

Le operazioni straordinarie degli enti non profit alla luce della Riforma del Terzo Settore

Maria Nives Iannaccone – Notaio in Seregno

In occasione della Riforma organica del Terzo Settore il legislatore, con il Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n. 117 ha introdotto il nuovo articolo 42-bis del codice civile volto a disciplinare in modo specifico la trasformazione, la fusione e la scissione degli enti non profit, nella forma di fondazioni e associazioni riconosciute o non riconosciute, a prescindere dalla loro qualifica in termini di “Enti del Terzo Settore”.

Si ricorda che lo statuto degli enti non profit potrebbe espressamente escludere la possibilità di operare trasformazioni, fusioni o scissioni. In tal caso sarà necessario una previa o contestuale delibera di modifica dello statuto per sopprimere il divieto. L’efficacia della trasformazione, fusione o scissione sarà condizionata alla efficacia della abrogazione del divieto statutario (soggetto per gli enti con personalità giuridica all’approvazione di cui all’art. 2 del DPR 361/2000 per quelli iscritti a RPG, oppure al controllo del notaio ai sensi dell’art. 22 del CdTS per gli ETS), con la tecnica delle decisioni “a cascata”. Non si ritiene necessaria l’unanimità per la soppressione della clausola ma, nelle fondazioni, se fosse stata inserita sin dall’inizio per volontà del fondatore, è pacifica la eliminazione solo in presenza delle condizioni previste all’art. 28 c.c..

TRASFORMAZIONI

La nuova disciplina inerente la trasformazione degli enti non profit riguarda le sole operazioni nelle quali sia l’ente di partenza che quello di arrivo sia un ente non profit. In caso in cui l’ente in via di trasformazione sia non profit e quello di arrivo sia un ente profit o viceversa dovranno applicarsi le norme specifiche per le trasformazioni eterogenee contenute negli articoli 2500-septies, 2500-octies e 2500 novies.

Discorso a parte è da farsi per le imprese sociali di cui parleremo più avanti.

Viene ribadito il principio di continuità dei rapporti giuridici, per cui l’ente che risulta dalla trasformazione non si considera costituito ex novo a seguito di estinzione di quello che si è trasformato, ma subisce solo una modifica della sua struttura organizzativa.

Il nuovo articolo **42-bis** del codice civile così recita:

«Art. 42-bis (Trasformazione, fusione e scissione).- Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni.

La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-sexies, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499,

2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies, in quanto compatibili.

Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili.

Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore».

Per maggiore chiarezza interpretativa, si riportano di seguito anche gli articoli:

2498 c.c.

Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione

2499 c.c.

Può farsi luogo alla trasformazione anche in pendenza di procedura concorsuale, purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa.

2500 c.c.

La trasformazione [2437, 2437 sexies] in società per azioni [2325], in accomandita per azioni [2452] o a responsabilità limitata [2462] deve risultare da atto pubblico [2328, 2504, 2699, 2725], contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato [2369, 2447].

L'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato [2188, 2629] ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

La trasformazione ha effetto dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari di cui al comma precedente

2500 bis c.c.

Eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata.

Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione.

2500 ter c.c.*(Primo comma Salvo diversa disposizione del contratto sociale, la trasformazione di società di persone in società di capitali è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili; in ogni caso al socio che non ha concorso alla decisione spetta il diritto di recesso).(Secondo comma) Nei casi previsti dal precedente comma il capitale della società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2343 ovvero dalla documentazione di cui all'articolo 2343 ter ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'articolo 2465. Si applicano altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, il secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma dell'articolo 2343 ovvero, nelle ipotesi di cui al primo e secondo comma dell'articolo 2343 ter, il terzo comma del medesimo articolo.*

2500 quinquies c.c.

La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione.

Il consenso si presume [2727] se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione [2964].

2500 sexies c.c. secondo comma

.....

Gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione. Copia della relazione deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia.

.....

2500 novies c.c.

In deroga a quanto disposto dal terzo comma dell'articolo 2500, la trasformazione eterogenea ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso.

I creditori possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione. Si applica in tal caso l'ultimo comma dell'articolo 2445.

ADEMPIMENTI

Per la trasformazione degli enti non profit occorrono i seguenti documenti che andranno allegati ai rispettivi verbali notarili delle riunioni degli organi statutariamente deputati ad assumere la decisione di trasformazione:

A) La relazione di cui all'art. 2500-sexies, secondo comma, c.c.: illustra le motivazioni e gli effetti della trasformazione; copia della relazione deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono la data fissata per la riunione dell'organo idoneo a deliberare la trasformazione: gli associati nelle associazioni nonché i componenti degli organi assembleari o di indirizzo, comunque denominati, eventualmente presenti nelle fondazioni, hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia.

Può essere oggetto di rinuncia su consenso unanime dei soggetti che avevano diritto a prenderne visione in quanto tale norma si considera dettata a loro tutela per consentire loro di essere informati sull'operazione.

