***Consiglio Nazionale del Notariato***

*Studio n. 44-2023/I*

**LA NUOVA TRASFORMAZIONE TRANSFRONTALIERA FRA GRÜNDUNGSTHEORIE E SITZTHEORIE**

*di Federico Magliulo*

*(Approvato dalla Commissione Studi d’Impresa il 27 luglio 2023)*

*Abstract*

Il Decreto legislativo 2 marzo 2023 n. 19 ha attuato la Direttiva 27 novembre 2019 n. 2019/2121/UE, per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere.

Tale provvedimento legislativo ha colmato una lacuna presente nel sistema previgente, che non prevedeva un’espressa disciplina della trasformazione transfrontaliera.

Le peculiarità della trasformazione transfrontaliera hanno indotto il legislatore delegato a regolamentare il fenomeno in modo specifico rispetto all’ordinaria trasformazione societaria, onde la relativa disciplina non fa riferimento al codice civile, ma ha carattere prevalentemente extracodicistico.

Per altro verso il nuovo sistema sancisce il principio secondo cui una società può trasferire la propria sede all’estero solo assoggettandosi alla normativa dello stato di destinazione e, dunque, ponendo in essere una trasformazione transfrontaliera.

*Sommario:* 1. Generalità - 2. La disciplina della trasformazione transfrontaliera ed internazionale nel sistema previgente - 3. I principi dettati dalla giurisprudenza comunitaria - 4. Il trasferimento della sede all’estero quale fenomeno integrante necessariamente trasformazione transfrontaliera - 5. La fuoriuscita dal codice civile delle disposizioni in materia di trasferimento della sede all’estero - 6. Il progetto - 6.1. La competenza - 6.2. Il contenuto - 6.3. La pubblicità - 7. La relazione dell'organo amministrativo - 8. Il deposito dei documenti presso la sede - 9. Il capitale sociale - 10. La decisione - 10.1. La forma - 10.2. I quorum - 10.3. Le modifiche del progetto - 11. Il recesso - 12. L’opposizione dei creditori - 12.1. La decorrenza del termine per l’opposizione - 12.2. La possibilità di assumere la decisione prima della decorrenza del termine per l’opposizione - 12.3. La riduzione del termine ad opponendum - 12.4. La trasformazione anticipata - 13. La trasformazione di società con soci a responsabilità illimitata - 14. Foro facoltativo delle controversie relative alla società risultante dalla trasformazione - 15. Il controllo di legalità - 16. Pubblicità ed efficacia - 17. Partecipazione dei lavoratori - 18. L’invalidità - 19. L’entrata in vigore.

**1. Generalità**

Per lungo tempo le operazioni societarie transfrontaliere avevano trovato espressa regolamentazione solo con riferimento alle fusioni, disciplinate dal D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 108, attuativo della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 (c.d. decima direttiva).

Da ultimo il Decreto legislativo 2 marzo 2023 n. 19 (d’ora innanzi il “Decreto”) ha emanato una disciplina organica delle trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere, in attuazione della Direttiva 27 novembre 2019 n. 2019/2121/UE, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (quest’ultima d’ora innanzi la “Direttiva”)[[1]](#footnote-1).

Si è provveduto in tal modo, non solo a rivedere la pregressa disciplina della fusione transfrontaliera di cui al D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 108, ma anche a colmare le lacune normative esistenti con riferimento al trasferimento della sede sociale all’estero, alla trasformazione internazionale[[2]](#footnote-2) ed alla scissione transfrontaliera[[3]](#footnote-3).

Come risulta dal primo e quinto considerando della citata direttiva (UE) 2019/2121, il legislatore comunitario ha ritenuto che:

“Le disposizioni sulle fusioni transfrontaliere costituiscono una pietra miliare verso un migliore funzionamento del mercato interno per le società e il relativo esercizio della libertà di stabilimento. La valutazione di queste disposizioni tuttavia ha mostrato che tali norme devono essere modificate”;

“E' inoltre opportuno regolamentare la trasformazione e la scissione transfrontaliere, dal momento che la direttiva (UE) 2017/1132 prevede soltanto norme sulla scissione delle società per azioni sul piano nazionale”;

“L'assenza di un quadro giuridico per le trasformazioni e scissioni transfrontaliere causa una frammentazione delle regole e un'incertezza del diritto, pertanto un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento”.

**2. La disciplina della trasformazione transfrontaliera ed internazionale nel sistema previgente**

Il sistema anteriore all’avvento della Direttiva (UE) 2019/2121 non prevedeva né disciplinava espressamente l’istituto della trasformazione transfrontaliera ed internazionale.

La legge si limitava, invero - all’art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218 di Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato ed agli artt. 2369, 2437, 2473 c.c. - a prevedere e disciplinare in modo sommario il fenomeno, apparentemente diverso, del trasferimento della sede sociale all’estero.

Nondimeno, nell’ambito del dibattito dottrinario inerente a quest’ultimo istituto, era emerso come il trasferimento della sede sociale all’estero potesse integrare un fenomeno di trasformazione “internazionale” o “transfrontaliera”.

In particolare la problematica relativa al trasferimento della sede sociale all’estero si presentava particolarmente complessa, con particolare riferimento all’individuazione della legge applicabile alla società all’esito di detto trasferimento.

A tale riguardo, in sede di teoria generale del diritto internazionale privato, si contrappongono due diversi orientamenti:

la teoria dell’incorporazione (“Gründungstheorie”), secondo cui la legge che regola la società si individua in ragione del luogo di costituzione della stessa;

la teoria della sede (“Sitztheorie”), secondo cui la legge che regola la società si individua in ragione del luogo ove è posta la sua sede.

Il legislatore italiano sembra adottare la teoria dell’incorporazione, laddove, all’art. 25, comma 1, della legge 31 maggio 1995 n. 218, ha disposto che “Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione”.

Tuttavia, nel prosieguo del citato articolo 25 il legislatore sembra temperare tale principio con quello della sede, disponendo che “Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti”.

Sotto altro profilo l’ultimo comma del citato articolo 25 dispone che “I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”, sancendo in tal modo “l’obbligo di effettuare un duplice riscontro tanto della legge dello Stato di provenienza, quanto di quella dello Stato di destinazione”, donde la necessità “che l’operazione di trasferimento della sede sociale all’estero sia considerata valida da entrambi i predetti ordinamenti”[[4]](#footnote-4).

Il coordinamento fra le diverse disposizioni del medesimo articolo 25 ha dato luogo a contrasti interpretativi.

Alcuni hanno ritenuto che, laddove una società italiana trasferisca la propria sede all’estero, in base alla teoria dell’incorporazione, essa dovrebbe continuare ad essere regolata dalla legge italiana ed in conseguenza dovrebbe continuare ad essere iscritta nel registro delle imprese italiano ove essa era iscritta prima del trasferimento[[5]](#footnote-5).

Altri hanno sostenuto che in tal caso la società dovrebbe sciogliersi ed essere liquidata per poi costituirsi ex novo all’estero in conformità all’ordinamento giuridico dello stato di destinazione[[6]](#footnote-6).

L’opinione prevalente[[7]](#footnote-7) ha, infine, affermato che “la società dovrebbe continuare ad essere regolata dalla legge italiana ai sensi del comma 1 dell’art. 25 l. 218/1995, ma, poiché il comma 3 della stessa norma richiede che il trasferimento debba avvenire nel rispetto della disciplina dettata dal Paese di destinazione, quest’ultima potrebbe adottare regole che implichino la disapplicazione del criterio generale, contenuto nel comma 1 dell’art. 25.

A tal proposito, potrebbe verificarsi una delle seguenti situazioni:

1) il Paese di destinazione non consente l’ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e, quindi, il trasferimento della sede dall’Italia all'estero produce l’estinzione della società e impone una costituzione ex novo dell’ente nel Paese di destinazione;

2) il Paese di destinazione consente l’ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici, ma impone alle società straniere di adeguarsi alla propria legge nazionale. In questo caso, il trasferimento della sede dall’Italia all’estero, pur non implicando l’estinzione dell’ente, è consentito a condizione che la società italiana adotti un tipo sociale conforme a quelli disciplinati nel Paese di destinazione (ipotesi che … implica la c.d. trasformazione “internazionale” o “transfrontaliera”);

3) il Paese di destinazione consente l’ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e consente, altresì, che le stesse continuino ad essere disciplinate dalla legge dello Stato di costituzione.

…

Il medesimo meccanismo di “doppia applicazione” della legge del Paese di origine e di quello di destinazione opera anche per l’ipotesi inversa di trasferimento della sede dall’estero all’Italia e, quindi, sempre per effetto del disposto del comma 3 dell’art. 25 l. 218/1995, anche in questo caso è necessario che il trasferimento sia efficace in conformità tanto della legge straniera, quanto di quella italiana.

Pertanto, anche in questo caso è possibile che il Paese di origine vieti il trasferimento in regime di continuità o che, viceversa, lo consenta. Quello che cambia è, invece, la regola generale della lex societatis, in quanto in tale ipotesi viene in rilievo il criterio correttivo contenuto nella seconda parte del comma 1 dell’art. 25 l. 218/1995, ove si prevede che, se la sede dell’amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l’oggetto principale della società, si applica in ogni caso la legge italiana.

Si tratta di una disposizione che, fermo restando quanto si vedrà in seguito per i trasferimenti all’interno dell’Unione Europea, impedisce alle società straniere di trasferire la loro sede principale in Italia conservando un modello societario regolato dalla legge straniera”.

3. I principi dettati dalla giurisprudenza comunitaria

Tale complesso quadro interpretativo era stato ulteriormente complicato, con riferimento ai trasferimenti di sede operati all’interno dell’Unione Europea, dalla giurisprudenza comunitaria.

Il principio comunitario della libertà di stabilimento ha, infatti, indotto la Corte di Giustizia di Lussemburgo dal 1999 in poi[[8]](#footnote-8) ad affermare in materia societaria la sua vigenza sotto il profilo della libertà di trasferimento della sede e, quindi, di stabilimento da parte di società costituite nella UE in tutti i Paesi della stessa UE.

Da ciò alcuni interpreti avevano dedotto che detto principio avrebbe implicato anche la “possibilità per una società costituita in un Paese UE di mantenere l’ordinamento proprio del Paese di costituzione e di operare in un altro Paese UE … risulterebbe quindi superato l’art. 25, comma 1, della legge n. 218/1995, secondo il quale, fermo restando che le società sono disciplinate dalla legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, “si applica tuttavia la legge ita-liana se la sede dell’amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l’oggetto principale”[[9]](#footnote-9).

Tuttavia, la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha successivamente precisato che il principio della libertà di stabilimento non esclude che la normativa di uno Stato membro possa impedire “ad una società costituita in forza del diritto nazionale di trasferire la propria sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita”[[10]](#footnote-10).

Se ne è dedotto che “In sostanza, considerando che, in tema di trasferimento della sede all’estero, ciascun legislatore nazionale può, astrattamente, adottare una delle seguenti soluzioni:

1) la società è tenuta a estinguersi nel Paese d’origine e a costituirsi ex novo nel Paese di destinazione;

2) la società conserva la propria identità soggettiva, ma deve adottare regole statutarie conformi alla legge dello Stato di destinazione;

3) la società conserva la propria identità soggettiva e continua ad essere disciplinata dalla legge dello Stato d’origine;

secondo la Corte di Giustizia Europea, le legislazioni nazionali di ciascuno Stato membro sono in contrasto con le regole comunitarie in tema di libertà di stabilimento qualora adottino la soluzione sub 1) in caso di trasferimento della sede all’interno dell’Unione Europea”[[11]](#footnote-11).

In conseguenza si è concluso nel senso:

“l’applicabilità dell’art. 25 l. 218/1995 rimane inalterata quando, in caso di trasferimento dall’Italia, il Paese di destinazione imponga l’adozione di uno statuto conforme alla propria legge nazionale”;

“Analogamente, per il trasferimento di sede dall’Unione Europea verso l’Italia, i principi espressi dalla sentenza Cartesio paiono compatibili con la seconda parte del comma 1 dell’art. 25 l. 218/1995, ove si prevede che, se la sede dell’amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l’oggetto principale della società, si applica in ogni caso la legge italiana, imponendo quindi alle società straniere di adottare una disciplina conforme all’ordinamento italiano”[[12]](#footnote-12).

**4. Il trasferimento della sede all’estero quale fenomeno integrante necessariamente trasformazione transfrontaliera**

In relazione a tali criticità, deve rilevarsi che l’art. 3 lett. f) della Legge Delega lasciava aperte le questioni sopra illustrate, demandando al legislatore delegato di “disciplinare il trasferimento della sede sociale all'estero da parte di una società regolata dalla legge italiana senza mutamento della legge regolatrice, con integrazione delle relative disposizioni del codice civile e dell'articolo 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, precisando se e a quali condizioni l'operazione sia ammissibile e prevedendo, ove ritenuto ammissibile, opportuni controlli di legalità e tutele equivalenti a quelle previste dalla direttiva (UE) 2019/2121 e stabilendo, infine, un regime transitorio, applicabile prima della data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, per le società che alla medesima data hanno trasferito la sede all'estero mantenendo la legge italiana”.

