

MARCO LAMANDINI

COMMENTO ALL'ART. 2497 *SEXIES*; LE  
FUSIONI TRANSFRONTALIERE



*giuffrè editore - 2016*

---

*Estratto dal volume:*

**LE SOCIETÀ PER AZIONI**

**Codice civile e norme complementari**

Diretto da

Pietro Abbadessa - Giuseppe B. Portale

a cura di

Mario Campobasso - Vincenzo Cariello - Umberto Tombari

**Tomo II**

**Codice civile** (artt. 2436-2451, 2484-2506 *quarter*, 2621-2642)

**Fusioni transfrontaliere**

**Testo unico della finanza**

(artt. 83 *bis*-89, 114 *bis*, 120-123, 123 *ter*, 125 *bis*-127 *sexies*, 130, 132, 135 *novies*-135 *undecies*, 136-138, 141-144, 145-154 *quarter*)

**2497  
sexies**

(1) **Presunzioni.** — *Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359* (2) (3).

(1) V. nota al Capo IX.

(2) Comma così modificato dall'art. 5 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. *aaa*, d.lg. 6 febbraio 2004, n. 37.

(3) Seguiva un secondo comma soppresso dall'art. 5 d.lg. n. 6, cit., come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. *aaa*, d.lg. n. 37, cit.

di **MARCO LAMANDINI**

**BIBLIOGRAFIA**

BIANCHI L.A., *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 253; CARIELLO [1], *Commento all'art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Jovene, III, 2004; CARIELLO [2], *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1; DAL SOGLIO, *Commento agli artt. 2497 sexies e 2497 septies*, in *Commentario*, a cura di Maffei Alberti, III, Cedam, 2005; FIGÀ TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1202; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura del medesimo, Zanichelli, 2005; IRACE, *Commento all'art. 2497 sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Giappichelli, 2003, 348; LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Giuffrè, 1995; MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società*, in *G. comm.*, 2013, II, 743; MONTALENTI [1], *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 320; MONTALENTI [2], *I gruppi di società*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *Le società per azioni*, in *Tratt. d. comm.*, a cura di Cottino, IV, 1, 2010, 1039 ss.; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c. Brevi considerazioni di sistema*, in *G. comm.*, 2004, I, 983 ss.; NOTARI, BERTONE, *Art. 2359*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, 2008; PICCIAU C., *Art. 2497 sexies*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, 2012; WEIGMANN, *Verso una definizione di s.r.l. controllata*, in corso di pubblicazione in *Riv. d. soc.*, 2014, 30.

**SOMMARIO**

1. Premessa. — 2. Il coordinamento tra la presunzione da "consolidamento" e quella da "controllo" codicistico. — 3. La prova contraria.

**1. Premessa.** Il nostro ordinamento e quello europeo, come è ben noto (sia consentito rinviare sul punto al commento all'art. 2359 c.c.) ricollegano alle fattispecie di "controllo" interno una prognosi di influenza determinante potenziale sull'assemblea della stessa. Nel nostro ordinamento, inoltre, a seguito della riforma del diritto societario, l'art. 2497 *sexies* ricollega al "controllo" anche la presunzione, che espressamente si prevede ammetta la prova contraria ed è dunque relativa (*iuris tantum*), di esercizio effettivo di direzione e coordinamento, e dunque una prognosi di effettiva influenza gestionale sulla complessiva attività d'impresa idonea a realizzare il coordinamento delle politiche gestionali di gruppo. Direzione e coordinamento e controllo sono, naturalmente, fattispecie distinte, nel senso che, come è stato correttamente osservato, la prima costituisce un sottoinsieme della seconda connotata da un *quid pluris* di potere sia in termini

di effettività sia in termini di contenuto (per tutti MONTALENTI [2], 1039; C. PICCIAU, 345, ove anche l'esatta precisazione che, viceversa, secondo un orientamento ormai consolidato e corretto, direzione unitaria e direzione e coordinamento sono espressioni nei fatti equivalenti; in giurisprudenza, riconosce che nonostante l'esistenza del controllo, per ritenersi sussistente la direzione e coordinamento occorra la prova di un *quid pluris* sintomatico di un'ingerenza gestionale effettiva nell'attività d'impresa Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Riv. d. priv.*, 2009, II, 115; Trib. Palermo, 15 giugno 2010, in *F. it.*, 2011, c. 3184).

Sono anzitutto gli amministratori della società controllata che, ai sensi dell'art. 2497 *bis*, devono verificare se il "controllo" dia luogo o meno, nello specifico caso, a direzione e coordinamento della controllante sulla controllata, giacché essi sono obbligati a dare iscrizione nel registro delle imprese della soggezione all'altrui direzione e coordinamento, pena l'insorgenza in capo agli stessi, in caso di omessa iscrizione, di responsabilità per i danni che la mancata conoscenza di tale fatto abbia recato ai soci o ai terzi. Ma la questione riveste, naturalmente, importanza anche per i soci e i creditori della controllata in ipotesi lesi nei loro interessi protetti dalla gestione della società frutto di altrui direzione e coordinamento, giacché lo speciale regime di responsabilità da direzione e coordinamento previsto dall'art. 2497 c.c. presuppone la ricorrenza e la prova (anche presuntiva) della stessa.

**2. Il coordinamento tra la presunzione da "consolidamento" e quella da "controllo" codicistico.** La presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c. rinvia a due nozioni di "controllo", le quali tuttavia non vengono considerate dalla norma in una relazione di reciproca esclusione bensì in una relazione di necessaria complementarietà.

Anzitutto si rinvia alla nozione *speciale* dettata in materia contabile ai fini della individuazione della società o dell'ente tenuto al consolidamento (sulla quale v. da ultimo, diffusamente, L.A. BIANCHI, 253 nonché C. PICCIAU, 352 ss.), la quale, a sua volta, si articola in modo parzialmente differenziato a seconda che rilevi la disciplina *generale* del consolidamento dei conti o quella *speciale* prevista nei settori regolamentati.

In secondo luogo, e ad integrazione e completamento in ogni caso delle fattispecie di controllo che impongono il consolidamento, viene fatto rinvio alla nozione generale di "controllo" di cui all'art. 2359. Ciò consente di rinviare, sul punto, al commento dell'art. 2359, giacché l'ampiezza in concreto della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* risente profondamente, a ben vedere, delle opzioni interpretative prescelte nell'interpretazione della nozione generale di "controllo", ad esempio in punto di "controllo" plurimo disgiunto, di "controllo" congiunto (v. CARIELLO [2], 34; CARIELLO [1], 1869, nt. 56), di "controllo" contrattuale. Peraltro, come è stato anche di recente opportunamente segnalato, si deve usare cautela nell'applicazione analogica della definizione di controllo dettata per la s.p.a. alla s.r.l. (WEIGMANN, 34), atteso che il regime legale della s.r.l. dettato dalla riforma del diritto societario consente opzioni statutarie (ad esempio in tema di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva ai sensi dell'art. 2475 co. 3 c.c., di riserva a singoli soci dell'incarico di

amministrazione ai sensi dell'art. 2468 co. 3 e 4 c.c.) che potrebbero in talune situazioni rendere insufficiente, ai fini della ricorrenza dell'influenza dominante, la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (salvo considerare inderogabile, come suggerisce l'A. ora ricordato, il diritto di deferimento all'assemblea delle decisioni sugli atti di gestione ai sensi dell'art. 2479 co. 1 e 4 c.c.).

Peraltro, per quanto la norma dell'art. 2497 *sexies* utilizzi il rinvio all'art. 2359 come una "norma di chiusura" (come risulta manifesto dall'espressione "*o che comunque* la controlla ai sensi dell'art. 2359"), con ciò lasciando intendere che il legislatore si è verosimilmente prefigurato che la definizione di controllo di cui all'art. 2359 abbia ampiezza maggiore di quella rilevante ai fini della c.d. area di consolidamento, possono ricorrere anche ipotesi in cui la disciplina speciale sul consolidamento qualifica come di "controllo" in base ad altri rapporti giuridici diversi da quelli contemplati dall'art. 2359, fattispecie che possono viceversa sfuggire alla nozione codicistica. La lettera dell'art. 2497 *sexies* sembra tuttavia chiara nel prevedere che, perché possa invocarsi la presunzione di "controllo", è sufficiente che una certa fattispecie concreta possa sussumersi in almeno una delle due nozioni di "controllo" evocate dall'art. 2497 *sexies* (quella speciale da consolidamento o quella generale), sicché rientrano nell'ambito dell'art. 2497 *sexies* tutte le ipotesi di (genuino) controllo che, in direzione bi-univoca, siano previste dall'uno o dall'altro sistema "nozionale" di riferimento (che, come è noto, presentano una articolazione talora complessa, tenuto anche conto degli indici aggiuntivi e speciali di direzione unitaria presenti nella legislazione speciale), anche qualora non risultino, in ipotesi, condivise dai due.

**3. La prova contraria.** La questione centrale, nell'applicazione dell'art. 2497 *sexies*, appare tuttavia quella della c.d. prova contraria e cioè di come sia possibile sovvertire la, pur relativa, presunzione di direzione e coordinamento ove ricorrano le fattispecie di "controllo" descritte dalla norma. La disciplina legale ha infatti inteso esprimere il principio (GALGANO, 192 il quale ricorda come a conclusioni analoghe fosse pervenuto prima della riforma del diritto societario LAMANDINI, 241) che "si presume che la società controllante si avvarrà delle propria posizione di supremazia derivante dalle partecipazioni azionarie o dai vincoli contrattuali per determinare la condotta degli affari delle società dipendenti, imponendo agli organi di queste la propria direzione". La presunzione è tuttavia solo relativa ed ammette la prova contraria.

A riguardo taluna dottrina ha ritenuto che la prova contraria si traduca nei fatti in una *probatio diabolica* (DAL SOGLIO, 2424). Ciò non di meno, è orientamento maggioritario e corretto che il carattere solo relativo della presunzione deve (e può) lasciare spazio ad una adeguata valutazione in fatto circa l'effettivo conformarsi della relazione di influenza tra la controllante e la controllata, di modo che, anche in ipotesi di consolidamento della partecipazione o di ricorrenza del "controllo" codicistico, la controllante possa sottrarsi alla presunzione di direzione e coordinamento ogni qual volta essa dia la prova di "essersi limitata a gestire il proprio pacchetto di partecipazione senza esercitare alcuna influenza sulla gestione e

quindi avendo di mira solo scopi finanziari o di godimento” (v. C. PICCIAU, 371; FIGÀ TALAMANCA, GENOVESE, 1202) o comunque, tenuto anche conto dei doveri che la legge comunque impone alla controllante di vigilanza e monitoraggio sulla controllata, di “non essere andata più in là dell’esercizio dei poteri di controllo” (NOTARI, BERTONE, 726).

Ed invero, non solo la dottrina (v. LAMANDINI, 79), ma anche l’esperienza applicativa hanno da tempo evidenziato come l’autonomia statutaria e contrattuale possa essere legittimamente esercitata al fine di assicurare, ad esempio mediante clausole statutarie e adeguati protocolli o regolamenti contrattuali di autonomia gestionale (anche al di fuori e al di là di quanto è previsto ad esempio nell’ambito assicurativo, in cui i protocolli di autonomia sono disciplinati espressamente dall’art. 75 del codice delle assicurazioni che ha confermato indicazioni già presenti nel d.m. 24 aprile 1997, n. 186 in relazione agli impegni da assumersi dal socio di controllo al fine di assicurare l’autonomia della gestione dell’impresa assicuratrice), alla società che pur resta “controllata” secondo le nozioni di controllo rilevanti ai fini dell’art. 2497 *sexies* quel livello di autonomia e “indipendenza” gestionale che la sottrae alla direzione e coordinamento della “controllante” e che in altri termini esclude che ricorra in concreto un potere di influenza dominante o determinante effettivo sugli amministratori della controllata volto ad indirizzarne le scelte gestionali più rilevanti. A riguardo rileva, con le specificità insite nel modello di amministrazione concretamente assunto (che può, nel caso del modello di amministrazione dualistico, probabilmente favorire una maggiore separatezza di ruoli tra soci e gestori e comunque assurgere, in molti casi, a valore simbolico di una più spiccata autonomia del *management* dagli azionisti), il regime statutario di articolazione delle funzioni gestorie e di indirizzo strategico (e in tale prospettiva anche il ruolo e la rilevanza numerica degli amministratori indipendenti) nonché, soprattutto, il regime contrattuale di obbligo, assunto con la società controllata da parte della controllante “interna”, di limitare la propria influenza esclusivamente a quella dell’influenza dominante in assemblea nella nomina degli amministratori. Si è così, correttamente osservato (GALGANO, 193) che “è legittimo ritenere che la prova contraria di cui al presente articolo possa essere preconstituita dall’ente controllante sulla base di una clausola statutaria, la quale disponga che eventuali partecipazioni in società non possono essere utilizzate per esercitare su di essa alcuna attività di direzione e coordinamento. Una simile clausola statutaria avrà l’effetto di invertire l’onere della prova: sarà chi agisce nei confronti della controllante a norma dell’art. 2497 c.c. a dover provare che, nonostante quella clausola, essa ha di fatto esercitato la predetta attività”. A risultati analoghi si perviene (ancora GALGANO, 193) mediante l’intestazione della partecipazione ad un *trust* di scopo (ammissibile anche come *trust* interno ai sensi della legge 16 ottobre 1989 n. 364 che ratifica la convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985), purché lo strumento istitutivo assicuri che il *trustee* non sia sottoposto neppure di fatto, nell’esercizio del diritto di voto inerente alle partecipazioni costituite in *trust*, alla volontà e alle istruzioni del disponente.

Si è infine ritenuto (GALGANO, 193) che costituisca prova contraria la circostanza che la controllante abbia appostato a bilancio la partecipazione non già tra le immobilizzazioni finanziarie (voce B-III ai sensi dell’art. 2424 c.c.) bensì tra l’attivo

circolante (voce C-III), pur avendosi cura di precisare (ancora GALGANO, 195) che qualora l'intermediazione nella circolazione del controllo si prolunghi nel tempo (superando in tal modo la prospettiva di una detenzione solo transitoria del controllo) sia "giocoforza appostare in bilancio la partecipazione quantunque preordinata alla successiva rivendita, fra le immobilizzazioni finanziarie".

## Le fusioni transfrontaliere

**Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005**, *relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali* (G.U.U.E. 25 novembre 2005, n. 310).

- 1** **Ambito d'applicazione.** — La presente direttiva si applica alle fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nella Comunità, a condizione che almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi (in seguito denominate « fusioni transfrontaliere »).
  
- 2** **Definizioni.** — Ai fini della presente direttiva, si intende per:
  1. « società di capitali », in seguito denominata « società »:
    - a*) una società ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 68/151/CEE; o
    - b*) una società dotata di capitale sociale e avente personalità giuridica, che possiede un patrimonio distinto il quale risponde, da solo, dei debiti della società e che è soggetta in

virtù della sua legislazione nazionale alle condizioni di garanzia previste dalla direttiva 68/151/CEE per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi;

2. « fusione » l'operazione mediante la quale:

*a)* una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente — la società incorporante — mediante l'assegnazione ai loro soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della società incorporante ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10 % del valore nominale di tali titoli o di tali quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile; o

*b)* due o più società trasferiscono, all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad una società da loro costituita — la nuova società — mediante l'assegnazione ai propri soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10 % del valore nominale di tali titoli o quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile; o

*c)* una società trasferisce, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio attivo e passivo alla società che detiene la totalità delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale.

