

La fusione transfrontaliera

Avv. Pietro Cavasola –
CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
Convegno su «Le operazioni di fusione»
Roma, 14 maggio 2013
Auditorium Antonianum

14 maggio 2013

Indice della presentazione

- **Parte Prima:** la direttiva 2005/56/CE
- **Parte Seconda:** Il D. Lgs. 108/2008
- **Parte Terza:** aspetti pratici nell'esperienza applicativa
- **Parte Quarta:** la timeline

La direttiva 2005/56/CE - ratio della normativa europea sulle fusioni transfrontaliere

- Preliminarmente: la normativa si applica alle fusioni di società all'interno della UE
- Alternativa alla formazione di una Società europea (più adatta ai grandi Gruppi, formalità più complesse)
- Scopo: ulteriore passo verso l'integrazione europea e la creazione di un mercato unico
- Vantaggi della normativa: certezza di modalità e effetti
- Non tutte le difficoltà pratiche e "meccaniche" sono superate
- Effetti pratici sugli assetti dei grandi gruppi multinazionali

Società Europea e Fusione Transfrontaliera Analogie

- Garantire compiuta applicazione del principio di libertà di stabilimento (Art. 55 TFUE) all'interno dell'Unione Europea
- Creazione di regole comunitarie uniformi che superino modelli giuridici applicativi basati su legislazioni nazionali
- Redazione di un progetto di fusione

Società Europea e Fusione Transfrontaliera

Differenze

- Previsione di un differente coinvolgimento dei lavoratori nella procedura. Società Europea prevede tre modelli di coinvolgimento tra di loro alternativi.
- Società Europea possibile solo attraverso fusione di Società per Azioni mentre Fusione Transfrontaliera può riguardare anche Società a responsabilità limitata.
- Società Europea deve avere la sede statutaria nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale. In linea teorica nella fusione transfrontaliera la sede statutaria non è condizionata al luogo dove è collocata l'amministrazione centrale.

La ratio e l'oggetto della normativa sulle fusioni transfrontaliere - segue

- La direttiva 2005/56/CE è un complemento alla Terza Direttiva del Consiglio (78/855/EEC) del 9.10.78 sulle fusioni nazionali.
- La concreta attuazione delle fusioni transfrontaliere naturalmente ha avuto come presupposto la parallela attuazione della normativa fiscale sulla neutralità di queste operazioni.
- Normativa improntata alla trasparenza e alla tutela dei soci, dei dipendenti e dei terzi.

Il Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108

- attuazione in Italia della direttiva 2005/56/CE
- si applica:
 - a fusioni transfrontaliere tra una o più società di capitali italiane (inclusa la società europea e la società cooperativa europea) e una o più società di capitali di altro Stato Membro, “la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea”.
 - a fusioni di “qualsiasi altra società di uno Stato membro che abbia personalità giuridica, sia dotata di capitale sociale, risponda solo con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali e sia soggetta, in virtù della legislazione nazionale ad essa applicabile, alle disposizioni della direttiva 68/151/CEE dettate per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi”.

Il Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108 – segue 2

- si applica anche alle fusioni transfrontaliere alle quali partecipino o dalle quali risultino “società diverse dalle società di capitali **o società di capitali che non abbiano nella Comunità europea** ne' la sede statutaria, né l'amministrazione centrale, né il centro di attività principale, purché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima”.
- NON SI APPLICA alla fusione transfrontaliera cui partecipi una società di cui all'articolo 43 del TUF (SICAV – società di investimento a capitale variabile).
- NON SI APPLICA alle cooperative a mutualità prevalente (2512 c.c.)

Il Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108 – segue 3

- si applica alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile (analogamente, legge nazionale alle altre società partecipanti).
- In caso di conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera prevale la legge applicabile alla società risultante dalla fusione medesima.
- L'articolo 2501-bis cc. (fusione a seguito di acquisizione con indebitamento) non trova applicazione nel caso in cui la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione non sia una società italiana.
- Fatte salve formalità e poteri di vigilanza previsti dal TUF in materia bancaria e creditizia.