A fonte di ciò, il Decreto ha scelto di affermare che, in linea di principio, il mutamento della legge regolatrice debba accompagnarsi al trasferimento della sede sociale nello stato di destinazione e viceversa.

Già nei lavori preparatori si legge in proposito che “Per quanto riguarda … la trasformazione transfrontaliera, va sottolineato che, malgrado elementi di generica identità con l’operazione regolata dagli articoli 2498 e ss. del codice civile – mutamento del tipo normativo e continuità giuridica dei rapporti –, quella armonizzata è un’operazione che manifesta una rilevante differenza. Essa si sostanzia infatti nella decisione di sottoporre la società alla legge regolatrice di un altro Stato (“di destinazione”) rispetto a quella alla quale è soggetta (“di partenza”) e di trasferire la sede sociale, quale elemento materiale in base al quale è determinata la legge nazionale ad essa applicabile, nel territorio dello Stato di destinazione e nel rispetto di tale nuova legge. L’istituto della trasformazione transfrontaliera può essere quindi considerato, alla luce del diritto internazionale privato italiano, come una forma di “trasferimento all’estero della sede statutaria”, a norma del citato articolo 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218”[[13]](#footnote-13).

Tale circostanza, peraltro, appare chiara anche nel testo della Direttiva, considerato che, all’art. 86-ter n. 2 della stessa, si legge che per “trasformazione transfrontaliera” si intende l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, pur conservando la propria personalità giuridica, “muta il tipo in cui è iscritta nello Stato membro di partenza in uno dei tipi di società elencati nell’ allegato II previsti per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale”.

Stranamente più ambigua è l’omologa norma di cui all’art. 6, comma 1, lett. a) del Decreto, che definisce come «trasformazione» l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione e pur conservando la propria personalità giuridica, “muta la legge a cui è sottoposta e il suo tipo sociale, adottandone uno previsto dalla legge dello Stato di destinazione e individuando la sede sociale nel rispetto di tale legge”.

Ma qualunque dubbio in proposito è destinato a venire meno, laddove si consideri l’art. 2510-bis c.c., introdotto proprio dal Decreto, secondo cui “Il trasferimento all'estero della sede statutaria è posto in essere mediante trasformazione in conformità alle disposizioni che regolano le operazioni di trasformazione transfrontaliera e internazionale”[[14]](#footnote-14).

Alla stregua delle esposte considerazioni, appare chiaro che una società avente sede in Italia e regolata dal diritto italiano attualmente:

può trasferire la sede all’estero solo assoggettandosi alla legge dello stato di destinazione e ponendo, dunque, in essere anche una trasformazione transfrontaliera o internazionale, in conformità al citato art. 2510-bis c.c.[[15]](#footnote-15);

non può mantenere la sede in Italia ed assoggettarsi alla legge di uno stato estero poiché ciò costituirebbe una violazione dell’art. 25, comma 1, secondo periodo, della legge 31 maggio 1995 n. 218, secondo cui “Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti”, oltre che del citato art. 86-ter n. 2 della Direttiva.

Per altro verso una società costituita ed avente sede in uno stato estero e regolata dal diritto di tale stato:

può trasferire la sede in Italia solo assoggettandosi alla legge italiana in conformità al citato art. 25, comma 1, secondo periodo, della legge 31 maggio 1995 n. 218;

non può mantenere la sede all’estero ed assoggettarsi alla legge italiana, poiché ciò costituirebbe una violazione dell’art. 25, comma 1, primo periodo, della legge 31 maggio 1995 n. 218, secondo cui “Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione”, oltre che del citato art. 86-ter n. 2 della Direttiva.

A siffatte regole il legislatore delegato pone un’unica eccezione di carattere transitorio.

L’art. 56, comma 2, del Decreto dispone, infatti, che la società che ha trasferito la sede statutaria all'estero prima della data di entrata in vigore della nuova legge “mantenendo l'iscrizione nel registro delle imprese continua a essere regolata dalla legge italiana e, ai fini della giurisdizione e della legge applicabile, la sua sede si considera ubicata presso il registro delle imprese presso il quale ha mantenuto l'iscrizione”.

Tale eccezione intende regolamentare la circostanza che in passato “la prassi degli Uffici del registro delle imprese, in assenza di disciplina, è giunta ad ammettere la facoltà della società regolata dalla legge italiana di trasferire la sede statutaria all’estero pur mantenendo la soggezione alla legge italiana e l’iscrizione nel registro delle imprese dell’ultima sede stabilita in Italia”[[16]](#footnote-16).

**5. La fuoriuscita dal codice civile delle disposizioni in materia di trasferimento della sede all’estero**

Le menzionate peculiarità della trasformazione transfrontaliera hanno indotto il legislatore delegato a regolamentare il fenomeno in modo specifico rispetto all’ordinaria trasformazione societaria, onde la relativa disciplina “non segue il codice civile ma contiene disposizioni autonome integrate con il richiamo delle norme della fusione [transfrontaliera n.d.r.] o delle norme codicistiche ritenute applicabili”[[17]](#footnote-17).

L’art. 7, comma 1, del Decreto dispone, infatti, che alla trasformazione transfrontaliera si applicano, oltre alle specifiche norme dettate al riguardo dal medesimo:

gli articoli 20 (Pubblicità), 21 (Relazione dell'organo amministrativo), 23 (Termini e deposito di atti), 24 (Decisione), 29 (Certificato preliminare), 30 (Certificato preliminare in caso di debiti e benefici pubblici), 31 (Modalità di costituzione e disciplina delle garanzie per i debiti e benefici pubblici), 37 (Invalidità) e 40, commi 1 e 2 (Informazione e consultazione dei lavoratori), del Decreto, in materia di fusione transfrontaliera, e tutti i riferimenti alla fusione contenuti in detti articoli s'intendono riferiti anche alla trasformazione[[18]](#footnote-18);

i soli articoli 2500-quater (assegnazione di azioni e quote) e 2500-sexies, terzo e quarto comma (che regolano l’assegnazione proporzionale delle partecipazioni e la responsabilità illimitata del socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni anteriori alla trasformazione), del codice civile.

**6. Il progetto**

6.1. La competenza

La particolarità dell’operazione si rileva anche in relazione alla circostanza che la trasformazione transfrontaliera necessita della redazione di un progetto, previsto e disciplinato dall’art. 8 del Decreto.

Si tratta di una rilevante novità, atteso che nel codice civile solo la fusione e la scissione sono deliberate mediante l’approvazione di un progetto formalmente precostituito[[19]](#footnote-19).

Le legge italiana non dice espressamente a quale organo competa la redazione del medesimo, ma pare evidente che esso sia di competenza dell’organo amministrativo[[20]](#footnote-20), come si desume dall’articolo 86-quinquies della Direttiva, secondo cui “L'organo di amministrazione o di direzione della società prepara il progetto di trasformazione transfrontaliera”.

Deve al riguardo ricordarsi che, in materia di fusione e di scissione, qualunque sia la forma di amministrazione prescelta, nelle società di capitali la redazione del progetto di fusione non può essere effettuata nelle s.p.a. dal comitato esecutivo o dagli amministratori delegati (art. 2381, comma 4, c.c.), nemmeno ove sia stato adottato il sistema dualistico (art. 2409-novies c.c.) o quello monistico (art. 2409-noviesdecies c.c.), e che altrettanto, pur nell’ambiguità normativa[[21]](#footnote-21), deve ritenersi nelle s.r.l. (art. 2475 u.c. c.c.)[[22]](#footnote-22).

Tuttavia, nessuna limitazione al riguardo è data rilevare nel sistema positivo con riferimento alla trasformazione transfrontaliera o internazionale, in quanto il Decreto non detta prescrizioni in merito ed il codice civile non disciplina la fattispecie, anche in considerazione del fatto che la trasformazione codicistica non prevede affatto la redazione di un progetto.

Se ne deve dedurre che nulla sembra opporsi alla possibilità che la redazione del progetto sia oggetto di delega ad un amministratore delegato o ad un comitato esecutivo[[23]](#footnote-23).

Nelle società di persone, invece, non potranno che trovare applicazione i principi di cui agli artt. 2257 e 2258 c.c.

Pertanto, in caso di amministrazione disgiuntiva, il progetto potrà essere redatto e sottoscritto, almeno in teoria, da uno qualsiasi degli amministratori, salva la facoltà di opposizione di cui all’art. 2257 c.c. da esercitarsi prima del deposito del progetto presso il registro delle imprese[[24]](#footnote-24).

In caso di amministrazione congiuntiva il progetto dovrà essere redatto e sottoscritto da tutti gli amministratori[[25]](#footnote-25).

Laddove i patti sociali prevedano l’amministrazione congiuntiva per i soli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione dovrà osservarsi quest’ultima regola, trattandosi per l’appunto di un’operazione straordinaria[[26]](#footnote-26).

6.2. Il contenuto

L’art. 8 del Decreto dispone che il progetto di trasformazione transfrontaliera comprende le informazioni relative a:

a) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede e la legge regolatrice della società nello Stato di partenza; l’indicazione della legge regolatrice è resa necessaria perché, alla stregua delle posizioni adottate in passato nella prassi, la legge regolatrice “non si ricaverebbe dalla sola indicazione della sede statutaria quando il criterio di collegamento applicabile dovesse non dipendere da tale elemento”, mentre l’individuazione della legge regolatrice è “di assoluta importanza al fine di verificare l’ammissibilità stessa” dell’operazione “e i diritti spettanti a chi ne risulta coinvolto, oltre all’opportunità di procedervi e alle modalità con cui realizzarla”[[27]](#footnote-27).

b) il tipo, la denominazione, la sede e la legge regolatrice proposte per la società nello Stato di destinazione; invece l’indicazione della legge regolatrice dello Stato di destinazione appare, in realtà, una conseguenza dell’ubicazione della sede, alla stregua del menzionato principio sancito dall’art. 86-ter n. 2 della Direttiva, secondo cui per “trasformazione transfrontaliera” si intende l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, pur conservando la propria personalità giuridica, “muta il tipo in cui è iscritta nello Stato membro di partenza in uno dei tipi di società elencati nell’ allegato II previsti per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale”;

c) l'atto costitutivo della società risultante dalla trasformazione; a tale riguardo il Decreto sembra operare una scelta in senso restrittivo rispetto alla prassi instauratasi nel sistema previgente; in caso di trasferimento della sede di società italiana all’estero con assoggettamento della stessa all’ordinamento dello stato di destinazione, si era ritenuto legittimo che l’adeguamento dello statuto al diritto dello stato estero di destinazione fosse operato direttamente in tale stato e non all’atto della delibera di trasferimento sede assunta in Italia[[28]](#footnote-28); non pare che oggi una prassi di tal genere possa continuare ad essere utilizzata, atteso che la disposizione in esame richiede che l’atto costitutivo (rectius statuto)[[29]](#footnote-29) della società risultante dalla trasformazione debba essere contenuto già nel relativo progetto;

