Il disavanzo da concambio nelle fusioni e nelle scissioni societarie

di Fabio Carrirolo

Pubblicato il 1 Settembre 2010

Guida al calcolo corretto del disavanzo da concambio nelle operazioni straordinarie fra società.

Argomenti trattati nell'articolo:

- L’incorporazione delle società possedute al 100% o al 90%;
- esonero dalla relazione degli esperti;
- le scissioni societarie;
- conguagli in denaro;
- imputazione contabile del disavanzo;
- modalità alternative per soddisfare il rapporto di cambio

La fusione tra società può determinare:

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- nell'ipotesi della fusione perfetta o dell'incorporazione di società non interamente possedute, un concambio azionario;
- nell'ipotesi dell'incorporazione di società interamente possedute, nessun concambio azionario.

Il rapporto di cambio può essere ricondotto, come è noto, al numero di azioni della nuova società (o della società incorporante) da assegnare ai soci delle vecchie società (o delle incorporate). La necessità o meno di provvedere alla fissazione del rapporto di cambio influenza profondamente il procedimento di fusione; in particolare, l'inesistenza del concambio rende superflue le relazioni degli amministratori e degli esperti, di fatto "semplificando" l'iter dell'operazione.

L'avanzo e il disavanzo da concambio

La differenza di fusione che si genera in funzione della variazione del capitale sociale della società incorporante o risultante costituisce l'avanzo o il disavanzo da concambio; in relazione a tali valori, può essere affermato quanto segue:

- il disavanzo da concambio esprime il minor valore netto contabile trasferito dalla società fusa o incorporata alla società risultante o incorporante rispetto all'aumento di capitale da quest'ultima deliberato per consentire l'emissione di azioni o quote ai soci delle società fuse o incorporate;
- l'avanzo da concambio esprime, al contrario, il maggiore valore netto contabile trasferito dalla società fusa o incorporata alla società risultante o incorporante rispetto all'aumento di capitale da quest'ultima deliberato per consentire l'emissione di azioni o quote ai soci delle società fuse o incorporate.

Schematicamente, può quindi affermarsi che l'incorporante deve «remunerare» – attraverso le proprie azioni – i soci dell'incorporata: se tale «remunerazione» (consistente nella trasmissione – acquisizione della qualità di socio dell'incorporante) è più elevata del valore netto contabile dell'incorporata, emerge un disavanzo; se, al contrario, essa è inferiore a tale valore, emerge un avanzo. In generale, le differenze da concambio discendono dalla discrepanza tra i valori contabili e quelli effettivi delle società partecipanti all'operazione straordinaria.

La contabilizzazione del disavanzo da concambio

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

Il disavanzo da concambio può manifestare la presenza di plusvalori latenti nell'incorporata; se tale circostanza è verificata, il disavanzo dovrebbe poter essere imputabile agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e ad avviamento, secondo le modalità adottabili per il disavanzo da annullamento. Se, però, il disavanzo da concambio è privo di uno specifico significato economico, il trattamento contabile previsto dall'art. 2504-bis del codice civile sembrerebbe precluso. In tale seconda ipotesi, il disavanzo dovrebbe essere eliminato riducendo il patrimonio netto contabile post-fusione:

- attraverso la compensazione del disavanzo con una o più voci disponibili del patrimonio netto;
- (ovvero, se la compensazione non può essere effettuata) mediante iscrizione del disavanzo nel patrimonio netto.

La relazione degli esperti

Secondo quanto disposto dall'art. 2501-sexies del codice civile, la relazione degli esperti ha la finalità di determinare il rapporto di concambio, ossia il numero delle azioni della società incorporante che devono essere assegnate ai soci delle incorporate. Con essa può concorrere la relazione giurata di stima, prevista dall'art. 2343 del codice civile (e ordinariamente applicata nei casi di conferimenti di beni in natura e crediti), nei seguenti casi:

- società di capitali che incorpora una società di persone, dato che, in tal caso, l'operazione comporta anche una trasformazione eterogenea;
- società di capitali che incorpora un'altra società di capitali, nel caso in cui l'aumento di capitale sia superiore al netto patrimoniale dell'incorporata, cioè valori non espressi in bilancio vengano imputati a capitale.