**3** **Ulteriori disposizioni sull'ambito di applicazione.** — 1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, la presente direttiva si applica anche alle fusioni transfrontaliere allorché la legislazione di almeno uno degli Stati membri interessati consente che il conguaglio in contanti di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettere *a)* e *b)*, superi il 10 % del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile dei titoli o delle quote che rappresentano il capitale della società risultante dalla fusione transfrontaliera.

2. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva alle fusioni transfrontaliere a cui partecipa una società cooperativa, anche nei casi in cui quest'ultima rientrerebbe nella definizione di « società di capitali » di cui all'articolo 2, paragrafo 1.

3. La presente direttiva non si applica alle fusioni transfrontaliere a cui partecipa una società avente per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico, che opera secondo il principio della ripartizione del rischio e le cui quote, a richiesta dei possessori, sono riscattate o rimborsate, direttamente o indirettamente, attingendo alle attività di detta società. Gli atti o le operazioni compiuti da tale società per garantire che la quotazione in borsa delle sue quote non vari in modo significativo rispetto al valore netto d'inventario sono considerati equivalenti a un tale riscatto o rimborso.

4. Gli Stati membri garantiscono che la presente direttiva non si applichi alla società o alle società che sono soggette all'uso di strumenti, poteri e meccanismi di risoluzione di cui al titolo IV della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Paragrafo aggiunto dall'art. 120 Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014.

**4** **Condizioni relative alle fusioni transfrontaliere.** — 1. Se la presente direttiva non dispone altrimenti:

*a)* le fusioni transfrontaliere sono possibili solo tra tipi di società a cui la legislazione nazionale degli Stati membri interessati consente di fondersi; e

*b)* una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera rispetta le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale cui è soggetta. Se la legislazione di uno Stato



membro consente alle autorità nazionali di opporsi, per motivi di interesse pubblico, ad una fusione a livello nazionale, tale legislazione si applica anche a una fusione transfrontaliera se almeno una delle società che partecipano alla fusione è soggetta al diritto di tale Stato membro. La presente disposizione non si applica nella misura in cui è applicabile l'articolo 21 del regolamento (CE) n. 139/2004.

2. Le disposizioni e le formalità di cui al paragrafo 1, lettera *b*), riguardano, in particolare il processo decisionale relativo alla fusione e, tenuto conto del carattere transfrontaliero della fusione, la protezione dei creditori delle società che partecipano alla fusione, degli obbligazionisti e dei possessori di titoli o quote, nonché dei lavoratori per quanto riguarda i diritti diversi da quelli disciplinati dall'articolo 16. Uno Stato membro può, in caso di società partecipanti a una fusione transfrontaliera cui si applica la sua legislazione, adottare disposizioni volte ad assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza che si sono opposti alla fusione transfrontaliera.

**5** **Progetto comune di fusione transfrontaliera.** — L'organo di direzione o di amministrazione di ogni società che partecipa ad una fusione prepara il progetto comune di fusione transfrontaliera. Tale progetto comprende almeno:

- a*) la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società che partecipano alla fusione e quelle previste per la società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- b*) il rapporto di cambio dei titoli o delle quote rappresentativi del capitale sociale ed eventualmente l'importo del conguaglio in contanti;
- c*) le modalità di assegnazione dei titoli o delle quote rappresentativi del capitale sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- d*) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione;
- e*) la data a decorrere dalla quale tali titoli o quote rappresentativi del capitale sociale danno diritto alla partecipazione agli utili, nonché ogni modalità particolare relativa a tale diritto;
- f*) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società che partecipano alla fusione si considerano, dal punto di vista contabile, compiute per conto della società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- g*) i diritti accordati dalla società derivante dalla fusione transfrontaliera ai soci titolari di diritti speciali o ai possessori di titoli diversi dalle quote rappresentative del capitale sociale o le misure proposte nei loro confronti;
- h*) tutti i vantaggi particolari eventualmente attribuiti agli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera nonché ai membri degli organi di amministrazione, di direzione, di vigilanza o di controllo delle società che partecipano alla fusione;
- i*) l'atto costitutivo e lo statuto della società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- j*) se del caso, informazioni sulle procedure secondo le quali sono fissate a norma dell'articolo 16 le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- k*) informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società derivante dalla fusione transfrontaliera;
- l*) la data della chiusura dei conti delle società partecipanti alla fusione utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera.

**6** **Pubblicazione.** — 1. Il progetto comune di fusione transfrontaliera è pubblicato, per ciascuna delle società che partecipano alla fusione, secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, a norma dell'articolo 3 della direttiva

68/151/CEE, al più tardi un mese prima dell'assemblea generale che deve decidere al riguardo.

Ciascuna società partecipante alla fusione può essere esentata dalla pubblicazione di cui all'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE se, per un periodo continuativo avente inizio non più tardi di un mese prima del giorno fissato per l'assemblea generale in cui sarà stabilito il progetto comune di fusione transfrontaliera e avente termine non prima della conclusione di detta assemblea, pubblica il progetto comune di fusione nel suo sito web, senza costi per il pubblico. Gli Stati membri non subordinano tale esenzione a requisiti o limitazioni diversi da quelli necessari a garantire la sicurezza del sito web e l'autenticità dei documenti e possono imporre tali requisiti o limitazioni solamente nella misura in cui siano proporzionali al conseguimento di detti obiettivi <sup>(1)</sup>.

In deroga al secondo paragrafo, gli Stati membri possono imporre che la pubblicazione sia effettuata tramite la piattaforma elettronica centrale di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 68/151/CEE. In alternativa gli Stati membri possono prevedere che detta pubblicazione sia effettuata in qualsiasi altro sito web da essi designato a tale scopo. Qualora gli Stati membri facciano uso di una di tali possibilità, essi si assicurano che alle società non sia addebitato un costo specifico per detta pubblicazione <sup>(1)</sup>.

Qualora sia usato un sito web diverso dalla piattaforma elettronica centrale, viene pubblicato un riferimento in detta piattaforma che dà accesso a detto sito web, almeno un mese prima del giorno fissato per l'assemblea generale.

Tale riferimento include la data della pubblicazione del progetto comune di fusione transfrontaliera sul sito web ed è accessibile al pubblico a titolo gratuito. Alle società non sono addebitati costi specifici per detta pubblicazione <sup>(1)</sup>.

Il divieto di addebitare alle società un costo specifico per la pubblicazione, di cui al terzo e quarto paragrafo, non incide sulla capacità degli Stati membri di trasferire i costi alle società in riferimento alla piattaforma elettronica centrale <sup>(1)</sup>.

Gli Stati membri possono imporre alle società di mantenere le informazioni per un periodo specifico dopo l'assemblea generale nel loro sito web o, se del caso, nella piattaforma elettronica centrale o in un altro sito web designato dallo Stato membro interessato. Gli Stati membri possono stabilire le conseguenze dell'interruzione temporanea dell'accesso al sito web o alla piattaforma elettronica centrale per cause tecniche o di altra natura <sup>(1)</sup>.

2. Per ciascuna delle società che partecipano alla fusione, e fatti salvi altri requisiti imposti dallo Stato membro alla cui legislazione la società è soggetta, sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dello Stato membro in questione le seguenti indicazioni:

- a) la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società che partecipano alla fusione;
- b) il registro presso il quale sono stati depositati gli atti di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 68/151/CEE di ciascuna delle società che partecipano alla fusione e il loro numero di iscrizione in tale registro;
- c) l'indicazione, per ciascuna delle società che partecipano alla fusione, delle modalità d'esercizio dei diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza delle società che partecipano alla fusione, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere gratuitamente informazioni esaurienti su tali modalità.

<sup>(1)</sup> Comma aggiunto dall'art. 4 Direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009.

## 7

**Relazione dell'organo di direzione o di amministrazione.** — L'organo di direzione o di amministrazione di ciascuna delle società partecipanti alla fusione redige una relazione destinata ai soci, nella quale illustra e giustifica gli aspetti giuridici ed economici della fusione transfrontaliera e spiega le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori.

La relazione è messa a disposizione dei soci e dei rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi ultimi, dei lavoratori stessi, almeno un mese prima della data dell'assemblea generale di cui all'articolo 9.

Qualora l'organo di direzione o di amministrazione di una delle società che partecipa ad una fusione riceva in tempo utile un parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori della società, secondo quanto previsto dalla legge nazionale, il parere è allegato alla relazione.

**8 Relazione di esperti indipendenti.** — 1. Una relazione di esperti indipendenti destinata ai soci e disponibile almeno un mese prima della data della riunione dell'assemblea generale di cui all'articolo 9 è redatta per ciascuna delle società che partecipano alla fusione. Tali esperti possono essere, a seconda della legislazione dei singoli Stati membri, persone fisiche o giuridiche.

2. In alternativa ad esperti che operino per conto di ciascuna delle società che partecipano alla fusione, possono esaminare il progetto comune di fusione transfrontaliera e redigere una relazione scritta unica destinata a tutti i soci uno o più esperti indipendenti designati a tal fine, su richiesta congiunta di tali società, da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro alla cui legislazione è soggetta una delle società che partecipano alla fusione o la società risultante dalla fusione, o abilitati da tale autorità.

3. La relazione degli esperti include almeno gli elementi previsti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, relativa alle fusioni delle società per azioni. Gli esperti hanno il diritto di chiedere a ciascuna delle società che partecipano alla fusione tutte le informazioni che ritengono necessarie per l'assolvimento del loro compito.

4. L'esame del progetto comune di fusione transfrontaliera da parte di esperti indipendenti o la relazione degli esperti non sono richiesti qualora tutti i soci di ciascuna delle società che partecipano alla fusione transfrontaliera vi rinuncino.

**9 Approvazione da parte dell'assemblea generale.** — 1. Dopo aver preso conoscenza delle relazioni di cui agli articoli 7 e 8 l'assemblea generale di ciascuna delle società che partecipano alla fusione decide sull'approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera.

2. L'assemblea generale di ciascuna delle società che partecipano alla fusione transfrontaliera può subordinare la sua realizzazione alla condizione che l'assemblea stessa approvi espressamente le modalità della partecipazione dei lavoratori nella società derivante dalla fusione transfrontaliera.

3. Non è necessario che la legislazione di uno Stato membro richieda l'approvazione della fusione da parte dell'assemblea generale della società incorporante se sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 8 della direttiva 78/855/CEE.

**10 Certificato preliminare alla fusione.** — 1. Ogni Stato membro designa l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente per controllare la legittimità della fusione transfrontaliera per la parte della procedura relativa a ciascuna delle società che vi partecipano e che sono soggette alla sua legislazione nazionale.

2. In ogni Stato membro interessato le autorità di cui al paragrafo 1 rilasciano senza indugio a ciascuna delle società che partecipano alla fusione e che sono soggette alla

legislazione di tale Stato un certificato attestante a titolo definitivo l'adempimento regolare degli atti e delle formalità preliminari alla fusione.

3. Se la legislazione di uno Stato membro cui è soggetta una società che partecipa alla fusione prevede una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio dei titoli o delle quote o di compensazione dei soci di minoranza, senza che ciò impedisca l'iscrizione della fusione transfrontaliera nel registro, tale procedura si applica unicamente se, al momento dell'approvazione del progetto di fusione transfrontaliera a norma dell'articolo 9, paragrafo 1, le altre società che partecipano alla fusione, situate in Stati membri la cui legislazione non prevede siffatta procedura, accettano esplicitamente la possibilità per i soci di tale società che partecipa alla fusione di far ricorso alla procedura summenzionata, da avviare dinanzi all'organo giurisdizionale che ha la competenza su tale società. In tali casi, le autorità di cui al paragrafo 1 possono rilasciare il certificato di cui al paragrafo 2, anche se tale procedura è già avviata. Il certificato deve tuttavia menzionare che la procedura è in corso. La decisione relativa alla procedura è vincolante nei confronti della società derivante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci.

- 11** **Controllo della legittimità della fusione transfrontaliera.** — 1. Ogni Stato membro designa l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente per controllare la legittimità della fusione transfrontaliera per la parte della procedura relativa alla realizzazione della fusione transfrontaliera e, se necessario, alla costituzione di una nuova società derivante dalla fusione transfrontaliera quando quest'ultima è soggetta alla sua legislazione nazionale. Tali autorità controllano in particolare che le società che partecipano alla fusione transfrontaliera abbiano approvato il progetto comune di fusione transfrontaliera negli stessi termini e, se necessario, che le modalità relative alla partecipazione dei lavoratori siano state fissate a norma dell'articolo 16.
2. A tale scopo, ciascuna delle società che partecipano alla fusione trasmette alle autorità di cui al paragrafo 1 il certificato di cui all'articolo 10, paragrafo 2, entro sei mesi dal suo rilascio nonché il progetto comune di fusione transfrontaliera approvato dall'assemblea generale di cui all'articolo 9.

- 12** **Efficacia della fusione transfrontaliera.** — La legislazione dello Stato membro cui è soggetta la società derivante dalla fusione transfrontaliera determina la data a partire dalla quale la fusione transfrontaliera ha efficacia. Tale data deve essere posteriore all'esecuzione dei controlli di cui all'articolo 11.

- 13** <sup>(1)</sup> **Registrazione** — Il diritto di ciascuno degli Stati membri a cui sono soggette le società partecipanti alla fusione determina, per quanto riguarda il territorio di tale Stato, le modalità, a norma dell'articolo 3 della direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 54, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (14), della pubblicità della realizzazione della fusione transfrontaliera nel registro pubblico presso il quale ciascuna di queste società era tenuta a depositare gli atti.
- Attraverso il sistema di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese istituito a norma dell'articolo 4 bis, paragrafo 2, della direttiva 2009/101/CE, il

registro per l'iscrizione della società derivante dalla fusione transfrontaliera notifica immediatamente al registro presso il quale ciascuna di queste società era tenuta a depositare gli atti che la fusione transfrontaliera ha acquisito efficacia. La precedente iscrizione è cancellata, all'occorrenza, all'atto di ricezione della notifica, ma non prima.

<sup>(1)</sup> Articolo sostituito dall'art. 2 Direttiva 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2012.

## 14

**Effetti della fusione transfrontaliera.** — 1. La fusione transfrontaliera realizzata secondo l'articolo 2, paragrafo 2, lettere *a)* e *c)*, comporta, a partire dalla data di cui all'articolo 12, gli effetti seguenti:

*a)* l'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata è trasferito alla società incorporante;

*b)* i soci della società incorporata diventano soci della società incorporante;

*c)* la società incorporata si estingue.

