito cauzionale presso il terzo, ex art. 1851 c.c., oppure come un deposito nell'interesse del terzo ex art. 1773 c.c., collegato a un mandato conferito alla banca, anche nell'interesse altrui (del creditore) ex art. 1723, comma 2, c.c.: così C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 503 e nt. 55 e 56, il quale osserva che la tesi del deposito cauzionale presso il terzo non sarebbe appropriata in quanto questo è un contratto (trilaterale), mentre il deposito di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. postula l'iniziativa unilaterale della società. Pacifica, in ogni caso, la sua natura di deposito irregolare, ex art. 1782 c.c.: cfr. in tal senso Comitato Triveneto dei Notai, *Massima L.C.2, Deposito bancario a garanzia dei creditori legittimante una*

fusione o una scissione anticipata - equiparazione a detto deposito di una fideiussione bancaria, 1° pubbl. 9/06, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nota 8. Minoritaria resta invece la tesi secondo la quale tale deposito avrebbe funzione di offerta reale ex art. 1210 c.c.: in questo senso V. Salafia, *La fusione delle società commerciali. Introduzione*, cit., 934.

(27) Secondo C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 503 nt. 57, sarebbe ammissibile, il deposito presso una banca, in luogo delle somme di denaro, di Titoli di Stato o garantiti dallo Stato, qualora detti Titoli abbiano scadenza anteriore o coeva rispetto ai crediti da garantire; qualora invece la scadenza dei Titoli in questione sia successiva, tale deposito appare plausibile solo se disposto dal giudice dell'opposizione come "idonea garanzia" legittimante la stipula dell'atto di fusione nonostante le intervenute opposizioni.

(28) È in questa sede appena il caso di sottolineare come

gioni di credito anteriormente “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter” c.c. (29).

Come nelle fattispecie (del “consenso” dei creditori e del “pagamento” dei creditori) in precedenza osservate, anche in questa fattispecie si possono avere diverse situazioni, e cioè si può essere in presenza di:

a) un deposito anteriore “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter” c.c.;

b) un deposito posteriore a dette “iscrizione” o “pubblicazione” ma anteriore alla presentazione di una opposizione dei creditori;

c) un deposito posteriore a dette “iscrizione” o “pubblicazione” e pure posteriore alla presentazione di una opposizione dei creditori.

Come però già osservato, in merito a questo deposito occorre precisare che esso ha effetti diversi a seconda delle modalità con cui viene attuato (e, quindi, delle finalità per il cui perseguimento esso è predisposto da parte degli amministratori). Si de-

questo deposito, in caso di crediti di importo contestato, debba riguardare le somme pretese dai creditori (e non quelle, di importo inferiore, che la società che compie il procedimento di fusione adduca come suo effettivo debito verso i creditori). Sulla spettanza del diritto di opposizione anche ai creditori i quali vantino una pretesa creditoria (i) sottoposta a termine o condizione, (ii) relativa a un giudizio pendente, (iii) derivante da rapporti in corso di esecuzione, (iv) avente a oggetto un’obbligazione di *facere*, crediti non liquidi né esigibili oppure contestati, cfr., per tutti, da ultimo, M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1548, e dottrina e giurisprudenza ivi richiamate.

(29) È assai discussa l’equipollenza, rispetto al deposito bancario, del rilascio di una fideiussione bancaria.

Parte della dottrina (cfr. in tal senso S. Cacchi Pessani, *Commento all’art. 2503*, cit., 747; Civerra, *Le operazioni di fusione e di scissione*, Milano, 2003, 118; F. Fimmanò, *Funzioni, forma ed effetti dell’opposizione alla fusione*, cit., 440; P.G. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. not.*, 1991, 47; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 382; M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1545; nel medesimo senso cfr. anche *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1985, II e 1986, in *Riv. Società*, 1986, 774; e in questa *Rivista*, 1986, 493; nonché Consiglio Nazionale Del Notariato, Ufficio Studi, Quesito n. 12-2012/I) ritiene che l’elencazione contenuta nell’art. 2503, comma 1, c.c., sia tassativa e, quindi, non ammetta equipollenti, e ciò specialmente perché l’idoneità della garanzia per i creditori, quando non è stabilita direttamente dalla legge (come accade per le “garanzie” elencate nell’art. 2503, comma 1, c.c.), può essere stabilita solamente dal giudice, in esito al giudizio di cui all’art. 2445, ultimo comma, c.c.