L'incorporazione delle società possedute al 100%

La relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio può essere omessa in alcune particolari tipologie di fusione, nelle quali – per l'intrinseca «semplicità» dei rapporti intersocietari – non vi è alcuna necessità di procedere alla determinazione di un rapporto di cambio. Si evidenzia, in particolare, che, con specifica previsione dell'atto costitutivo della S.p.a. - a norma dell'art. 2505, secondo comma, del codice civile -, la fusione per incorporazione di un'altra società interamente posseduta può essere decisa - con deliberazione risultante da atto pubblico - dai rispettivi organi amministrativi, a condizione che siano rispettate:

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- per ciascuna società partecipante alla fusione, le disposizioni dell'art. 2501-ter del codice civile (relativo al progetto di fusione);
- per la sola società incorporante, anche quelle di cui all'art. 2501-septies, primo comma, nn. 1 e 2, del codice civile (deposito presso la sede della società, durante i 30 giorni che precedono la decisione sulla fusione, del progetto di fusione e dei bilanci degli ultimi 3 esercizi delle società partecipanti).

La competenza ad assumere la deliberazione di fusione (approvando quindi il relativo progetto) può essere spostata dall'assemblea all'organo amministrativo se:

- è presente un'espressa previsione nell'atto costitutivo almeno della società incorporante;
- l'incorporante detiene il 100% del capitale dell'incorporata;
- sono rispettate dall'incorporante e dall'incorporata le previsioni dell'art. 2501-ter del codice civile;
- per la sola incorporante, è stato effettuato il deposito presso la sede sociale dei documenti previsti dal 2501-septies; (per l'incorporata si può anche omettere questo deposito, atteso che si tratta di documenti che la società incorporante non può non conoscere);
- i soci della società incorporante, che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale, non hanno presentato alla società la domanda di cui al terzo comma dell'art. 2501-ter del codice civile, entro 8 giorni dal deposito del progetto di fusione.

L'incorporazione delle società possedute al 90%

L'esonero dalla relazione degli esperti è altresì previsto – secondo quanto disposto dall'art. 2505-bis, c.c. - nel caso dell'incorporazione di società possedute al 90%. Nell'incorporazione in oggetto:

- se i soci decidono di vendere, non si da' luogo al rapporto di cambio;
- se i soci decidono di non vendere, essi hanno diritto a ricevere le azioni dell'incorporante, e pertanto il progetto di fusione deve prevedere un vero e proprio rapporto di cambio.

L'operazione dovrebbe essere conclusa prima del perfezionamento della fusione, perché altrimenti ci sarebbe già stato il concambio delle azioni dell'incorporata con quelle dell'incorporante e, a questo punto, la società si troverebbe ad acquistare azioni proprie. Oltre all'esonero dalla relazione di stima, è pure prevista - a certe condizioni - la possibilità di spostare la decisione dall'organo assembleare all'organo amministrativo, con espressa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto.

Omissione della relazione degli esperti: le indicazioni del Notariato Milanese

Nella Massima n. 58 del 19.11.2004, il Consiglio Notarile di Milano ha affermato che, se nelle fusioni in oggetto si intende omettere, ai sensi dell'art. 2505-bis del codice civile, la relazione degli esperti, il

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

progetto di fusione dovrà comunque contenere:

- la determinazione del rapporto di cambio;
- l'eventuale previsione dell'aumento di capitale della società incorporante necessario per assicurare il concambio;
- l'impegno rivolto agli altri soci della o delle società incorporande di acquistare o fare acquistare le proprie azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

Il progetto di fusione o, successivamente, la deliberazione dovranno contenere le modalità e il termine per l'esercizio di tale diritto; inoltre, nel caso di incorporazione di S.p.a., i soci hanno il diritto di conoscere la determinazione del prezzo nei 15 giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, a norma dell'art. 2437-ter, quinto comma, del codice civile. Dopo la scadenza del termine fissato per l'acquisto, l'atto di fusione può essere stipulato, anche in caso di mancata formalizzazione dell'acquisto stesso e anche in pendenza di contestazioni relative alla misura del corrispettivo da corrispondere ai soci di minoranza della o delle società incorporande.

