Contabilità, controlli, governance e fiscalità

delle operazioni di fusione, scissione e conferimento

I controlli notarili e le norme in tema di competenza e giurisdizione

PIERLUIGI SCALAMOGNA
notaio

19 settembre 2023

Introduzione

La normativa

- D.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 (il "**Decreto**") contenente 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 (la "**Direttiva**")

Art. 25 co.3 legge 218/1995

3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

segue

Il perimetro applicativo del Decreto

1. Le operazioni transfrontaliere armonizzate obbligatoriamente
2. Le operazioni transfrontaliere armonizzate volontariamente
3. Le operazioni transfrontaliere non armonizzate e le operazioni internazionali

Nelle operazioni transfrontaliere non armonizzate e nelle operazioni internazionali non trovano applicazione le norme riguardanti il rilascio e l'efficacia del Certificato Preliminare ed il notaio deve accertare le sussistenza delle condizioni di cui all'art. 25 co.3 delle L. 218/1995.

Il ruolo del notaio in relazione alle diverse fattispecie cui si applica il Decreto

Nelle fattispecie previste dal Decreto, il notaio opera con 3 diverse competenze:

a) quale pubblico ufficiale che riceve le delibera di approvazione dei progetti e gli atti attuativi dell'operazione transnazionale (**funzione tradizionale**);

b) quale autorità competente al rilascio del **Certificato Preliminare**;

c) Quale autorità competente all'espletamento del **controllo di legalità**.

Il certificato preliminare:
a) Il notaio competente al rilascio e la funzione del certificato

La competenza del notaio italiano al rilascio del Certificato Preliminare è determinata non solo dall'art. 5 co.1 del Decreto (rubricato «Autorità competente»), ma anche dall'art. 29 co.1 (in tema di fusione transfrontaliera, ma applicabile anche alla trasformazione ed alla scissione in forza degli specifici richiami di cui agli artt. 7 co.1 e 42 co.2).

In particolare, l'art. 29 co.1 dispone che:

"**Su richiesta della società italiana** partecipante alla fusione transfrontaliera, **il notaio rilascia il certificato preliminare** attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione".

segue

Quindi, la legittimazione del notaio italiano al rilascio del Certificato Preliminare è limitata alla sola società italiana richiedente.

Per le società estere partecipanti all'operazione transnazionale detta competenza spetterà all'autorità (organo giurisdizionale, notaio o altra autorità) designata da ciascuno Stato membro ai sensi dellìart. 127 della Direttiva.

A differenza di quanto accade per il controllo di legalità, il Certificato Preliminare non deve essere necessariamente rilasciato dallo **stesso notaio** che ha ricevuto la delibera di fusione/trasformazione/scissione della società italiana.

D'altronde, il certificato preliminare va rilasciato dopo che la delibera di fusione/trasformazione/scissione è stata iscritta nel registro delle imprese, ed è possibile che il notaio che ha ricevuto detta delibera, per le più svariate ragioni, non sia più disponibile.

segue

Ciascun notaio italiano è competente al rilascio del Certificato Preliminare.

Ovviamente il notaio dovrà sottoscrivere il Certificato Preliminare all'interno del suo ambito territoriale di competenza (perlopiù regionale), ma potrà riferirsi anche ad una società avente sede al di fuori di detto ambito territoriale.

(**ad es.**: notaio con sede a Milano che rlascia il Certificato Preliminare per una società con sede a Palermo)

Il certificato preliminare:
b) Necessità del rilascio anche per l'incorporante italiana

Il rilascio del certificato preliminare è necessario anche per la **società italiana incorporante**, nonostante detto certificato non sia destinato ad agevolare il controllo di legalità da parte di un'autorità straniera, considerato che nella specie il controllo di legalità è espletato, ai sensi dell'art. 33 del Decreto, da un notaio italiano.

segue

Quanto sopra trova conferma ne:

l'art. 29, comma 1, del Decreto, secondo cui:

"Su richiesta della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera, il notaio rilascia il certificato preliminare"

[per «società partecipante alla fusione» si intendono "**la società incorporante**, la società incorporata o, nel caso di fusione mediante costituzione di nuova società, la società che prende parte alla fusione" (art. 17 lett. c) del Decreto)]

l'art. 33, comma 1, del Decreto, secondo cui:

se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana, il notaio, entro trenta giorni "dal ricevimento dei certificati preliminari e delle delibere di approvazione del progetto comune di fusione **relativi a ciascuna delle società partecipanti**", espleta il controllo di legalità sull'attuazione della fusione rilasciandone apposita attestazione.