Altri Autori, viceversa, ritengono (taluni in via di interpretazione estensiva: cfr. E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, cit., 313, nt. 1; altri in ragione di un’interpretazione analogica: cfr. N. Atlante, *La fusione semplificata*, in *Riv. not.*, 2007, 650; G. Ferri jr - G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, cit., 205; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 332, nt. 32) la fideiussione equipollente al deposito, poiché il creditore sarebbe tutelato con la stessa efficacia e nella stessa misura rispetto alle “misure di anticipazione della fusione” espressamente contemplate nell’art. 2503, comma 1, c.c. (in tal senso cfr. pure Comitato Triveneto dei Notai, Massima L.C.2, *Deposito bancario a garanzia dei creditori legittimante una fusione o una scissione anticipata - equiparazione a detto deposito di una fideiussione bancaria*, 1° pubbl. 9/06, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nt. 8); parla invece della liceità di una “idonea garanzia”, sebbene in sede di opposizione ex art. 2445 c.c., R. Nobili, *La riduzione del capitale*, cit., 314.

La soluzione permissiva pare da preferire: una lettura teleologica della norma sospiunge a ritenere che sia idonea qualsiasi soluzione che garantisca, in maniera certa e obiettiva, che il diritto del creditore non possa subire un pregiudizio dalla fusione; cosicché, se lo strumento proposto sia oggettivamente

idoneo a raggiungere detto risultato, la norma è rispettata e l’interesse dei creditori non è leso.

Sembra opportuno pertanto dar credito all’autorevole dottrina secondo cui “ricorre piena equivalenza tra il deposito delle somme ed il rilascio di una garanzia da parte dello stesso istituto bancario, giacché il rischio dell’insolvenza del fideiussore o del depositario è identico. Del resto, sembrerebbe oggi confortare (sebbene indirettamente) tale impostazione permissiva l’art. 2464, comma 4, secondo cui la sottoscrizione del capitale di una S.r.l. “può essere, in tutto o in parte, sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria” (C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 502; nel medesimo senso cfr. anche G. Ferri, *Questioni in tema di fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 342; e G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 332, secondo il quale la fideiussione bancaria è assimilabile al deposito delle somme presso un istituto di credito dato che, “in caso di insolvenza della banca, sia il depositante (la società che effettua il deposito nell’interesse dei creditori), che il fideiubito (il creditore stesso), sono creditori chirografari: dunque, se la norma ammette il deposito in banca in luogo del pagamento (facendo, così, soggiacere il creditore pur sempre al rischio di insolvenza dell’impresa bancaria) e come suo perfetto equipollente, non c’è ragione di non ammettere la fideiussione al posto del deposito e, come del resto, consta da numerosi precedenti che, però, proprio perché favorevoli, fanno parte, come in altri casi, di una giurisprudenza onoraria, che rimane ‘sommersa’”; nonché *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1985, II e 1986, in *Riv. Società*, 1986, 774; e in questa *Rivista*, 1986, 493).

Quanto alle caratteristiche di questa fideiussione, non pare che essa debba prevedere la sua escutibilità “a prima richiesta e senza eccezioni” (in quanto con ciò si presterebbe il fianco all’abuso del creditore che la escuta illegittimamente); invero, pare doversi trattare di una garanzia omologa a quella che il creditore ottiene con il “deposito” di cui all’art. 2503, comma 1, c.c., e quindi di una fideiussione che obblighi la banca a pagare il creditore se non vi siano eccezioni del debitore oppure, in caso di eccezioni del debitore, che obblighi la banca a pagare la somma risultante da una sentenza di condanna del debitore. In senso contrario (ma senza motivazione) cfr. però Comitato Triveneto dei Notai, Massima L.C.2, *Deposito bancario a garanzia dei creditori legittimante una fusione o una scissione anticipata - equiparazione a detto deposito di una fideiussione bancaria*, 1° pubbl. 9/06, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nt. 8, ove si afferma come equipollente al deposito di denaro in banca “il rilascio di una fideiussione bancaria (intesa come contratto autonomo di garanzia) avente caratteristiche analoghe al deposito, e quindi: - sia escutibile a prima richiesta e senza eccezioni; - l’importo garantito non sia inferiore alla somma necessaria all’integrale pagamento dei creditori che non hanno manifestato il consenso; - abbia scadenza coincidente con quella naturale dei crediti, salva la facoltà per i terzi creditori di rinunciare a detta garanzia. Non sono equivalenti al deposito bancario fideiussioni rilasciate da soggetti diversi dalle banche”.