Qualora l'ente trasformando fosse una fondazione e l'unico organo avente diritto a decidere in ordine alla trasformazione fosse l'organo amministrativo, si presume che la relazione debba essere redatta e approvata dallo stesso; pertanto sembrerebbe non trovare applicazione l'obbligo di deposito della relazione ed il diritto a rinunciarvi.

B) La relazione dell'organo di amministrazione relativa alla **situazione patrimoniale** dell'ente in via di trasformazione: deve contenere l'elenco dei creditori e deve essere aggiornata a non più di 120 giorni precedenti la delibera di trasformazione. Costituisce una ricognizione del patrimonio.

La norma non è dettata a tutela dei creditori, ma è finalizzata principalmente a verificare ed analizzare la consistenza patrimoniale dell'Ente, al fine di verificare la sussistenza del patrimonio e, anche attraverso il dettaglio dei creditori, delle passività che concorrono

a determinare il valore del patrimonio netto dell'ente che si trasforma. Inoltre è utile ad identificare i creditori aventi diritto alla opposizione a sensi dell'art. 2500 novies.

Tali finalità escludono che la relazione dell'organo di amministrazione relativa alla situazione patrimoniale possa essere oggetto di rinuncia.

Non si ritiene che possa essere sostituita con il bilancio dell'ultimo esercizio chiuso non oltre sei mesi prima, perché la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2501 quater non è ripetuta nella disciplina della trasformazione (artt. 2498 e ss c.c.) né in quella speciale dell'art. 42 bis.; inoltre, dovendo contenere l'elenco dei creditori, è opportuno che sia il più aggiornata possibile.

E' assimilabile ad un bilancio straordinario infra annuale da redigere con le modalità di cui agli artt. 2423 e ss. c.c. Qualora l'ente da trasformare sia un ETS la relazione andrà redatta in conformità ai criteri di cui all'art. 13 del Codice del Terzo settore che così recita:

“Art. 13 - Scritture contabili e bilancio

1. Gli enti del Terzo settore devono redigere il bilancio di esercizio formato dallo stato patrimoniale, dal rendiconto finanziario, con l'indicazione, dei proventi e degli oneri, dell'ente, e dalla relazione di missione che illustra le poste di bilancio, l'andamento economico e finanziario dell'ente e le modalità di perseguimento delle finalità statutarie.

2. Il bilancio degli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate inferiori a 220.000,00 euro può essere redatto nella forma del rendiconto finanziario per cassa.

3. Il bilancio di cui ai commi 1 e 2 deve essere redatto in conformità alla modulistica definita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il consiglio nazionale del terzo settore.

4. Gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale devono tenere le scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile.

5. Gli enti del Terzo settore di cui al comma 4 devono redigere e depositare presso il registro delle imprese il bilancio di esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli articoli 2423 e seguenti, 2435-bis o 2435-ter del codice civile.

6. L'organo di amministrazione documenta il carattere secondario e strumentale dell'attività di cui all'articolo 6 nella relazione al bilancio o nella relazione di missione.

7. Gli enti del Terzo settore non iscritti nel registro delle imprese devono depositare il bilancio presso il registro unico nazionale del Terzo settore.”

In sede di decisione di trasformazione si suggerisce di far comunque attestare da parte dell'organo amministrativo, l'assenza di rilevanti modifiche nella situazione debitoria dalla data di redazione della situazione patrimoniale alla data della decisione di trasformazione.

Malgrado la dizione dell'art. 42bis possa far pensare ad una relazione dell'organo amministrativo separata dalla situazione patrimoniale, la prima può essere allegata alla seconda oppure contenuta all'interno della stessa situazione patrimoniale.

Quando la forma dell'ente trasformato rende necessaria l'iscrizione nel RPG è opportuno, qualora l'autorità governativa preposta al controllo lo richieda, indicare il patrimonio dell'ente trasformato e l'esatta individuazione dell'importo da imputare a fondo permanente di dotazione e dell'importo da imputare a fondo di gestione. Allo stesso modo qualora si tratti di ente che dopo la trasformazione intenda iscriversi al

RUNTS con personalità giuridica è opportuno indicare il minimo del patrimonio richiesto a sensi dell'art. 22 CdTS sempre che la relativa delibera sia verbalizzata da un notaio.

C) la relazione di stima ex art. 2500-ter c.c. *"...redatta a norma dell'articolo 2343 ovvero dalla documentazione di cui all'articolo 2343 ter ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'articolo 2465. ..."*

Si ritiene che la relazione di stima debba essere redatta secondo le modalità di cui all'art. 2465 c.c. e ciò in quanto l'unico caso previsto in una norma di legge che stabilisca i criteri di redazione della stima di beni diversi dal denaro che devono costituire il patrimonio minimo di enti non profit, è quello contemplato nell'art. 22 del CdTS dove il legislatore utilizza le stesse parole contenute nel primo comma dell'art. 2465 c.c., in tema di stima dei beni in natura e crediti conferiti nelle società a responsabilità limitata.