Art. 5 – Il Diritto di recesso del socio

- Nel caso in cui la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di altro Stato membro, il socio non consenziente ha diritto di recedere dalla società italiana partecipante alla fusione.
- Le modalità di esercizio del recesso e di determinazione del valore delle azioni o delle quote disciplinate dalle norme civilistiche applicabili o dallo statuto.

Art. 6 - Il Progetto di fusione

Il progetto comune di fusione transfrontaliera oltre alle informazioni di cui all'articolo 2501-ter, I comma c.c. deve indicare:

- a) la forma, la denominazione e la sede statutaria della società risultante dalla fusione transfrontaliera oltre che la legge regolatrice di questa e di ciascuna delle società partecipanti alla fusione;
- b) ogni modalità particolare per la partecipazione agli utili;
- c) i vantaggi eventualmente proposti a favore degli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera e dei membri degli organi di controllo delle società partecipanti;

SEGUE

Il Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108 – segue 3 – art. 6 - Il Progetto di fusione - segue

- d) qualora ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19 le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti post fusione;
- e) le probabili ripercussioni della fusione sull'occupazione;
- f) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi trasferiti alla società risultante dalla fusione;
- g) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società partecipanti alla fusione;
- h) le ulteriori informazioni previste dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione;
- i) la data di efficacia o i criteri per la sua determinazione.

Art. 6.2 - Il Progetto di fusione – il conguaglio in denaro

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

Art. 7 - Pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale

Almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione transfrontaliera, pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale per ciascuna società partecipante alla fusione le seguenti informazioni:

- a) tipo, denominazione, sede statutaria e legge regolatrice;
- b) il registro delle imprese nel quale è iscritta la società e numero di iscrizione;
- c) le modalità d'esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni.

Art. 8 – Relazione dell'organo amministrativo

- Nella relazione di cui all'articolo 2501-quinquies del codice civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori.
- la relazione è inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione.
- Se ricevuto in tempo utile, alla relazione è allegato il parere (non vincolante) espresso dai rappresentanti dei lavoratori.

Art. 9 – La Relazione degli esperti

- La relazione di cui all'art. 2501-sexies c.c. è redatta da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'articolo 2409-bis, primo comma cc.. (per le italiane quotate, società di revisione).
- Se la società risultante dalla fusione è una SPA o in accomandita p.a., l'esperto o gli esperti sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione.
- La relazione di cui all'art. 2501-sexies c.c. può essere redatta per tutte le società partecipanti da uno o più esperti designati, su richiesta congiunta o designazione di autorità competente.
- I soci possono rinunciare all'unanimità alla relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile a condizione che vi rinuncino tutti i soci delle altre società partecipanti alla fusione.

Art.10 – La decisione sulla fusione

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

Art.11 – Il Certificato preliminare notarile

- Il notaio rilascia il certificato attestante l'adempimento degli atti e formalità preliminari alla fusione, ed in particolare:
 - a) l'iscrizione presso il registro delle imprese della delibera;
 - b) l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori di (art. 2503 c.c.) o la ricorrenza delle condizioni per l'attuazione della fusione prime del decorso del termine;
 - c) se richiesto, approvazione da parte dei lavoratori;
 - e) l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente.
- Il certificato è trasmesso entro 6 mesi all'autorità competente per il controllo di legittimità della fusione ai sensi dell'articolo 13.

Art.12 – l'Atto di Fusione transfrontaliera

- atto pubblico
- Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana il notaio espleta anche il controllo di legittimità di cui all'articolo 13, comma del D.Lgs.
- Se la società risultante dalla fusione è **una società di altro Stato comunitario l'atto pubblico di fusione è redatto dall'autorità competente dello Stato la cui legge è applicabile alla società risultante dalla fusione o, qualora tale legge non preveda che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico, dal notaio. Nel primo caso l'atto pubblico di fusione è depositato presso il notaio ai fini di cui all'articolo 14, comma 2.**

Art.13 – Il Controllo di legittimità della fusione

- Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, il notaio, entro trenta giorni dal ricevimento, da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera, espleta il controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera rilasciandone apposita attestazione.
- Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro il controllo di legittimità è espletato dall'autorità all'uopo designata da tale Stato.

