

IL LEGISLATORE RECEPISCE IL DIRITTO COMUNITARIO D. LGS. 2 MARZO 2023, N. 19

SEZIONE I

DAL TRASFERIMENTO DI SEDE ESTERA ALLA TRASFORMAZIONE TRASFRONTALIERA

DECRETO LEGISLATIVO 2 MARZO 2023 N. 19

1. LA RATIO DEL NUOVO PERIMETRO NORMATIVO

Il caso di specie rientra nelle operazioni transfrontaliere, in quanto il trasferimento di sede comporta l'assoggettamento della società alla *lex societatis* del nuovo stato in cui trova ubicazione o determina un conflitto di norme.¹

In un primo 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).

Recentemente *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.

Il legislatore comunitario ha ritenuto che: a) 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

¹ F. Magliulo, *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, Riv. not., 2023, 481. 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. F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 83 e ss. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I,

società e impone una costituzione ex novo dell'ente nel Paese di destinazione; b) 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. Il trasferimento della sede sociale all'estero rientra nell'alveo della libertà di stabilimento delle società, ai sensi dell'art. 49, par. 2, TFUE.

2.IL TRASFERIMENTO DI SEDE ESTERO. È possibile parlare, in termini tecnici, di “trasferimento di sede all'estero” quando viene garantita la continuità giuridica di una società, ricadendo, in caso contrario, in un'ipotesi di cessazione di un'attività nel Paese di partenza e di avvio di una nuova attività nel Paese di destinazione; attività che sarà riferibile ad un soggetto giuridico differente dall'originario. La questione del trasferimento della sede sociale all'estero, e della correlata problematica della continuità soggettiva, ha a lungo impegnato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che è intervenuta in diverse occasioni sul tema. Nel dettaglio, rimaneva ferma la sovranità degli Stati membri in materia di trasferimento della sede sociale all'estero, in assenza di una disciplina sovranazionale comune, ma cominciava a delinearsi un dubbio circa la legittimità delle legislazioni nazionali che impedivano a società straniere di trasferire la sede nel loro territorio garantendo la continuità dei rapporti giuridici. Di rilievo, altresì, è la statuizione della sentenza Cartesio del 16 dicembre 2008 (causa C-210/06). Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione. Il trasferimento della sede senza mutamento della legge applicabile non è tuttavia conseguibile laddove lo Stato di partenza aderisca al criterio della “sede effettiva o reale” (da intendersi come coincidenza tra sede sociale e sede effettiva) quale criterio di collegamento per individuare la legge applicabile. Il ricorso al criterio della sede effettiva o reale è compatibile con la libertà di stabilimento in quanto la definizione del criterio di collegamento che determina la legge nazionale applicabile alla società è di competenza del singolo Stato membro, 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”).²

² S. Ambrosini, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2003. 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.;

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;

-
- F. Magliulo, L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano, *Riv. not.*, 2023, 481. 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. F. Magliulo, La scissione delle società, Milano, 2012, 83 e ss. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I
- F. Munari, Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e comunitario: prime riflessioni, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Civ.*, 2003;
- A. Righini, Il trasferimento transnazionale della sede sociale, in *Contr. e impr.*, 2006,;
- G. B. Portale, Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale, in *Corr. Giur.*, 2003, ;
- G. Petrelli, Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee* Milano, 2003, 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.
- 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.
- M. Pinardi, Trasformazione transfrontaliera: una sentenza rivoluzionaria?, Nota a Corte giust. 25 ottobre 2017, causa C- 106/16 - Parte IV, in *Il Foro italiano*, 2018, vol. 143 , fasc. 4, p. 232 ss.; Studio del CNN n. 44-2023/I
- Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo.
- A. Busani, La trasformazione transfrontaliera e internazionale, in *Le società*, 2023, IV, p. 446.ID, Massime notarili e orientamenti professionali. Trasferimento della sede sociale dall'estero all'Italia, in *Le Società*, 2018, II.
- S. M. Carbone, La riforma societaria tra conflitti di legge e diritto comunitario, in *Dir. Comm. Int.*, 2003; A. Barone, Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere, in *Studi e Materiali*, 2002.

3. IL IUS NOVUM L'introduzione dell'art. 2510-bis c.c., da parte dell'art. 51, d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, in attuazione della dir. (UE) 2019/2121 del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, è stata determinata dalla necessità di dare attuazione al principio di delega di cui all'art. 3, comma 1, lettera f), l. 4 agosto 2022, n. 127. Con quest'ultimo il legislatore delegato viene chiamato a « 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».

1) 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.

È stato rimarcato che la norma in commento è stata inserita con l'intento di porre rimedio ad una lacuna normativa concernente la fattispecie del trasferimento della sede all'estero, mantenendo la legge regolatrice di riferimento

L'art. 2510-bis, rubricato *Trasferimento della sede all'estero*, chiarisce 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*».

Dal dato testuale è possibile dunque dedurre che il trasferimento della sede all'estero impone il ricorso ad un'operazione di trasformazione transfrontaliera.

Dal canto suo, come è stato precisato dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 19/2023, « *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*»

Secondo il d.lgs. n. 19/2023, invero, il mutamento della legge regolatrice dovrebbe, di regola, essere affiancato dal trasferimento della sede sociale nel Paese di destinazione e viceversa. Il 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 italiana³.

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.

2) 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"

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".⁵

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".

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

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

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.

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:

* puo' 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.6;

*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.⁷

⁷ Tradizionalmente sia il Lussemburgo che l'Italia ammettono questa continuità. Sul versante domestico, le fonti normative relative al trasferimento della sede di una società di diritto italiano verso uno Stato straniero sono esclusivamente l'art. 2369 e l'art. 2437 del codice civile relativi alle società per azioni, nonché l'art. 2473 relativo alle srl. Il comma 5 dell'articolo 2369 stabilisce che per il trasferimento della sede all'estero di società azionarie che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in sede di seconda convocazione dell'assemblea, è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale.

La seconda fonte normativa sopracitata, l'art. 2437 c. 1 lett. c c.c. individua nel trasferimento della sede all'estero una delle possibili cause di recesso esercitabili dal socio che non ha concorso alla delibera in merito al trasferimento della sede (nello stesso senso anche l'art. 2473 relativo al recesso nelle Srl). Importanti spunti, inoltre, possono essere estrapolati dalla Legge 31 maggio 1995 n. 218 che disciplina la riforma del diritto internazionale privato. La citata legge ha stabilito i seguenti principi fondamentali: 1. le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (ad esempio una società costituita secondo la normativa civilistica spagnola seguirà la normativa di tale Stato). La legge italiana risulta comunque applicabile nel caso in cui la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale della società siano situati nel territorio dello Stato (ex art. 25 c. 1). Il trasferimento della sede legale indicata nello statuto è efficace solo se posto in essere conformemente agli ordinamenti dello Stato di provenienza e dello Stato di destinazione (ex art. 25 c. 3). In altre parole, l'efficacia del trasferimento della sede statutaria è subordinata ad un duplice rispetto normativo: la normativa del Paese di provenienza; e la normativa del Paese di destinazione. Questa impostazione trova conferma nella Risoluzione n. 9/E/2006 la quale afferma che "la configurazione del trasferimento

all'estero della sede sociale della società come evento estintivo impedirebbe la continuità giuridica dell'ente. Di conseguenza, non di trasferimento di sede si tratterebbe, quanto piuttosto di estinzione della società in un dato ordinamento e della sua ricostituzione in un ordinamento diverso". Una società che trasferisce da uno Stato straniero in Italia la propria sede diviene società di diritto italiano senza necessità di costituirsi ex novo a condizione che il trasferimento della sede all'estero sia ammesso dalla legge dello Stato in cui si è costituita non considerando il trasferimento quale causa di estinzione del soggetto. Nel caso in cui ricorrano le varie condizioni sopra prospettate l'operazione si concretizza in un trasferimento ed in una trasformazione di un soggetto già esistente anche per l'ordinamento italiano.³

4.LA PRECEDENTE PRASSI NOTARILE Il tema del trasferimento in Italia di una società estera è stato peraltro affrontato dallo studio del Notariato 283-2015/I che affronta, tra le altre, queste tre problematiche: In relazione al primo punto, si segnala come l'iscrizione nel Registro delle imprese rappresenti un adempimento imprescindibile (art. 7 c. 2 n. 6 D.P.R. 7 dicembre 1995 n. 581). In questi casi trova applicazione l'art. 2508 c.c. relativo all'apertura in Italia di una sede secondaria⁵. E' quindi necessario indicare cognome, nome, data e luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello stato con l'indicazione dei relativi poteri. In relazione alla questione della legge applicabile, si deve rilevare come quella italiana sia determinante in relazione alle modalità illustrate di iscrizione nel registro imprese; tuttavia, si deve tener presente che fino all'avvenuta iscrizione, la società è ancora regolata dalla legge estera. La decisione dovrà quindi competere al CDA o all'assemblea a seconda delle regole previste nel Paese di provenienza. In base all'art. 25 della L. 218/95 vige la teoria dell'incorporazione mitigata dalla successiva regola secondo cui si applicano le leggi dello stato in cui ha la sede dell'amministrazione o l'oggetto dell'attività. Non si può, pertanto, prescindere dall'applicazione della legge italiana per cui lo statuto deve essere conforme alle regole di una struttura societaria del nostro Paese e, trattandosi di un documento destinato all'iscrizione nel registro delle imprese, l'atto deve rivestire la forma autentica prescritta dall'art. 11 del D.P.R. 581/1995 e che lo stesso sia preventivamente depositato presso un notaio (art. 106 Legge Notarile). *Una ulteriore questione attiene alla necessità di versare il capitale sociale in sede di ingresso nel nostro Paese. Lo Studio del Notariato esclude questa necessità in quanto non si configura la costituzione di una società visto che la stessa già esiste. Si pone, tuttavia, il problema di distinguere i casi in cui il Paese di provenienza preveda degli idonei strumenti di 5 Il comma 1 dell'articolo 2508 stabilisce che "Le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della*

³ Secondo la Sentenza n. 193 del 12 settembre 2006 della Commissione Tributaria di Vicenza l'acquisizione della residenza si perfeziona sin dalla data in cui l'atto di trasferimento è iscritto presso il Registro delle imprese in Italia.

legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali. Esse devono inoltre pubblicare, secondo le medesime disposizioni, il cognome, il nome, la data e il luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri”.

