

Fusione

# La fusione transfrontaliera e internazionale

di Angelo Busani

Si illustra la disciplina che permette la realizzazione di operazioni di fusione sia tra società disciplinate da legislazioni di Paesi membri dell'Unione Europea sia tra società di Paesi UE e di Paesi extra-UE.

La materia della fusione transfrontaliera (e cioè della procedura di fusione cui partecipano società regolate dal diritto di ordinamenti diversi) è disciplinata, in via generale, dall'art. 25, comma 3, L. 31 maggio 1995, n. 218, per il quale «[...] le fusioni di enti con sede (1) in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati».

Questa norma, che dunque implicitamente ammette, in linea di principio, la liceità (e quindi la praticabilità) nel nostro ordinamento, delle fusioni transfrontaliere, accoglie il cosiddetto “criterio distributivo” (2), vale a dire che il procedimento di fusione transfrontaliero è disciplinato, per ciascuna società partecipante alla procedura di fusione, dalla legge dello Stato cui detta società “appartiene” fin tanto che si tratta di svolgere attività “individuali” da parte di dette società (ad esempio, l'elaborazione del progetto di fusione o lo svolgimento dell'assemblea che decide la fusione); ma che, quando invece si tratta di svolgere attività “congiunte” oppure attività che comportano una necessaria interrelazione tra le società partecipanti all'operazione di fusione (ad esempio, la stipula dell'atto di fusione, la sua pubblicità, i suoi effetti), occorre osservare le norme dettate da tutti gli ordinamenti cui “appartengono” le società partecipanti all'operazione di fusione (3).

## Note:

(1) La norma in questione punta sul concetto di “sede”: ma è transfrontaliera anche la fusione tra due società aventi sede nel medesimo Stato che siano regolamentate dal diritto di due diversi ordinamenti. Nell'art. 1 della direttiva 2005/56/CE si legge che è transfrontaliera la fusione cui partecipino società che «siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi» («formed in accordance with the law of a Member State»).

(2) Cfr. App. Roma 28 marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2963, secondo cui «la fusione tra una società italiana ed una società stra-

niera può realizzarsi solo se la fattispecie è prevista anche dalla legge nazionale regolatrice della società straniera e solo se siano rispettati i principi di fusione di entrambe le leggi; conseguentemente, l'applicazione delle diverse normative nazionali dovrà avvenire in forma “distributiva”, nel senso che ciascuna società dovrà rispettare solo la legge che direttamente la regola, fatto salvo il limite del rispetto dell'ordine pubblico internazionale»; in riforma di Trib. Roma 15 dicembre 1999, in *Riv. not.*, 2000, 1294, secondo cui «in tema di fusione per incorporazione, la legittimità della delibera assembleare della società italiana incorporata che ha approvato la fusione con una società inglese incorporante deve essere comunque valutata alla stregua della legge italiana; ne consegue che qualora l'atto costitutivo della società inglese evidenzia una serie di clausole incompatibili con l'ordinamento italiano, la delibera di fusione non può essere omologata». Cfr. pure Villata, *Spunti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 77.

(3) Cfr. in tal senso Ambrosiani, *Società europea e fusione internazionale*, in questa *Rivista*, 2002, 1351. Cfr. anche Al Najjari-Peron, *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali: uno sguardo di insieme*, in *Contr. e impr. Europa*, 2005, 708; Ballarino, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2002, 132; Benedettelli, *Le fusioni transfrontaliere*, in Abbadessa - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 4, Torino, 2007, 367; Benedettelli - Rescio, *Il d.leg. n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello schema di legge di recepimento della decima direttiva elaborato per conto del consiglio nazionale del notariato e delle massime del consiglio notarile di Milano)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 742; Bertoli, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 35; Carducci Arsenio, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1194; Damascelli, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, 145; Dessì, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 171; Faunele - Mucciarelli, *Questioni in tema di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 744; Gurrado, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 353; Lupetti, *Le fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, in Preite (diretto da), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, 4. *Diritto Comunitario*, t. 2, Milano, 2011, 1153; Luzzatto - Azzolini, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto - Disc. Priv. Sez. Comm.*, XIV, Torino, 1997, 155; Menti (a cura di) - Trivellin (con la collaborazione di), *Attuazione della dir. 2005/56/Ce, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (d.leg. 30 maggio 2008, n. 108)*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 1309; Seatzu, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 839.

A questa norma di carattere generale si è poi affiancata (4) (immediatamente preceduta, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (5), dal Regolamento (CE) 8 ottobre 2001, n. 2157, il quale, introducendo la Società Europea, ne ha ammesso la costituzione, fra l'altro, «mediante fusione» tra società per azioni «costituite secondo la legge di uno Stato membro» «se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri differenti»: art. 2) (6) la normativa di cui al D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 108, recante, in attuazione della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005 (cosiddetta «decima direttiva»), una disciplina organica (7) delle fusioni transfrontaliere tra società di capitali.

Il D.Lgs. n. 108/2008, che definisce (art. 1, comma 1, lett. d), la «fusione transfrontaliera» come «l'operazione di cui all'articolo 2501, primo comma, del codice civile (8), realizzata tra una o più società italiane (9) ed una o più società di altro Stato membro (10) dalla quale risulti una società italiana o di altro Stato membro, con esclusione dei trasferimenti di parte dell'azienda», «si applica» (art. 2, comma 1), di regola, «alle fusioni transfrontaliere tra una o più società di capitali (11) italiane (12) 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»; vanno incluse (13) in questa espressione normativa anche la fusione tra società di capitali italiane da cui origini una società disciplinata dal diritto di altro Stato UE e la fusione tra società di capitali di altro Stato membro da cui origini una società disciplinata dal diritto italiano.

L'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, precisa che

**Note:**

(4) Ai sensi dell'art. 3, comma 3, D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 108, «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».

(5) Cfr. Corte Giust. UE 13 dicembre 2005, causa C-411/03 (Sevic Systems AG), in *Notariato*, 2006, 126, secondo la quale «Rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad uno Stato membro diverso da quello di stabilimento e l'esercizio di un'attività economica in tale Stato, consentendo la partecipazione effettiva degli operatori economici interessati alla vita economica del detto Stato membro, alle stesse condizioni degli operatori nazionali. Le operazioni di fusione transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Esse costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui

all'art. 43 CE. Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a che, in uno Stato membro, l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro. Una tale disparità di trattamento può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori, nonché la tutela dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà dei rapporti commerciali. Inoltre, è necessario che l'applicazione di una tale disparità di trattamento sia atta a garantire la realizzazione degli obiettivi così perseguiti e non ecceda quanto necessario per raggiungerli». Cfr. anche Mucciarelli, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 417.

(6) Cfr. Di Marco, *La "società europea": in nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in questa *Rivista*, 2001, 746; Miola, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, 332; Rescio, *La società europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, 965.

(7) Peraltro inapplicabile alla «fusione transfrontaliera cui partecipi 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», vale a dire la fusione cui partecipi una Sicav.

(8) E quindi sia la fusione eseguita mediante la costituzione di una nuova società sia quella eseguita mediante l'incorporazione in una società di una o più altre, con l'effetto che (art. 2504 *bis*, comma 1, c.c.; art. 16, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008) la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione; senza che possa essere pronunciata l'invalidità della fusione una volta che essa abbia avuto efficacia, fermo peraltro restando il diritto al risarcimento del danno dei soci e dei terzi che siano stati danneggiati dalla fusione (art. 2504 *quater* c.c.; art. 17, D.Lgs. n. 108/2008).

(9) Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 108/2008, è «società italiana» la «società costituita in conformità della legge italiana».