Il perito pertanto può essere nominato dallo stesso ente trasformando e dovrà essere iscritto nel registro dei revisori legali. La relazione di stima deve essere asseverata con giuramento.

La relazione di stima non può essere oggetto di rinuncia neanche su consenso unanime: serve ad accertare il valore di mercato del patrimonio individuato e definito nella situazione patrimoniale.

D) Lo statuto dell'ente che risulterà dalla trasformazione

Quorum deliberativo

La trasformazione andrà deliberata con i Quorum previsti nello statuto dell'ente trasformando per le modificazioni statutarie. Qualora lo statuto non indicasse i quorum deliberativi, per le associazioni valgono quelli previsti dall'art. 21 del c.c.

Associazioni: competente a deliberare è l'assemblea (art. 25 CdTS, lettera h) con le maggioranze previste dallo statuto per le modificazioni statutarie; in mancanza occorre la presenza di almeno 3/4 degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti (art.21 comma 2). Non si ritiene necessaria l'unanimità: a) in coerenza con la generale valenza del principio maggioritario, b) per la dizione dell'art. 21 applicabile per qualsiasi modifica, c) art. 25 CDTS che prevede tra le competenze dell'assemblea tutte e modifiche statutarie.

Quid iuris se gli associati perdono ogni rapporto con la Fondazione non di partecipazione? Si realizza una eterodestinazione del patrimonio associativo rispetto alla compagine degli associati. In questi casi meglio adottare il quorum previsto per lo scioglimento dell'ente cioè il voto favorevole dei tre quarti degli associati (art. 21 c.c. uc.).

Fondazioni: Normalmente competente è l'organo amministrativo, tuttavia nelle fondazioni di partecipazione la competenza potrebbe essere riconosciuta agli organi assembleari o di indirizzo, comunque denominati, eventualmente presenti.

Nel caso in esame conviene approfondire se l'organo amministrativo sia competente a decidere la trasformazione (fermo restando la iscrizione della stessa nel RPG a sensi dell'art, 2 del DPR 361/2000 come per tutte le modifiche statutarie di una persona giuridica o nel Runts per gli ETS quando la riforma diverrà operativa) oppure se trovi applicazione l'articolo 2500-octies, ultimo comma, che recita *"la trasformazione di fondazioni in società di capitali è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente"*. In proposito è stato osservato che la trasformazione

eterogenea (ad esempio da fondazione in spa) richiede il provvedimento dell'autorità governativa in quanto implica un mutamento estremamente rilevante dello scopo dell'ente. Solo in questo caso la decisione dell'organo competente degraderebbe a mera proposta.

Nel caso in esame al contrario, restando l'ente ancora senza scopo di lucro, non si realizza di fatto un mutamento così radicale, pertanto la competenza alla trasformazione resta dell'organo competente. Ciò pare confermato dall'art. 25 ultimo comma CdTS: *“3. Lo statuto delle fondazioni del Terzo settore puo' attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o piu' degli oggetti di cui al comma 1, nei limiti in cui cio' sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volonta' del fondatore”*.

Occorre fare attenzione che lo scopo dell'ente trasformato non si allontani dalla volontà del testatore.

N. B.: L'art. 28 c.c. non disciplina un caso di trasformazione in senso tecnico ma solo un rimedio nei casi in cui la fondazione non possa proseguire la sua attività per scopo esaurito o impossibile o anche per patrimonio divenuto insufficiente; questa fattispecie pertanto resta fuori dalla disciplina dell'art. 42 bis. Competente al provvedimento di “trasformazione” è l'autorità governativa e non il CdA della fondazione.

Se l'ente trasformato è una fondazione che diventa associazione non riconosciuta, non si applica comunque art. 2500 sexies dove si chiede il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata, perché tale responsabilità ex art. 38 c.c. dipende dall'azione volontaria di chi agisce in nome e per conto dell'associazione e non direttamente da una qualifica assunta.

Se l'ente trasformato è una fondazione che diventa associazione, per individuare gli associati si applica l'art. 2500 octies ultimo comma, e si guarda l'atto costitutivo o lo statuto; qualora questi non contenessero alcuna indicazione associati saranno altri enti con fini analoghi ai sensi dell'art. 31 c.c. Tuttavia non si ritiene necessario un provvedimento dell'autorità governativa come previsto in questo articolo, in quanto l'ente prosegue la sua attività sia pure sotto una diversa forma.

Forma e Pubblicità

La trasformazione deve risultare da atto pubblico a' sensi degli art. 14 c.c. e 22 CdTS (per gli ETS) ed è soggetto alla pubblicità relativa al tipo adottato ed a quella richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione a' sensi dell'art. 2500 c.c..

Per le persone giuridiche non ETS occorrerà l'iscrizione nel Registro Persone Giuridiche; per gli ETS sarà necessario l'iscrizione nel RUNTS (art. 22 comma 6); infatti in qualunque ipotesi di trasformazione tra gli enti indicati al primo comma dell'art. 42 bis, risulta comunque interessato un ente con personalità giuridica.