ve, infatti, distinguere il “deposito anticipatorio” dal “deposito preclusivo”: il primo è finalizzato esclusivamente a permettere l’anticipazione della fusione ed è influente ai fini dell’opposizione dei creditori, i quali, pertanto, per effetto del deposito, “subiscono” bensì l’anticipazione della fusione, ma non perdono il proprio diritto ad opporsi alla fusione e a ottenere dal tribunale una pronuncia sulla “pericolosità” della fusione (e, in tale ultima ipotesi, a pretendere che le somme depositate in banca dalla società debitrice, che partecipa alla fusione, rimangano vincolate a loro tutela fino all’estinzione del debito stesso); il “deposito preclusivo”, invece, ha l’effetto di permettere l’anticipazione della fusione e, al contempo, di impedire l’esercizio del diritto di opposizione o, se il diritto di opposizione sia già stato esercitato, di paralizzare *ex post* l’azione giudiziaria, impedendo al creditore procedente di ottenere dal tribunale una pronuncia sulla “pericolosità”, o meno, della fusione (30).

Pertanto (31):

a) ove si intenda effettuare un deposito anteriore “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter”, c.c.:

a.1. al solo fine di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione, senza tuttavia voler impedire il sorgere del diritto di opposizione in capo ai creditori, occorre attuare un “deposito anticipatorio”, ovvero un deposito vincolato fino allo scadere del termine per proporre opposizione e, nel caso di presentazione di una opposizione, vincolato fino all’estinzione del credito (ad esempio, per intervenuto suo adempimento o per essere intervenuta altra fattispecie estintiva del credito) o all’esito del giudizio di opposizione che sia favorevole alla società;

a.2. al fine sia di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione sia di impedire il sorgere del diritto di opposizione dei creditori, occorre dar corso a un “deposito preclusivo”, e cioè un deposito vincolato fino all’estinzione di tutti i crediti maturati ante-

riormente “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter” c.c.;

b) ove invece si intenda effettuare un deposito posteriore “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter”, c.c., ma anteriore alla presentazione di una opposizione dei creditori:

b.1. al solo fine di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione, senza tuttavia voler impedire l’esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori (nel termine di 60, 30 o 15 giorni di cui all’art. 2503, comma 1, c.c.), occorre attuare il predetto “deposito anticipatorio” identico a quello appena sopra descritto al punto a.1;

b.2. al fine sia di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione sia di impedire l’esercizio del diritto di opposizione dei creditori (nel termine di 60, 30 o 15 giorni di cui all’art. 2503, comma 1, c.c.), occorre dar corso al predetto “deposito preclusivo”, identico a quello appena sopra descritto al punto a.2;

c) ove infine si intenda effettuare un deposito posteriore “all’iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell’articolo 2501-ter”, c.c., e pure posteriore alla presentazione di una opposizione dei creditori:

c.1. al solo fine di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione, senza tuttavia voler precludere al creditore opponente di ottenere il giudizio di cui agli artt. 2503, comma 2, c.c., e 2445, ultimo comma, c.c., (e, al contempo, senza voler impedire l’esercizio del diritto di opposizione da parte di altri creditori, nel termine di 60, 30 o 15 giorni di cui all’art. 2503, comma 1, c.c.), occorre attuare il predetto “deposito anticipatorio” (come descritto al punto a.1);

c.2. sia al fine di effettuare la stipula anticipata dell’atto di fusione, sia al fine di rendere inefficace l’opposizione presentata da taluno dei creditori (di modo che il giudizio di cui agli artt. 2503, comma 2, c.c., e 2445, ultimo comma, c.c., esiti in un “non luogo a procedere”), sia al fine di impedire l’eserci-

(30) Cfr. G. Ferri, *Le società*, cit., 989, secondo cui “Se la società deposita presso un istituto di credito una somma corrispondente ai crediti degli oppositori, l’effetto della opposizione viene meno. Nessuna distinzione è possibile tra l’ipotesi in cui il deposito sia fatto prima che l’opposizione sia proposta o invece dopo”.