(10) Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 108/2008, è «società di altro Stato membro» la «società costituita in conformità della legge di altro Stato membro».

(11) Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 108/2008, sono «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». L'elenco contenuto nella direttiva 68/151/CEE va integrato con quello di cui alla direttiva 2003/58/CE.

(12) Resta esclusa la sola società cooperativa a mutualità prevalente, in quanto, ai sensi dell'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, «Una società cooperativa a mutualità prevalente di cui all'articolo 2512 del codice civile non può partecipare ad una fusione transfrontaliera».

(13) In tal senso la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*.

«Una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società alle quali la legge applicabile permette di fondersi». A parte i predetti casi del divieto di fusione transfrontaliera cui partecipino una Sicav o una cooperativa a mutualità prevalente, dal punto di vista del diritto italiano non si frappongono al riguardo particolari ostacoli, in quanto non si rilevano tipi societari cui sia preclusa la partecipazione a una operazione di fusione *cross-border*.

### Fusione “intracomunitaria” ed “extracomunitaria”

I presupposti applicativi del D.Lgs. n. 108/2008 sono dunque:

- a) che alla operazione partecipino «società di capitali»;
- b) che la fusione avvenga tra una o più «società italiane» e una o più «società di altro Stato membro».

Peraltro, l'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, sancisce che il D.Lgs. n. 108/2008 «si applica» anche «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». In altri termini, l'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, va ben oltre il dettato dell'art. 1 della direttiva 2005/56/CE (14), in quanto rende applicabile il D.Lgs. n. 108/2008 anche:

- a) alla “fusione extracomunitaria” (detta anche fusione “internazionale”: si pensi alla fusione tra due società appartenenti a due Paesi UE e una terza società non appartenente a un Paese UE) (15);
- b) alla fusione cui «partecipino» o «risultino» società diverse dalle società di capitali, e quindi società di persone;

e ciò alla “semplice” condizione che la legislazione dello Stato membro diverso dall'Italia applichi (così come accade in Italia) la propria normativa di recepimento della direttiva 2005/56/CE anche alle operazioni appena descritte alle lett. a) e b) (ma con la precisazione che se non partecipano alla fusione transfrontaliera società di capitali la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea, alla fusione non si applica l'art. 19, D.Lgs. n. 108/2008 in

tema di partecipazione dei lavoratori: art. 2, comma 2, secondo periodo, D.Lgs. n. 108/2008) (16).

Se invece detto presupposto di applicabilità non ricorra, l'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008, dispone che alla operazione di fusione transfrontaliera cui partecipi una società italiana si applichino comunque «gli articoli 3, commi 1 e 2, e gli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 18» D.Lgs. n. 108/2008 medesimo. Da questo panorama normativo dovrebbe dunque fuoriuscire (ai sensi dell'art. 25, comma 3, L. n. 218/1995 e del D.Lgs. n. 108/2008) la seguente disciplina della fusione “extracomunitaria” o “internazionale” (17):

- a) nel più frequente caso di una fusione tra due società (una regolata dal diritto italiano, l'altra regolata dal diritto di un Paese non-UE, che ovviamente ammetta la fusione transfrontaliera), visto che il diritto italiano ammette la fusione transfrontaliera sia intra-UE che extra-UE, questa fusione è regolata anzitutto dalle applicabili (18) norme del D.Lgs. n. 108/2008, e, se occorre, dalle norme del codice civile (19) in tema di fusione “interna” che siano idonee a disciplinare anche una operazione transfrontaliera (20), ferma restando (ex art. 25, comma

#### Note:

(14) Il cui art. 1 sancisce che «This Directive shall apply to mergers of limited liability companies formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community, provided at least two of them are governed by the laws of different Member States».

(15) Al fine, secondo la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*, di «evitare una frammentazione di regimi, con il conseguente rischio di trattamenti irragionevolmente differenziate di fattispecie equivalenti».

(16) In quanto, secondo la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*, è stato ritenuto non «opportuno estendere» la disciplina relativa «alla partecipazione dei lavoratori al di fuori di quell'ambito comunitario nel quale se ne impone e se ne giustifica l'adozione».

(17) In tal senso pare anche Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 16.

(18) Oltre all'applicabilità delle norme del D.Lgs. n. 108/2008 espressamente richiamate dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008, si dovrebbe porre il tema dell'applicabilità delle norme (specificamente, gli articoli dal 10 al 17 del D.Lgs. n. 108/2008) che non siano richiamate, ma che si rendano comunque applicabili perché comunque ritenute espressione di principi generali. Si pensi, ad esempio, al principio, espresso nell'art. 2504, comma 1, c.c., ripetuto nell'art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, sulla necessaria natura pubblica dell'atto di fusione.

(19) Un esempio per tutti può essere l'art. 2501 *septies* c.c., in tema di deposito di atti presso la sede sociale in vista dell'adunanza dei soci per decidere la fusione.

(20) Nella *Relazione al Decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere* (segue)

3, L. n. 218/1995) l'applicazione sia delle norme di diritto italiano sia delle norme del diritto straniero quando si tratti di svolgere, come sopra detto, attività "congiunte" oppure attività che comportano una necessaria interrelazione tra le società partecipanti all'operazione (con la precisazione che dovrebbe applicarsi anche alla fusione extracomunitaria, in forza dell'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008, l'art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008 medesimo, sulla prevalenza, in caso di conflitto, delle norme dell'ordinamento cui appartiene la società risultante dalla fusione);

b) nel meno frequente caso di una fusione che coinvolga una società italiana, una società di altro Paese UE e una società di un Paese non-UE, la fusione dovrebbe essere regolata (quando il diritto di detto Paese UE diverso dall'Italia consenta, come l'Italia, all'applicazione anche a questa fusione delle norme di recepimento della direttiva 2005/56/CE):  
b.1. - per le attività "individuali" della società italiana e dell'altra società appartenente a un Paese UE, dalle rispettive norme di recepimento della direttiva 2005/56/CE (e quindi, per l'Italia, dal D.Lgs. n. 108/2008, fatta eccezione per l'art. 19 in tema di partecipazione dei lavoratori);

b.2. - per le attività "individuali" della società appartenente al Paese non-UE, dalle sue regole "interne" in tema di fusione;

b.3. - per le attività "congiunte" oppure per le attività che comportano una necessaria interrelazione tra le società partecipanti all'operazione, sia dalle norme dei predetti Paesi UE recanti recepimento della direttiva 2005/56/CE sia dalle norme del predetto Paese non-UE (di nuovo con la precisazione circa la prevalenza, in caso di conflitto, delle norme dell'ordinamento cui appartiene la società risultante dalla fusione);

c) sempre nel caso di una fusione che coinvolga una società italiana, una società di altro Paese UE e una società di un Paese non-UE, ove invece il diritto di detto Paese UE diverso dall'Italia non consenta l'applicazione anche alla fusione extra-UE delle norme di recepimento della direttiva 2005/56/CE (ma comunque ammetta la fusione extra-UE), le attività "individuali" di ognuna delle società partecipanti all'operazione di fusione dovrebbero essere disciplinate dal diritto interno applicabile (in Italia si tratta comunque delle norme del D.Lgs. n. 108/2008 e, residualmente, ove occorra, di quelle del codice civile) a ciascuna di esse, mentre le attività "congiunte" oppure le attività che comportano una necessaria interrelazione tra le società partecipanti all'operazione dovrebbero essere disciplinate in os-

sequio alle regole di tutti gli ordinamenti "coinvolti" nell'operazione (ancora con la precisazione circa la prevalenza, in caso di conflitto, delle norme dell'ordinamento cui appartiene la società risultante dalla fusione).