Qualora la trasformazione avvenisse nel periodo transitorio prima della operatività del RUNTS, e interessasse OdV, APS e ONLUS sarà altresì necessario il deposito del verbale di trasformazione anche presso i relativi registri.

Si applica il principio della sanatoria della invalidità; pertanto eseguita la pubblicità la invalidità non può più essere pronunciata.

Efficacia della trasformazione

La trasformazione eterogenea è **efficace dopo 60 giorni** dall'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche oppure per gli ETS nel RUNTS (una iscrizione nel RPG/RUNTS deve esserci o prevista per l'ente di partenza o per quello di arrivo) salvo il consenso espresso dei creditori o il pagamento dei creditori che tale consenso non abbiano dato. Nello stesso termine di 60 giorni, i creditori possono fare opposizione (art. 2500 novies codice civile). Qualora sia stato acquisito il consenso dei creditori, o siano stati pagati i creditori non consenzienti, l'efficacia della trasformazione avrà effetto con l'ultimo dei provvedimenti pubblicitari ex art. 2500.

Si ritiene che i creditori che possano fare opposizione siano quelli risultanti dalla situazione patrimoniale e quelli esistenti al momento della pubblicità della trasformazione; ai creditori si riconosce il diritto all'informazione ma anche il dovere di vigilare sui propri interessi. Il richiamo all'art. 2445 fa capire che si tratta di opposizione di natura contenziosa; si apre con una citazione ed è soggetta ai termini della sospensione feriale. Siccome la tutela dell'affidamento è fondata sull'obbligo di controllo da parte del creditore della pubblicità cui è soggetto l'ente al quale ha fatto credito (principio generale dell'opposizione è quello di fondarsi sulla vigilanza e sull'attenzione dei soggetti cui è attribuito un potere di intervento) si ritiene sufficiente anche la sola pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

L'opposizione deve fondarsi su un pericolo di pregiudizio che deriva al creditore dal cambio di struttura organizzativa che non gli assicura più il medesimo grado di tutela. Spetta al creditore provare l'incidenza negativa della nuova disciplina, provando il pericolo di pregiudizio.

Passaggio da associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta e viceversa

Dalla lettura dell'art. 42 bis tale fattispecie sembra essere del tutto estranea ai casi di trasformazione e così lo ha inteso anche il Ministero del Lavoro nella circolare n. 20 del 27 dicembre 2018. Non solo, ma la dizione dell'art. 22 quinto comma nell'indicare i rimedi per i casi di riduzione del patrimonio per perdite indica in modo alternativo i rimedi della trasformazione e quello del proseguimento dell'attività in forma di associazione non riconosciuta.

Non mancano però commentatori di diverso avviso. (Federico Magliulo)

La scelta è importante perché l'applicazione dell'art. 42 bis richiede una procedura complessa. Inoltre la scelta investe anche il caso in cui un'associazione costituita con l'intenzione di chiedere il riconoscimento vi rinunci. E' necessario farlo per atto pubblico con la procedura dell'art. 42 bis? Ed anche l'associazione in attesa di riconoscimento costituirebbe una diversa tipologia di ente e non potrebbe essere considerata come non riconosciuta.

Rimane comunque importante chiarire l'intenzione in sede di costituzione.

IMPRESE SOCIALI

In tutti i casi in cui è ente di partenza sia una impresa sociale con forma di Fondazione oppure di associazione riconosciuta o non riconosciuta si applica l'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2019 che andrà coniugato con la disciplina dell'art. 42 bis o dell'art. 2500 octies (in forza dell'art. 1 quinto comma D. lgs. n. 112/2019 : 5. *Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita).*

ART. 12

(Trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda e devoluzione del patrimonio)

1. *La trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere; la cessione d'azienda o di un ramo d'azienda relativo allo svolgimento dell'attività d'impresa di interesse generale deve essere realizzata, previa relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede l'impresa sociale, attestante il valore effettivo del patrimonio dell'impresa, in modo da preservare il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del cessionario. Per gli enti di cui all'articolo 1, comma 3, la disposizione di cui al presente comma si applica limitatamente alle attività indicate nel regolamento.*

2. *Gli atti di cui al comma 1 devono essere posti in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore.*

3. *L'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui al comma 1, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al decreto di cui al comma 2, ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio.*

4. *L'efficacia degli atti di cui al comma 1 è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si intende concessa decorsi novanta giorni dalla ricezione della notificazione. Avverso il provvedimento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che nega l'autorizzazione è ammesso ricorso dinanzi al giudice amministrativo.*

5. *In caso di scioglimento volontario dell'ente o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo, dedotto, nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, il capitale effettivamente versato dai soci, eventualmente rivalutato o aumentato, e i dividendi deliberati e non distribuiti nei limiti di cui all'articolo 3, comma 3, lettera a), è devoluto, salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative, ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1, secondo le disposizioni statutarie. La disposizione di cui al presente comma non si applica agli enti di cui all'articolo 1, comma 3.*

La perdita volontaria della qualifica di impresa sociale con conseguente necessità di devoluzione del patrimonio non sembrerebbe avere eccezioni nel caso di trasformazione di un'impresa sociale in ETS che non mantenga tale qualifica. In proposito sarebbe opportuno un chiarimento del legislatore.