2. La fusione transfrontaliera realizzata secondo l'articolo 2, paragrafo 2, lettera *b)*, comporta, a partire dalla data di cui all'articolo 12, gli effetti seguenti:

*a)* l'intero patrimonio attivo e passivo delle società che partecipano alla fusione è trasferito alla nuova società;

*b)* i soci delle società che partecipano alla fusione diventano soci della nuova società;

*c)* le società che partecipano alla fusione si estinguono.

3. Qualora, in caso di fusione transfrontaliera di società cui si applica la presente direttiva, la legislazione di uno Stato membro prescriva formalità particolari per l'opponibilità ai terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni apportati dalle società partecipanti alla fusione, tali formalità sono adempiute dalla società derivante dalla fusione transfrontaliera.

4. I diritti e gli obblighi delle società che partecipano alla fusione derivanti dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro esistenti alla data in cui la fusione transfrontaliera acquista efficacia sono, in virtù dell'efficacia della fusione transfrontaliera, trasferiti alla società derivante dalla fusione transfrontaliera alla data a partire dalla quale la fusione ha efficacia.

5. Nessuna quota della società incorporante è scambiata con quote della società incorporata detenute:

*a)* dalla società incorporante stessa o tramite una persona che agisce in nome proprio ma per conto della società incorporante;

*b)* dalla società incorporata o tramite una persona che agisce in nome proprio ma per conto della società incorporata.

## 15

**Formalità semplificate.** — 1. Quando una fusione transfrontaliera mediante incorporazione è realizzata da una società che detiene tutte le quote e tutti gli altri titoli che conferiscono diritti di voto nell'assemblea generale della società o delle società incorporate:

— non si applicano l'articolo 5, lettere *b)*, *c)* ed *e)*, l'articolo 8 e l'articolo 14, paragrafo 1, lettera *b)*,

— non si applica l'articolo 9, paragrafo 1, alla società o alle società incorporate.

2. Quando una fusione transfrontaliera mediante incorporazione è realizzata da una società che detiene una quota pari o superiore al 90%, ma non la totalità, delle quote e degli altri titoli rappresentativi del capitale sociale che conferiscono diritti di voto nell'assemblea generale della società o delle società incorporate, le relazioni di uno o più

esperti indipendenti, nonché i documenti necessari per il controllo sono richiesti soltanto qualora ciò sia previsto dalla legislazione nazionale cui è soggetta la società incorporante o la società incorporata, conformemente alla direttiva 78/855/CEE <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Paragrafo sostituito dall'art. 4 Direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009.

## 16

**Partecipazione dei lavoratori.** — 1. Fatto salvo il paragrafo 2, la società derivante dalla fusione transfrontaliera è soggetta alle disposizioni vigenti in materia di partecipazione dei lavoratori, ove esistano, nello Stato membro in cui è situata la sua sede sociale.

2. Tuttavia, le eventuali disposizioni in vigore riguardanti la partecipazione dei lavoratori nello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera non si applicano, se almeno una delle società che partecipano alla fusione ha un numero medio di lavoratori, nei sei mesi precedenti la pubblicazione del progetto di fusione transfrontaliera di cui all'articolo 6, superiore a 500 ed è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 2, lettera *h*), della direttiva 2001/86/CE, oppure se la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione transfrontaliera:

*a*) non prevede un livello di partecipazione dei lavoratori almeno identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione di cui trattasi, misurato con riferimento alla quota di rappresentanti dei lavoratori tra i membri dell'organo di amministrazione o dell'organo di vigilanza o dei rispettivi comitati o del gruppo dirigente competente per i centri di profitto della società, qualora sia prevista la rappresentanza dei lavoratori; oppure

*b*) non contempla, per i lavoratori di stabilimenti della società derivante dalla fusione transfrontaliera situati in altri Stati membri, un diritto ad esercitare diritti di partecipazione identico a quello di cui godono i lavoratori impiegati nello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera.

3. Nei casi di cui al paragrafo 2 la partecipazione dei lavoratori nella società derivante dalla fusione transfrontaliera e il loro coinvolgimento nella definizione dei relativi diritti sono disciplinati dagli Stati membri, *mutatis mutandis* e fatti salvi i paragrafi da 4 a 7, secondo i principi e le modalità di cui all'articolo 12, paragrafi 2, 3 e 4, del regolamento (CE) n. 2157/2001 e a norma delle disposizioni seguenti della direttiva 2001/86/CE:

*a*) articolo 3, paragrafi 1, 2 e 3, paragrafo 4, primo comma, primo trattino, e secondo comma, e paragrafi 5 e 7;

*b*) articolo 4, paragrafo 1, paragrafo 2, lettere *a*), *g*) e *h*), e paragrafo 3;

*c*) articolo 5;

*d*) articolo 6;

*e*) articolo 7, paragrafo 1, paragrafo 2, primo comma, lettera *b*), e secondo comma, e paragrafo 3. Tuttavia, ai fini della presente direttiva, le percentuali richieste nell'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, lettera *b*), della direttiva 2001/86/CE per l'applicazione delle disposizioni di riferimento riportate nella parte terza dell'allegato di detta direttiva, sono aumentate dal 25% al 33 1/3%;

*f*) articoli 8, 10 e 12;

*g*) articolo 13, paragrafo 4;

*h*) allegato, parte terza, lettera *b*).

4. Nello stabilire i principi e le modalità di cui al paragrafo 3, gli Stati membri:

*a*) conferiscono ai competenti organi delle società che partecipano alla fusione il diritto di scegliere, senza negoziati preliminari, di essere direttamente assoggettati alle disposizioni di riferimento per la partecipazione di cui al paragrafo 3, lettera *h*), stabilite dalla legislazione dello Stato membro in cui sarà situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera, e di ottemperare a tali disposizioni a decorrere dalla data di iscrizione;

b) conferiscono alla delegazione speciale di negoziazione il diritto di decidere, alla maggioranza dei due terzi dei suoi membri che rappresenti almeno due terzi dei lavoratori e che comprenda i voti di membri che rappresentano i lavoratori di almeno due Stati membri diversi, di non avviare negoziati o di porre termine ai negoziati già avviati e di attenersi alle disposizioni in materia di partecipazione vigenti nello Stato membro in cui sarà situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera;

c) possono stabilire, qualora in seguito a negoziati preliminari si applichino le disposizioni di riferimento per la partecipazione e nonostante tali disposizioni, di limitare la quota di rappresentanti dei lavoratori nell'organo di amministrazione della società derivante dalla fusione transfrontaliera. Tuttavia, qualora in una delle società che partecipano alla fusione i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dell'organo di amministrazione o di vigilanza, tale limitazione non può in nessun caso tradursi in una quota di rappresentanti dei lavoratori nell'organo di amministrazione inferiore a un terzo.

5. L'estensione dei diritti di partecipazione ai lavoratori della società derivante dalla fusione transfrontaliera impiegati in altri Stati membri, di cui al paragrafo 2, lettera b), non comporta alcun obbligo, per gli Stati membri che optano per questa formula, di tener conto di tali lavoratori al momento di calcolare l'ordine di grandezza delle soglie che fanno scattare i diritti di partecipazione in virtù della legislazione nazionale.

6. Se almeno una delle società che partecipano alla fusione è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori e se la società derivante dalla fusione transfrontaliera sarà disciplinata da un siffatto regime a norma delle disposizioni di cui al paragrafo 2, tale società è obbligata ad assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione.

7. Qualora la società derivante dalla fusione transfrontaliera sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, essa è obbligata ad adottare provvedimenti per garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di successive fusioni interne, entro tre anni dalla data in cui prende effetto la fusione transfrontaliera, applicando, *mutatis mutandis*, le disposizioni stabilite nel presente articolo.

**17** **Validità.** — Non può essere pronunciata la nullità di una fusione transfrontaliera che ha acquisito efficacia a norma dell'articolo 12.

**17 bis** <sup>(1)</sup> **Protezione dei dati.** — Il trattamento dei dati personali effettuato nel quadro della presente direttiva è disciplinato dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

<sup>(1)</sup> Articolo aggiunto dall'art. 2 Direttiva 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2012.

**18** **Riesame.** — Cinque anni dopo la data stabilita all'articolo 19, primo comma, la Commissione riesamina la presente direttiva in base all'esperienza acquisita nell'applicazione della medesima e, se necessario, propone una modifica.

**19** **Attuazione.** — Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 15 dicembre 2007.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri.

**20** **Entrata in vigore.** — La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

**21** **Destinatari.** — Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

**Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108.** — *Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali* (G.U. 17 giugno 2008, n. 140).

**1** **Definizioni.** — 1. Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per:

*a)* « società di capitali »:

1) le società disciplinate dai capi V, VI e VII del titolo V e dal capo I del titolo VI, del libro V del codice civile, la società europea e la società cooperativa europea;

2) le società di cui all'articolo 1 della direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, e successive modificazioni;

3) qualsiasi altra società di uno Stato membro che abbia personalità giuridica, sia dotata di capitale sociale, risponda solo con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali e sia soggetta, in virtù della legislazione nazionale ad essa applicabile, alle disposizioni della direttiva 68/151/CEE dettate per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi;

*b)* « società italiana »: società costituita in conformità della legge italiana;

*c)* « società di altro Stato membro »: società costituita in conformità della legge di altro Stato membro;

*d)* « fusione transfrontaliera »: l'operazione di cui all'articolo 2501, primo comma, del codice civile, realizzata tra una o più società italiane ed una o più società di altro Stato membro dalla quale risulti una società italiana o di altro Stato membro, con esclusione dei trasferimenti di parte dell'azienda;

*e)* « società risultante dalla fusione transfrontaliera »: la società incorporante o, nel caso di fusione transfrontaliera mediante costituzione di nuova società, la società di nuova costituzione;

*f)* « società partecipante alla fusione transfrontaliera »: la società incorporante, la società incorporata o, nel caso di fusione transfrontaliera mediante costituzione di nuova società, la società che prende parte alla fusione transfrontaliera;

*g)* « registro delle imprese »: il registro di cui alla legge 29 dicembre 1993, n. 580, e, per le società di altro Stato membro, il registro istituito in attuazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 68/151/CE;

*h)* « rappresentanti dei lavoratori »: i rappresentanti dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *e*), del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;



- i)* « organo di rappresentanza »: l'organo di rappresentanza dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *f)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;
- l)* « delegazione speciale di negoziazione »: la delegazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *g)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;
- m)* « coinvolgimento dei lavoratori »: la procedura di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *h)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;
- n)* « informazione »: l'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *i)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;
- o)* « consultazione »: la consultazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *l)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188;
- p)* « partecipazione »: la partecipazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *m)*, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188.

- 2** **Ambito di applicazione.** — 1. Il presente decreto legislativo si applica alle fusioni transfrontaliere tra una o più società di capitali italiane ed una o più società di capitali di altro Stato membro, la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea.
2. Il presente decreto legislativo si applica alle fusioni transfrontaliere alle quali partecipino o risultino società diverse dalle società di capitali o società di capitali che non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l'amministrazione centrale, né il centro di attività principale, purché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima. Non si applica l'articolo 19 se non partecipano alla fusione transfrontaliera società di cui al comma 1.
3. Fuori dai casi previsti dai commi 1 e 2, si applicano gli articoli 3, commi 1 e 2, e gli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 18.
4. Il presente decreto legislativo non si applica alla fusione transfrontaliera cui partecipino una società di cui all'articolo 43 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

- 3** **Condizioni relative alle fusioni transfrontaliere.** — 1. Una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società alle quali la legge applicabile permette di fondersi.
2. Una società cooperativa a mutualità prevalente di cui all'articolo 2512 del codice civile non può partecipare ad una fusione transfrontaliera.
3. Una fusione transfrontaliera attuata in conformità del presente decreto legislativo soddisfa il requisito di cui all'articolo 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218.

- 4** **Disciplina applicabile.** — 1. Salvo quanto espressamente disposto dal presente decreto, si applica alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile.
2. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 11, nel caso di conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera è data prevalenza alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione medesima.

3. L'articolo 2501 *bis* del codice civile non trova applicazione nel caso in cui la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione non sia una società italiana.

4. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 2112 del codice civile e dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428.

5. Restano salvi la disciplina ed i poteri previsti dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dal decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e dal decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.

6. Resta salvo quanto previsto dal regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, in materia di costituzione di una società europea per fusione e quanto previsto dal regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 in materia di costituzione di una società cooperativa europea per fusione.

**5** **Recesso.** — 1. Nel caso in cui la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di altro Stato membro, ha diritto di recedere dalla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il socio non consenziente. Le modalità di esercizio del recesso e di determinazione del valore delle azioni o delle quote sono disciplinate dalle norme del codice civile applicabili alla società da cui si recede. Sono salve le altre cause di recesso previste dalla legge o dallo statuto.

**6** **Progetto di fusione transfrontaliera.** — 1. Il progetto comune di fusione transfrontaliera comprende le informazioni di cui all'articolo 2501 *ter*, primo comma, del codice civile. Da esso devono altresì risultare:

a) la forma, la denominazione e la sede statutaria della società risultante dalla fusione transfrontaliera oltre che la legge regolatrice di questa e di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

b) ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili;

c) i vantaggi eventualmente proposti a favore degli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera e dei membri degli organi di controllo delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

d) qualora ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, comma 1, le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione transfrontaliera;

e) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione;

f) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società risultante dalla fusione transfrontaliera;

g) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera;

h) se del caso, le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera;

i) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione.

2. Il conguaglio in danaro di cui al primo comma, numero 3), dell'articolo 2501 *ter* del codice civile, non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate, o in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile, salvo che la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione

transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società risultante dalla fusione transfrontaliera consenta il conguaglio in danaro in misura superiore.

- 7 Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.** — 1. Salvo quanto disposto dall'articolo 2501 *ter*, terzo e quarto comma, del codice civile, almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione transfrontaliera sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana per ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera le seguenti informazioni:
- a) tipo, denominazione, sede statutaria e legge regolatrice;
  - b) il registro delle imprese nel quale è iscritta la società e il relativo numero di iscrizione;
  - c) in relazione all'operazione di fusione transfrontaliera, le modalità d'esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni.
- 8 Relazione dell'organo amministrativo.** — 1. Nella relazione di cui all'articolo 2501 *quinqüies* del codice civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori.
2. Salvo quanto disposto dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, la relazione è inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione.
3. Se ricevuto in tempo utile, alla relazione è allegato il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori.
- 9 Relazione degli esperti.** — 1. La relazione di cui all'articolo 2501 *sexies* del codice civile è redatta da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'articolo 2409 *bis*, primo comma, del codice civile. Se la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati, l'esperto è scelto fra le società di revisione iscritte nell'apposito albo.
2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società per azioni o in accomandita per azioni, o società di altro Stato membro di tipo equivalente, l'esperto o gli esperti di cui al comma 1 sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera.
3. La relazione di cui all'articolo 2501 *sexies* del codice civile può essere redatta per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera da uno o più esperti indipendenti designati, su richiesta congiunta di tali società, ovvero abilitati, da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità della legge applicabile ad una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera o alla società risultante dalla fusione medesima. L'autorità italiana competente alla designazione è il tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera o risultante dalla stessa. Si applica in tal caso il comma 2. La relazione unica contiene le eventuali ulteriori informazioni richieste dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera.
- [4. I soci possono rinunciare all'unanimità alla relazione di cui all'articolo 2501 *sexies* del codice civile a condizione che vi rinuncino tutti i soci delle altre società partecipanti alla fusione transfrontaliera.] <sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> Comma abrogato dall'art. 2 d.lg. 22 giugno 2012, n. 123.