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

e) eventuali garanzie o impegni offerti ai creditori;

f) i vantaggi particolari eventualmente attribuiti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione o dei membri degli organi di controllo della società sottoposta a trasformazione;

le indicazioni sub d), e) ed f) sono eventuali, da adottarsi laddove si intenda attribuire particolari trattamenti a soci, possessori di titoli diversi dalle azioni, soggetti cui compete l'amministrazione o membri degli organi di controllo ovvero garanzie o impegni ai creditori; ne consegue che non occorre necessariamente inserire in progetto una dichiarazione negativa ove non si intenda avvalersi di tale possibilità;

g) i contributi e i finanziamenti pubblici ricevuti, sotto qualsiasi forma, nello Stato membro di partenza, nei cinque anni anteriori alla data del deposito del progetto di trasformazione, con separata indicazione dei contributi e finanziamenti per i quali è stato adottato un provvedimento di revoca o decadenza dal beneficio oppure è in corso il relativo procedimento; si tratta di una prescrizione richiesta dall’art. 86-quinquies lett. h) della Direttiva, secondo cui nel progetto va indicato “se la società abbia beneficiato di incentivi o sovvenzioni nello Stato membro di partenza nel corso dell'ultimo quinquennio”; quest’ultima formulazione lascia intendere che la dichiarazione di cui trattasi debba essere resa anche laddove abbia contenuto negativo, malgrado la formulazione della norma italiana sia ambigua sul punto; d’altro canto, per l’analoga disposizione di cui al comma 2 dell’art. 19, in materia di fusione transfrontaliera, la legge espressamente prevede che “L'indicazione di cui al primo periodo è inserita anche se negativa”, onde un diverso trattamento nel caso di specie non avrebbe alcun senso; si tratta, invero, di una disposizione connessa con quanto disposto dai successivi artt. 30 e 31; del resto, siffatta dichiarazione appare strumentale agli accertamenti di competenza del notaio rogante ai sensi dell’articolo 30 del Decreto, secondo cui la società italiana “con la richiesta del certificato preliminare, è tenuta a dimostrare, mediante le pertinenti certificazioni, di non avere debiti nei confronti di amministrazioni o enti pubblici o di averli soddisfatti o garantiti in conformità all'articolo 31”;

h) i dati sulla liquidazione in denaro offerta ai soci per il caso di recesso, a norma dell'articolo 25, e il domicilio digitale presso il quale la società riceve le eventuali comunicazioni di recesso; con tale indicazione, imposta dall’art. 86-quinquies lett. i) della Direttiva, il legislatore italiano ha adottato una specifica disposizione circa la conoscibilità per i soci della somma loro spettante in caso di recesso, che diverge da quelle adottate nel codice civile in caso di ordinaria trasformazione societaria, considerato che:

nelle s.p.a. in base all’art. 2437-ter, comma 5, c.c. “I soci hanno diritto di conoscere la determinazione del valore di cui al secondo comma del presente articolo nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea; ciascun socio ha diritto di prenderne visione e di ottenerne copia a proprie spese”;

nelle s.r.l. nonché nelle società di persone non è richiesta la preventiva conoscibilità per i soci del valore di liquidazione in caso di recesso;

i) le procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla trasformazione e le alternative possibili, se ne ricorrono i presupposti; l’indicazione è necessaria solo se ricorrono i presupposti per l’applicazione dell’art. 16 del Decreto relativo alla partecipazione dei lavoratori;

l) le probabili ripercussioni della trasformazione transfrontaliera sull'occupazione; al contrario, tale indicazione prescinde dall’applicabilità dell’art. 16 del Decreto;

m) la data di efficacia della trasformazione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione; l’indicazione è connessa alla disciplina della data di efficacia della trasformazione, che sarà oggetto nel prosieguo di specifica trattazione (v. infra § 16.);

n) il calendario proposto a titolo indicativo per l'operazione; tale previsione costituisce una novità assoluta, in quanto nessuna norma prevedeva in passato la calendarizzazione presunta dell’operazione; si tratta, peraltro, di una previsione che la legge stessa qualifica come indicativa e, come tale, non avente carattere vincolante.

6.3. La pubblicità

La pubblicità del progetto è regolata mediante rinvio all’art. 20 del Decreto in materia di fusione transfrontaliera.

In questa sede basti ricordare che tale richiamo nel caso di specie va inteso nel senso che, salva la possibilità di avvalersi del sito internet, il progetto di trasformazione transfrontaliera deve essere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione, depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede la società trasformanda, considerato che l’art. 86-octies della Direttiva prescrive che il progetto deve essere pubblicato “nel registro dello Stato membro di partenza”, vale a dire “lo Stato membro nel quale la società è iscritta prima della trasformazione transfrontaliera” (art. 86-ter n. 3 della Direttiva).

Va, peraltro, ricordato che, in forza dell’art. 4 del Decreto, nelle “operazioni cui non partecipano società di capitali”, detto termine è ridotto a quindici giorni.

La ratio della norma induce a ritenere che siffatta riduzione si applichi anche laddove la società estera risultante dalla trasformazione della società non di capitali italiana o dell’ente italiano non societario sia una società di capitali, come definita dall’allegato II della Direttiva.

Ed invero la riduzione dei termini è consentita al legislatore italiano in ragione del fatto che la Direttiva, che pone il termine di trenta giorni in questione, si applica, ex art. 86-ter nn. 1) e 2) della medesima, solo alla trasformazione deliberata da una “società di capitali di uno dei tipi elencati nell'allegato II che effettua una trasformazione transfrontaliera”.

Pare, dunque, evidente che il legislatore italiano abbia voluto sfruttare i margini di autonomia concessi dalla direttiva comunitaria.

**7. La relazione dell'organo amministrativo**

La relazione dell'organo amministrativo è regolata mediante rinvio all’art. 21 del Decreto in materia di fusione transfrontaliera.

Naturalmente dal contenuto della relazione previsto dal citato art. 21 vanno espunti nella specie quelli che possono riguardare solo la fusione, quali il rapporto di cambio e le tutele in merito alla sua contestazione.

**8. Il deposito dei documenti presso la sede**

La materia è regolata mediante rinvio all’art. 23 del Decreto in materia di fusione transfrontaliera.

Peraltro, di tale articolo non può trovare applicazione il secondo comma, che si riferisce al deposito della relazione degli esperti e degli altri atti previsti dall'articolo 2501-septies c.c., diversi dalla relazione dell’organo amministrativo e dal progetto di trasformazione.

Si tratta, infatti, di documenti che non sono richiesti in ipotesi di trasformazione transfrontaliera.

Anche in questo caso va ricordato che, in forza dell’art. 4 del Decreto, nelle “operazioni cui non partecipano società di capitali”, il termine di quarantacinque giorni previsto nel citato art. 23 è ridotto a quindici giorni ed al riguardo deve ritenersi, per le ragioni poc’anzi esposte, che siffatta riduzione si applichi anche laddove la società estera risultante dalla trasformazione della società non di capitali italiana o dell’ente italiano non societario sia una società di capitali, come definita dall’allegato II della Direttiva.

**9. Il capitale sociale**

Laddove una società estera intenda traferirsi in Italia con conseguente assoggettamento alla legge italiana, già sotto il sistema previgente si era posto il problema della verifica dell’effettività del capitale sociale, nel caso in cui essa assuma nell’ordinamento italiano la forma della società di capitali.

A tale riguardo è stato esattamente osservato che “Premesso che il trasferimento in Italia della sede non può essere equiparato ad una nuova costituzione della società stessa, in ragione del principio di continuità dell’ente che si trasferisce, non sussiste l’obbligo di eseguire il versamento di quanto prescritto in sede di costituzione della società, purché il capitale risulti effettivamente esistente nella misura minima prevista dalla legge”[[30]](#footnote-30).

Altra questione è la verifica dell’effettività di detto capitale.

A tale riguardo l’art. 13, comma 3, uniformandosi alle opinioni espresse sotto il sistema previgente[[31]](#footnote-31), dispone che “Se dalla trasformazione risulta una società di capitali italiana, il capitale è determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da una relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2343 del codice civile o dalla documentazione di cui all'articolo 2343-ter del codice civile oppure, quando dalla trasformazione risulta una società a responsabilità limitata, da una relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2465 del codice civile. Si applica altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, l'articolo 2343, secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma, del codice civile e, nelle ipotesi di cui all'articolo 2343-ter, primo e secondo comma, del codice civile, si applica il terzo comma del medesimo articolo 2343 del codice civile”.

La norma pone diversi problemi.

La legge dispone, innanzitutto, che il capitale è determinato “sulla base” dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo, ma non impone che l’intero importo del valore attuale accertato sia imputato a capitale.

Se infatti la ratio legis è quella di tutelare l’effettività del capitale, deve coerentemente trovare applicazione il principio secondo cui l’esperto ex art. 2343 e 2465 c.c. attesta che il valore del patrimonio “è almeno pari” a quello attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale[[32]](#footnote-32).

La norma non detta specifiche disposizioni circa la data di riferimento della stima del patrimonio della società estera ed al riguardo devono trovare applicazione i principi elaborati dall’autorevole insegnamento, secondo cui, anche nel caso in cui si applichi la relazione di stima richiesta dagli articoli 2343 e 2465 c.c., “in forza dell’applicazione analogica del termine prescritto dagli articoli 2343-ter, comma 2, lett. b), e 2440, comma 4, c.c., può comunque ritenersi sufficientemente aggiornata una relazione di stima che si riferisca a una data non antecedente il termine di sei mesi rispetto alla esecuzione del conferimento”[[33]](#footnote-33).

In particolare, il criterio dei sei mesi pare applicabile anche al caso in cui si tratti di trasformazione transfrontaliera, considerato che nella specie “l’esecuzione del conferimento” di fatto coincide con la delibera di trasformazione.

Nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, la norma richiama, fra l’altro, il terzo e, in quanto compatibile, il quarto comma dell’art. 2343 c.c., che prevedono rispettivamente:

l’obbligo per gli amministratori, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, di controllare le valutazioni contenute nella relazione peritale e, se sussistano fondati motivi, di procedere alla revisione della stima, con la precisazione che fino a quando le valutazioni non sono state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili e devono restare depositate presso la società;

l’obbligo di ridurre proporzionalmente il capitale sociale, se risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, annullando le azioni che risultano scoperte.

Pare invece incompatibile con il caso di specie la possibilità prevista per il socio conferente dall’art. 2343, quarto comma, c.c., nell’ipotesi sub b), di versare la differenza in danaro o recedere dalla società o la possibilità che l'atto costitutivo preveda che per effetto dell'annullamento delle azioni disposto si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.

Si tratta, invero, di ipotesi che presuppongono che la revisione della stima riguardi il conferimento effettuato da un determinato socio, mentre nella specie si procede alla valutazione dell’intero patrimonio di una società già esistente.

Laddove si sia utilizzato il procedimento di valutazione di cui all'articolo 2343-ter, primo e secondo comma, del codice civile, la legge non richiama il sistema di revisione della stima di cui all’art. 2343-quater c.c., bensì quello di cui all’art. 2343, terzo comma, c.c. sopra descritto sub a), onde non pare possibile procedere ad una nuova valutazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343 c.c., come invece accade nel normale procedimento ex art. 2343-quater c.c..

In tal caso non viene, tuttavia, richiamato il quarto comma dell’art. 2343 c.c. sopra descritto sub b), ma è probabile che quest’ultima disposizione debba trovare comunque applicazione, in quanto:

la disposizione in esame con il richiamo all’art 2343, terzo comma, c.c. ha inteso semplicemente escludere il sistema di revisione della stima di cui all’art. 2343-quater c.c., mentre il richiamo all'articolo 2343, secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma, del codice civile, dal punto di vista letterale, sembra avere portata generale;

se così non fosse non si saprebbe quali conseguenze produca la revisione della stima sopra descritta sub a).

Per altro verso non può farsi a meno di rilevare che, ancorché l’art. 2343-ter c.c. sia richiamato sia nel primo che nel secondo comma, esso non risulta di fatto compatibile con l’operazione in esame ogni qual volta faccia riferimento alla valutazione di determinati singoli beni e non di un complesso patrimoniale, quale sarebbe quello della società estera che delibera la trasformazione transfrontaliera.

Ciò accade nella fattispecie di cui al primo comma dell’art. 2343-ter c.c., che si riferisce alla valutazione di determinati valori mobiliari ovvero di strumenti del mercato monetario come definiti dall’art. 111-bis delle disposizioni per l’attuazione del codice civile.

Del pari risulta difficilmente compatibile con l’operazione in esame la disposizione di cui alla lettera a) del secondo comma dell’art. 2343-ter c.c., che fa riferimento “al valore equo ricavato da un bilancio approvato da non oltre un anno, purché sottoposto a revisione legale e a condizione che la relazione del revisore non esprima rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento”.

Trattandosi infatti di valutare il patrimonio di una società non soggetta alle regole di formazione del capitale di cui al titolo I capo IV della direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, o a regole equivalenti, è ben difficile riscontrare nel bilancio di questa un valore equo secondo i principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea e che tale bilancio sia sottoposto a revisione legale[[34]](#footnote-34).

Invece l’art. 2343-ter c.c., comma 2, lett. b) c.c. risulta certamente compatibile con l’operazione in esame.

Infine, il comma 4 dell’art. 13 del Decreto dispone che il menzionato procedimento di verifica del valore patrimoniale non si applica quando è sottoposta a trasformazione in società italiana una società di altro Stato membro:

soggetta alle regole di formazione del capitale di cui al titolo I capo IV della direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, o

a regole equivalenti.

La società sub 1) sono quelle di cui all’allegato I alla citata Direttiva, cui fa rinvio l’art. 44 della medesima.

La previsione sub 2) viene spiegata nei lavori preparatori con la considerazione che la lista di cui all’allegato I non include tutte le società che prevedono “regole di formazione e tutela dell’integrità del capitale sociale”, tant’è che per l’Italia detto allegato include le società per azioni, ma non anche le società a responsabilità limitata, che pure “hanno regole equivalenti a quelle delle società per azioni e delle società in accomandita per azioni”[[35]](#footnote-35).

Naturalmente può non essere facile nei singoli casi, soprattutto per le società extracomunitarie, accertare se l’ordinamento di partenza prevede regole di formazione del capitale sociale equivalenti a quelle di cui al titolo I capo IV della direttiva (UE) 2017/1132.

In ogni caso la norma in esame accoglie l’opinione già espressa nel sistema previgente, secondo cui “laddove si tratti di società proveniente da un ordinamento che impone il rispetto delle tutele poste a garanzia della corretta formazione del capitale sociale, non sarà neppure necessario richiedere una perizia di stima”[[36]](#footnote-36).