Altre ipotesi di esonero dalla relazione

Tra le ipotesi di esonero dalla relazione degli esperti previste dalla normativa civilistica, possono essere segnalate le incorporazioni di società interamente possedute (art. 2505, c.c.) e le incorporazioni di società possedute al 90% (art. 2505-bis, c.c.), già illustrate poco sopra. La relazione può essere omessa – subordinatamente al consenso unanime di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione - anche nel caso delle fusioni alle quali non partecipano società il cui capitale è espresso da azioni (art. 2505-quater, c.c.). Secondo quanto affermato dal Consiglio Notarile di Milano, che si è espresso in materia con la Massima n. 26 del 26.3.2004, la norma dell'art. 2506-ter, quarto comma, c.c. – relativa alla scissione - può essere applicata estensivamente anche alla fusione, in quanto conferma che la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di concambio è posta nell'esclusivo interesse dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto, e non nell'interesse dei creditori sociali o dei creditori particolari dei soci e neppure a tutela della intangibilità del capitale. Ne consegue che la relazione degli esperti può essere omessa se tutti i soci delle società partecipanti all'operazione di fusione vi hanno rinunciato e la circostanza è evidenziata nei verbali assembleari. Il Notariato Triveneto (negli orientamenti pubblicati nel settembre 2004) ha aggiunto che, nel caso della fusione di società di persone con società di capitali, la relazione di stima del patrimonio della società di persone è necessaria nei seguenti casi:

- se la società risultante dalla fusione è una società di capitali di nuova costituzione;

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- se la società risultante dalla fusione è una società di capitali preesistente che, per effetto della fusione, incrementa il proprio patrimonio netto.

Se ricorrono tali condizioni, la relazione di stima ex art. 2343, c.c., è necessaria anche nel caso in cui alla fusione non risulti applicabile l'art. 2501-sexies, c.c., (fusione semplificata). La mancata applicazione del co. 7 dell'art. 2501-sexies, c.c., infatti, esclude esclusivamente la necessità di avere un unico esperto o esperti incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio e la relazione di stima del patrimonio della società di persone.

Le scissioni societarie

Come è noto, le operazioni di scissione condividono in larga misura le problematiche e le soluzioni normative che contraddistinguono le fusioni. In particolare - in tema di semplificazioni del procedimento -, può essere rammentato che, a norma dell'art. 2506-ter, co. 4, c.c., subordinatamente al consenso unanime dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che danno diritto di voto nelle società partecipanti alla scissione:

- l'organo amministrativo può omettere la redazione della situazione patrimoniale (che è ordinariamente riferita ad una data non anteriore di oltre 120 giorni al giorno in cui il progetto di scissione è depositato nella sede della società);
- l'organo amministrativo può omettere la relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di scissione e, in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote;
- l'esperto o gli esperti possono omettere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote.

L'omissione della relazione di congruità del rapporto di concambio

Con la Massima n. 25 del 26.3.2004, il Consiglio Notarile di Milano ha precisato che la norma in questione - che consente di omettere la relazione di congruità del rapporto di concambio - è riferibile ad ogni tipo di scissione, e quindi:

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

- alla scissione totale (per effetto della quale la società scissa si spegne del tutto e il suo patrimonio passa alle beneficiarie);
- alla scissione parziale (per effetto della quale alla beneficiaria o alle beneficiarie passa solo una parte del patrimonio della scissa);
- alla scissione a favore di società beneficiarie di nuova costituzione;
- alla scissione a favore di beneficiarie già esistenti.

L'obbligo della relazione di stima del patrimonio trasferito alla società beneficiaria resta invece fermo se la società scissa è una società di persone e la società beneficiaria è una società di capitali di nuova costituzione, ovvero una società di capitali preesistente che, per effetto della scissione, aumenti il proprio capitale.