Il certificato preliminare:
c) Le modalità della richiesta e del rilascio

L'istanza per il rilascio del Certificato Preliminare (i relativi documenti allegati, nonché ogni ulteriore trasmissione di documenti e informazioni) può essere presentata al notaio:

- **in modalità cartacea**;

- **in modalità telematica** [la Direttiva (art.127 par.4) parla di presentazione «*interamente per via telematica … senza necessità che i richiedenti compaiano di persona dinnanzi all'autorità competente*»]

segue

Infatti l'art. 5, comma 5, del Decreto recita:

"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".

Il certificato preliminare: d) L'oggetto della richiesta

La richiesta del Certificato Preliminare, da parte della società italiana, deve essere corredata da **una serie di allegati** (art. 29 co.2):

a) il **progetto** di fusione transfrontaliera;

b) la **delibera dell'assemblea** di approvazione del progetto;

c) **le relazioni degli amministratori e degli esperti indipendenti**, salvo che i soci vi abbiano rinunciato nei casi consentiti dalla legge, e, se pervenuto, il parere dei rappresentanti dei lavoratori;

d) le **osservazioni** di soci, lavoratori e creditori, se pervenute;

e) la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, resa dalle società partecipanti alla fusione, attestante che, nei casi previsti dalla legge, la procedura di negoziazione **(in materia di partecipazione dei lavoratori, ove applicabile)** è iniziata;

f) quando dalla operazione transfrontaliera risulta una società soggetta alla legge di altro Stato, le certificazioni relative ai debiti previsti dall'articolo 30 **(debiti per benefici pubblici o benefici pubblici localizzati)**, rilasciate non oltre novanta giorni prima della richiesta, e il consenso della società per l'acquisizione, da parte del notaio, delle relative informazioni;

g) la dichiarazione che le informazioni inserite nel progetto ai sensi dell'articolo 19, comma 2 **(relative ai debiti per benefici pubblici o benefici pubblici localizzati)** e quelle risultanti dalle certificazioni previste dalla lettera f) non hanno subito modifiche o il relativo aggiornamento alla data di presentazione della richiesta;

h) la **prova della costituzione delle garanzie o del pagamento dei debiti** risultanti dalle certificazioni di cui alla lettera f);

i) le informazioni rilevanti, ai fini della fusione, che riguardano **società controllanti, controllate o collegate** ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile **(al fine di estendere anche ad esse il controllo della documentazione inerente ai benefici pubblici localizzati)**.

Il certificato preliminare: **e) Il controllo del notaio**

Il rilascio dei certificati preliminari da parte delle diverse autorità competenti (degli stati membri coinvolti nell'operazione straordinaria) è il presupposto necessario per dare esecuzione all'operazione.

Detto rilascio deve essere preceduto dal controllo del notaio, finalizzato alla verifica del regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione dell'operazione transnazionale.