**10. La decisione**

10.1. La forma

La forma della decisione di trasformazione è regolata dall’art. 12 del Decreto, il quale, al comma 1, dispone che “Se è sottoposta a trasformazione una società italiana, la relativa decisione risulta da atto pubblico”.

Tale prescrizione non apporta innovazioni ai principi generali del sistema con riferimento alle società di capitali.

Per tali società, invero, trattandosi di una modifica dell’atto costitutivo e considerato che, fino all’efficacia della trasformazione transfrontaliera, la società rimane regolata dal diritto italiano, la norma è conforme a quanto previsto in termini generali dagli art. 2375 e 2480 c.c.

Invece la norma in esame implica una modifica del sistema previgente per quanto attiene alle società di persone ed agli enti non societari sprovvisti di personalità giuridica, le cui modificazioni statutarie non sarebbero state assoggettate alla forma dell’atto pubblico.

Qualora, invece, la società deliberante sia regolata da una legge straniera, il comma 2 dell’articolo in esame dispone che “Se dalla trasformazione risulta una società italiana, il notaio per atto pubblico riceve in deposito, o redige, la relativa decisione ed espleta il controllo di legalità di cui all'articolo 13”.

La norma prevede, dunque, che il notaio italiano possa intervenire in due modi fra loro alternativi:

redigendo egli stesso per atto pubblico la decisione di trasformazione transfrontaliera della società estera[[37]](#footnote-37) ovvero

ricevendo un verbale di deposito dell’atto recante siffatta decisione redatto all’estero, che in tal caso sarà rivestito della forma prescritta dall’ordinamento di provenienza.

Quanto all’ipotesi sub a), è stato esattamente osservato, già nel sistema previgente, che “la decisione … è un atto interamente soggetto al diritto straniero”, in quanto “finché il trasferimento in Italia non diventa efficace, la società opera in conformità alla legge dello Stato di provenienza … La delibera di trasferimento è, dunque, regolata dalla legge dello Stato d’origine e, pertanto, dovrà essere assunta dagli organi competenti e secondo le modalità disposte dalla legge applicabile alla società in esame … Circa la possibilità, per il notaio italiano, di ricevere egli stesso la delibera di trasferimento della sede in Italia, si segnala come ciò presupponga l’applicazione e quindi la conoscenza dell’ordinamento di provenienza, che si articola non solo nelle leggi scritte, ma anche nella giurisprudenza e nella prassi applicativa straniere”[[38]](#footnote-38).

Sempre sotto il vigore della legge previgente si era, peraltro, osservato che “se da un lato il ricevimento per atto pubblico di un verbale di società estera regolata dalla legge straniera non dovrebbe di per sé essere soggetto all’art. 2436 c.c. e all’art. 138-bis, l. not., dall’altro lato è tuttora discussa la più generale questione se la violazione di norme imperative di un ordinamento straniero possa ingenerare responsabilità ex art. 28 l. not.”[[39]](#footnote-39).

Va, tuttavia, rilevato che oggi l’art. 52 del Decreto ha aggiunto all’art. 138-bis della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (d’ora innanzi Legge Notarile) un comma 2-bis, secondo cui con la stessa sanzione prevista per la richiesta di iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, “è punito altresì il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto di trasformazione, fusione o scissione transfrontaliera, da lui ricevuto, e dell'attestazione di legalità prevista dalla normativa attuativa della direttiva (UE) 2019/2121, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, da lui rilasciata, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge”.

Quanto all’ipotesi sub b), è stato esattamente osservato, già nel sistema previgente, che “trattandosi di documento destinato all’iscrizione del registro delle imprese italiano appare necessario che l’atto rivesta quantomeno la forma autentica prescritta dall’art. 11 d.p.r. 581/1995 e che lo stesso sia preventivamente depositato presso un notaio ai sensi dell’art. 106 l. not.”[[40]](#footnote-40).

10.2. I quorum

La decisione di trasformazione da parte di una società italiana è regolata, quanto ai quorum, mediante rinvio all’art. 24 del Decreto in materia di fusione transfrontaliera, applicabile anche alla scissione per il rinvio operato dall’art. 42, anche con riferimento alla necessità di acquisire il consenso dei soci che, con l'operazione, assumono maggiori obblighi o responsabilità illimitata nei confronti di terzi.

In tale articolo, con riferimento alle società di capitali:

al comma 1 si prevede che “Per la regolare costituzione dell'assemblea si osservano le disposizioni di legge previste per la modificazione dell'atto costitutivo. La decisione è presa con la maggioranza dei due terzi del capitale rappresentato in assemblea[[41]](#footnote-41) e, nelle società a responsabilità limitata, la decisione è presa anche con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale”;

al comma 2, si prevede che “In nessun caso la maggioranza richiesta per l'approvazione di un'operazione di trasformazione o di scissione è superiore a quella prevista per la fusione”.

Quest’ultima disposizione pare mutuata dall’art. 86-nonies, comma 3, della Direttiva ove, in materia di trasformazione transfrontaliera, si prevede che “In nessun caso la percentuale minima di voti richiesta è superiore a quella che il diritto nazionale prevede per l'approvazione di una fusione transfrontaliera”.

Nondimeno si tratta di una precisazione che, nel corpo dell’art. 24 del Decreto, se riferita al quorum richiesto dal diritto nazionale, appare del tutto inutile, perché la disciplina italiana delle maggioranze relative alla decisione di trasformazione transfrontaliera è dettata mediante rinvio a quella delle maggioranze deliberative della fusione transfrontaliera, onde mai si sarebbe potuta verificare la condizione vietata dal citato art. 86-nonies, comma 3, della Direttiva.

Non rimane che ritenere che la norma italiana abbia voluto riferirsi, non già alle maggioranze richieste dalla legge, ma a quelle previste dallo statuto, considerato che il periodo precedente del medesimo comma 2 dell’art. 24 del Decreto dispone che “Lo statuto può richiedere una maggioranza più elevata, purché non superiore ai nove decimi del capitale sociale”.

In altri termini, lo statuto non può elevare il quorum richiesto per la trasformazione transfrontaliera se non eleva almeno in pari misura anche quello richiesto per la fusione o scissione transfrontaliera.

Invece nulla vieta l’ipotesi contraria, in cui si elevi il quorum richiesto per la fusione o scissione transfrontaliera, ma non quello richiesto per la trasformazione transfrontaliera.

Le ragioni di tale scelta appaiono oscure e potrebbero essere il frutto di un malinteso nell’applicazione della norma comunitaria.

Per altro verso deve rilevarsi che la possibilità di elevare il quorum fino ai “nove decimi del capitale sociale” appare in contrasto con quanto disposto dall’art. 86-nonies, comma 3, della Direttiva, ove si prevede che “Gli Stati membri dispongono che la maggioranza necessaria per l'approvazione del progetto di trasformazione transfrontaliera e di qualsiasi modifica dello stesso sia pari ad almeno due terzi, ma a non oltre il 90 %, dei voti attribuiti alle azioni o al capitale sottoscritto rappresentati nell'assemblea generale”[[42]](#footnote-42).

La violazione si rileva sotto un duplice profilo:

il limite massimo consentito del 90% nella Direttiva è riferito ai soci rappresentati in assemblea, mentre nel Decreto è riferito al 90% del capitale sociale;

il quorum del 90%, come pure quello dei 2/3, nel Decreto è riferito al capitale, laddove invece nella Direttiva è riferito ai “voti attribuiti alle azioni o al capitale sottoscritto rappresentati”.

Quest’ultima incongruenza, peraltro, può essere superata laddove si condivida l’autorevole opinione secondo cui “In presenza di azioni a voto plurimo, a voto limitato o senza diritto di voto, ai fini del calcolo dei quorum richiesti dalla legge e dallo statuto per la costituzione dell’assemblea ordinaria e straordinaria e per l’assunzione delle relative deliberazioni, si computa il numero dei voti spettanti alle azioni e non il numero delle azioni o la parte di capitale da esse rappresentata, salva una diversa disposizione statutaria”[[43]](#footnote-43).

La norma in esame si preoccupa di coordinare i quorum speciali da essa dettati con quelli previsti dal codice civile con riferimento alle società a responsabilità limitata, prevedendo che la decisione è presa, oltre che con la maggioranza dei due terzi del capitale rappresentato in assemblea, anche con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale.

Tuttavia, essa non si cura di operare un coordinamento anche in materia di società per azioni, ove l’art. 2369, comma 5, c.c., dispone che, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il trasferimento della sede sociale all'estero.

Ed invero, come si è avuto modo di rilevare, l’art. 2510-bis c.c., introdotto dal Decreto, dispone che il trasferimento all'estero della sede statutaria è posto in essere mediante trasformazione in conformità alle disposizioni che regolano le operazioni di trasformazione transfrontaliera e internazionale.

Si potrebbe ipotizzare, dunque, un’abrogazione tacita, in parte qua, dell’art. 2369, comma 5, c.c. ad opera del Decreto[[44]](#footnote-44).

Tuttavia, una siffatta conclusione non pare coerente con la volontà del legislatore di preservare, per quanto possibile, l’applicazione del diritto nazionale espressa in materia di società a responsabilità limitata.

Ed invero, un diverso trattamento fra le società per azioni le società a responsabilità limitata non avrebbe alcun senso, considerato che la Direttiva è vincolante per entrambi tali tipi sociali.

Se ne deduce che anche nelle società per azioni, per deliberare l’operazione, deve essere raggiunto un doppio quorum:

un quorum riferito al capitale sociale, pari a più di un terzo dello stesso;

un quorum riferito al capitale rappresentato in assemblea, pari almeno ai due terzi del medesimo[[45]](#footnote-45).

L’art. 24 del Decreto prevede, sia pure in maniera assai contorta, che per le società di persone vengono mantenute le maggioranze previste dal codice civile.

Quest’ultimo:

da un lato pone il principio generale secondo cui “Il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente” (art. 2252 c.c.);

dall’altro prevede, solo con riferimento alla trasformazione di società di persone in società di capitali, che l’operazione è decisa con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salvo diversa disposizione del contratto sociale.

Ciò pone il dubbio che, laddove la società risultante dalla trasformazione sia una società estera di capitali di uno dei tipi elencati nell'allegato II alla Direttiva, l’operazione possa essere deliberata a maggioranza anziché all’unanimità.

Contro tale conclusione, tuttavia, è possibile obiettare che, nel sistema del Decreto, la trasformazione transfrontaliera non è disciplinata dal codice civile, ma costituisce una fattispecie sui generis, regolata da norme ad hoc.

Ne deriverebbe che l’operazione andrebbe considerata, sotto il profilo delle maggioranze necessarie, una fattispecie di modifica statutaria diversa dalla trasformazione codicistica di società di persone in società di capitali, onde torna ad essere applicabile il principio generale del consenso unanime sancito dall’art. 2252 c.c.[[46]](#footnote-46).

Infine, nei lavori preparatori si sottolinea che “in conformità a quanto prescrive l’art. 86 nonies della direttiva, è richiesto, anche nell’operazione di trasformazione, che l’efficacia della delibera che approva il progetto possa essere subordinata all’approvazione, con successiva delibera assembleare, delle modalità di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla trasformazione”[[47]](#footnote-47).

10.3. Le modifiche del progetto

La legge, a prima vista, sembra non prevedere che la decisione di trasformazione possa apportare modifiche al progetto pubblicato.

Tuttavia, deve rilevarsi che tale possibilità è, invece, espressamente prevista:

per la trasformazione transfrontaliera dall’art. 86-nonies, par. 3, della Direttiva, ove, nel regolare i quorum deliberativi, si precisa che essi valgono “per l'approvazione del progetto di trasformazione transfrontaliera e di qualsiasi modifica dello stesso”;

per la fusione transfrontaliera dall’art. 24, comma 5, del Decreto, che rinvia all’art. 2502 c.c., secondo cui “La decisione di fusione può apportare al progetto di cui all'articolo 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi”.

Ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere applicabile quest’ultima disposizione anche alla trasformazione transfrontaliera, in considerazione del fatto che la fusione determina anche una trasformazione transfrontaliera, in quanto la società italiana che viene incorporata in una società estera si assoggetta ad un ordinamento straniero. Non si compererebbe, invero, per quale ragione le due fattispecie debbano subire un diverso trattamento al riguardo.

Si tratta, peraltro, di un’applicazione diretta e non analogica, atteso che l’intero art. 24 del Decreto è richiamo in materia di trasformazione dall’art. 7, comma 1, del medesimo[[48]](#footnote-48).

**11. Il recesso**

L’art. 9 del Decreto disciplina il recesso, sancendo il principio secondo cui i soci che non hanno concorso all'approvazione del progetto hanno diritto di recedere dalla società italiana che procede alla trasformazione, secondo le disposizioni di cui agli articoli 25 e 27 dettati in materia di fusione transfrontaliera.

A tale riguardo, considerato quanto disposto dal citato art. 2510-bis c.c., deve ricordarsi che anche gli artt. 2437 e 2473 c.c., dettati rispettivamente per le società per azioni e a responsabilità limitata, prevedevano quale causa di recesso il trasferimento della sede all’estero.

