

## LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

E' regolata da tre soli art del cod.civ.: 2500 septies 2500 octies e 2500 novies.

La nuova disciplina della trasformazione ha accentuato la funzione dell'istituto che consiste nella modifica dello schema organizzativo senza estinzione dell'ente originario. L'attività della impresa ha assunto un ruolo centrale nell'istituto superando il principio della causalità dei contratti quale limite all'applicazione della disciplina della trasformazione al di fuori delle ipotesi normative previste.

La dizione trasformazione eterogenea definisce una pluralità di fattispecie diverse tra loro ognuna delle quali è governata da una disciplina propria e tipica.

I casi previsti e regolati dal cod. prendono in riferimento lo schema associativo della soc. di capitali come punto di partenza o di arrivo. Troviamo coinvolta anche un'ipotesi estranea al contratto associativo : la comunione d'azienda.

Si rende necessario identificare delle norme generali di applicazione necessaria ad ogni fattispecie.

( lo stesso codice detta poi norme specifiche; vedi ad es. 2500 octies in tema di associazioni)

Esigenza generale: tutelare sia i diritti dei soci che quelli dei terzi dai mutamenti dello schema organizzativo da loro conosciuto, scelto o contattato.

Tre livelli di disciplina:

Norme generali che si applicano in tutti i casi di trasformazione: art. 2498- 2499- 2500-2500bis.

Si applicano il principio della continuità, quello della duplice pubblicità, ma non quello dell'efficacia della trasformazione dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari (terzo comma 2500 ) perché si applica l'art. 2500 novies. Resta invece valida la previsione di sanatoria prevista dall'art 2500 bis, l'invalidità non può più essere pronunciata dopo la pubblicità.

Norme generali che si applicano in tutti i casi di trasformazione eterogenea:

A) 2500 novies – Ogni ipotesi di trasformazione eterogenea è soggetta all'art 2000 novies. Se ne parlerà più dettagliatamente in seguito.

B) 2500 septies che si applica ogni volta si parte da una soc. di capitali o da una soc. alla quale possono applicarsi le norme dettate per le soc. di capitali.. Siccome richiama il 2500 sexies, la disciplina di entrambi si applica anche alle società cooperative a mutualità non prevalente (per il combinato disposto dell'art. 2519 e dell'art. 2545-decies ) ed alle società consortili che abbiano adottato lo schema di società di capitali, per applicazione dell'art. 2615ter.

Quali norme del 2500-sexies si applicano alle eterogenee del 2500-septies? Non la previsione delle maggioranze per le quali c'è una previsione espressa nel 2500-septies. Si applicano:

- a) la relazione degli amministratori che illustra motivi ed effetti della trasformazione e che va depositata presso la sede sociale;
- b) il diritto di ciascun socio di ricevere in assegnazione una partecipazione sociale proporzionale al valore della sua quota o azioni;
- c) la responsabilità illimitata alle obbligazioni contratte dall'ente prima della sua trasformazione (Vedi art.2269 in tema di società semplice che si applica a tutte le società di persone)

Quorum deliberativo: due terzi degli aventi diritto (2500 septies). Fermo il diritto di recesso Quorum minimo inderogabile anche in seconda convocazione, anche se lo statuto prevedesse quorum inferiori per le trasformazioni. E' derogabile in aumento fino all'unanimità per le srl e (secondo alcuni ) anche per le spa dove si ritiene ammissibile per modifiche specificatamente determinate dall'atto costitutivo – non si può negare ad un socio un potere interdittivo su una delibera che stravolge causa e struttura della società (massima 54 del 19-11-2004).

Perché "aventi diritto"? Per teste o per capitale? Non avrebbe senso dare un così grande potere ad una maggioranza per teste che potrebbe tuttavia detenere un'esigua parte del capitale. Forse però si riferisce ai titolari di strumenti finanziari con diritto di voto in particolari materie.

C) ogni ipotesi di trasformazione in società di capitali è soggetta all'applicazione analogica degli art. 2500 ter, 2500 quater primo comma , 2500quinquies.

L'art. 2500 septies richiama il sexies.

Ma per la trasformazione da altro ente in società di capitali, regolata dall'art. 2500octies, non si richiamano altri articoli.

In questo caso possiamo per analogia applicare l'art. 2500 ter relativamente alla necessità della relazione di stima anche se non espressamente prevista? Sì, per esigenze di tutela del capitale sociale ( massima n.20 del 18 marzo 2004). La stima è necessaria tutte la volte in cui lo schema organizzativo di partenza non soggiace agli stessi principi contabili e regole di bilancio previsti per le società di capitali. Non occorre la stima per la trasformazione da società consortile in forma di società di capitali o da cooperativa. Possiamo per analogia applicare il primo comma dell'art. 2500 quater relativo al diritto di ciascun socio di ricevere in assegnazione una partecipazione sociale proporzionale al valore della sua quota o azioni? Sì perché è un principio generale dell'istituto della trasformazione che questa lasci immutata la proporzione della partecipazione dei soci, così come ripetuto dal terzo comma dell'art. 2500 sexies, se non è diversamente regolato dalla legge (come per es. dall'art. 2500octies secondo comma in cui si dice che il cap. della società che risulta dalla trasformazione di un'associazione è diviso in parti uguali tra i soci.)

Possiamo per analogia applicare l'art. 2500 quinquies? Sì perché è un principio generale la conservazione della responsabilità illimitata per le obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione in seguito a modifiche che risultano da atto interno dei soci.