Tale controllo si basa sulla documentazione, sulle informazioni e sulle dichiarazioni a sua disposizione.

segue

In particolare, ai sensi dell’art. 29 co.3 del Decreto, **il notaio deve verificare**:

a) **l'avvenuta iscrizione** presso il registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera;

b) il **decorso del termine per l'opposizione dei creditori** oppure la realizzazione dei presupposti che consentono l'attuazione della fusione prima del decorso del termine, oppure, in caso di opposizione dei creditori, che il tribunale abbia provveduto ai sensi dell'articolo 2445, quarto comma, del codice civile;

c) se pertinente, **che il progetto di fusione contenga** le informazioni relative al coinvolgimento dei lavoratori e che sia stata resa la dichiarazione sostitutiva relativa all’avvio delle relative negoziazioni;

d) quando l'assemblea ha subordinato, ai sensi dell'articolo 24, comma 4, l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera **all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori,** che queste sono state da essa approvate;

segue

e) l'assolvimento degli obblighi previsti dall'articolo 30 con riferimento a debiti derivanti da benefici pubblici, ove applicabile;

f) l'assenza, in base alle informazioni e ai documenti ricevuti o acquisiti, **di condizioni ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera** relative alla società richiedente;

g) che, in base alle informazioni e ai documenti ricevuti o acquisiti, la fusione non sia effettuata per **scopi manifestamente abusivi o fraudolenti**, dai quali consegue la violazione o l'elusione di una norma imperativa del diritto dell'Unione o della legge italiana, e che **non sia finalizzata alla commissione di reati** secondo la legge italiana.

segue

La nuova disposizione (art. 29 co. 3 del Decreto) amplia notevolmente i controlli demandati al notaio rispetto a quanto era previsto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 108/2008, con particolare riferimento ai **debiti e benefici pubblici** di cui all'art. 30 del Decreto ed all'**assenza di scopi manifestamente abusivi o fraudolenti.**

Peraltro, il controllo del notaio deve basarsi sulla documentazione e le informazioni ricevute dalla società istante.

Gli stessi **poteri istruttori** che l'art. 5 del decreto attribuisce al notaio (il notaio, nell'effettuare i controlli inerenti al rilascio del certificato preliminare ed al controllo di legalità ex artt. 13, 33 e 47, "può richiedere i documenti o le informazioni ritenuti necessari, in base alle informazioni e ai documenti ricevuti, per la verifica delle condizioni per l'attuazione della singola operazione e per la verifica dell'assenza di condizioni ostative") anche dal punto di vista letterale, costituiscono per il notaio **una facoltà e non un obbligo**, cui egli ricorrerà quando la documentazione prodotta dalla parte risulti lacunosa, ambigua o di dubbia autenticità.

segue

Lo stesso termine entro cui il notaio deve rilasciare il Certificato Preliminare (piuttosto breve, essendo di 30 giorni dal ricevimento della documentazione completa), presuppone necessariamente **un'istruttoria sommaria e documentale**.

L'art. 29 co.4 del Decreto prevede che, in caso di esito positivo dei controlli,

*«Il certificato preliminare e' rilasciato dal notaio **senza indugio** e salve ragioni di eccezionale complessità, specificamente motivate, **non oltre trenta giorni** dal ricevimento della documentazione completa».*

Il certificato preliminare:
f) Il contenuto minimo del certificato preliminare

La normativa sia nazionale (art. 29 co.1 del Decreto) che europea (art. 127 par.1 della Direttiva) non prevede che il Certificato Preliminare debba indicare espressamente l'avvenuto espletamento delle singole verifiche che il notaio (o, comunque, l'autorità competente), deve effettuare.

Il notaio, quindi, può **limitarsi ad attestare** "il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione".

Analogamente l'art. 127, par. 1, della Direttiva dispone che detto certificato attesta "il soddisfacimento di tutte le condizioni applicabili e il regolare adempimento di tutte le procedure e formalità nello Stato membro della società che partecipa alla fusione".

Conseguentemente, **il rilascio del certificato in forma sintetica**, che si limiti ad attestare il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione, comporta che il notaio in tal modo implicitamente attesti di avere effettuato le verifiche richieste dalla legge.

Il certificato preliminare:
g) Il rifiuto del rilascio del certificato (art. 29 co.5,6,7 del Decreto)

Il notaio deve rifiutare il rilascio del Certificato Preliminare quando:

- ritiene **non adempiute** le condizioni stabilite dalla legge o **non osservate** formalità necessarie per la realizzazione della fusione.