### La disciplina applicabile alle operazioni da svolgere in Italia

La regola di base delle operazioni da svolgere in Italia è che (oltre alla disciplina specifica recata dal D.Lgs. n. 108/2008) si applica «alla società italiana (21) partecipante alla fusione transfrontaliera il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile» (art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008), vale a dire che si applicano alla fusione transfrontaliera le norme di cui agli artt. 2501 ss. c.c. e, quindi, tutte le norme che disciplinano la fusione "interna" ove compatibili con la natura transfrontaliera della fusione, ma con la precisazione che, ove l'applicazione di tali norme provochi un «conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera» deve essere «data prevalenza alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione medesima» (art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008).

L'art. 4, D.Lgs. n. 108/2008 (applicabile sia alla fusione intra-UE che alla fusione "extracomunitaria" o "internazionale", ex art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008), reca poi la previsione di alcune eccezioni al predetto principio, e precisamente:

a) non si applica (né alla società italiana (22) né alla società straniera) (23) la disciplina dell'art.

---

#### Note:

(segue nota 20)

delle società di capitali si osserva come «possano [...] essere estese a qualsiasi fusione transfrontaliera, comunitaria o internazionale, le disposizioni, che integrano quelle codicistiche sulla fusione domestica, relative al progetto di fusione, alla pubblicità anteriore alla deliberazione dell'assemblea, al contenuto della relazione dell'organo amministrativo e degli esperti, al recesso del socio non consenziente».

(21) Viceversa, la società straniera applica le regole dettate dal proprio ordinamento per la disciplina delle attività "interne" da svolgere nel caso di fusione transfrontaliera.

(22) Peraltro, secondo la massima n. 111 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera con indebitamento*, se è straniera la società il cui controllo è stato acquisito con indebitamento, il notaio italiano deve verificare che la normativa applicabile in base all'ordinamento cui tale società è soggetta venga rispettata nel procedimento seguito dalla società italiana partecipante alla fusione in relazione alle eventuali previsioni da tale normativa direttamente indirizzate a tutte le società, e ai rispettivi organi, coinvolte nella fusione con indebitamento.

(23) Nella *Relazione al Decreto legislativo recante attuazione* (segue)

2501 bis (24), c.c., preordinata alla protezione degli azionisti di minoranza e dei creditori della società *target* in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, se «la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione», e cioè la società *target*, «non sia una società italiana» (art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008), con la conseguenza che, viceversa, l'art. 2501 bis c.c., dovrebbe essere applicato nel caso in cui siano italiane o la società *raider* (25) o la società *target*;

b) non è derogabile (e quindi è di “applicazione necessaria”) il disposto dell'art. 2112 (26) c.c. (art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 108/2008);

c) pure non è derogabile (e quindi è di altrettanto “applicazione necessaria”) il disposto dell'art. 47 (27), L. 29 dicembre 1990, n. 428 (art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 108/2008);

d) è di “applicazione necessaria” la disciplina contenuta nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 108/2008);

e) è di “applicazione necessaria” la disciplina contenuta nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 108/2008);

f) è di “applicazione necessaria” la disciplina contenuta nel codice delle assicurazioni private, di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 108/2008);

g) è di applicazione necessaria la disciplina anti-trust, di cui alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 (art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 108/2008);

h) è di “applicazione necessaria” la disciplina in tema di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, di cui al D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474 (art. 4, comma 5, D.Lgs. n. 108/2008);

i) sulla normativa in tema di fusione transfrontaliera di cui al D.Lgs. n. 108/2008 prevale la disciplina in tema di costituzione della Società Europea (di cui al Regolamento (CE) n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001) e di costituzione della Società Cooperativa Europea (di cui al Regolamento (CE) n. 1435/2003 del 22 luglio 2003), nel senso che, quando da una fusione transfrontaliera si origina una Società Europea o una Società Cooperativa Europea, si applicano i predetti Regolamenti, mentre si applicano (28) le “normali” norme in tema di fusione transfrontaliera quando dalla operazione di fusione (cui pure partecipino - anche o solo - Società Europee o Società Cooperative Europee) non fuoriesca

la costituzione di una nuova Società Europea o di una nuova Società Cooperativa Europea.

Infine, è disposto (art. 5, D.Lgs. n. 108/2008, applicabile sia alle fusioni intra-UE che alle fusioni extra-UE) il diritto di recesso (disciplinato dalle medesime norme che regolano il recesso in generale dalle società del medesimo tipo di quella che partecipa all'operazione di fusione transfrontaliera) (29) per «il socio non consenziente» della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera qualora la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società regolamentata dal diritto di uno Stato diverso dall'Italia: visto che il trasferimento di sede all'estero è causa di recesso già per “ordinaria” disposizione del codice civile (art. 2437, comma 1, lett. c), c.c., per la società per azioni; art. 2473, comma 1, c.c.,

**Note:**

(segue nota 23)

della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali si osserva che «Ove la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione sia di diritto straniero, sembra coerente con tale impostazione che gli strumenti di protezione siano attivati dall'ordinamento straniero interessato».

(24) L'art. 2501 bis c.c., prescrive che: il progetto di fusione deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione (comma 2); la relazione di cui all'art. 2501 *quinquies* c.c., deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere (comma 3); la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 *sexies* c.c., deve attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione (comma 4).

(25) Ma cfr. la massima n. 111 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera con indebitamento*, secondo la quale nella fusione con indebitamento l'art. 2501 bis c.c. deve essere osservato da tutte le società, di diritto sia italiano sia straniero, partecipanti a una fusione transfrontaliera se è italiana la società il cui controllo è stato acquisito con indebitamento. In tal caso il notaio italiano deve verificare il rispetto dell'art. 2501 bis c.c. anche da parte delle società straniere partecipanti alla fusione transfrontaliera. In materia cfr. anche Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 22, secondo il quale ciascuna società partecipante all'operazione di fusione transfrontaliera è regolata dalla “sua propria” legge applicabile.

(26) In tema di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

(27) In tema di comunicazione del trasferimento di azienda alle rappresentanze sindacali.

(28) Cfr. in tal senso la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*.

(29) Se quindi si tratta di una società per azioni, occorre che il valore di liquidazione delle azioni sia determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; e che la relazione degli amministratori sia messa a disposizione dei soci nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea (art. 2437 *ter* c.c.).

per la società a responsabilità limitata) (30), l'art. 5, D.Lgs. n. 108/2008, acquisisce quindi senso solo se lo si intende riferito (non tanto alla incorporazione di una società italiana in una società straniera, ove il recesso già di per sé appunto spetterebbe al socio non consenziente) alla fattispecie della società incorporante italiana che, in esito alla fusione transfrontaliera, scelga di essere regolata da un diritto diverso da quello italiano (31).

### Il progetto di fusione

L'avvio della procedura di fusione transfrontaliera si ha con la redazione di un «progetto comune di fusione transfrontaliera» (art. 6, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008) (32) da parte degli organi societari che, in ciascun ordinamento, hanno la competenza per assumere questa decisione.

