

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 3-2006/A

La partecipazione di società italiane alla costituzione di SE (Società Europee)

Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 3 marzo 2006

SOMMARIO: 1. *Obblighi di intervento del legislatore nazionale derivanti dal Regolamento istitutivo della SE.* 2. *Ruolo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario nell'inerzia del legislatore nazionale.* 3. *L'autorità competente alla nomina degli esperti.* 4. *L'autorità competente all'emissione del certificato di conformità alla legge del procedimento interno di fusione.* 5. *L'autorità competente al controllo finale di legittimità della costituzione per fusione.* 6. *Le autorità competenti in relazione ad alcune vicende concernenti la SE già costituita.* 7. *L'assolvimento degli obblighi pubblicitari nella costituzione e durante la vita della SE: modalità e limiti.*

1.

Giunge a questa commissione quesito circa la possibilità per una società italiana di partecipare alla costituzione di SE dopo il d.lgs. 19 agosto 2005 n. 188, che ha dato attuazione alla Direttiva 2001/86/CE sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE. La risposta al quesito merita uno studio per l'approfondimento delle problematiche connesse alla elaborazione solo parziale delle norme di coordinamento che il legislatore italiano, al pari degli altri legislatori nazionali, ha l'obbligo di emanare per effetto della regolamentazione comunitaria della SE ⁽¹⁾.

Si ricorda che il Regolamento CE n. 2157/2001, entrato in vigore l'8 ottobre 2004, nell'istituire la SE, prevede la sua necessaria integrazione con le norme interne di attuazione della citata direttiva, tanto che per il 19° considerando "dette disposizioni costituiscono ...un complemento indissociabile del presente regolamento e devono poter essere applicate contemporaneamente".

Pur avendo il legislatore italiano adempiuto a questo obbligo con il citato decreto del 19 agosto 2005, entrato in vigore il 6 ottobre 2005, non tutti i problemi al riguardo sono risolti e rimangono alcuni margini di incertezza.

Il 22° considerando del regolamento cit. spiega che l'entrata in vigore dello stesso è stata differita di tre anni (appunto, sino all'8 ottobre 2004) non solo per permettere l'attuazione della coeva e connessa Direttiva, ma anche "affinché ciascuno Stato membro possa prima procedere...all'instaurazione dei meccanismi necessari a permettere la costituzione ed il funzionamento delle SE aventi sede nel suo territorio".

Il punto si ricollega ad alcuni (reali o apparenti) obblighi di intervento dei legislatori nazionali, posti dal Regolamento in aggiunta all'attuazione della Direttiva. Specificamente ci si riferisce:

- i)* alla designazione/individuazione delle autorità nazionali (art. 68 e norme *infra* citate) competenti per:
 - a)* nominare l'esperto o gli esperti che controllino il rapporto di cambio e il progetto presentato su richiesta congiunta delle società che costituiscono una SE per fusione (art. 22) o una SE Holding (art. 32, § 4);
 - b)* nominare l'esperto o gli esperti per l'attestazione di esistenza di attivi netti in misura almeno pari al capitale e alle riserve non distribuibili nella costituzione di SE per trasformazione di società per azioni di diritto interno (art. 37, § 6) ovvero almeno pari al solo capitale nella trasformazione da SE in società per azioni di diritto interno (art. 66, § 5);
 - c)* controllare la conformità alle norme applicabili, con emissione di apposito certificato, dei procedimenti di costituzione di SE per fusione (artt. 25 e 26);
 - d)* controllare la conformità alle norme applicabili, con emissione di apposito certificato, nei trasferimenti di sede della SE da uno ad altro Stato UE (art. 8, § 8);
 - e)* convocare l'assemblea in conformità a quanto previsto dalla normativa interna applicabile alla società per azioni (art. 54, § 2), nonché convocarla e fissarne l'ordine del giorno su richiesta della minoranza in ipotesi di inerzia degli organi sociali competenti (art. 55, § 3);
 - f)* controllare che la SE non ponga la sua amministrazione centrale in uno Stato diverso da quello in cui ha la sede sociale ed informare di ciò lo Stato della sede sociale (art. 64, § 4);
- ii)* alla elaborazione di una normativa di tutela dei creditori e dei titolari di altri diritti (connessi a passività sorte anteriormente alla pubblicità del relativo progetto) verso la SE in occasione di un suo trasferimento di sede transfrontaliero (art. 8, § 7);

- iii)* alla previsione di forme di pubblicità nel rispetto dei principi comunitari (art. 13) per la costituzione della SE (art. 12, § 1) e per altri atti e vicende quali l'attuazione della fusione (art. 28), il progetto di costituzione e l'attuazione di una SE Holding (artt. 32, § 3, e 33, § 3), il progetto di trasformazione in SE (art. 37, § 6) o da SE (art. 66, § 4), il progetto di trasferimento di sede transfrontaliero (art. 8, § 2);
- iv)* all'adozione di misure appropriate per obbligare la SE che ponga l'amministrazione centrale in uno Stato diverso da quello della sede sociale a regolarizzare la situazione in un dato termine ovvero, in difetto, per garantire che essa venga liquidata (art. 64).