. Sul tema del trasferimento della sede della società estera in Italia sono intervenute anche tre massime del Notariato del Triveneto che proponiamo in versione integrale nella successiva tabella. Massima Sintesi E.C.1. – **(LEGITTIMITÀ DEL TRASFERIMENTO IN ITALIA DELLA SEDE DI SOCIETÀ ESTERA CON MUTAMENTO DELLA “LEX SOCIETATIS”** – 1° pubbl. 9/14) Si

ritiene ammissibile il trasferimento in Italia della sede legale di una società costituita in uno Stato estero con contemporaneo suo assoggettamento all'ordinamento giuridico italiano (c.d. mutamento della "lex societatis") e adozione di una forma societaria propria del nostro ordinamento interno (c.d. "trasformazione internazionale"). Ai fini dell'iscrivibilità della società nel registro delle Imprese italiano, sarà necessario il deposito ex art. 106 l.n. presso un Notaio italiano di una copia autentica dell'atto estero di trasferimento della sede in Italia (munito, ove necessario, della apostille ai sensi della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, ovvero della legalizzazione), debitamente tradotta ed asseverata. Il notaio depositario potrà effettuare l'iscrizione nel Registro imprese solo dopo aver effettuato con esito positivo il

controllo di legalità. L'atto di trasferimento in Italia di una società costituita all'estero potrà anche essere ricevuto direttamente da un notaio italiano, conformemente alle leggi degli Stati interessati ex art. 25 della L. 218/95.

E.C.2. – (CONTROLLO DEL NOTAIO DEPOSITARIO DI ATTO ESTERO AI FINI DELL'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE DI UNA SOCIETÀ PROVENIENTE DA UN ORDINAMENTO STRANIERO – 1° pubbl. 9/14) Al notaio

depositario di un atto di trasferimento in Italia di società di capitali estera, con contemporaneo assoggettamento all'ordinamento interno, è affidato il controllo di legalità di cui all'art. 2436 c.c.. Egli, pertanto, potrà procedere all'iscrizione nel competente registro delle imprese della società trasferita, solo dopo aver verificato che la stessa, assumendo la forma di una società italiana, abbia tutti i requisiti essenziali richiesti dalla normativa interna per il tipo societario adottato. [...] Nel caso di società di persone, il notaio italiano dovrà rifiutarsi di ricevere in deposito l'atto estero di trasferimento in Italia di società straniera con mutamento della *lex societatis* qualora non ricorrano le condizioni previste dalla legge, poiché per dette società il controllo di legalità avviene ex ante, tant'è che l'iscrizione nel registro imprese può avvenire anche su richiesta dei soli amministratori o dei soci ai sensi dell'art. 2296 c.c.. **E.C.3. – (CONTROLLO DELL'EFFETTIVITÀ DEL CAPITALE SOCIALE DELLA SOCIETÀ ESTERA CHE SI TRASFERISCE IN ITALIA** – 1° pubbl. 9/14) Per poter iscrivere nel registro imprese italiano una società proveniente dall'estero che si sia “trasformata” in società di capitali italiana, occorre verificare l'effettività del suo capitale sociale.

Tale verifica non è necessaria per quei tipi di società il cui capitale si sia formato in uno Stato comunitario che abbia recepito le direttive

U.E. in tema di formazione e verifica del capitale (stima dei conferimenti). Nelle altre ipotesi, invece, sarà necessario verificare l'effettiva consistenza del capitale attraverso uno dei procedimenti previsti dall'art. 2500-ter, comma 2, c.c.

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"

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. 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.

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 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 italiana se la sede dell' amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale”.

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”

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.⁴

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.

⁴ 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 19 in caso di trasferimento della sede all'interno dell'Unione Europea”. 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”.

Tale circostanza, peraltro, appare chiara anche nel testo della Direttiva, considerato che, all'art. 86-tern. 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"

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.; 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”⁸

Prima della Riforma 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.”

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) 2019/2121⁵ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, da lui rilasciata, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge.

5.1 CRITERI CHE GUIDANO LO SCRUTINIO DEL NOTAIO SULL'OPERAZIONE DI TRASFORMAZIONE

L'art. 13, comma 2, del Decreto dispone che “Ai fini del controllo di cui al comma 1, il notaio verifica che:

⁵ 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 o delle norme codicistiche ritenute applicabili” 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 trasformazioni 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.

- 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 trasformazione¹⁵;
- c) quando necessario, siano state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo .

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.

L'attestazione finale sull'avvenuto espletamento del controllo di legalità, che in ogni caso il notaio italiano è tenuto a

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”*.

¹⁶ 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.

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

6. IL PROGETTO

La nuova normativa prevede all'art. 8 l'obbligo di redazione di un progetto. Le legge italiana non dice espressamente a quale organo competa la redazione del medesimo, ma pare evidente che esso sia di competenza dell'organo amministrativo⁹, 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”*.⁶

⁶ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 19/2023: « Ai fini del rilascio del certificato preliminare e dello svolgimento del controllo di legalità, la presentazione dell' istanza, con i documenti allegati, e ogni altra successiva trasmissione di atti e informazioni, può avvenire mediante documento informatico sottoscritto con la firma digitale prevista dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o con altro tipo di firma elettronica qualificata ai sensi del regolamento (UE) 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, e trasmesso al domicilio digitale del notaio. Se dubita dell'identità del richiedente o se rileva il mancato rispetto delle norme riguardanti la capacità di agire e la capacità dei richiedenti di rappresentare la società, il notaio può chiedere la presenza fisica delle parti».

Studio del CNN n. 86-2023/I, Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere, cit., par. 5, che tuttavia fa espresso riferimento all'ipotesi della fusione transfrontaliera. veda lo Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 22 s. Si rinvia al

In particolare, 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.

Detto termine deve ritenersi rispettato qualora: (a) l'atto costitutivo con conferimento in natura venga perfezionato entro i sei mesi dalla data di riferimento della relazione di stima; (b) la deliberazione di aumento di capitale con conferimento in natura venga assunta entro i sei mesi dalla data di riferimento della relazione di stima, con contestuale esecuzione del conferimento;

(c) la deliberazione di aumento di capitale con conferimento in natura venga assunta entro i sei mesi dalla data di riferimento della relazione di stima e stabilisca, quale termine finale di sottoscrizione ai sensi degli articoli 2439, comma

medesimo Studio anche per la trattazione dei temi della possibilità di assumere la decisione prima della decorrenza del termine per l'opposizione e della riduzione del termine stesso. Studio del CNN n. 86-2023/I, Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere, est. F. Magliulo, p. 13, il quale pone a confronto i controlli imposti dalla nuova normativa con quelli individuati dal precedente d.lgs. n. 108/2008. Per la disamina approfondita della questione si rinvia allo Studio del CNN citato, p. 13 ss. Si veda, in merito, lo Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 16 s. Le considerazioni riportate si ritrovano nello Studio del CNN n. 283-2015/I, Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale, est. D. Boggiali e A. Ruotolo, cit., p. 14 s. Sul tema si veda lo Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 17. Studio del CNN n. 86-2023/I, Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere, est. F. Magliulo, p. 8; F. Magliulo, L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano, cit., p. 525. Studio del CNN n. 86-2023/I, Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere, est. F. Magliulo, p. 8; Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 27; F. Magliulo, L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano, cit., p. 525. Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 13.

Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 14, ove, alla nota n. 32, vengono richiamati gli 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 o partecipazioni con essi liberate, comprensivo del sovrapprezzo, inferiore a quello reale dei beni conferiti.

Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 14, il quale richiama la massima elaborata dal Consiglio notarile di Milano, n. 117, che si esprime in questi termini: « Nel confermare l'orientamento interpretativo espresso da questa Commissione nella massima n. V in data 10 aprile 2001 – ove si ritiene che, in linea di principio, la relazione di stima richiesta dagli articoli 2343 e 2465 c.c. sia sufficientemente aggiornata allorché riferita ad una data non anteriore di quattro mesi rispetto alla costituzione della società o alla deliberazione di aumento di capitale – si reputa che la valutazione circa l'aggiornamento della relazione possa essere altresì svolta con riferimento alla effettiva esecuzione del conferimento in natura.

Sul tema si rinvia allo Studio del CNN n. 86-2023/I, Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere, est. F. Magliulo, par. 5, che si occupa, nello specifico, del caso della fusione transfrontaliera.

2, e 2481-bis, comma 3, c.c., una data non successiva ai sei mesi dalla data di riferimento della relazione di stima» .Studio del CNN n. 44- 2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 14. Art. 2343, comma 3, c.c.: « Gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione indicata nel primo comma e, se sussistano fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima. Fino a quando le valutazioni non sono state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili e devono restare depositate presso la società».