(31) Cfr. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 57, *Deposito delle somme in caso di fusione o scissione anticipata (art. 2503 c.c.)*, 19 novembre 2004, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nt. 7. A questa Massima n. 57 pare non allineato il Comitato Triveneto dei Notai, nella Massima L.C.2, *Deposito bancario a garanzia dei creditori legittimante una fusione o una scissione anticipata - equiparazione a detto*

deposito di una fideiussione bancaria, 1° pubbl. 9/06, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2075, nt. 7, ove si afferma che “La nuova formulazione dell’art. 2503 c.c. ha definitivamente chiarito che il deposito presso una banca della somme necessarie al pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso ad una fusione o scissione anticipata legittima l’attuazione di dette operazioni solo qualora faccia venir meno il diritto di opposizione, il che avviene quando: - l’importo del deposito non sia inferiore alla somma necessaria all’integrale pagamento dei creditori che non hanno manifestato il consenso; - le somme depositate siano vincolate fino alla naturale scadenza dei crediti, salva la dichiarazione dei terzi creditori di non voler profittare di tale deposito”.

zio del diritto di opposizione da parte di altri creditori, nel termine di 60, 30 o 15 giorni di cui all'art. 2503, comma 1, c.c.), occorre dar corso al predetto "deposito preclusivo" (come descritto al punto a.2). In tutti i casi in cui si abbia dunque un "deposito preclusivo" (e, nel caso del deposito "anticipatorio", nella sola ipotesi che un'opposizione venga proposta e il giudice adito ravvisi la sussistenza del "pericolo di pregiudizio" di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c.), si deve trattare di un deposito caratterizzato dal fatto che il mandato conferito al soggetto depositario (il quale è, evidentemente, un mandato anche nell'interesse del terzo, ex art. 1723, comma 2, c.c.) preveda la restituzione della somma depositata al soggetto depositante solamente quando sia estinto - ad esempio, per intervenuto adempimento - il credito per il quale è stata presentata l'opposizione (o per il quale potrebbe essere presentata l'opposizione se il deposito non vi fosse stato) (32). Ove pertanto si addivenga alla stipula "anticipata" dell'atto di fusione utilizzando lo "strumento" del deposito delle somme corrispondenti a quelle che occorrono per pagare i creditori i quali abbiano maturato le rispettive ragioni di credito anteriormente "all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter" c.c., occorre che gli amministratori (oltre a fornire in sede di stipula l'elenco dei creditori e la quantificazione dei loro crediti) dichiarino nell'atto di fusione l'intervenuta verifica di questo presupposto (e cioè l'avvenuto deposito), esibendone evidenza documentale al notaio rogante; questa documentazione può sia essere allegata all'atto di fusione, sia esservi solamente menzionata; ne è infatti sufficiente la conservazione agli atti della società (oltre che nel fascicolo del notaio rogante).

(segue) d) L'asseverazione della relazione di cui all'art. 2501 sexies, c.c.

La quarta delle "eccezioni" contemplate dall'art. 2503, comma 1, c.c. è quella della redazione "per

tutte le società partecipanti alla fusione" della "relazione di cui all'articolo 2501-sexies" c.c., da parte di "un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501-sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori" (33).

