

Recesso per la fusione che trasforma la holding in società operativa

Ricorso all'art. 2437-ter comma 6 c.c. anche in caso di mancata predeterminazione del valore

/ Maurizio MEOLI

La **fusione per incorporazione** tra una spa e una srl controllata con modifica dell'oggetto sociale della spa incorporante, che passa da holding pura a società operativa, implica un cambiamento significativo dell'attività sociale legittimante il diritto di recesso in capo ai soci dissenzienti. Questi, inoltre, possono ricorrere alla determinazione del **valore della partecipazione** per via giudiziaria ex [art. 2437-ter](#) comma 6 c.c.; procedimento questo, caratterizzato dalla nomina di un esperto da parte del Tribunale, che, pur essendo previsto per il caso di contestazione del valore predeterminato dagli amministratori, può essere utilizzato anche in ipotesi di assenza di tale predeterminazione e seppure la società dovesse costituirsi eccependo l'inesistenza del diritto di recesso. A precisarlo è il Tribunale di Roma nel provvedimento dell'8 luglio 2016.

I giudici romani affermano, innanzitutto, di non condividere la ricostruzione secondo la quale non sarebbe possibile ricorrere al procedimento di determinazione in via giudiziale del valore della quota qualora sussista un **conflitto** tra la società e il socio sul diritto di recedere, in quanto procedimento avente natura di volontaria giurisdizione (così App. Torino [18 ottobre 2010](#)).

Inoltre, sostenendo che, in **mancanza di preventiva determinazione** da parte degli amministratori, non potendosi configurare alcuna contestazione in senso proprio, come richiesto dalla norma, non potrebbe ricorrersi al Tribunale per la designazione dell'esperto, dovendosi affidare all'impugnativa della delibera, non si tutelerebbero i soci che non possiedono una partecipazione legittimante per l'impugnativa ex [art. 2377](#) comma 3 c.c. D'altra parte, la mancata determinazione del valore della partecipazione non può andare a vantaggio della società (inadempiente) ed **aggravare la posizione del socio** recedente, precludendogli la possibilità di richiedere, in sede di volontaria giurisdizione, la nomina dell'esperto e imponendogli un ordinario giudizio di cognizione.

Al contrario, deve ritenersi che la posizione del socio recedente possa essere tutelata in modo più soddisfacente non già attraverso una previa impugnativa della delibera, ma tramite ricorso al Tribunale ai sensi dell'art. 2437-ter comma 6 c.c.: tale rimedio può essere, dunque, richiesto non solo in caso di contestazione in senso tecnico (ovvero di contrasto su una determinazione operata dall'organo amministrativo), ma anche nelle ipotesi di **mancata determinazione** da parte degli amministratori. In pratica, ove questi non ottemperino all'obbligo di predeterminare il valore di liquidazione delle azioni si verifica, comunque, una situazione di

conflitto obiettivo tra l'interesse del socio a esercitare il diritto di recesso e il comportamento inerte dei gestori che, sostanzialmente, equivale alla **contestazione** del diritto di recesso del socio stesso (*cf.* Trib. Roma [13 dicembre 2007](#)). Ove, poi, la società si costituisca in giudizio contestando (formalmente) l'esistenza stessa del diritto di recesso, nulla impedisce che il Tribunale, adito in sede di volontaria giurisdizione, compia un accertamento incidentale e, come tale, privo di efficacia di giudicato, in ordine all'efficacia e alla legittimità del recesso.

E ciò era proprio quanto accadeva nel caso di specie in premessa, che vedeva la spa incorporante costituirsi nel giudizio di volontaria giurisdizione iniziato dal socio recedente per ottenere la determinazione del valore della propria partecipazione e contestare la riconducibilità della fattispecie all'[art. 2437](#) comma 1 lett. a) c.c., ai sensi del quale "hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti ... la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un **cambiamento significativo** dell'attività della società".

Prospettazione non condivisa dal provvedimento in esame. Il cambiamento contemplato normativamente, infatti, è quello in cui la "mutatio" si traduce in una attività sensibilmente difforme da quella precedentemente esercitata, poiché solo tale ipotesi è idonea a **modificare l'alea** connessa all'esercizio dell'impresa e la convenienza dell'investimento (*cf.* App. Milano [13 febbraio 2013](#)). Pertanto, mentre non rilevano mutamenti solo lessicali o formali dell'oggetto sociale indicato nello statuto, possono legittimare il recesso anche ipotesi di ampliamento o restrizione dell'oggetto sociale ove determinanti un "cambiamento significativo" dell'attività della società. Questa delimitazione del diritto di recesso è frutto della ricerca di un **difficile equilibrio** tra le esigenze del socio di minoranza a non vedere stravolte le condizioni di rischio assunte con la propria partecipazione nella società, e quelle della società e della maggioranza, nonché dei creditori e del sistema in generale, che fanno affidamento sulla stabilità di un determinato capitale sociale.

A fronte di ciò, quindi, si ritiene che la modifica dell'oggetto sociale della spa incorporante, con passaggio da holding pura a società operativa, implichi effettivamente un cambiamento significativo dell'attività sociale legittimante il diritto di recesso del socio. Di conseguenza, fatte salve diverse conclusioni nel contesto di un eventuale giudizio ordinario contenzioso, è disposta la **nomina dell'esperto**.