Casi particolari:

- 1) una associazione impresa sociale vuole diventare ente filantropico restando associazione: non è trasformazione in senso tecnico ma solo il passaggio da una sezione all'altra del RUNTS, inoltre non è necessario provare che si preservi l'assenza dello scopo di lucro o il vincolo di destinazione del patrimonio; tuttavia si realizza un'ipotesi di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e pertanto si applica l'ultimo comma dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017;
- 2) una associazione impresa sociale vuole diventare ente filantropico trasformandosi in fondazione: è trasformazione ex 42bis c.c.; si applica l'art. 12 quindi l'atto andrà redatto in conformità al decreto del Ministero, va comunicata l'intenzione di trasformarsi e l'efficacia della trasformazione è subordinata alla autorizzazione del ministero (90 giorni per il silenzio assenso); occorrono tutti i documenti previsti dall'art. 42 bis; il tutto nel rispetto del quinto comma dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 perchè si perde la qualifica di impresa sociale;
- 3) un'associazione impresa sociale vuole diventare spa: si applica la procedura autorizzativa prevista dall'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017, quindi l'atto andrà redatto in conformità al decreto del Ministero, va comunicata l'intenzione di trasformarsi e l'efficacia della trasformazione è subordinata alla autorizzazione del ministero (90 giorni per il silenzio assenso); la trasformazione dovrà rispettare tutte le condizioni previste dall'art. 2500 octies c.c.; il tutto nel rispetto del quinto comma dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 perchè si perde la qualifica di impresa sociale con la conseguenza che il patrimonio residuo andrà devoluto ad altri ETS costituiti da più di tre anni;
- 4) una associazione impresa sociale vuole diventare spa impresa sociale: si applica la disciplina dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017, la procedura e la documentazione dell'art. 42 bis ma non il quinto comma dell'art. 12.

In attesa della autorizzazione ministeriale il notaio può ricevere gli atti ma li dovrà iscrivere solo dopo il rilascio dell'autorizzazione (in analogia al disposto dall'art. 223 quater dispos. att. C.c.)

FUSIONE E SCISSIONE DEGLI ENTI NON PROFIT

Il terzo comma dell'art. 42-bis così dispone:

“Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili”

Il dettato normativo conferma quindi l'ammissibilità della fusione e della scissione fra enti non profit, in precedenza ammesse solo in via interpretativa da dottrina e giurisprudenza.

Ai fini della ricostruzione del procedimento la norma stabilisce il principio di applicazione delle norme societarie nei limiti di compatibilità.

La tipologia di fusione ammissibile sarà sia quella:

- propria: che prevede la nascita di una nuova entità creata dalla compenetrazione dei patrimoni degli enti coinvolti

che quella

- per incorporazione: con continuazione dell'ente incorporato nell'ente incorporante.

Dubbia invece l'applicazione della disciplina in materia di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (art. 2501-bis c.c.) in quanto la nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. male si adatta alla partecipazione negli enti non profit ed al voto pro capite che li connota, fermo restando che in linea teorica potrebbero configurarsi situazioni di controllo contrattuale di cui all'art. 2359 n.3 c.c..

In merito, invece alla scissione:

- scissione non proporzionale: l'istituto non risulta applicabile poiché non sussistono quote di partecipazione in senso prettamente quantitativo.
- scissione asimmetrica: l'istituto si ritiene invece applicabile con il consenso del socio dell'associazione che perda la possibilità di divenire associato dell'ente beneficiario, considerando tale diritto personale e disponibile (art. 2506 secondo comma ultimo disposto).

Il procedimento si articolerà come segue:

- a) redazione di un progetto di fusione/scissione
- b) predisposizione documentazione informativa
- c) decisione in merito alla fusione/scissione
- d) stipula dell'atto di fusione/scissione

A.1) PROGETTO DI FUSIONE

Andrà redatto nel rispetto dell'art. 2501-ter c.c.

“Art. 2501-ter

Progetto di fusione

L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige un progetto di fusione, dal quale devono in ogni caso risultare:

1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;

2) l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione;

3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro;

4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;

5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;

6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;

7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;

8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione.

Il conguaglio in danaro indicato nel numero 3) del comma precedente non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate.

Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto di fusione è pubblicato nel sito Internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione (3).

Tra l'iscrizione o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime.”

Nella fattispecie non esiste il presupposto giuridico per rendere applicabile la necessità di indicare il rapporto di cambio e i conguagli; questo perché la partecipazione all'ente che risulta dall'operazione non comporta l'attribuzione di diritti patrimoniali differenziati, in mancanza del concetto di quota di partecipazione.

