

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.32-2020/I

LA FUSIONE, LA SCISSIONE E LA TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ IN CONCORDATO PREVENTIVO SECONDO IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA (ART. 116 D.LGS. 12 GENNAIO 2019, N. 14): NUOVE FATTISPECIE E CRITICITÀ APPLICATIVE

di Marco Maltoni

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 6/02/2020)

Abstract

Lo studio affronta il tema dell'interpretazione dell'art. 116 del Codice della Crisi d'Impresa, le cui norme presentano una serie di criticità interpretative che ne rendono incerta e difficoltosa l'applicazione.

La prima è rinvenibile nella previsione del comma 1, secondo cui la "validità" di operazioni di trasformazione, fusione o scissione previste nel piano concordatario può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione. Sennonché, rispetto agli effetti dell'invalidità, la stabilità del concordato, a cui tende l'art. 116, è già salvaguardata dall'art. 2504 *quater* c.c. (e dall'art. 2500 *bis* c.c.). Inoltre, dato atto che la norma si applica anche alla fusione o alla scissione (o alla trasformazione) di cui il piano prevede il compimento "dopo la sua omologazione", si sottolinea l'impossibilità di contestare la nullità o l'annullabilità di atti che non sono stati ancora posti in essere, ma solo programmati.

Nello studio si suggerisce, quindi, di interpretare la norma del primo comma dell'art. 116 nel senso che lo strumento dell'opposizione all'omologazione avrebbe, in realtà, la funzione di sostituire l'opposizione dei creditori prevista dall'art. 2503 c.c.

Se la norma è volta a consegnare ai creditori uno strumento alternativo alla sola opposizione ex art. 2503 c.c. (ed ex art. 2500 *novies* c.c.), che è necessariamente preventiva rispetto all'efficacia della fusione (e della scissione, o alla trasformazione), ne deriva, in primo luogo, che non può rientrare nel novero di tali fattispecie la fusione (o scissione, o trasformazione) che è compiuta, cioè completata ai sensi dell'art. 2504 *ter* c.c., prima dell'omologazione, previa autorizzazione dei competenti organi della procedura. Quindi, le fattispecie previste nell'art. 116 si riducono a due: (i) fusione o scissione ad attuazione condizionata all'omologazione del concordato e (ii) fusione o scissione da "compiere" integralmente dopo il concordato.

Come ulteriore corollario, i termini per l'opposizione non decorrono più dall'iscrizione nel registro delle imprese delle delibere di approvazione del progetto, ma dalla pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento di fissazione dell'udienza per l'omologazione del concordato, che deve essere pubblicizzato almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza.

La seconda criticità dell'art. 116 attiene all'identificazione dei creditori legittimati all'opposizione.

Il secondo comma dell'art. 116 prevede che il provvedimento di fissazione dell'udienza per l'omologazione debba essere pubblicato nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede "le società interessate dalle operazioni di trasformazione, fusione o scissione" – e non soltanto di quella in concordato –, il che farebbe presumere che i creditori privati del diritto di opposizione ex art. 2503 c.c. siano tutti i creditori di tutte le società coinvolte nella fusione o nella scissione prevista dal piano di concordato. Lo studio suggerisce, tuttavia, una lettura meno radicale, concludendo che la preclusione ad esercitare l'opposizione ex art. 2503 c.c. operi solo verso i creditori della società in concordato, ma non verso i creditori delle altre società, rispetto ai quali la pubblicità del piano ha valore di mera pubblicità notizia per consentire loro, se lo ritengono, di opporsi all'omologazione, in quanto interessati, senza perdere tuttavia le prerogative di diritto comune.

La terza criticità concerne, infine, l'inclusione della trasformazione tra le operazioni che legittimano l'opposizione, considerato che la conservazione delle garanzie patrimoniali anteriori al mutamento organizzativo (art. 2500 *quinquies* c.c.) esclude la possibilità di effetti pregiudizievoli, tranne che in caso di trasformazione eterogenea, rispetto alla quale i creditori sono dotati di un diritto di opposizione (art. 2500 *novies* c.c.) analogo a quello previsto in caso di fusione (o di scissione). Inoltre, l'art. 2499 c.c. prevede che "può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa", sottoponendo l'operazione ad una valutazione preventiva degli organi della procedura concorsuale in ordine alla sua convenienza ed alla sua coerenza con la procedura medesima.

Lo studio suggerisce, quindi, una lettura riduttiva della fattispecie "trasformazione" alla sola trasformazione eterogenea.

