

DIRITTO SOCIETARIO ■ L'assemblea al centro delle nuove massime dal Consiglio notarile di Milano sull'applicazione della riforma

Quorum critico per la «straordinaria»

La norma può dare effetti paradossali, evitabili con una lettura accorta

Le nuove massime del Consiglio notarile di Milano in materia di orientamenti applicativi alla luce della riforma del diritto societario, puntano un'attenzione speciale al problema dei quorum da raggiungere nell'assemblea di Spa di seconda convocazione. La lettura testuale presta infatti il fianco a più di una perplessità: da qui la necessità di un urgente intervento interpretativo.

La straordinaria di prima convocazione. Per il comma 2 dell'articolo 2368, in prima convocazione l'assemblea straordinaria:

- delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale (a meno che lo statuto non richieda una maggioranza più elevata);
- nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale (o il maggior quoziente statutario) e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea.

La straordinaria di seconda convocazione. Per l'articolo 2369, comma 3, in seconda convocazione

Appuntamento al 19 novembre

MILANO ■ Prosegue, con le cinque massime che riportiamo in questa pagina, l'impegno del Consiglio notarile di Milano per l'applicazione della riforma societaria. Le cinque indicazioni predisposte dalla Commissione società (si veda, nella scheda, la composizione di questa Commissione) e disponibili da ieri costituiscono in realtà un primo "assaggio" di un nuovo corpus di massime analogo a quello presentato nella scorsa primavera, nel convegno tenutosi a Milano il 26 marzo.

Anche per questo secondo gruppo di massime, la presentazione avverrà in occasione di un convegno, previsto per il 19 novembre, sempre a Milano, organizzato dal Consiglio Notarile del capoluogo e dalla Scuola di notariato della Lombardia.

l'assemblea straordinaria:

- è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale; e
 - delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea.
- Una contraddizione apparente.** Concentrando il ragionamento sulle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, mentre dunque per la prima convocazione la legge dispone solo in tema di quorum deliberativo (il 50,01 per cento del capitale sociale), per la seconda convocazione è richiesto:

- sia un quorum costitutivo (più di un terzo del capitale sociale);
 - sia un quorum deliberativo (almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea).
- Con una lettura asettica, si potrebbe quindi giungere alla paradossale conseguenza che in seconda convocazione sarebbero richiesti quozienti più elevati di quelli richiesti per la prima convocazione.
- Infatti, se è vero che in prima convocazione per deliberare basta raggiungere il 50,01 per cento del capitale sociale, in seconda convocazione se ad esempio fosse presen-

te in assemblea l'81 per cento del capitale (e quindi più del terzo richiesto dalla legge per la valida costituzione dell'adunanza), la deliberazione sarebbe adottata se vi fosse il voto favorevole del 54 per cento del capitale sociale (e cioè i due terzi del capitale rappresentato in assemblea).

Quindi si avrebbe che in seconda convocazione il quoziente sarebbe maggiore rispetto a quello occorrente in prima convocazione. Al paradosso tuttavia non si giunge se le norme interessate si leggono nel senso fisiologico che in seconda convocazione l'assunzione delle decisioni deve essere più semplice rispetto alla prima convocazione: e così in seconda convocazione la delibera deve ritenersi adottata se consegue il voto del 50,01 per cento del capitale sociale (quello cioè sufficiente in prima convocazione) anche se non si raggiungono i due terzi del capitale presente in assemblea. Al quoziente dei due terzi dei presenti si farà riferimento quindi solo quando esso in termini percentuali non raggiunga il 50,01 per cento (ad esempio: presente il 60 per cento, la delibera passa con il 40 per cento).

ANGELO BUSANI

In Commissione

La composizione della Commissione società del Consiglio notarile di Milano

GLI ESPERTI

- Luigi Augusto Miserocchi (presidente del Consiglio notarile di Milano e presidente della Commissione)
- Piergaetano Marchetti
- Mario Notari
- Giuseppe Rescio
- Manuela Agostini
- Massimo Caspani
- Domenico de Stefano
- Antonio Marsala
- Filippo Zabban

I COMPONENTI ESTERNI

- Guido De Rosa (presidente del Comitato Regionale Notarile Lombardo)
- Giancarlo Laurini
- Gennaro Mariconda

Nota: L'intero corpus delle massime è pubblicato sul sito Internet del Sole-24 Ore (www.ilssole24ore.com/norme) e sul sito della Scuola (www.scuoladnotariatodellalombardia.org)

Maggioranze più forti

Una questione calda in tema di quorum è quella che si pone quando si confrontano il terzo e il quinto comma dell'articolo 2369 del nuovo Codice civile:

a) nel terzo comma si dice che l'assemblea straordinaria di seconda convocazione è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea;

b) nel quinto comma si dice che in alcune materie (cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero, emissione di azioni privilegiate) nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale.