**10** **Decisione sulla fusione transfrontaliera.** — 1. L'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera può essere subordinata all'approvazione con successiva delibera da parte dell'assemblea delle modalità di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla fusione transfrontaliera.  
2. Se la legge applicabile ad una società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera prevede una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza senza che ciò impedisca l'iscrizione della fusione transfrontaliera nel registro delle imprese, l'assemblea delibera sulla possibilità che i soci della società di tale altro Stato membro vi facciano ricorso.  
3. Si applica l'articolo 2502, secondo comma, del codice civile a condizione che tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino le medesime modifiche.

**11** **Certificato preliminare alla fusione transfrontaliera.** — 1. A richiesta della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera, il notaio rilascia senza indugio il certificato attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione.  
2. Il certificato attesta in particolare:  
*a)* l'iscrizione presso il registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera;  
*b)* l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori di cui all'articolo 2503 del codice civile ovvero l'integrazione dei presupposti che a norma del medesimo articolo consentono l'attuazione della fusione prima del decorso del suddetto termine, ovvero, in caso di opposizione dei creditori, che il tribunale abbia provveduto ai sensi dell'articolo 2445, quarto comma, del codice civile;  
*c)* qualora l'assemblea abbia subordinato, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori, che queste sono state da essa approvate;  
*d)* se del caso, che l'assemblea ha deliberato ai sensi dell'articolo 10, comma 2;  
*e)* l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente.  
3. Entro sei mesi dal suo rilascio il certificato con il progetto comune di fusione transfrontaliera approvato dall'assemblea è trasmesso dalla società all'autorità competente per il controllo di legittimità della fusione transfrontaliera ai sensi dell'articolo 13.

**12** **Atto di fusione transfrontaliera.** — 1. La fusione transfrontaliera risulta da atto pubblico.  
2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana il notaio redige l'atto pubblico di fusione di cui all'articolo 2504 del codice civile, espletato il controllo di legittimità di cui all'articolo 13, comma 1.  
3. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario l'atto pubblico di fusione è redatto dall'autorità competente dello Stato la cui legge è applicabile alla società risultante dalla fusione o, qualora tale legge non preveda che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico, dal notaio. Nel primo caso l'atto pubblico di fusione è depositato presso il notaio ai fini di cui all'articolo 14, comma 2.

**13** **Controllo di legittimità della fusione transfrontaliera.** — 1. Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, il notaio, entro trenta giorni dal ricevimento, da parte

di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera, espleta il controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera rilasciandone apposita attestazione. A tale fine egli verifica che:

- a) le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano approvato un identico progetto comune;
- b) siano pervenuti i certificati preliminari alla fusione transfrontaliera relativi a ciascuna delle società partecipanti alla stessa, attestanti il regolare adempimento, in conformità alla legge applicabile, degli atti e delle formalità preliminari alla fusione transfrontaliera;
- c) se del caso, siano state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 19.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro il controllo di legittimità di cui al comma 1 è espletato dall'autorità all'uopo designata da tale Stato.

**14** **Pubblicità.** — 1. Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, entro trenta giorni, l'atto di fusione, unitamente all'attestazione di cui all'articolo 13, comma 1, ed ai certificati preliminari, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo dove ha sede ciascuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera e la società risultante dalla fusione medesima. Il deposito relativo alla società risultante dalla fusione transfrontaliera non può precedere quelli relativi alle altre società italiane partecipanti alla fusione.

2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario, entro trenta giorni dall'espletamento del controllo di cui all'articolo 13, comma 2, l'atto pubblico di fusione, unitamente all'attestazione dell'espletamento del suddetto controllo, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese dove ha sede la società italiana partecipante alla fusione.

**15** **Efficacia della fusione transfrontaliera.** — 1. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana la fusione transfrontaliera ha effetto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede tale società. Nella fusione per incorporazione può essere stabilita una data successiva.

2. L'ufficio del registro delle imprese di cui al comma 1 comunica immediatamente al corrispondente ufficio del registro delle imprese in cui è iscritta ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera che l'operazione ha acquistato efficacia, perché provveda alla relativa cancellazione.

3. Quando la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro, la data dalla quale la fusione ha effetto è determinata dalla legge applicabile a tale società.

4. Nel caso di cui al comma 3 la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è cancellata dal registro delle imprese a seguito della comunicazione, da parte del registro delle imprese in cui è iscritta la società risultante dalla fusione transfrontaliera, che questa ha acquistato efficacia, purché si sia provveduto all'iscrizione di cui all'articolo 14, comma 2.

**16** **Effetti della fusione transfrontaliera.** — 1. La fusione transfrontaliera produce gli effetti di cui all'articolo 2504 *bis*, primo comma, del codice civile.

2. La società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera adempie le formalità particolari eventualmente prescritte dalla legislazione applicabile alla società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera per l'opponibilità a terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni inclusi nel patrimonio di tale società.

3. È vincolante nei confronti della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci la decisione relativa alla procedura di cui all'articolo 10, comma 2, qualora tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano autorizzato con l'approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera il ricorso a detta procedura.

**17** **Invalidità della fusione transfrontaliera.** — 1. Non può essere pronunciata l'invalidità della fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia ai sensi dell'articolo 15.  
2. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione transfrontaliera.

**18** **Formalità semplificate.** — 1. Salvo quanto previsto dall'articolo 2505, primo comma, del codice civile, quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene tutte le azioni, le quote o gli altri titoli che conferiscono diritti di voto nell'assemblea della società incorporata, non si applica l'articolo 6, comma 1, lettera b).

2. Nel caso previsto dal comma 1 non è richiesta l'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea della società italiana incorporata. Resta salvo, con riferimento alla società italiana incorporante, l'articolo 2505, secondo e terzo comma, del codice civile.

3. Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene almeno il 90 per cento ma non la totalità delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società incorporata, le relazioni di cui agli articoli 2501 *quinquies* e 2501 *sexies* del codice civile e la situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501 *quater* del medesimo codice sono richieste soltanto qualora ciò sia previsto dalla legislazione nazionale cui è soggetta la società incorporante o la società incorporata <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Comma così sostituito dall'art. 27, comma 2, l. 30 ottobre 2014, n. 161. Il testo del comma era il seguente: « 3. Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene almeno il novanta per cento, ma non la totalità, delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società italiana incorporata, non è richiesta la relazione di cui all'articolo 2501 *sexies* del codice civile qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'articolo 2505 *bis*, primo comma, del codice civile ».

**19** **Partecipazione dei lavoratori.** — 1. Se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ha un numero medio di lavoratori, nei sei mesi antecedenti la pubblicazione del progetto comune, superiore alle 500 unità ed è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi della disciplina ad essa applicabile, la partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera ed il loro coinvolgimento nella definizione dei relativi diritti sono disciplinati in base a procedure, criteri e modalità stabiliti in accordi tra le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. Trascorsi dodici mesi dalla data di

entrata in vigore del presente decreto, in mancanza dei predetti accordi, troverà applicazione, per quanto non previsto dal presente articolo, dall'articolo 12, paragrafi 2, 3 e 4 del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e dalle seguenti disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188:

a) articolo 3, commi 1, 2 e 3, 4, lettera a), 5, 6 e 11;

b) articolo 4, commi 1, 2, lettere a), g) e h), e 3;

c) articolo 5;

d) articolo 7, commi 1, 2, lettera b), e 3, salvo che le percentuali di cui al predetto comma 2, lettera b), per l'applicazione delle disposizioni di riferimento riportate all'allegato I, parte terza, del medesimo decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188, sono aumentate al trentatré e un terzo per cento;

e) articoli 8, 10 e 12;

f) allegato I, parte terza, comma 1, lettera b).

2. Il consiglio di amministrazione o di gestione della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e i competenti organi di direzione o amministrazione delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera possono decidere di applicare, senza negoziati preliminari, le disposizioni di riferimento di cui al comma 1, lettera f), a decorrere dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera.

3. Qualora in seguito a negoziati preliminari si applichino le disposizioni di riferimento per la partecipazione dei lavoratori di cui al comma 1, lettera f), alla quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o di vigilanza della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera può essere apposto un limite massimo. Tuttavia, qualora in una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dei membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza, la quota stessa non potrà risultare inferiore al terzo.

4. Se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, la società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera che sia tenuta, ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1, ad applicare tale regime, deve assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione.

5. La società di cui al comma 4 adotta i provvedimenti necessari a garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di successive fusioni con società italiane entro tre anni dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera, nel rispetto delle disposizioni di cui al presente articolo ove compatibili.

## 20

**Disciplina transitoria.** — 1. Le disposizioni del presente decreto si applicano alle fusioni transfrontaliere il cui progetto comune alla data di entrata in vigore del decreto medesimo non sia stato approvato dall'assemblea o da altro organo competente di alcuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera.

di **MARCO LAMANDINI e CLAUDIA DESOGUS (\*)**

(\*) Il presente contributo è frutto di un'elaborazione congiunta degli Autori. Nell'ambito di tale visione unitaria, i nn. 1-4 sono attribuibili a Marco Lamandini e i nn. 5-9 a Claudia Desogus.

### BIBLIOGRAFIA

AMBROSIANI, *Società europea e fusione internazionale*, in *Soc.*, 2002, 1351 ss.; BECH-BRUUN, LEXIDALE, *Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive for the directorate general for the internal market and services, the European Union*, settembre 2013; BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto*

delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Utet, 2007, 4, 367 ss.; BENEDETTI-RESCIO, *Il decreto legislativo n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere alla luce dello schema di legge di recepimento della X direttiva elaborato per conto del Notariato e delle massime del Consiglio notarile di Milano*, in *Riv. d. soc.*, n. 4, 2009, 742 ss.; BERTOLI, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *Riv. d. int. priv. proc.*, 2010, n. 1, 35 ss.; CAPPELLI, *La direttiva CE n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre*, in *D. comm. int.*, 2006, n. 3, 623 ss.; CARDUCCI ARTENISIO, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la Direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere*, in *G. comm.*, 2008, n. 6, 1194; CORTI, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 1393 ss.; CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di Giustizia: il caso Sevic*, in *Riv. d. int. priv. proc.*, 2007, 345 ss.; DAVIES, *Workers on the Board of the European Company?*, in *Indus. LJ*, 2003, n. 32, 75 ss.; EVRARD, VAN DER VAEREN, *Les fusions transfrontalières: un pas de plus vers une Europe harmonisée*, in *DAOR*, 2007, 103; FAUNELE, MUCCIARELLI, *Questioni in tema di fusioni transfrontaliere*, in *G. comm.*, 2008, n. 1, 744 ss.; GELTER, *Tilting the balance between capital and labor? The effect of regulatory arbitrage in European corporate law on employees*, in *Fordham Int'l LJ*, 2010, n. 33, 59 ss.; GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *D. comm. int.*, 2006, 353 ss.; HANSEN, *Merger, Moving and Division Across National Borders - When Case law Breaks through Barriers and overtakes Directives*, in *EBLR*, 2007, 189 ss.; KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della corte di Giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 485 ss.; LIAKOPOULOS-MANCINI, *La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Rass. avv. St.*, 2008, 7 ss.; LUZZATTO, *La convenzione CEE sulla fusione delle società*, in *Rivista internazionale di scienze economiche e commerciali*, 1974, 1209; MAGLIULO, *La fusione delle società*, in *Giuffrè*, 2009; MENTI, *Attuazione della dir. 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, n. 6, 1309 ss.; MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso Sevic*, in *G. comm.*, 2006, II, 417; PANNIER, *the EU cross Border Merger Directive - A new Dimension for Employee Participation and Company restructuring*, in *EBLR*, 2005, 1424 ss.; PANTANO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società europea*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, 960 ss.; PAPADOPOULOS, *Legal Perspectives on the Scope of the Tenth Company Law Directive on Cross-Border Mergers*, in *Eur. Current Law*, 2008, 1 ss.; PRETO-DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contr. impr./E*, 2006, 235 ss.; RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, in *Riv. d. soc.*, 2007, 41 ss.; RICKFORD, *The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its impact in the UK*, in *EBLR*, 2005, 1393 ss.; SANGIOVANNI, *Presentazione della domanda d'iscrizione della fusione nei competenti registri e impugnazioni strumentali delle delibere assembleari nel diritto tedesco*, in *G. comm.*, 2002, I, 239 ss.; SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Giuffrè, 2008, 224; SIEMS, *Sevic: beyond cross-border mergers*, in *EBOR*, 2007, n. 8, 307 ss.; UGLIANO, *The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement*, in *EBLR*, 2007, 585 ss.; VAN GERVEN, *Cross-Border Mergers in Europe*, Cambridge, 2010, 1 e 2; VENTORUZZO, *Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Law and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian law*, in *ECRF*, 2007, n. 1, 59 ss.; VILLATA, *Sounti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *D. comm. int.*, 2001, 77 ss.; WYCKAERT, GEENS, *Cross-Border Mergers and Minority Protection. An Open-Ended Harmonisation*, in *Eur. Comp. Law*, 2008, n. 4(1), 288.

## SOMMARIO

1. Una breve premessa sui limiti dell'intervento del legislatore europeo in materia. — 2. Il d.lg. 30 maggio 2008, n. 108 e l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle norme interne sulle fusioni transfrontaliere. — 3. L'architettura della disciplina armonizzata in tema di fusioni transfrontaliere: il criterio distributivo in tema di legge applicabile e le norme di diritto internazionale privato materiale. — 4. Le formalità preliminari alla realizzazione della fusione transfrontaliera. — 5. La decisione sulla fusione transfrontaliera. — 6. L'atto di fusione. — 7. Gli effetti dell'atto di fusione. — 8. Le fusioni semplificate. — 9. La partecipazione dei lavoratori.



