

## **Nota alla sentenza della Corte di Giustizia del 13 dicembre 2005 (Libertà di stabilimento)**

di Francesco Maiello

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

13 dicembre 2005 (\*)

«Libertà di stabilimento – Artt. 43 CE e 48 CE – Fusioni transfrontaliere – Rifiuto d'iscrizione nel registro nazionale delle imprese – Compatibilità»

Nel procedimento C-411/03,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Landgericht Koblenz (Germania) con decisione 16 settembre 2003, pervenuta in cancelleria il 2 ottobre 2003, nella causa promossa da

**SEVIC Systems AG,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas e K. Schiemann, presidenti di sezione, dai sigg. C. Gulmann (relatore), J.N. Cunha Rodrigues, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta e dai sigg. K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis e A. Borg Barthet, giudici,

avvocato generale: sig. A. Tizzano

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 10 maggio 2005,

considerate le osservazioni scritte presentate:

- per la SEVIC Systems AG, dal sig. C. Beul, Rechtsanwalt;
- per il governo tedesco, dai sigg. M. Lumma e A. Dittrich, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra H.G. Sevenster e dal sig. N.A.J. Bel, in qualità di agenti;
- per la Commissione delle Comunità europee, dalla sig.ra C. Schmidt e dal sig. G. Braun, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 luglio 2005,

ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 43 CE e 48 CE.

2 Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di un ricorso proposto dalla SEVIC Systems AG (in prosieguo: la «SEVIC»), con sede in Neuwied (Germania), contro la decisione con cui l'Amtsgericht Neuwied (Tribunale di primo grado di Neuwied) ha respinto la sua domanda d'iscrizione nel registro tedesco delle imprese della fusione con la Security Vision Concept SA (in prosieguo: la «SVC»), con sede in Lussemburgo (Lussemburgo), per il motivo che la legislazione tedesca sulle trasformazioni di società consente le operazioni di fusione esclusivamente tra società aventi sede in Germania.

### **Contesto normativo**

3 L'art. 1 dell'Umwandlungsgesetz (legge nazionale sulla trasformazione di società) 28 ottobre 1994 (BGBl. 1994 I, pag. 3210), nella versione rettificata nel 1995 e ulteriormente modificata (in prosieguo: l'«UmwG»), rubricato «Tipi di trasformazione, restrizioni legali», dispone:

«(1) I soggetti di diritto aventi sede nel territorio nazionale possono subire una trasformazione

1. per fusione;
2. per scissione (...);
3. per trasmissione del patrimonio;
4. per mutamento di forma giuridica.

(2) Al di fuori dei casi considerati dalla presente legge, una trasformazione ai sensi del n. 1 è possibile solo se espressamente prevista da altra legge federale o da legge di un Land.

(3) Deroghe alle disposizioni della presente legge sono possibili solo se espressamente autorizzate. Sono ammesse disposizioni complementari contenute in contratti, statuti o dichiarazioni di volontà, sempreché la presente legge non contenga una regolamentazione esaustiva».

4 L'art. 2 dell'UmwG, rubricato «Tipi di fusione», prevede quanto segue:

«I soggetti di diritto possono realizzare una fusione con scioglimento senza liquidazione

1. per incorporazione che si attua mediante trasmissione dell'intero patrimonio di uno o più soggetti di diritto (incorporati) ad un altro soggetto di diritto esistente (incorporante) o

2. (...)

mediante attribuzione di azioni o di quote del soggetto incorporante o del nuovo soggetto ai detentori di partecipazioni (soci, azionisti o membri) nel soggetto di diritto incorporato».

5 Le altre disposizioni dell'UmwG che riguardano specificamente la fusione per incorporazione subordinano il contratto di fusione ad una serie di condizioni (artt. 4-6), prevedono la redazione di una relazione sulla fusione (art. 8), la verifica della fusione da parte di esperti (artt. 9 e segg.), nonché la notifica della fusione

(artt. 16 e segg.) prima che l'operazione sia iscritta nel registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società incorporante (art. 19). Gli artt. 20 e segg. dell'UmwG enumerano gli effetti dell'iscrizione in tale registro. Completano la disciplina generale della fusione per incorporazione disposizioni di tutela a favore dei terzi interessati dall'operazione, segnatamente i creditori.