Tuttavia, la norma estende tale fattispecie di recesso anche alle società di persone e, per quanto compatibile, agli enti non societari.

Inoltre, l’art. 51 del Decreto sopprime negli artt. 2437, primo comma, e 2473, primo comma, la previsione del trasferimento della sede all'estero quale causa di recesso, sul presupposto che ormai siffatta previsione è contenuta, per tutti i tipi sociali, nel Decreto[[49]](#footnote-49).

Peraltro, la disciplina del recesso risultante dal combinato disposto degli artt. 9, 25 e 27 del Decreto presenta diversi aspetti derogatori rispetto alla disciplina del recesso prevista dal codice civile.

In particolare, l’art. 9 del Decreto, sulla scorta di quanto prescritto dall’art. 86-septies della Direttiva, prevede che:

il parere sulla congruità del valore di liquidazione, indicato nel progetto di trasformazione, è redatto da un esperto indipendente, scelto o designato ai sensi dell'articolo 22, ha i contenuti previsti dal medesimo articolo 22, commi 4 e 5, ed è messo a disposizione, presso la sede della società e con modalità telematica, almeno trenta giorni prima dell'assemblea;

l'esperto ha diritto di ottenere dalla società tutte le informazioni ed i documenti utili e di procedere ad ogni necessaria verifica risponde dei danni causati alla società, ai loro soci e ai terzi; si applicano le disposizioni dell'articolo 64 c.p.c.;

la relazione sulla congruità del valore di liquidazione non è richiesta se vi rinuncino all'unanimità i soci ed i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto.

Con riferimento alla previsione sub 1), la norma appare derogatoria del codice civile sotto diversi profili:

il codice non prevede per nessun tipo sociale che la congruità del valore di recesso sia asseverata da un soggetto terzo; nelle sole società per azioni è previsto il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, che tuttavia costituiscono organi sociali;

il codice non prevede per le società di persone e le società a responsabilità limitata che il valore di recesso sia comunicato e documentato prima della data fissata per l’assemblea; nelle sole società per azioni l’art. 2437-ter c.c. prevede tale adempimento, ma ne fissa il termine in soli quindici giorni anziché in trenta.

Con riferimento alla previsione sub 3), la norma sancisce il principio della rinunciabilità del parere di congruità, rendendo in tal modo evidente che detto parere è posto a tutela di interessi disponibili.

Nondimeno appare a prima vista inspiegabile la circostanza che la rinuncia debba essere posta in essere non solo dai soci, ma anche dai possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto.

E ciò anche in considerazione del fatto che l’art. 86-septies, par. 3. della Direttiva prevede che “L'esame del progetto di trasformazione transfrontaliera da parte di un esperto indipendente e la relazione dell'esperto indipendente non occorrono qualora tutti i soci della società decidano di farne a meno”, senza fare alcuna menzione ai possessori di strumenti finanziari.

Il diritto a percepire la liquidazione derivante dal recesso spetta, infatti, esclusivamente ai soci che non hanno concorso all'approvazione del progetto di trasformazione transfrontaliera.

L’unica ragione che potrebbe, a ben vedere, giustificare la necessità della rinuncia da parte dei possessori di altri strumenti finanziari potrebbe individuarsi nel fatto che l’esercizio del diritto di recesso è potenzialmente idoneo ad incidere sulla consistenza patrimoniale della società e tale circostanza può incidere sulle valutazioni di coloro che sono chiamati a votare in merito alla decisione dell’operazione.

**12. L’opposizione dei creditori**

12.1. La decorrenza del termine per l’opposizione

L’art. 10 del decreto prevede che

“Con riguardo alla società italiana sottoposta a trasformazione, il certificato preliminare non può essere rilasciato prima di novanta giorni dal deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di trasformazione o della nota informativa prevista dall'articolo 20, comma 3, salvo che consti il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso o il deposito delle somme corrispondenti presso una banca”;

“Se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori anteriori all'iscrizione che temono di ricevere concreto pregiudizio dalla trasformazione, anche in ragione del mutamento di legge applicabile[[50]](#footnote-50), possono, nel termine di cui al comma 1, fare opposizione. Il tribunale, se ritiene infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure se la società ha prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione. Le garanzie prestate dalla società ai sensi del presente articolo sono subordinate all'efficacia della trasformazione”.

Tale norma disciplina l’opposizione dei creditori in conformità alla peculiarità che la trasformazione transfrontaliera presenta rispetto alla fusione.

La disciplina della trasformazione transfrontaliera, infatti, pur prevedendo la redazione di un progetto e la sua approvazione da parte dell’assemblea, non contempla la stipula di un successivo atto attuativo.

Peraltro, il sistema positivo già conosce fattispecie di modifiche statutarie soggette all’opposizione dei creditori che non si articolano della dicotomia delibera assembleare - atto attuativo.

Si allude in particolare alla riduzione reale di cui agli artt. 2445 e 2482 c.c., alla revoca dello stato di liquidazione di cui all’art. 2487-ter c.c. ed alla trasformazione eterogenea di cui all’art. 2500-nonies c.c.

Tuttavia, in queste ultime operazioni la legge non prevede la redazione e la pubblicazione di un progetto, onde il termine ad opponendum decorre dall’iscrizione nel registro delle imprese della delibera assemblare.

Invece, nella trasformazione transfrontaliera detto termine decorre “dal deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di trasformazione o della nota informativa prevista dall'articolo 20, comma 3”, in conformità a quanto prescritto all’art. 86-undecies, par. 4, della Direttiva[[51]](#footnote-51).

Ragioni di coerenza sistematica inducono, peraltro, ad interpretare tale ultima disposizione nel senso che il termine decorra dall’iscrizione e non dal deposito del progetto, in quanto solo dall’iscrizione i soggetti legittimati sono in grado di conoscere il progetto e valutare se esercitare il diritto di opposizione.

12.2. La possibilità di assumere la decisione prima della decorrenza del termine per l’opposizione

Per altro verso deve osservarsi che la legge non vieta di assumere la decisione della società italiana che trasferisce la propria sede all’estero prima del decorso del termine per l’opposizione dei creditori senza che detta opposizione sia proposta e subordinatamente all’avverarsi di tale condizione.

Del resto, siffatto modus operandi è connaturato alle citate fattispecie di cui agli artt. 2445, 2482, 2487-ter c.c. e 2500-nonies c.c., a causa della mancanza della preventiva pubblicazione di un progetto.

Tale circostanza si spiega perché l’art. 10 del Decreto dispone che il certificato preliminare non può essere rilasciato prima del decorso del termine ad opponendum e, in base all’art. 14 del Decreto, la decisione di trasformazione, unitamente al certificato preliminare ed all'attestazione di espletamento del controllo di legalità previsto dall'articolo 13, è depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese dove ha sede la società, entro trenta giorni dall'attestazione.

Pertanto, la delibera non può essere iscritta nel registro delle imprese se non è stato rilasciato il certificato preliminare, che presuppone non solo l’assunzione della delibera assembleare, ma anche la verifica della mancata opposizione dei creditori.

Peraltro, tale disposizione è applicabile anche alle operazioni non armonizzate, considerato che anche per siffatte operazioni la legge impone il rilascio del certificato preliminare da parte del notaio italiano.

12.3. La riduzione del termine ad opponendum

Va, inoltre, ricordato che, in forza dell’art. 4 del Decreto, nelle “operazioni cui non partecipano società di capitali”, detto termine è ridotto a trenta giorni.

Anche in questo caso, come per la riduzione del termine di pubblicazione del progetto e per le ragioni ivi indicate, la ratio della norma induce a ritenere che siffatta riduzione si applichi anche laddove la società estera risultante dalla trasformazione della società non di capitali italiana o dell’ente italiano non societario sia una società di capitali, come definita dall’allegato II della Direttiva.

Per altro verso, laddove, operi detta riduzione, il termine ridotto decorre “dalla data dell'iscrizione della decisione nel registro delle imprese” e non dalla pubblicazione del progetto.

Le ragioni di tale differenza attengono alla circostanza che, per le trasformazioni cui non partecipano società di capitali, il legislatore nazionale non è vincolato dalla Direttiva ed in particolare dal menzionato art. 86-undecies, par. 1, della stessa, che pone il principio della decorrenza del termine dalla pubblicazione del progetto.

12.4. La trasformazione anticipata

La legge prevede anche fattispecie in cui è consentito che il certificato preliminare sia rilasciato - e la trasformazione possa avere effetto - prima del decorso del termine per l’opposizione, laddove consti:

il consenso dei creditori della società ovvero

il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso ovvero

il deposito delle somme corrispondenti presso una banca.

Si tratta di fattispecie mutuate dalla disciplina codicistica della fusione di cui all’art. 2503 c.c., con l’unica eccezione dell’ipotesi in cui la relazione di cui all'art. 2501-sexies c.c. sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501-sexies c.c., che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori.

Quest’ultima ipotesi, invero, appare incompatibile con la trasformazione transfrontaliera, nella quale, per ovvie ragioni, non è prevista la redazione della relazione ex art. 2501-sexies c.c.

La norma omette di precisare che i creditori di cui è richiesto il consenso, il pagamento o il deposito sono quelli anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione del progetto, come invece è specificato dall’art. 2503 c.c.

Ma non v’è dubbio che tale precisazione debba essere applicata anche al caso di specie, in quanto l’art. 10 del Decreto dispone che i creditori legittimati all’opposizione sono quelli anteriori all'iscrizione del progetto e, dunque, non avrebbe alcun senso, per evitare di attendere il decorso del termine per l’opposizione, richiedere il consenso, il deposito o il pagamento di creditori che non potrebbero opporsi all’operazione.

**13. La trasformazione di società con soci a responsabilità illimitata**

Il comma 2 dell’art. 10 del Decreto dispone, inoltre, che “In ogni caso, la trasformazione transfrontaliera non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima della data di efficacia della trasformazione, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione”.

La norma appare in linea con quanto disposto, in materia di trasformazione codicistica, dall’art. 2500-quinquies, primo comma, c.c.

Nondimeno il Decreto non riproduce anche il secondo comma dall’art. 2500-quinquies c.c. in materia di consenso presunto.

Appare, tuttavia, difficile ipotizzare l’applicazione di quest’ultima norma alla trasformazione transfrontaliera, considerato che, nel sistema del Decreto, detta trasformazione non è disciplinata dal codice civile, ma costituisce una fattispecie sui generis regolata da norme ad hoc[[52]](#footnote-52).

**14. Foro facoltativo delle controversie relative alla società risultante dalla trasformazione**

L’art. 11 del Decreto prevede un foro facoltativo delle controversie relative alla società risultante dalla trasformazione.

A tale riguardo esso dispone innanzitutto che “Per i due anni successivi alla data di efficacia della trasformazione transfrontaliera, la società risultante dalla trasformazione può essere convenuta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato di partenza da un creditore anteriore all'iscrizione del progetto di trasformazione transfrontaliera nel registro delle imprese. Tale facoltà non pregiudica l'applicazione di altri criteri di giurisdizione previsti dal diritto dell'Unione europea o dal diritto nazionale, né gli effetti di un accordo contrattuale di scelta del foro”.

La norma si uniforma ad un preciso obbligo sancito dall’art. 86-undecies, par. 4, della Direttiva e ha l’evidente scopo di tutelare i creditori sociali anteriori anche da punto di vista processuale, evitando che la trasformazione transfrontaliera comporti per i medesimi l’onere di adire un foro diverso, e potenzialmente anche molto lontano, da quello originario.

Il secondo comma dell’art. 11 estende il medesimo principio, se ed in quanto compatibile con convenzioni internazionali di cui è parte l'Italia, anche alle trasformazioni internazionali, che, in quanto tali, coinvolgono stati extracomunitari.

Ma in tal caso esso si limita a prevedere il foro facoltativo di cui trattasi per la società italiana sottoposta a trasformazione internazionale, in quanto, laddove invece fosse sottoposta a trasformazione internazionale in società italiana una società extracomunitaria, il paese estero di partenza non sarebbe obbligato a rispettare il principio di cui all’art. 86-undecies, par. 4, della Direttiva.

**15. Il controllo di legalità**

L’art. 13 del Decreto regola il controllo di legalità della trasformazione transfrontaliera.

Qualora la società risultante dalla trasformazione abbia adottato la legge italiana e, dunque, si tratti di delibera assunta da una società estera, il legislatore italiano, in conformità all’art. 86-sexdecies della Direttiva, designa il notaio quale autorità preposta a controllare la legalità della trasformazione transfrontaliera.

La norma non precisa in modo espresso se il controllo del notaio italiano abbia ad oggetto solo il rispetto della normativa italiana ovvero anche quello della normativa estera applicabile, limitandosi ad affermare che “il notaio, entro trenta giorni dal ricevimento del certificato preliminare e della delibera di approvazione del progetto di trasformazione, espleta il controllo di legalità sulla attuazione della trasformazione rilasciandone apposita attestazione”.