In tal caso, egli deve:

- **comunicare senza indugio** agli amministratori della società richiedente **i motivi ostativi** al rilascio del certificato e **assegnare alla società un termine (**eventualmente prorogabile ma solo per gravi motivi) per sanare tali mancanze (sempre se ritiene che le stesse possano essere sanate).

segue

- entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione, la società può presentare per iscritto le proprie **osservazioni**.

Quindi,

- se non è possibile sanare le mancanze rilevate dal notaio;
- o la società non provveda nel termine concessole (ed eventualmente , o in quello eventualmente prorogato);
- o la società rinunci ad avvalersi del termine;

il notaio comunica agli amministratori della società il rifiuto di rilascio del certificato preliminare, indicandone i motivi anche rispetto alle osservazioni ricevute.

segue

Nei **trenta giorni successivi:**

- alla comunicazione del rifiuto da parte del notaio:

- o alla decorrenza del termine entro cui il notaio avrebbe dovuto rilasciare il certificato preliminare;

gli amministratori possono domandare il rilascio del certificato mediante ricorso, a norma degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, al tribunale del luogo ove la società partecipante ha sede.

Per le **società di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168** (società di capitali o società sottoposte a dire e coord. di società di capitali), è competente la sezione specializzata in materia di impresa.

segue

Se il tribunale verifica che le condizioni richieste dalla legge sono state adempiute

- rilascia con decreto il certificato preliminare, sentito il pubblico ministero.

Se il tribunale ritiene non adempiute le formalità previste dalla legge o non osservate formalità necessarie per la realizzazione della fusione, il tribunale rigetta il ricorso.

Il certificato preliminare:
h) La pubblicità del certificato

Secondo quanto previsto dalla Direttiva (art. 127bis par.1),

il rilascio del certificato preliminare o il rifiuto del rilascio sono soggetti a pubblicità

Ai sensi del comma 8 dell'art. 29 del Decreto:

il "certificato preliminare rilasciato ai sensi del comma 4 o del comma 7 è depositato per **l'iscrizione nel registro delle imprese**, **a cura dell'organo amministrativo della società**, e **reso disponibile tramite il BRIS**. Fatte salve altre possibili modalità di trasmissione, l'autorità competente di cui all'articolo 33, comma 4, acquisisce senza oneri dal registro delle imprese, tramite il BRIS, il certificato preliminare".

segue

Che il certificato preliminare rilasciato dal notaio italiano sia soggetto ad **autonoma iscrizione nel registro delle imprese**, si desume dal fatto che:

- il certificato **deve attestare**, fra l'altro, l'**avvenuta iscrizione presso il registro delle imprese della delibera di fusione** transfrontaliera adottata dalla società italiana, onde, quando esso viene rilasciato, la delibera di fusione è ormai già stata iscritta in detto registro;
- l'obbligo di procedere all'iscrizione grava **sull'organo amministrativo della società** italiana e **non sul notaio**, proprio perché detta iscrizione è autonoma e non connessa a quella della delibera di fusione.
- l'autonoma iscrizione è prevista al fine di rendere detto certificato "**disponibile alle altre autorità degli Stati membri interessati dall'operazione, tramite il BRIS**" .

segue

Ai sensi del comma 9 dell’art. 29 del Decreto:

“Il **rifiuto del rilascio del certificato preliminare** ai sensi del comma 5 e **il dispositivo del provvedimento di rigetto** del ricorso proposto ai sensi del comma 6 sono iscritti senza indugio a cura dell'organo amministrativo della società nel registro delle imprese”.

Questa forma di pubblicità è probabilmente diretta ad evitare che, di fronte al rifiuto, la società tenti di ottenere aliunde il certificato, **tenuto conto che non è necessario che il certificato sia rilasciato dallo stesso notaio che ha ricevuto la delibera di fusione**.