1. Osservando le novità introdotte dal Codice della Crisi di Impresa dalla prospettiva dell'esercizio delle funzioni notarili, un'attenzione particolare deve essere indirizzata alle norme dedicate alla fusione, alla scissione ed alla trasformazione di società in concordato preventivo, contenute nell'art. 116, che per la prima volta mirano a conciliare gli strumenti di tutela del ceto creditorio offerti dalla disciplina di diritto comune, prevista nel Codice Civile, con il peculiare assetto di interessi del medesimo ceto definito dalla disciplina concordataria.

Conviene anticipare che il pur lodevole intento si è tradotto in disposizioni segnate dallo scarso nitore della formulazione letterale, che costringe l'interprete ad un notevole sforzo, anche sistematico, per tentare (forse vanamente) di delineare i tratti di una disciplina che in ogni caso resta di critica ed incerta applicazione, come meglio rileveremo nel prosieguo.

Ai sensi del primo comma dell'art. 116, "se il piano prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice, la validità di queste può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione."

Si rileva, innanzitutto, che la nuova disciplina si applica a fattispecie ben circoscritte, segnatamente alla fusione, alla scissione o alla trasformazione di cui il piano di concordato "prevede il

compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione”, vale a dire solo a quelle operazioni straordinarie che si pongono in rapporto di strumentalità con l’attuazione di un piano concordatario.

Il dato normativo più significativo, ai fini dell’inquadramento generale della medesima disciplina, è contenuto nell’ultimo comma dell’art.116, ai sensi del quale alle operazioni straordinarie definite nel primo comma “trovano applicazione, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel capo X del titolo V del libro V del codice civile”, intitolato “Della trasformazione, della fusione e della scissione”.

La somma delle due disposizioni richiamate sembra consentire un primo ricavo interpretativo: se la disciplina di diritto comune si applica alla fusione, alla scissione e alla trasformazione che, per convenienza terminologica, definiamo “concordatarie” solo in quanto compatibile, ne consegue che le stesse rappresentano, in punto di qualificazione, fattispecie autonome diverse da quelle di diritto comune, perché diverse sono le soluzioni offerte dal diritto della crisi di impresa ai conflitti di interesse che la loro attuazione può generare.

Volendo tuttavia procedere con ordine, e progressivamente, conviene muovere dallo studio della fusione e della scissione, delle quali la nuova disciplina sembra precludere una riconfigurazione inaspettata del procedimento.

2. Prima dell’avvento del Codice della Crisi di Impresa, la strumentalizzazione della fusione o della scissione all’attuazione di un piano concordatario ha costretto ad interrogarsi in merito alle interferenze delle norme concorsuali sulla disciplina di diritto comune del procedimento di fusione o di scissione, sollevando una questione di coordinamento, che, in assenza di norme dedicate, ha impegnato dottrina e giurisprudenza, non sempre consonanti, soprattutto in merito alla legittimazione all’esercizio del diritto di opposizione dei creditori sociali, ai sensi dell’art.2503 c.c..

L’armonizzazione è stata cercata agendo essenzialmente sul piano procedimentale.

In tale prospettiva si è assunto come riferimento il fatto conclusivo del procedimento di fusione o di scissione, rappresentato dalla stipula (e dall’iscrizione presso il registro delle imprese) del relativo atto (momento dal quale si producono gli effetti organizzativi e patrimoniali propri dell’operazione di riorganizzazione) e lo si è rapportato alle diverse fasi in cui si articola la procedura di concordato preventivo, che si conclude con l’omologazione.

Muovendosi lungo tale itinerario ermeneutico, la prassi, soprattutto notarile, ha catalogato tre possibili situazioni: i) posticipazione integrale dell’attuazione dell’operazione straordinaria ad un momento successivo all’omologazione del piano di concordato, di cui rappresenta un atto esecutivo; ii) anticipazione dell’avvio del procedimento di fusione o di scissione, il cui completamento, e, quindi i cui effetti, vengono espressamente condizionati all’omologazione del concordato; iii) completamento del procedimento di fusione o di scissione prima dell’omologazione del concordato preventivo.

Lo sforzo interpretativo ha conseguito risultati sostanzialmente condivisi soprattutto sul piano dei rapporti fra organi della procedura ed organizzazione sociale, ed in ordine alle soluzioni tecniche adottabili per rispettare la disciplina del Codice Civile che presiede alle operazioni in oggetto quando sono coinvolte società in concordato preventivo.

Rimaneva aperta una sola questione, rispetto alla quale dottrina e giurisprudenza si sono attestate su fronti contrapposti: quella della possibilità, o meno, di coordinare l’istituto dell’opposizione dei creditori previsto nell’art. 2503 c.c. con la disciplina concorsuale.