Le deliberazioni del quinto comma sono eventi "straordinari", suscettibili di alterare non poco la situazione societaria, perciò il quorum è "rinforzato": in quei casi non si può assumere alcuna decisione se non vi concorra più del terzo del capitale sociale. In altri termini, in seconda convocazione le delibere atinenti alle materie sopra ricordate non possono considerarsi adottate qualora siano state approvate dai due terzi dei presenti se i voti a favore non siano risultati comunque superiori al terzo

dell'intero capitale sociale.

Tuttavia, se si confronta questo quorum rinforzato del quinto comma (più del terzo del capitale) con il quorum del terzo comma (due terzi del capitale rappresentato in assemblea, essendo sufficiente che sia rappresentato un terzo del capitale) se ne potrebbe trarre che l'assemblea straordinaria decide corentemente (si pensi alla presenza del 90% del capitale, dove si decide con il 60 per cento) con un quorum superiore a quello richiesto per le decisioni "rinforzate". Le due norme vanno quindi lette in senso coerente l'una rispetto all'altra. E cioè: nelle decisioni "rinforzate", basta bensì che si decida con un quoziente superiore al terzo del capitale sociale, ma in ogni caso questo valore deve essere pari o superiore ai due terzi del capitale rappresentato in assemblea: ad esempio, presente il 66 per cento, per le decisioni rinforzate occorre comunque il voto favorevole del 44 per cento.

Inoltre, in base al già visto principio per il quale in seconda convocazione l'assunzione delle decisioni deve essere più semplice rispetto alla prima convocazione, il quorum necessario per le decisioni "rinforzate" adottate in seconda convocazione non deve essere superiore a quello necessario per adottare decisioni nell'adunanza di prima convocazione e quindi non potrà mai superare il 50,01 per cento del capitale sociale.

A. BU.

Casi risolti / Le precisazioni del notariato milanese

Pubblichiamo cinque nuove massime elaborate dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano.

31 Quorum deliberativo dell'assemblea straordinaria di Spa in seconda convocazione (articolo 2369, comma 3, Codice civile)

Il terzo comma dell'articolo 2369 Codice civile — nella parte in cui dispone che l'assemblea straordinaria di seconda convocazione è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea — mira a ridurre il quorum deliberativo previsto per la prima convocazione e non può in nessun caso portare ad un innalzamento dello stesso. Conseguentemente, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, deve ritenersi comunque sufficiente in seconda convocazione una maggioranza pari ad oltre la metà del capitale sociale, quand'anche essa non raggiungesse i due terzi del capitale presente in assemblea.

Motivazione La convocazione dell'assemblea in seconda convocazione costituisce un obbligo per gli amministratori e ha come necessario presupposto che, sugli argomenti posti all'ordine del giorno dell'assemblea di prima convocazione, non sia stato possibile deliberare.

Il legislatore per favorire il funzionamento della società, che non ha potuto deliberare in prima convocazione perché i presenti non rappresentavano la quota di capitale richiesta per la regolare costituzione della società o perché i voti a favore non hanno raggiunto il quorum deliberativo previsto dalla legge, prevede nuove regole relative ai quorum deliberativi e/o costitutivi.

Talvolta le regole di calcolo dettate dal legislatore sono omogenee a quelle previste per la prima convocazione (è il caso dei quorum costitutivi previsti per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio in cui varia solo la percentuale di presenze richieste che scende dalla metà a "oltre il terzo"), tal altra vengono adottate regole di calcolo non omogenee (è il caso dei quorum richiesti per le assemblee straordinarie in cui in prima convocazione è previsto solo un quorum deliberativo ("più della metà del capitale sociale"), mentre in seconda convocazione è richiesto un quorum costitutivo ("oltre un terzo del capitale sociale") e un quorum deliberativo commisurato non al capitale sociale ma alla quota di capitale rappresentata in assemblea ("almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea").