**1. Una breve premessa sui limiti dell'intervento del legislatore europeo in materia.** Il d.lg. 30 maggio 2008, n. 108 ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. Si tratta, come è ben noto, di un tassello normativo considerato prioritario dal piano di azione della Commissione in materia societaria del 2003 (v. COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea — Un piano per progredire*, COM(2003) 284 def. 21 marzo 2003): un piano di azione, per vero, tanto timido nella sua concezione quanto complessivamente povero di effetti nella sua attuazione concreta. Infatti, nell'ultimo decennio il diritto europeo — per malinteso “pragmatismo politico” — ha nella sostanza abdicato a dettare regole uniformi (se del caso anche solo mediante la predisposizione di un regime unitario opzionale, il c.d. 28 regime) in relazione alle fattispecie societarie di marcata valenza pan-europea o trans-nazionale, limitandosi nella sostanza ad un modesto “lavoro di sutura” tra corpi normativi nazionali e ad un aggiornamento minimo delle regole armonizzate esistenti alla luce dell'evoluzione tecnologica ed economica nel frattempo intervenuta e dell'esperienza applicativa maturata. Il legislatore europeo, pur nel contesto di un mercato interno ormai economicamente integrato, ha in tal modo rinunciato a prestare adeguato sostegno alle esigenze di *effettiva* semplificazione e facilitazione dei processi di riorganizzazione societaria a livello internazionale, nella sostanza dimostrandosi incapace di offrire in materia societaria soluzioni pan-europee semplici e autosufficienti. Si è così contribuito alla conservazione di uno *status quo* normativo connotato — in relazione alle fattispecie di dimensione europea — da significativi (e da tempo ingiustificati) costi di transazione e da farraginosi e spesso insidiosi “cumuli” di leggi applicabili. Ne è esemplare dimostrazione la direttiva sulle fusioni transfrontaliere. Da un lato, essa interviene tardivamente, anticipata (quanto alla sua efficacia negli ordinamenti interni, se non quanto alla sua adozione) e resa in parte superflua dal coevo intervento della Corte di Giustizia nel caso “Sevic” (Corte Giust., 13 dicembre 2005, C-411/2003, *Sevic System AG*) — la quale ha rimosso i divieti posti da taluni ordinamenti nazionali alle fusioni transfrontaliere, riconoscendo che tali operazioni costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento (per commenti v. HANSEN, 189-190; SIEMS, 308; PRETO-DESOGUS, 249-250; MUCCIARELLI, 417; GURRADO, 353; CRESPI, 345 ss.; per un approccio critico v. KINDLER, 485 ss.). Pertanto, il *generale* diniego da parte di uno Stato membro dell'iscrizione nel registro delle imprese di una fusione transfrontaliera in conseguenza della natura non meramente interna della stessa dà luogo ad una disparità di trattamento che costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento (cfr. CAPPELLI, 623 ss.; BERTOLI, 39). Dall'altro lato, la disciplina europea assume, del tutto incongruamente, la forma e la valenza di una (mera) direttiva di ravvicinamento e non invece di un regolamento (BENEDETTELLI, 388), benché solo quest'ultimo sarebbe stato effettivamente idoneo a dettare un *unitario regime realmente semplificato* e uniforme (seppur naturalmente ispirato a quelli nazionali, peraltro già oggetto di armonizzazione). E si noti che ciò è avvenuto nonostante al momento della sua adozione fosse già vigente il regolamento sulla Società Europea (“SE”), il quale prevede per l'appunto regole uniformi in tema di

costituzione di SE mediante fusione transfrontaliera. Ciò indica che, a dispetto delle mere enunciazioni di principio, la vera scelta di fondo sul piano della politica del diritto è stata certamente quella di chiarire le modalità secondo le quali sono possibili le fusioni transfrontaliere intra-UE, ma non già quella di facilitarle *effettivamente*, come sarebbe stato ove si fosse apprestato una disciplina semplice e autosufficiente volta a renderle agevoli almeno quanto le fusioni domestiche. Tale scelta si pone in evidente contrasto con le politiche macroeconomiche che connotano il mercato interno, nel cui contesto la dimensione ancora nazionale delle imprese si è da tempo dimostrata inadeguata, e altrettanto inadeguato si è dimostrato l'indiscriminato (e sostanzialmente esclusivo) ricorso delle imprese al modello del gruppo di società per la loro crescita transnazionale. Ad un regime semplice e autosufficiente il legislatore europeo ha preferito una — farraginoso e, sotto il profilo redazionale, anche scadente (CAPPELLI, 626) — combinazione di norme di diritto internazionale privato di conflitto, da un lato, e materiali, dall'altro lato: le prime dirette nella sostanza solo a disciplinare l'applicazione distributiva o cumulativa delle leggi nazionali applicabili, e le seconde a fissare talune (minime) regole di armonizzazione, ad esempio in tema di progetto comune e di efficacia della fusione (CRESPI, 362; UGLIANO, 599). È dunque da ritenere che la direttiva 2005/56/CE costituisca poco più di una “*charade*”, certamente adatta per le istituzioni europee per fare “*window dressing*”, là dove (in modo non del tutto sincero) enuncia, da un lato, l'obiettivo di facilitazione del processo di consolidamento industriale europeo e, dall'altro lato, il ruolo che la Commissione svolgerebbe nel promuovere la crescita pan-europea delle imprese, ma in verità incapace di dettare un *corpus* di regole idoneo a facilitare *realmente e significativamente* le fusioni intra-UE, *assicurando alle stesse quantomeno il medesimo trattamento delle fusioni domestiche*. Basti considerare, solo a fare qualche esempio tra i molti possibili, che la direttiva, pur componendosi di ben 21 articoli e pur dichiarando che “al fine di garantire il completamento e il funzionamento del mercato unico, è necessario adottare disposizioni europee volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere” (considerando n. 1), e che “nessuna delle disposizioni e delle formalità della legislazione nazionale cui si fa riferimento nella presente direttiva dovrebbe introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento o di circolazione di capitali, a meno che tali restrizioni non possano essere giustificate in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e in particolare da esigenze di interesse nazionale e non siano necessarie e proporzionate al raggiungimento di tali esigenze imperative” (considerando n. 3), risulta però incapace di innovare l'ordinamento societario sotto alcun rilevante profilo tra quelli che viceversa sarebbero stati meritevoli di unitaria e adeguata considerazione europea.

(a) Essa, infatti, adotta un metodo di armonizzazione minima e non massima, specie con riguardo al “progetto comune” di fusione, come si evince dal considerando n. 4, ove si precisa che “si dovrebbe di conseguenza precisare il contenuto minimo di tale progetto comune, fermo restando che le società in questione restano libere di mettersi d'accordo su altri elementi del progetto”, ancorché quest'ultimo costituisca l'architrave portante del processo di fusione transfrontaliera; questa scelta appare ancor più discutibile nella specie se si considera che i

diritti nazionali sono già oggetto di armonizzazione in tema di fusioni (per effetto della direttiva di consolidamento 2011/35/UE) e che per il conseguimento di un obiettivo tanto minimale di armonizzazione si è comunque reso necessario adottare una specifica e corposa direttiva, che ha, da un lato, ulteriormente frammentato — distinguendo tra fusioni transfrontaliere intra-UE e fusioni domestiche — le regole applicabili alla fusione nei singoli ordinamenti nazionali e, dall'altro lato, adottato regole non del tutto uniformi con quelle in tema di SE mediante fusione, disarticolando la stessa unitarietà del regime europeo.

(b) La direttiva omette di fissare una regola di diritto europeo uniforme che faccia divieto ai singoli Stati membri di dettare norme, per le fusioni intra-UE, difformi da quelle dettate per le fusioni domestiche e, proprio al contrario, enuncia il principio — che si legge all'art. 4 par. 2 ultimo periodo — che “uno Stato membro può, in caso di società partecipanti a una fusione transfrontaliera cui si applica la sua legislazione, adottare disposizioni volte ad assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza che si sono opposti alla fusione transfrontaliera”. Ne deriva così che, ad esempio, risultano valide le previsioni nazionali che attribuiscono ai soci dissenzienti il diritto di recesso rispetto ad una fusione transfrontaliera, anche allorché tale diritto non è riconosciuto per le fusioni domestiche (sul diritto di recesso in seguito a fusione transfrontaliera v. *VENTORUZZO*, 67-69). Si perde in tal modo l'occasione per rimuovere un *effettivo* ostacolo di fatto alle fusioni intra-UE, e al tempo stesso per affermare un principio di *piena equivalenza* tra fattispecie di riorganizzazione imprenditoriale interna e intra-UE, che mi pare dovrebbe, invece, costituire l'architrova di un regime armonizzato genuinamente facilitativo dei processi di consolidamento industriale europeo e pienamente coerente con le previsioni del trattato in tema di diritto di stabilimento.

(c) La direttiva preferisce eludere, a ben vedere, i problemi che possono porsi in relazione alla determinazione del rapporto di cambio in considerazione delle diverse regole nazionali che possono risultare applicabili in assenza di un regime unitario. Ne è dimostrazione l'art. 10 par. 3 che consente l'applicazione della legislazione di uno Stato membro che prevede la possibilità di attivare una procedura giudiziale di controllo e modifica del rapporto di cambio su richiesta dei ‘soci di minoranza’ di una (o più) società partecipante(i) alla fusione e soggetta(e) alla legge di tale Stato, senza che ciò impedisca l'iscrizione della fusione transfrontaliera nel registro delle imprese. Perché la procedura possa essere attivata, tuttavia, è necessaria la previa approvazione della maggioranza dei soci delle altre società partecipanti, e solo in presenza di tale consenso, l'esito della procedura di modifica del rapporto di cambio sarà vincolante nei confronti della società risultante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci. Da ciò emerge che il legislatore europeo, nella volontà di far prevalere la soluzione più ‘liberale’ e di non imporre la procedura giudiziale di revisione del rapporto di cambio agli altri Stati membri che non la prevedono, ha voluto predisporre uno strumento di tutela non obbligatorio, ma solo facoltativo (cfr. *WYCKAERT, GEENS*, 43), e che ha preferito che la procedura speciale fosse in ogni caso disciplinata dall'ordinamento dello Stato membro che la prevede e non da un regime europeo *ad hoc* dettato per le fattispecie transfrontaliere. Il legislatore europeo, infatti, si è limitato ad operare

un rinvio alla disciplina nazionale, ove presente, ed ha ommesso di dettare una disciplina unitaria che definisca compiutamente a quali fattispecie sia applicabile la procedura, i criteri da seguire nella rideterminazione del rapporto di cambio, e soprattutto, cosa avvenga nel caso in cui i soci delle altre società partecipanti non prestino il proprio consenso a che la procedura giudiziale venga attivata. Il diritto nazionale applicabile, infatti, potrebbe prevedere — come di fatto prevede in alcuni ordinamenti (su cui v. *infra*) — che il voto negativo delle altre società partecipanti alla fusione non escluda l'attivazione di altri strumenti approntati per la tutela dei 'soci di minoranza' che determinano l'obbligo per la società di sospendere l'operazione di fusione in attesa che venga definito il merito delle pretese avanzate. È evidente, dunque, che la scelta di non voler 'appesantire' le fusioni transfrontaliere garantendo in via generalizzata a tutti soci delle società partecipanti la possibilità di attivare una procedura giudiziale di revisione del rapporto di concambio, solo apparentemente le rende più snelle. Al contrario, l'asimmetria dei rimedi previsti dagli ordinamenti nazionali per tutelare i soci di minoranza in caso di incongruità del rapporto di cambio e la mancanza di una forma di tutela fondata esclusivamente su regole europee uniche e applicabili in tutti gli Stati membri, a ben vedere, pone un ostacolo notevole al loro compimento.

(d) Del pari, la direttiva omette di dettare regole unitarie di tutela dei creditori, rendendo in tal modo soggetto il processo di fusione intra-UE al regime più gravoso tra quelli previsti — beninteso nel quadro ordinamentale armonizzato, che tuttavia, sul punto, lascia agli Stati membri ampia discrezionalità (v. art. 13 della direttiva 2011/35/UE) — dagli ordinamenti nei quali sono costituite le società partecipanti alla fusione (per un'analisi comparatistica al riguardo v. VAN GERVEN, 113-114). Ciò è sintomatico di una più generale caratteristica del processo di fusione transfrontaliera concepito dalla direttiva: l'ordinamento europeo accetta che, in considerazione degli effetti propri del "cumulo" (seppur distributivo, in relazione alle società coinvolte) di leggi applicabili, il processo di fusione sia più lungo e farraginoso, essendo connotato anche da adempimenti burocratici di verifica aggiuntivi rispetto a quelli ordinari per le fattispecie interne. Si tratta di un esito che non può certo dirsi necessitato dalla base giuridica su cui si fonda lo strumento normativo di coordinamento — base giuridica che avrebbe consentito anche l'apprestamento di un equilibrato regime uniforme, connotato da semplicità, celerità e adeguate tutele a protezione degli interessi dei soci e dei terzi, senza che a ciò si opponesse il principio di sussidiarietà, come dimostra eloquentemente il regolamento sulla SE — e che, di nuovo, molto dice, in verità, sul ruolo (solo ipocritamente) *facilitativo* delle operazioni di fusione transfrontaliera effettivamente assunto dalla direttiva. D'altro canto, se effettivamente l'obiettivo fosse stato la *facilitazione* delle operazioni di fusione transfrontaliera e se il fondamento della direttiva è da rinvenirsi, come si legge al considerando n. 3, non solo nel diritto di stabilimento ma anche nella libera circolazione dei capitali (cfr. l'opinione dell'AG Tizzano nella causa C-411/2003 *Sevic*, 71-78), essa ben avrebbe potuto introdurre anche una regola uniforme in relazione alle fusioni internazionali extra-UE, così da facilitare l'adozione di una unitaria posizione comune degli Stati membri rispetto ad un tema che naturalmente riveste valenza strategica ai fini della crescita

internazionale dell'industria europea e all'apertura del mercato del controllo europeo nel contesto globale: ciò che, al contrario, la direttiva si è ben guardata dal fare.

La direttiva 2005/56/CE costituisce, dunque, un approdo davvero minimale del lungo percorso istituzionale, avviato a livello europeo addirittura fin dal 1967 (LIAKOPOULOS, MANCINI, 7 ss.), per introdurre regole certe che consentissero la realizzazione di fusioni intra-UE; tanto più minimale se si considera che l'obiettivo "di garantire la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse" era espressamente contemplato dall'art. 220, par. 4, del Trattato CEE (poi art. 293 CE, ora abrogato) e i progetti iniziali erano volti ad introdurre una vera e propria normativa uniforme in materia di fusioni internazionali, vuoi mediante una convenzione (cfr. SANTA MARIA, 224; LUZZATTO, 1209) vuoi mediante una direttiva che facesse amplissimo rinvio alle norme armonizzate in tema di fusione domestica (era questa la linea seguita dalla prima proposta di X direttiva societaria del 14 dicembre 1984).

Non mancano, naturalmente, ragioni "politiche" che, anche se non giustificano, comunque spiegano come questo approdo sia stato avvertito dalla Commissione (all'epoca particolarmente rinunciataria in materia) come il massimo conseguibile. Né manca, del pari, una qualche utilità pratica del lavoro di armonizzazione sul punto. Infatti, la direttiva ha sciolto alcuni nodi che, pur in presenza delle chiare prese di posizione della Corte di Giustizia, rendevano in concreto priva di reale certezza giuridica la fusione intra-UE. Da un lato, infatti, la direttiva ha esplicitato le regole concrete che occorre seguire nella fusione transfrontaliera intra-UE, riempiendo così di contenuti analitici il principio generale di diritto europeo che vieta agli Stati membri di opporsi in via generale a tali operazioni. Ciò ha fatto estendendo il proprio ambito di applicazione alle fusioni tra ogni tipo di società di capitali e non limitandosi, dunque, alle sole società per azioni, che costituiscono viceversa il solo ambito di riferimento sia della direttiva di ravvicinamento sulle fusioni domestiche sia dello statuto della SE. Dall'altro lato, in coerenza con la posizione di compromesso nel frattempo raggiunta nel quadro del regolamento sulla SE e della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori che l'accompagna, ha dettato regole specifiche in tema di governo della società risultante dalla fusione capaci di assicurare la permanenza delle regole più "protettive" tra quelle applicate dalle società partecipanti alla fusione in tema di coinvolgimento dei lavoratori. Essa è poi completata dalle previsioni — in concreto altrettanto essenziali per assicurare effettività all'istituto della fusione transfrontaliera intra-UE — della direttiva 2005/19/CE in tema di regime fiscale applicabile.