Molto più chiaro è, invece, il testo della Direttiva che:

all’art. 86-sexdecies, par. 1, con riferimento al controllo di legalità, dispone che “Gli Stati membri designano l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente a controllare la legalità della trasformazione transfrontaliera per la parte della procedura disciplinata dal diritto dello Stato membro di destinazione ad approvare la trasformazione transfrontaliera. Tale autorità si accerta in particolare che la società trasformata rispetti le disposizioni del diritto nazionale relative alla costituzione e all'iscrizione delle società nel registro delle imprese”;

all’art. 86-quaterdecies, par. 1, con riferimento al certificato preliminare, dispone che “Gli Stati membri designano l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente a controllare la legalità delle trasformazioni transfrontaliere per quelle parti della procedura disciplinate dal diritto dello Stato membro di partenza e a rilasciare il certificato preliminare alla trasformazione attestante il soddisfacimento di tutte le condizioni applicabili e il regolare adempimento di tutte le procedure e formalità nello Stato membro di partenza” [[53]](#footnote-53).

Appare, dunque, evidente che il certificato preliminare ha la sua importanza ai fini della ripartizione della responsabilità del controllo di legalità tra i vari organi a ciò deputati nello stato di partenza ed in quello di destinazione.

Del resto, una conferma di tale impostazione si ricava anche dalla lettura dell’art. 5, comma 2, del Decreto, secondo cui “Nel controllo di legalità di cui agli articoli 13, 33 e 47 il notaio accetta il certificato preliminare rilasciato dalla competente autorità quale atto che attesta il regolare adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione dell'operazione, in conformità alla legge dello Stato membro interessato”.

L’istituzione del certificato preliminare ha, infatti, lo scopo di rendere possibile con relativa facilità, al soggetto chiamato ad effettuare il controllo finale di legalità nello stato di destinazione, la verifica dell’adempimento delle condizioni poste da una legge nazionale di stato diverso da quello a cui egli appartiene.

Non a caso l’art. 13, comma 2, del Decreto dispone che “Ai fini del controllo di cui al comma 1, il notaio verifica che:

a) siano rispettati i requisiti per la costituzione e iscrizione nel registro delle imprese della società risultante dalla trasformazione, che ha adottato la legge italiana;

b) sia pervenuto il certificato preliminare alla trasformazione transfrontaliera relativo alla società sottoposta a trasformazione[[54]](#footnote-54);

c) quando necessario, siano state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 16”.

Il tenore letterale dell’art. 13, comma 2, lett. b), del Decreto, dunque, autorizza la conclusione che il notaio italiano non assuma responsabilità per la veridicità e la correttezza del contenuto del certificato preliminare.

In altre parole, siffatto certificato ha proprio lo scopo di non gravare il notaio chiamato a compiere l’atto conclusivo dell’operazione di compiti di controllo difficilmente eseguibili con riferimento ad ordinamenti di stati cui egli non appartenga.

Tale risultato viene ottenuto, in pratica, ripartendo la responsabilità della verifica dell’adempimento delle condizioni di legalità di ogni segmento del procedimento di trasformazione transfrontaliera tra l’autorità competente dello stato di partenza e quella dello stato di destinazione.

L’attestazione finale sull’avvenuto espletamento del controllo di legalità, che in ogni caso il notaio italiano è tenuto a rilasciare, costituisce la sintesi dei vari controlli intermedi.

Tale sistema, tuttavia, può funzionare solo se si tratta di una trasformazione armonizzata, in cui il meccanismo, basato sulla dicotomia certificato preliminare – attestazione finale, sia condiviso dalla normativa dello stato di partenza e da quella dello stato di destinazione.

Quando ciò non avviene, non potendo il notaio italiano contare sul rilascio del certificato preliminare da parte di un’autorità a ciò preposta dello stato estero di partenza, dovrà essere effettuata la verifica della doppia conformità di cui all’art. 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218, che il Decreto sembra assegnare in toto al notaio.

Ciò non esclude che il notaio possa, anche per operazioni non armonizzate, dotarsi di una legal opinion di un esperto in materia di diritto dello stato estero di partenza, allo scopo di verificare la legalità della trasformazione transfrontaliera per quelle parti della procedura disciplinate dal diritto dello stato di partenza[[55]](#footnote-55).

Tale documento, pur non avendo valore ufficiale, in quanto non proveniente da un’autorità dotata del potere di certificare siffatta legalità, può tuttavia costituire una prova della diligenza professionale del notaio nell’espletamento dei suoi compiti di verifica.

Infine, la norma dispone che “Se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge o omette il rilascio dell'attestazione, si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 29, commi 5, 6 e 7”, in materia di rifiuto del rilascio del certificato preliminare della fusione transfrontaliera.

Nell’ipotesi in cui a deliberare la trasformazione transfrontaliera sia una società italiana che, in conseguenza, ha adottato una legge diversa da quella italiana, l’art. 13 ultimo comma dispone che il controllo di legalità è espletato dall'autorità all'uopo designata dello stato di arrivo.

Può, infine, accadere che sia posta in essere una trasformazione transfrontaliera cui partecipa o da cui risulta una società di uno Stato membro che, alla data in cui è eseguita la pubblicità del progetto di trasformazione, non ha recepito la direttiva (UE) 2019/2121.

In tal caso si crea un disallineamento tra la legge italiana, che si è già adeguata alla citata direttiva, e la legge dell’ordinamento straniero cui appartiene l’altra società, che, invece, non ha effettuato siffatto adeguamento.

Per tale ipotesi l’art. 56, comma 5, del Decreto dispone che, in linea di principio, il medesimo Decreto si applica alla società italiana che partecipa o risulta dall’operazione.

Tuttavia, nella specie:

se si tratta di trasformazione di società estera in società italiana, il notaio italiano non può ottenere il certificato preliminare, siccome non previsto nell’ordinamento di partenza;

se si tratta di trasformazione di società italiana in società estera, le competenti autorità dello stato estero potrebbero non accettare il certificato preliminare rilasciato dal notaio italiano.

Pertanto, il menzionato comma 5 dispone che “il notaio accerta la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 25, comma 3, della legge n. 218 del 1995 ai fini del controllo di legalità di cui agli articoli 13 e 47 e le disposizioni che regolano la comunicazione di dati tra il registro delle imprese italiano e il registro delle imprese dello Stato membro si applicano in quanto compatibili”.

**16. Pubblicità ed efficacia**

L’art. 14 del Decreto disciplina la pubblicità della trasformazione, prevedendo che:

se la trasformazione è deliberata da una società italiana, la decisione di trasformazione, unitamente al certificato preliminare, rilasciato dal notaio, ed all'attestazione di espletamento del controllo di legalità di cui all'articolo 13, redatta dall’autorità competente dello stato estero di destinazione, è depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese dove aveva sede la società in Italia, entro trenta giorni dall'attestazione;

se la trasformazione è deliberata da una società estera che ha adottato la legge italiana, entro trenta giorni dal rilascio dell'attestazione da parte del notaio di cui all'articolo 13, comma 1, l'atto costitutivo, unitamente all'attestazione ed al certificato preliminare, redatto dall’autorità competente dello stato estero di destinazione, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo dove la società ha trasferito la sede in Italia; fatte salve altre modalità di trasmissione, l'ufficio del registro delle imprese comunica senza indugio, tramite il BRIS, l'avvenuta iscrizione al corrispondente registro delle imprese estero in cui è iscritta la società sottoposta a trasformazione.

L’art. 15 del Decreto disciplina l’efficacia della trasformazione, prevedendo che:

se la trasformazione è deliberata da una società italiana, la data dalla quale la trasformazione ha effetto è determinata dalla legge straniera applicabile alla società risultante dalla trasformazione; tuttavia la società italiana è cancellata dal registro delle imprese quando l'ufficio estero competente ha provveduto all'iscrizione della società risultante dalla trasformazione, a condizione che si sia provveduto al deposito sub a); fatte salve altre modalità di trasmissione, nelle trasformazioni transfrontaliere, la comunicazione di avvenuta iscrizione della società risultante dalla trasformazione avviene tramite il BRIS;

se la trasformazione è deliberata da una società estera che ha adottato la legge italiana, essa ha effetto dalla data di iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese italiano del luogo ove ha sede la società risultante dalla trasformazione; in questo caso l’art. 15 del Decreto dispone che il progetto possa stabilire una data successiva.

Quest’ultima disposizione recepisce un principio comunemente ammesso in materia di trasformazione in generale, secondo il quale l’ordinamento italiano ammette la postdatazione della trasformazione, in quanto essa non lede i diritti dei terzi[[56]](#footnote-56).

Tali norme si preoccupano di coordinare l’esecuzione della pubblicità commerciale presso i vari stati coinvolti nell’operazione, subordinando comunque la cancellazione della società partecipante all’avvenuta iscrizione della delibera di trasformazione presso il registro della società risultante dall’operazione.

In tal modo si verifica un singolare differimento della cancellazione della società rispetto alla data di efficacia della trasformazione.

Il problema si è in realtà già posto nella prassi societaria nel sistema previgente, in quanto l’immediata cancellazione della società dal registro delle imprese, senza che venga accertato l’avvenuto accoglimento della società nell’ordinamento giuridico di arrivo, si presterebbe ad abusi, perché la società potrebbe in tal modo “sparire” da qualsiasi registro delle imprese, italiano o straniero, senza che si sia proceduto alla sua liquidazione.

L’orientamento prevalente, nel sistema anteriore alla novella, riteneva, pertanto, che in tali casi la cancellazione della società dal Registro delle imprese avrebbe dovuto effettuarsi “a cura dell’organo amministrativo, dopo che sarà stata perfezionata all’estero l’iscrizione della società o risulti comunque compiuta la procedura di costituzione secondo la nuova legge di appartenenza”[[57]](#footnote-57).

L’art. 15 del Decreto adotta, dunque, una soluzione analoga a quella accolta dall’interpretazione prevalente in passato, proprio allo scopo di evitare i medesimi inconvenienti sopra esposti.

Per altro verso l’ultimo comma dell’art. 15 del Decreto pone il principio di continuità dell’ente, caratteristico anche della trasformazione codicistica ex art. 2498 c.c., sancendo che “La società risultante dalla trasformazione conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali della società che ha effettuato la trasformazione”.

**17. Partecipazione dei lavoratori**

L’art. 16 del Decreto disciplina la partecipazione dei lavoratori in ossequio all’art. 86-terdecies della Direttiva[[58]](#footnote-58), secondo il quale se prima della trasformazione transfrontaliera i lavoratori godevano di un regime di partecipazione all’interno della società, essi devono poterne beneficiare anche dopo la trasformazione[[59]](#footnote-59).

A tal fine è disposto:

“1. Quando la società sottoposta a trasformazione transfrontaliera applica un regime di partecipazione dei lavoratori[[60]](#footnote-60) o ha avuto nei sei mesi precedenti la pubblicazione del progetto di trasformazione un numero medio di lavoratori pari ai quattro quinti del minimo richiesto per la sua attivazione, secondo la legge dello Stato membro dalla quale è regolata, la partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante dalla trasformazione e il loro coinvolgimento nella definizione dei relativi diritti sono disciplinati in base a procedure, criteri e modalità stabiliti negli accordi tra le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. In mancanza degli accordi di cui al primo periodo, il regime applicato prima della trasformazione continua ad applicarsi, in tutti i suoi elementi, alla società risultante dalla trasformazione, secondo le disposizioni di riferimento previste dall'allegato I, parte terza, del decreto legislativo n. 188 del 2005[[61]](#footnote-61). La società comunica immediatamente ai lavoratori o ai loro rappresentanti l'esito dei negoziati.

2. Se la società, anteriormente alla trasformazione, applica un regime di partecipazione dei lavoratori, tale regime continua ad applicarsi durante i negoziati e fino alla data di entrata in vigore degli accordi o all'eventuale applicazione delle disposizioni di riferimento.

3. I negoziati iniziano subito dopo la costituzione della delegazione speciale di negoziazione e possono proseguire nei sei mesi successivi, prorogabili dalle parti, di comune accordo, per ulteriori sei mesi. Per quanto non previsto dal presente articolo, ai negoziati si applicano i seguenti articoli del decreto legislativo n. 188 del 2005:

a) articolo 3, commi 1, 2, lettere a), numero 1), b) e c), e commi 3, 4, primo e secondo periodo, 6 e 11;

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

c) articoli 6, 8, 10 e 12.

4. A seguito dei negoziati, le disposizioni di riferimento di cui al comma 1 si applicano se le parti hanno concordato nel corso dei negoziati di avvalersi di tali disposizioni oppure non è stato raggiunto un accordo entro il termine previsto e l'organo amministrativo della società sottoposta a trasformazione accetta l'applicazione di tali disposizioni.

5. Resta fermo il comma 2 dell'allegato I, parte terza, del decreto legislativo n. 188 del 2005. Si applica l'articolo 11 del decreto legislativo n. 188 del 2005 e l'articolo 12, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2021.