Di quali obbligazioni si tratta? Certamente di tutte quelle sorte prima dell'efficacia della trasformazione (2500novies) che senza la pubblicità non poteva essere conosciuta. E si può applicare anche la liberatoria prevista dal secondo comma dell'art. 2500quinquies ( il consenso si presume se si comunica per raccomandata la trasformazione ai creditori e questi non negano entro 60 giorni il loro consenso)

Norme specifiche dettate per i singoli casi di trasformazione eterogenea.

ARTICOLO 2005 novies.

L'art 2500-novies disciplina due profili, l'efficacia della trasformazione e l'opposizione dei creditori.

OPPOSIZIONE dei CREDITORI

Due erano le principali obiezioni all'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee prima della riforma:

1) Il diritto del socio alla conservazione dello scopo, ora tutelata da alti quorum deliberativi e dal recesso

2) il diritto dei creditori alla tutela dell'affidamento da essi riposto sulla struttura organizzativa e patrimoniale dell'ente debitore ora tutelato dal 2500 novies.

L'equilibrio tra le esigenze dell'autonomia privata e le ragioni dei creditori si attua ora non con divieti ma con forme di autotutela che potrà essere azionata dai creditori se lo riterranno opportuno. 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 e si apre con una citazione. E' soggetta ai termini della sospensione feriale.

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. Non potrà lamentare il venir meno della responsabilità perché per le obbligazioni pregresse resta, deve provare che il mutamento della struttura organizzativa non gli garantisce più la stessa tutela. Il giudice dovrà valutare caso per caso.

Chi può esercitare l'opposizione? Chi è creditore alla data della efficacia della trasformazione? 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.

Perché la norma non parla degli obbligazionisti? Siccome solo le spa possono emetterle, prima della trasformazione la spa deve estinguere il debito. Resta solo il caso di trasformazione da spa in cooperativa o in soc consortile sotto forma di spa, casi in cui gli obbligazionisti saranno equiparati ai creditori.

Resta aperto il problema dei creditori di una comunione d'azienda o di un consorzio senza attività esterna per i quali non sono previste forme di pubblicità per i fatti modificativi e i cui creditori hanno minore capacità di controllo.

#### EFFICACIA della TRASFORMAZIONE

A sensi dell'art.2500 novies la trasformazione ha efficacia decorsi sessanta giorni dal compimento della pubblicità prevista dall'art. 2005 (doppia pubblicità) se nessun creditore ha fatto opposizione. Si applica l'art. 2445.

Per l'opposizione è sufficiente che la citazione sia notificata (non è necessario il deposito in cancelleria che serve solo per la costituzione in giudizio). Allora come si fa a sapere se gli effetti decorrono o sono bloccati per effetto dell'opposizione? Possono saperlo solo gli amministratori che sono obbligati a non dare esecuzione.

Si può anticipare l'efficacia se consta il consenso dei creditori o il loro pagamento. L'art. 2503 in tema di fusione dice che i creditori che possono fare opposizione sono quelli precedenti alla pubblicazione del progetto. Quindi si può dare atto nelle delibere che i creditori aventi diritto all'opposizione sono stati tacitati. Ma in questo caso non li conosciamo ancora perché hanno diritto ad opporsi tutti quelli che diventano creditori fino alla pubblicità della cessazione dell'ente trasformato. Si dovrà ricorrere ad una dichiarazione degli amministratori successiva alla trasformazione. E' opportuno darne pubblicità presso i registri delle imprese interessati.( del resto anche per l'aumento di capitale gli amministratori devono depositare una dichiarazione sotto la loro

responsabilità.) Non si ritiene applicabile il deposito delle somme necessarie per soddisfare i creditori come previsto dall'art. 2503.

#### TRASFORMAZIONI ETEROGENEE ATIPICHE

Non sono regolate le seguenti ipotesi :

- a) tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea in cui ente di partenza o di arrivo sia una società di persone
- b) da cooperativa in associazione o fondazione
- c) da cooperativa in consorzio
- d) da associazione non riconosciuta in società di capitali
- e) da associazione riconosciuta o non riconosciuta in fondazione
- f) da associazione riconosciuta o non riconosciuta in cooperativa
- g) da società di capitali in associazione riconosciuta
- h) da fondazione in cooperativa
- i) da fondazione in associazione riconosciuta o non riconosciuta
- l) da o in impresa individuale

Prima della riforma l'argomento ostativo alla trasformazione atipica era basato sulla impossibilità della modifica causale a tutela di soci e creditori (cosiddetto criterio della omogeneità causale). Ora si può ragionare solo in tema di interessi coinvolti. Attualmente la causa non opera più come limite alla trasformazione ma come criterio per selezionare i casi di legittimazione dei creditori a proporre opposizione.

Quindi laddove sia possibile applicare in via analogica il sistema di autotutela regolato dall'art. 2500 novies sarà ammissibile la trasformazione eterogenea anche se non prevista. Sarà necessario, ma anche sufficiente, che l'ente trasformato o quello risultante dalla trasformazione siano soggetti alla iscrizione in un pubblico registro, questo perché la trasformazione deve essere pubblicizzata a sensi dell'art. 2500.

Viene unanimemente considerata possibile la trasformazione eterogenea delle società di persone e la esclusione è spiegata con la necessità per il legislatore di rispettare l'ambito di azione concessogli dalla delega, circoscritto alle soc. di capitali.