Art.14 – Pubblicità

- società risultante dalla fusione italiana:

entro trenta giorni, l'atto di fusione, unitamente all'attestazione di cui all'articolo 13, comma 1, ed ai certificati preliminari, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo dove ha sede ciascuna delle società italiane partecipanti alla fusione transfrontaliera e la società risultante dalla fusione.

Il deposito relativo alla società risultante dalla fusione non può precedere quelli relativi alle altre società italiane partecipanti.

- società risultante dalla fusione estera:

entro trenta giorni l'atto pubblico di fusione, unitamente all'attestazione dell'espletamento del controllo ex art. 13 comma 2, è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese dove ha sede la società italiana partecipante.

Art.15 – Efficacia della fusione transfrontaliera

- società risultante dalla fusione transfrontaliera italiana:
la fusione ha effetto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede tale società. Nella fusione per incorporazione può essere fissata data successiva. L'ufficio del registro delle imprese comunica al corrispondente ufficio del registro delle imprese in cui è iscritta ciascuna società partecipante alla fusione che l'operazione ha acquistato efficacia, perché' provveda alla cancellazione.
- società risultante dalla fusione transfrontaliera estera:
data di efficacia della fusione determinata da legge applicabile a tale società. Società italiana cancellata dopo la comunicazione

Art.16 – Effetti della fusione transfrontaliera

- La fusione transfrontaliera produce gli effetti di cui all'articolo 2504-bis, primo comma, del codice civile.
- La società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera adempie le formalità particolari eventualmente prescritte dalla legislazione applicabile alla società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera per l'opponibilità a terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni inclusi nel patrimonio di tale società.
- 3. E' vincolante nei confronti della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera e di tutti i suoi soci la decisione relativa alla subordinazione eventuale delle fusioni delle modalità di partecipazione dei lavoratori (v. art. 10).

Art.17 – Invalidità della fusione transfrontaliera

- Non può essere pronunciata l'invalidità della fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia.
- Resta salvo il diritto al risarcimento del danno spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione transfrontaliera.

Art.18 – Formalità semplificate

1. Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene tutte le azioni, le quote della società incorporata:

- non si applica l'articolo 6, comma 1, lettera b) (indicazione nel Progetto delle modalità sul diritto di partecipazione agli utili).
- non è richiesta l'approvazione del Progetto di Fusione da parte dell'assemblea della società italiana incorporata.

2. Se una fusione per incorporazione è realizzata da una società che detiene almeno il novanta per cento, ma non la totalità, delle azioni o quote della società italiana incorporata, non è richiesta la relazione di cui all'articolo 2501-sexies c.c. se venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'articolo 2505-bis, primo comma c.c..

Art.19 – Partecipazione dei lavoratori

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

Aspetti pratici nell'esperienza applicativa

Difficoltà pratiche relative all'atto di fusione transfrontaliera (Art. 12 D. Lgs. 108/2008)

- Casi in cui la società risultante dalla fusione sia una società di altro Stato comunitario e ai sensi della normativa applicabile:
 - ✓ non sia contemplato un vero e proprio atto di fusione (così come inteso in Italia ai sensi dell'art. 2504 c.c. per le fusioni nazionali) e
 - ✓ l'atto di fusione sia rappresentato dalla delibera dell'assemblea straordinaria dei soci della società incorporante di altro Stato comunitario

- I casi di Francia e Germania

Aspetti pratici nell'esperienza applicativa/2

Francia:

- La normativa applicabile non contempla un atto pubblico di fusione o un atto comunque redatto da notaio (come richiesto dall'art. 12 II comma del Decreto)
- In luogo dell'atto di fusione è prevista la semplice delibera dell'assemblea straordinaria dei soci della società francese (incorporante) di approvazione della fusione
- La normativa francese non richiede che detta delibera abbia forma di atto pubblico
- Non è neppure richiesto che la delibera dell'assemblea straordinaria di approvazione della fusione venga redatta da Notaio francese