#### **La causa principale e la questione pregiudiziale**

6 Con il contratto di fusione stipulato nel 2002, la SEVIC e la SVC concordavano lo scioglimento senza liquidazione di quest'ultima società e la trasmissione universale del suo patrimonio alla SEVIC, di cui restava immutata la denominazione sociale

7 L'Amtsgericht Neuwied respingeva la domanda d'iscrizione della fusione nel registro delle imprese facendo valere che l'art. 1, n. 1, punto 1, dell'UmwG prevede unicamente la fusione di soggetti di diritto con sede nel territorio nazionale.

8 La SEVIC impugnava la sentenza di rigetto dinanzi al Landgericht Koblenz (Corte d'appello di Coblenza).

9 Per il Landgericht Koblenz, per stabilire se può rifiutarsi l'iscrizione della fusione delle summenzionate società nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 1, n. 1, punto 1, dell'UmwG, risulta essenziale l'interpretazione degli artt. 43 CE e 48 CE relativamente a fusioni di società aventi sede in Germania con società stabilite in altro Stato membro (in prosieguo: le «fusioni transfrontaliere»).

10 Alla luce di ciò, il Landgericht Koblenz, considerando che la soluzione della controversia di cui è stato investito è subordinata all'interpretazione delle dette disposizioni del Trattato CE, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli artt. 43 CE e 48 CE debbano essere interpretati nel senso che è in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che ad una società estera europea si neghi l'iscrizione della fusione da questa prevista con una società tedesca nel registro tedesco delle imprese ai sensi degli artt. 16 e segg. dell'[UmwG], in quanto l'art. 1, n. 1, punto 1, dell'[UmwG] prevede la trasformazione solo a favore di soggetti di diritto aventi sede in Germania».

#### **Quanto alla questione pregiudiziale**

##### *Osservazioni preliminari*

11 Occorre ricordare che la SEVIC ha chiesto l'iscrizione nel registro delle imprese, conformemente all'UmwG, della fusione con la SVC e che il relativo contratto prevedeva l'incorporazione di quest'ultima con scioglimento senza liquidazione.

12 Tale domanda è stata respinta dall'Amtsgericht Neuwied in quanto, al suo art. 1, n. 1, punto 1, l'UmwG dispone che solo i soggetti di diritto aventi sede nel territorio nazionale possono essere oggetto di una trasformazione per fusione (in prosieguo: le «fusioni interne»), con la conseguenza che la detta legge non si applica alle trasformazioni risultanti da fusioni transfrontaliere.

13 Occorre ricordare che, in Germania, non vigono regole generali analoghe a quelle previste dall'UmwG che siano applicabili a fusioni transfrontaliere.

14 Ne deriva una disparità di trattamento, in Germania, tra le fusioni interne e quelle transfrontaliere.

15 Alla luce di ciò, la questione sollevata dal giudice del rinvio dev'essere intesa come diretta ad appurare, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a che, in uno Stato membro, l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro.

##### *Quanto all'applicabilità degli artt. 43 CE e 48 CE*

16 Contrariamente a quanto sostengono i governi tedesco e dei Paesi Bassi, gli artt. 43 CE e 48 CE sono applicabili ad una fusione quale quella oggetto della causa principale.

17 In vero, conformemente all'art. 43, secondo comma, CE, in combinato disposto con l'art. 48 CE, la libertà di stabilimento delle società citate in quest'ultimo articolo importa i.a. la costituzione e la gestione di tali imprese alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti delle proprie società.

18 Come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 30 delle conclusioni, rientrano nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente e alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del paese.

19 Le operazioni di fusione transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Esse costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 CE.