2.

Il legislatore italiano non ha sinora provveduto ad emanare alcuna disposizione intesa a realizzare quanto prescritto dal Regolamento, sicché resta da comprendere se, in assenza di una normativa *ad hoc*, sia interdetta per le società italiane la partecipazione a procedimenti costitutivi di SE o se siano comunque presenti nel nostro ordinamento principi, regole e strumenti che consentano di soddisfare in tutto o in parte le richieste del legislatore comunitario.

Preliminarmente occorre notare che, se per un verso potrebbe sembrare impresa ardua colmare sul piano interpretativo lacune normative che incidono su settori e materie caratterizzate dal principio di tipicità come la pubblicità e la designazione di autorità competenti ad esercitare poteri nell'interesse generale, per altro verso lo sforzo teso a superare ogni ostacolo è da premiare in vista del rilevante e superiore interesse comunitario a rendere operativa (invero già dal 24 ottobre 2004) la SE in tutto l'ambito territoriale europeo ⁽²⁾. E ciò anche alla luce della agevole constatazione che le attese norme obbligatorie di attuazione avrebbero un contenuto per lo più necessitato da precedenti scelte di sistema e dalla vigenza del principio di non discriminazione con le s.p.a. locali ⁽³⁾.

Inoltre, in linea astratta, non è detto che la mancanza di una norma interna di raccordo tra il regolamento e la normativa nazionale in ognuno dei casi ricordati abbia un effetto paralizzante in assoluto: può darsi che, ove l'ostacolo non fosse superabile in via interpretativa, restino interdette solo alcune fattispecie costitutive o alcune vicende pur rilevanti nella vita di una SE.

3.

Si inizi con il problema della designazione delle autorità competenti nelle ipotesi sopra menzionate *sub i)*, lett. *a* e *b*.

Circa la nomina degli esperti ai sensi dell'art. 22, va rilevato che la richiesta congiunta delle società interessate alla costituzione di una SE per loro fusione deve

essere presentata ad un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro alla cui legge è soggetta una delle società che si fondono o la SE che ne risulta.

Al riguardo si noti che:

- la norma non si applica (e quindi per definizione non rappresenta un ostacolo) in caso di fusione semplificata (incorporazione di società interamente posseduta o posseduta almeno al 90% del capitale, ove lo consenta la legge nazionale dell'incorporante o dell'incorporata: art. 31);
- la richiesta può essere presentata all'autorità designata dallo Stato alla cui legge è soggetta la società interessata non italiana (se quest'ultimo è stato più solerte dello Stato italiano);
- l'autorità competente in Italia, a ben vedere, non può che essere il tribunale competente in relazione alla sede della società italiana che partecipa alla fusione ovvero della sede in Italia della SE risultante dalla fusione.

L'ultima affermazione si fonda sul ragionamento che segue. L'art. 15, § 1, assoggetta la costituzione della SE – fatte salve le disposizioni del Regolamento – alla disciplina elaborata dalla legge nazionale applicabile alle società per azioni dello Stato in cui la SE stabilisce la sua sede sociale. Tuttavia, in ipotesi di costituzione di SE mediante fusione, l'art. 18 precisa che per le materie e gli aspetti non contemplati dal Regolamento ogni società partecipante alla fusione è soggetta, in conformità alla Terza Direttiva societaria, alle disposizioni in materia di fusione dettate dalla propria *lex societatis*.

Ne deriva che, quando una società italiana partecipa alla costituzione di una SE, sia che questa debba avere sede in Italia sia che debba avere sede altrove, per individuare l'autorità competente alla nomina degli esperti (individuali o congiunti) ad integrazione dell'art. 22, in conformità al disposto dell'art. 18 trova applicazione l'art. 2501-*sexies*, comma 3, c.c.: ed allora la competenza spetta al tribunale della sede della società partecipante alla fusione o risultante dalla stessa. ⁽⁴⁾

Quanto all'ipotesi di società estere che con una fusione in senso stretto danno luogo ad una SE con sede in Italia, va tenuto conto che, mentre la competenza (anche) dell'autorità italiana è sancita dal citato art. 22, il suo identificarsi con il tribunale del luogo in cui è posta la sede della SE dipende (per effetto dell'art. 15 reg. SE) dal comma 4 dello stesso art. 2501-*sexies* c.c., che nella fusione interna in senso stretto impone di rivolgere la richiesta congiunta per la nomina di uno o più esperti comuni al tribunale della sede della società risultante dalla fusione.