Tale progetto deve innanzitutto contenere «le informazioni di cui all'articolo 2501-ter, primo comma, del codice civile» integrate con quelle richieste dal predetto art. 6, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, vale a dire:

- a) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione (art. 2501 ter, comma 1, n. 1, c.c.); queste informazioni sono da integrare con l'indicazione della legge regolatrice di ciascuna delle società partecipanti alla fusione (art. 6, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 108/2008);
- b) l'atto costitutivo (e/o lo statuto) della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione (art. 2501 ter, comma 1, n. 2, c.c.) dando evidenza alla forma, alla denominazione e alla sede di tale società (art. 6, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 108/2008); queste informazioni sono inoltre da integrare con l'indicazione della legge regolatrice della società risultante dalla fusione transfrontaliera (art. 6, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 108/2008);
- c) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società risultante dalla fusione transfrontaliera (art. 6, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 108/2008), al riguardo rammentandosi che, ai sensi dell'art. 2501 quater, c.c., l'organo amministrativo della società italiana partecipante alla fusione deve redigere, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale della società stessa, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società (comma 1); e che detta situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non

oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto di fusione presso la sede della società (comma 2); e con la precisazione che nel progetto di fusione occorre pure indicare «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» (art. 6, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 108/2008);

d) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro (art. 2501 ter, comma 1, n. 3, c.c.) (33), con la precisazione che detto conguaglio 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 (art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008);

e) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione (art. 6, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 108/2008);

f) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante (art. 2501 ter, comma 1, n. 4, c.c.) (34);

g) la data dalla quale partecipano agli utili le azioni o quote attribuite per concambio (art. 2501 ter, comma 1, n. 5, c.c.) (35) nonché, più in generale, «ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili» (art. 6, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 108/2008) (36), ciò che «sembra obbligare a dar conto di ogni clausola, condizione, elemen-

#### Note:

(30) Si aggiunga l'art. 2502, comma 1, c.c., per il quale nelle società di persone la fusione è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione.

(31) Cfr. in tal senso la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*.

(32) L'art. 6, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. 108/2008.

(33) Questa indicazione va omessa, per assenza di concambio, quando la società incorporante possiede l'intero capitale sociale della società incorporata: art. 18, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, e art. 2505, comma 1, c.c.

(34) V. *supra*, nota precedente.

(35) V. *supra*, nota precedente.

(36) Si veda la nota precedente.

to o circostanza che in via diretta o indiretta possa incidere sulla spettanza o sulla esigibilità del diritto all'utile o alterare il rapporto naturale di proporzionalità tra partecipazione al capitale e partecipazione agli utili» (37);

h) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante (art. 2501 *ter*, comma 1, n. 5, c.c.) (38);

i) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni (art. 2501 *ter*, comma 1, n. 6, c.c.);

j) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione (art. 2501 *ter*, comma 1, n. 6, c.c.) nonché 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 (art. 6, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 108/2008);

k) in generale, e «se del caso, le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera» (art. 6, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 108/2008).

Il progetto di fusione transfrontaliera deve inoltre prestare una particolare attenzione ai profili occupazionali (ovviamente, solo se le società che partecipano all'operazione hanno dipendenti), in quanto in esso vanno indicate:

a) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione (art. 6, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 108/2008);

b) (solo se esistano i presupposti, di cui all'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, per l'applicazione delle procedure di partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera) (39) le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione transfrontaliera (art. 6, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 108/2008).

In caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, al progetto deve essere allegata una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società obiettivo o della società acquirente (art. 2501 *bis*, comma 5, c.c.).

### La pubblicazione del progetto di fusione

Il progetto di fusione transfrontaliera è soggetto a

un regime di pubblicità più gravoso rispetto a quello della fusione "interna". Per quest'ultima è disposto infatti che il progetto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione (art. 2501 *ter*, comma 3, c.c.) (40).

Invece, in caso di fusione transfrontaliera bisogna inoltre procedere (al fine di rendere conoscibili le informazioni riferite alle società estere partecipanti a una fusione transfrontaliera con una società italiana) (41) alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana «per ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera» (e quindi occorre pubblicare un avviso sia per la società italiana che per la società straniera) delle seguenti informazioni (art. 7, D.Lgs. n. 108/2008) (42), le quali solo in parte si rilevano dal progetto di fusione:

a) tipo, denominazione, sede statutaria e legge regolatrice;

b) il Registro delle imprese (o, per le società straniere, l'analogo locale Pubblico Registro, comunque denominato) 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.

Trattandosi della pubblicazione di «informazioni» e

---

#### Note:

(37) Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007 intitolato *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*.

(38) Cfr. in materia Michelutti, *Fusione transfrontaliera in entrata e retrodatazione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2010, 2959; nonché Michelutti, *Fusione transfrontaliera in uscita e retrodatazione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2010, 3251.

(39) Ricorrono tali presupposti 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.

(40) Ai sensi dell'art. 2503 *bis*, comma 2, c.c., ai possessori di obbligazioni convertibili deve essere data facoltà, mediante avviso da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana almeno novanta giorni prima della iscrizione del progetto di fusione, di esercitare il diritto di conversione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

(41) Cfr. in tal senso la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*.

(42) L'art. 7, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008.

non del progetto di fusione, pare ammissibile (43) che la pubblicazione avvenga anche prima che sia redatto il progetto di fusione e anche prima che l'organo amministrativo della società italiana abbia deliberato l'approvazione della propria relazione sulla fusione.

Devono intercorrere almeno trenta giorni (44) tra la data in cui la società italiana assume la decisione di fusione e la data di iscrizione del progetto di fusione nel Registro delle imprese (art. 2501 *ter*, comma 4, c.c.); pure la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale deve precedere di almeno trenta giorni la data di assunzione di detta decisione di fusione da parte della società italiana (art. 7, D.Lgs. n. 108/2008). Si tratta evidentemente di termini riferiti all'assemblea della società italiana, in quanto la decisione sulla fusione della società straniera è normata dalle regole dell'ordinamento da cui la società straniera è disciplinata.

Quanto al tema se i predetti termini di trenta giorni siano rinunciabili, la questione è risolta espressamente dal legislatore per il termine di cui all'art. 2501 *ter*, comma 4, c.c. (tra la data di iscrizione del progetto e la data in cui è assunta la decisione di fusione), che viene definito come rinunciabile ove ricorra il volere in tal senso di tutti i soci (45) (dato che si tratta di norme procedurali proprie della società italiana, dovrebbero essere i soli soci della società italiana e non anche i soci della società straniera partecipante all'operazione). La stessa espressione legislativa non è riprodotta per il termine di cui all'art. 7, D.Lgs. n. 108/2008 (tra la data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e la data in cui viene assunta la decisione di fusione), il quale, inoltre, è inteso come un termine disposto non solo a favore dei soci, ma anche come un termine a favore dei creditori, di modo che la rinuncia a detto termine si rende possibile solo al ricorrere del volere in tal senso di tutti i soci (della società italiana, per le ragioni già viste sopra) e di tutti i creditori (46) (sempre della sola società italiana) anteriori all'iscrizione del progetto di fusione (47).