Il certificato preliminare:
i) La mancata attuazione della direttiva da parte di uno Stato membro a cui appartiene una delle società partecipanti

Art. 56 co. 4 e 5 del Decreto (Disposizioni transitorie e finali):

a) co.4: **Fusione soggetta ad armonizzazione obbligatoria ex art. 2 co.1 lett.a)**

4. *Il presente decreto si applica alla società italiana che partecipa o risulta dalla fusione transfrontaliera rientrante tra le operazioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), cui partecipa o da cui risulta una società di uno Stato membro che, alla data in cui è eseguita la pubblicità del progetto di fusione, non ha recepito la direttiva (UE) 2019/2121 e* ***il certificato preliminare rilasciato dall'autorità designata dallo Stato membro è accettato dal notaio a norma dell'articolo 33****.*

segue

co.5: **Trasformazione o scissione transfrontaliera**

5. Il presente decreto si applica alla società italiana che partecipa o risulta dalla trasformazione o scissione 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 scissione o trasformazione, non ha recepito la direttiva (UE) 2019/2121**.

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

Il certificato preliminare in caso di debiti e benefici pubblici

La Relazione illustrativa del Decreto chiarisce che “Con gli articoli 30 e 31 è stata dettata una disciplina volta ad affrontare e risolvere la problematica del **possibile abuso** che può sorgere dalle operazioni transfrontaliere oggetto del presente intervento normativo quando la società risultante dall’operazione è soggetta alla legge di un altro Stato e una delle società italiane partecipanti ha debiti nei confronti dell'Erario o di altri enti pubblici o società pubbliche. Questo tipo di operazione infatti genera il rischio che la società italiana che cessa la propria attività sul territorio dello Stato, in tutto in parte, porti il proprio patrimonio e il proprio valore produttivo all'estero senza preventivamente estinguere i debiti che ha nei confronti di soggetti pubblici.»

segue

A tale fine **l'art. 30** del Decreto dispone che:

«Quando dalla fusione transfrontaliera risulta una società soggetta alla legge di altro Stato, la società italiana che partecipa alla fusione, con la richiesta del certificato preliminare, è tenuta a dimostrare, mediante le pertinenti certificazioni , di non avere debiti nei confronti di amministrazioni o enti pubblici o di averli soddisfatti o garantiti in conformità all'articolo 31».

In pratica si tratta di acquisire **certificazioni** rilasciate:

1) dall'Agenzia delle entrate,

2) dall'INPS,

3) dall'INAIL,

4) dall'agente della riscossione,

5) dall'Ufficio centrale presso il Ministero della Giustizia, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), del D.P.R. 14 novembre 2002 n. 313,

6) dal registro nazionale degli aiuti di Stato di cui all'articolo 52 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 o da altro registro previsto dalla legge.

segue

Il **co. 4 dell'art. 30** dispone che:

«Per la disamina della documentazione acquisita e per le verifiche richieste dal presente articolo, il notaio puo' chiedere la **relazione giurata** di un revisore legale o di una societa' di revisione iscritta nell'apposito registro, designato dal notaio stesso, avente i requisiti di indipendenza di cui all'articolo 5, comma 4.»

Inoltre, **l'art. 5 co.3** prevede che:

3. Nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1 il notaio può verificare il rispetto dell'articolo 30 mediante **richiesta alle amministrazioni pubbliche competenti** delle informazioni ritenute necessarie. Tali informazioni sono acquisite anche mediante **accesso alle banche dati** degli enti creditori e al registro nazionale degli aiuti di Stato di cui all'articolo 52 della legge 24 dicembre 2012, n. 234. Le amministrazioni e gli enti responsabili individuano i dati cui e' possibile accedere e le modalita' di accesso sono stabilite mediante la stipulazione di convenzioni che non determinino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica con il Consiglio nazionale del notariato.

Modalità di costituzione e disciplina delle garanzie per i debiti e benefici pubblici

Quando a seguito della operazione transfrontaliera risulta una società soggetta alla legge di altro Stato, la società italiana che partecipa a detta operazione è tenuta a dimostrare, di non avere debiti nei confronti di amministrazioni o enti pubblici .