E' considerata ammissibile anche la trasformazione da associazione non riconosciuta in soc. di capitali senza rendere necessario il preventivo passaggio del riconoscimento. Tuttavia è meglio avere prudenza

Alcuni autori cominciano a ritenere possibile la trasformazione da impresa individuale a società di capitali con unico socio dopo l'ammissione della trasformazione da o in comunione di azienda. La differenza starebbe solo nel numero degli imprenditori.

#### SINGOLE IPOTESI DI TRASFORMAZIONE ETEROGENEA PREVISTE DALLA LEGGE

##### CONSORZI e SOCIETA' CONSORTILI

I soggetti consortili di cui agli art. 2500 septies e octies sono sia i consorzi interni con funzione anticoncorrenziale, sia i consorzi con attività esterna.

Bisogna quindi identificare la natura dell'ente coinvolto per applicare la normativa propria in via diretta o analogica.

Da società di capitali in consorzio o in società lucrativa

1) E' necessario tutelare i creditori: e a tal fine si applica il 2500 novies anche se il consorzio avrà la forma di società di capitali.

2) Quorum deliberativi.

E' necessario il consenso unanime stante la responsabilità, ex art. 2615 secondo comma, dei singoli consorziati per le obbligazioni assunte per loro dagli organi del consorzio? No perché la responsabilità illimitata cui fa riferimento l'art. 2500 septies è quella contenuta dall'art. 2267 che riguarda tutte le obbligazioni sociali non solo quelle contratte per conto del singolo consorziato ed anche la responsabilità degli altri consorziati in caso di inadempimento dell'interessato è meramente interna e non può essere fatta valere dai terzi. E' necessario il consenso unanime stante che l'atto costitutivo può prevedere l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro ( art.2603 sec. comma n.3 e art.2615 ter sec. comma)? No perché si ritiene che il diritto di recesso sia sufficiente per contemperare gli interessi in gioco.

3) Requisiti soggettivi.

Resta l'obbligo che tutti i consorziati siano imprenditori, altrimenti non si crea un consorzio. In caso contrario se l'ente trasformato è un consorzio si tratta di un'associazione non riconosciuta, se società consortile l'operazione si limiterà ad una modifica statutaria.. Il tenore letterale dell'art.2602 esclude la possibilità di un consorzio con un unico consorziato

A volte ( spesso per giustificare la partecipazione di enti pubblici a consorzi) è tollerata la partecipazione di non imprenditori, se strumentale alla realizzazione della finalità consortile. Spesso al consorzio partecipano enti pubblici portatori di interessi generali più ampi ma anche in sintonia con quelli del consorzio. Si crea una particolare categoria di soci che non fruiscono di prestazioni mutualistiche ma hanno funzione di sostegno e di supporto.

4) Siccome il consorzio è connotato da uno scopo mutualistico è certo che si dovrà mutare l'attività che costituisce l'oggetto sociale.

5) Se la trasformazione è da società di capitali in società consortile, valgono tutte le regole della trasformazione omogenea. Attenzione però alle norme sulla distribuzione degli utili.

Attenzione alla durata che nel consorzio o è esplicitata o per legge è ridotta a dieci anni ex art. 2604. La regola vale anche per le società consortili.

Quali quote spettano ai consorziati dopo la trasformazione in applicazione del terzo comma del 2500sexies richiamato dal septies? Bisogna distinguere la quota di partecipazione al fondo, che dovrà essere assegnata a ciascun socio in proporzione alla quota da lui precedentemente posseduta nel principio di continuità, dalla quota di contingentamento della produzione e degli scambi ( proporzionale alla ripartizione dei servizi ) che dovrà essere stabilita dall'atto di trasformazione per i singoli consorziati o i criteri per la determinazione di essa a sensi terzo comma art.2603.

Da società consortile in società lucrativa.

Quorum deliberativi. Previsti dal 2500 octies: quelli necessari per lo scioglimento anticipato.

Se mantiene lo stesso tipo sociale non presenta particolari problemi fatta eccezione per la modifica dell'oggetto, se invece cambia tipo si aggiungeranno le norme della trasformazione omogenea.

Da consorzio in società lucrativa

Quorum deliberativo è la maggioranza assoluta dei consorziati.

Le quote possedute nella società lucrativa saranno proporzionali a quelle di partecipazione al fondo.

I consorziati restano responsabili per le obbligazioni assunte per loro conto dagli organi consortili ex 2615 ma si ritiene applicabile la liberazione con il metodo previsto dal secondo comma dell'art. 2500quinquies. Invece cessa la responsabilità degli altri soci nel caso di insolvenza perché è sostituita dalle norme sul capitale, in particolare dagli art. 2446 e 2447 e, per le srl dagli art. 2482 ter e quater.

#### COOPERATIVE.

L'art.2500septies prevede la trasformazione da società lucrativa in cooperativa ma il 2500-octies non prevede quella da cooperativa in lucrativa perché l'ipotesi è regolata dagli art. 2545 decies e 2545 undecies

Da società cooperative in società lucrative.

Già si ammetteva se il tipo di arrivo era una società consortile per le affinità esistenti tra mutualità consortile e mutualità cooperativa.

La disciplina è integralmente contenuta negli art. 2545 decies e 2545 undecies infatti non è prevista dall'art.2500-octies.. Tuttavia anche questa ipotesi rientra nelle trasformazioni eterogenee.