### La relazione degli amministratori

Ai sensi dell'art. 2501 *quinquies* c.c., l'organo amministrativo della società italiana partecipante alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione; se poi si tratta di una operazione di fusione nella quale è prevista la determinazione di un rapporto per il cambio delle partecipazioni nel capitale della società incorporata con le

partecipazioni nel capitale della società incorporante, la relazione degli amministratori deve:

a) illustrare il rapporto di cambio;

---

#### Note:

(43) Cfr. in tal senso la massima n. 109 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Pubblicazione dell'avviso di fusione transfrontaliera sulla G.U.*, secondo la quale «non v'è ragione per ritenere che la pubblicazione dell'avviso presupponga la messa a punto del progetto di fusione. Lo si ricava dalla semplice osservazione che il tipo di informazioni veicolate dall'avviso sono tese a dare una prima informazione sulle società coinvolte e sulla normativa ad esse applicabile (in generale e con specifico riferimento alla vicenda programmata), nel contempo assicurando agli interessati i mezzi per reperire ulteriori e/o più approfondite informazioni sia presso i luoghi a ciò istituzionalmente deputati (registri delle imprese) sia presso quelli messi a disposizione dalle società interessate (siti internet, personale o uffici a tal fine contattabili, ecc.). Tali preliminari informazioni sono ovviamente destinate ad essere completate da quelle assicurate dall'osservanza del procedimento di fusione, e in primo luogo da quelle contenute nel progetto comune, nella relazione degli amministratori e - ove esistente - in quella degli esperti: ma non se ne afferma né se ne presuppone la contemporanea disponibilità, sicché le prime ben possono temporalmente precedere le seconde»; ma cfr., in senso contrario, Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007 intitolato *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, secondo cui la principale funzione di questa pubblicazione «alla tutela dei creditori e dei soci di minoranza fa pensare che essa presupponga la redazione (non anche, però, la pubblicazione) del progetto comune di fusione, senza il quale il procedimento di fusione non potrebbe considerarsi nemmeno iniziato e i dati oggetto di informazione non sarebbero disponibili per gli interessati».

(44) Il termine si riduce a quindici giorni nel caso in cui all'operazione di fusione non partecipino società il cui capitale è suddiviso in azioni: art. 2505 *quater* c.c.

(45) Ma cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007 intitolato *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, secondo cui l'opinione circa la non rinunciabilità del termine per la presa in visione della relazione degli amministratori «finisce con il condizionare anche la rinunciabilità al decorso del termine dalla pubblicazione del progetto di fusione. È infatti evidente che, ove manchi il consenso dei (rappresentanti dei) lavoratori alla riduzione del termine con riguardo alla disponibilità della relazione, non avrebbe senso una rinuncia al [...] termine» disposto per la presa in visione del progetto di fusione, «poiché non si concepisce (la disponibilità per un intero mese di) una relazione illustrativa di un progetto di fusione in assenza (di disponibilità per lo stesso periodo) del progetto in questione. Per essere precisi, l'unica (marginale) situazione nella quale si possa prospettare una rinuncia unanime dei soci alla decorrenza del termine relativo al progetto, senza deroga al termine per la relazione, sarebbe quella - dovuta all'eventuale differente *dies a quo* per il calcolo del mese - in cui la disponibilità della relazione, con il relativo progetto, si abbia da parte dei (rappresentanti dei) lavoratori prima della pubblicazione del progetto».

(46) Se però, ove ipotizzabile, si pensi al caso che si tratti di società prive di creditori, allora dovrebbe essere sufficiente il solo consenso dei soci.

(47) Cfr. in tal senso la massima n. 109 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Pubblicazione dell'avviso di fusione transfrontaliera sulla G.U.*. Ma cfr., *contra*, Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 30, per il quale il termine in questione, pur disposto anche nell'interesse dei creditori, sarebbe rinunciabile con il solo consenso di tutti i soci, senza che dunque occorra anche il consenso dei creditori.

b) indicare i criteri di determinazione del rapporto di cambio; e:

c) segnalare eventuali difficoltà di valutazione.

La relazione degli amministratori, inoltre, deve essere integrata (art. 8, D.Lgs. n. 108/2008) (48) con l'illustrazione delle conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori. Al riguardo, fermo restando il disposto dell'art. 47, L. 29 dicembre 1990, n. 428 (49), la relazione degli amministratori deve essere 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 (50). Se ricevuto in tempo utile, alla relazione è allegato (51) il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori.

Nel diritto italiano, l'art. 2505, comma 1, c.c., dispone che non si faccia luogo alla elaborazione della relazione degli amministratori qualora si tratti della fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede l'intero capitale della prima. Questa omissione della relazione degli amministratori non pare praticabile (52) nella fusione transfrontaliera in quanto la relazione in questione è preordinata non solo all'interesse dei soci, ma anche all'interesse dei lavoratori e dei creditori sociali e quindi a un interesse generale, non disponibile (53); a maggior ragione, la relazione degli amministratori non può essere omessa nel caso di incorporazione di società non interamente partecipata dalla incorporante.

### La relazione degli esperti

Se si tratta di una operazione di fusione nella quale è prevista la determinazione di un rapporto per il cambio delle partecipazioni al capitale sociale della società incorporata con le partecipazioni al capitale sociale della società incorporante, l'art. 2501 *sexies* c.c. (reso applicabile alla fusione transfrontaliera dall'art. 9, D.Lgs. n. 108/2008) (54), dispone che (fatta eccezione per il caso in cui i soci delle società (55) partecipanti all'operazione vi rinuncino unanimi: art. 9, comma 4, D.Lgs. n. 108/2008) (56) uno o più esperti per ciascuna società redigano una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno di essi nonché le eventuali difficoltà di valutazione. La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione

del rapporto di cambio e sull'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato.

La relazione per la società italiana partecipante all'operazione di fusione transfrontaliera è redatta:

a) di regola, da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'art. 2409 *bis*, comma 1, c.c. (art. 9, com-

#### Note:

(48) L'art. 8, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008.

(49) In tema di comunicazione del trasferimento di azienda alle rappresentanze sindacali.

(50) Il termine è rinunciabile «unicamente con il consenso», oltre che dei soci unanimi (ai sensi dell'art. 2501 *septies* c.c.) «(anche) dei rappresentanti dei lavoratori ovvero, in assenza, dei lavoratori stessi»: cfr. in tal senso la massima n. 113 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera: relazione dell'organo gestorio*. Cfr. pure Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007 intitolato *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, ove si sostiene che «l'eterogeneità dei soggetti interessati induce a dubitare della sufficienza della rinuncia unanime dei soci (della singola società coinvolta). Non sembra necessario acquisire il consenso dei creditori: benché la relazione si debba soffermare sugli effetti della fusione per costoro, essi non sono indicati né tra i destinatari, per così dire, ideali della stessa, né tra coloro che devono averla "a disposizione". Per contro, la necessità che, oltre ai soci, anche i rappresentanti dei lavoratori ne abbiano disponibilità almeno un mese prima, conduce a ritenere che l'efficacia della rinuncia al termine da parte di tutti i soci sia subordinata al consenso dei rappresentanti dei lavoratori (o, in difetto, dei lavoratori stessi)».

(51) Evidentemente (salvo ipotizzare l'improbabile caso che i lavoratori abbiano espresso un parere anteriormente alla redazione della relazione degli amministratori, di modo che questi allegino quel parere alla loro relazione), si tratta di un'allegazione effettuata in vista della decisione dei soci, al fine di mettere a disposizione di costoro un plico composto dalla relazione degli amministratori e dal parere dei lavoratori.

(52) Cfr. in tal senso la massima n. 113 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera: relazione dell'organo gestorio*, che non ammette una rinuncia alla relazione in parola nemmeno con il consenso dei creditori e dei lavoratori. Pare però plausibile un'obiezione a questa conclusione nel caso si tratti di una società (come talora accade per le società che svolgono un'attività di intestazione "statica") priva di lavoratori e, pure, ove ipotizzabile, priva di creditori.

(53) Cfr. l'art. 7, comma 1, della direttiva 2005/56/CE, il quale sancisce che «The management or administrative organ of each of the merging companies shall draw up a report intended for the members explaining and justifying the legal and economic aspects of the cross-border merger and explaining the implications of the cross-border merger for members, creditors and employees».

(54) L'art. 9, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008.

(55) E quindi sia i soci della società italiana che i soci della società straniera.