3. I termini della questione sollevata dalla dottrina¹ si possono sintetizzare come segue: il riconoscimento del diritto individuale di proporre opposizione ai sensi dell'art.2503 c.c. anche ai creditori di cui all'art.184 l.fall. risulterebbe incompatibile con il principio maggioritario che, ai sensi dell'art.177 primo comma l.fall., regola il conflitto fra detti creditori sulla convenienza del piano concordatario.

La ragione dell'assunto è intuibile: l'opposizione ex art.2503 c.c. esercitata da un solo creditore alla fusione o alla scissione attuative del piano rimetterebbe in discussione la soluzione negoziata della crisi, e frustrerebbe la scelta normativa di subordinarla alla volontà della maggioranza dei creditori, sotto il controllo del tribunale.

Dunque, secondo la dottrina risultava sistematicamente coerente concludere che, qualora la fusione o la scissione fossero previste come modalità di attuazione del concordato, i creditori di cui all'art.184 l.fall. non potessero avvalersi del rimedio individuale dell'opposizione di cui all'art.2503 c.c., ma dovessero far valere le loro ragioni solo tramite il rimedio endo-concorsuale dell'opposizione di cui all'art.180, secondo comma, l.fall., da considerarsi assorbente di ogni altra forma di tutela.

La medesima logica sistematica conduceva ai coerenti corollari per cui il diritto di opposizione ex art.2503 c.c. restava insopprimibile: i) qualora il procedimento di fusione o di scissione non fosse stato avviato (o anche compiuto) sotto condizione dell'omologazione del concordato; ii) in ogni caso, rispetto ai creditori diversi da quelli selezionati nell'art.184 l.fall., purchè, ovviamente, le loro ragioni di credito fossero sorte anteriormente all'iscrizione del progetto nel registro delle imprese; iii) in ogni caso, rispetto ai creditori delle altre società partecipanti all'operazione, i cui diritti non potevano certamente essere ridotti o compromessi dall'applicazione della disciplina concorsuale.

Di diverso avviso risultava la giurisprudenza², secondo la quale, in assenza di diversa previsione normativa, il diritto di opposizione ex art.2503 c.c. rimaneva a disposizione di ogni creditore, a nulla rilevando, in proposito, la strumentalità dell'operazione di fusione o di scissione all'attuazione di un piano di concordato approvato a maggioranza ai sensi dell'art.177 l.fall..

È palese che l'assunto giurisprudenziale segnava la prevalenza del diritto comune su quello concorsuale.

Di contro la scelta interpretativa della dottrina volgeva, tramite l'armonizzazione sistematica delle discipline, alla conciliazione fra diverse scelte di politica legislativa in ordine alla rilevanza e alla preminenza dei plurimi interessi in gioco.

A tal fine rappresentava presupposto indispensabile per accedere alla diversa valutazione degli interessi in gioco, e, conseguentemente, all'applicazione di una diversa disciplina, che la fusione o la scissione fossero previste in un piano di concordato e, come tali, ad attuazione condizionata o posticipata all'omologazione dello stesso.

Venivano così a delinearsi, seppur in via interpretativa, i tratti di una nuova fattispecie, quella della fusione o della scissione ad esecuzione condizionata o posticipata all'omologazione del concordato preventivo, poiché soggetta all'applicazione di una disciplina peculiare quantomeno sul piano della legittimazione all'esercizio del diritto di opposizione.

¹ F.GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, cit., 87 ss.

² Trib. Prato, 16 luglio – 21 luglio 2014, inedita.

È in tale, non irrilevante, cornice interpretativa ed applicativa che si innesta la disciplina dell'art.116 del Codice della Crisi di Impresa.

4. Come già ricordato, la norma del primo comma dispone che la validità della fusione o della scissione di cui il piano di concordato prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione.

Essa pone all'interprete almeno due questioni:

- a) quali siano i contorni, le caratteristiche delle fattispecie a cui si applica la disciplina in commento;
- b) quale sia il valore concettuale ascrivibile, nella circostanza, al termine "validità" impiegato con riferimento alla fusione ed alla scissione (nonché alla trasformazione).

Muoverei dal secondo tema, la cui soluzione può agevolare anche quella della prima questione.

Contestare la validità della fusione o della scissione significa sostenerne l'invalidità: constatazione che conduce a misurarsi con la disciplina dell'art.2504 quater c.c.³ e con la lettura che di essa ne propone la dottrina⁴.