Siccome le esigenze di tutela dei creditori esistono sia che lo schema della cooperativa sia quello da cui si parte che quello a cui si approda, si applica l'art. 2500-novies. Siccome alle società cooperative si applicano le norme della società per azioni o a responsabilità limitata ex 2519, in casi di trasformazione da soc. cooperativa si applica il 2500-sexies in quanto compatibile.

Alla disciplina comune si sommano le norme contenute negli art. 2545-decies 2545-undecies, 223quaterdecies e 223quinquindecies delle norme di attuazione.

Si possono trasformare soltanto quelle cooperative che non sono a mutualità prevalente, salvo il disposto degli art. 223quaterdecies e 223quinquindecies delle norme di attuazione.

Siccome la cooperativa si può trasformare sia in società lucrativa che in consorzio, è evidente che si possa trasformare anche in società consortile.

L'art. 2545-decies apre quindi una pluralità di ipotesi di trasformazione eterogenea di società cooperativa, ciascuna soggetta ad una particolare disciplina giustificata dalle caratteristiche peculiari della cooperative e da quelle del tipo di società lucrativa di arrivo. Se si arriva ad una società di persone si applicherà l'art. 2500-sexies per effetto del rinvio dell'art. 1519. Se invece si trasforma in una società di capitali allora troveranno applicazione le norme sulla trasformazione omogenea.

Quali cooperative possono trasformarsi?

Quelle non a mutualità prevalente o per costituzione o perché hanno perso la caratteristica della mutualità a sensi art. 2545-octies, e quelle costituite prima del primo gennaio 2004, purchè siano state sottoposte a revisione da parte dell'autorità nell'anno precedente oppure qualora gli amministratori ne abbiano fatto richiesta almeno novanta giorni prima.

Se una società consortile cooperativa si trasforma in società consortile lucrativa, siccome si opera nell'ambito di mutualità consortile senza mutamento di scopo, l'ipotesi è riconducibile alla categoria delle trasformazioni omogenee e si esclude l'applicazione dell'art. 2500novies.

Quindi non possono trasformarsi le cooperative a mutualità prevalente che presentano i requisiti previsti dagli art. 2513 e 2514.

Come si può accertare ciò?

1) controllare lo statuto per vedere se contiene le clausole dell'art. 2514. Tuttavia se anche le contenesse ma non si fosse mai attenuta a quanto previsto, l'esistenza delle clausole non applicate non costituisce un ostacolo alla trasformazione.

2) Controllare la nota integrativa dell'ultimo bilancio di esercizio dove i sindaci e gli amministratori devono aver evidenziato contabilmente i parametri indicati nell'art. 2513.

Si possono trasformare anche le cooperative che hanno perso la qualifica di mutualità prevalente.

Secondo l'art. 2545octies ciò avviene quando per due esercizi consecutivi non sono state rispettate le condizioni dell'art. 2513. Tuttavia in questo caso gli amministratori "sentito il parere del revisore esterno" devono preparare un bilancio al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale da imputare a riserva indivisibile.

Da far verificare da società di revisione e da notificarsi al ministero delle attività produttive.

Quindi per essere certi della perdita di mutualità bisogna farsi consegnare il bilancio redatto a sensi dell'art. 2545-octies.

Si può contestualmente deliberare di eliminare le clausole statutarie ex 2514, perdendo così la mutualità, e contestualmente trasformarsi in società lucrativa?

In tal caso bisogna redigere il bilancio ad hoc ex 2545-octies ma anche la relazione giurata dell'esperto designato da tribunale e attestante il valore effettivo dell'impresa prevista dall'art. 2545-undecies. Come si coordinano le due prescrizioni?

La legge vuole che la parte del patrimonio raccolta anche avvantaggiandosi delle agevolazioni fiscali accordate alle cooperative a mutualità prevalente, qualora si abbandoni quel tipo cooperativo, venga cristallizzato, non distribuito, in funzione antielusiva con obbligo di devoluzione ai fondi mutualistici che, nel caso di perdita della mutualità prevalente verrà posticipato al momento dello scioglimento, e in caso di trasformazione è immediatamente attuabile. Questa è per le cooperative una regola generale. E si applica sia per la perdita di mutualità che per lo scioglimento. Anche per la trasformazione parte del patrimonio deve essere devoluto ai fondi.

Quindi il fine che il legislatore vuole raggiungere chiedendo i bilanci o la relazione è quello di conoscere la situazione patrimoniale della cooperativa per calcolare quanto debba essere devoluto.

Allora è possibile surrogare il bilancio certificato con la relazione dell'esperto.

Quindi secondo alcuni commentatori, si potrà procedere contestualmente alla rinuncia dei soci alla mutualità prevalente sopprimendo le clausole dell'art 2514 e deliberare la trasformazione allegando solo la relazione dell'esperto nominato dal tribunale che da anche maggior garanzia di imparzialità (in tal senso Genco e Maltoni).

Sono due delibere distinte, la prima disciplinata dalla statuto e la seconda dall'art. 2545-decies

Tuttavia ci sono delle differenze.