Art. 2343, comma 4, c.c.: « Se risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte. Tuttavia il socio conferente può versare la differenza in danaro o recedere dalla società; il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura. L'atto costitutivo può prevedere, salvo in ogni caso quanto disposto dal quinto comma dell'articolo 2346, che per effetto dell'annullamento delle azioni disposto nel presente comma si determini una loro diversa ripartizione tra i soci».⁷

Fuori dai casi in cui è applicabile il primo comma, non è altresì richiesta la relazione di cui all'articolo 2343, primo comma, qualora il valore attribuito, ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo, ai beni in natura o crediti conferiti sia pari o inferiore:

a) al fair value iscritto nel bilancio dell'esercizio precedente quello nel quale è effettuato il conferimento a condizione che il bilancio sia sottoposto a revisione legale e la relazione del revisore non esprima rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento, ovvero;

b) al valore risultante da una valutazione riferita ad una data precedente di non oltre sei mesi il conferimento e conforme ai principi e criteri generalmente riconosciuti per la valutazione dei beni oggetto del conferimento, a condizione che essa provenga da un esperto indipendente da chi effettua il conferimento, dalla società e dai soci che esercitano individualmente

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 normativa¹⁰, deve ritenersi nelle s.r.l. (art. 2475 u.c. c.c.).⁸

⁷ Si occupano del tema lo Studio del CNN n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie, est. F. Magliulo, cit., p. 14 s.;

⁸ L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano, cit., p. 508.

Art. 2343-ter, commi 1 e 2, c.c.: «1. Nel caso di conferimento di valori mobiliari ovvero di strumenti del mercato monetario non è richiesta la relazione di cui all'articolo 2343, primo comma, se il valore ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale

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.

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”;

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

o congiuntamente il controllo sul soggetto conferente o sulla società medesima, dotato di adeguata e comprovata professionalità».

a) eventuali garanzie o impegni offerti ai creditori;

sovrapprezzo è pari o inferiore al prezzo medio ponderato al quale sono stati negoziati su uno o più mercati regolamentati nei sei mesi precedenti il conferimento.

- b) 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;
- c) 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;⁹
- d) 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;
- e) le procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla trasformazione e le alternative

⁹ In tal senso già la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale*, cit.

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 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

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 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.

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;

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

7.LA TRASFORMAZIONE ARMONIZZATA: ENTRAMBI GLI ORDINAMENTI HANNO RECEPITO LA DIRETTIVA

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.

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."¹⁰

8.LA PUBBLICITA'

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.

¹⁰ 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. 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" (ASSONIME, *Circolare n. 16 del 7 giugno 2023*, cit., 65; A. BUSANI, *Fusione transfrontaliera e fusione internazionale*, in *Società*, 2023, 423.)

9.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.

10.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.

11.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"

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 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".¹⁹ 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.

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 sociale¹⁹.

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".¹¹

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

¹¹ 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.

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.. 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.

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

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.

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"

12 L'OPPOSIZIONE DEI CREDITORI

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.¹²

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.¹³

¹² Relazione illustrativa p. 21. CNN, Studio di Impresa n. 283-2015/I, Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale, cit. "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, 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".

¹³ Si tratta di fattispecie mutate 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

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.

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".

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".⁵

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".

Alla stregua delle esposte considerazioni, appare chiaro che **una società avente sede in Italia e regolata dal diritto italiano attualmente: 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.** Tradizionalmente sia il Lussemburgo che l'Italia ammettono questa continuità. Sul versante domestico, le fonti normative relative al trasferimento della sede di una società di diritto italiano verso uno Stato straniero sono

propria responsabilità ai 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.

esclusivamente l'art. 2369 e l'art. 2437 del codice civile relativi alle società per azioni, nonché l'art. 2473 relativo alle srl. Il comma 5 dell'articolo 2369 stabilisce che per il trasferimento della sede all'estero di società azionarie che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in sede di seconda convocazione dell'assemblea, è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale. La seconda fonte normativa sopracitata, l'art. 2437 c. 1 lett. c c.c. individua nel trasferimento della sede all'estero una delle possibili cause di recesso esercitabili dal socio che non ha concorso alla delibera in merito al trasferimento della sede (nello stesso senso anche l'art. 2473 relativo al recesso nelle Srl).¹⁴

¹⁴ . Importanti spunti, inoltre, possono essere estrapolati dalla Legge 31 maggio 1995 n. 218 che disciplina la riforma del diritto internazionale privato. La citata legge ha stabilito i seguenti principi fondamentali: 1. le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (ad esempio una società costituita secondo la normativa civilistica spagnola seguirà la normativa di tale Stato). La legge italiana risulta comunque applicabile nel caso in cui la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale della società siano situati nel territorio dello Stato (ex art. 25 c. 1); 2. il trasferimento della sede legale indicata nello statuto è efficace solo se posto in essere conformemente agli ordinamenti dello Stato di provenienza e dello Stato di destinazione (ex art. 25 c. 3).

In altre parole, l'efficacia del trasferimento della sede statutaria è subordinata ad un duplice rispetto normativo: la normativa del Paese di provenienza; e la normativa del Paese di destinazione. Questa impostazione trova conferma nella Risoluzione n. 9/E/2006 la quale afferma che "la configurazione del trasferimento all'estero della sede sociale della società come evento estintivo impedirebbe la continuità giuridica dell'ente. Di conseguenza, non di trasferimento di sede si tratterebbe, quanto piuttosto di estinzione della società in un dato ordinamento e della sua ricostituzione in un ordinamento diverso". Una società che trasferisce da uno Stato straniero in Italia la propria sede diviene società di diritto italiano senza necessità di costituirsi ex novo a condizione che il trasferimento della sede all'estero sia ammesso dalla legge dello Stato in cui si è costituita non considerando il trasferimento quale causa di estinzione del soggetto. Nel caso in cui ricorrano le varie condizioni sopra prospettate l'operazione si concretizza in un trasferimento ed in una trasformazione di un soggetto già esistente anche per l'ordinamento italiano. Secondo la Sentenza n. 193 del 12 settembre 2006 della Commissione Tributaria di Vicenza l'acquisizione della residenza si perfeziona sin dalla data in cui l'atto di trasferimento è iscritto presso il Registro delle imprese in Italia.

13.LA TRASFORMAZIONE ARMONIZZATA: ENTRAMBI GLI ORDINAMENTI HANNO RECEPITO LA DIRETTIVA

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.¹⁵

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.

¹⁵ 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.

SEZIONE II

D. LGS. 2 MARZO 2023, N. 19

LA SCISSIONE CON SCORPORO NEL PERIMETRO DELLE OPERAZIONI SUGLI ENTI DEL LIBRO I C.C. E L'ART. 42 BIS C.C.

1. Il panorama normativo precedente al *ius novum* della scissione con scorporo

Per la soluzione della problematica afferente la trasmissione di alcune attività specifiche c.d. convenzionate e segnatamente attività, che nel contesto del no profit e degli enti terzo settore, presentano la caratteristica di impegnare pubbliche amministrazioni o articolazioni degli enti pubblici territoriali per finalità di interesse socialmente utile come richiesto dalla normativa CTS e dalla normativa ONLUS, si è pensato, quale soluzione più efficiente, alla scissione con scorporo secondo la nuova normativa prevista dal D. Lgs. 2 marzo 2023, n. 19, che ha modificato gli articoli del Codice

civile, art. 2506.1; 2506-*bis*; 2506-*ter*. La norma di richiamo, ovvero di disciplina, è rappresentata dall'art. 42 bis c.c. che rende applicabili agli enti del Libro I le operazioni straordinarie previste per le società di capitali.

2. Il superamento del sistema pubblicitario del libro V; forma e pubblicità dopo l'introduzione dell'art. 42 bis. c.c.

L'art. 42 bis. c.c. aveva posto un problema in primo luogo pubblicitario in ordine alle operazioni straordinarie e in modo particolare a quella in oggetto che per effetto dell'applicazione della scissione con scorporo subisce una vicenda semplificatoria.

In primo luogo un cenno deve essere fatto al periodo ante introduzione art. 42 bis c.c. Secondo la dottrina in commento¹¹ il punto di partenza è rappresentato dal favore mostrato dalla prassi e dalla dottrina verso le fusioni omogenee, in particolare tra associazioni.

L'entrata in vigore della riforma del diritto societario ha impattato sulla sorte delle vicende evolutive degli enti del Libro I, attraverso il dato delle trasformazioni eterogenee, nonché in forza della valorizzazione autonoma del rilievo della pubblicità, fornendo una nuova chiave interpretativa delle operazioni sul capitale, che non rimanesse confinata agli enti societari ma riguardasse anche gli enti del libro I.

Un addentellato era rappresentato dal dibattito sugli artt. 2500 *septies* ed *octies* e si legittimava rispetto a quel contesto, evidentemente incentrato sull'impresa, come del resto suggeriva la Relazione accompagnatoria.¹⁶ Il dibattito così aperto nel libro V finiva per trascinare nel libro I, stimolando l'apertura al transito tra i tipi, quindi anche tra associazione e fondazione (sia come trasformazione, sia come fusione che la contenga), dal momento che gli artt. 2500- *septies* ed *octies* ratificavano pur sempre la concettuale compatibilità del pendolo tra modello istituzionale e corporativo.

A nostro avviso si tratta di una compatibilità o, per meglio dire, di una clausola di compatibilità che governa l'applicazione delle strutture e degli adempimenti pubblicitari con la specificità causale degli enti Libro I.

¹⁶ Per una panoramica si rinvia a C. SANTAGATA, *Fusione*, in *Tratt. S.p.a.*, dir. da Colombo e Portale, 7, II, 1, Utet, 2004, p. 88 ss. Cons. Stato, 4. 1956, in *Cons. Stato*, 1958, I, 354, aveva ammesso la trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Brancati*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1969, p. 282, nella nota 20, criticava Cons. Stato, 3. 4. 1956, cit.) si era mostrata scarsamente scarsamente attenta all'ammissibilità delle trasformazioni degli enti non lucrativi tanto da evitare di annoverare in questa prospettiva l'evoluzione del comitato in fondazione.