6. Quando in seguito ai negoziati preliminari si applicano le disposizioni di riferimento per la partecipazione dei lavoratori di cui al comma 1, può essere apposto un limite massimo alla quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o di vigilanza della società italiana risultante dalla trasformazione. La quota indicata nel primo periodo non può essere inferiore a un terzo, se nella società sottoposta a trasformazione i rappresentanti dei lavoratori costituiscono almeno un terzo dei membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza.

7. La società italiana risultante dalla trasformazione tenuta, ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1, ad applicare un regime di partecipazione dei lavoratori, assume una forma giuridica che consente l'esercizio dei diritti di partecipazione.

8. La società di cui al comma 7 garantisce la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di nuove operazioni di trasformazione, fusione e scissione nazionali, internazionali o transfrontaliere effettuate nei quattro anni successivi alla data di efficacia della trasformazione transfrontaliera, in conformità alle disposizioni di cui al presente articolo ove compatibili”.

A tale riguardo nei lavori preparatori[[62]](#footnote-62) si legge che la partecipazione dei dipendenti ”è rilevante ai fini del diritto UE, ed è definita dall’art. 2, lett. k) della direttiva 2001/86 sul coinvolgimento dei lavoratori nella società europea (di seguito SE), come “l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attività di una società mediante: - il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società, o - il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società e/o di opporvisi”. Poiché la partecipazione dei dipendenti alla governance, più spesso nell’organo di controllo (un equivalente del comitato di sorveglianza nel sistema dualistico) che in quello di gestione attiva, è prevista soltanto in una parte degli Stati membri (Germania e satelliti, Paesi Bassi), e in genere solo per le grandi imprese (ad esempio, quelle con più di 500 dipendenti in Germania) il pericolo che la normativa UE (a partire dal reg. 2001/2157 sulla Società europea (SE) e dalla dir. 2001/86) intende scongiurare è l’uso della mobilità societaria per eludere o ridurre i diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa (cfr. anche art. 11 dir. 2001/86 in tema di SE). Rientra negli obiettivi della direttiva, proprio per rendere possibile la mobilità in uscita dagli Stati membri di società che adottano regimi di partecipazione dei lavoratori, salvaguardare il regime osservato anteriormente all’operazione transfrontaliera e gli “elementi” della partecipazione (tipo di diritti concessi, quota dei membri eleggibili ecc.) che non dovrebbero essere – salvo decisione della delegazione speciale di negoziazione (DSN) – di livello inferiore a quelli goduti anteriormente.

Rispetto alla direttiva 2005/56, ci sono due rilevanti novità, che rafforzano la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori, così come la disciplina in funzione anti-elusiva.

La prima, comune alle tre operazioni (trasformazione, fusione e scissione) è l’anticipazione della disciplina – in particolare alla fase del negoziato – anche per le

società che, pur non essendo soggette al regime di partecipazione, per carenza del

requisito numerico, occupano i 4/5 del numero minimo richiesto di lavoratori. La

seconda è rappresentata dalla clausola generale anti-abuso, destinata in questa sede a svolgere un ruolo importante, in quanto colpisce potenzialmente operazioni di mobilità in uscita da Stati membri con diritto di partecipazione dei lavoratori, quando tali diritti, anche eventualmente solo futuri, appaiono pregiudicati.

Le disposizioni attuative hanno infine tenuto conto del regolamento (UE) 2021/23 che, intervenuto sulla disciplina degli enti creditizi ed in generale delle società operanti nei mercati finanziari, ha apportato modifiche anche alla direttiva (UE) 2017/1132 al fine di circoscrivere il suo ambito operativo rispetto alle predette società, se sottoposte a misure di risanamento o di risoluzione oppure a misure di prevenzione della crisi disciplinate dal medesimo regolamento e dalla direttiva”.

Va, peraltro, ricordato che, in forza dell’art. 4 del Decreto, nelle “operazioni cui non partecipano società di capitali”, il menzionato art. 16 non trova applicazione, anche se viene fatto salvo “l’obbligo di assicurare la tutela di tale diritto in caso di società che ha in precedenza partecipato ad un’operazione seguendo le norme sul diritto di partecipazione e che, nei quattro anni successivi a tale operazione, partecipa ad un’altra trasformazione, fusione o scissione”[[63]](#footnote-63).

**18. L’invalidità**

L’art. 7 del Decreto, in conformità a quanto prescritto dall’art. 86-unvicies della Direttiva, dichiara applicabile alla trasformazione transfrontaliera il successivo art. 40, secondo cui non può essere pronunciata l'invalidità dell’operazione “quando ha acquistato efficacia ai sensi dell'articolo 35” e “Resta salvo il diritto al risarcimento del danno spettante ai soci e ai terzi danneggiati”.

La norma riproduce un principio ampiamente accolto anche per le trasformazioni nazionali dall’art. 2500-bis c.c.

**19. L’entrata in vigore**

L’art. 56 del Decreto prevede che le disposizioni dello stesso, salvo che sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 3 luglio 2023 e si applicano alle operazioni transfrontaliere e internazionali nelle quali nessuna delle società partecipanti, alla medesima data, ha pubblicato il progetto.

La norma sembra presupporre che, a contrario, le operazioni per le quali sia stato pubblicato il progetto prima della data indicata siano regolate dalle leggi precedentemente vigenti.

Ed infatti, per la fusione, il comma 3 del citato art. 56 dispone che “Le fusioni transfrontaliere nelle quali, prima del 3 luglio 2023, una delle società partecipanti ha pubblicato il progetto comune di fusione continuano ad essere regolate dal decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108”.

Tuttavia la formulazione della norma appare problematica in relazione all’istituto della trasformazione, considerato che, prima dell’avvento del Decreto, esso non era, almeno nell’ordinamento italiano, caratterizzato dalla redazione di un progetto.

Non è, dunque, possibile che una società abbia pubblicato un progetto di trasformazione transfrontaliera prima della predetta data.

Se ne deve dedurre che laddove, prima del 3 luglio 2023, una società abbia deliberato la trasformazione transfrontaliera, pur senza redigere un progetto (siccome non previsto dalle norme al tempo applicabili), l’operazione debba essere regolata dalle norme previgenti, anche se l’iter successivo alla deliberazione non sia stato ancora ultimato.

Quanto alle modifiche al codice civile apportate dall’art. 51 del Decreto, è previsto che esse si applichino a decorrere dalla data di entrata in vigore del Decreto stesso. Considerato, peraltro, che il citato provvedimento legislativo non prevede una specifica data di entrata in vigore, dovrebbe applicarsi il principio generale dell’art. 10 delle Preleggi, secondo cui “Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto”, vale a dire, nel caso di specie, dal 22 marzo 2023[[64]](#footnote-64).

L’entrata in vigore il 22 marzo 2023 appare, invece, singolare in relazione:

all’introduzione dell’art. 2510-bis c.c., secondo cui il trasferimento all'estero della sede statutaria è posto in essere mediante trasformazione in conformità alle disposizioni che regolano le operazioni di trasformazione transfrontaliera e internazionale, considerato che, fino al 3 luglio 2023, queste ultime disposizioni introdotte dal Decreto non sono applicabili e prima di tale data la disciplina della trasformazione transnazionale era, come detto, frutto di mere ricostruzioni interpretative;

alla soppressione del trasferimento della sede all’estero quale causa di recesso negli art. 2437 e 2473 c.c., considerato che, se una società deliberasse un trasferimento di tal fatta dal 22 marzo 2023 e fino al 2 luglio 2023, ai soci dissenzienti non spetterebbe alcun diritto di recesso, non essendo tale diritto più previsto dal codice civile e non essendo ancora applicabile la disposizione del Decreto che concede in tal caso il recesso.

1. Per un commento organico alla nuova disciplina sia consentito rinviare a F. Magliulo, *L’attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell’ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2023, 481. [↑](#footnote-ref-1)
2. In argomento v. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, Approvato dall’Area Scientifica – Studi d’Impresa il 26 novembre 2015, Approvato dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, est. D. Boggiali e A. Ruotolo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Per un tentativo di ricostruzione della disciplina della scissione transfrontaliera prima dell’avvento del Decreto sia consentito rinviare a F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 83 e ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-4)
5. In dottrina P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 500; A. Lefebvre D’ovidio, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1993, 171; D. Damascelli, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, 131; Id., *Profili internazionalprivatistici delle società*, in *Il notaio tra regola nazionali ed europee*, in Atti del XL Congresso Nazionale del Notariato, Milano, 2003, 59.

In giurisprudenza App. Torino 1° dicembre 1995, in *Giur. Comm*., 1996, 415; Trib. Alessandria 19 agosto 1995, in *Giur. Comm*., 1996, 415, Trib. Verona 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, 574; Trib. Udine 8 dicembre 1997; Trib. Lecco 6 febbraio 2003. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cass. 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2006, 549; App. Trieste 9 ottobre 1999, in *Riv. Not*., 2000, 167. [↑](#footnote-ref-6)
7. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. Emblematico fu al riguardo il caso *Centros* di cui alla sentenza della Corte Ue 9 marzo 1999, causa C-212/97, ma nello stesso senso v. anche le sentenze 5 novembre 2002, causa C-08/00, *Überseering* e 30 settembre 2003, causa C 167/01, *Inspire Art*, in *Notariato*, 2004, 28. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Massime dell’osservatorio conservatori notai di Milano*; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari, massima E.B.3*; A. Righini, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. e impr*., 2006, 778; F. Munari, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Civ*., 2003, 39; G. B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur*., 2003, 148; S. Ambrosini, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. Comm. Intern*., 2003, 700; S. M. Carbone, *La riforma societaria tra conflitti di legge e diritto comunitario*, in *Dir. Comm. Int.,* 2003, 94; G. Petrelli, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee* (40° Congresso Nazionale del Notariato - Bari 26/29 ottobre 2003), Milano, 2003, 102 ss.; A. Barone, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Studi e Materiali*, 2002, 311; M. V. Benedettelli, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Civ*., 2001, 619; S. Mechelli, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell’unione europea*, in *Riv. Dir. Comm*., 2000, 100 ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentenza della Corte Ue 16 dicembre 2008, causa C-210/06, caso *Cartesio*. Nello stesso senso la sentenza *Vale* del 12 luglio 2012, causa C‑378/10 e la sentenza *Polbud – Wykonawstwo* 25 ottobre 2017, causa C 106/16. [↑](#footnote-ref-10)
11. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Relazione illustrativa* p. 11 e s. [↑](#footnote-ref-13)
14. Peraltro il testo originario dello schema di decreto legislativo era meno rigoroso e prevedeva la possibilità per le società di continuare ad essere regolate dalla legge italiana e “*stabilire una sede all’estero per lo svolgimento delle riunioni dei soci e per il deposito di atti e documenti inerenti alla società, compresi i depositi previsti dagli articoli 2343, 2343 bis, 2358, 2370, 2429, 2441, 2479-bis, terzo comma, 2501-septies, a condizione che sia mantenuta la sede sociale nel territorio dello Stato*”. Ma tale possibilità è stata eliminata nel testo finale della norma. [↑](#footnote-ref-14)
15. Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, 3, 8 e 68; M. Casarosa – F. Alinei, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere alla luce della nuova disciplina italiana attuativa della direttiva ue 2019/2121*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, n. 3/2023, 17. *Contra* N. de Luca, *Trasferimento della sede all’estero, trasformazione transfrontaliera, e diritto internazionale privato delle società. Veramente l’Italia abbandona il criterio dell’incorporazione?*, relazione al Convegno di studi su La nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere: profili interdisciplinari tenutosi presso la Luiss Guido Carli in data 22 maggio 2023, secondo cui “*tra trasferimento della sede all’estero e trasformazione transfrontaliera sussiste un rapporto di continenza, giacché il primo non sempre comporta trasformazione transfrontaliera, mentre la seconda ha sempre a presupposto un trasferimento di sede all’estero. Ne consegue che al trasferimento della sede va applicata la disciplina della trasformazione transfrontaliera – è questo il precetto di legge, là dove richiede che il primo avvenga mediante trasformazione – ma ciò deve avvenire nei limiti di compatibilità con la diversa fattispecie. […] il riferimento alla disciplina della trasformazione transfrontaliera e internazionale va inteso essenzialmente quale rinvio alle regole di procedura e di pubblicità previste per quest’ultima operazione, quali cautele per i soci e per i terzi. Lo stesso non può essere inteso, al contrario, nel senso che il trasferimento di sede determini necessariamente tutti gli effetti della trasformazione, o ne implichi tutti i passaggi. Infatti, è ben possibile che, ove in conformità della legge di un determinato Paese di destinazione sia ammesso ivi situare la sede di una società italiana continuando a riconoscere l’applicazione ad essa della legge italiana (in quanto luogo di incorporazione), la procedura di trasferimento della sede, pur modellata sugli artt. 6-16 d.lgs. n. 19/2023, debba concludersi non già con la cancellazione della società dal registro delle imprese italiano, ma con la menzione in esso anche dell’iscrizione nel registro straniero e di tutte le indicazioni necessarie onde attuare una adeguata tutela dei soci e dei terzi. In tali circostanze, a ben vedere, si dovrà applicare quel regime che apparentemente l’art. 56 d.lgs. n. 19/2023 riserva alle sole società che abbiano trasferito la sede all’estero prima dell’entrata in vigore della disciplina della trasformazione transfrontaliera*”.