(56) Nel senso che si tratta di una relazione «destinata ai soci» («intended for members») cfr. l'art. 8, comma 1, della direttiva 2005/56/CE.

ma 1, primo periodo, D.Lgs. n. 108/2008), e cioè tra i revisori legali dei conti o tra le società di revisione legale dei conti;

b) 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, da un esperto o da esperti designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera (art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008);

c) se la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati, da un esperto essere scelto fra le società di revisione iscritte nell'apposito albo (art. 9, comma 1, secondo periodo, D.Lgs. n. 108/2008). La relazione può però anche essere redatta anche nella forma della "relazione unica" e cioè congiuntamente per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dovendo in tal caso recare i contenuti richiesti da tutte le leggi applicabili alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera (art. 9, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008). In tal caso la relazione è redatta:

a) 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, da un esperto o da esperti designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera;

b) in ogni altro caso, da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'art. 2409 bis, comma 1, c.c., e cioè tra i revisori legali dei conti o tra le società di revisione legale dei conti.

La relazione di cui all'art. 2501 *sexies* c.c., deve essere omessa, per assenza di concambio, quando la società incorporante possiede l'intero capitale sociale della società incorporata (art. 18, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008; e art. 2505, comma 1, c.c.) (57). La relazione di cui all'art. 2501 *sexies* c.c., inoltre, non è richiesta nel caso di fusione transfrontaliera per incorporazione realizzata da una società che detiene almeno il novanta per cento dei diritti di voto nell'assemblea della società italiana incorporata, qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'art. 2505 bis, comma 1, c.c. (art. 18, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008), e cioè per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso.

### Deposito di atti

Ai sensi dell'art. 2501 *septies* c.c., non espressamente richiamato dal D.Lgs. n. 108/2008, ma comunque

applicabile alla fusione transfrontaliera intra-UE (58) in forza del generico richiamo contenuto alle norme della fusione "interna" operato dall'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, devono restare depositati in copia nella sede della società italiana partecipante alla fusione, durante i trenta giorni (59) che precedono la decisione in ordine alla fusione, salvo che i soci (60) rinuncino al termine con consenso unanime (61), e finché la fusione sia decisa:

a) il progetto di fusione con le relazioni indicate negli artt. 2501 *quinquies* c.c. (e cioè la relazione dell'organo amministrativo), e 2501 *sexies* c.c. (e cioè la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, ove tale relazione sussista);

b) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società (italiane) partecipanti alla fusione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e la revisione legale;

c) la situazione patrimoniale della società italiana partecipante alla fusione redatta a norma dell'art. 2501 *quater* c.c. (ove non sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio).

### La deliberazione di fusione

La società italiana che partecipa alla operazione di fusione transfrontaliera decide la fusione «mediante approvazione del relativo progetto» secondo le norme previste per la modificazione del suo atto costitutivo o del suo statuto (art. 2502, comma 1, c.c., applicabile alla fusione transfrontaliera intra-UE ai

---

#### Note:

(57) L'art. 18, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008.

(58) Ma anche alla fusione extra-UE, in base al principio che nella fusione "extracomunitaria" la società italiana deve seguire comunque le proprie regole di diritto interno, per lo svolgimento delle sue attività "individuali".

(59) Il termine si riduce a quindici giorni nel caso in cui all'operazione di fusione non partecipino società il cui capitale è suddiviso in azioni: art. 2505 *quater* c.c.

(60) Si tratta dei soci della società italiana, in quanto l'art. 2501 *septies*, c.c., è norma applicabile solamente alla società italiana partecipante all'operazione di fusione transnazionale; non convincente appare l'argomento che il deposito di cui all'art. 2501 *septies* c.c., sarebbe preordinato alla informazione anche dei soci della società straniera e che quindi la rinuncia al termine vada consentita anche dai soci della società straniera.

(61) Cfr. in tal senso la massima n. 113 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera: relazione dell'organo gestorio*, ove però si precisa, come già detto, che il termine dei trenta giorni disposto dall'art. 8, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, a favore dei lavoratori (al fine di poter esaminare la relazione degli amministratori), è rinunciabile «unicamente con il consenso», oltre che dei soci unanimi (ai sensi dell'art. 2501 *septies* c.c.), «(anche) dei rappresentanti dei lavoratori ovvero, in assenza, dei lavoratori stessi».

sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008; e pure alla fusione extra-UE per l'ovvia considerazione che, se si intende procedere a una fusione extracomunitaria, i soci ben devono assumere una decisione in tal senso) (62).

Tuttavia, quando una fusione transfrontaliera per incorporazione intra-UE è realizzata da una società che detiene tutti i diritti di voto nell'assemblea della società italiana incorporata, non è richiesta l'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea della società italiana incorporata (art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008) (63) e quindi la fusione (lungi dal non dover essere decisa e, quindi, lungi dall'essere sufficiente la mera pubblicazione del progetto di fusione, come l'art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, parrebbe sancire a una prima superficiale lettura) può essere alternativamente decisa, dalla società italiana incorporata, o con una deliberazione dei soci o con una deliberazione dell'organo amministrativo (64).

A sua volta, la società incorporante che incorpori altra società di cui possieda l'intero capitale sociale può decidere la fusione con deliberazione assunta dal suo organo amministrativo ove il suo statuto disponga in tal senso e ricorrano gli altri presupposti prescritti dalla legge (65) (art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, e art. 2505, comma 2, c.c.), fermo restando che i soci della società incorporante i quali rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale possono, in ogni caso, chiedere che la decisione di approvazione della fusione da parte della incorporante medesima sia adottata in assemblea (art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008, e art. 2505, comma 3, c.c.).

Infine, nella fusione transfrontaliera per incorporazione tra società, delle quali una possieda una partecipazione almeno pari al novanta per cento del capitale dell'altra o delle altre, la deliberazione di fusione della società incorporante italiana può essere adottata dal proprio organo amministrativo alle condizioni previste, con gli opportuni adattamenti, dall'art. 2505 *bis*, commi 2 e 3, c.c. (66).

In sede di deliberazione di fusione possono essere apportate modifiche al progetto di fusione, a patto che si tratti di modifiche che non incidano «sui diritti dei soci o dei terzi» (art. 2502, comma 2, c.c.) e che tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino le medesime modifiche (art. 10, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008).

Quando la operazione di fusione coinvolge società straniera:

a) in cui siano attivate modalità di partecipazione dei lavoratori, l'efficacia della delibera della società

italiana 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 (art. 10, comma 1, D.Lgs. 108/2008); b) la cui applicabile legislazione 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 della società italiana deve deliberare sulla possibilità che i soci della società di tale altro Stato membro vi facciano ricorso (art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008) e questa deliberazione diviene vincolante per la società italiana se sia identicamente assunta da tutte le società partecipanti all'operazione di fusione (art. 16, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008).

### **Il certificato di regolare adempimento delle formalità preliminari alla fusione (c.d. certificato preliminare)**

Il D.Lgs. n. 108/2008 ha introdotto un nuovo onere documentale, specifico per la fusione transfrontaliera intra-UE (ma che non pare inopportuno praticare anche nella fusione extra-UE), da espletare, di regola, nel periodo intercorrente tra la deliberazio-

---

#### **Note:**

(62) Secondo la massima n. 110 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera in presenza di azioni di speciali categorie*, se è straniera la società risultante da una fusione transfrontaliera a cui partecipa una società per azioni con capitale suddiviso in diverse categorie di azioni, la delibera dell'assemblea generale di approvazione del progetto comune di fusione deve essere approvata dall'assemblea speciale degli appartenenti alla o alle categorie interessate ove dalla fusione derivi a questi ultimi un pregiudizio che - per il combinato disposto dell'art. 2376 c.c. e dell'art. 6 D.Lgs. n. 108/2008 - deve essere diverso dal mero assoggettamento ad altra legge dei diritti di categoria riconosciuti dalla società risultante.