La dottrina in commento rileva subito un punto di torsione, in ordine alla estendibilità diretta dei meccanismi di operazione sul capitale, propri del libro V alle operazioni sui soggetti del Libro I. Segnala infatti come risulti “scarsamente plausibile, tra le altre, l’applicazione delle regole sancite dagli artt. 2501 ss. alla fusione tra due associazioni - sia riconosciute, sia non riconosciute- almeno in ragione della non surrogabilità del Registro delle imprese con quello delle persone giuridiche, neppure per quelle formalmente imprenditrici, come tali iscritte” Si tratta, più che altro, di decrittare un problema di compatibilità normativa e di tutela soggettiva nella fase di estensione della normativa del libro V agli enti del libro primo. Enti non lucrativi, con esigenze diverse, afferenti al profilo causale e non strettamente imprenditoriale e con una fisionomia non surrogabile né *ratione subiecti* né *ratione obiecti*. Accanto ad un transito della sequenza procedimentale delibera /decisione –atto che presiedeva alle operazioni sul libro V, interveniva un atteggiamento della Dottrina delle Corti, incline al reinterprete il tutto non come una vicenda modificativa evolutiva, ma alla stregua di un’operazione con il paradigma tipico di cessione di azienda.

Si può sintetizzare pertanto che il dibattito enti non lucrativi/società, alla luce della introduzione dell’art. 42 bis c.c., sia così compendiabile:

1. *Non vi sono prescrizioni di legge in ordine alla forma (sia essa per la validità sia essa per la pubblicità) della delibera di fusione e scissione assunta dall’associazione non riconosciuta (né ETS).*

2. *L’atto di fusione e di scissione in operazioni nelle quali partecipano esclusivamente associazioni non riconosciute né ETS deve rivestire la forma pubblica ai sensi dell’art. 2504*

c.c. (e 2506 ter ultimo comma c.c.) come richiamato dall’art. 42 bis c.c.

3. *A differenza di quanto previsto dall’ultimo comma dell’art. 42 bis c.c. con riferimento all’iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche e nel Registro unico nazionale del Terzo settore, per le operazioni di fusione e scissione alle quali partecipano (sia come enti di partenza che come enti di destinazione) esclusivamente associazioni non riconosciute né ETS non sussiste alcun onere pubblicitario con effetti analoghi a quelli conseguenti all’iscrizione nel Registro delle Imprese.*

Ne consegue: a) non occorre attendere alcun termine tra delibera (di fusione o scissione) e atto pubblico per l’esercizio dell’opposizione; b) non trova applicazione la preclusione di cui all’art. 2504 quater comma 1 c.c. e l’efficacia “sanante” della pubblicità ivi prevista.

In particolare il Codice del Terzo settore sin dal 3 agosto 2017, per il tramite dell’introduzione dell’art. 42 bis nel codice civile, oblitera l’ammissibilità della fusione e della scissione fra enti del Primo

Libro¹⁷ e altresì vengono precisate alcune circostanze.:

- "Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili."
- "Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore".

3.L'UPGRADE RAPPRESENTATO DALLA SCISSIONE CON SCORPORO EX D.LGS. 2 MARZO 2023, N. 19 CODICE CIVILE, ART. 2506.1; 2506-BIS; 2506-TER

Da un punto di vista tecnico giuridico vengono individuate due metodologie concorrenti di definizione della fattispecie:

- 1) la tecnica del rinvio mediato dal canone ermeneutico della compatibilità;
- 2) la predisposizione di regole di disciplina.

Il recepimento da parte del legislatore italiano delle nuove disposizioni europee su trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere ha comportato l'introduzione nel nostro ordinamento della scissione mediante scorporo con queste modalità basiche, applicabili al caso di specie:

- a) *viene prevista una scissione a favore di una o più società di nuova costituzione (anche se questa caratteristica è stata superata nell'interpretazione della norma, come si vedrà in seguito);*
- b) *Gli oneri pubblicitari sono assolti mediante iscrizione delle relative formalità per gli enti del Terzo settore (di seguito ETS) nel Registro unico nazionale del Terzo settore (di seguito RUNTS) e per gli altri enti riconosciuti nel Registro delle Persone giuridiche tenuto dalle Prefetture o dalle Regioni*
- c) a fronte del conferimento di uno o più *asset* le partecipazioni della/e società beneficiaria/e sono assegnate alla società scissa e non ai suoi soci;
- d) la società scissa prosegue la sua attività.

Senza porsi a questo punto il problema di una eventuale scissione trasformativa.

3.LA MODALITA' ALTERNATIVA/SURROGATORIA DEL CONFERIMENTO.

Da un punto di vista tecnico- pratico questo tipo di scissione non configura una alternativa al conferimento/cessione dei beni ma è

¹⁷ Conforme M. V. DE GIORGI, *Le vicende modificative ed estintive*, in M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, 445.A. FUSARO, *Operazioni straordinarie degli enti del terzo settore*, cit.

essa stessa un conferimento, che afferisce all'ambito delle operazioni di riorganizzazione aziendale o di gruppo, per separare determinati settori di attività, creare *holding* e *sub-holding* ecc.

Come noto, l'art. 42-*bis* del Codice civile - introdotto dall'art. 98, comma 1, del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, di seguito CTS) - ammette che, se non espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni possono operare reciproche trasformazioni, fusioni e scissioni, rinviandosi per la relativa disciplina alle disposizioni in materia societaria in quanto compatibili.

Vengono meno in questo caso quelli che erano stati definiti i presupposti di una operazione straordinaria trasformativa e segnatamente di una scissione trasformativa.

Pertanto l'obbligo di continuazione non necessariamente comporta che l'attività esercitata dopo la scissione sia la medesima. *Ad abundantiam*, si consideri che il Consiglio notarile di Milano Massima n. 209 del 7 novembre 2023 della Commissione Società considera legittima una scissione mediante scorporo, anche nei confronti di società beneficiarie preesistenti.

Sul punto si è espresso il Comitato notarile del Triveneto, che ha pubblicato le massime L.G.1 e L.G.2 con le quali è stato ritenuto legittimo che, anche in un unico contesto (e quindi a favore di un'unica società beneficiaria): si effettui la scissione con scorporo di due società scisse; si effettuino la scissione con scorporo di una società e la scissione "ordinaria" di un'altra società; la stessa società scissa effettui sia una scissione con scorporo sia una scissione ordinaria.

4. CARATTERI DELLA SCISSIONE CON SCORPORO

1) A fronte del conferimento di uno o più *asset*, le partecipazioni della/e società beneficiaria/e sono assegnate alla società scissa e non ai suoi soci.

2) La società scissa prosegue la sua attività. Questo tipo di scissione, che sostanzialmente si configura come una operazione di conferimento, può essere di interesse, nell'ambito di operazioni di riorganizzazione aziendale o di gruppo, per separare determinati settori di attività, creare *holding* e *sub-holding* ecc.

Il decreto di recepimento ha introdotto nel Codice civile il nuovo art. 2506.1 che, modificando parzialmente la definizione della Direttiva, afferma che con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e le relative azioni o quote a sè stessa, continuando la propria attività. La partecipazione alla scissione non

è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.

Sono stati, inoltre, integrati gli artt. 2506-bis Codice civile, con la previsione relativa:

- al contenuto del progetto di scissione mediante scorporo;
- al art. 2506-ter Codice civile, in due punti, per prevedere la disapplicazione alla scissione mediante scorporo delle disposizioni relative alla redazione della situazione patrimoniale (art. 2501-quater), della relazione illustrativa dell'organo amministrativo (art. 2501-quinquies), della relazione degli esperti sul rapporto di cambio (art. 2501-sexies) e la disapplicazione del diritto di recesso di cui agli artt. 2473 e 2502 del Codice civile;
- deve trattarsi di una scissione parziale: l'art. 2506-bis Codice civile afferma chiaramente che lo scorporo deve avere per oggetto parte del patrimonio¹⁵;
- deve avvenire, secondo la definizione del Codice civile, a favore di una o più società di nuova costituzione. Questo requisito, introdotto dalla legge di recepimento (nella Direttiva non è presente), è stato ritenuto disapplicabile dalla prassi notarile, che ha ammesso la scissione mediante scorporo a favore di una o più società già costituite (o in parte costituite e in parte di nuova costituzione); l'estensione dell'ambito di operatività della scissione mediante scorporo proposta dal Consiglio notarile di Milano e dal Comitato notarile del Triveneto ha alcune conseguenze sulla procedura dell'operazione, come si dirà in seguito;
- le azioni o le quote della beneficiaria vengono attribuite alla scissa e non ai soci della scissa. Questa caratteristica fa sì che nel patrimonio della scissa si operi una "sostituzione" degli asset che vengono assegnati alla beneficiaria con le partecipazioni, a invarianza di valori (che è la ragione per cui il progetto di scissione è previsto in forma semplificata), e pertanto senza riduzione del patrimonio netto contabile della scissa;
- è escluso il diritto di recesso in capo ai soci della scissa.