[art. 30 del Decreto in tema di fusione applicabile anche alla trasformazione (art.7 co.1) ed alla scissione (art. 42 co.2)]

In alternativa, la società italiana può dimostrare che detti debiti sono stati "**soddisfatti o garantiti in conformità all'articolo 31**".

segue

Ai sensi dell’art. 31 del Decreto:

- le garanzie sono costituite per **un ammontare pari al centoquindici per cento** del debito residuo mediante:

a) **cauzione in denaro o titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato** al corso del giorno del deposito, costituiti in deposito o pegno a favore dell'ente creditore presso una banca;

b) **fideiussione bancaria o assicurativa** o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo n. 385 del 1993, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo n. 58 del 1998.

segue

La fideiussione deve contenere :

- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale;

- la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957 del codice civile;

- l'obbligo di adempiere entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta dell'ente creditore.

segue

<u>Indipendentemente dal tipo di garanzia, il co.3 dell'art. 31 prevede che</u>:

- La garanzia abbia effetto **subordinatamente all'efficacia della fusione** (dell'operazione transfrontaliera);

- la garanzia debba essere **svincolata** se il debito si estingue per qualsiasi causa o se l'atto o il provvedimento da cui il debito medesimo deriva è dichiarato nullo o annullato con decisione amministrativa o giurisdizionale definitiva;

- in caso di riduzione di almeno un quinto dell'ammontare del debito, la società debitrice o il garante ha diritto a chiedere la **proporzionale riduzione** dell'importo della garanzia.

segue

L’ultimo comma dell’art. 31 prevede che:

“L'attestato di avvenuta prestazione della garanzia, che l'ente creditore rilascia, a richiesta della società debitrice, **costituisce prova** del soddisfacimento della condizione per il rilascio del certificato preliminare”.

Quindi, il notaio che redige il certificato preliminare **non può accettare**, quale prova dell’adempimento dei menzionati obblighi di garanzia, **documenti provenienti dalla società richiedente**, ma solo attestazioni provenienti dall’ente creditore.

Gli ausiliari del notaio

L’art. 127, par. 12 della Direttiva, in materia di certificato preliminare, dispone che “*Ai fini della valutazione, l'autorità competente può avvalersi di un esperto indipendente*”.

La **complessità dei compiti** assegnati al notaio nelle operazioni transfrontaliere ha indotto il legislatore italiano a consentire al medesimo di farsi assistere da **ausiliari qualificati.**

segue

In particolare:

- ai sensi dell'art. 5, comma 4, del Decreto:

"per la disamina della documentazione acquisita e per le verifiche di cui all'articolo 29 *[ndr. Certificato Preliminare]* **il notaio può richiedere l'assistenza di uno o più esperti** con competenza nei settori interessati dall'operazione, in possesso dei **requisiti di indipendenza** previsti dall'articolo 2399 del codice civile *[ndr. cause di ineleggibilità e di decadenza dei sindaci]* e non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione da rapporti di natura personale o professionale. L'esperto e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore della società né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa".

l'art. 30, comma 3 del Decreto (Certificato Preliminare in caso di debiti e benefici pubblici), prevede che:

"Per la disamina della documentazione acquisita e per le verifiche richieste dal presente articolo, il notaio può chiedere la ***relazione giurata*** *di un* ***revisore legale*** *o di una* ***società di revisione*** *iscritta nell'apposito registro, designato dal notaio stesso, avente i requisiti di indipendenza di cui all'articolo 5, comma 4"*

segue

Nel primo caso:

- il notaio può avvalersi di uno o più esperti con competenza nei settori interessati dall'operazione, senza che sia prescritta l'iscrizione degli stessi in particolari albi o registri;

- non è previsto che la relazione redatta da detti esperti sia giurata.

Nel secondo caso:

- l'ausiliario deve essere un **revisore legale** o **una società di revisione** iscritta nell'apposito registro;

- la relazione redatta da quest'ultimo deve essere giurata.

segue

In entrambi i casi:

- la designazione degli ausiliari **compete al notaio** che deve redigere il certificato preliminare;

- i **requisiti di indipendenza** degli ausiliari sono i medesimi;

- l'intervento degli ausiliari non rappresenta per il notaio un obbligo, bensì **una facoltà**, cui egli ricorrerà verosimilmente nei casi di maggiore complessità.