L'obiettivo di proteggere la stabilità della fusione (e della scissione) perseguito dalla disposizione da ultimo richiamata induce ad ascrivere all'espressione "invalidità" un significato omnicomprendente, tale per cui l'effetto preclusivo previsto dalla norma, conseguente all'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, opera non solo rispetto ad ogni possibile causa di nullità o di annullabilità che affligga l'atto finale o il procedimento, o una deliberazione, ma anche rispetto ad ogni possibile causa di inefficacia, compresa quella derivante dal mancato rispetto dei termini per l'opposizione dei creditori⁵. Si ritiene, inoltre, che fra i soggetti legittimati a pretendere il risarcimento del danno vadano annoverati, in primo luogo, i soci, e, secondariamente, i creditori sociali e i terzi in genere danneggiati dalla fusione⁶. Rispetto ai creditori, si tende ad escludere la legittimazione in capo a coloro che sono stati messi nelle condizioni di avvalersi del rimedio dell'opposizione preventiva⁷.

Il confronto dei riportati risultati interpretativi, generalmente condivisi, con la norma del primo comma dell'art.116 solleva una serie di interrogativi.

Se, a prima vista, sembrerebbe astrattamente possibile riferire al sintagma "contestazione della validità" lo stesso ampio spettro concettuale riconosciuto all'espressione "invalidità" nell'art.2504 quater c.c., la conclusione non risulta convincente per una pluralità di ragioni.

Muovendo dall'assunto per cui l'obiettivo della norma è assicurare la stabilità del concordato, viene da chiedersi, in primo luogo, a che cosa gioverebbe la limitazione ad agire nell'ambito del

³ Norma applicabile alla scissione per effetto del rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art 2506 ter c.c.. Si precisa che le considerazioni svolte, sul piano degli effetti della disciplina, si estendono alla trasformazione, in virtù di quanto disposto nell'art.2500 bis c.c..

⁴ C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G. E. Colombo e G.B. Portale, 7**1, Torino, 2004, 606 e ss.; per tutti, ampiamente anche M.Di SARLI, *sub. art.2504-quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Trasformazione, fusione, scissione*, Milano 2006, 953 e ss.

⁵ C. SANTAGATA, cit., 609; M.Di SARLI, cit., 954-955, per la quale, richiamando altra dottrina, "i creditor che esercitano il diritto di opposizione, infatti, agiscono al fine di conservare nella società post – fusione un'adeguata garanzia patrimoniale, possibilmente almeno pari a quella che la società fusa o incorporata offriva loro. Essi non sono interessati, invece, a che la fusione non si realizzi, sicchè in questa prospettiva la forma di tutela più idonea che può essere loro riconosciuta è quella di tipo risarcitorio offerta proprio dall'art.2504 – quater":

⁶ M.Di SARLI, cit., 963-964; C. SANTAGATA, cit., 665.

⁷ C. SANTAGATA, cit., 667; M.Di SARLI, cit., 964.

procedimento concorsuale ai soli creditori, quando altri soggetti, come visto, potrebbero esercitare la medesima azione volta a far dichiarare l'invalidità: l'obiettivo sarebbe perseguito in misura molto parziale.

Soprattutto, ed in secondo luogo, non si coglie il motivo di preoccupazione verso un effetto - l'invalidità - rispetto al quale già il diritto comune ha fatto una chiara scelta a favore della stabilità dell'operazione di riorganizzazione, tenuto conto che le norme del capo X del Titolo V del Libro V del Codice Civile si applicano in quanto compatibili, e che la disciplina dell'art.2504 quater c.c. (e dell'art.2500 bis c.c.), è certamente compatibile, come reso evidente da quanto disposto nell'art.116 terzo comma (ai sensi del quale "gli effetti delle operazioni di cui al comma 1, in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, sono irreversibili, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi ai sensi degli articoli 2500 - bis, comma secondo, 2504 quater, comma secondo, e 2506 ter, comma quinto, del codice civile.).

In altri termini, rispetto agli effetti dell'invalidità, la stabilità del concordato, a cui tende l'art.116, è già salvaguardata, dalla norma dell'art.2504 quater c.c. (e dell'art.2500 bis c.c.).

Infine, se è pur vero che, in funzione dell'effetto preclusivo disposto dall'art.2504 quater c.c. (e dall'art.2500 bis c.c.), la dottrina riconduce all'espressione "invalidità" impiegata in quest'ultima disposizione anche l'inefficacia, è altresì vero che, in primo luogo, con la stessa ci si intende riferire ai vizi che minano geneticamente la validità, e quindi la stabilità giuridica, di un atto, siano essi riconducibili alla categoria della nullità o a quella dell'annullabilità.

Atteso ciò, e dato atto che la norma del primo comma dell'art.116 si applica anche alla fusione o alla scissione (o alla trasformazione) di cui il piano prevede il compimento "dopo la sua omologazione", è facile notare che non è certamente possibile contestare la nullità o l'annullabilità di atti che non sono stati ancora posti in essere, ma solo programmati.

