



TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

SEZIONE III CIVILE

in funzione di

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^

Il Tribunale, in composizione collegiale, composto da:

Dott. Stefano Cardinali	Presidente
Dott.ssa Margherita Libri	Giudice
Dott.ssa Cecilia Bernardo	Giudice relatore

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento per reclamo avverso l'ordinanza del Tribunale di Roma emessa nel procedimento cautelare in corso di causa iscritto al n. RG 80574-1/2016, proposto da

BIC LAZIO Spa.

Con l'avv. Giammarco Navarra

RECLAMANTE

CONTRO

SORRENTI Giuseppe

Con l'avv. Andrea Battaglia

SEMP Srl.

Con gli avv.ti Cristiana Carcelli e Chiara Lembi

RESISTENTI

premessso in fatto:



-Con atto di citazione, ritualmente notificato, Sorrenti Giuseppe –premessò di essere creditore della società Bic Lazio spa. per l'espletamento di un incarico di consulenza- proponeva opposizione ex art. 2503 c.c. alla operazione di fusione per incorporazione della Bic Lazio spa. nella società Lazio Innova spa., deducendo la sussistenza di un pericolo di grave pregiudizio per le sue ragioni creditorie;

-Instaurato il contraddittorio, si costituiva la Bic Lazio spa., la quale chiedeva il rigetto della opposizione, stante l'insussistenza del credito vantato dal Sorrenti e la insussistenza del lamentato pregiudizio. Interveneva volontariamente nel giudizio anche la Semp srl., la quale aderiva all'opposizione proposta asserendo di essere anch'essa titolare di un credito nei confronti della Bic Lazio spa.;

-nell'ambito del suindicato giudizio di merito, con istanza ex art. 2503, ultimo comma c.c. (e in subordine ex artt. 687 e 700 c.p.c.), la Bic Lazio spa. chiedeva, in via di cautela, l'autorizzazione a procedere alla fusione, attesa la infondatezza della opposizione e che l'operazione predetta derivava da un obbligo stabilito dalle Leggi regionali n. 4/2013 e n. 10/2013;

-nessuno si costituiva nel subprocedimento ed il giudice, con provvedimento del 3.3.2017, dichiarava inammissibile l'istanza cautelare proposta dalla Bic Lazio spa., ritenendo che la stessa dovesse essere proposta in sede di volontaria giurisdizione;

^^^^^^

-avverso tale ordinanza, proponeva reclamo ex art. 669terdecies c.p.c. la società Bic Lazio spa., sostenendo la erroneità delle valutazioni operate dal giudice monocratico e deducendo, in particolare, che:

-ad oggi era pacifico che l'opposizione alla fusione ai sensi dell'art. 2503 c.c. doveva proporsi in via giudiziale, nelle forme del giudizio ordinario di cognizione;

-di conseguenza, l'istanza di autorizzazione alla fusione, formulata dalla società convenuta, per la sua natura squisitamente cautelare, doveva essere proposta all'interno del giudizio ordinario incardinato dal creditore opponente, non potendo scindersi (e non solo per ragioni di economia processuale) la domanda cautelare con la causa pendente per il merito;

-del resto, l'istanza in questione si poneva in rapporto di stretta strumentalità con il giudizio di opposizione proposto dal creditore, anticipando il contenuto della sentenza definitiva;

-solo in caso di proposizione della opposizione in via stragiudiziale, la conseguente istanza di autorizzazione poteva essere formulata dalla società in sede di volontaria giurisdizione.

-Premesso ciò, la reclamante chiedeva riformarsi l'ordinanza reclamata, autorizzando la fusione tra le società Bic Lazio spa. e Lazio Innova spa.



^^^^^^

-si costituivano nella presente fase Sorrenti Giuseppe e la Semp srl., i quali chiedevano il rigetto del reclamo, ritenendo corrette le valutazioni sostenute dal giudice della prima fase.

osserva in diritto:

1 – Il reclamo proposto dalla Bic Lazio spa. è infondato e non può trovare accoglimento.

Ed invero, giova preliminarmente osservare che –ai sensi dell'art. 2503 c.c.- la fusione può essere attuata solo dopo che siano trascorsi sessanta giorni dall'ultima iscrizione nel registro delle imprese delle delibere di fusione assunte dalle società partecipanti all'operazione. Entro il suddetto termine, coloro che risultano essere creditori in epoca anteriore alle predette iscrizioni possono fare opposizione e, in tal caso, trova applicazione l'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. Tale disposizione stabilisce che il tribunale -quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori della società oppure la società abbia prestato idonea garanzia- dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.