**2. Il d.lg. 30 maggio 2008, n. 108 e l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle norme interne sulle fusioni transfrontaliere.** Il d.lg. n. 108 del 2008 che recepisce la direttiva sulle fusioni transfrontaliere nell'ordinamento italiano individua il proprio ambito di applicazione all'art. 2 co. 1 in conformità alle previsioni di cui agli artt. 1, 2 e 3 della direttiva, le quali lo definiscono, *sotto il profilo oggettivo*, esclusivamente in relazione alle operazioni qualificabili come "fu-

sione” a norma dell’art. 2 co. 2 lett. *a*, *b* e *c* della direttiva (fusione effettuata tramite scioglimento e conferimento dei patrimoni delle società estinte in una società esistente, oppure di nuova costituzione, e fusione per incorporazione), e, *sotto il profilo soggettivo*, in relazione a quelle operazioni di fusione che intervengono tra società di capitali “europee”, dovendosi intendere per tali: *a*) quelle che siano costituite in conformità alla legislazione di uno Stato membro, e *b*) che abbiano la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale nella Comunità, sempre che “almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi” (v. art. 1 della direttiva), così circoscrivendo la sfera dell’operatività della direttiva alle fusioni transfrontaliere intra-europee, e non già genericamente a tutte le fusioni transfrontaliere (v. CARDUCCI ARTENISIO, 1194).

Ne deriva che *i*) al pari di quanto avviene in relazione alla SE, restano incongruamente escluse dall’ambito di applicazione delle regole “facilitative” europee le operazioni di scissione; *ii*) l’ambito di applicazione della direttiva è limitato esclusivamente alle fusioni tra società di capitali, così segnando un avanzamento rispetto alle regole in tema di costituzione per fusione di SE, che si riferiscono, come è noto, solo alle società per azioni, benché il diritto di stabilimento si riferisca a tutti i tipi societari; *iii*) la direttiva, là dove prevede (all’art. 3 par. 2) che “gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva alle fusioni transfrontaliere a cui partecipa una società cooperativa, anche nei casi in cui quest’ultima rientrerebbe nella definizione di società di capitali di cui all’art. 2, paragrafo 1”, consente agli Stati membri, non solo di limitare il proprio ambito di applicazione alle sole fusioni omogenee, ma addirittura di escludere l’applicazione delle sue regole alle fusioni omogenee tra società cooperative, determinando in tal modo una significativa disarmonia con quanto previsto dal regolamento sulla Società Cooperativa Europea. A quest’ultimo riguardo, il legislatore italiano — al pari di altri (per un’analisi comparatistica v. VAN GERVEN, *Cross-Border Mergers in Europe*, vol. 1, 82, 105, 198, 289; VAN GERVEN, *Cross-Border Mergers in Europe*, vol. 2, 16) — ha in effetti ritenuto di far uso dell’opzione di cui all’art. 3 par. 2 della direttiva al fine di escludere espressamente, all’art. 3 co. 2, che “una società cooperativa a mutualità prevalente di cui all’art. 2512 del codice civile” possa partecipare ad una fusione transfrontaliera. La previsione, a dispetto della sua ampiezza di dettato, va comunque coordinata con quanto prevede il regolamento sulla Società Cooperativa Europea (che non può ovviamente essere derogato dalla disciplina nazionale e che è fatto salvo dall’art. 4 co. 6 del decreto), nel senso cioè che il divieto dell’art. 3 co. 2, si riferisce esclusivamente alla fusione transfrontaliera prevista dalla direttiva e non già a quella ammessa dal regolamento sulla Società Cooperativa Europea. Viceversa, la previsione nazionale autorizza, *a contrario*, fusioni transfrontaliere sia omogenee sia eterogenee cui partecipino cooperative a mutualità non prevalente italiane (v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo di recepimento della direttiva 2005/56/CE del 26 ottobre 2005 relativa alla fusioni transfrontaliere di società di capitali*, sub art. 3).

Peraltro, ad evitare irragionevoli disparità di trattamento censurabili ai sensi dell’art. 54 T.f.e.u. e dell’art. 3 della Costituzione (BENEDETTELLI-RESCIO, 743-744), il legislatore nazionale ha previsto un ambito di applicazione del decreto più

ampio di quello previsto dalla direttiva in relazione a tre diverse fattispecie: anzitutto, quella delle fusioni transfrontaliere “alle quali partecipino, o dalle quali risultino, società diverse dalle società di capitali” in tal modo dando opportuno rilievo all’ambito soggettivo di applicazione del diritto di stabilimento e dimostrando maggiore sensibilità dello stesso legislatore europeo; in secondo luogo, quella delle fusioni transfrontaliere “alle quali partecipino, o dalle quali risultino, società di capitali che non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria né l’amministrazione centrale né il centro di attività principale”; in terzo luogo, le fusioni transfrontaliere c.d. “innominate” e cioè diverse “dai casi previsti dai commi 1 e 2” del medesimo art. 2 del decreto.

a) Nelle prime due ipotesi l’applicazione del regime speciale in tema di fusioni transfrontaliere previsto dal decreto soggiace a due condizioni (MAGLIULO, 13 ss.): innanzitutto, esso opera solo “purché l’applicazione di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima”.

In secondo luogo, alle “altre fusioni transfrontaliere intracomunitarie” non si applicano le disposizioni in materia di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società di cui all’art. 19 del decreto.

In mancanza della condizione prevista dalla norma, ovvero ove la legislazione nazionale applicabile alle altre società partecipanti alla fusione non preveda l’applicazione delle disposizioni della direttiva alle società non di capitali o non beneficiarie del diritto di stabilimento, la fusione ricadrà nell’ambito applicativo dell’art. 25 co. 3 della l. n. 218 del 1995, che, in applicazione del criterio del cumulo distributivo, dispone che “le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”. In tal caso si applicherà la disciplina codicistica arricchita da una più ristretta gamma di norme di diritto materiale contenute nel decreto, secondo quanto dispone il co. 3 dell’art. 2. In particolare, per queste fattispecie viene ribadito il divieto di partecipazione per le cooperative a mutualità prevalente, e vengono estese le norme sul recesso, sul progetto di fusione, sulle relazioni degli amministratori e degli esperti, sulla pubblicità, nonché le norme che prevedono la fusione semplificata (*contra* MAGLIULO, 16-17, che ritiene che si possano applicare tutte le norme del decreto ad eccezione degli artt. 11 e 13).

b) In relazione alla terza ipotesi analizzata, occorre chiedersi se l’applicazione parziale della disciplina del decreto operi anche per le fusioni transfrontaliere con società extra-europee. Nella *Relazione illustrativa al decreto* (v. *sub* Premessa) il legislatore nazionale afferma espressamente che, “in assenza di criteri specifici di delega, si è deciso di limitare l’ambito operativo del decreto a fusioni tra società di Stati membri e la cui risultante sia una società di uno Stato membro”, parte della dottrina ritiene tuttora che il co. 3 dell’art. 2 del decreto si applichi anche alle fusioni transfrontaliere c.d. “innominate”, ovvero ad operazioni di fusione tra società tutte domestiche che diano tuttavia luogo ad una nuova società retta dall’ordinamento di altro Stato membro, oppure ad operazioni di fusione tra società tutte straniere, seppur europee, che diano tuttavia luogo ad una società di

diritto italiano, o ancora alle fusioni in cui partecipino società extraeuropee (v. BERTOLI, 40; MAGLIULO, 16).

Infine, in conformità a quanto previsto dall'art. 4, par. 1, lett. *a* della direttiva, l'art. 3 co. 1 del decreto esclude che possa aver luogo una fusione transfrontaliera tra tipi di società alle quali la legge applicabile non consente di fondersi: il che, essenzialmente, esclude che, conformemente alle previsioni dell'art. 3 par. 2 della direttiva 2011/35/UE e dell'art. 2501 c.c., possano partecipare a fusioni internazionali società in stato di insolvenza o in liquidazione, qualora abbiano già iniziato la distribuzione degli attivi tra i propri azionisti.

**3. L'architave della disciplina armonizzata in tema di fusioni transfrontaliere: il criterio distributivo in tema di legge applicabile e le norme di diritto internazionale privato materiale.** L'art. 4 del decreto detta al co. 1, in attuazione dell'art. 4, par. 1, lett. *b*, della direttiva, una norma di diritto internazionale privato che individua l'ordinamento competente secondo un criterio distributivo: ciascuna società partecipante alla fusione deve rispettare soltanto le disposizioni e le formalità previste dalla legge del proprio Stato di origine (cfr. AMBROSIANI, 1351; conformemente App. Roma, 28 marzo 2000, in *Riv. not.*, 2000, 1295; *contra* Trib. Roma 15 dicembre 1999, in *Riv. not.*, 2000, 1294; in tema v. VILLATA, 77 ss.), in particolare con riguardo a “il processo decisionale relativo alla fusione e, tenuto conto del carattere transfrontaliero della fusione, la protezione dei creditori delle società che partecipano alla fusione, degli obbligazionisti e dei possessori di titoli o quote, nonché dei lavoratori per quanto riguarda i diritti diversi da quelli disciplinati dall'art. 16”. Alla società italiana partecipante alla fusione, in specie, si applicano *tout court* le norme del codice civile in tema di fusione domestica; in aggiunta ad esse, tuttavia, si applica anche l'art. 6 co. 2 del decreto che, in conformità all'art. 3, par. 1, della direttiva, consente, a differenza delle fusioni domestiche, e di quanto previsto dalla direttiva 2011/35/UE di armonizzazione delle stesse, che il conguaglio in denaro possa essere superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote attribuite, qualora “la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società risultante dalla fusione transfrontaliera lo consenta”. Si applicano, inoltre, le norme che il decreto ha dettato, in conformità della clausola di salvaguardia di cui all'art. 4 par. 2, della direttiva, specificamente ed esclusivamente in tema di fusioni transfrontaliere “per assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza che si sono opposti alla fusione transfrontaliera”. Si tratta in particolare del diritto di recesso previsto dall'art. 5 del decreto, riconosciuto in capo al “socio non consenziente” in relazione a fusioni “in uscita” e cioè “in cui la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di un altro Stato membro”. La norma si pone evidentemente in coerenza con il preesistente diritto di recesso previsto dal codice civile per il caso di trasferimento all'estero della società o per le fusioni in cui siano coinvolte S.r.l. o società di persone, ma appare di ben dubbia opportunità nel contesto europeo, giacché risulta tale da preservare una differenza di trattamento non trascurabile tra fusioni domestiche e fusioni



intra-europee cui partecipino delle S.p.a. (salvo che non si consideri il “passaggio” ma, si noti, all’interno del medesimo “tipo” sociale, da una legislazione nazionale all’altra quale un’ipotesi di trasformazione). È bensì vero che, in considerazione della permanente diversità dei diritti societari nazionali degli Stati membri, la modifica, con la nazionalità, del regime giuridico applicabile alla società può non essere privo di rilevanza pratica per i soci; non mi pare, tuttavia, che tale diversità di regime per il medesimo “tipo” sociale sia trasformativo in senso proprio e possa dar luogo ad un situazione in cui sia necessario “assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza” e, che, in ogni caso, spetti ai singoli Stati membri dettare le regole destinate ad offrire tale “protezione adeguata”; al contrario, poiché, esistono disparità di regimi societari nazionali in tema di protezione dei soci di minoranza a fronte di un’operazione di fusione transfrontaliera (v. VAN GERVEN, 113-114), ed è piuttosto tale disparità a mettere a repentaglio l’adeguata tutela dei soci di minoranza, la risposta imposta dal Trattato mi pare che dovrebbe essere quella di un processo di più marcata armonizzazione dei diritti societari nazionali, idoneo a soddisfare in maniera uniforme tale bisogno di tutela.

L’applicazione della disciplina codicistica, al contrario, subisce una limitazione in tema di *leveraged buy out* (LBO) ad opera dell’art. 4 co. 3 del decreto: l’art. 2501 *bis* c.c., infatti, non trova applicazione in una fusione per incorporazione nel caso in cui la società incorporanda non sia di diritto italiano. In altre parole, la disposizione codicistica non si applica alla società incorporanda di diritto straniero, che al contrario, dovrà seguire la disciplina della propria *lex societatis*.

L’art. 4 co. 1 del decreto, e con esso la disciplina codicistica, non ha modo di operare, inoltre, in relazione a taluni profili della fusione transfrontaliera che sono oggetto di norme di diritto materiale dettate dalla direttiva e dal decreto di recepimento. Si tratta, in particolare, delle norme in tema di formalità al fine di assicurare l’identità di taluni adempimenti che *necessariamente debbono* essere gli stessi per tutte le società partecipanti alla fusione (come è il caso del progetto di fusione) o che *è comunque opportuno che lo siano* (come è il caso della relazione degli esperti). Tale norma non opera neanche nel caso in cui si determini in qualunque modo un conflitto tra le norme applicabili nei diversi ordinamenti competenti che non sia possibile risolvere mediante l’applicazione cumulativa o distributiva delle norme dei diversi ordinamenti. In tal caso l’art. 4 co. 2 del decreto dispone, con una norma sussidiaria di rinvio, che “è data prevalenza alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione”, ad eccezione di quanto previsto in tema di atto di fusione (su cui v. *infra* n. 6), e di disciplina dei rapporti di lavoro in seguito a trasferimento d’azienda, secondo quanto disposto dall’art. 2112 c.c. e dall’art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428, per i quali si ritiene che la disciplina italiana sia sempre applicabile.

Si noti, infine, che la disciplina armonizzata è raccordata alla disciplina generale internazionalprivatistica (e in specie all’art. 25 della l. n. 218 del 1995) dall’art. 3, co. 3, del decreto che precisa come “una fusione transfrontaliera attuata in conformità del presente decreto legislativo soddisfa il requisito di cui all’art. 25 co. 3 della legge 31 maggio 1995 n. 218”.