Perché il 2545-octies prevede che gli amministratori redigano un apposito "bilancio" al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale "da imputare alle riserve indivisibili" mentre il 2545-undecies stabilisce che la delibera di trasformazione devolve ai fondi mutualistici il valore effettivo del patrimonio dedotti il capitale versato e

rivalutato, i dividendi non ancora distribuiti ed il capitale eventualmente aumentato per raggiungere il minimo previsto per il tipo societario prescelto. Quindi se la relazione dell'esperto deve essere fatta valere anche in sostituzione del bilancio degli amministratori ex 2545-octies, dovrà dar conto dell'intero patrimonio effettivo e non contabile e poi dedurre le voci previste dall'art 2545-undecies per definire la parte da devolvere (quindi patrimonio effettivo complessivo, dal quale vanno detratti il capitale versato ed eventualmente rivalutato, che può essere aumentato per raggiungere l'importo necessario al servizio della trasformazione, i dividendi non distribuiti). Secondo alcuni commentatori, per analogia con quanto previsto in caso di scioglimento che ammette la distribuzione delle riserve divisibili, l'obbligo di devoluzione non comprende le riserve divisibili. Alcuni commentatori ritengono che per non eludere il disposto dell'art.2454 octies non si possa aumentare il capitale sociale fino all'importo dovuto, avvalendosi delle riserve indisponibili.

Secondo altra dottrina la parte di patrimonio da devolvere ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione coincide con le riserve indivisibili, le quali però si pensa possano essere decurtate per l'aumento di capitale obbligato.

Se la cooperativa è stata costituita ante 2004, può sempre trasformarsi; tuttavia non ci sarà obbligo di devoluzione se non si era avvalsa delle agevolazioni spettanti in forza della legge "Basevi".

La delibera deve essere presa con le formalità previste per le modifiche statutarie ex art.2436.

Al fine di dimostrare l'avvenuto controllo della sussistenza delle condizioni di legge, la delibera deve contenere l'indicazione dell'avvenuta revisione dell'anno precedente o la presentazione da almeno 90 giorni della richiesta dell'organo amministrativo all'autorità di controllo delle cooperative. Dovrà essere allegata la relazione dell'esperto, in mancanza la delibera sarà illegittima per contrasto a norme imperative. I soci devono conoscere il valore effettivo del patrimonio per decidere se trasformare o meno. Quindi pur in mancanza di una previsione in proposito, permanendo l'obbligo degli amministratori di redigere la relazione prevista dal art. 2500-sexies che illustra le motivazioni e gli effetti della trasformazione, si è considerato applicabile anche per la relazione di stima dell'esperto l'obbligo di deposito previsto dall'art. 2500-sexies presso la sede sociale trenta giorni precedenti l'assemblea.

La delibera di trasformazione deve deliberare la devoluzione del patrimonio calcolato a sensi art.2545-undecies.

Quorum

Varia in considerazione del numero dei soci:

- fino a 49 è necessario ("deve" inderogabile) il voto favorevole dei due terzi dei soci;
- da 50 a 10.000 è necessario il voto favorevole di almeno la metà dei soci, modificabile in peius vedi "almeno";
- oltre 10.000 l'atto costitutivo "può prevedere" che sia necessario il voto favorevole dei due terzi dei votanti se sono presenti almeno il 20% dei soci.

Per applicazione del disposto dell'art. 2519, che richiama le norme di spa e srl, il socio assente o dissenziente ha diritto di recesso. Per la liquidazione della quota si applicherà l'art. 2535 disciplina speciale per le cooperative.

A sensi ultimo comma dell'art.2545-decies i titolari degli strumenti finanziari partecipativi con diritto di voto (quindi esclusi i titolo meramente finanziari o di debito) sono trattati come i soci operatori ed al loro andranno assegnate partecipazioni della società trasformata.

Nel rispetto del principio di continuità espresso dall'art 2500-sexies, ai soci della cooperativa andranno assegnate quote o azioni proporzionalmente alla loro partecipazione al capitale sociale della cooperativa trasformata.

Resta fermo l'obbligo del consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Trasformazione di società lucrativa in cooperativa.

In primo luogo è necessaria la presenza di almeno tre soci cooperatori persone fisiche (se cooperativa agricola possono essere anche tre società semplici) o di nove soci.

La cooperativa potrà assumere come regime di riferimento quello della spa che è previsto in modo generale dall'art 2519. Può assumere quello delle srl se i soci sono meno di 20 oppure se l'attivo dello stato patrimoniale è inferiore ad un milione di euro. Se i soci sono meno di nove e persone fisiche deve assumere il regime delle srl.

A sensi art. 2500 l'atto di trasformazione deve essere pubblico e deve contenere le indicazioni previste per l'atto costitutivo del tipo adottato. Quindi tutti i dati previsti dall'art. 2521. Per svolgere l'attività con i terzi deve essere espressamente previsto.

Nelle cooperative l'art 2525 impone dei valori minimi e massimi per azioni e quote.

Cosa accade se:

a) le azioni della spa che si trasforma hanno un valore nominale inferiore a 25 euro?

Si deve procedere ad un preventivo raggruppamento azionario anche se comporta problemi di resto. Si considerano ammesse comproprietà per le azioni di cooperativa per il rinvio al 2347.

b) la spa ha azioni prive di valore nominale? Sembra possibile che anche le cooperative emettano azioni prive di valore nominale a sensi art. 2346

c) uno o più soci hanno partecipazioni del valore nominale inferiore a 25 euro? Se possibile si procede preventivamente ad aumento gratuito del capitale, mediante imputazione di riserve disponibili, altrimenti la trasformazione resta inibita.

d) uno o più soci hanno partecipazioni di valore superiore a centomila euro?