L'insieme delle considerazioni espone suggerisce di risemantizzare la norma del primo comma dell'art.116, e di circoscrivere, in ragione della *ratio*, la disciplina speciale in essa contenuta a quelle ipotesi di inefficacia che restano fuori dal perimetro applicativo dell'art.2504 quater c.c. (che, come ripetuto, già salva la stabilità della fusione e della scissione)⁸.

Accogliendo tale proposta interpretativa, si ricava che, sebbene in maniera imprecisa, il legislatore abbia così inteso sostituire l'opposizione di cui all'art.2503 c.c. (e quella di cui all'art.2500 novies c.c.), poiché unico istituto che può mettere in crisi l'attuazione della fusione o della scissione per un interesse individuale del creditore.

Così riletta, la norma risulterebbe altresì coerente con il mandato conferito dalla Legge Delega n.155 del 19 ottobre 2017, che all'art.6, secondo comma, comandava di "prevedere che, in caso di operazioni di trasformazione, fusione o scissione poste in essere nel corso della procedura: i) l'opposizione dei creditori possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria"⁹.

5. La proposta lettura restrittiva influisce anche sulla definizione delle fattispecie di fusione e di scissione a cui si applica la disciplina dell'art.116.

⁸ Le medesime considerazioni possono essere estese all'art.2500 bis c.c..

⁹ La lettura proposta risulta consonante con l'interpretazione espressa nella sentenza della Corte di Appello di Roma n.2371/2019 del 27 marzo 2019 secondo la quale l'art. 116 "prevede il trasferimento in sede concorsuale dell'opposizione".

Letteralmente, il tratto caratterizzante sembra rappresentato dalla previsione nel piano concordatario (“Se il piano prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice...”).

In tal senso l’impiego di un termine generico come “compimento”, ed il rapporto cronologico instaurato con l’omologazione, inducono a ipotizzare l’applicabilità generalizzata della disciplina speciale a qualunque fusione o scissione sia posta in relazione strumentale con il piano concordatario, a prescindere dal tempo di sviluppo del relativo procedimento, e quindi a non distinguere fra (i) fusione o scissione integralmente eseguita, ai sensi dell’art.2504 bis c.c., prima dell’omologazione del concordato, (ii) fusione o scissione ad attuazione condizionata all’omologazione del concordato, e (iii) fusione o scissione da “compiere” integralmente dopo l’omologazione del concordato¹⁰.

La tesi massimalista sembra tuttavia contraddetta dalle conclusioni cui si è ritenuto di pervenire in merito al concetto di validità (invalidità) nell’ambito normativo in esame.

Infatti, se la norma è volta a consegnare ai creditori uno strumento alternativo alla sola opposizione ex art.2503 c.c. (ed ex art.2500 novies c.c.), che è necessariamente preventiva rispetto all’efficacia della fusione (e della scissione, o alla trasformazione), ne deriva, in primo luogo, che non può rientrare nel novero di tali fattispecie quella fusione (o scissione, o trasformazione) che è compiuta, cioè completata ai sensi dell’art.2504 ter c.c., prima dell’omologazione, previa autorizzazione dei competenti organi della procedura.

Ne deriva che le fattispecie previste nell’art.116 si riducono a due: (i) fusione o scissione ad attuazione condizionata all’omologazione del concordato e (ii) fusione o scissione da “compiere” integralmente dopo il concordato.

6. La conclusione proposta sembra condurre con sé il seguente, ulteriore, precipitato: l’efficienza del disegno normativo, volto ad assicurare stabilità al piano di concordato, pretende un adeguamento dei procedimenti di fusione o di scissione, e quindi una loro riconfigurazione rispetto a quelli tracciati nel Codice Civile.

La tesi trova la sua base sistematica nell’ultimo comma dello stesso art.116, che considera le operazioni straordinarie strumentali al concordato come fattispecie diverse rispetto a quelle regolate nel Codice Civile, la cui disciplina si applica solo in quanto compatibile.

La declinazione applicativa delle regole può forse agevolare l’illustrazione della proposta interpretativa.

In caso di fusione o di scissione a “compimento” condizionato all’omologazione del concordato, il procedimento descritto negli art.2501 e s.s. c.c. è stato avviato prima o in pendenza dell’ammissione della società alla procedura di concordato, ma l’attuazione della fusione o della scissione è espressamente subordinata all’intervenuta omologazione del concordato preventivo.

Può avvenire che le assemblee delle società partecipanti all’operazione abbiano già approvato il relativo progetto, che menziona espressamente la condizione, e che le relative delibere siano state iscritte nel registro delle imprese.

¹⁰ Nella prospettiva indicata il tempo dell’esecuzione della fusione o della scissione, rappresentata dalla stipula dell’atto finale e dalla conseguente iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell’art.2504 bis c.c. e dell’art.2506 quater c.c., assumerebbe rilevanza solo sotto il profilo delle autorizzazioni che gli amministratori devono ottenere dal Tribunale, e della competenza a pronunciarsi in merito, come già chiarito dalle massime notarili richiamate.