**4. Le formalità preliminari alla realizzazione della fusione transfrontaliera.** In tema di formalità preliminari alla realizzazione della fusione, il decreto integra con gli articoli dal 6 al 9 le previsioni di diritto interno in tema di progetto di fusione (e di sua pubblicazione), di relazione dell'organo amministrativo e di relazione degli esperti con una serie di regole "minute" di diritto materiale e uniforme riprese dalla direttiva, la cui finalità è, all'evidenza, solo quella di assicurare, con la conformità sul punto dei diversi diritti applicabili, un pieno allineamento dei documenti preparatori della fusione predisposti da tutte le società partecipanti alla fusione, in modo che all'esito del procedimento tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino il medesimo progetto (ed, eventualmente, le medesime modifiche), con piena consapevolezza delle specificità proprie della natura transfrontaliera dell'operazione, ivi comprese quelle in tema di coinvolgimento dei lavoratori. Questa finalità informativa è rinforzata dall'obbligo di pubblicazione nella G.U. almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione delle informazioni in ordine alle "modalità di esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni" (art. 7 co. 1 lett. c). A sua volta l'art. 8 co. 1 del decreto richiede (fortunatamente evitando la contraddizione in cui cade l'art. 7 della direttiva, il quale dichiara che la relazione degli amministratori è destinata ai soci, per poi prescrivere che questa venga messa a disposizione anche dei soci e dei lavoratori) che "nella relazione di cui all'art. 2501 *quinquies* del codice civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori" e che la relazione venga inviata "ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione".

È evidente come, nelle fattispecie transfrontaliere, la fase preliminare alla decisione assembleare, e gli adempimenti che la caratterizzano, si arricchiscono di contenuti nuovi rispetto a quanto stabilito dalla disciplina codicistica per le fattispecie domestiche (rispetto alle quali non si può non registrare, peraltro, una disparità di trattamento): in particolare, essi prendono in considerazione interessi terzi rispetto a quelli dei soci, con la conseguenza che la rinunciabilità della relazione degli amministratori è da considerare inammissibile. Parimenti, la rinunciabilità del termine per tali adempimenti è esclusa (MENTI, 1331-1332, in relazione alla pubblicazione nella G.U.; *contra* MAGLIULO, 30, nt. 40) o comunque resa più gravosa perché deve constare dell'assenso di tali soggetti (MAGLIULO, 30, in relazione alla relazione degli amministratori).

L'obiettivo di coordinare i documenti preliminari si traduce altresì nella *possibilità*, riconosciuta dall'art. 9 co. 3 del decreto, in conformità alla previsione dell'art. 8 par. 2, della direttiva, che la relazione degli esperti sia redatta dai medesimi esperti per tutte le società partecipanti, consentendosi a tal fine che la loro designazione sia fatta, su richiesta congiunta delle società partecipanti alla fusione, dall'autorità amministrativa o giudiziaria di uno qualunque degli ordinamenti competenti. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il co. 3 dell'art. 9 stabilisce che l'autorità competente alla designazione è il tribunale del luogo in cui ha sede la società

italiana partecipante alla fusione o risultante da essa. Peraltro la designazione giudiziale opera soltanto qualora la società sia una società per azioni, una società in accomandita per azioni, o una società di altro Stato membro ad queste equivalente, in tutti gli altri casi è sufficiente la mera abilitazione di tali soggetti ad opera dell'autorità amministrativa (ovvero il Ministero della giustizia che tiene l'albo dei revisori dei conti a norma dell'art. 2409 *bis*) (MAGLIULO, 33).

Del pari si prevede che i soci possono rinunciare all'unanimità alla detta relazione degli esperti, ma a condizione che vi rinuncino tutti i soci delle altre società partecipanti alla fusione transfrontaliera (v. VAN GERVEN, 113-114). La scelta del legislatore nazionale si spiega verosimilmente con la volontà di evitare contrasti con la disciplina codicistica "generale" dettata per le fattispecie domestiche che prescrive (tranne per il caso di fusioni espletate con formalità semplificate) il deposito della relazione degli esperti.

**5. La decisione sulla fusione transfrontaliera.** La decisione sulla fusione transfrontaliera è adottata dalle società partecipanti alla fusione in conformità delle previsioni (peraltro armonizzate, seppur lasciando spazio a diversità nazionali, dalla direttiva sulle fusioni domestiche) dell'ordinamento competente. Le modifiche al progetto sono consentite, ai sensi dell'art. 2502 co. 2 c.c. ovviamente soltanto a condizione che tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino le medesime modifiche (secondo quanto previsto dall'art. 10 co. 3 del decreto). La principale questione applicativa che si pone con riguardo a questa fase del procedimento attiene alle differenze tra ordinamenti competenti in ordine al "controllo e alla modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza". Al riguardo la soluzione adottata dalla direttiva è riflessa *telle quelle* nel decreto, il quale al co. 2 dell'art. 10 prevede che l'assemblea della società italiana partecipante alla fusione deliberi sulla possibilità per i soci di minoranza di un'altra società di uno Stato membro che prevede la modifica e il controllo del rapporto di cambio, di fare ricorso a tale procedura speciale, e all'art. 16 stabilisce che, una volta autorizzata, l'esito di tale procedura è vincolante nei confronti della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci, se tutte le società partecipanti hanno dato l'autorizzazione. Nel caso in cui i soci della società italiana non prestino il proprio consenso, questo strumento di tutela dei soci dissenzienti delle altre società non potrà, dunque, operare. Tutto ciò non è, ovviamente, privo di riflessi sull'intera operazione: ad esempio, nel diritto tedesco i soci di una società incorporanda che abbiano votato contro la fusione in assemblea non possono impugnare la delibera assembleare che approva la fusione per questioni attinenti alla congruità del rapporto di cambio, ma hanno il potere di chiedere al giudice di far valutare la propria partecipazione da un esperto indipendente al fine di ottenere una compensazione in danaro (parr. 14 e 15 della legge sulle riorganizzazioni societarie, o *UmwandlungGesetz*, di seguito "*UmwG*"). Ciò vale anche per le fusioni transfrontaliere, ma solo qualora vi sia l'assenso dei soci delle altre società all'attivazione della procedura speciale di valutazione (par. 122h *UmwG*). Nel caso in cui questi ultimi si oppongano a che ciò avvenga, i soci

dissenzienti della incorporanda tedesca possono esperire l'azione generale di annullabilità della delibera assembleare di approvazione del progetto di fusione per inadeguatezza di tale rapporto (cfr. KINDLER, 489; WYCKAERT, GEENS, 43). La pendenza di una tale azione, impedisce allora l'iscrizione della fusione nel registro delle imprese e la conseguente emissione del *pre-merger certificate*, producendo così la sospensione della procedura (e degli effetti della delibera di fusione) finché il giudice non si sia espresso nel merito, ovvero non ritenga, con giudizio sommario, che l'azione sia infondata o inammissibile, oppure che, in considerazione della prevalenza dell'interesse delle società partecipanti alla fusione su quello dei soci dissenzienti, l'operazione possa proseguire (SANGIOVANNI, 244-245). Nel caso in cui il giudice pronunci ordinanza di nullàosta all'iscrizione della fusione nonostante sia pendente l'impugnazione della delibera di fusione, il giudice del registro può procedere all'iscrizione ed emettere il *pre-merger certificate*. Nel caso in cui il giudice, invece, ritenga che l'impugnazione della delibera di fusione osti all'iscrizione della stessa nel registro delle imprese, il procedimento di fusione subisce un arresto.

**6. L'atto di fusione.** L'atto pubblico di fusione presenta, a sua volta, peculiarità rispetto a quanto previsto in tema di fusioni domestiche, per effetto di talune regole di diritto internazionale materiale introdotte dalla direttiva, che hanno "aggravato" il processo rispetto agli adempimenti previsti per le fusioni domestiche dal regime armonizzato. Si tratta di adempimenti che illustrano i costi di transazione e la complessiva opacità di relazioni che si determina, con riguardo a fattispecie di dimensione europea, in conseguenza dell'applicazione di una pluralità di regimi nazionali non sufficientemente armonizzati e dell'assenza di chiare e semplici regole uniformi almeno in tema di fusione transnazionale integralmente sostitutive dei diritti nazionali (cfr. PAPADOPOULOS, 3).

Si integrano le formalità preliminari rispetto alla stipula dell'atto pubblico con l'obbligo di rilascio, per ciascuna società partecipante alla fusione, di un certificato preliminare "attestante il regolare adempimento, in conformità della legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione". Per le società italiane partecipanti alla fusione, tale certificato è rilasciato a richiesta della società dal notaio, il quale attesta le circostanze di cui all'art. 11 co. 2 del decreto, tra le quali "l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori di cui all'art. 2503 del codice civile ovvero l'integrazione dei presupposti che, a norma del medesimo articolo, consentono l'attuazione della fusione prima del suddetto termine, ovvero, in caso di opposizione dei creditori, che il tribunale abbia provveduto ai sensi dell'art. 2445, quarto comma, del codice civile" e "l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente". Il certificato preliminare, dunque, attesta esclusivamente il completamento del processo decisionale e l'espletamento delle formalità che precedono la fase attuativa della fusione. Pertanto, esso costituisce un *prius* rispetto all'atto di fusione e andrebbe emesso prima della redazione ed iscrizione di quest'ultimo nel registro delle imprese. Se ciò risulta pacifico nel caso in cui la società risultante

dalla fusione è di diritto italiano, così non è per il caso in cui essa sia di diritto straniero. In questo caso, qualora il diritto dello Stato membro cui appartiene la società risultante dalla fusione non preveda la stipulazione e l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese perché l'operazione possa essere considerata validamente compiuta ed efficace, ad evitare che la realizzazione degli effetti della fusione si abbia pur in assenza dell'atto di fusione richiesto dalla legge italiana, il legislatore ha imposto al notaio italiano di redigere e iscrivere prima l'atto di fusione e solo successivamente a rilasciare il certificato preliminare (cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo di recepimento della direttiva 2005/56/CE del 26 ottobre 2005 relativa alla fusioni transfrontaliere di società di capitali*, sub articolo 10, articolo 11, articolo 12; RESCIO, 57; BENEDETTI-RESCIO, 751). Pertanto, l'atto di fusione viene redatto, nella forma dell'atto pubblico, dal notaio italiano non solo "se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana", ma anche "se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di un altro Stato comunitario", qualora quell'ordinamento non preveda che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico, secondo quanto stabilisce l'art. 12 del decreto.

Il notaio, per poter redigere l'atto di fusione, espleta, entro 30 giorni dal ricevimento da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera, il controllo di legittimità della fusione transfrontaliera, svolgendo in particolare le verifiche di cui all'art. 13 del decreto legislativo. Dell'esito positivo del controllo di legittimità il notaio è tenuto a "rilasciare apposita attestazione", assumendo di conseguenza su di sé la responsabilità conseguente ai danni derivanti da un atto di fusione transfrontaliera che non poteva essere stipulato per difetto di taluna delle formalità preliminari.

Le regole di pubblicità dell'atto di fusione impongono il deposito dello stesso presso tutti i registri delle imprese competenti in relazione alle società italiane partecipanti alla fusione. Al pari delle norme che disciplinano l'emissione e l'invio dei certificati *pre-e post-merger*, questa disposizione implica la cooperazione transfrontaliera dei registri delle imprese. Tuttavia, sebbene questa costituisca il necessario strumento per perfezionare le operazioni di registrazione, essa non appare da sola sufficiente ad assicurare che ciò avvenga in tempi rapidi e in perfetta trasparenza. Permangono, infatti, ostacoli di natura burocratica e linguistica che comportano oneri amministrativi per le società. Come ha sottolineato il Comitato Economico e Sociale, rilevando correttamente che "la trasparenza dei registri commerciali non è solo un obiettivo importante di per sé, ma costituisce al tempo stesso una delle premesse dell'armonizzazione del diritto societario", "il problema della trasparenza si pone in maniera particolarmente acuta e pressante nel caso delle fusioni e delle scissioni di imprese site in Stati differenti, o di succursali locali di un'impresa assoggettata al diritto di un altro Stato membro. [...] Non esistono tuttavia canali consolidati di comunicazione che permettano di accelerare le procedure, contribuiscano a superare le barriere linguistiche e migliorino la certezza del diritto" (v. Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/666/CEE, 2005/56/CE e 2009/101/CE in materia di interconnessione

dei registri centrali, commerciali e delle imprese COM(2011) 79 definitivo — 2011/0038 (COD), pubblicato in G.U. n. C 248 del 25 agosto 2011). La Commissione europea, pertanto, ha ritenuto opportuno proporre un progetto di direttiva volto a migliorare la trasparenza dell'ambiente giuridico e fiscale delle imprese (v. Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/666/CEE, 2005/56/CE e 2009/101/CE in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese, 24 febbraio 2011, COM/2011/0079 def.) che dovrebbe modificare la direttiva 2009/101/CE obbligando le società a rendere pubblici sulla medesima piattaforma elettronica istituita presso un registro centrale in ogni Stato membro gli atti più importanti relativi alla vita di una società, quali lo statuto e le sue modificazioni, in modo da facilitare l'accesso transfrontaliero a informazioni ufficiali sulle imprese attraverso la creazione di una rete elettronica dei registri e la definizione di un numero minimo comune di informazioni aggiornate da mettere a disposizione elettronicamente a terzi in ogni Stato membro. La proposta di direttiva, in particolare, contiene una modifica all'art. 13 della direttiva sulle fusioni transfrontaliere del seguente tenore: "La legislazione di ciascuno degli Stati membri a cui sono soggette le società partecipanti alla fusione determina, per quanto riguarda il territorio di tale Stato, le modalità, a norma dell'art. 3 della direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, della pubblicità della realizzazione della fusione transfrontaliera nel registro pubblico presso il quale ciascuna di queste società era tenuta a depositare gli atti. Attraverso la rete elettronica di cui all'art. 4 *bis* della direttiva 2009/101/CE, il registro per l'iscrizione della società derivante dalla fusione transfrontaliera notifica immediatamente al registro presso il quale ciascuna di queste società era tenuta a depositare gli atti che la fusione transfrontaliera ha acquisito efficacia. La precedente iscrizione è cancellata, all'occorrenza, all'atto di ricezione della notifica, ma non prima".

**7. Gli effetti dell'atto di fusione.** La fusione prende effetto, se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è italiana, con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede tale società. È tuttavia ammesso, nel caso di fusione per incorporazione, che venga convenzionalmente stabilita una data anche successiva. Quando la società risultante dalla fusione è una società di altro Stato membro, la data di efficacia è determinata dalla legge applicabile a tale società. Tuttavia, la cancellazione della società italiana estinta per fusione potrà avvenire solo dopo che siano stati espletati sia il deposito dell'atto di fusione previsto dall'art. 14 co. 2, del decreto, sia la comunicazione di avvenuta iscrizione della società risultante dalla fusione prevista dall'art. 15 co. 4 del decreto.

Gli effetti della fusione sono quelli propri dell'art. 2504 *bis* co. 1 c.c. (art. 16 co. 1 del decreto) e sono irreversibili — ad instar di quanto prevede l'art. 2504 *quater* — ai sensi dell'art. 17 del decreto, in base al quale "non può essere pronunciata l'invalidità della fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia ai sensi dell'art. 15". Resta salvo il diritto al risarcimento del danno spettante ai soci e ai

terzi danneggiati dalla fusione transfrontaliera. Quest'ultima norma, peraltro, appare concretamente applicabile solo in relazione alle ipotesi in cui la società risultante dalla fusione sia italiana, dovendosi in caso contrario ritenere applicabile la legge (e la giurisdizione) del diverso ordinamento competente.

