

Fiorano Modenese, lì 18 ottobre 2006.

Spett.le

Fondazione OIC

Via Poli, 29 - 00187 Roma

e-mail: **oic@fondazioneoic.it**

Oggetto: **“OIC 4 - FUSIONE E SCISSIONE - BOZZA PER COMMENTI”**.

Sono ad inviare, con la presente, anche se in ritardo rispetto al termine indicato, alcune note ed osservazioni in ordine ai primi tre capitoli della parte prima del documento in oggetto, delle quali vorrete eventualmente tener conto in sede di stesura del documento definitivo. Preciso che nelle modifiche proposte, il testo aggiunto è in colore azzurro ed i caratteri sono sottolineati, il testo eliminato è in colore rosso ed i caratteri sono barrati.

PARTE I: LA FUSIONE

§ 1. “NOZIONE, NATURA ED EFFETTI DELLA FUSIONE”

A pag. 2, si legge:

*«...oppure nella fusione propria, un nuovo complesso **produttivo**, creato dalla compenetrazione dei patrimoni delle società coinvolte...»*

il termine “produttivo” può essere, a parere di chi scrive, limitativo ed andrebbe eliminato dato che la fusione non è solamente idonea a combinare tra di loro realtà esclusivamente “produttive”;

e poi, ancora, a proposito delle fusioni assimilabili ad operazioni di compravendita:

*«...In questa ipotesi, nasce un negoziato incentrato sui valori economici **delle aziende che partecipano all’operazione** e, dunque, sul rapporto di cambio che può essere attribuito alle azioni o quote delle società che con la fusione vengono acquisite. ...»*

pur essendo chiaro il senso di quanto affermato, un maggior rigore terminologico renderebbe opportuno modificare la frase come segue:

*«...In questa ipotesi, nasce un negoziato incentrato sui valori economici **dei** complessi aziendali **che appartengono alle società che partecipano all’operazione** e, dunque, sul rapporto di cambio*

che può essere attribuito alle azioni o quote delle società che con la fusione vengono acquisite. ...».

A pag. 3, si legge inoltre:

*«...c) un'unione fra **aziende** di dimensioni e valori economici sostanzialmente uguali, ...»*

sempre per quanto sopra, si suggerisce di modificare così il punto:

*«...c) un'unione fra società aventi **aziende** di dimensioni e valori economici sostanzialmente uguali, ...».*

A pag. 4, nel terzo punto riepilogativo degli effetti giuridici della fusione, si legge:

*«...c) ... L'equivalenza economica è misurata dal "rapporto di cambio", il quale è definito come **il prezzo delle azioni o quote delle società estinte in termini di azioni o quote della società incorporante o risultante dalla fusione.** ...»*

preso atto che la tematica relativa alla determinazione del rapporto di cambio non rientra tra quelle oggetto del documento in oggetto, si ritiene che una più chiara esposizione del concetto di equivalenza economica non possa che essere data da una diversa definizione di rapporto di cambio (si vedano i più diffusi manuali in materia), come ad esempio quella che viene di seguito "inserita" nel punto in argomento:

«...c) ... L'equivalenza economica è misurata dal "rapporto di cambio" (chiamato anche "rapporto di scambio" o più semplicemente "concambio"), che definisce la quantità di azioni o quote della società incorporante o risultante dalla fusione che deve essere consegnata ai soci delle società estinte in contropartita delle loro azioni o quote che saranno annullate in seguito alla fusione e che viene determinato sulla base dei valori effettivi attribuiti alle società coinvolte~~il quale è definito come il prezzo delle azioni o quote delle società estinte in termini di azioni o quote della società incorporante o risultante dalla fusione.~~ ...»

§ 2. "TIPOLOGIE DI FUSIONE"

La definizione data a pag. 5 delle operazioni cd. "leveraged" (art. 2501 bis C.C.) non appare precisa nel momento in cui si afferma che tali operazioni nella loro forma più semplice prevedono «... *tale operazione, nella forma più semplice prevede la **costituzione da parte dell'incorporante di una nuova entità** la quale, con i mezzi finanziari ottenuti **concedendo in garanzia i beni** della società incorporanda, procede all'acquisto della stessa ed alla successiva fusione per incorporazione.*». Non è, infatti, la società designata quale incorporante che provvede alla costituzione di una nuova entità (che sarà poi, a sua volta, incorporante della società acquisita con l'indebitamento), ma è l'incorporante stessa la nuova entità che viene costituita al fine di acquisire il controllo della società "obiettivo", al fine della sua successiva incorporazione. Anche il passaggio sulla garanzia costituita dal patrimonio (in generale e non da singoli beni) della società acquisita/incorporanda non appare del tutto precisa, soprattutto in quanto così espressa in evidente contrasto le previsioni di cui agli artt. 2358 e 2474 del Codice Civile. Tale definizione potrebbe essere sistemata come segue:

*«... tale operazione, nella forma più semplice prevede la **costituzione ~~da parte dell'incorporante di una nuova entità~~ società (destinata a fungere poi da incorporante)** la quale, con i mezzi finanziari ottenuti sulla base della generica garanzia costituita dal valore del patrimonio~~concedendo in garanzia i beni~~ della società incorporanda, procede all'acquisto della stessa ed alla sua successiva fusione per incorporazione.».*

L'ultima distinzione effettuata nel paragrafo che, con riguardo al tipo di società partecipanti, definisce come “fusioni omogenee” quelle tra società di persone oppure tra società di capitali e “fusioni eterogenee” quelle tra società di persone e società di capitali, in relazione alla “nuova” terminologia introdotta con riferimento alle trasformazioni societarie può essere fuorviante.

Come noto, la cd. “riforma del diritto societario” (D.Lgs. n. 6/2003 e successive modificazioni ed integrazioni) ha introdotto nell'ordinamento le “trasformazioni eterogenee” da società di capitali (in consorzi, società consortili, cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni) e le “trasformazioni eterogenee” in società di capitali (da consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni nonché – ai sensi dell'art. 2545-decies C.C. – per le società cooperative a mutualità non prevalente).

Prima di tale introduzione, la dottrina era solita definire come trasformazioni “eterogenee” quelle da società di persone in società di capitali e viceversa e come trasformazioni “omogenee” quelle nell'ambito delle società di persone o delle società di capitali.

In base alla “nuova” (diversa) definizione adottata dal legislatore, essendo che per trasformazioni “eterogenee” si devono intendere quelle come sopra definite da ed in società di capitali, le trasformazioni nell'ambito delle diverse forme societarie “lucrative” sia di persone che di capitali, vengono ora generalmente definite come “omogenee”, parlandosi spesso di trasformazioni “progressive” per quelle che prevedono la modifica della forma di una società di persone in società di capitali, di trasformazioni “regressive” nel caso contrario e di trasformazioni nell'ambito delle società di persone o delle società di capitali per quelle che non prevedono il “passaggio” da un gruppo all'altro.

Per quanto sopra, data la definizione accolta dal legislatore, anche per le fusioni, per uniformità terminologica, si dovrebbe accogliere una distinzione tra operazioni “omogenee” ed “eterogenee” che sia coerente con quella introdotta per le trasformazioni. A tal fine, si potrebbero definire come “eterogenee” le fusioni che coinvolgono sia società lucrative che cooperative (purché a mutualità non prevalente) e come “omogenee” le fusioni tra società lucrative o tra società cooperative, potendosi al limite definire, nell'ambito delle fusioni omogenee tra società lucrative, come “progressive” quelle alle quali partecipi almeno una società di persone e per le quali la società incorporante o risultante sia una società di capitali e come “regressive” le fusioni alle quali partecipi almeno una società di capitali e per le quali la società di incorporante o risultante sia una società di persone.

§ 3. “NORMATIVA CIVILISTICA, FISCALE (CENNI) E PROCEDIMENTO DI FUSIONE”

Il § 3.1. riepiloga sommariamente le fasi del procedimento di fusione in quanto, come riportato all'inizio del documento, scopo dello stesso è quello di «definire le regole tecnico-contabili da applicare nella redazione dei diversi bilanci e situazioni patrimoniali caratteristici del procedimento di fusione, interpretando quanto previsto dalla normativa del Codice Civile (artt. 2501 – 2505-quater)». Orbene, l'ultimo comma dell'art. 2501-sexies C.C. stabilisce che al soggetto o ai soggetti cui è affidata la redazione della relazione sulla congruità del rapporto di cambio (relazione solo eventualmente necessaria) «... è altresì affidata, in ipotesi di fusione di società di persone con società di capitali, la relazione di stima del patrimonio della società di persone a norma dell'art. 2343». Posto che tale perizia di stima è richiesta ai fini della incorporazione o della fusione propria di una società di persone in una società di capitali (incorporante o risultante dalla fusione), attuandosi con tale operazione una “trasformazione di fatto” di una società di persone in società di

capitali e che il bilancio/situazione patrimoniale di supporto non rientrano certamente tra quelli caratteristici del procedimento di fusione oggetto del documento in esame, si ritiene comunque opportuno che nel documento venga quantomeno citata la previsione di legge in argomento, indicando la necessità di nominare il perito per la stima del patrimonio della società di persone incorporata o fusa in una società di capitali, prendendo altresì posizione circa il dubbio interpretativo sollevato dal solo richiamo all'art. 2343 e non al 2465, con riferimento alla fusione di una società di persone in una società a responsabilità limitata (la dottrina pare orientata a ritenere che il perito possa in questo caso essere nominato direttamente dagli amministratori della società di persone il cui patrimonio netto è oggetto di valutazione e non dal Tribunale).

Vogliate, con l'occasione, gradire i migliori saluti.

Gilberto Montecchi
dottore commercialista – revisore contabile