##### *Quanto all'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento*

20 In proposito è sufficiente ricordare che nel diritto tedesco, contrariamente a quanto vale per le fusioni interne, nessuna disposizione prevede l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese delle fusioni transfrontaliere, per la qual cosa le domande di registrazione di tali fusioni sono generalmente respinte.

21 Orbene, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 47 delle conclusioni, una fusione come quella oggetto della causa principale costituisce una tecnica efficace di trasformazione societaria in quanto consente, nel quadro di un'unica operazione, di esercitare una data attività in forme nuove e senza soluzione di continuità, riducendo pertanto notevolmente le complicazioni, i tempi ed i costi associati a forme alternative di raggruppamento societario, quali quelle che comportano, ad esempio, lo scioglimento di società con liquidazione del patrimonio e successiva costituzione di una nuova società con trasmissione a quest'ultima di singoli elementi del patrimonio.

22 Siccome, in applicazione della normativa nazionale, il ricorso a tale tecnica di trasformazione delle società non è possibile allorché una di esse ha sede in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania, il diritto tedesco crea una disparità di trattamento fra società secondo la natura, interna o transfrontaliera, della fusione che ben può dissuadere queste ultime dal valersi della libertà di stabilimento sancita dal Trattato.

23 Tale disparità di trattamento costituisce una restrizione ai sensi degli artt. 43 CE e 48 CE, la quale osta alla libertà di stabilimento e può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo (v. sentenze 21 novembre 2002, causa C-436/00, X e Y, Racc. pag. I-10829, punto 49, e 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Racc. pag. I-2409, punto 49).

*Quanto alla pretesa giustificazione della restrizione*

24 I governi tedesco e dei Paesi Bassi osservano che le fusioni interne sono soggette a condizioni dirette più specificamente a tutelare gli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori, nonché a tutelare l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà nei rapporti commerciali. Nel caso di fusioni transfrontaliere, che implicano l'applicazione di diversi diritti nazionali ad un'unica e sola operazione giuridica, si porrebbero al riguardo problemi specifici la cui soluzione richiederebbe, per la tutela dei detti interessi, regole specifiche. Regole, ebbene, che presupporrebbero un'armonizzazione della regolamentazione a livello comunitario.

25 In tale contesto il governo dei Paesi Bassi ricorda che la Commissione delle Comunità europee ha sottoposto al legislatore comunitario il 18 novembre 2003 la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali [COM(2003) 703 def.], i cui due primi 'considerando' precisano che

– «(1) Le esigenze di cooperazione e di raggruppamento tra società di Stati membri diversi e le difficoltà che si frappongono, a livello legislativo ed amministrativo, alle fusioni transfrontaliere di società nella Comunità rendono necessaria l'adozione di disposizioni comunitarie volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere (...), al fine di garantire il completamento ed il funzionamento del mercato interno.

– (2) (...) gli obiettivi suddetti non possono essere realizzati adeguatamente dai singoli Stati membri, essendo necessaria l'adozione di una regolamentazione comprendente elementi comuni applicabili a livello transnazionale, e possono invece, a causa della scala e dell'incidenza dell'azione proposta, essere realizzati meglio a livello comunitario (...)».

26 Ebbene, benché senz'altro utili a facilitare le fusioni transfrontaliere, le regole di armonizzazione non possono essere erette a presupposto per l'attuazione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 CE e 48 CE (v., in tal senso, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann, Racc. pag. I-249, punto 11).

27 Si osservi anche che, se negli Stati membri sono in vigore per le fusioni interne regole armonizzate in seguito all'adozione della terza direttiva del Consiglio 9 ottobre 1978, 78/855/CEE, basata sull'art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni (GU L 295, pag. 36), le fusioni transfrontaliere pongono problemi specifici.

28 Al riguardo non può escludersi che ragioni imperative d'interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori (v. sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, Überseering, Racc. pag. I-9919, punto 92), nonché la tutela dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà nei rapporti commerciali (v. sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punto 132), possano, in talune circostanze e rispettando talune condizioni, giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento.