L'art. 2503 c.c. stabilisce, inoltre, che l'opposizione non può essere proposta e si può dare attuazione anticipata alla decisione di fusione rispetto al termine di sessanta giorni, quando ricorrano, congiuntamente o alternativamente, le seguenti condizioni: a) il consenso dei creditori anteriori all'iscrizione prevista nel terzo comma dell'art. 2501 ter, c.c.; b) il pagamento dei creditori che non hanno dato il loro consenso; c) il deposito presso una banca delle somme corrispondenti all'entità dei crediti; d) la dichiarazione da parte di un'unica società di revisione, la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori.

Sicchè, l'opposizione, prevista dal diritto societario anche in altre fattispecie -come in caso di trasformazione (art. 2500 novies c.c.), di proroga della società (art. 2307 c.c.), di revoca dello stato di liquidazione (art. 2487 ter, comma 2, c.c.) e di costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447 quater, comma 2, c.c.)- consente ai creditori, e quindi a soggetti estranei alla compagine sociale, di intervenire su determinati atti della società, in via preventiva, al fine di evitare che l'atto produca effetti nei loro confronti.

L'art. 2503 c.c., tuttavia, si limita a stabilire sinteticamente che i creditori possono "*fare opposizione*" alla delibera di fusione, senza però nulla specificare in ordine alle modalità di proposizione di tale iniziativa.

Parimenti, il legislatore nulla ha indicato in ordine alla natura ed alle modalità di proposizione dell'istanza di autorizzazione, che la società opposta può azionare al fine di procedere all'esecuzione della delibera di fusione in costanza dell'opposizione del creditore.

Al fine di colmare tale vuoto normativo, gli interpreti sono giunti a conclusioni divergenti, sia con riferimento alla opposizione del creditore, sia con riferimento alla istanza di autorizzazione della società.

^^^^^^



2 - In particolare, con riferimento alla natura ed alle modalità di proposizione dell'opposizione da parte dei creditori sociali, si sono contrapposti due orientamenti, che rispettivamente ne affermano la natura giudiziale o stragiudiziale.

L'opinione maggioritaria propende per la natura giudiziale e contenziosa dell'opposizione, diretta ad accertare l'eventuale insufficienza del patrimonio della società debitrice con l'obiettivo di salvaguardarne l'integrità - a garanzia del credito vantato - dal pericolo di pregiudizio derivante dalla esecuzione della delibera di fusione e dalla conseguente confusione dei patrimoni. Sempre nell'ambito della natura contenziosa del procedimento, alcuni hanno equiparato l'opposizione all'impugnazione delle delibere assembleari di cui all'art. 2377 c.c. e della conseguente applicazione del procedimento di cui al successivo art. 2378 c.c.. Altre opzioni interpretative, invece, ne hanno sostenuto la natura stragiudiziale, facendo leva essenzialmente su due argomenti, ossia: a) il principio della libertà delle forme degli atti non derogato dall'art. 2503, comma 2, c.c.; b) la funzione assolta dall'opposizione a tutela dell'interesse del creditore sociale, che renderebbe eccessivamente gravoso accollare a quest'ultimo l'onere di incardinare un giudizio di merito.

Speculari problemi interpretativi si sono registrati con riferimento alla natura ed alle modalità di proposizione dell'istanza di autorizzazione, che la società opposta può azionare al fine di procedere all'esecuzione della delibera di fusione in costanza dell'opposizione del creditore.

Ed infatti, secondo un primo orientamento, la autorizzazione rilasciata dal tribunale avrebbe natura cautelare, poiché tesa a contemperare gli opposti interessi in gioco (quello del creditore sociale a soddisfare il proprio credito e quello della società a dare immediata attuazione alla delibera), ed anticipatoria, anticipando gli effetti della successiva sentenza sull'opposizione, e quindi incidentale. In particolare, secondo tale orientamento, la natura contenziosa-cautelare del procedimento in oggetto sarebbe ricavabile dalla natura altrettanto contenziosa dell'opposizione. Sicchè, sull'istanza di autorizzazione alla fusione dovrebbe pronunciarsi lo stesso giudice dell'opposizione, con provvedimento incidentale, avente la forma di ordinanza e natura cautelare e potendo disporre anche la prestazione di idonea garanzia.

Per contro, secondo altro orientamento, il procedimento di autorizzazione rientrerebbe nell'alveo della giurisdizione volontaria, dovendo quindi essere proposto con apposito ricorso, in quanto non diretto a decidere su diritti soggettivi ma a contemperare i contrapposti interessi delle parti, attraverso la prestazione di idonea garanzia. In particolare, tale orientamento (formatosi invero sulla base della originaria formulazione dell'art. 2503 c.c., che subordinava il potere del tribunale di disporre l'esecuzione della fusione in pendenza dell'opposizione alla sola "idonea garanzia" prestata dalla società opposta), pone l'accento sulla natura autonoma (anziché incidentale) del procedimento *de quo*, avente funzione non di accertamento sommario della fondatezza dell'opposizione e di anticipazione dei suoi effetti, ma di mero controllo della congruità della garanzia offerta dal debitore.