Se dunque si abbia la disponibilità di questa "relazione asseverata" anteriormente "all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter" c.c., si può immediatamente procedere alla stipula dell'atto di fusione una volta che dette "iscrizione" o "pubblicazione" siano intervenute; ne consegue anche che la presenza di questa "relazione asseverata" evidentemente impedisce l'originazione stessa del diritto di opposizione, cosicché se, tra il momento in cui dette "iscrizione" o "pubblicazione" siano effettuate e il momento in cui si stipula l'atto di fusione sia intervenuta un'opposizione, questa è da considerare *tamquam non esset* e, quindi, non capace di produrre l'effetto di sospendere la procedura di fusione e di impedire la stipula dell'atto di fusione. Nel giudizio che, ex art. 2445, ultimo comma, c.c., detta opposizione instaura, l'unica pronuncia giudiziale plausibile è, dunque, quella di "non luogo a procedere" in ragione della mancanza del presupposto stesso del diritto a domandare lo svolgimento di detto giudizio.

Occorre effettuare poi una riflessione a parte per l'eventualità che la società bensì disponga di una "relazione di cui all'articolo 2501-sexies", c.c., ma non redatta da una società di revisione (34) (oppure, anche se redatta da una società di revisione, non asseverata ai sensi dell'art. 2503, comma 1, c.c.); oppure, per l'eventualità (identica alla precedente ai fini del ragionamento che si sta svolgendo) che si sia proceduto alla adozione delle deliberazioni di approvazione del progetto di fusione in assenza di una "relazione di cui all'articolo 2501-sexies", c.c. (si pensi, ad esempio, al caso di una rinuncia a detta relazione formulata ai sensi dell'art.

(32) Per inciso, non pare doversi contenere (in quanto la legge non lo richiede), nel mandato, anche un incarico al depositario (se non dietro congiunto ordine del debitore e del creditore) di pagare il credito per il quale il deposito sia stato allestito: pare invero sufficiente per garantire il creditore che la somma depositata non sia restituita al depositante prima che il credito sia estinto: dopo di che, se la società debitrice non paghi il debito in vista del cui pagamento il deposito venne istituito, il creditore potrà domandare al giudice una sentenza che condanni a detto pagamento e sulla cui base possa farsi esecuzione sulla somma oggetto di deposito. Cfr. però in senso contrario Santagata, *Le fusioni*, cit., 502, per il quale "Poiché il mezzo tecnico in esame è indicato dalla legge in alternativa al

pagamento, deve essere assicurata al creditore che non ha prestatato (od al quale non è stato richiesto) il consenso alla fusione, la possibilità di ottenere, direttamente dalla banca, tali somme, in ipotesi di inadempimento della società".

(33) Per una trattazione diffusa sugli aspetti salienti e controversi di questa "relazione asseverata", cfr. S. Cacchi Pessani, *Commento all'art. 2503*, cit., 747.

(34) La relazione di cui all'art. 2501 sexies c.c., infatti, può essere redatta da uno dei "soggetti di cui al primo comma dell'articolo 2409-bis" (art. 2501 sexies, comma 3, c.c.), ossia da "un revisore legale dei conti" persona fisica o da "una società di revisione legale", entrambi "iscritti nell'apposito registro".

2501 *sexies*, ultimo comma, c.c.; oppure al caso - di cui all'art. 2505, comma 1, c.c. - di una fusione "semplificata"). Ebbene, in tali ipotesi, potrebbe prospettarsi l'evenienza che intervenga un'opposizione dei creditori e che la società intenda fronteggiarla (e giungere così alla stipula dell'atto di fusione senza doverla subordinare al giudizio di cui all'art. 2445, ultimo comma, c.c.) facendo redigere *ex novo* una "relazione di cui all'articolo 2501-*sexies*", c.c., da una società di revisione e/o facendo dotare dell'asseverazione di cui all'art. 2503, comma 1, c.c. una "relazione di cui all'articolo 2501-*sexies* c.c.", di cui già si disponga ma che ne sia priva.

Parte della dottrina non ammette questa soluzione, adducendo che, una volta proposta l'opposizione, occorre inevitabilmente attendere una pronuncia giudiziale *ex art.* 2445, ultimo comma, c.c., in quanto dal dettato legislativo dovrebbe discendersi che in tal caso sarebbe ineluttabile un giudizio del tribunale sulla necessità di predisporre idonee garanzie a tutela dei creditori sociali, e ciò in quanto solo al tribunale competerebbe "il giudizio dell'insussistenza di pericolo di pregiudizio per i creditori sociali" (35).