Quest'ultima regola, se applicata senza tener conto degli scopi previsti dal legislatore con la previsione della seconda convocazione, porterebbe, in certi casi, al risultato di elevare in seconda convocazione i quorum richiesti per la prima (se ad esempio alla assemblea straordinaria di seconda convocazione fossero intervenuti tutti i soci il quorum deliberativo richiesto risulterebbe dei 2/3 dell'intero capitale sociale e cioè di oltre il

Ma la soluzione è nel Codice civile

Il confronto con le altre disposizioni porta a escludere che in seconda convocazione servano soglie più elevate

66,6 per cento!

Una interpretazione teleologica della norma che faccia leva sulla funzione dell'assemblea di seconda convocazione porta ad escludere tale conclusione.

Infatti non può attribuirsi alla previsione del terzo comma dell'articolo 2369 Codice civile nella parte in cui prevede, per le società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il quorum deliberativo previsto per la assemblea straordinaria di seconda convocazione (due terzi della quota di capitale rappresentata in assemblea), la funzione di avere introdotto una "minoranza di blocco" che subordinerebbe l'assunzione della deliberazione alla inesistenza di una minoranza contraria di oltre un terzo perché una tale previsione, per avere un senso, dovrebbe riguardare anche il quorum deliberativo richiesto per la prima convocazione, altrimenti la maggioranza che non può deliberare in seconda finirebbe per deliberare sempre in prima convocazione.

Le conclusioni raggiunte trovano poi conferma nella disposizione del quinto comma dell'articolo 2441 Codice civile che nel prevedere la possibilità che, quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale prevede, per l'assunzione di questa delibera, un quorum deli-

blea, nonché;

(ii) a più di un terzo del capitale sociale; fermo restando che il quorum non potrà mai superare quello stabilito, dalla legge o dallo statuto, per la prima convocazione.

Motivazione Il quinto comma dell'articolo 2365 Codice civile si riferisce alle sole Spa che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e identifica tra le deliberazioni di competenza dell'assemblea straordinaria alcune materie considerate dal legislatore di particolare importanza (cambiamento dell'oggetto sociale, trasformazione della società, scioglimento anticipato, proroga della durata, revoca della liquidazione, trasferimento della sede sociale all'estero e emissione di azioni privilegiate) per la cui adozione è richiesto, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale.

La maggioranza richiesta ("più di un terzo") determina una riduzione del quorum deliberativo previsto per la prima convocazione (da "più della metà" a "più di un terzo"), e un possibile innalzamento del quorum previsto per la seconda convocazione (qui la base di calcolo del quorum deliberativo non è omogenea).

Quindi in seconda convocazione le delibere atinenti alle materie sopra ricordate non potranno considerarsi adottate qualora siano state approvate dai due terzi dei presenti se i voti a favore non siano risultati comunque superiori al terzo dell'intero capitale sociale.

L'interpretazione teleologica della norma esclude però che attraverso tale norma sia possibile, in certi casi, diminuire il quorum deliberativo previsto dal terzo comma dell'articolo 2369 Codice civile per tutte le deliberazioni di competenza dell'assemblea straordinaria in seconda convocazione.

Quindi nel caso in cui sia intervenuto all'assemblea straordinaria di seconda convocazione che debba deliberare sugli argomenti sopra menzionati il 60% del capitale e la deliberazione abbia ricevuto l'approvazione del 35% di tutto il capitale sociale la deliberazione non potrà ritenersi approvata non avendo i voti favorevoli raggiunti i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (40%) .

Il legislatore ha considerato le materie indicate nel quinto comma come materie più rilevanti delle altre di competenza dell'assemblea straordinaria (fa eccezione ovviamente la delibera di cui al quinto comma dell'articolo 2441 Codice civile) e quindi ha previsto una percentuale minima di consensi superiore a quella che si avrebbe nel caso in cui all'assemblea di seconda convocazione fosse intervenuto poco più di un terzo del capitale.

La ratio della disposizione esclude però che la prescrizione del quinto comma possa portare a diminuire, nel caso di assemblea particolarmente partecipata,

il quorum stesso.

Quindi il quinto comma della norma in esame va letto nel senso di ritenere che per le materie ivi indicate la delibera si intende approvata in seconda convocazione solo se essa è stata approvata dai due terzi del capitale intervenuto sempre che si sia superato il terzo del capitale. Resta inteso che comunque il quorum richiesto, salvo diversa previsione dello statuto, non potrà mai superare il 50% più uno dell'intero capitale sociale stante quanto illustrato nella massima relativa al terzo comma predetto.