Tuttavia, tale orientamento è stato criticato a seguito della intervenuta riforma dell'art. 2445 c.c., in base al quale il Tribunale può disporre che l'operazione di fusione abbia luogo nonostante l'opposizione non solo in presenza di idonea garanzia prestata dalla società, ma anche qualora ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori.



Il problema sembrava superato con l'introduzione dell'art. 33, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che applicava la disciplina dei procedimenti in camera di consiglio nei confronti di più parti alle "istanze di cui agli artt. 2445, comma 4, e 2503, comma 2". Come noto, tuttavia, l'art. 54 della L. 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato le norme sui procedimenti in camera di consiglio nel processo societario; cosicché le questioni sulla natura del procedimento autorizzativo della fusione si sono riproposte.

^^^^^^

3 – Così ricostruiti i vari orientamenti in ordine agli istituti in esame, appare innanzitutto opportuno precisare che questo Tribunale –pur condividendo la tesi maggioritaria secondo cui l'opposizione alla fusione abbia natura giudiziale e contenziosa- non ritiene che da ciò possa farsi automaticamente discendere la natura cautelare dell'istanza di autorizzazione proposta dalla società opposta in pendenza di opposizione.

E' ben vero, infatti, che lo scopo dell'opposizione sia quello di evitare che la garanzia rappresentata dal patrimonio della società debitrice prima della fusione subisca una menomazione. Appare condivisibile l'affermazione secondo cui l'opposizione alla fusione rientra nella più ampia categoria dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c. ed è volta ad impedire l'esecuzione di un atto dispositivo che potrebbe rivelarsi pregiudizievole per le pretese creditorie.

Ed è altrettanto vero che tale mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale generica vada esercitato giudizialmente, al fine di accertare se il patrimonio risultante dalla fusione sia idoneo a garantire i diritti di credito dell'opponente in eguale misura a quella assicurata dalla situazione ante fusione.

Tuttavia, appare altresì opportuno sottolineare quali sono gli effetti della proposizione di tale opposizione. In particolare – come affermato anche in giurisprudenza – la proposizione dell'opposizione produce *ex lege* ed *erga omnes* effetti sospensivi dell'efficacia della decisione di fusione. Soluzione che si ricava in particolare da due dati normativi: dall'art. 2503 c.c., che rinvia al disposto dell'art. 2445, comma 4, e che permette al tribunale di disporre che la fusione abbia luogo nonostante l'opposizione; dall'art. 2629 c.c. che prevede l'applicazione di sanzioni penali agli amministratori che procedono all'esecuzione della fusione in pregiudizio dei creditori. In particolare, il mancato espresso richiamo, in materia di fusione, al terzo comma dell'art. 2445 – secondo il quale la deliberazione può essere eseguita (non solo) soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, (ma anche) purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione – non sembra poter giustificare l'opinione secondo la quale la delibera di fusione, a differenza di quella di riduzione del capitale, possa essere eseguita anche in pendenza del giudizio di opposizione, atteso che il richiamo al quarto comma dello stesso art. 2455 – secondo il quale il 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 – deve essere interpretato nel senso di affermare *a contrario* il principio secondo il quale anche la delibera di fusione, in pendenza di opposizione, può essere eseguita solo se autorizzata dal tribunale.

L'opposizione, quindi, blocca in via preventiva e paralizza automaticamente il procedimento di fusione. Con tale strumento, invero, un terzo estraneo alla società può comprimere la sfera di iniziativa economica del suo debitore, impedendo il compimento di un atto di autonomia privata e incidendo, quindi, per volontà della legge sul diritto soggettivo della società a procedere alla fusione, indipendentemente dalla fondatezza delle sue ragioni, fin tanto che tale ostacolo non sia rimosso dal provvedimento del tribunale.

Orbene, prima del codice del 1942, l'esercizio dell'opposizione impediva che la fusione avesse luogo prima del passaggio in giudicato della sentenza di rigetto dell'opposizione. La società, dunque, era costretta a subire il blocco della propria capacità di riorganizzarsi di fronte ad iniziative, magari temerarie, da parte dei creditori.

Di conseguenza, al fine di contemperare l'interesse del creditore opponente, alla conservazione della garanzia patrimoniale, con quello delle società partecipanti alla fusione, a completare in tempi certi e rapidi l'operazione di fusione - garantendo certezza giuridica ai rapporti che ne discendono - il legislatore ha previsto che l'autorità giudiziaria possa autorizzare l'esecuzione della fusione, anche in pendenza di opposizione.

In particolare, nella originaria formulazione codicistica, il tribunale poteva autorizzare l'esecuzione della fusione nonostante l'opposizione, previa prestazione di idonea garanzia da parte della società. Con la riforma societaria del 2003 si è permesso al tribunale di autorizzare la fusione anche nel caso in cui ciò non cagioni pregiudizio per i creditori.