Nel caso di fusione per incorporazione avverrà una sostituzione della partecipazione nell'ente incorporato con la partecipazione in quello incorporante; nel caso di fusione propria ci sarà una somma dei soggetti che compongono gli organi interni di tipo assembleare.

Venendo meno la logica del rapporto di cambio, non saranno quindi applicabili neppure gli articoli 2501-ter primo comma n.3), 2501-sexies (relazione degli esperti) e 2501-quinquies (relazione degli amministratori) nella parte relativa al rapporto di cambio.

Il progetto di fusione

Deve contenere i dati richiesti ai numeri 1), 2), 6),7) e 8) dell'art. 2501-ter c.c..

Il n.4) potrà essere sostituito dalla indicazione della sostituzione nella partecipazione come sopra indicato.

Il progetto deve essere depositato per l'iscrizione nel registro proprio dell'Ente o degli Enti che partecipano al procedimento (Registro delle Persone Giuridiche, RUNTS, Registro delle Imprese; e prudenzialmente, finché sussistono, anche ai registri di OdV, APS e ONLUS). Sino alla operatività del RUNTS relativa però ai soli ETS, non sarà di facile

controllo per i terzi conoscere le decisioni degli enti con cui sono in contatto; pertanto è sempre meglio assumere atteggiamenti prudentiali.

In alternativa al deposito presso i citati registri, il progetto di fusione può essere pubblicato nel sito Internet degli enti interessati all'operazione di fusione, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione. Resta fermo il termine dei trenta giorni indicato all'ultimo comma dell'art. 2501-ter c.c. Tra l'iscrizione nei registri speciali sopra elencati o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che gli associati rinuncino al termine con consenso unanime.

Si applica il disposto dell'art. 2501-septies c.c. e pertanto il progetto di fusione andrà messo a disposizione degli associati (unitamente ai restanti documenti ivi indicati) o mediante deposito in copia presso le sedi degli enti partecipanti oppure mediante pubblicazione sul sito internet degli stessi nei trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione.

Pertanto con la pubblicazione sul sito internet degli enti interessati, si possono assolvere gli obblighi inerenti la pubblicità del progetto di fusione e dei relativi documenti e atti del procedimento.

Qualora l'ente interessato alla fusione non sia obbligato alla redazione del bilancio, né ad un rendiconto per cassa, non trovano applicazione le norme che fanno riferimento ai bilanci.

A.2) PROGETTO DI SCISSIONE

Andrà redatto nel rispetto dell'art. 2501-ter c.c. e dell'art. 2506-bis; quindi dovrà contenere anche l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascun ente beneficiario.

Come già precisato per la fusione, non esiste il presupposto giuridico per rendere applicabile la necessità di indicare un eventuale conguaglio. Resta la necessità di indicare la distribuzione delle partecipazioni in caso di scissione asimmetrica (art. 2506 secondo comma ultimo disposto) ma non i criteri di distribuzione delle partecipazioni (come richiesto dall'art. 2506 bis c.c. quarto comma) essendo necessario il consenso unanime e trattandosi di interessi disponibili da parte degli associati/partecipanti.

Il progetto deve essere pubblicato nel registro proprio dell'Ente scisso (Registro delle Persone Giuridiche, RUNTS, Registro delle Imprese; e prudenzialmente, finché sussistono, anche ai registri di OdV, APS e ONLUS).

In alternativa al deposito presso i citati registri il progetto di scissione può essere pubblicato nel sito Internet dell'ente scisso, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione. Tra l'iscrizione nei registri speciali sopra elencati o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla scissione devono intercorrere almeno trenta giorni, come indicato all'ultimo comma dell'art. 2501-ter c.c., salvo che gli associati rinuncino al termine con consenso unanime.

Il progetto di scissione andrà messo a disposizione degli associati (unitamente ai restanti documenti ivi indicati) o mediante deposito in copia presso la sede dell'ente scisso oppure mediante pubblicazione sul sito internet dello stesso nei trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla scissione.

B) DOCUMENTAZIONE INFORMATIVA

Situazione patrimoniale

“Art. 2501-quater

Situazione patrimoniale

L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa. La situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione indicato nel primo comma, ovvero, nel caso di società quotata in mercati regolamentati, dalla relazione finanziaria semestrale prevista dalle leggi speciali, purchè non riferita ad una data antecedente sei mesi dal giorno di deposito o pubblicazione indicato al primo comma.

La situazione patrimoniale non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione.”

La situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione. Alcuni commentatori (Federico Magliulo in Rivista del notariato n. 1/2018) hanno ritenuto che la situazione patrimoniale NON sia rinunciabile dagli associati (o nelle fondazioni dai partecipanti degli organi interni a struttura associativa con potere deliberante) in quanto sorretta da esigenze pubblicistiche, perchè finalizzata a verificare la congruità del patrimonio dell'ente risultante dall'operazione. Tale esigenza dovrebbe essere presente anche per le società di capitali e tuttavia il legislatore ha ritenuto di risolvere diversamente. Resta necessario fare ulteriori approfondimenti. La situazione patrimoniale può essere omessa con il consenso unanime dei soggetti sopra indicati qualora l'ente risultante dalla fusione sia un'associazione non riconosciuta oppure, in caso di scissione, qualora sia la scissa che la beneficiaria (o le beneficiarie) fossero associazioni non riconosciute.

Relazione dell'Organo amministrativo

“Art. 2501-quinquies

Relazione dell'organo amministrativo

L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione e in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote.

La relazione deve indicare i criteri di determinazione del rapporto di cambio. (2)

Nella relazione devono essere segnalate le eventuali difficoltà di valutazione.

L'organo amministrativo segnala ai soci in assemblea e all'organo amministrativo delle altre società partecipanti alla fusione le modifiche rilevanti degli elementi dell'attivo e del passivo eventualmente intervenute tra la data in cui il progetto di fusione è depositato presso la sede della società ovvero pubblicato nel sito Internet di questa e la data della decisione sulla fusione (3).

La relazione di cui al primo comma non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione)."

Fusione

Per le sopra indicate argomentazioni la relazione (ex art. 2501-quinquies c.c.) non può che illustrare e giustificare unicamente il progetto di fusione, sotto il profilo giuridico ed economico.

La relazione può essere oggetto di rinuncia su consenso unanime dei soggetti che hanno diritto a prenderne visione (nelle associazioni gli associati o nelle fondazioni i partecipanti degli organi interni a struttura associativa con potere deliberante) perché la norma è dettata a loro tutela per consentire loro di essere informati sull'operazione. Qualora l'ente interessato dall'operazione di fusione fosse una fondazione e l'unico organo avente diritto a decidere in ordine alla trasformazione fosse l'organo amministrativo, dovendo la relazione essere redatta e approvata dallo stesso, non sembrerebbe trovare applicazione l'obbligo di deposito della relazione ed il diritto a rinunciarvi.

Scissione

In applicazione del secondo comma dell'art. 2506-ter la relazione dell'organo amministrativo (ex art. 2501-quinquies c.c.) deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato agli enti beneficiari e di quello che rimane all'ente scisso.

La relazione può essere oggetto di rinuncia su consenso unanime dei soggetti che hanno diritto a prenderne visione (nelle associazioni gli associati o nelle fondazioni i partecipanti degli organi interni a struttura associativa con potere deliberante) perché la norma è dettata a loro tutela per consentire loro di essere informati sull'operazione.

Relazione esperti

"Art. 2501-sexies

Relazione degli esperti

Uno o più esperti per ciascuna società redigono una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi:

a)) il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno di essi;

b) le eventuali difficoltà di valutazione.

La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio e sull'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato

L'esperto o gli esperti sono scelti tra i soggetti di cui al primo comma dell'articolo 2409-bis e, se la società incorporante o la società risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni, sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società.

Se la società è quotata in mercati regolamentati, l'esperto è scelto fra le società di revisione sottoposte alla vigilanza della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa.

In ogni caso, le società partecipanti alla fusione possono congiuntamente richiedere al tribunale (3) del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione o quella incorporante la nomina di uno o più esperti comuni.

Ciascun esperto ha diritto di ottenere dalle società partecipanti alla fusione tutte le informazioni e i documenti utili e di procedere ad ogni necessaria verifica. L'esperto risponde dei danni causati alle società partecipanti alle fusioni, ai loro soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile.

Ai soggetti di cui ai precedenti terzo e quarto comma 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'articolo 2343 .

La relazione di cui al primo comma non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna società partecipante alla fusione.”

La Relazione non è necessaria perché le norme in tema di rapporto di cambio non sono applicabili, in quanto non vi sono quote di partecipazione al capitale sociale da dover rispettare in relazione all'ente risultante dalla fusione o dalla scissione.

Perizia di stima

Laddove la fusione o la scissione comporti anche una trasformazione fra enti non profit, occorre applicare anche le norme proprie della trasformazione e pertanto occorrerà predisporre:

- la situazione patrimoniale munita dell'elenco dei creditori ai sensi dell'art. 42-bis primo comma, terzo periodo c.c., aggiornata a non più di 120 giorni (42-bis c.c.)
- relazione degli amministratori (art. 2500-sexies c.c.)
- perizia di stima (42-bis c.c.).

Quorum e forma deliberativa di fusione e scissione

La fusione andrà deliberata secondo le regole proprie del tipo di ente che intende attuare l'operazione come disciplinate dallo statuto previste per qualunque modificazione statutaria e sempre in considerazione del fatto che la fusione e la scissione costituiscono fenomeni meramente modificativi e non traslativi e/o estintivi. Qualora lo statuto non indicasse i quorum deliberativi, per le associazioni varrebbero quelli previsti dal secondo comma dell'art. 21 del c.c.