(63) L'art. 18, D.Lgs. n. 108/2008, è dichiarato applicabile anche alla fusione "extracomunitaria" dall'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008.

(64) Cfr. in tal senso la massima n. 114 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera semplificata e organo deliberante*.

(65) E cioè che la decisione dell'organo amministrativo risulti da atto pubblico; che sia rispettato il disposto dell'art. 2501 *ter* c.c. (in tema di contenuto del progetto di fusione e di sua pubblicità nel Registro delle imprese nel rispetto del termine di legge, salvo rinuncia unanime dei soci); e che per la società incorporante sia rispettato l'art. 2501 *septies* c.c. (circa il deposito del progetto e degli ultimi tre bilanci delle società partecipanti presso la sede sociale).

(66) Cfr. in tal senso la massima n. 114 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera semplificata e organo deliberante*.

ne di fusione e la stipula dell'atto di fusione: si tratta della redazione del «certificato attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione» (art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008). Il «certificato preliminare» è dunque preordinato ad attestare (67), nei confronti dell'autorità che dovrà esprimere il proprio giudizio sulla legittimità della fusione, che è stata legittimamente compiuta la procedura prescritta nei vari Paesi di appartenenza delle società partecipanti all'operazione di fusione e che pertanto nulla osta al compimento della fusione (68).

Detto certificato attesta (art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008):

- a) l'iscrizione presso il Registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera;
- b) l'inutile decorso del termine (69) per l'opposizione dei creditori di cui all'art. 2503 c.c., ovvero la ricorrenza 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'art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008), l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori, che queste siano state da essa approvate;
- d) se del caso, che l'assemblea ha deliberato ai sensi del predetto art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008;
- e) l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società cui il «certificato preliminare» è riferito.

Per le società italiane, il «certificato preliminare» è rilasciato dal notaio italiano (art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008); per le società straniere, il certificato è rilasciato dall'autorità (70) competente a rilasciarlo secondo la legislazione applicabile (71).

Quanto alla tempistica del rilascio del «certificato preliminare» da parte del notaio italiano, che lo deve redigere «senza indugio» (72):

- a) il rilascio si effettua prima della stipula dell'atto di fusione se la società risultante dalla fusione è una società italiana o è una società straniera la cui legislazione richiede la stipula dell'atto di fusione per atto pubblico;
- b) in ogni altro caso (e cioè nel caso di legislazione straniera che non richiede l'atto di fusione o che richiede l'atto di fusione non nella forma dell'atto pubblico), e cioè nei casi in cui l'atto di fusione

viene stipulato dal notaio italiano anche se la società risultante dalla fusione è una società straniera, il notaio italiano rilascia il «certificato preliminare» dopo la stipula dell'atto di fusione (73).

La *ratio* di quest'ultima considerazione dipende dal principio secondo il quale per l'ordinamento italia-

**Note:**

(67) Secondo il Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007 intitolato *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, «il rilascio del certificato deve avvenire senza riserve per eventuali dubbi di validità e/o per il possibile o già effettuato esercizio di azioni di impugnativa, nella certezza raggiunta dall'autorità di controllo che nulla osta alla realizzabilità della fusione: il certificato mira, infatti, a rassicurare circa la «tenuta giuridica» delle singole fasi del procedimento decisionale, il che si ha non soltanto quando il procedimento (sia stato completato e) sia totalmente immune da vizi, ma anche quando i vizi eventualmente esistenti non siano tali da impedire l'iscrizione nel registro delle imprese e sia esclusa la loro concreta rilevanza sulla efficacia della delibera».

(68) Cfr. il settimo «considerando» della direttiva 2005/56/CE: «monitoring of the completion and legality of the decision-making process in each merging company should be carried out by the national authority having jurisdiction over each of those companies, whereas monitoring of the completion and legality of the cross-border merger should be carried out by the national authority having jurisdiction over the company resulting from the cross-border merger».

(69) Di sessanta giorni o, se alla operazione di fusione non partecipano società il cui capitale è suddiviso in azioni, di trenta giorni.

(70) Ai sensi dell'art. 10, comma 1, della direttiva 2005/56/CE, «Each Member State shall designate the court, notary or other authority competent to scrutinise the legality of the cross-border merger as regards that part of the procedure which concerns each merging company subject to its national law».

(71) Secondo la massima n. 112 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione di società italiane con società straniere soggette ad ordinamento che non ha attuato la decima direttiva*, in caso di mancata attuazione della direttiva 2005/56/CE da parte di uno Stato membro, sul punto della designazione dell'autorità nazionale competente a rilasciare il «certificato preliminare» e l'«attestato definitivo» per le società comunitarie non italiane partecipanti ad una fusione transfrontaliera, il perfezionamento e l'efficacia della fusione non sono impediti se sono rispettate (sia da parte della società italiana che da parte della società straniera) le applicabili normative nazionali e comunitarie; il relativo controllo (così come accade nel caso di fusioni transfrontaliere extra-UE) deve essere svolto dal notaio in sede di ricevimento dell'atto di fusione e, più precisamente, nel momento in cui l'atto di fusione viene sottoscritto in Italia dinanzi al notaio ovvero nel momento in cui l'atto di fusione, redatto all'estero, venga successivamente depositato presso il notaio. Ma cfr. i rilievi critici di Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 38, nota 46.

(72) Secondo la *Relazione al Decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, «la mancata indicazione di un termine puntuale consegue dall'opportunità [...] di subordinare il rilascio del certificato preliminare alla riscontrata assenza di cause ostative alla fusione. Pertanto non è determinabile a priori la fissazione di un termine certo cui ancorare il rilascio di tale certificato».

(73) Cfr. in tal senso la massima n. 108 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera: rapporti tra certificati e atto di fusione*.

no occorre necessariamente l'atto pubblico per dare efficacia alla fusione; cosicché il rilascio del "certificato preliminare" dopo la stipula dell'atto di fusione da parte del notaio italiano (che agisce in funzione di "supplenza" o di "integrazione" della mancanza di un atto pubblico straniero, se la società straniera risultante dalla fusione sia disciplinata da una legge che non prevede l'atto pubblico di fusione), serve ad evitare che l'autorità di quest'ultimo Stato preposta al rilascio della "attestazione definitiva" (che è il presupposto di efficacia della fusione) dia corso a detta attestazione solamente ricevendo il "certificato provvisorio", e cioè prima che in Italia sia stipulato l'atto di fusione. Invece, subordinando il rilascio del "certificato provvisorio" alla stipula dell'atto di fusione, si ottiene il risultato che la fusione non sarà efficace prima che in Italia sia stipulato l'atto pubblico di fusione, in funzione di "supplenza" o di "integrazione", come appena oltre si vedrà, in quelle situazioni in cui la legislazione straniera applicabile alla fusione non preveda la stipula dell'atto di fusione o non ne preveda la stipula nella forma di atto pubblico.

Ai sensi dell'art. 10, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008, entro sei mesi dal suo rilascio, il certificato, unitamente al progetto comune di fusione transfrontaliera approvato dall'assemblea, è trasmesso dalla società all'autorità competente per il controllo di legittimità della fusione transfrontaliera a norma dell'art. 13, D.Lgs. n. 108/2008.