29 Occorre, però, che la misura restrittiva sia atta a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non ecceda quanto necessario a raggiungerli.

30 Il generale diniego, in uno Stato membro, dell'iscrizione nel registro delle imprese di una fusione tra una società stabilita in tale Stato ed una avente sede in uno Stato membro diverso finisce con l'impedire la realizzazione di fusioni transfrontaliere anche quando gli interessi menzionati al punto 28 della presente sentenza non sarebbero minacciati. In ogni caso, una regola siffatta eccede quanto necessario a raggiungere gli obiettivi di tutela dei detti interessi.

31 Alla luce di ciò, si deve rispondere alla questione pregiudiziale che gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a che, in uno Stato membro, l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza

liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro.

**Sulle spese**

32 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

**Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a che, in uno Stato membro, l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro.**

Firme

\*\*\*\*\*

### **Ancora ostacoli alle fusioni internazionali?**

1. La sentenza *SEVIC* del 13 dicembre 2005, in causa C-411/03, emessa in sede di rinvio pregiudiziale proposto dal *Landgericht Koblenz* (Corte d'appello di Coblenza) si pronuncia negativamente sul rifiuto dell'*Amtsgericht Neuwied* (Tribunale di primo grado di *Neuwied*) di iscrivere nel registro tedesco delle imprese la fusione tra la citata *SEVIC Systems AG* e la *Security Vision Concept SA*. Tale rifiuto, fondato sul presupposto che legislazione tedesca sulle trasformazioni di società consente le operazioni di fusione esclusivamente tra società aventi sede in Germania, risulta incompatibile con le libertà riconosciute dal Trattato.

La *SEVIC* è una AG di diritto tedesco con sede in *Neuwied* (Germania) mentre la *Vision Concept SA* è una società con sede in Lussemburgo. Nel 2002 le citate società procedevano ad una fusione per incorporazione della seconda nella *SEVIC*, che manteneva immutata la sua denominazione. Successivamente l'*Amtsgericht Neuwied* respingeva la domanda d'iscrizione dell'operazione nel registro delle imprese motivando il diniego con l'art. 1, n. 1, punto 1, dell'*UmwG*<sup>1</sup> il quale consente fusioni solo tra soggetti di diritto con sede nel territorio nazionale. Tale disposizione prevede infatti che:

---

<sup>1</sup> Umwandlungsgesetz, legge nazionale sulla trasformazione di società, 28 ottobre 1994, BGBl. 1994 I, pag. 3210

«I soggetti di diritto aventi sede nel territorio nazionale possono subire una trasformazione 1. per fusione; 2. per scissione (...); 3. per trasmissione del patrimonio; 4. per mutamento di forma giuridica.

Al di fuori dei casi considerati dalla presente legge, una trasformazione ai sensi del n. 1 è possibile solo se espressamente prevista da altra legge federale o da legge di un Land.

Deroghe alle disposizioni della presente legge sono possibili solo se espressamente autorizzate. Sono ammesse disposizioni complementari contenute in contratti, statuti o dichiarazioni di volontà, sempreché la presente legge non contenga una regolamentazione esaustiva».

Contro la sentenza del Tribunale di primo grado di *Neuwied* la *SEVIC* spiegava appello al *Landgericht* che, investito della causa, proponeva alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale il seguente quesito: «Se gli artt. 43 CE e 48 CE debbano essere interpretati nel senso che è in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che ad una società estera europea si neghi l'iscrizione della fusione da questa prevista con una società tedesca nel registro tedesco delle imprese ai sensi degli artt. 16 e segg. dell'*UmwG*, in quanto l'art. 1, n. 1, punto 1, dell'*UmwG* prevede la trasformazione solo a favore di soggetti di diritto aventi sede in Germania».