5. SCORPORO E CONFERIMENTO

La dottrina che si è occupata del tema e, in modo particolare, la fattispecie che vede coinvolte il Frassino e la Fondazione Santa Maria delle Tre Fontane, ci confortano sul risultato ottenibile.¹⁸ La

¹⁸ Si veda sul punto Studio n. 45/2023 del Consiglio Nazionale del Notariato, cit., ai sensi del quale lo scorporo non determina alcun mutamento dell'entità della partecipazione sociale, ma soltanto una modifica della composizione del patrimonio sociale. *Il diritto di recesso in capo ai soci dovrebbe essere riconosciuto nelle ipotesi di scissione mediante scorporo quando si realizza un mutamento dell'attività che costituisce l'oggetto sociale nella scissa o nella beneficiaria, se*

scissione mediante scorporo e una operazione di conferimento raggiungono lo stesso risultato, attraverso due procedure diverse e con alcuni elementi di distinzione, anche di natura fiscale, per cui la scelta dell'una o dell'altra si risolve in opzioni in cui il dato differenziale è determinante del consenso.

Al conferimento, come noto, si riconosce natura gestoria e traslativa (per cui, nel caso abbia ad oggetto beni immobili, è necessario l'inserimento in atto di tutte le menzioni relative alla conformità catastale e urbanistico edilizia, alla prestazione energetica, alla garanzia per evizione ecc.), ed è richiesta la predisposizione di una relazione di stima dei beni che vengono conferiti

La scissione viene fatta rientrare tra le operazioni di riorganizzazione aziendale in continuità, o tra le vicende successive, che non richiedono, anche in caso di assegnazione di immobili, le menzioni anzidette né la relazione di stima.

A fronte di ciò è riconosciuto ai creditori il diritto di fare opposizione all'operazione.

Altro elemento distintivo riguarda i beni che possono essere oggetto di conferimento (beni mobili e/o immobili, partecipazioni, aziende o rami di azienda), e di scissione: in quest'ultimo caso possono essere prese in considerazione anche voci di patrimonio netto negativo (debiti e/o passività).

I beni oggetto di scissione mediante scorporo (secondo l'art. 51 del D.Lgs. n. 19/ 2023) possono essere "attività e passività" e pertanto si ritiene che non sia necessario che si tratti di aziende o rami d'azienda, ben potendo essere assegnati anche singoli beni e/o posizioni creditorie o debitorie.

1. I tratti differenziali

Dal momento che, a fronte dell'assegnazione alla società beneficiaria degli asset, indicati nel progetto di scissione, la società scissa riceve in cambio partecipazioni della beneficiaria (azioni o quote), tratto qualificante della scissione mediante scorporo è che

preesistente. Peraltro nelle società per azioni le operazioni di fusione o di scissione non danno mai luogo al recesso.

Sul punto anche lo Studio n. 45/2023 del Consiglio Nazionale del Notariato, cit., e il Documento di Ricerca del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili del 14 febbraio 2024 dal titolo "La scissione mediante scorporo: analisi della disciplina civilistica e profili applicativi", cit. Si tenga altresì presente che:

L'art. 2506.1 c.c. parla solo di "parte del patrimonio", senza specificare la natura degli asset che possono essere assegnati alla/ e beneficiaria/e, né richiama la nozione di attività e passività di cui all'art. 51 del D.Lgs. n. 19/2023.

L'art. 2506-bis c.c. prevede per la scissione che possa essere assegnato alla beneficiaria qualsiasi elemento patrimoniale e quindi, secondo interpretazione uniforme, sia elementi dell'attivo che del passivo.

la posta contabile corrispondente ai beni che vengono assegnati viene mantenuta a fronte dell'acquisizione della partecipazione della società.

Sorge in capo ai creditori il diritto di fare opposizione all'operazione, e la procedura è più complessa. Secondo l'art. 51 del D.Lgs. n. 19/ 2023 possono essere "attività e passività", e pertanto si ritiene che non sia necessario che si tratti di aziende o rami d'azienda, ben potendo essere assegnati anche singoli beni e/o posizioni creditorie o debitorie

In questo, l'operazione di scissione si differenzia da quella di conferimento in base ad un principio di invarianza dei valori, che giustifica il fatto che non sono richiesti nel progetto di scissione una serie di documenti che solitamente ne fanno parte.

2. Il progetto di scissione e scansione iter procedurale

Si segue l'iter tradizionale con integrazioni:

- a) predisposizione e approvazione del progetto di scissione e b) predisposizione della documentazione complementare documentazione da parte dell'organo amministrativo della società
- c) relativo deposito nel registro delle imprese ovvero pubblicazione sul sito internet della società a norma dell'art. 2501-ter, commi 3 e 4 Codice civile, nel caso di società mentre si rinvia infra per le persone giuridiche e gli enti c.d. ETS
- d) deliberazione assembleare per l'approvazione del progetto ,atto di scissione decorsi 60 giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese, in assenza di opposizione da parte dei creditori sociali.

3. Il contenuto del progetto

Si tratta di un progetto semplificato rispetto a quello ordinario, a meno che non si sia in presenza di scissione mediante scorporo a favore di società preesistenti o di scissione che

comporti anche una operazione di tipo trasformativo (quando ad esempio la scissa sia una società di persone e la beneficiaria una società di capitali, nel qual caso si ritiene necessaria la perizia di stima di cui all'art. 2501-sexies, comma 7, Codice civile).

In particolare l'art. 2506-bis c.c., comma 4, Codice civile prevede che non sia necessaria l'indicazione nel progetto di scissione del rapporto di cambio delle azioni o quote, e di eventuali conguagli; delle modalità di assegnazione delle azioni o delle quote; della data dalla quale le azioni o quote partecipano agli utili; del trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; o di altro contenuto incompatibile con l'assegnazione delle azioni o quote della/e società beneficiaria/e alla società scissa anziché ai soci.

Inoltre, non si applicano, in base all'art. 2506-bis, comma 4, Codice civile, l'obbligo di redazione della situazione patrimoniale (art. 2501-*quater* Codice civile), della relazione dell'organo amministrativo (art. 2501-*quinquies* Codice civile) e della relazione dell'esperto sulla congruità del rapporto di cambio (art. 2501-*sexies* Codice civile).

Non sono previste deroghe ai termini ordinari.

Gli effetti civilistici, contabili e fiscali decorrono dal giorno di iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese del luogo in cui si trova la sede della società beneficiaria.

4. Aspetti fiscali

Per quanto riguarda infine la fiscalità dell'operazione di scissione mediante scorporo, in assenza al momento di disposizioni specifiche, trova applicazione la disciplina ordinaria prevista per le operazioni di scissione, e pertanto il regime della neutralità fiscale.

5. Il regime pubblicitario

L'art. 42-bis del Codice civile, introdotto dall'art. 98, comma 1, del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 11712 prevede al comma 1 che "Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni".

Ai sensi del comma 2, gli oneri pubblicitari degli atti per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono assolti mediante iscrizione:

- nel Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS) istituito ai sensi del D.Lgs. n. 117/2017 per gli enti del Terzo settore;
- nel Registro delle persone giuridiche tenuto dalle Prefetture e dalle Regioni ai sensi del D.P.R. n. 361/20017 per gli altri enti

riconosciuti.

Sempre il comma 2 dispone che alle operazioni straordinarie degli enti del libro I si applichino le disposizioni in materia societaria in quanto compatibili.

6. Perimetro applicativo della scissione con scorporo

È pertanto evidente che la scissione mediante scorporo trova applicazione, in virtù dell'art. 42-bis Codice civile, agli enti di cui al Libro I del c.c. ovvero ai seguenti enti che non perseguono finalità lucrative:

- associazioni non riconosciute;
- associazioni riconosciute;
- fondazioni.

7. La segmentazione delle fasi procedurali.

L'applicazione della scissione mediante scorporo agli enti del Libro I prevede a monte una verifica di compatibilità delle regole previste per le società commerciali applicate a quelle degli enti senza scopo di lucro.

E' necessario predisporre:

- 1) Atto costitutivo e statuto: come indicato anche dalla lettera dell'art. 42-*bis* Codice civile, lo statuto dell'ente non deve prevedere un espresso divieto di intraprendere l'operazione di scissione.
- 2) In ossequio del principio della c.d. barriera causale degli enti del Libro I, che costituisce clausola di salvaguardia e limite invalicabile per l'applicazione di strutture e procedure del libro V che siano eversive dello scopo dell'ente in oggetto. della Finalità dell'ente: gli enti del Libro I non possono perseguire finalità lucrative, deve essere fatta una ricognizione sull'intaccabilità dello scopo dell'ente oggetto di scissione. L'assenza dello scopo di lucro deve intendersi riferita al lucro soggettivo: pur essendo ammissibile (anzi auspicabile) il con- seguimento di utili, questi non possono, neanche indirettamente, essere distribuiti tra gli associati o i partecipanti a qualunque titolo alla struttura e alla vita dell'ente ma dovranno essere reimpiegati nelle attività istituzionali per il perseguimento delle finalità proprie di ciascuna organizzazione.
- 3) Si deve procedere ad una valutazione del patrimonio nonché della destinazione dei beni: i beni facenti parte del patrimonio degli enti non lucrativi sono soggetti ad un vincolo di destinazione legato alle finalità istituzionali, espresso chiaramente per gli Enti del Terzo Settore dall'art. 8, comma

1, del D.Lgs. n. 117/2017: “Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell’attività statutaria ai fini dell’esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”.

8. La disapplicazione della normativa di diritto comune.

Deve altresì valutarsi la presenza di uno *ius singulare* in questa specifica fattispecie (nel senso che si apprezza un *manare latissime* di disapplicazione del diritto comune che afferisce alle operazioni straordinarie).

Le associazioni e fondazioni integrano le norme contenute negli articoli del Libro I del Codice civile con discipline speciali quali il Codice del Terzo Settore e la disciplina dell’Impresa sociale.