Preventiva riduzione del capitale mediante restituzione dei conferimenti o liberazione dai versamenti ancora dovuti. Se contestuale alla trasformazione gli effetti di quest'ultima saranno posticipati ai tempi di efficacia della riduzione del capitale, 90 giorni.

Il passaggio di una cooperativa dallo schema organizzativo della spa a quello della srl costituisce trasformazione in senso tecnico con applicazione degli art. 2498-2499 2500 e 2500bis e diritto di recesso del socio?

Parte della dottrina ha risposto positivamente argomentando che si modifica la disciplina di riferimento come in ogni caso di trasformazione omogenea.

Sono fuori della previsione dell'art 2545decies i consorzi agrari, le banche popolari, le banche di credito cooperativo se con forma di cooperativa.

## COMUNIONI D'AZIENDA

Caso anomalo tra le trasformazioni eterogenee perchè pur superando il limite della omogeneità causale negli altri casi si è comunque rispettato quello di continuità dell'ente come centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive nonché dell'esistenza di un contratto sociale costitutivo dell'ente trasformando. In tutte le trasformazioni deve essere rispettato il principio di continuità. Di cosa? Non del soggetto

perchè la comunione d'azienda non è un ente, non dell'attività perché non è ammessa la comproprietà di impresa.

La continuità può essere intesa solo come continuità del vincolo di destinazione impresso ad un patrimonio per l'esercizio di un'attività. Continuità e salvaguardia del solo elemento patrimoniale anche rispetto a situazioni che imporrebbero l'estinzione dell'ente e la devoluzione del patrimonio ad altro soggetto giuridico. Continuità dell'organismo produttivo, continuità dell'azienda

Qui la trasformazione è stata intesa come "procedimento tecnico di cambiamento di una forma organizzativa dell'esercizio di un'attività economica imprenditoriale, senza passare attraverso la fase della liquidazione con assegnazione ai soci o della costituzione con conferimento di azienda".

La comunione di azienda esprime una situazione di contitolarità statica al solo scopo del godimento.

Il nostro ordinamento nega l'esistenza di una contitolarità o comproprietà di impresa a sensi art. 2248.

Se dunque si utilizza l'azienda comune per esercitare un'attività economica, ciò comporta automaticamente l'applicazione della disciplina delle società e la cessazione della comunione di azienda con conseguente applicazione delle norme sul fallimento e delle norme societarie.

In entrambi i casi di trasformazione progressiva (da comunione in società) e regressiva (da soc. in comunione) si assiste ad un mutamento della titolarità, così come nelle vicende traslative, con effetto novativo rispetto al contratto originario.

Nel primo caso l'effetto prodotto è assimilabile a quello di conferimento e nel secondo a quello di uno scioglimento di società con assegnazione ai soci .

Qual è il confine tra la legittimità della trasformazione come sistema di estinzione della società alternativo alla liquidazione? Ci si può avvalere della trasformazione solo quando sussista un'azienda e oggetto dell'attribuzione alla contitolarità dei soci sia l'intera azienda completa di ogni suo avere o rapporto senza applicare la disciplina della liquidazione. In tutti gli altri casi si dovrà procedere con la liquidazione.

Così nel caso opposto si potrà derogare alle norme sul conferimento.

Presupposto per la trasformazione è quindi l'inesistenza dell'attività di impresa che comporta automaticamente la presunzione dell'esistenza di una società di fatto. Numerose sentenze in casi di eredità di azienda.

Quindi se si parte dalla società è necessario che questa possieda un'impresa non operante altrimenti creerebbe una società di fatto. Unico caso ipotizzabile è quello di una società di capitali che abbia concesso in affitto l'unica sua azienda; passando alla comunione si darà luogo ad una contitolarità di azienda senza la gestione della stessa da parte dei proprietari.

Tuttavia se i soci volessero comunque procedere alla trasformazione pur nella operatività dell'impresa si assumono il rischio di una riqualificazione della medesima in società di fatto con assunzione della responsabilità illimitata e fallimento.

Stante la mutazione del soggetto titolare tipico delle vicende traslative, si applicano alla fattispecie le norme dettate in tema di cessione di azienda? No perché essendo stata qualificata come trasformazione troveranno applicazione le norme speciali ivi previste:

- Regola della continuità:
- Opposizione dei creditori che sono così molto più tutelati che nel caso di cessione di azienda;
- Effetto sanante della pubblicità ex art. 2500-bis

- La responsabilità dei soci. In caso di trasformazione di società in comunione tutti i soci assumono la responsabilità illimitata anche per le obbligazioni sociali anteriori alla trasformazione; nel caso inverso i comunisti continuano a rispondere delle obbligazioni pregresse ex art.2500quinquies .

Siccome cambia il soggetto titolare dei diritti si consiglia la trascrizione presso l'Agenda del Territorio se nell'azienda figurano immobili, in entrambe le fattispecie; con evidenza delle quote possedute se trasformazione regressiva.

Da società di capitali in comunione d'azienda.

E' necessario il consenso di tutti i soci perché assumono responsabilità illimitata

Sussiste il diritto di recesso.

Si consiglia di allegare un inventario con l'elenco dei cespiti aziendali

Nel verbale è necessaria l'indicazione delle quote di partecipazione di ogni comunista proporzionali al capitale posseduto.

Si applicano le norme regolatrici della comunione.