^^^^^^

4 – Ebbene, tenuto conto degli effetti connessi alla proposizione dell'opposizione in esame ed alla natura della operazione di fusione, deve ritenersi che l'autorizzazione prevista dall'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. sia un provvedimento destinato semplicemente a rimuovere un ostacolo al compimento di un atto di autonomia privata, estraneo all'ambito dell'accertamento in via cautelare e anticipatoria di diritti soggettivi della società o del creditore opponente.

Di regola, infatti, i soggetti giuridici possono compiere atti relativi al proprio patrimonio senza necessità di autorizzazioni preventive, salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge.

Nel caso delle operazioni straordinarie di fusione –alla luce delle implicazioni ad esse conseguenti- il legislatore prevede tutta una serie di condizioni (alcune a contenuto positivo ed altre a contenuto negativo), in presenza delle quali l'operazione può essere eseguita. La prima condizione è che siano decorsi sessanta giorni dalla iscrizione della delibera di fusione nel Registro delle Imprese e che non sia stata proposta opposizione da parte di creditori sociali anteriori. Poi, sono previste altre condizioni (come il consenso dei creditori all'iscrizione; il pagamento dei creditori che non hanno dato il loro consenso; il deposito presso una banca delle somme corrispondenti all'entità dei crediti; la dichiarazione da parte di un'unica società di revisione, la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori), in presenza delle quali la società può procedere alla fusione anche prima del decorso del termine di sessanta giorni.



Sicchè, la proposizione dell'opposizione del creditore rappresenta uno degli ostacoli alla esecuzione della fusione, che può tuttavia essere rimosso ottenendo l'autorizzazione del Tribunale: provvedimento che consente di superare l'effetto sospensivo determinato dalla proposizione della opposizione.

Acclarato ciò, non appaiono ravvisabili profili di natura cautelare nella suddetta autorizzazione, ancorchè l'opposizione sia stata proposta in via giudiziale.

Del resto, anche esaminando la formulazione letterale della norma, l'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. stabilisce che il Tribunale dispone che *l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione*, senza fare alcun riferimento ad una eventuale provvisorietà degli effetti, che invece è caratteristica tipica dei provvedimenti cautelari. Provvisorietà, peraltro, che mal si concilierebbe con la irretrattabilità degli effetti della fusione, una volta eseguite le iscrizioni, prevista dall'art. 2504*quater* c.c.

In secondo luogo, la norma citata attribuisce al tribunale e non al giudice istruttore (ossia, non necessariamente in via incidentale nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere autorizzativo *de quo*.

Inoltre, la prestazione della "idonea garanzia" vincola il tribunale ad autorizzare l'immediata esecuzione della delibera, la quale produrrà i suoi effetti *erga omnes* in via definitiva e in maniera verosimilmente irreversibile, e ciò prescindendo da ogni valutazione giudiziale in ordine alla sussistenza del *fumus boni iuris* della opposizione proposta dal creditore e del *periculum in mora* dallo stesso paventato.

E' evidente, inoltre, che la natura della autorizzazione rilasciata dal Tribunale al sensi della norma in esame non può ritenersi mutata per il solo fatto che siano state abrogate le norme sui procedimenti in camera di consiglio nel processo societario; ovvero a seguito della introdotta possibilità di autorizzare la fusione quando non vi sia pericolo di pregiudizio per i creditori. Infatti, la valutazione di quest'ultimo requisito è legata sempre al mero controllo della congruità del patrimonio offerto dalla società debitrice (tenendo conto della situazione *ante* e *post* fusione): controllo che può ben essere effettuato in un procedimento autonomo ed a prescindere dalla valutazione della sussistenza del credito fatto valere dall'opponente e dalla fondatezza dell'opposizione dallo stesso proposta. Del resto, la norma parla di pericolo di pregiudizio *per i creditori*, non riferendosi specificamente al creditore che ha proposto opposizione. Anche sotto tale aspetto, pertanto, il procedimento in esame appare differire da quello cautelare, caratterizzato come noto dal rapporto di stretta strumentalità rispetto dal giudizio di merito.

Di conseguenza, sulla base di tutte le suesposte considerazioni, il reclamo proposto dalla Bic Lazio spa. va rigettato, apparendo condivisibile la decisione del giudice della prima fase.

Le spese del presente procedimento vanno rimesse al giudizio di merito, trattandosi di subprocedimento promosso in corso di causa.

P.Q.M.

1) RIGETTA il reclamo proposto dalla BIC LAZIO Spa.;



2) rimette al giudizio di merito la decisione sulle spese del procedimento.

Si comunichi.

Così deciso nella camera di consiglio dell'11/7/17.

Il Presidente

Dr. Stefano Cardinali