Tale tesi non appare convincente (36): come già ripetutamente osservato commentando le tre "misure di anticipazione della fusione" enumerate nell'art. 2503, comma 1, c.c., prima del riferimento alla "relazione asseverata" qui in esame, se a tali "misure di anticipazione della fusione" (fatta eccezione per il "deposito anticipatorio" sopra commentato) la legge conferisce l'efficacia di non permettere addirittura l'originazione del diritto di opposizione dei creditori (e, conseguentemente, di far cessare l'effetto dell'opposizione che sia stata proposta), anche con riferimento alla "relazione asseverata" in parola il ragionamento non può essere differente. Cosicché:

- se essa sussista anteriormente al decorso del termine (di 60, 30 o 15 giorni) di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., il diritto di opposizione nemmeno si origina;

- se essa venga formata nel periodo in cui detto termine decorre e ancora non sia stata presentata alcuna opposizione, il diritto di opposizione non può più essere esercitato;

- se essa venga formata nel periodo in cui detto termine decorre e quando sia già stata presentata una opposizione, la sua formazione determina la cessazione degli effetti dell'opposizione: l'atto di fusione può essere stipulato (anche in anticipo rispetto allo spirare del termine di cui all'art. 2503, comma 1, c.c.) e il giudizio instauratosi *ex art.* 2445, ultimo comma, c.c., deve chiudersi per sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire del creditore opponente.

L'opinione per cui, in caso di opposizione dei creditori, il giudizio del tribunale sarebbe un passaggio ineludibile, non dà sufficiente risalto né al fatto che, come appena accennato, il rilascio dell'asseverazione di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., già riceve un vaglio di idoneità da parte del legislatore (essendo infatti previsto come misura idonea ostativa al sorgere del diritto di opposizione), né al fatto che il rilascio della asseverazione in parola comporta la evidente corresponsabilità, in solido con la società che svolge la procedura di fusione, della società di revisione che ne è autrice, andandosi quindi con ciò ad aumentare in maniera considerevole la garanzia patrimoniale del terzo creditore (garanzia ulteriore di cui, invero, il creditore non gioverebbe nel caso di giudizio di opposizione). Quindi, sia il giudizio astratto di idoneità conferito alla "relazione asseverata" da parte del legislatore, sia la garanzia patrimoniale aggiuntiva che si origina a favore del creditore con il rilascio della "relazione asseverata" da parte della società di revisione, inducono a ritenere quale "misura di anticipazione" perfettamente idonea, al fine di rendere stipulabile l'atto di fusione anteriormente al termine di cui all'art. 2503, comma 1, c.c., e di delegittimare l'opposizione dei creditori, anche la redazione di una "relazione asseverata" posteriore alla presentazione di un'opposizione da parte dei creditori.

Né pare aver pregio, per contrastare queste conclusioni, il possibile rilievo che la "relazione di cui all'articolo 2501-*sexies* c.c.", dovrebbe essere necessariamente confezionata prima dello svolgimento delle assemblee che decidono sul progetto di fusione (traendosi di ciò conferma, ad esempio, dall'art. 2501-*septies*, comma 1, n. 1), c.c.) al fine di essere disponibile in sede di assemblea convocata per decidere l'approvazione del progetto di fusione.

(35) F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 376; e, nello stesso senso, S. Cacchi Pessani, *Commento all'art. 2503*, cit., 751.

(36) Nel senso che, nel caso di opposizione, la redazione di

una "relazione asseverata" ai sensi dell'art. 2503, comma 1, c.c., consenta di procedere alla stipula dell'atto di fusione, cfr. C. Santagata, *Le fusioni*, cit., 507.

Invero, occorre fare una distinzione tra la “relazione asseverata” cui l’art. 2503, comma 1, c.c., attribuisce la natura di “misura di anticipazione della fusione” e la “relazione non asseverata” di cui all’art. 2501 *septies* c.c. In effetti, quest’ultima, a seconda dei casi, deve esistere (anzitutto all’assemblea) per le finalità indicate dall’art. 2501 *sexies* c.c. (e cioè per permettere ai soci di valutare la congruità del rapporto di cambio e non per servire da “misura di anticipazione della fusione” ai sensi dell’art. 2501, comma 1, c.c.) o può del tutto mancare (quando la legge ne consente la rinuncia o, addirittura, la sua non confezione) (37).