32 Decisioni dei soci di Srl all'unanimità o con quorum in deroga agli articoli 2479 e 2479-bis, Codice civile

Sono conformi alla legge le clausole statutarie che nella Srl richiedano l'unanimità dei soci per l'adozione di decisioni assembleari ed extrassembleari.

Sono altresì conformi alla legge le clausole statutarie che stabiliscano quorum di diversi (più alti o più bassi) di quelli previsti dagli articoli 2479, comma 6, e 2479-bis, comma 3, Codice civile.

Motivazione Gli articoli 2479, comma 6, e 2479-bis, comma 3, danno ampia libertà ai soci nel fissare nell'atto costitutivo il consenso necessario e sufficiente per l'adozione delle loro decisioni: siano esse prese in sede assembleare o extrassembleare. In tali ampi margini vi è posto tanto per la introduzione del principio di unanimità sia per singole decisioni, sia — in ipotesi di Srl ad accentuata configurazione personalistica — per tutte le decisioni, quanto per la fissazione di quorum superiori o inferiori a quelli dettati in via suppletiva dalla legge.

Contro il ricorso all'unanimità — ammessa dalla maggior parte dei commentatori della riforma — non valgono le tradizionali obiezioni (a) dell'essere ciò di ostacolo all'operatività della società e (b) dell'essere il principio di maggioranza connaturato alla natura collegiale delle decisioni.

Alla prima obiezione (a) si risponde che il legislatore non si preoccupa di assicurare l'operatività e il mantenimento in vita della Srl a dispetto di una diversa volontà di alcuni soci e degli accordi formalizzati nell'atto costitutivo, come invece avviene nella Spa: solo in quest'ultima, e non anche nel primo tipo sociale, infatti, si impone un quorum inderogabile per l'assunzione delle decisioni "vitali" (nomina e revoca delle cariche sociali e approvazione del bilancio: si veda articolo 2369, comma 4).

Alla seconda obiezione (b) si replica:

- i) che il principio di maggioranza è un elemento naturale, non già essenziale, dei procedimenti collegiali, come — almeno nella Srl — dimostra la previsione legale di delibere unanimi per la modifica (nonché, implicitamente, per la introduzione e per la soppressione) di diritti particolari del socio (articolo 2468, comma 4);
- ii) che l'obiezione potrebbe, in

tesi, valere soltanto per le decisioni collegiali, e dunque non in quelle adottate per consultazione scritta e per consenso espresso per iscritto: ma allora non si comprenderebbe perché la stessa decisione, che per scelta statutaria sia da prendere all'unanimità fuori dall'assemblea, in quest'ultima non possa essere condizionata al consenso unanime;

iii) che è nota l'assoluta prevalenza, nella realtà economica, di Srl composte da due/tre soci la cui interna maggioranza, o per necessità (due soci al 50%) o per scelta di quorum ad hoc, è tale soltanto in apparenza, ma richiede di fatto l'unanimità.

33 Attribuzione agli amministratori del potere di deliberare sulle materie di cui all'articolo 2365, comma 2, Codice civile

La clausola statutaria che — ai sensi dell'articolo 2365, comma 2, Codice civile — attribuisce alla competenza dell'organo amministrativo (o del consiglio di sorveglianza o del comitato di gestione) le deliberazioni ivi elencate, di normale spettanza dell'assemblea straordinaria, non determina la legittimazione esclusiva degli amministratori, salvo che lo statuto espressamente così disponga.

Pertanto, pur in mancanza di precisazioni intese a confermare la permanenza del relativo potere anche in capo all'assemblea straordinaria, quest'ultima potrà legittimamente deliberare sulle stesse materie.

Motivazione Il legislatore della riforma ha introdotto, all'articolo 2365, comma 2 Codice civile, la previsione secondo cui «lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del comitato di gestione» le deliberazioni inerenti un ampio spettro di materie, "normalmente" di competenza dell'assemblea straordinaria.

Lo statuto — in aderenza ai confermati ed ampliati principi che danno rilievo all'autonomia statutaria — può certamente precisare se l'attribuzione ai sensi dell'articolo 2365 secondo comma preclude o meno la persistenza della competenza deliberativa, sulle stesse materie, dell'assemblea.