Le conclusioni raggiunte per la designazione degli esperti nella fusione possono applicarsi, adattate alla fattispecie, anche al problema dell'autorità che designa o riconosce gli esperti che devono esaminare il progetto di costituzione di una SE Holding ai sensi dell'art. 32, § 4, quelli che nella trasformazione in SE devono attestare la disponibilità di attivi netti in misura non inferiore al capitale e alle riserve

non distribuibili e quelli che nella trasformazione da SE in società per azioni devono attestare la disponibilità di attivi netti in misura non inferiore al capitale. Infatti, se è vero che per tali fattispecie manca un esplicito rinvio residuale alla legge delle società costituenti (come avviene in tema di fusione grazie all'art. 18), pure vero è che gli artt. 32, § 4, 37, § 6, e 66, § 5, in argomento rinviano proprio alle norme nazionali dettate per il ruolo degli esperti nella fusione in applicazione della Terza Direttiva: si impone, quindi, un'applicazione di quest'ultime ad integrazione delle disposizioni regolamentari nei modi sopra precisati ⁽⁵⁾.

4.

Di fondamentale importanza in ogni ipotesi di costituzione di SE per fusione è l'individuazione dell'autorità nazionale competente ad effettuare il controllo di legittimità e a certificarne l'esito positivo. Al riguardo l'art. 25 si occupa del controllo sul procedimento relativo ad ogni società che si fonde, prescrivendo nel § 1 che esso sia effettuato "conformemente alla legislazione applicabile in caso di fusione di società per azioni nello Stato membro cui la società che partecipa alla fusione è soggetta". Nel § 2 si precisa che l'esito positivo del controllo sfocia nel rilascio di un "certificato attestante in modo concludente l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione" da parte di "un organo giurisdizionale, un notaio o altra autorità competente".

Ebbene, il legislatore italiano non ha espressamente designato l'autorità competente a rilasciare tale certificato, ma il collegamento delle norme comunitarie con quelle interne porta ad un unico risultato: anche in difetto di un esplicito riconoscimento la competenza spetta al notaio verbalizzante l'assemblea di approvazione del progetto di fusione.

Ciò deriva dalla duplice e piuttosto ovvia considerazione che il certificato attestante l'esito positivo del controllo dovrebbe essere emesso dalla stessa autorità a cui è demandata l'effettuazione del controllo stesso ⁽⁶⁾ e che in base al rinvio contenuto nell'art. 25, § 1, quest'ultima autorità viene individuata in base alla legge nazionale applicabile alle fusioni di società azionarie di diritto interno ⁽⁷⁾.

Possono pertanto verificarsi le seguenti situazioni.

- a) Il notaio, il quale verbalizza l'assemblea di s.p.a. italiana che delibera la costituzione di SE per fusione, giudica il procedimento seguito conforme alla legge. Quindi, dopo aver verificato la mancata presentazione di opposizioni nei termini di legge o l'integrazione dei presupposti per una fusione anticipata ai sensi dell'art. 2503 c.c. o il superamento delle opposizioni per effetto di quanto previsto dall'art. 2445, comma 4, c.c. (richiamato dall'art. 2503), lo stesso notaio rilascia il certificato di "adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione".

- b) Il notaio verbalizzante non ritiene del tutto conforme alla legge il procedimento seguito e tuttavia procede ugualmente alla richiesta di iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese. Come è noto, vi possono essere vizi del procedimento che tuttavia non impediscono l'esito positivo del controllo di iscrivibilità ⁽⁸⁾. Constatato il riportarsi dell'art. 25, § 1, al sistema interno per quanto al controllo di legittimità, si deve ritenere che quei vizi, una volta effettuata l'iscrizione, del pari non impediscano il rilascio del certificato *purché sia esclusa la loro concreta rilevanza sulla efficacia della delibera* (es. irregolarità incidenti in termini di responsabilità e non di impugnabilità della delibera, mancanza di soggetti legittimati all'impugnativa, decorrenza dei relativi termini, sostituzione della delibera ai sensi dell'art. 2377, comma 7, c.c.).

La precisazione evidenziata in corsivo deriva dall'art. 25, § 2, reg. SE, là dove impone che dal certificato emerga "*in modo concludente*" – cioè a titolo definitivo ⁽⁹⁾ e senza riserve: con il che non sembra ammissibile il rilascio di un certificato con la menzione di dubbi di validità e/o del possibile o effettuato esercizio di azioni di impugnativa – "l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione": locuzione, questa, che include tanto la ricorrenza quanto la "tenuta giuridica" delle varie fasi procedurali. Ciò non toglie che la stessa impugnazione della delibera, in difetto di un provvedimento giudiziario di sospensione della relativa efficacia, non precluda l'emissione del certificato (senza riserve), sempre che il notaio ritenga, sotto la propria responsabilità, che il procedimento sia ineccepibile e che l'impugnazione abbia mera finalità ostruzionistica o comunque sia del tutto infondata. Peraltro va osservato che nelle disposizioni regolamentari in commento non viene posto alcun termine entro il quale il certificato debba essere rilasciato (o rifiutato) ⁽¹⁰⁾ prima della sua emissione è perciò possibile attendere l'esito di impugnative o l'intervento di accordi tra gli interessati in relazione a vizi (reali o pretesi) i cui effetti siano dagli stessi disponibili in base alla vigente normativa. ⁽¹¹⁾