Ma, se la relazione di cui all’art. 2501 *sexies* c.c. deve esistere (anzitutto all’assemblea), nella forma di “relazione non asseverata” (o, addirittura, può del tutto mancare), nulla pare impedire che la si asseveri (se sia stata redatta da una società di revisione) o la si faccia redigere *ex novo* nella forma di “relazione asseverata”, da parte di una società di revisione, con la finalità di predisporre, con ciò, (non più una valutazione della congruità del rapporto di cambio, ma) una “misura di anticipazione della fusione” (38), tanto quanto una “misura di anticipazione della fusione” si confeziona (prima o dopo la proposizione di un’opposizione dei creditori) raccogliendo il consenso dei creditori, pagando i loro crediti o eseguendo il deposito di cui all’art. 2503, comma 1, c.c.

Se dunque si proceda alla stipula “abbreviata” dell’atto di fusione utilizzando lo “strumento” della “relazione asseverata” di cui all’art. 2503, comma

1, c.c., occorre che gli amministratori (oltre a fornire l’elenco dei creditori e la quantificazione dei loro crediti) dichiarino nell’atto di fusione l’intervenuta verifica di questo presupposto (e cioè l’avvenuta erezione della “relazione asseverata”), esibendone evidenza documentale al notaio rogante; anche se pare assolutamente opportuno che questa documentazione sia da allegare all’atto di fusione, non vi è, in effetti, alcun obbligo di legge in tal senso e, quindi, ove gli amministratori ritengano di non procedere a detta allegazione, dovranno però conservare il documento in questione agli atti della società (e consegnarne copia al notaio rogante per il suo fascicolo; il quale, essendo il “giudice” della legittimità dell’atto di fusione, deve pur constatare l’esistenza di questa “relazione asseverata” e la rispondenza delle sue caratteristiche a quelle richieste dalla legge affinché essa acquisisca lo *status* di idonea “misura di anticipazione della fusione”).

Il possibile “cumulo” di “misure di anticipazione della fusione”

La dottrina è concorde (39) circa la “cumulabilità” delle “misure di anticipazione della fusione”. In altri termini, il ricorso a una delle “eccezioni” di cui all’art. 2503, comma 1, c.c., per taluni crediti (ad esempio, il pagamento a favore solo di taluni creditori) non preclude il ricorso a taluna delle altre “misure di anticipazione della fusione” in relazione ad altri crediti (ad esempio, l’ottenimento del con-

(37) Sul punto che si possa dar corso a una relazione di cui all’art. 2501 *sexies*, c.c. (asseverata ai sensi dell’art. 2503, comma 1, c.c.) anche ove la specifica procedura di fusione non richiederebbe (ad esempio, perché si tratta di una fusione “semplificata”) la relazione di cui all’art. 2501 *sexies*, c.c., cfr. S. Cacchi Pessani, *Commento all’art. 2503*, cit., 748; M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1546; Comitato Triveneto dei Notai, Massima L.C.3, *Fusione o scissione anticipate in forza della relazione di una società di revisione attestante che non sono necessarie garanzie a tutela dei creditori*, 1° pubbl. 9/06, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2027, nt. 3; e pure Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 60, *Attestazioni dell’esperto in caso di fusione con indebitamento e di fusione anticipata (artt. 2501-bis, comma 4, e 2503, comma 1, c.c.)*, 19 novembre 2004, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2028, nota 4, che così motiva: “Una evidente funzione a esclusiva tutela dei creditori assume pure la relazione dell’art. 2501 *sexies* c.c. nell’utilizzo, facoltativo, consentito dall’art. 2503 c.c., al fine di attuare la fusione in via anticipata. La relazione dell’esperto, in tal caso, deve attestare che la ‘situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori’. Assume quindi, anche in questo caso, un contenuto del tutto anomalo rispetto al contenuto tipico (congruità del rapporto di cambio) delineato nell’art. 2501 *sexies* c.c. L’art. 2503 c.c. legittima dunque una relazione sui generis finalizzata alla attuazione della fusione in via anticipata senza alcuna limi-