Mancando una chiara indicazione statutaria, potrebbe dubitarsi della permanenza di una concorrente competenza assembleare sulla base di argomenti di natura letterale; in particolare dall'uso, nell'articolo in esame, dei termini attribuzione di "competenza", in luogo di "facoltà", dizione quest'ultima utilizzata nel caso di delega agli amministratori per l'aumento di capitale (articolo 2443 Codice civile) o per l'emissione di obbligazioni convertibili (articolo 2420-ter Codice civile); ipotesi nelle quali, come noto, il dubbio circa la sussistenza di una concorrenza di competenze non si pone affatto.

Potrebbe ulteriormente deporre a favore di una legittimazione esclusiva degli amministratori l'osservazione secondo cui il permanere della competenza assem-

blare rischierebbe di produrre insorgenza di potenziali conflitti tra organo amministrativo e assemblea, con possibilità di deliberazioni contrastanti e contraddittorie.

Riguardo alla prima argomentazione, si può osservare come tale interpretazione letterale della nuova norma non solo non è risolutiva, ma rischia anche di stravolgere la ratio stessa dell'articolo 2365 comma 2, il cui fine è, come precisa la Relazione al testo della Riforma, quello di rendere più agevole il funzionamento della società. In altre parole, la disposizione normativa in esame non sembra tanto una norma di corporate governance (che prevede, cioè, una diversa ripartizione del potere endosocietario), quanto l'attuazione di una norma finalizzata a consentire una non obbligatorio semplificazione procedurale.

Non sembrerebbe preoccupare eccessivamente neppure la seconda argomentazione, secondo cui l'impostazione interpretativa della competenza assembleare concorrente potrebbe determinare un conflitto tra l'assemblea e gli amministratori. Sembra infatti congruo ricordare che la convocazione dell'assemblea è, per la quasi totalità dei casi, determinata dalla conforme deliberazione degli amministratori; e ciò sembra adeguatamente coniugarsi con l'interpretazione di una residua competenza assembleare sulle materie di qua, competenza che verrà stimolata (proprio) dall'organo amministrativo in tutti i casi in cui questo ne ravviserà l'opportunità: per esempio, in relazione al particolare peso di una concreta decisione astrattamente ricomprendibile nella delega, oppure

allorché sia già necessaria la riunione dell'assemblea straordinaria per deliberare su un tema non delegato (si pensi alla modifica dell'oggetto sociale), e contestualmente si determini l'esigenza di trasferire la sede in altro comune; così operando, infatti, gli amministratori eviteranno di ricorrere alla redazione di due distinte verbalizzazioni (una consiliare, l'altra assembleare) in forma solenne, entrambe da assoggettare al controllo di legittimità di cui all'articolo 2436 del Codice civile.

Del resto, non mancano ipotesi in cui lo stesso legislatore ha previsto competenze concorrenti, come nel caso dell'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione nel sistema dualistico, il cui esercizio spetta sia all'assemblea che al consiglio di sorveglianza (articolo 2409-decies, comma 1 e 2, Codice civile). Da queste fattispecie si può dedurre, oltre alla non rilevanza del paventato pericolo di conflitto endosocietario, anche la mancanza di un ostacolo di sistema o di principio all'esistenza di competenze concorrenti.

A far propendere per la tesi della "competenza concorrente" concorrono ulteriori considerazioni, anche di natura pragmatica, attente alle possibili conseguenze applicative.

Si pensi alla previsione statu-

taria che, sulla base dell'articolo 2365 comma 2, attribuisca agli amministratori la competenza sugli "adeguamenti dello statuto a disposizioni normative". L'articolo 2365 comma 2 non distingue tra disposizioni normative inderogabili e derogabili, apparentemente consentendo, così, che sia attribuito agli amministratori un potere discrezionale non indifferente. È in realtà difficile concepire un così ampio spazio discrezionale degli amministratori, avendo presenti le attuali problematiche intese a tracciare la "mappa applicativa" delle maggioranze assembleari "semplificate" di cui all'articolo 223-bis disposizioni attuative Codice civile, ed è quindi certamente preferibile ritenere che residui in capo all'assemblea il potere di adottare, comunque, deliberazioni su questa materia, naturalmente più probabili allorché si tratterà di adeguamento a norme non inderogabili.

Milita a favore della concorrente competenza assembleare anche la previsione dello stesso articolo 2365 comma 2, in materia di attribuzione della legittimazione a deliberare le fusioni di società interamente possedute o possedute almeno al 90%, di cui agli articoli 2505 e 2505-bis Codice civile. La stessa legge, infatti, prevede addirittura la doverosità della delibera assembleare qualora ne faccia richiesta almeno il 5% del capitale sociale.