Come già accennato, ed in perfetta coerenza con il filone giurisprudenziale relativo alle migrazioni societarie, siano esse autonome o parte di altre procedimenti come nel caso della fusione, la Corte ha ritenuto l'incompatibilità delle citate disposizioni tedesche con gli artt. 43 e 48 CE.

2. Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia si è nuovamente pronunciata, seppur con riguardo ad un aspetto peculiare, sulla libertà di circolazione delle persone giuridiche. Come è noto tale diritto, riconosciuto dall'articolo 48 del Trattato istitutivo attraverso il richiamo operato all'articolo 43 (norma omologa avente ad oggetto i cittadini comunitari), ha un contenuto abbastanza ampio. Possono infatti avvalersene le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione di quelle senza scopo di lucro, costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità.

Nonostante la sua estrema chiarezza la norma ha subito una difficile e non sempre omogenea applicazione per l'avversione di alcuni sistemi giuridici nazionali alle migrazioni transnazionali degli enti societari. Più precisamente gli ordinamenti degli Stati membri sono a tutt'oggi divisi tra quelli che adottano il criterio della sede reale e quelli che prediligono la teoria dell'incorporazione. I primi, che ritengono che la *lex societatis* vada individuata con riferimento al luogo in cui è realmente ubicata l'amministrazione dell'ente, ammettono la migrazione della società all'estero. La teoria dell'incorporazione, invece, attribuisce alla società la nazionalità dello Stato in cui si è validamente portato a termine il procedimento costitutivo, cosicché gli ordinamenti che la seguono sono generalmente avversi agli spostamenti transnazionali in quanto presuppongono, ai fini del riconoscimento da parte di un ordinamento della personalità giuridica di un ente un stretto collegamento tra gli stessi.

L'articolo 48, allora, spesso incompatibile con le norme di rinvio degli ordinamenti giuridici comunitari, ha dato vita ad una giurisprudenza altalenante e non sempre del tutto perspicua della Corte di Giustizia europea che è, però, sfociata nel pieno riconoscimento del diritto degli "enti europei" di qualunque forma di stabilimento sia esso primario o secondario.

Il citato filone giurisprudenziale può dirsi avere inizio con la sentenza *Avoir Fiscal* del 28 gennaio 1986 nella quale la Corte di Giustizia dichiarò, seppur in *obiter dictum*, che per le persone giuridiche "la sede..... serve per determinare, al pari della cittadinanza per le persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato"<sup>(2)</sup>.

La seconda sentenza rilevante, sul caso *Segers*, del 10 luglio 1986, riguarda un cittadino dei Paesi Bassi, per l'appunto il signor *Segers*, amministratore di una società britannica. Il suo Stato nazionale si rifiutava di riconoscergli il dovuto trattamento previdenziale per il caso di malattia in quanto la società presso la quale lavorava, seppur svolgeva la maggior parte della sua attività nei Paesi Bassi, aveva nazionalità britannica. In questo caso la Corte ritenne "che gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che le Autorità di uno Stato membro neghino all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione malattia per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi di un altro Stato membro nel quale essa ha del pari la sede sociale, anche se non vi svolge attività commerciale"<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sent. C.G.C.E. del 28.1.86 (*Avoir Fiscal*) in causa 270/83.

<sup>3</sup> Sent. C.G.C.E. del 10.7.86 (*Segers*) in causa 79/85.

La successiva sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988 rappresenta una battuta di arresto per il pieno riconoscimento della libera circolazione delle persone giuridiche. Si discuteva nella causa 81/87 del rifiuto da parte dello Stato Britannico di concedere l'autorizzazione al trasferimento della direzione della *Daily Mail and General Trust PLC* nei Paesi Bassi. L' art . 482, paragrafo 1, lett. a), della legge britannica del 1970 sull' imposta sul reddito e sulle società vieta alle società con residenza fiscale nel Regno Unito di trasferirla senza autorizzazione del tesoro. La Corte affermò, allora, che la citata norma dell'ordinamento del Regno Unito non si pone in contrasto con la libera circolazione delle persone giuridiche in quanto limita il solo spostamento della direzione e dell'amministrazione centrale collegato alla conservazione della nazionalità dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite<sup>4</sup>.