tazione e quindi non solo nell’ipotesi in cui la relazione, per i fini tipici, debba comunque essere redatta, ma anche allorché per qualsiasi ragione non vi sarebbe necessità di una relazione ex art. 2501 *sexies* c.c. Il rinvio nei due casi riferiti (art. 2501 *bis*, 4° comma e 2503, 1° comma, c.c.) alla fattispecie della relazione di cui all’art. 2501 *sexies* c.c. rende peraltro necessario che, ove ad essa si ricorra solo ai fini delle citate norme (non essendovene altrimenti necessità), essa sia assoggettata sia sotto il profilo soggettivo (nomina dell’esperto) che proceduralmente alla disciplina generale prevista, appunto, per la relazione ex art. 2501 *sexies* c.c.”.

(38) Sul punto che si debba redigere una “relazione asseverata” ex art. 2503, comma 1, c.c. (e che essa possa avere il solo contenuto di cui all’art. 2503, comma 1, c.c., senza anche avere quello di cui all’art. 2501 *sexies* c.c.), per ottenere con ciò una “misura di anticipazione della fusione” anche nel caso in cui si tratti di una fusione “semplificata”, per la cui attuazione la relazione di cui all’art. 2501 *sexies*, c.c., non è richiesta, cfr. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 60, *Attestazioni dell’esperto in caso di fusione con indebitamento e di fusione anticipata (artt. 2501-bis, comma 4, e 2503, comma 1, c.c.)*, 19 novembre 2004, in Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, cit., 2028, nota 4.

(39) Cfr. in tal senso S. Cacchi Pessani, *Commento all’art. 2503*, cit., 746; M. Perrino, *Commento sub. artt. 2503 e 2503 bis*, cit., 1545; Santagata, *Le fusioni*, cit., 502; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 331.

sensu alla fusione da parte dei creditori che non abbiano ricevuto il pagamento).

L'utilizzo, da parte del legislatore, nel testo dell'art. 2503, comma 1, c.c., della congiunzione disgiuntiva "o", nell'elencazione delle varie "misure di anticipazione della fusione" fatto nell'art. 2503, comma 1, c.c., deve dunque essere inteso non in senso "esclusivo" (e cioè nel senso che l'una escluda le altre), ma nel senso di "possibile alternatività", vale a dire che il ricorso a taluno dei termini dell'elenco non impedisce il contemporaneo ricorso ad altri termini (40). Il ripetuto *favor fusionis* che permea la materia in esame induce a ritenere che il legislatore abbia lasciato alla società che compie un procedimento di fusione la più ampia libertà in ordine alla scelta dello strumento "di anticipazione" da utilizzare.

La conclusione del ragionamento non cambia se si ipotizza che le "misure di anticipazione della fusio-

ne" siano adottate posteriormente alla proposizione di opposizioni da parte dei creditori: taluno di essi potrà senz'altro essere pagato, per taluno di essi potrà essere effettuato un corrispondente deposito in banca, quando invece con talaltro di essi la società ben potrà raggiungere un accordo al fine di ottenere il consenso all'effettuazione della fusione "abbreviata" (verso, ad esempio, la concessione di una promessa di pagamento con termini più favorevoli per il creditore, rispetto a quelli originariamente convenuti tra il medesimo e la società).

Solo la misura della "relazione asseverata" pare (di fatto) alternativa rispetto a tutte le altre ipotesi, in quanto essa non può che riguardare tutti i creditori della società, opposenti e non: ricorrendo dunque ad essa, non pare esservi il presupposto per dar corso ad altre "misure di anticipazione della fusione".

(40) Cfr. <http://www.treccani.it/vocabolario/o1/ove> (con l'esempio "alla sera, guardo la tv o leggo") si distingue la congiunzione disgiuntiva in senso esclusivo, da un lato, e in senso alternativo, dall'altro: nel primo caso, uno dei termini conside-

rati esclude gli altri; nel secondo caso, i termini considerati non si escludono a vicenda, ma possono concorrere contemporaneamente.