### L'atto di fusione

Per l'ordinamento italiano «La fusione transfrontaliera [deve] risulta[re] da atto pubblico» (art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008). Questa affermazione non è solo una mera ripetizione dell'identico disposto dell'art. 2504, comma 1, c.c., ma vale piuttosto a significare che:

- a) se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana, il notaio deve redigere l'atto pubblico di fusione una volta espletato il controllo di legittimità di cui all'art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008, e, quindi, in particolare, una volta ricevuti, da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, il certificato preliminare e la delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera (art. 12, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008);
- b) se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario, l'atto pubblico di fusione dovrebbe essere redatto dall'autorità competente dello Stato la cui legge è applica-

bile alla società risultante dalla fusione (art. 12, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008). Peraltro:

- b.1. - se la legge applicabile non prevede la stipula di un atto di fusione, l'atto di fusione deve essere stipulato dal notaio italiano, che, in tal caso, svolge una funzione di "supplenza" (come già sopra detto, in questo caso il "certificato preliminare" - destinato all'autorità straniera preposta all'emissione della "attestazione definitiva" - deve essere rilasciato dal notaio italiano non prima della stipula dell'atto di fusione);
- b.2. - se la legge applicabile prevede la stipula di un atto di fusione, ma non nella forma dell'atto pubblico, il notaio italiano deve ripetere in forma pubblica la stipula dell'atto di fusione, svolgendo, in tal caso, una funzione di "integrazione" (anche in questa ipotesi il "certificato preliminare" - destinato all'autorità straniera preposta all'emissione della "attestazione definitiva" - deve essere rilasciato dal notaio italiano non prima della stipula dell'atto di fusione);
- b.3. - se la legge applicabile prevede la stipula di un atto di fusione nella forma dell'atto pubblico, esso deve essere stipulato in presenza dei "certificati preliminari" relativi alle società che hanno deciso la fusione e deve poi essere depositato agli atti di un notaio italiano al fine della sua pubblicazione nel Registro delle imprese italiano (art. 106, L. 16 febbraio 1913, n. 89).

### Il controllo di legittimità della fusione (c.d. attestazione definitiva)

L'art. 13, D.Lgs. n. 108/2008 introduce nel procedimento di fusione transfrontaliera intra-UE un altro onere documentale sconosciuto al procedimento di fusione "interno" (e che pure non sarebbe inopportuno praticare in una fusione extra-UE): si tratta del rilascio di una attestazione circa l'avvenuto espletamento del «controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera». Più precisamente, questa attestazione certifica che:

- a) le società partecipanti alla fusione transfrontaliera hanno approvato un identico progetto comune;
- b) sono 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, sono state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'art. 19, D.Lgs. n. 108/2008.

La "attestazione definitiva" è rilasciata:

- a) se la società risultante dalla fusione è una società

italiana, dal notaio italiano che ha stipulato l'atto di fusione (al quale, per la redazione dell'attestazione, sono concessi trenta giorni dal ricevimento, da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dei "certificati preliminari" e della decisione di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera) (74);

b) se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro, dall'autorità all'uopo designata da tale Stato. Come già detto, se il diritto applicabile a questa società straniera prevede la stipula di un atto pubblico di fusione, *nulla quaestio*; se l'atto pubblico non è previsto, esso viene stipulato in Italia; solo dopo che l'atto di fusione sia stato stipulato, il notaio italiano rilascia il "certificato preliminare" il cui ricevimento da parte della competente autorità straniera è il presupposto per il rilascio, da parte di quest'ultima, della "attestazione definitiva", che poi va veicolata verso il Registro delle imprese italiano per la cancellazione della società italiana incorporata.

### **Pubblicità dell'atto di fusione ed efficacia della fusione**

Occorre distinguere tra il caso della società risultante dalla fusione di diritto italiano e il caso della società risultante dalla fusione di diritto straniero.

Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, entro trenta giorni, l'atto di fusione stipulato in Italia, unitamente alla "attestazione definitiva" redatta dal notaio italiano e ai "certificati preliminari" (elaborati dal notaio italiano per la società italiana e dall'autorità straniera per la società straniera), è depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese del luogo dove hanno sede ciascuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera e la società risultante dalla fusione medesima (con la precisazione che il deposito relativo alla società risultante dalla fusione transfrontaliera non può precedere quelli relativi alle altre società italiane partecipanti alla fusione) (art. 14, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008). In questo caso, la fusione transfrontaliera ha effetto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel Registro delle imprese del luogo ove ha sede la società risultante dalla fusione; potendosi peraltro stabilire, nella fusione per incorporazione, una data successiva (art. 15, comma 1, D.Lgs. n. 108/2008); avvenuta l'iscrizione, il Registro delle imprese italiano comunica immediatamente al corrispondente Pubblico Registro delle imprese in cui è iscritta ciascuna società straniera partecipante alla fusione transfrontaliera che l'operazione ha acqui-

stato efficacia, perché provveda alla relativa cancellazione (art. 15, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008).

Se invece la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario, entro trenta giorni dall'espletamento del controllo che deve essere certificato nella "attestazione definitiva" dell'autorità straniera di cui all'art. 13, D.Lgs. n. 108/2008, l'atto pubblico di fusione (ovunque sia stipulato) (75), unitamente (76) a detta "attestazione definitiva" (redatta dalla competente autorità straniera), è depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese dove ha sede la società italiana partecipante alla fusione (art. 14, comma 2, D.Lgs. n. 108/2008). In questo caso, la data dalla quale la fusione ha effetto è determinata dalla legge applicabile alla società straniera risultante dalla fusione transfrontaliera (art. 15, comma 3, D.Lgs. 108/2008) e la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è cancellata dal Registro delle imprese a seguito della comunicazione, da parte del Pubblico Registro in cui è iscritta la società straniera risultante dalla fusione transfrontaliera, che questa ha acquistato efficacia (77), purché si sia provveduto, nel Registro delle imprese italiano, alla predetta iscrizione dell'atto pubblico di fusione e della "attestazione definitiva" rilasciata dall'autorità straniera (art. 15, comma 4, D.Lgs. n. 108/2008) (78).

#### **Note:**

(74) Ma con la precisazione che, ove all'atto di fusione sia apposta una condizione sospensiva, il rilascio non potrà avvenire prima dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione: cfr. in tal senso la massima n. 108 del Consiglio Notarile di Milano datata 27 gennaio 2009, intitolata *Fusione transfrontaliera: rapporti tra certificati e atto di fusione*.

(75) Se stipulato all'estero, come già detto, esso deve poi essere depositato agli atti di un notaio italiano, ex art. 106, L. 16 febbraio 1913, n. 89.

(76) La legge non prevede anche il deposito dei "certificati preliminari", come è invece disposto per il caso della fusione ove è italiana la società risultante dalla fusione.

(77) Nella *Relazione al Decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali* si sottolinea «che la scelta del legislatore comunitario di far dipendere l'efficacia della fusione dalla legislazione applicabile alla società che risulta dalla stessa comporta il rischio che la fusione transfrontaliera in cui la società risultante sia di altro Stato membro possa essere attuata e dispiegare i suoi effetti prima dell'iscrizione dell'atto di fusione presso il registro delle imprese del luogo dove ha sede la società italiana partecipante alla fusione».

(78) Se l'atto pubblico di fusione viene iscritto quando il Pubblico Registro straniero ha già effettuato la sua comunicazione, si richiede contestualmente la cancellazione della società italiana dal Registro delle Imprese italiano; se l'atto pubblico di fusione viene iscritto quando il Pubblico Registro straniero deve ancora provvedere alla sua comunicazione, il notaio italiano deposita l'atto di fusione come se fosse sottoposto a condizione sospensiva, precisando che gli effetti dell'atto decorrono dalla data indicata nella comunicazione del Pubblico Registro straniero.