Il conguaglio in denaro

Nelle scissioni non proporzionali, l'assegnazione delle azioni o quote ai soci delle società risultanti dalla scissione è difforme rispetto alla partecipazione al capitale che sussisteva nella società scissa. Lo squilibrio patrimoniale che in tal modo si determina può essere superato attraverso la previsione di un conguaglio in denaro, secondo le previsioni dell'art. 2506-ter, primo comma, c.c. Il rapporto di concambio e l'eventuale conguaglio in denaro devono essere fissati in misura tale:

- da consentire ad ogni socio la conversione della vecchia partecipazione nella nuova;
- da garantire, nella società scissa e in quella risultante dalla scissione, la conservazione di una posizione inalterata rispetto a quella il socio che aveva originariamente nella società scissa.

Il rapporto di concambio e l'eventuale conguaglio in denaro sono quindi finalizzati a garantire al socio della società scissa l'esatta corrispondenza della vecchia partecipazione al valore attribuito alla nuova.

Ancora sull'imputazione contabile del disavanzo di concambio

Nella Massima n. 72, diffusa dal Consiglio Notarile di Milano nel novembre 2005, è stato rammentato il principio della continuità dei bilanci in sede di fusione (art. 2504-bis, quarto comma, c.c.), in forza del quale il capitale della società risultante dalla fusione non può eccedere la somma del capitale sociale e delle riserve delle società partecipanti alla fusione. Tale principio può però essere derogato, per i disavanzi da concambio, se nel patrimonio netto dell'incorporata o dell'incorporante non sono presenti riserve sufficienti. Anche in questo caso – oltre che nell'ipotesi del disavanzo da annullamento – deve ritenersi ammessa l'imputazione del disavanzo da concambio agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 2426,

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

n. 6), c.c., ad avviamento.

La relazione di stima dell'incorporata

In tale ipotesi, secondo il Notariato Milanese, l'imputazione del disavanzo, a differenza di quello da annullamento, causa «la formazione ex novo di capitale sociale non coperto da valori già risultanti nelle scritture contabili e nei bilanci delle società partecipanti alla fusione». È quindi necessario che venga redatta anche la relazione di stima del patrimonio della società incorporata, a norma dell'art. 2343, c.c., che potrà essere affidata agli esperti incaricati della relazione sulla congruità del rapporto di cambio, in analogia a quanto previsto dall'art. 2501-sexies, settimo comma, c.c.

Le modalità alternative per soddisfare il rapporto di cambio

Secondo il documento del Notariato Milanese, la società incorporante può soddisfare il rapporto di cambio a favore degli azionisti dell'incorporata anche attraverso altre modalità, di seguito indicate:

- assegnazione di azioni proprie;
- redistribuzione di azioni del capitale della società incorporante, con conseguente riduzione della partecipazione dei soci originari;
- assegnazione di azioni senza valore nominale;
- altre modalità non espressamente individuate.

Le modalità prescelte devono comunque rispettare l'esigenza di «assicurare ai soci dell'incorporata una partecipazione congrua rispetto ai rapporti economici delle società partecipanti alla fusione, ma che non implichino un aumento del capitale sociale dell'incorporante superiore alla somma del capitale sociale dell'incorporata, delle riserve dell'incorporata e delle riserve dell'incorporante imputabili a capitale».

Applicazione alle scissioni

La stessa conclusione risulta applicabile anche alle scissioni societarie, sia a favore di società preesistenti (nelle quali, sostanzialmente, si ravvisa una situazione analoga a quella della fusione per incorporazione), sia in a favore di società di nuova costituzione (nelle quali, invece, l'imputazione del disavanzo da concambio è ritenuta rappresentare una condizione indispensabile per poter effettuare l'operazione, «ogni qual volta la parte di patrimonio assegnata ad una beneficiaria di nuova costituzione, pur avendo un valore effettivo positivo, presenti valori contabili negativi»).

Leggi anche: *La Cassazione sull'affrancamento del disavanzo di fusione* *Affrancamento dei maggiori valori: conferimento di aziende, fusione, scissione* S*cissione: le valutazioni antiabuso*

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

1 settembre 2010 Fabio Carrirolo

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D