Il più ampio riconoscimento dei diritti concessi dal Trattato Istitutivo alle società europea arriva con la sentenza *Centros* del 9 marzo 1999, nascente dal rifiuto danese a concedere alla società *Centros, Privat Limited Company* di diritto inglese, l'apertura sul suo territorio di una sede secondaria. La *Centros*, una società costituita in Inghilterra dai coniugi danesi Bride, non aveva, secondo ciò che risulta dagli atti in causa, mai esercitato alcuna attività nel Regno Unito. La Corte di Giustizia, pronunciandosi in sede di rinvio pregiudiziale affermò che "Gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Infatti, essendo il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento"<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sent. C.G.C.E. del 27.9.88 (*Daily Mail*) in causa 81/87.

<sup>5</sup>Sent. C.G.C.E. del 9.3.99 (*Centros*) in causa C-212/97.

Il 5 novembre 2002, nella sentenza emessa nei confronti della *Überseering BV* e della *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, la Corte aggiunse a quanto già precedentemente affermato che lo Stato nel quale una società si stabilisce ha l'obbligo di riconoscere la piena capacità giuridica e conseguentemente anche processuale della stessa<sup>6</sup>.

Va infine ricordata la sentenza *Inspire Art* del 30 settembre 2003, nella quale la Corte, resolvendo la controversia tra la *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* (camera di commercio e dell'industria di Amsterdam) e la società di diritto inglese *Inspire Art Ltd* relativa all'obbligo imposto alla succursale di quest'ultima nei Paesi Bassi di inserire, a lato della sua iscrizione nel registro di commercio olandese, la menzione «*formeel buitenlandse vennootschap*» (società formalmente straniera), nonché di utilizzare tale indicazione nel commercio, obblighi questi imposti dalla *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (legge sulle società formalmente straniere) del 17 dicembre 1997, ha ritenuto la legislazione interna dei Paesi Bassi inapplicabile in quanto in diretto contrasto con gli artt. 43 CE e 48 CE<sup>7</sup>.

3. La pronuncia in commento si inserisce armoniosamente nel quadro fin qui tracciato in quanto la fusione di una società con un'altra di diversa nazionalità rappresenta null'altro che una modalità attraverso la quale si può operare una migrazione dell'ente.

Secondo quanto stabilito dalla direttiva del Consiglio del 3 luglio 1990 n. 434, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri (90/434/CEE) in GU L 225 del 20.8.1990<sup>8</sup>, può dirsi fusione quell'operazione mediante la quale:

— una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio, attivamente e passivamente, ad altra società preesistente, mediante l'assegnazione ai loro soci di titoli rappresentativi del capitale sociale dell'altra società ed eventualmente di un saldo in contanti non eccedente il 10 %

<sup>6</sup> Sent. C.G.C.E. del 11-05 2002- (*Überseering*) in causa C-208/00.

<sup>7</sup> Sent. C.G.C.E. del 09-30-2003 (*Inspire Art*) in causa C-167/01.

<sup>8</sup> Direttiva modificata dalla Direttiva 2005/19/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005 (2005/19/CE) in GU L 058 del 04.03.2005.



del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile di tali titoli (fusione per incorporazione);

— due o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio, attivamente e passivamente, ad una società da esse costituita, mediante l'assegnazione ai propri soci di titoli rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un saldo in contanti non eccedente il 10 % del valore nominale o, in mancanza di valore nominale, della parità contabile di tali titoli (fusione in senso stretto).

Nonostante i rilevanti interessi in gioco la normativa sulle fusioni transnazionali contenuta nella proposta di X direttiva del 14 dicembre 1984, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni (COM(1984) 727) non è mai stata adottata per le posizioni contrastanti di Consiglio e Parlamento, cosicché la disciplina comunitaria della fattispecie ha visto la luce solo con la Direttiva 2005/56/CE.