Ma come osservato da Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 68, il criterio di delega affidava “*al legislatore delegato la scelta di stabilire “se e a quali condizioni l’operazione fosse ammissibile”. Questa formula sembra includere la possibilità che, nell’esercizio della delega, il legislatore possa arrivare a vietare il trasferimento di sede senza mutamento di legge applicabile*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Relazione illustrativa* p. 8. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Relazione illustrativa* pag. 12; Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 16. [↑](#footnote-ref-17)
18. “*Non sono stati, invece, richiamati, in quanto non pertinenti alla peculiarità dell’operazione di trasformazione, rispetto alla scissione, gli articoli: 22 sulla relazione degli esperti indipendenti, in quanto nell’operazione di trasformazione la società mantiene la sua unitarietà, non vi è fusione di patrimoni e, quindi, non vi è necessità di rispettare la parità delle partecipazioni dei soci; gli articoli da 25 a 29 dedicati alla disciplina del recesso del socio pregiudicato dalla fusione e alla contestazione del rapporto di cambio e al procedimento di opposizione da parte dei creditori, ai sensi dell’art. 2503 c.c. per le medesime ragioni appena indicate e gli articoli da 32 a 36 relativi all’atto finale, al controllo di legalità, alla pubblicità, all’efficacia e agli effetti della fusione in quanto, appunto, nell’operazione di trasformazione vi è mutamento di legge regolatrice della società e tutti gli effetti dell’operazione si producono e si perfezionano con la delibera che decide sulla trasformazione e con l’iscrizione della società trasformata nel registro delle imprese dello Stato di destinazione*” (*Relazione illustrativa* p. 18 e s.). [↑](#footnote-ref-18)
19. M. Casarosa – F. Alinei, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere alla luce della nuova disciplina italiana attuativa della direttiva ue 2019/2121*, cit., 18. [↑](#footnote-ref-19)
20. M. Casarosa – F. Alinei, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere alla luce della nuova disciplina italiana attuativa della direttiva ue 2019/2121*, cit., 18. [↑](#footnote-ref-20)
21. Al riguardo sia consentito rinviare a F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 182. [↑](#footnote-ref-21)
22. In materia di fusione A. Genovese, *Fusioni e scissioni,* in AA.VV., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di L. Starola, Milano, 2003, 352; O. Cagnasso, *Commento agli artt. 2501-*ter*, 2501-*quater*, 2501-*quinquies*, 2501-*sexies*, 2501-*septies*,* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 2328; C. Clerici, *Commento all’art. 2501-*ter, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *artt. 2498 - 2506-*quater, Milano, 2006, 533 e s.; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 182. [↑](#footnote-ref-22)
23. M. Casarosa – F. Alinei, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere alla luce della nuova disciplina italiana attuativa della direttiva ue 2019/2121*, cit., 19. [↑](#footnote-ref-23)
24. In materia di fusione CNN, *Fusione, scissione e società di persone*, Studio n. 5620/I, Approvato dalla Commissione studi d’impresa il 31 marzo 2005, est. M. Maltoni; C. Clerici, *Commento all’art. 2501-*ter, cit., 535; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (Massima L.A.18); F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 183. [↑](#footnote-ref-24)
25. In materia di fusione *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari,* (Massima L.A.18); F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 183. Ed a tale riguardo è stato osservato che “*È evidente che qualora i poteri di amministrazione e rappresentanza siano attribuiti congiuntamente a tutti i soci la necessaria sottoscrizione del progetto da parte loro rende la successiva decisione di approvazione del progetto medesimo un vuoto simulacro*” (CNN, *Fusione, scissione e società di persone, cit.*). [↑](#footnote-ref-25)
26. In materia di fusione CNN, *Fusione, scissione e società di persone, cit.;* C. Clerici, *Commento all’art. 2501-*ter, cit., 536; F. Magliulo, *La fusione delle società*, cit., 183. [↑](#footnote-ref-26)
27. In tal senso già la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*. [↑](#footnote-ref-27)
28. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-28)
29. Più preciso al riguardo è il dettato dell’art. 86-*quinquies* lett. c) della Direttiva, secondo cui nel progetto deve essere contenuto “*l'atto costitutivo della società nello Stato membro di destinazione, se del caso, e lo statuto, se forma oggetto di un atto separato*”. [↑](#footnote-ref-29)
30. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-30)
31. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cfr. al riguardo *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari, massime* H.A.7 e I.A.8, secondo cui “*I conferimenti in natura possono avvenire anche per un valore nominale delle azioni con essi liberate, comprensivo del sovrapprezzo, inferiore a quello reale dei beni conferiti*”. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano,* Massima n. 117. [↑](#footnote-ref-33)
34. Sulla nozione di “*revisione legale*” v. M. Notari, *Il regime alternativo della valutazione dei conferimenti in natura in società per azioni,* in *Riv*. *soc*., 2009, pag. 28 e s. dell’estratto. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Relazione illustrativa* p. 21. [↑](#footnote-ref-35)
36. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-36)
37. Nella *Relazione illustrativa* (p. 20) del Decreto tale possibilità viene giustificata con la considerazione che il notaio redige la decisione di trasformazione “*se non prevista dalla legge regolatrice della società che ha adottato la decisione di trasformazione*”, ipotesi che, almeno astrattamente, pare difficilmente configurabile. [↑](#footnote-ref-37)
38. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-38)
39. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-39)
40. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all’estero e la trasformazione internazionale*, cit. [↑](#footnote-ref-40)
41. Per l’inderogabilità in diminuzione di detto *quorum* v. A. Busani, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, in *Società*, 2023, 452. [↑](#footnote-ref-41)
42. Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 30 suggerisce pertanto di reinterpretare la norma italiana in senso conforme alla Direttiva. [↑](#footnote-ref-42)
43. *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano, massima* n. 144. [↑](#footnote-ref-43)
44. In tale senso sembra orientata Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 29. [↑](#footnote-ref-44)
45. Inoltre, secondo A. Busani, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, cit., 452, per l’assemblea di seconda convocazione, dovrebbe ritenersi applicabile, pur nel silenzio della legge, il relativo *quorum* costitutivo, pari a oltre un terzo del capitale sociale, in ragione del fatto che “*l’art. 24, D.Lgs. n. 19/2023 (richiamato dall’art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 19/2023) rimanda alle previsioni di legge. Quanto all’assemblea straordinaria di prima convocazione (che pure dovrebbe deliberare con il voto favorevole dei due terzi del capitale presente in assemblea), il quorum costitutivo parrebbe doversi indirettamente ricavare dall’art. 2368, comma 2, c.c., e, cioè, dovrebbe essere individuato nella maggioranza del capitale sociale*”. [↑](#footnote-ref-45)
46. Nello stesso senso A. Busani, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, cit., 452, sia pure senza motivazione. [↑](#footnote-ref-46)
47. *Relazione illustrativa* p. 18. [↑](#footnote-ref-47)
48. A. Busani, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, cit., 449. [↑](#footnote-ref-48)
49. Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 45. [↑](#footnote-ref-49)
50. Secondo Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 59 “*Quest’ultimo inciso potrebbe essere interpretato nel senso di ritenere differente e più ampio il presupposto per l’esercizio dell’opposizione rispetto a quello necessario in caso di fusione o scissione, accogliendo la tesi per la quale il pregiudizio rilevante potrebbe sostanziarsi anche nel mero rischio derivante dal cambio della legge applicabile*”. [↑](#footnote-ref-50)
51. Detto articolo dispone che “*Gli Stati membri provvedono a che, entro tre mesi dalla pubblicazione del progetto di trasformazione transfrontaliera prevista all'articolo 86 octies, il creditore che non è soddisfatto delle garanzie offerte nel progetto di trasformazione transfrontaliera di cui all'articolo 86 quinquies, lettera f), possa rivolgersi alla competente autorità amministrativa o giudiziaria per ottenere garanzie adeguate, a condizione che possa dimostrare, in modo credibile, che, in conseguenza della trasformazione transfrontaliera, il soddisfacimento dei suoi crediti è in pericolo e che la società non ha fornito adeguate garanzie*”. [↑](#footnote-ref-51)
52. In tal senso anche Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 60. [↑](#footnote-ref-52)
53. Secondo Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 14, “*Il principio regolatore sulle norme da applicare alle società partecipanti all’operazione nelle varie fasi, è il seguente: (i) sono da applicare le norme dello Stato di origine della singola società per le procedure e formalità che avvengono fino al rilascio del certificato preliminare (c.d. criterio distributivo); (ii) sono da applicare le norme dello Stato di destinazione (e cioè dello Stato che regola la società che risulta dall’operazione in quanto neocostituita, incorporante o beneficiaria) per le procedure e le formalità che si realizzano successivamente al rilascio del predetto certificato*”. [↑](#footnote-ref-53)
54. L’art. 13, comma 1, del Decreto dispone che “*Fatte salve altre possibili modalità di trasmissione, il notaio incaricato del controllo di legalità acquisisce senza oneri il certificato preliminare, redatto dalla competente autorità, dal registro delle imprese anche tramite il BRIS*”. La norma ha l’evidente scopo di facilitare l’acquisizione del certificato preliminare, ma non impone che il BRIS costituisca l’unica fonte di acquisizione, atteso che essa fa espressamente salve “*altre possibili modalità di trasmissione*”. [↑](#footnote-ref-54)
55. Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 65; A. Busani, *Fusione transfrontaliera e fusione internazionale*, in *Società,* 2023, 423. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari,* massima K.A.10, secondo cui “*Alle delibere di trasformazione societaria, comprese le trasformazioni in società di capitali di cui all’art. 2500, ultimo comma, c.c., è possibile apporre un termine iniziale di efficacia, a condizione che detto termine non decorra da una data anteriore alla iscrizione della delibera nel registro delle imprese né sia superiore ai sessanta giorni da detta iscrizione*”. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Massime dell’osservatorio conservatori notai di Milano;* nello stesso senso Giudice del registro delle imprese di Roma 3 settembre 2007 e nota CCIIAA di Roma in data 9 ottobre 2007 prot. 4207. [↑](#footnote-ref-57)
58. “*In conformità a quanto prevede l’articolo 86-terdecies della direttiva oggetto di trasposizione, nell’operazione di trasformazione il negoziato non può essere evitato, in quanto la delegazione speciale di negoziazione, DSN, non può affidarsi alle norme di partecipazione vigenti nello Stato di destinazione e la direttiva ha negato all’organo amministrativo della società sottoposta a trasformazione il potere di non aprire il negoziato e affidarsi alle regole standard previste in generale per queste operazioni. La regola imposta dalla direttiva è che se la società sottoposta a trasformazione, secondo le norme dello Stato membro ad essa applicabili prevedevano la partecipazione dei lavoratori (all’organo di amministrazione o di vigilanza), tali regole continuano ad applicarsi durante i negoziati fino all’entrata in vigore degli accordi o all’eventuale applicazione delle norme di riferimento*” (*Relazione illustrativa* p. 24). [↑](#footnote-ref-58)
59. In argomento v. Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 52 e ss. [↑](#footnote-ref-59)
60. Per tale si intende, ex art. 1 lett. r) del Decreto, la partecipazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo n. 188 del 2005 [↑](#footnote-ref-60)
61. La disposizione segue la tecnica, “*certamente non commendevole, utilizzata dal legislatore comunitario di rinvio, parziale e con modifiche, alla disciplina introdotta con riguardo alla simile, ma non identica, fattispecie del coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea, di cui al Regolamento (CE) n. 2157/2001, alla direttiva 2001/86/CE, ed al D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 188 con il quale l’ordinamento italiano ha recepito detta direttiva. Si segnala, peraltro, che tale impostazione ha condotto a disciplinare le c.d, “disposizioni di riferimento” per la partecipazione dei lavoratori conformemente a quanto previsto dall’ allegato I, parte terza, paragrafo 1, lettera b), del predetto D.Lgs., che si limita a riprodurre pedissequamente la corrispondente disposizione dell’Allegato alla direttiva 2001/86/CE senza scegliere tra i diversi modelli di partecipazione dei lavoratori lì previsti (elezione, designazione, raccomandazione o opposizione alla designazione di un certo numero di membri dell’organo di amministrazione) quello applicabile in Italia*” (*Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*). [↑](#footnote-ref-61)
62. *Relazione illustrativa* p. 13. [↑](#footnote-ref-62)
63. *Relazione illustrativa* p. 16. [↑](#footnote-ref-63)
64. Nello stesso senso Assonime, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, cit.*, 3. [↑](#footnote-ref-64)