Se si applicasse la disciplina dell'art.2503 c.c., dall'iscrizione delle delibere comincerebbero a decorrere i termini per l'opposizione.

La nuova disciplina del primo comma dell'art.116 in commento modifica tale profilo procedimentale.

Infatti, se l'opposizione alla fusione o alla scissione può essere esercitata solo tramite l'opposizione all'omologazione, i termini per l'esercizio della quale decorrono dalla pubblicazione prevista nel secondo comma del medesimo art.116, ne deriva che l'avvenuta iscrizione delle delibere di approvazione del progetto di fusione o di scissione non riveste più alcuna rilevanza sul piano della decorrenza dei termini stabiliti per l'esercizio delle azioni a tutela del ceto creditorio.

L'avvenuta iscrizione delle delibere produce solo gli effetti previsti nell'art.2436 c.c..

Ne consegue che il termine concesso per esercitare l'azione di tutela, tramite l'opposizione all'omologazione del piano, potrebbe dilatarsi anche in maniera significativa rispetto a quello previsto nell'art.2503 c.c., dipendendo dal dispiegarsi della procedura di concordato preventivo.

7. Molto più discutibile, anche sul piano pratico (della gestione dei conflitti di interesse economici sopravvenuti)¹¹, sembra l'applicazione della disciplina in commento alle fusioni o scissioni da attuarsi integralmente dopo l'omologazione del piano concordatario.

La previsione secondo la quale la "validità" dell'operazione può essere contestata solo con l'opposizione all'omologazione, comporta che l'azione di tutela deve essere esercitata prima che il procedimento di fusione o di scissione abbia inizio, e quindi prima che il relativo progetto sia depositato presso il registro delle imprese.

Nella circostanza si ha a che fare con un programma di fusione o di scissione, non con un progetto inteso ai sensi dell'art.2501 ter c.c..

Il risultato consisterebbe nell'imporre l'opposizione ad una fusione o ad una scissione non ancora avviate, ma solo programmate: si potrebbe parlare di "fusione/scissione ad opposizione anticipata".

Muovendosi in tale direzione, si finisce per assegnare alla pubblicità presso il registro delle imprese del piano di concordato che contempla la fusione o la scissione il compito di selezionare coloro che sono legittimati ad opporsi. A tali effetti la pubblicità del piano di concordato terrebbe luogo dell'iscrizione del progetto di fusione o di scissione: in linea teorica, chiunque concede credito dopo la pubblicità del piano di concordato non può lamentare l'ignoranza della fusione o della scissione da attuare successivamente, in esecuzione del piano stesso.

Poiché il piano concordatario deve essere pubblicizzato almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza di cui all'art.48 del Codice della crisi di impresa, e poiché quest'ultima disposizione impone di depositare l'opposizione almeno dieci giorni prima di quello fissato per

¹¹ F. GUERRERA, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni di società in crisi*, in *Riv. Dir. Fall.*, 2018, 1095, segnala che "problemi "attuativi" della riorganizzazione concordataria possono derivare, poi, dalla tempistica del procedimento e dai mutamenti delle situazioni economico – patrimoniale- finanziaria di riferimento della società (soprattutto nel concordato cd "con continuità aziendale") in relazione alle condizioni previste per l'operazione": ne emerge, con tutta evidenza, la criticità di scelte normative che elevino sbarramenti significativamente anticipati, rispetto alla data di attuazione dell'operazione, all'esercizio di strumenti di tutela di diritto comune, generando un vuoto di protezione di fronte al mutamento delle situazioni di fatto esistenti al momento nel quale era ancora legittimo azionare i mezzi di tutela.

l'udienza, ne consegue che nella fattispecie i creditori legittimati avrebbero venti giorni di tempo effettivi per proporre opposizione alla fusione o alla scissione¹².

Infine, se l'opposizione è anticipata rispetto alla stessa pubblicità del progetto di fusione o di scissione, se ne può trarre il corollario per cui, una volta che le assemblee di tutte le società partecipanti hanno approvato il progetto ai sensi dell'art.2502 c.c., è possibile stipulare immediatamente l'atto di fusione o di scissione, atteso che la dilazione di sessanta giorni prevista nell'art.2503 c.c. (ridotta a trenta giorni ai sensi dell'art.2505 quater c.c.) è strumentale all'esercizio del diritto di opposizione dei creditori, diritto che, come supposto, si è esaurito in precedenza.