Il fatto che tale possibilità sia concessa soltanto nel caso di fusione per incorporazione e non nell'ipotesi di fusione mediante costituzione di nuova società trae la sua ragione d'essere dal fatto che il legislatore non poteva consentire la nascita di una nuova società che acquistava personalità giuridica con l'iscrizione nel Registro delle Imprese (articolo 2331, comma I, Codice civile) rinviando ad un momento successivo l'"assunzione", "assegnazione" del suo patrimonio.

Le esigenze da cui muove il legislatore consentono di ritenere che nel caso in cui si sia proceduto ad una fusione per incorporazione di due o più società sia consentito nell'atto di fusione prevedere che la fusione stessa abbia effetto da più date successive alla iscrizione di cui all'articolo 2504 Codice civile.

Infatti l'indicazione di una pluralità di date da un lato non lede il principio della determinatezza delle date di efficacia della fusione e dall'altro non impedisce a terzi la conoscibilità del termine stesso dal momento che tale prescrizione viene iscritta nel Registro delle imprese.

Del resto la facoltà concessa dal secondo comma dell'articolo 2504-bis Codice civile mira ad agevolare e a semplificare la assunzione dei diritti e degli obblighi delle società incorporate nella incorporante tenendo conto della particolarità di queste fattispecie, particolarità e specialità che nel caso di fusioni per incorporazione di pluralità di società possono essere, e spesso in realtà sono diverse.

suali, anteriori alla fusione, a partire da date di-verse per ciascuna società incorporate, purché non anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504 Codice civile

Motivazione Per effetto della fusione la società che risulta o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società che hanno partecipato alla fusione proseguendo in tutti i loro rapporti anche processuali anteriori alla fusione stessa (articolo 2504-bis Codice civile).

Quale che sia la qualificazione giuridica di questo subingresso, sia che si tratti di un fenomeno di "assunzione" — "trasferimento" — "successione" — "assegnazione" — "assegnazione" è necessario che i rapporti determinati e pubblicizzati in modo preciso il "tempo" in cui ciò avviene.

Il secondo comma dell'articolo 2504-bis Codice civile ha identificato questo momento con il giorno in cui è stata eseguita l'iscrizione nel Registro delle imprese dell'atto di fusione relativamente alla società incorporante o a quella risultante dalla fusione: la prescrizione da un lato determina con certezza il momento di efficacia della fusione, dall'altro ne consente la conoscibilità da parte dei terzi comunque interessati.

Non contrasta con le esigenze di cui sopra la facoltà concessa dal legislatore di prevedere che tali effetti si producano in un momento successivo (nel caso di fusione mediante incorporazione) in quanto tale data successiva viene pubblicizzata a mezzo iscrizione nel Registro delle Imprese ed è quindi conoscibile da parte dei terzi.

Il fatto che tale possibilità sia concessa soltanto nel caso di fusione per incorporazione e non nell'ipotesi di fusione mediante costituzione di nuova società trae la sua ragione d'essere dal fatto che il legislatore non poteva consentire la nascita di una nuova società che acquistava personalità giuridica con l'iscrizione nel Registro delle Imprese (articolo 2331, comma I, Codice civile) rinviando ad un momento successivo l'"assunzione", "assegnazione" del suo patrimonio.

Le esigenze da cui muove il legislatore consentono di ritenere che nel caso in cui si sia proceduto ad una fusione per incorporazione di due o più società sia consentito nell'atto di fusione prevedere che la fusione stessa abbia effetto da più date successive alla iscrizione di cui all'articolo 2504 Codice civile.

Infatti l'indicazione di una pluralità di date da un lato non lede il principio della determinatezza delle date di efficacia della fusione e dall'altro non impedisce a terzi la conoscibilità del termine stesso dal momento che tale prescrizione viene iscritta nel Registro delle imprese.

Del resto la facoltà concessa dal secondo comma dell'articolo 2504-bis Codice civile mira ad agevolare e a semplificare la assunzione dei diritti e degli obblighi delle società incorporate nella incorporante tenendo conto della particolarità di queste fattispecie, particolarità e specialità che nel caso di fusioni per incorporazione di pluralità di società possono essere, e spesso in realtà sono diverse.

34 Decorrenza degli effetti della fusione in caso di incorporazione di più società

Nell'ipotesi di fusione per incorporazione di due o più società, è possibile stabilire che la società incorporante assuma i diritti e gli obblighi delle società incorporate, proseguendo in tutti i rapporti, anche proces-