Si ricorda che l'esigenza da più parti avvertita di una disciplina unica in materia di fusioni transfrontaliere nasce dalle sensibili differenze che a tutt'oggi sussistono negli ordinamenti degli Stati membri. Come già accennato infatti, i paesi europei possono distinguersi tra quelli che espressamente riconoscono la possibilità di una fusione che coinvolga società di nazionalità diversa<sup>9</sup>, quelli che non hanno normative specifiche in materia (Francia), ed infine quelli che negano tale possibilità. In Lussemburgo per espressa disposizione normativa la legge 10 agosto del 1915 sulle operazioni di fusione si applica solo alle società nazionali. In Germania l'articolo 1 dell'*Umwandlungsgesetz*, legge sulle trasformazioni introdotta il 28 ottobre 1994, impone l'applicazione di tale legge alle sole trasformazioni che coinvolgono società di diritto interno<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> In Italia il comma 3 dell'articolo 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 espressamente riconosce la possibilità di fusioni con enti aventi sede in "Stati diversi".

<sup>10</sup> Per una disamina completa delle fusioni internazionali vd. [KINDLER P.](#), *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza SEVIC della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in [Banca borsa e titoli di credito](#), 2006, fasc. 4, pagg. 479-490; [PRETO A. DESOGUS C.](#), *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in [Contratto e impresa. Europa](#). Anno XI (2006), n. 1, p. 234-262; [NAJDAT AL NAJJARI, PERON S.](#), *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali : uno sguardo di insieme*, in [Contratto e impresa. Europa](#). Anno X (2005), n. 2, p. 708-741; [CERVINO G.](#), *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede dell'impresa. Profili civilistici, fiscali e comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione europea*, in *Rass. trib.* 2000; [AMBROSIANI F.](#), *Società europea e fusione internazionale*, in *Le società*, 2002, n. 11, p. 1351 e [SCHMIDT O.](#), *La nuova legge tedesca sulle trasformazioni delle imprese*, in *Dir. comm. int.*, 1995.

In tutti i casi, allora, in cui in una fusione sono coinvolte società il cui ordinamento non ammette tale operazione i soci sono costretti, al fine di aggirare il divieto e salvo eccezioni di frode alla legge, a praticare procedimenti alquanto dispendiosi in termini di tempo e danaro. Si procede, infatti, allo scioglimento ed alla conseguente liquidazione della/e società preesistenti e successivamente ad una costituzione o ad un aumento di capitale della società risultante con diritto di sottoscrizione o opzione a favore dei soci della/e società estinte. Va rilevato che il complesso procedimento ora descritto si rende necessario non solo nei casi in cui la società che risulta dalla fusione deve avere la nazionalità di un paese che non consente la fusione transfrontaliera, ma anche quando tale nazionalità caratterizza una o più società che prendono parte all'operazione. In tale ultimo caso, infatti, l'ordinamento delle società che vanno ad estinguersi a mezzo della fusione stessa, deve ammetterne la possibilità in modo che essa sia posta in grado di partecipare al procedimento attraverso la verifica del preventivo rispetto di tutte le formalità necessarie.

4. Come accennato, il legislatore comunitario ha preso posizione su tale delicata materia attraverso la disciplina *ad hoc* dettata con la Direttiva del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (2005/56/CE) in G.U. L 310/1 del 25.11.2005. Ma nell'attesa che sia data attuazione alla stessa in tutti gli ordinamenti comunitari (entro e non oltre il 15 dicembre 2007) anche negli Stati che ancora non consentono l'accorpamento tra società nazionali e straniere è comunque possibile procedere ad una fusione internazionale attraverso la creazione di una *societas europaea*, nuovo strumento societario comunitario. Tale operazione, infatti, caratterizza uno dei quattro procedimenti costitutivi della SE disciplinato dagli articoli 17 a 31 del regolamento 2157 del 2001.