Può verificarsi la necessità di eventuali autorizzazioni: per alcune categorie di enti potrebbe essere richiesta l’autorizzazione dell’autorità pubblica. Basti pensare alle associazioni e fondazioni che hanno acquisito la qualifica di Impresa Sociale ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. n. 112/2017, di cui ci occuperemo con riferimento agli aspetti procedurali

9. I limiti dell’operazione.

Pur ribadendo che in linea di principio la scissione mediante scorporo è applicabile a tutte le categorie di enti non lucrativi sopra descritti (associazioni riconosciute e non riconosciute e fondazioni, abbiano o meno la qualifica di ente del Terzo settore), non si può nascondere che questo tipo di operazione in esame incontra alcune limitazioni e complessità legate alle specificità degli enti del Libro I.

Le ragioni per cui gli enti del Libro I potrebbero valutare la scissione mediante scorporo potrebbero essere legate alla intangibilità di quegli interessi generali perseguiti ex art 5 CTS che a) continuerebbero; b) non risulterebbero intaccati.

10. La rilevanza dell’oggetto sociale

Nell’immaginare un’operazione di scissione mediante scorporo tra enti del Libro I deve tenersi conto delle peculiarità dell’ente oggetto di scissione e di quello beneficiario.

- 1) E’ necessaria l’esistenza di una pluralità di associati per la costituzione di una associazione. Si può utilizzare la scissione mediante scorporo se non quando la beneficiaria sia una associazione già costituita.
- 2) La fondazione o l’associazione oggetto di scissione non possono essere socio unico come invece può avvenire per le società di

capitali.

- 3) Va posta attenzione anche alla scissione mediante scorporo che abbia come beneficiaria una fondazione di tipo tradizionale, in quanto non permette all'ente scisso di assumere la qualifica di socio, per l'assenza dell'elemento personalistico tipico della fondazione. Può viceversa essere valutata la percorribilità della scissione nel caso in cui beneficiaria sia una fondazione di partecipazione.
- 4) Nella corretta individuazione del tipo di scissione applicabile al caso concreto, va anche tenuto conto che la disciplina codicistica e la prassi già prevedono tipi di scissione che consentono forme diversificate di partecipazioni e che possono essere utilmente impiegate per gli enti del Libro I.

11. Il recesso.

Quanto alla previsione del diritto di recesso prevista per la scissione mediante scorporo in ambito societario, si può ritenere che per gli enti del Libro I, non sussistendo un diritto alla liquidazione della quota, prevalga il diritto delle società. In altre parole lo scorporo si impone come *instrumentum* di riorganizzazione della struttura, anche per separare le attività commerciali da quelle non commerciali oppure per scorporare alcune tipologie di attività che richiedono un grado di complessità più elevato rispetto ad altre o, ancora, per separare le attività di gestione dal patrimonio, anche immobiliare.

Richiamando quanto detto nella prima parte sul requisito della continuità dell'attività della scissa richiesto dall'articolo art. 2506.1 Codice civile, e in particolare sulla possibilità per l'ente scisso di modificare il proprio oggetto sociale, va precisato che qualora l'ente scisso goda della qualifica di ente del Terzo settore, l'attività deve in ogni caso principio di libertà di recedere dall'associazione ex art. 24, comma 2, Codice civile ai sensi del quale "L'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato.

La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima".

Questa disposizione, prevista per le associazioni riconosciute, è considerata applicabile dalla giurisprudenza anche a quelle prive di personalità giuridica.

Con riferimento a questo aspetto, non si rilevano differenze tra la scissione mediante scorporo in ambito societario e quella che ha ad oggetto gli enti del Libro I

La tecnica del rinvio *tout court* alle disposizioni dettate per le società "in quanto compatibili" contenuto nell'art. 42-*bis* Codice

civile impone, come visto, agli operatori e ai professionisti coinvolti uno sforzo interpretativo di non poco conto che non può certo esaurirsi in questo articolo e che è destinato a svilupparsi nel tempo²².

E questo vale anche per la procedura applicabile alla scissione mediante scorporo.

12. Gli adattamenti del libro I

Le fasi della procedura sono le stesse della scissione mediante scorporo tra società lucrative, con i necessari adattamenti.

- 1) Fase preliminare - Il procedimento è avviato con la predisposizione e approvazione da parte dell'organo amministrativo dell'ente scisso del progetto di scissione che, come riportato nella parte dedicata alle società, nella scissione mediante scorporo prevede diverse semplificazioni.

Preme sottolineare che qualora la scissione comporti anche un'operazione di tipo trasformativo (ad esempio nel caso in cui la scissa sia una associazione non riconosciuta e la beneficiaria una fondazione), trovano applicazione anche le norme proprie della trasformazione. Come in ambito societario, le semplificazioni al progetto di scissione e quelle di cui all'art. 2506-ter Codice civile previste per la scissione mediante scorporo non si applicano alla scissione trasformativa tra enti del Libro I, così come alla scissione a favore di beneficiaria/e già costituita/e.

La scissione mediante scorporo può essere configurata anche come scissione eterogenea, ad esempio quando la scissa è un ente del Libro I e la beneficiaria una società, o quando è una società a scindersi a favore di enti del libro I.

Nel primo caso la configurabilità della scissione deve tenere conto del disposto dell'art. 2500-*octies*, comma 3, Codice civile.¹⁹

.Fase deliberativa - L'organo competente (nelle associazioni, l'assemblea; nelle fondazioni il consiglio di amministrazione, tenuto conto che nelle fondazioni di partecipazione potrebbe essere un organo diverso dal consiglio di amministrazione) approva il progetto di fusione, con i *quorum* costitutivi e deliberativi previsti per le modificazioni dello statuto.

- 2) Fase attuativa - Il procedimento si conclude decorso il termine di 60 giorni dall'iscrizione della delibera di approvazione del progetto nei registri di riferimento, in assenza di opposizione dei creditori con la sottoscrizione dell'atto di scissione nella forma

¹⁹ Il progetto deve essere depositato nel registro al quale l'ente è iscritto, come visto in precedenza: per l'ente del Terzo settore nel RUNTS, per l'impresa sociale nel registro delle imprese, per l'ente non ETS nel registro delle persone giuridiche presso la Prefettura o presso la Regione competente territorialmente.

dell'atto pubblico.

A questo proposito è bene precisare che il principio esposto per le società in base al quale l'operazione di scissione è fiscalmente neutra vale a dire che non è suscettibile di produrre componenti positivi né negativi di reddito, si applica agli enti diversi dalle società limitatamente ai beni gestiti in regime di impresa.

Nel caso in cui l'operazione avvenga tra enti non commerciali, si applica l'imposta di registro nella misura proporzionale del 3% (art. 9 tariffa parte i allegata al d.r.r. n. 131/1986), fatti salvi regimi di favore, quale quello previsto dall'art. 82 del cts per gli enti del terzo settore.²⁰

²⁰ Le scissioni delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere.

La procedura di scissione deve pertanto tenere conto delle disposizioni del Decreto ministeriale del 27 aprile 2018, e l'efficacia dell'atto di scissione è subordinata all'autorizzazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, che si intende concessa dopo il decorso di 90 giorni dalla ricezione della notificazione che l'organo amministrativo deve effettuare quando intende procedere all'operazione.

Ciò che il Ministero deve valutare è la conformità dell'operazione a quanto prevede il decreto del 2018 e cioè che siano preservati l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio e il perseguimento delle attività di interesse generale di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 112/2017 e delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere.

La procedura di scissione deve pertanto tenere conto delle disposizioni del Decreto ministeriale del 27 aprile 2018, e l'efficacia dell'atto di scissione è subordinata all'autorizzazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, che si intende concessa dopo il decorso di 90 giorni dalla ricezione della notificazione che l'organo amministrativo deve effettuare quando intende procedere all'operazione.

Ciò che il Ministero deve valutare è la conformità dell'operazione a quanto prevede il decreto del 2018 e cioè che siano preservati l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio e il perseguimento delle attività di interesse generale di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 112/2017 e delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere.

Con la odv non vi è la fuoriuscita di beni e attività da un regime fiscale di favore rispetto all'onlus fondazione.

A riguardo la dottrina ha notato che, con l'entrata in vigore del Codice del Terzo settore e l'operatività del RUNTS, molti enti hanno avviato un percorso di riflessione che spesso ha superato la mera decisione se assumere o meno la qualifica di ETS, e si è concretizzato - anche grazie agli importi di patrimonio minimo fissati dal CTS - in un processo di riorganizzazione della struttura, che ha dato luogo a molte operazioni di trasformazione, di fusione e scissione. La scissione mediante scorporo potrebbe essere una ulteriore opportunità per realizzare queste operazioni di riassetto e ottimizzazione della struttura.

SEZIONE II

APPLICAZIONE DELL'ART. 42BIS C.C. ALL'IPOTESI SCISSIONE TRADIZIONALE ANTE MODIFICA

1. Premessa

In questo caso l'analisi è estesa per completezza anche agli enti non ETS e alle associazioni non riconosciute.

Le semplificazioni attengono all'appartenenza di questi enti alla categoria enti senza impresa. L'atto deve rivestire la forma pubblica notarile.

Non pare vi siano ragioni per ritenere non integrato il giudizio di non incompatibilità tra le predette norme e il sistema dettato per le associazioni non riconosciute, non foss'altro che la forma pubblica *ad substantiam* trova applicazione per i medesimi atti cui partecipano associazioni riconosciute o ETS.

2. Il controllo omologatorio

Ci si può interrogare circa le verifiche che devono essere compiute dal Notaio che riceve l'atto pubblico di fusione/scissione a fronte di delibere non verbalizzate in forma notarile. Ebbene, rientra nella diligenza professionale la verifica circa lo svolgimento della delibera (di fusione e scissione) e relativa verbalizzazione e più precisamente la verifica dell'adempimento del procedimento di fusione/scissione. In via di opportunità, è possibile a questo riguardo consigliare di: allegare all'atto di fusione copia della relativa delibera; fare effettuare una dichiarazione sostitutiva al legale rappresentante in ordine all'avvenuta deliberazione; fare riportare la delibera in libri previamente vidimati.