8. La formulazione della disposizione in commento solleva dubbi anche in merito all'identificazione dei creditori che costretti a ricorrere al rimedio endoconcorsuale dell'opposizione all'omologazione e privati della facoltà di avvalersi dell'ordinario procedimento contenzioso previsto nell'art.2503 c.c..

Certamente le norme si rivolgono ai creditori della società debitrice anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso alla procedura (art.117 primo comma, Codice della crisi di impresa).

Viene da chiedersi se la cerchia dei creditori destinatari della disciplina in questione sia più ampia.

In merito, potrebbe assumersi che la *ratio* della disciplina sia da ravvisare nella volontà di ricondurre ogni possibile contestazione capace di impedire l'attuazione della fusione o sulla scissione (o sulla trasformazione) nell'ambito del procedimento concordatario, facendola confluire in quella fase nella quale qualunque interessato può lamentare un pregiudizio, ovvero l'udienza in camera di consiglio fissata per l'omologazione del concordato ai sensi dell'art.48 del Codice della crisi di impresa.

Dal punto di vista letterale, il dubbio è alimentato dalla constatazione che il secondo comma della disposizione in commento impone al tribunale di ordinare, nel provvedimento di fissazione dell'udienza di cui all'art.48, che il piano di concordato che contempla la fusione o la scissione sia pubblicato nel registro delle imprese del luogo "ove hanno sede le società interessate dalle operazioni di fusione o scissione", quindi tutte le società interessate dall'operazione straordinaria, e non solo presso il registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società in concordato, come prescrive l'art.48 primo comma (a mente del quale il provvedimento che fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti "è iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta.")

La scelta normativa induce a chiedersi quale sia la ragione, ed il valore, della pubblicità del piano, e, per tramite di esso, della pubblicità della fusione o della scissione strumentali alla sua attuazione, entro un termine fisso anteriore all'udienza fissata ai sensi dell'art.48 del medesimo Codice della Crisi, anche presso il registro delle imprese di società diverse da quella soggetta a procedura concorsuale.

¹² Da segnalare, in ottica sistematica, che l'abbreviazione legale dei termini di opposizione non è ignota all'ordinamento, che già vi fa ricorso, per esempio, nell'art.57 del D.lgs. 1 settembre 1993 n.385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia): a dimostrazione che già in altre situazioni il legislatore ha inteso privilegiare interessi diversi da quelli dei creditori, tramite discipline speciali, come quella in commento.

Nel sistema delle impugnative e delle opposizioni, compresa quella prevista nell'art.2503 c.c., la pubblicità assolve al compito di far decorrere il termine per esercitare l'azione, e, talora, di selezionare i soggetti legittimati (come accade nel procedimento di fusione o di scissione con riferimento alla pubblicità del progetto).

Il collegamento fra il generico riferimento ai "creditori", contenuto nel primo comma della disposizione in commento, e l'estensione dell'obbligo pubblicitario a tutte le società coinvolte nell'operazione, previsto nel secondo comma, sembra suggerire il seguente ricavo interpretativo: i creditori privati del diritto di opposizione ex art.2503 c.c. *sono tutti i creditori di tutte le società coinvolte nella fusione o nella scissione prevista dal piano di concordato e da attuarsi, strumentalmente, durante la procedura di concordato o dopo la sua omologazione.*

Se così intesa, la scelta legislativa assicurerebbe un'inedita stabilità al piano di concordato, sottraendo la sua riuscita alle incognite dell'opposizione di creditori estranei alla procedura.

Il risultato sarebbe conseguito mediante lo strumento della pubblicità del piano suddetto presso il registro imprese di ogni società, che diverrebbe sostitutivo della pubblicità della delibera di approvazione del progetto di fusione e di scissione (e anche della pubblicità del progetto per le operazioni da compiersi dopo l'omologazione), e tramite l'imposizione dell'onere di agire¹³ a creditori non qualificati rispetto alla procedura concorsuale, ma definiti solo tramite il loro coinvolgimento nelle operazioni societarie (ed in quanto tali pur sempre "interessati" ai sensi dell'art.48 del Codice della crisi di impresa).

Vero è che la soluzione interpretativa, se accettata, finirebbe per segnare, almeno rispetto ai creditori, la prevalenza assoluta delle tutele e dei rimedi concorsuali su quelli societari: conclusione accettabile dal punto di vista dei creditori concordatari, forse ingiustificatamente penalizzante per quelli delle altre società che partecipano all'operazione¹⁴.