**8. Le fusioni semplificate.** L'art. 18 del decreto individua due diverse ipotesi di fusione semplificata.

a) Anzitutto la fusione per incorporazione realizzata da una società che già detiene tutte le azioni o quote o gli altri titoli che conferiscono diritti di voto nell'incorporata. La disposizione fa salvo l'art. 2505 co. 1 c.c. che stabilisce che in questo caso non è necessario che il progetto di fusione indichi il rapporto di cambio, né le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società risultante dalla fusione/incorporante, né la data dalla quale tali azioni partecipano agli utili. Del pari, non risulta necessaria la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, né si richiede, peraltro in via del tutto incongruente con l'art. 15 della direttiva (BENEDETTELLI-RESCIO, 749-750) e dell'art. 8 del decreto (MAGLIULO, 32), la relazione dell'organo amministrativo. Inoltre, ma solo nell'ipotesi di fusione per incorporazione ove la società incorporante sia italiana, rimane applicabile l'art. 2505 co. 2 e 3, che prevede la possibilità che sia l'organo amministrativo della società incorporante a deliberare sull'operazione, sempre che ciò sia consentito dall'atto costitutivo e a meno che i soci che rappresentano almeno il 5 per cento del capitale sociale non richiedano alla società che la fusione sia approvata secondo l'iter tradizionale che attribuisce il potere decisorio in merito all'assemblea straordinaria. Mentre, per l'incorporata italiana, è il decreto stesso a prescrivere che non si faccia luogo alla delibera dell'organo amministrativo, e ciò anche quando lo statuto non lo consenta esplicitamente. Come è già stato osservato, questa disposizione non risulta coerente con la direttiva, la quale al riguardo si limita a dichiarare non applicabile alla società incorporata l'art. 9 della direttiva, il quale richiede l'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea generale della società, e non esige, come appare invece nel dettato dell'art. 18 co. 2 del decreto, che il legislatore nazionale elimini tale approvazione, così creando una ulteriore divergenza rispetto alle fattispecie domestiche (BENEDETTELLI-RESCIO, 752-753).

b) In secondo luogo, nel caso in cui la fusione per incorporazione venga realizzata da una società che detiene almeno il 90 per cento delle azioni, quote o altri diritti di voto nella società italiana incorporata, non è richiesta la relazione degli esperti, ove sia concesso ai soci della incorporata di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'art. 2505 *bis* co. 1 c.c., ovvero per un corrispettivo determinato sulla base dei criteri previsti per il diritto di recesso *ex* art. 2347 c.c. Nulla è però previsto per il caso in cui la società italiana sia l'incorporante, con la conseguenza che, in virtù dell'art. 15 par. 2 della direttiva che stabilisce che "le relazioni di uno o più esperti indipendenti, nonché i documenti necessari per il controllo sono richiesti soltanto qualora ciò sia previsto dalla legislazione nazionale cui è soggetta la società incorporante o la società incorporata", la procedura semplificata po-

trebbe essere ritenuta inapplicabile all'intera operazione. Tuttavia, la dottrina attualmente propende per una soluzione in linea con il *favor* del legislatore europeo per le operazioni di fusione transfrontaliera e ritiene che la procedura semplificata si applichi nella fase decisionale di ogni singola società partecipante all'operazione la cui legge nazionale così consenta, senza che rilevi l'inesistenza di disposizioni analoghe negli ordinamenti cui appartengono le altre società partecipanti (RESCIO, 48). Infine, per ciò che concerne la competenza deliberativa, poiché la norma non dispone nulla al riguardo, sembra corretto ritenere che anche nel caso di incorporazione transfrontaliera di società su cui si esercita un controllo non totalitario, l'organo amministrativo della società incorporante possa sostituirsi all'assemblea nella deliberazione sull'operazione se così previsto dall'atto costitutivo (BERTOLI, 51), così da preservare una simmetria di trattamento con le fattispecie domestiche.

**9. La partecipazione dei lavoratori.** Una norma di centrale rilevanza nel contesto della fusione transfrontaliera è quella che attiene alla partecipazione dei lavoratori al governo dell'impresa. Come è ben noto, è questo, infatti, il tema che, dal punto di vista politico, ha a lungo ritardato l'adozione della direttiva e che ha trovato soluzione sulla falsariga del compromesso raggiunto in sede di disciplina della SE. La direttiva 2001/86/CE, completando lo statuto della SE per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (CORTI, 1393-1512; PANTANO, 960), ha mediato tra le tradizioni di Stati membri che hanno discipline tra loro molto diverse in tema di cogestione e, più in generale, di coinvolgimento dei lavoratori rispetto alla gestione dell'attività d'impresa. Obiettivo della direttiva di ravvicinamento è stato, da un lato, quello di dettare una disciplina minima di garanzia circa il coinvolgimento — almeno a livello di informazione e consultazione — dei lavoratori e, d'altro lato, di assicurare che “la costituzione di una SE non comporti la scomparsa o la riduzione delle procedure di coinvolgimento dei lavoratori esistenti nelle società partecipanti alla costituzione di una SE” (v. considerando n. 3, che stabilisce il c.d. principio “del prima e del dopo”; PANNIER, 1435; EVRARD, VAN DER VAEREN, 118; GELTER, 599). La garanzia dei diritti acquisiti dai lavoratori in materia di coinvolgimento nel processo decisionale è stata espressamente qualificata come “principio fondamentale e obiettivo esplicito” della direttiva, e l'art. 11 della stessa prevede una norma sul c.d. sviamento di procedura, in forza della quale “gli Stati membri adottano le misure appropriate, conformemente alla normativa comunitaria, per impedire lo sviamento delle procedure di costituzione di una SE al fine di privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento o di negar loro tali diritti”. La direttiva prevede una procedura di negoziazione tra gli organi delle società proponenti la costituzione della SE e una delegazione speciale dei lavoratori costituita, secondo un principio di proporzionale rappresentatività (in dettaglio descritto dall'art. 3 co. 2). Se l'esito dei negoziati è positivo, le due parti del negoziato “determinano, tramite accordo scritto, le modalità di coinvolgimento dei lavoratori”. Sono previste, quali regole di garanzia a tutela dei diritti quesiti, maggioranze rinforzate in relazione ai processi decisio-



nali della delegazione speciale dei lavoratori “qualora i negoziati portino ad una riduzione dei diritti di partecipazione”. Il contenuto dell’accordo è liberamente determinato dalle parti; esso, tuttavia, deve “coprire” una serie di aree tematiche che sono espressamente definite dall’art. 4. È inoltre previsto che le previsioni dell’accordo prevalgono addirittura sulle regole statutarie (art. 12 co. 4). Se ad esempio l’accordo prevede un diritto di partecipazione alla gestione che implica un maggior numero di componenti dell’organo di direzione o di vigilanza, tali previsioni pattizie superano anche le previsioni dello statuto e “questo è modificato per quanto necessario” (in sede attuativa uno Stato membro può prevedere che, in tal caso, “l’organo di direzione o di amministrazione della SE sia autorizzato ad apportare modifiche allo statuto senza ulteriori decisioni dell’assemblea generale degli azionisti”). Qualora la procedura di negoziazione non sortisca esito positivo nel termine di 6 mesi — prorogabile su accordo tra le parti fino ad un anno (art. 5) — o, addirittura, la delegazione speciale di negoziazione decida a maggioranza di non aprire negoziati o di chiuderli anticipatamente (alle condizioni analiticamente descritte dall’art. 3 co. 6) si applica la disciplina “di riferimento” che gli Stati membri sono tenuti a dettare ai sensi dell’art. 7 in modo che essa soddisfi i requisiti minimi dettati nell’allegato alla direttiva, il quale prevede almeno la costituzione di un organo di rappresentanza dei lavoratori, specifici diritti di informazione e consultazione e diritti di partecipazione all’organo di amministrazione o vigilanza non peggiorativi rispetto a quelli preesistenti in capo alle società partecipanti alla costituzione della SE.

Muovendo da queste premesse, l’art. 16, par. 1, della direttiva 2005/56/CE prevede che, in linea generale, “la società derivante dalla fusione transfrontaliera è soggetta alle disposizioni vigenti in materia di partecipazione dei lavoratori, ove esistano, nello Stato membro in cui è situata la sede sociale”. Infatti, diversamente dalla SE, la società risultante dalla fusione è sostanzialmente una società di diritto interno allo Stato membro nel quale ha la sede legale (v. in senso positivo RICKFORD, 1410; PANNIER, 1435). È pertanto la legislazione di questo Stato che disciplina la partecipazione dei lavoratori alla gestione della società, nonché tutti gli altri aspetti relativi al coinvolgimento dei lavoratori nella vita della stessa, quali il diritto di informazione e di consultazione. Tuttavia, per ciò che riguarda il primo dei tre aspetti summenzionati, l’art. 16 par. 2 della direttiva stabilisce, in deroga al par. 1 della stessa norma, che nei casi in cui *i*) almeno una delle società che partecipano alla fusione abbia un numero medio di lavoratori nei 6 mesi precedenti la pubblicazione del progetto di fusione superiore a 500 unità e sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell’art. 2 lett. *k* della direttiva (oppure sia stato istituito un regime in cui le rappresentanze dei lavoratori godano di alcuni speciali diritti amministrativi, quali il diritto di nominare alcuni membri del consiglio di gestione o dell’organo amministrativo, ovvero il diritto di dare approvazione o opporsi alla nomina dei soggetti prescelti come futuri membri di tali organi), ovvero *ii*) la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione transfrontaliera non preveda un livello di partecipazione identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione, o *iii*) non contempli per i lavoratori degli stabilimenti situati in altri Stati membri un diritto ad esercitare

diritti di partecipazione identici a quelli che spettano ai lavoratori situati nello Stato in cui si trova la sede sociale, si applicano i diritti di partecipazione previsti dalla direttiva 2001/86/CE (PANNIER, 1437). In questi casi, la partecipazione dei lavoratori deve essere determinata sulla base di una procedura specifica ai sensi dell'art. 16 par. 3 della direttiva. La disposizione in parola, tuttavia, non stabilisce una procedura *ad hoc*, ma fa riferimento alla procedura esistente in tema di costituzione di SE. Questa soluzione ha rappresentato certamente un *escamotage* efficace che ha consentito di evitare la riapertura del dibattito istituzionale sul tema del coinvolgimento dei lavoratori. Tuttavia, essa crea anche notevoli difficoltà di raccordo tra i due *corpus* normativi: l'ambito oggettivo di applicazione delle due direttive non è, infatti, lo stesso, dato che quello della direttiva sulle fusioni transfrontaliere è più ampio; né risulta coincidente il contenuto dei diritti di partecipazione dei lavoratori, visto che la direttiva sulla SE disciplina anche gli altri aspetti della partecipazione dei lavoratori alla vita della società, tra cui i diritti di informazione e di consultazione (VAN GERVEN, 33).

L'organo amministrativo ha il dovere di informare i rappresentanti dei lavoratori e fornire loro il testo del progetto di fusione, nonché la relazione degli amministratori. Si procede quindi alla costituzione di un organo speciale di negoziazione (eletto secondo la disciplina stabilita a livello nazionale) che rappresenta, secondo le proporzioni stabilite dall'art. 16 par. 3 lett. *a* e dell'art. 3 par. 2 lett. *a* numero *ii*) della direttiva 2001/86/CE, i lavoratori di tutte le società partecipanti alla fusione. Le negoziazioni possono *i*) condurre ad un accordo che stabilisce il livello equivalente, o anche inferiore (senza poterlo escludere del tutto nel caso in cui essi fossero presenti in almeno una delle società partecipanti alla fusione), di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla fusione, ovvero *ii*) non condurre ad alcun accordo nel termine di sei mesi, prorogabile ad un anno, e in tal caso le parti possono decidere di abbandonare il progetto di fusione, o di perseguirlo applicando il livello di partecipazione previsto dalle norme di *default* stabilite dalla direttiva (su cui *infra*), oppure infine *iii*) essere chiuse anzitempo, o addirittura mai essere intraprese, e in tal caso si applicano le norme dello Stato nel quale la società risultante dalla fusione ha la sede sociale. Le regole di *default* si applicano necessariamente quando almeno un terzo dei lavoratori delle società partecipanti gode di una o più forme di cogestione (v. lett. *c* del par. 4 dell'art. 16 della direttiva), ovvero quando l'organo di negoziazione giunge ad un accordo che prevede questa soluzione, oppure, infine, se gli organi delle società partecipanti decidono di applicarle *ab initio*, secondo quanto prevede l'art. 16 par. 4 lett. *a* della direttiva.

Si noti che la direttiva consente agli Stati membri di rifiutare l'iscrizione nel registro delle imprese alla società risultante dalla fusione se l'applicazione delle regole di *default* riconduce all'istituzione della cogestione: ciò che, ovviamente, costituisce nei fatti un ulteriore ostacolo alla realizzazione dell'operazione di fusione.

Le norme di *default* prevedono l'attribuzione ai lavoratori del diritto di nominare i membri nell'organo amministrativo e/o di controllo secondo la regola della

“proporzione più alta”, ovvero in un numero pari al più alto tra quelli in vigore nelle società partecipanti alla fusione (DAVIES, 85-87).

Infine, ai sensi dell'ultimo par. dell'art. 16 della direttiva, qualora la società derivante dalla fusione transfrontaliera sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, essa è obbligata a garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di successive fusioni interne per un periodo di tre anni (GELTER, 799).

Dando attuazione a queste disposizioni, l'art. 19 del decreto legislativo adotta sostanzialmente la medesima tecnica di rinvio normativo della direttiva, richiamando a sua volta le disposizioni del Regolamento sulla SE, ma anche alcune delle disposizioni del d.lg. n. 188 del 2005, e segnatamente l'art. 3 co. 1, 2 e 3 par. 4 lett. *a*, 5, 6 e 11; l'art. 4 co. 1, 2 lett. *a*, *g* e *h* e 3; gli artt. 5, 6, 8, 10, 12; nonché l'allegato I, parte terza, co. 1, lett. *b*. Secondo tali disposizioni, il coinvolgimento dei lavoratori e la definizione dei loro diritti nella gestione della società italiana risultante dalla fusione — e solo di questa (critico BERTOLI, 52) — vengono stabiliti su base negoziale tra gli organismi di rappresentanza deputati alla stipula dei contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. Esse stabiliscono le materie oggetto di negoziazione, i tempi della stessa e la composizione della delegazione chiamata a condurre le negoziazioni per conto dei lavoratori. A sua volta, il co. 4 dell'art. 19 del decreto prevede che la società italiana derivante dalla fusione transfrontaliera debba, in relazione alle ipotesi nelle quali si applica il principio “del prima e del dopo”, assicurare la partecipazione dei lavoratori al governo della società ai sensi dell'allegato I, parte terza, co. 1 lett. *b* del d.lg. 19 agosto 2005, n. 188 “assumendo una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione” (BENEDETTELLI, 393; BERTOLI, 53).