Il controllo di legalità

- **Il controllo di legalità è previsto**:

- dall'art. 13 per la trasformazione transfrontaliera
- dall'art. 33 per la fusione transfrontaliera
- dall'art. 47 per la scissione transfrontaliera

- **Il controllo di legalità è svolto dal notaio italiano quando**:

a) La società post trasformazione transfrontaliera è regolata dalla legge italiana;
b) La società risultante dalla fusione transfrontaliera è un asocietà italiana;
c) Se la beneficiaria della scissione transfrontaliera è una società italiana.

- **Negli altri casi,** il controllo di legalità è espletato dall'autorità competente dello stato membro che regola la società post trasformazione, o la società risultante dalla fusione, o la beneficiaria della scissione.

segue

A differenza del Certificato Preliminare, il controllo di legalità deve essere espletato **necessariamente dal notaio che gestisce l'atto esecutivo dell'operazione transfrontaliera.**

(e cioè:

- l'atto di deposito della delibera di trasformazione transfrontaliera;

- l'atto di fusione;

- l'atto di scissione).

segue

Ai fini del controllo di legalità, il notaio verifica che:

- a) le società partecipanti alla fusione/scissione transfrontaliera abbiano approvato un **identico progetto comune** (nel caso di trasformazione e di scissione: che siano rispettati i requisiti per la costituzione e iscrizione nel registro delle imprese della società risultante dalla trasformazione, che ha adottato la legge italiana, ovvero delle società beneficiarie di nuova costituzione regolate dalla legge italiana);
- sia pervenuto **il certificato preliminare** relativo alle società partecipanti all'operazione transfrontaliera (la mancanza anche di un solo certificato preliminare impedisce il rilascio dell'attestazione di legalità);
- siano state stabilite le **modalità di partecipazione dei lavoratori**, quando necessario.

segue

Il controllo di legalità viene formalizzato dal notaio mediante l'emissione dell'**attestazione di legalità,** che costituisce la sintesi dei vari controlli intermedi (e che dovrà essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese unitamente all'atto esecutivo dell'operazione transfrontaliera ed ai certificati preliminari).

L'attestazione di legalità è rilasciata dal notaio, entro trenta giorni dal ricevimento dei certificati preliminari e delle delibere di approvazione del progetto di trasformazione/fusione/scissione.

Se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge o omette il rilascio dell'attestazione, si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per le ipotesi di rifiuto o mancato rilascio del certificato preliminare **(di cui all'articolo 29, commi 5, 6 e 7).**

segue

Nell’espletamento del controllo di legalità il **notaio non deve verificare il rispetto delle normative straniere.**

Infatti, ai sensi dell’art. 5, comma 2 del Decreto:

“Nel controllo di legalità di cui agli articoli 13, 33 e 47 **il notaio accetta il certificato preliminare rilasciato dalla competente autorità** quale atto che attesta il regolare adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione dell'operazione, in conformità alla legge dello Stato membro interessato”.

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

segue

Il sistema delineato dal Decreto (e dalla direttiva) può funzionare solo per le operazioni transfrontaliere armonizzate, in cui il meccanismo, basato sulla dicotomia certificato preliminare – attestazione finale, sia condiviso dalla normativa degli stati membri coinvolti nell'operazione transfrontaliera.

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, 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 operazione 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

Le competenze giurisdizionali

Art.11 (Foro facoltativo delle controversie relative alla società risultante dalla trasformazione)

Art. 27 (Disposizioni comuni sulle controversie relative al recesso e alla contestazione del rapporto di cambio) relativo alle fusioni, ma applicabile anche alle scissioni in forza del richiamo di cui all’art. 42 co.2

CENTRO STUDI ODCEC MILANO

insignum

GRAZIE PER L’ATTENZIONE