Problema: le posizioni debitorie e creditorie sono imputabili ai comunisti pro quota o in solido?

Si applica per analogia quanto elaborato in caso di sopravvenienze attive o passive dopo la liquidazione della società. In mancanza di normativa la dottrina (Colombo-Portale, Niccolini) ha optato per la responsabilità solidale in conformità alle norme generali in materia di obbligazioni.

Da comunione d'azienda in soc. di capitali

E' necessaria la decisione all'unanimità

Bisognerà redigere l'atto costitutivo della società

Trattandosi di trasformazione e non di conferimento non vale la regola della non necessità della proporzionalità tra conferimenti e partecipazione al capitale. Pertanto sarà necessario indicare le quote di proprietà sull'azienda risultanti dal titolo di provenienza. In mancanza c'è una presunzione di uguaglianza.

## ASSOCIAZIONI

Trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta.

Si applicano le norme generali.

L'art. 2500-septies chiede il consenso dei soci che assumeranno responsabilità illimitata. Però anche l'applicazione dell'art. 38 non determina una responsabilità dell'associato tout court; è necessario che agisca spendendo il nome dell'associazione. Quindi non c'è diritto di veto. Il quorum richiesto è il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto.

L'art. 2500-septies rimanda al 2500-sexies.

Quali sono le norme applicabili alla fattispecie?

L'obbligo alla relazione degli amministratori.

Non sembra applicabile l'assegnazione di una partecipazione proporzionale al valore della quota. Tuttavia siccome le realtà delle associazioni non riconosciute sono le più varie e non si può escludere la possibilità che esistano categorie di associati per i quali si deroghi al principio della uguaglianza nella erogazione di servizi o delle prestazioni associative, non si può negare l'esistenza di realtà in cui gli associati siano portatori di interessi diversi.

Trasformazione di associazione riconosciuta in società di capitali

Quorum deliberativo: quello previsto per legge in caso di scioglimento art. 21 ultimo comma tre quarti. Unico quorum inderogabile per le associazioni.

Non è prevista la trasformazione di associazione non riconosciuta. Perché? Nessuno riesce a spiegarlo. Può solo ipotizzarsi un favor per le associazioni riconosciute.

La normativa dettata in tema di trasformazione da associazioni sportive dilettantistiche in società di capitali è speciale e resta in essere.

Stante l'esplicito divieto dell'art. 2500-octies non è stata ritenuta possibile la trasformazione da associazione non riconosciuta in società cooperativa ( ex art. 2519) anche se già ammessa in giurisprudenza. Tuttavia secondo altri solo il divieto esplicito può essere considerato applicabile e quindi si ammette.

Sembra invece ammessa l'ipotesi di trasformazione da associazione non riconosciuta in società di persone.

L'associazione riconosciuta con un unico socio può trasformarsi in società per azioni o in società a responsabilità limitata con unico socio.

Limiti della trasformazione

Possono essere di natura statutaria cioè la trasformazione può essere esclusa nello statuto dell'associazione. Si considera possibile eliminare quella clausola all'unanimità

Possono esserci dei limiti di natura particolare in ragione della peculiare attività dell'ente. Limiti legali particolari sono invece quelli previsti dall'art. 2500-octies "non è ammessa per le associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico". E' sufficiente averle ricevute anche se non sono più presenti nel patrimonio dell'ente.

L'art. 223 octies disposizioni di attuazione, per le associazioni già costituite al 1 gennaio 2004, prevede che la trasformazione sia possibile "solo se non comporta distrazione dalle finalità originarie di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione". C'è differenza tra le due previsioni?

Il limite sembra più ampio che nel 2500octies perché comprende anche fondi creati con le agevolazioni fiscali. Però qui si dice che non è ammessa la trasformazione se c'è distrazione dei fondi; quindi se non si distraggono ma si riesce ad utilizzarli per lo scopo per cui erano stati versati la trasformazione è ammessa; inoltre la distrazione può avvenire solo se i fondi ci sono ancora quindi se non ci sono più è ammessa. Un regime più libero perché gli enti già esistenti non devono subire troppi limiti nuovi.

La ratio dell'intera normativa sta nell'evitare raggiri che creino sfiducia negli enti non profit ( i terzi hanno riposto fiducia nella destinazione dei fondi allo scopo dichiarato) e per evitare alterazioni significative del regime di concorrenza fra imprese immettendo sul mercato enti che hanno goduto di aiuti o agevolazioni.

Saranno gli amministratori a rilasciare in atto una dichiarazione in tal senso assumendosene la responsabilità. In caso di false dichiarazioni la trasformazione è invalida.

L'associato avrà diritto di recesso. Non quello ad nutum previsto e regolato dall'art.24 che ha effetto alla fine dell'anno in corso e richiede un preavviso di almeno tre mesi ma un recesso per giusta causa come espressione dell'esigenza di protezione della libertà individuale.

L'art.24 nega la possibilità di ripetere quanto versato. Forse nel caso in oggetto sarà possibile ottenere, se l'associazione persegue fini di natura economica, la ripetizione del contributo per servizi non usufruiti.