3. Il sistema pubblicitario

Verificato il profilo della forma nella sua rilevanza *ad substantiam*, occorre soffermarsi sul secondo aspetto problematico e ad esso strettamente connesso ovvero quello della pubblicità. La dottrina si è interrogata circa la sussistenza di qualche forma di pubblicità per gli atti dei procedimenti di fusione e scissione ai quali partecipino enti non riconosciuti né ETS⁵. A questo riguardo pare ragionevole osservare che in tali casi non sussiste alcuna forma di pubblicità con effetti analoghi a quelli dell'iscrizione al registro delle imprese, con tutto ciò che ne consegue e ciò per una serie di ragioni:

In particolare l'ultimo comma dell'art. 42 bis c.c. contiene, secondo quanto *supra* espresso, una norma di disciplina: "*gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore*". Tale

previsione estende gli effetti di un regime pubblicitario tipico quale l'iscrizione nel Registro delle Imprese (effetti non solo di opponibilità, ma anche di stabilità degli atti con importanti conseguenze anche sul piano rimediabile) all'iscrizione in altri pubblici registri (RPG e RUNTS).

Il tutto in forza di una espressa previsione normativa dal momento che il sistema pubblicitario con effetti dichiarativi (sia in ambito immobiliare che societario) ha carattere tipico e tassativo. Non pare dunque possibile estendere in via analogica l'intero sistema della pubblicità del Registro imprese con i relativi effetti a fattispecie che nulla hanno a che fare con la pubblicità in registri ma che appaiono prassi/strumenti di conoscenza/conoscibilità. Né si può trarre dall'art. 2267 c.c. in punto di società semplice⁶ argomenti che muovono in senso opposto. Proprio tale previsione normativa dimostra che per raggiungere l'obiettivo della opponibilità a terzi di limitazioni di responsabilità dei soci è occorso un intervento del legislatore che ha attribuito rilevanza a "mezzi idonei" di conoscenza.

Una conclusione alternativa non è giustificata sulla base dell'esigenza di protezione dei diritti dei creditori dell'ente. E' bene ricordare che lo strumento dell'opposizione nelle società di capitali ha l'obiettivo di bilanciare l'esigenza prioritaria di stabilità degli atti societari con il rischio dei creditori sociali di essere pregiudicati da un utilizzo non conforme all'ordinamento di alcune tecniche di modificazione dell'assetto organizzativo

Né si può parlare di una disparità di trattamento con le associazioni iscritte in pubblici registri⁸, per le quali opera l'ultimo comma dell'art. 42 bis c.c. Il trattamento è differenziato perché diverso è il regime di pubblicità e, quindi, di articolazione della responsabilità patrimoniale. Per le associazioni non riconosciute non sussistendo un regime di pubblicità legale, non opera il beneficio di limitazione della responsabilità patrimoniale proprio della persona giuridica.

Alla luce di quanto osservato, con riferimento all'ambito che qui ci occupa è possibile formulare le seguenti considerazioni:

-non sussiste un regime legale di pubblicità degli atti (decisione e atto di fusione/scissione): non vi è al riguardo un'estensione normativa, presente invece per gli enti riconosciuti e gli ETS, né tale regime può essere esteso in via interpretativa a forme di conoscenza/conoscibilità *praeter legem*.

-non deve decorrere alcun termine tra la decisione di fusione/scissione e l'atto.

- non trova applicazione l'art. 2504 quater c.c. secondo il quale "eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno

eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione”. L’esigenza di stabilità degli atti societari espressa dall’art. 2504 quater c.c. fonda lo strumento rimediabile ex ante dell’opposizione e, dunque, presuppone un meccanismo legale di pubblicità. Nel caso in cui vi siano enti senza personalità giuridica ove l’ente e per esso i propri organi intendano perseguire il risultato di stabilità legale, avranno l’onere di ricorrere quanto meno al riconoscimento della personalità giuridica. In altri termini, così come l’effetto della specializzazione/articolazione della responsabilità patrimoniale è ex lege subordinato a forme di pubblicità diversamente articolate, a seconda del ricorso allo strumento della “entificazione” o a quello della destinazione di beni, così l’effetto (il “beneficio”) della stabilità degli atti proprio delle società di capitali richiede la sussistenza di un meccanismo di pubblicità all’interno di un procedimento tipico

A livello rimediabile, infine, è ragionevole ritenere che troveranno applicazione gli ordinari strumenti che l’ordinamento appresta a protezione dei creditori e dei terzi in genere. In particolare non vi sono ragioni per escludere la possibilità di fare ricorso all’azione revocatoria¹¹ e all’azione di nullità.

4. Tipi di operazioni, procedimento e corredo documentale

Partendo dalle conclusioni che precedono, si passa ad affrontare nel dettaglio e nel concreto il regime delle operazioni straordinarie oggetto di esame. L’analisi che segue rappresenta dunque il risultato dell’applicazione del criterio di “non incompatibilità” tra norme di diritto societario richiamate dall’art. 42 bis c.c. e norme e caratteristiche delle ANR²¹ non ETS interessate dalle operazioni straordinarie.

5. Tipi di operazioni straordinarie

- Le ANR non ETS possono procedere in linea di principio a tutte le forme previste di fusione e di scissione.

Non si rinvencono incompatibilità di principio tra i vari tipi di fusione e di scissione e la natura degli enti in esame. Si ritengono perciò ammissibili:

-la fusione sia per incorporazione che con costituzione di nuova ANR;
-la scissione sia parziale che totale, sia a favore di ANR beneficiaria preesistente che di nuova costituzione.

- Non pare ipotizzabile la scissione non proporzionale di cui all’art. 2506-bis, quarto comma, ultimo disposto, c.c. ove si prevede l’attribuzione di partecipazioni non proporzionali, concetto per definizione estraneo agli enti in questione. E

²¹ Associazione non riconosciuta

analogamente e per gli stessi motivi non pare ipotizzabile una scissione asimmetrica che è caratterizzata da una mancata attribuzione di partecipazioni nella beneficiaria ai soci della scissa compensata però da una loro maggior partecipazione in quest'ultima. Il concetto di misura della partecipazione è irrilevante per definizione nelle ANR.

- Si applica anche alle ANR NON ETS la sequenza progetto-delibera-atto. La sequenza delineata dal legislatore per le società appare pienamente compatibile con la natura degli enti in esame e degli interessi coinvolti dall'operazione.

6. La predisposizione e il contenuto del progetto

La predisposizione del progetto compete in linea di principio agli organi amministrativi delle due associazioni coinvolte.

Contenuto del progetto: dal progetto devono in ogni caso risultare (art. 2501 ter C.C.):

- 1) il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle ANR partecipanti alla fusione/scissione;
- 2) l'atto costitutivo della nuova ANR risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione; identica prescrizione nella scissione con riferimento a scissa e beneficiaria;
- [3) *il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro;*
- 3) *le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;*
- 4) *la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;]*
- 3) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle ANR partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della ANR che risulta dalla fusione o di quella incorporante; idem per scissione;
- 4) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di ASSOCIATI;
- 5) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle ANR partecipanti alla fusione/scissione.

Si applicano le seguenti avvertenze:

-I numeri 3-4-5 dell'art. 2501 ter C.C. sono elementi non compatibili con le ANR NON ETS e non debbono perciò essere indicati nel progetto

in quanto presuppongono che la partecipazione agli enti coinvolti nell'operazione siano azioni o quote che attribuiscono rilevanza alla misura della partecipazione al capitale dell'ente e diritto ad utili di esercizio, concetti entrambi estranei alle ANR non ETS.

- Valgono per il resto le stesse regole. E dunque, in particolare, oltre

a quanto precede, per le scissioni:

- Nel progetto di scissione, devono essere inseriti (art. 2506 bis c.c.) l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle ANR beneficiarie.
- Se la destinazione di un elemento dell'attivo non è desumibile dal progetto, esso, nell'ipotesi di assegnazione dell'intero patrimonio della ANR scissa, è ripartito tra le ANR beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse; se l'assegnazione del patrimonio della ANR è solo parziale, tale elemento rimane in capo alla ANR trasferente.
- Degli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, nel primo caso, le ANR beneficiarie, nel secondo la ANR scissa e le ANR beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna ANR beneficiaria.
- Nessuna forma di pubblicità del progetto è ipotizzabile.

Il Progetto non può essere pubblicato ed iscritto nel Registro Imprese con effetti all'esterno. Il progetto deve invece essere depositato presso la sede delle ANR coinvolte a disposizione dei soci. In alternativa, sul sito Internet dell'ente. Ma sempre ed esclusivamente con finalità informativa degli associati.

Si possono ipotizzare e risultano facoltizzate eventuali forme di pubblicità "all'esterno" volontariamente poste in essere dagli enti coinvolti (sito Internet, comunicazioni ad personam ai creditori) che però non rivestono alcuna efficacia legale predeterminata.

preclusivo della tutela giurisdizionale dei terzi alla luce delle considerazioni di cui alla massima n. 3 della parte prima che precede.

7. Altri documenti

- Si ritiene sussistere l'obbligo di predisporre una situazione patrimoniale per le ANR coinvolte.

La situazione patrimoniale non ha la funzione esclusiva di fissare i termini del rapporto di cambio (irrilevante nella fattispecie) ma assolve anche, se non prevalentemente, alla finalità di informare gli associati sulle condizioni patrimoniali e finanziarie degli enti coinvolti. Proprio per questo è un adempimento obbligatorio, rinunciabile con il consenso di tutti gli associati.