In secondo luogo pare opportuno precisare che la Direttiva fusioni, sebbene sia da considerarsi un chiaro segnale sull'orientamento del legislatore comunitario in materia, non può dirsi al tempo stesso risolutiva di tutti i problemi qui analizzati. Si legge infatti nel secondo considerando che presupposto indefettibile affinché possa applicarsi la Direttiva è che "le legislazioni degli Stati membri consentano la fusione transfrontaliera di una società di capitali nazionale con una società di capitali di un altro Stato membro, se la legislazione nazionale dello Stato membro in questione consente le fusioni fra tali tipi di società"

Ciononostante sembra appropriato qualche breve cenno alla disciplina comunitaria.

Alla fusione secondo quanto disposto all'articolo 4 si applicano tutte le norme dello Stato nazionale della società relative alla eventuale opposizione da parte di autorità nazionali per motivi di interesse pubblico, al processo decisionale ed alla protezione dei creditori delle società, degli obbligazionisti, dei possessori di titoli o quote e dei lavoratori.

Il procedimento si sviluppa attraverso le seguenti fasi:

- progetto di fusione (artt.5-6)
- relazione dell'organo di amministrazione (art. 7)
- relazione degli esperti (art.8)
- approvazione del progetto (art.9)
- controllo di legittimità (artt. 10-11)
- atto di fusione
- iscrizione (art. 13).

Tuttavia la ricordata normativa non si discosta in maniera rilevante da quella dettata dalla terza Direttiva del Consiglio del 9 ottobre 1978 basata sull'articolo 54, paragrafo 3 , lettera g ) , del trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni (78/855/CEE ) se si escludono le disposizioni concernenti il controllo di legittimità, di talché si ritiene di analizzare proprio quest'ultimo aspetto.

Il controllo di legittimità infatti, a differenza di quello previsto per le fusioni interne, si distingue in due parti. La prima riguarda la procedura relativa a ciascuna società partecipante e ha ad oggetto la verifica degli adempimenti preliminari richiesti. Tale controllo deve essere effettuato, a norma della direttiva, da parte di un notaio o altra Autorità competente che, qualora riscontri l'espletamento di tutte le operazioni necessarie, rilascia un certificato attestante la regolarità della procedura. Si discute su quale autorità sarà chiamata dalla normativa di attuazione italiana ad emettere tale certificato. In ragione dell'opzione legislativa presa dal nostro legislatore con la citata legge 340 del 2000 sembra corretto immaginare che la attestazione di conformità sarà certificata dallo stesso notaio incaricato di verbalizzare la delibera di fusione<sup>11</sup>.

L'altro controllo di legittimità richiesto dall'articolo 11 riguarda la procedura di fusione e la eventuale costituzione di una nuova società derivante dalla fusione transfrontaliera. In questo caso si può a maggior ragione ritenere che lo stesso sarà effettuato in Italia dal notaio in quanto pubblico ufficiale competente alla stipula dell'atto pubblico di fusione.

---

<sup>11</sup> Cfr. Studi del notariato: *La partecipazione di società italiane alla costituzione di SE (Società Europee)*, studio n. 3-2006/A, reperibile sul sito <http://www.notariato.it>.

Tuttavia non sembra nonostante qualche opinione contraria che il notaio debba effettuare un ulteriore controllo sui certificati di cui all'articolo 10, che pure devono a lui pervenire entro sei mesi dal rilascio insieme ad una copia della delibera. Ci si chiede, allora, quali siano le motivazioni per le quali il regolamento abbia imposto a carico delle società che si fondono di trasmettergli i suddetti documenti. A mio avviso pare che l'ulteriore controllo abbia ad oggetto la sussistenza delle delibere di approvazione delle società partecipanti alla fusione e la loro corrispondenza ad un unico progetto, la definizione delle modalità di coinvolgimento dei lavoratori ed il rispetto delle norme dello Stato della sede circa la costituzione della SE, conseguentemente il notaio dovrà solo verificarne la sussistenza e farne menzione in atto.