L'art. 2500 richiede che l'atto di trasformazione sia soggetto alle forme di pubblicità previste per il tipo adottato nonché quelle richieste per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

Quindi l'atto deve essere pubblico ed il notaio dovrà fare tutti controlli per l'iscrizione nel registro delle imprese previsti dal codice per la costituzione delle società di capitali. Come si conciliano questi controlli con quelli dell'autorità amministrativa? L'atto è modifica dell'associazione quindi sarà soggetto alla normativa dell'art.2 del D.P.R. 361/2000, soggetto al controllo dell'autorità governativa ma non alle norme previste dagli art. 11/20 delle norme di attuazione con l'intervento del Presidente del Tribunale che ordina la cancellazione perché quelle sono dettate solo per la liquidazione dell'ente che in questo caso non c'è. Quindi la cancellazione deve essere richiesta dall'autorità governativa e non dal presidente del tribunale.

I due controlli (dell'autorità governativa e del notaio) coesistono perché coprono due aree diverse e ciascuno dei due controllanti, se lo ritiene, può rifiutare di iscrivere la cessazione o la iscrizione.

Siccome l'associazione non soggiace per legge agli stessi principi contabili e regole di bilancio e di protezione del capitale dettate per le società di capitali sarà necessaria la relazione di stima.

Il capitale dalla società risultante dalla trasformazione viene ripartito in parti uguali tra gli ex associati salvo diverso accordo che va assunto all'unanimità. La norma però non considera delle realtà associative in cui esistono differenti posizioni tra i soci. In questi casi secondo alcuni autori le diverse posizioni possono essere portate nella società di capitali con l'accordo della maggioranza che delibera senza necessità dell'unanimità.

## FONDAZIONI

Da società di capitali in fondazione

La fondazione può esercitare attività lucrative fermo il limite del lucro oggettivo. Eterodestinazione dei risultati.

Quali regole si applicano?

Non la conservazione di una partecipazione proporzionale a quella posseduta prevista dall'art. 2500sexies perché nella fondazione manca il substrato soggettivo che lo consente.

Tuttavia, qualora nella fondazione si prevedesse un organo collegiale interno di indirizzo come nelle fondazioni di partecipazione, non può escludersi che i soci decidano di conservare, al solo fine del quorum deliberativo assembleare, il rapporto di partecipazione al capitale preesistente.

L'art.2500-septies stabilisce che "la delibera di trasformazione produce gli effetti ecc...."  
Che vuol dire?

La delibera non è sufficiente a creare la fondazione. Ci vuole il riconoscimento.

A sensi dell'art. 2500 ci vuole anche la cancellazione della società di capitali dal registro imprese. Quale adempimento deve essere fatto per primo? Il notaio a sensi dell'art. 2436 deve iscrivere la delibera di trasformazione che comporta la cancellazione della società nel registro imprese entro 30 giorni. E se la fondazione non è stata ancora iscritta al registro persone giuridiche? La trasformazione è inefficace e quindi non c'è problema.

La delibera di trasformazione, in applicazione dell'art 2437bis u.c. resta revocabile sino alla efficacia della trasformazione, quindi finchè non sono decorsi senza opposizioni 60 giorni dall'adempimento dell'ultimo degli obblighi pubblicitari della cancellazione della società dal registro imprese e dell'iscrizione della fondazione nel registro persone giuridiche. Pertanto, qualora il riconoscimento della fondazione avvenisse prima della cancellazione della società, non troverebbe applicazione il disposto dell'art.15 che prevede la revocabilità dell'atto costitutivo di fondazione sino al riconoscimento.

Da fondazione in società di capitali

La trasformazione prevista dall'art. 28 è solo cambiamento dello scopo e si applica solo al verificarsi delle tre condizioni ivi previste.

La trasformazione dell'art.28 è dettata nel rispetto dello scopo del fondatore.

Nella trasformazione regolata dall'art 2500 octies si privilegiano le ragioni dell'impresa e non lo scopo ideale del fondatore, per questi motivi è sottratta ai limiti dell' art.28 .

Le azioni o quote della società vanno solo a enti che perseguono finalità analoghe a quelle della originaria fondazione così da rispettare comunque la volontà del fondatore. Adottando però una struttura più efficiente.

L'autorità governativa non può decidere di sua iniziativa (come previsto dall'art. 28) ma deve muoversi su proposta dell'organo competente.

L'unico che può valutare le esigenze organizzative della fondazione.

E' necessario allegare lo statuto sociale approvato dall'organo amministrativo della fondazione.

Il fondatore potrebbe prevedere e proibire la trasformazione (come nel 28)? Si ritiene di sì.

Per la fondazione si applicano i limiti previsti per le associazioni dal terzo comma dell'art 2500 octies o si può procedere anche se la fondazione avesse ricevuto pubblici contributi? Se la ratio è l'affidamento dei terzi sulla destinazione delle offerte fatte ai fini ideali della fondazione, tale motivazione non viene meno e quindi devono applicarsi gli stessi limiti.

Si può trasformare una fondazione non riconosciuta? No perché non ammessa.

Procedimento

La proposta va fatta con verbale dell'organo amministrativo anche non in forma pubblica perché l'esigenza di forma dell'art. 2500 è riferita all'atto amministrativo.

Necessità di perizia per il capitale per applicazione analogica dell'art.2500 ter.

Tutto il procedimento di trasformazione compresa l'iscrizione al registro imprese sembra essere affidato interamente all'autorità governativa, che quindi dovrà valutare anche la legittimità delle clausole statutarie della società in deroga all'art. 2436.

**Maria Nives Iannaccone**



[www.iannacconerinaldi.it](http://www.iannacconerinaldi.it)