- Il termine di anteriorità della situazione patrimoniale (quattro mesi, sei se si utilizza il bilancio di esercizio) sarà rispetto alla data di deposito presso la sede sociale, analogamente a quanto avviene per le società.
- Quanto alla forma, la situazione patrimoniale non deve avere la veste del bilancio di esercizio delle società di capitali ma dovrà

essere un documento che rispetta le prescrizioni che incombono sugli enti no-profit in base ai principi contabili loro applicabili.

- Si ritiene sussistere l'obbligo di predisporre una relazione degli amministratori illustrativa delle ragioni della fusione/scissione al fine di informare gli associati. Rinunciabile con il consenso di tutti gli associati.
- Non sussiste l'obbligo di predisporre la relazione dell'esperto sul rapporto di cambio: nessun rapporto di cambio è compatibile con la natura degli enti coinvolti; nessun aumento di capitale dell'incorporante/beneficiaria è ipotizzabile a servizio della fusione/scissione.

L'eventuale incremento del fondo comune è una conseguenza contabile, che non rappresenta la misura della partecipazione degli associati negli enti interessati.

I documenti di cui ai due punti che precedono non sono richiesti in caso di scissione "proporzionale" ex art. 2506 ter comma 3 Codice Civile. con costituzione di nuova ANR beneficiaria.

8. Deposito preventivo di atti e documenti (art. 2501 septies)

- Si ritiene sussistere l'obbligo di deposito preventivo presso la sede dei documenti indicati dall'art. 2501 septies c.c. in quanto posto nell'interesse degli associati e di una loro adeguata informativa prima di approvare il progetto. In alternativa, si ritiene possibile procedere alla loro pubblicazione sul sito internet dell'ente.

Si applica l'art. 2505 quater cod. civ. che rappresenta una delle concrete attuazioni date dal legislatore all'indicazione contenuta nella legge-delega di "semplificare e precisare il procedimento" di fusione/scissione, da coniugarsi con l'esigenza di rispettare i vincoli di derivazione comunitaria, direttamente applicabili alle sole società per azioni che rappresentano il paradigma societario per il legislatore europeo.

In ordine al dimezzamento dei termini alle operazioni di scissione, si rinvia alle conclusioni del dibattito in materia di società stante il mancato richiamo dell'art. 2505 quater per tale operazione. (ovvero si tratta di mancato coordinamento e si applica comunque).

-Il deposito si ritiene debba avvenire dunque nel termine di 15 giorni (30 in caso di scissione) prima della decisione di approvazione del progetto da parte degli associati, termine rinunciabile con il consenso unanime di tutti gli associati ex art. 2501 septies I comma codice civile.

In sintesi, devono restare depositati in copia nella sede delle ANR partecipanti alla fusione/scissione ovvero pubblicati sul sito Internet delle stesse, durante i quindici/trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione/scissione, salvo che gli associati



rinuncino al termine con consenso unanime, e finché la fusione/scissione sia decisa:

- 1) il progetto di fusione/scissione con le relazioni, ove redatte, indicate negli articoli 2501- quinquies;
- 2) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle ANR partecipanti alla fusione/scissione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e la revisione legale;
- 3) le situazioni patrimoniali delle ANR partecipanti alla fusione ove redatte a norma dell'articolo 2501-quater, primo comma.

Gli associati hanno diritto di prendere visione di questi documenti e di ottenerne gratuitamente copia. Su richiesta dell'associato le copie gli sono trasmesse telematicamente. La ANR non è tenuta a fornire copia dei documenti, qualora gli stessi siano stati pubblicati sul sito Internet dal quale sia possibile effettuarne liberamente copia o stampa.

9. La delibera di approvazione progetto

L'approvazione del progetto avviene di norma con delibera assembleare: spetta all'assemblea in sede straordinaria come una qualsiasi modifica statutaria. In tema di ANR sono però sempre possibili regole statutarie difformi essendo gli accordi degli associati la prima fonte regolatrice del funzionamento dell'ente. Si ritiene applicabile il disposto dell'art. 2502 comma 2 c.c., in ordine alle modifiche apportabili al progetto in sede di sua approvazione.

La delibera di approvazione non è soggetta ad alcun requisito di forma, neppure se l'atto costitutivo fosse stato redatto per atto pubblico, salvo il caso di clausola statutaria che richieda una forma rafforzata per le modifiche (forma convenzionale).

La delibera di approvazione del progetto non è soggetta ad alcuna forma di pubblicità.

Non è ipotizzabile la pubblicità al Registro Imprese né quella ad essa alternativa di pubblicazione sul sito internet.

10. Atto di fusione/scissione

L'atto di fusione/scissione, redatto per atto pubblico a pena di nullità, può essere stipulato subito dopo l'approvazione del progetto.

11. Ipotesi di scissione proporzionale senza scorporo

Dalla delibera di approvazione devono essere rispettate le seguenti scansioni:

Il Notaio deve verbalizzare la delibera, e ha obbligo di accertare il corretto percorso procedimentale e documentale precedente alla delibera.

In particolare, poi, spetta al Notaio chiamato a stipulare l'atto pubblico di fusione:

—

—

- i) verificare la legittimazione a intervenire all'atto (di fusione o scissione) al pari di ogni altro atto nel quale intervenga una associazione non riconosciuta;
- ii) verificare la regolarità del procedimento di fusione e scissione quale risulta dal combinato disposto dell'art. 42 bis c.c. e delle norme societarie nei termini sin qui esposti.

In via di opportunità, si consiglia di: allegare all'atto di fusione/scissione copia della delibera e del progetto; fare effettuare una dichiarazione sostitutiva al legale rappresentante di ciascun ente in ordine al rispetto procedurale, all'avvenuta deliberazione ed all'assenza allo stato di impugnative pendenti.²²

²² BERTO, Studi preliminari sulla trasformazione delle società, Torino, 1945;
 DE GIORGI, Le vicende estintive e modificative, in *Le persone giuridiche* a cura di Basile, Milano, 2003, 445;
 DE PAOLI, La scissione mediante scorporo e gli Enti del Libro I del Codice Civile in *Enti Non Profit-Operazioni Straordinarie*, in *Cooperative e Enti non profit*, n. 1/2025.
 FUSARO, Trasformazioni e fusioni tra enti non profit, in *AA.VV., La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni, Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Milano, 2007, 144.
 FUSARO, "Operazioni straordinarie degli enti del terzo settore che ha subito rilevato nella genesi del 42 bis c.c. l'esigenza di disciplinare in *Quaderni della Fondazione Nazionale del Notariato e-Library*.
 GASPERONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952;
 GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja- Branca*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1969, p. 282, nella nota 20, criticava *Cons. Stato*, 3. 4. 1956, cit.) si era mostrata scarsamente scarsamente attenta all'ammissibilità delle trasformazioni degli enti non lucrativi tanto da evitare di annoverare in questa prospettiva l'evoluzione del comitato in fondazione.
 Orientamento societario del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari E.B.3.
 - (Attuazione della pubblicità del trasferimento della sede all'estero - 1° pubbl. 9/12), richiamato da F.M. Mucciarelli, op. cit., p. 1174/II, nota n. 27.
 Massima del Consiglio notarile di Milano - Massima registro imprese n. 9 . Trasferimento sede di società italiana all'estero e di società estera in Italia.
 F.M. Mucciarelli, op. cit., p. 1174/II rinvia allo *Studio del CNN* n. 283-2015/I, Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale, est. D. Boggiali e A. Ruotolo, cit. *Studio del CNN* n. 44-2023/I, La nuova trasformazione transfrontaliera fra *Gründungstheorie* e *Sitztheorie*, est. F. Magliulo, cit., p. 29.
 GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1987, l'ho anticipato rispetto alla riforma in *Fusione per incorporazione di una s.r.l. lucrativa da parte di un'associazione non riconosciuta*, in *Contr. Impr.*, 1998, n. 1; poi ripreso successivamente nel saggio *In tema di fusione eterogenea*, in *A.A.V.V., Atti del Convegno. Riforma del diritto societario: riflessioni del Notariato*, Giuffrè', 2004, pp. 197-203 e ulteriormente sviluppato in *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"*, in *Contr. Impr.*, 2004, n. 1, pp. 294 ss. Nella stessa linea si collocano pure *Cass. 12. 6. 1986*, n. 3898, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, I, 16, con nota di MEMMO.
 GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto e dissociazione della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 119- , e *Cass. 8.5. 2003*, n. 6985, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, 688
 MAGLIULO, *La scissione delle società*, Ipsoa, 2012

MALTONI, La trasformazione eterogenea in generale, in M. Maltoni - F. Tassinari, La trasformazione delle società, Milano, 2011, 264;

In materia di fusione A. MORANO - G.P. ZINI, La nuova disciplina delle fusioni, in *Le Società*, 1991, 905 ss. e forse M. Di Sarli, L., Commento all'art. 2501, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506 quater, Milano, 2006, 442.

RESCIGNO, Trasformazione di società e responsabilità limitata dei soci, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 932.

SANTAGATA, Fusione, in *Tratt. S.p.a.*, dir. da Colombo e Portale, 7, II, 1, Utet, 2004, p. 88 ss. Cons. Stato, 3. 4. 1956, in *Cons. Stato*, 1958, I, 354, aveva ammesso la trasformazione di associazione riconosciuta in fondazione.

SANTAGATA, Le Fusioni, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**, 1, Torino, 2004, 101 s.; Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano (massima n. 52). In senso contrario, prima della riforma del terzo settore,

ZOPPINI, Fusione eterogenea per incorporazione e riforma del diritto societario: parere pro veritate, in *Riv. not.*, 2004, 1284.