Di qui forse l'opportunità di virare (a prescindere dal dato letterale) verso una lettura meno radicale di quella sopra ipotizzata, concludendo che la preclusione ad esercitare l'opposizione ex art.2503 c.c. opera solo verso i creditori della società in concordato, ma non verso i creditori delle altre società, rispetto ai quali la pubblicità del piano ha valore di mera pubblicità notizia per consentire loro, se lo ritengono, di opporsi all'omologazione, in quanto interessati, senza perdere tuttavia le prerogative di diritto comune, nel rispetto di quanto previsto anche dalle norme degli artt. 99 e 146 della Direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017, ed in consonanza con l'attenzione per le ragioni dei creditori sociali dimostrata dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 30 gennaio 2020 (causa C-394/18), con la quale ha legittimato il ricorso alla revocatoria ordinaria ex art.2901 c.c. in caso di scissione.

9. Di ben più complessa decodificazione risulta l'assimilazione della trasformazione alla fusione ed alla scissione quali fattispecie di riferimento a cui applicare una disciplina comune: scelta normativamente inedita che viene a regolare una vicenda sulla quale né la dottrina, né la giurisprudenza, né la prassi, anche notarile¹⁵, avevano avvertito l'esigenza di un confronto.

Infatti, la trasformazione della società in concordato preventivo non ha mai sollevato problemi di tutela dei creditori, o portato in evidenza questioni di possibile conflittualità fra gli stessi, per almeno due motivi.

¹³ Vale a dire a contestare "la validità" della fusione e della scissione durante l'udienza di opposizione all'omologa del concordato.

¹⁴ Sul punto, F. GUERRERA, *cit.*, p.1089.

¹⁵ MASSIMA N. 34 – *Concordato preventivo e trasformazione di società* – dell'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato.

In primo luogo, la disciplina del Codice Civile garantisce loro, quantomeno, la conservazione delle garanzie patrimoniali anteriori al mutamento organizzativo (art.2500 quinquies c.c.) ed esclude così la possibilità di effetti pregiudizievoli, tranne che in caso di trasformazione eterogenea, rispetto alla quale i creditori sono dotati di un diritto di opposizione (art.2500 novies c.c.) analogo a quello previsto in caso di fusione (o di scissione).

In secondo luogo, l'art.2499 c.c. prevede che "può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa": la norma sottopone quindi l'attuazione del mutamento organizzativo ad una valutazione preventiva degli organi della procedura concorsuale in ordine alla sua convenienza ed alla sua coerenza con la procedura medesima¹⁶.

Sorprende pertanto che il legislatore si sia preoccupato di intervenire in termini così generici rispetto ad una fattispecie che non aveva sollevato alcun problema sostanziale, nemmeno in chiave interpretativa.

Stante la disciplina vigente del Codice Civile, la genericità del riferimento alla trasformazione *tout court*, non predicata di alcuna qualificazione, solleva il dilemma se ogni trasformazione, in quanto strumentale all'attuazione del concordato, possa essere "opposta" dai creditori, a prescindere dalla sua qualificazione come omogenea o eterogenea.

Non sembra chiaro quale vantaggio sostanziale ottengano i creditori concorsuali dalla preventiva sospensione di efficacia di tutte le fattispecie di trasformazione concorsuale, a prescindere dal modello organizzativo di arrivo rispetto a quello di partenza; in altri termini, da una generalizzata applicazione della disciplina prevista nell'art.2500 novies c.c., pur in presenza della disposizione dell'art.2499 c.c..

Riproponendo gli schemi logici di cui ci si è avvalsi per la fusione e per la scissione, si nota che se la trasformazione fosse condizionata all'omologazione del concordato, o fosse successiva all'omologazione del piano (come previsto nell'art.116 primo comma), il creditore potrebbe lamentare – provandolo - il pregiudizio che l'operazione di riorganizzazione gli cagiona contestando la fattibilità del piano; per tale via, se vittorioso, impedirebbe l'attuazione della trasformazione. Il problema che la norma mira a risolvere potrebbe manifestarsi solo in caso di trasformazione eterogenea, in virtù di quanto disposto dall'art.2500 novies c.c..

Il diritto di opposizione ai sensi dell'art.2500 novies c.c. ripropone infatti gli stessi problemi di coordinamento fra diritto concorsuale e diritto comune già rilevati con riferimento al diritto di opposizione previsto nell'art.2503 c.c.: a uguale problema la norma in commento offre uguale soluzione, coerentemente.

Pare pertanto che sia necessariamente prospettabile solo una lettura riduttiva della fattispecie "trasformazione" a cui si applica, per quanto compatibile, la disciplina dell'art.116 in commento, trasformazione che deve essere eterogenea (con riferimento a quanto disposto nel secondo comma dell'articolo in commento, è facile notare che vi è una sola società interessata all'operazione, ovvero quella in concordato).

Marco Maltoni

¹⁶ Ampiamente sul punto C. MOSCAI, *sub. art.2499*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Trasformazione, fusione, scissione*, Milano 2006, 29 e ss.