La decisione in ordine alla fusione/scissione deve essere verbalizzata per atto pubblico: per gli enti del terzo settore a' sensi dell'art. 22 sesto comma del CdTS e per gli enti muniti di personalità giuridica iscritti al RPG a' sensi dell'art 2 del DPR 361/2000.

Non sarà necessario invece l'atto pubblico qualora si tratti della fusione di due o più associazioni non riconosciute o di scissione di associazione non riconosciuta da cui non si costituiscano enti con personalità giuridica.

Si ritiene non applicabile analogicamente la norma che consente all'organo amministrativo di deliberare in ordine alla fusione o alla scissione, in quanto si considera espressione di un'eccezione al procedimento, fermo restando che nelle fondazioni sprovviste di organo assembleare, la decisione è rimessa necessariamente agli

amministratori. Tuttavia non manca chi considera possibile la decisione assunta dal CdA qualora previsto dallo statuto.

C) ATTO DI FUSIONE/SCISSIONE

In ordine alla possibilità di applicare alle fusioni di enti non profit il dimezzamento dei termini legali per la stipula dell'atto di fusione previsto dall'art. 2505-quater c.c., mancando qualsiasi disposizione in proposito, chi ritiene che tale riduzione sia considerata come una eccezione rispetto alla regola generale contenuta nell'art c.c. 2503 afferma essere necessario attendere il decorso dei sessanta giorni ivi indicati; chi invece ritiene che il termine dimezzato di trenta giorni si applichi a tutti i casi in cui non intervengono società azionarie, consente pacificamente l'applicazione del dimezzamento dei termini in tutti i casi di fusione tra enti non profit. La tesi più liberale poggia le proprie argomentazioni sulla motivazione che ha imposto l'obbligo del termine di 60 giorni, nel caso alla fusione partecipino società per azioni, motivazione basata sulla necessità di adeguare la nostra procedura ai termini in essere tra gli altri stati europei.

Si ritiene preferibile usare prudenza fino ad un maggior approfondimento del problema. Sino alla operatività del RUNTS relativa però ai soli ETS, non sarà di facile controllo per i terzi conoscere le decisioni degli enti con cui sono in contatto; pertanto è sempre meglio assumere atteggiamenti prudenziali.

Non si ritiene applicabile il dimezzamento per le scissioni, essendo dibattuta l'applicazione anche a questo istituto dell'art. 2504-quater, stante il mancato richiamo della norma in tema di scissioni.

Opposizione

Il generico richiamo alle norme societarie in materia di fusione e scissione rende inoltre applicabile per queste operazioni l'art. 2503 c.c. relativo alla opposizione dei creditori. Pertanto hanno diritto all'opposizione i creditori preesistenti alla pubblicità del progetto.

Ne deriva quindi che l'atto di fusione e scissione può stipularsi solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni delle rispettive decisioni salvo i casi previsti al primo comma dell'art. 2503 c.c.. Quanto alla possibilità di dimezzamento dei termini ex art. 2505 quater si ripete quanto sopra precisato.

Inoltre in caso di fusione o scissione che determinino anche una trasformazione, con riferimento però all'ente per il quale l'operazione comporti anche una trasformazione, occorrerà applicare la disciplina più rigorosa contenuta nell'art. 2500 novies che ammette una riduzione dei termini di efficacia nei soli casi di pagamento dei creditori oppure del loro espresso consenso.

Ad esempio nei seguenti casi:

- associazione che incorpora una fondazione o viceversa
- associazione non riconosciuta che incorpora associazione riconosciuta o fondazione o viceversa (fermo restando il problema di considerare trasformazione il passaggio da associazione riconosciuta ad associazione non riconosciuta e viceversa) - associazione che si scinde in favore di una fondazione o viceversa

- associazione riconosciuta o fondazione che si scinde a favore di una associazione non riconosciuta o viceversa.

Quindi in caso di fusioni/scissioni trasformative:

Legittimati all'opposizione sono i creditori anteriori alla pubblicità o in caso di più pubblicità da quella richiesta per la cessazione dell'ente.

Il termine di sessanta giorni per l'opposizione non potrà essere dimezzato

Il termine di opposizione decorrerà solo una volta dall'ultima delle date di pubblicità delle delibere.

Se la stipula dell'atto di fusione o scissione avverrà prima del decorso del termine, servirà il consenso dei creditori o il pagamento di quelli che non hanno dato il loro consenso, ma non sarà possibile anche il deposito delle somme presso una banca in quanto ipotesi non prevista dall'art. 2500-novies c.c.

Seguendo da ultimo il principio per cui il sistema di pubblicità degli atti del procedimento è quello proprio dell'ente che partecipa all'operazione, se ne deduce che l'efficacia della stessa dipenderà anche dall'avvenuta attuazione della pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione ai sensi dell'art. 2500, secondo comma, c.c., laddove la fusione o la scissione determini tale effetto.