Aspetti pratici nell'esperienza applicativa/2

Francia/2: Soluzioni percorribili

- La via della «forzatura» della normativa francese per fare in modo che la delibera dell'assemblea straordinaria che approvi la fusione venga quantomeno redatta da Notaio? Non praticabile
- La via della sottoscrizione di un atto di fusione ai sensi dell'art. 2404 c.c. innanzi al Notaio italiano? Inevitabile. In questo caso:
 - ✓ il certificato di legittimità (di cui all'art. 13 II comma del Decreto), rilasciato dal Notaio francese successivamente all'atto di fusione sottoscritto in Italia, dà espressamente atto dell'intervenuta sottoscrizione dell'atto di fusione innanzi al Notaio italiano;
 - ✓ il Notaio italiano dovrà attendere il preventivo rilascio del certificato di legittimità da parte del Notaio francese per poter poi procedere al deposito in CCIA dell'atto di fusione unitamente a detto certificato di legittimità ai sensi dell'art. 14 II comma del Decreto

Aspetti pratici nell'esperienza applicativa/3

Germania:

- Come in Francia anche la normativa applicabile tedesca non contempla un atto pubblico di fusione o comunque un atto redatto da notaio (come richiesto dall'art. 12 II comma del Decreto)
- La semplice delibera dell'assemblea straordinaria dei soci della società tedesca incorporante di approvazione della fusione esaurisce il procedimento decisionale
- A differenza dello «scenario francese», la delibera dell'assemblea straordinaria è stata redatta per atto pubblico dal notaio tedesco, e la competente autorità tedesca ha potuto rilasciare subito il certificato di legittimità. E' stato quindi possibile procedere al deposito della delibera e del certificato di legittimità presso il Notaio italiano per la successiva iscrizione nel registro delle imprese italiano competente.

Aspetti pratici nell'esperienza applicativa/4

Difficoltà pratiche relative alla cancellazione della società italiana (incorporata) partecipante alla fusione transfrontaliera a seguito dell'intervenuta efficacia della fusione (art. 15, III comma del Decreto)

La norma non indica le modalità attraverso cui il registro delle imprese in cui è iscritta la società di altro stato membro risultante dalla fusione comunica al registro delle imprese italiano che la fusione ha acquistato efficacia.

- Francia (esperienza più recente): il Reg. Imprese francese ha effettuato la comunicazione con successo in lingua francese ed utilizzando l'indirizzo Pec del competente Reg. Imprese italiano
- Germania: nessuna comunicazione «intercamerale» è avvenuta. E' stato quindi necessario procedere alla traduzione giurata della visura della società incorporante recante l'indicazione della data di efficacia e depositare detta visura presso il competente Reg. Impr. italiano

TIMELINE TIPO

1. Predisposizione e approvazione in cda del progetto comune di fusione ai sensi del Decreto e del codice civile, della relazione dell'organo amministrativo: T+0
2. Deposito del progetto al Reg. Imprese per l'iscrizione: T+1
3. Deposito del progetto di fusione, relazione, (eventuale relazione esperti), situazioni patrimoniali di riferimento e bilanci degli ultimi tre esercizi presso sede sociale T+1
4. Deposito della relazione organo amministrazione a disposizione lavoratori :T+1
5. Pubblicazione su G.U. delle informazioni su fusione ai sensi dell'art. 7 del Decreto: T+5
6. Assemblea soci di approvazione fusione: (T+36)
7. Iscrizione della delibera assembleare presso Reg. Imprese unitamente ai documenti già depositati presso sede sociale (vedi punto 3 che precede): T+40
8. Rilascio certificato preliminare alla fusione: T+ 105

TIMELINE TIPO/2

9. Atto di fusione o analogo atto secondo la normativa applicabile alla società incorporante: T+110
10. Certificato di legittimità rilasciato dal Notaio (nel caso di società incorporante italiana) o dalla competente autorità secondo la normativa applicabile: T+115
11. [Se l'incorporante non è italiana, deposito dell'atto di fusione straniero unitamente al certificato di legittimità nel competente Reg. Imprese italiano. (Inizio effetti civilistici se l'incorporante è italiana): T+120]
12. Comunicazione tra Registri Imprese e cancellazione società italiana [se incorporata]: T+125

NOTA: Timeline puramente indicativa, non considera né i tempi precedenti alla approvazione in CDA né le peculiarità delle singole operazioni, né le eventuali sospensioni dei termini

Per maggiori approfondimenti: www.cms-aacs.com