- c) Il notaio verbalizzante non ritiene esistenti le condizioni per la iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese. Esternato il rifiuto, gli amministratori della società possono ricorrere al tribunale ai sensi dell'art. 2436, comma 3, c.c., il quale per il comma 4 della stessa disposizione, se di diverso avviso, ordina l'iscrizione nel registro delle imprese. In questo caso sorge il dubbio se l'autorità competente al rilascio del certificato sia sempre il notaio oppure diventi il tribunale ⁽¹²⁾. La prima soluzione - competenza sempre notarile - si lascia preferire per le seguenti ragioni.
- i) Se è vero che deve esserci un collegamento tra l'autorità deputata al controllo di iscrivibilità e quella deputata al rilascio del certificato, non necessariamente questa deve coincidere con quella che nel caso specifico ha rilasciato un giudi-

zio positivo all'esito del controllo. Niente vieta che la competenza in ordine al certificato rimanga in capo a quella (il notaio) che istituzionalmente e in via primaria conduce il controllo di iscrivibilità, ancorché nella fattispecie con esito negativo, in quanto essa deve prendere atto degli effetti dell'avvenuta iscrizione della delibera su ordine del tribunale.

- ii)* Il tribunale, a seguito del ricorso di cui all'art. 2436, comma 3, c.c., controlla esclusivamente la mancanza di vizi che impediscano l'iscrizione. Ma ai fini del rilascio del certificato occorre svolgere ulteriori controlli ed assumere le connesse responsabilità: verificare, come già ricordato, la mancanza o il superamento di opposizioni o la percorribilità di una fusione anticipata; verificare l'avveramento di condizioni a cui il progetto di fusione e la delibera che lo approva subordinano la realizzazione della fusione ⁽¹³⁾; riscontrare tutti gli altri presupposti per poter attestare "in modo concludente" (nel significato sopra ricostruito) la eseguibilità della fusione. Tutto ciò, invero, già rientra nelle competenze e nelle responsabilità del notaio italiano chiamato a realizzare l'atto di fusione in un procedimento di fusione interna (indipendentemente dall'essere stata iscritta la delibera di fusione su richiesta del notaio o per ordine del giudice), sicché pare del tutto conforme al sistema mantenere in ogni caso la competenza notarile in ordine al rilascio di un certificato che proprio l'esercizio di quei poteri/doveri presuppone ⁽¹⁴⁾.
- iii)* A complemento di quanto precede si osservi che sul ricorso presentato a seguito di rifiuto di iscrizione della delibera da parte del notaio il tribunale decide con decreto soggetto a reclamo. Ove, dunque, il tribunale confermi la non iscrivibilità della delibera, questa potrebbe essere ordinata dalla corte d'appello investita della questione con reclamo. Ma ciò comporta che, se il notaio non restasse comunque competente al rilascio del certificato, si aprirebbe il problema di una spettanza del potere al tribunale, che pure aveva respinto il ricorso, ovvero alla corte d'appello, a cui si deve il finale esito positivo del controllo di iscrivibilità. Ed è arduo trovare una convincente soluzione del problema, perché alla conclusione nel primo senso si obietterebbe che, una volta sottratta al notaio la sua normale competenza in merito proprio per aver negato la legittimità della delibera, sarebbe incoerente sostenere che lo stesso ragionamento non valga a sottrarre la competenza anche al tribunale; mentre la conclusione nel secondo senso porterebbe all'attribuzione alla corte d'appello di compiti particolarmente lontani dalla propria sfera d'azione (limitata all'esame del decreto reclamato) e ad una insoddisfacente – specie nei rapporti con le autorità estere eventualmente investite della realizzazione della fusione - variabilità dell'autorità competente al rilascio del certificato (notaio, tribunale, corte d'appello).

5.

Assai agevole è l'individuazione dell'autorità che ai sensi dell'art. 26 ha il compito di controllare la legittimità della fusione "per quanto attiene alla procedura di fusione e alla costituzione della SE", vale a dire dell'autorità che:

- riceve dalle società partecipanti alla fusione i rispettivi certificati attestanti il regolare svolgimento dei singoli procedimenti decisionali e l'inesistenza di ostacoli alla fusione in base ai diritti nazionali applicabili ⁽¹⁵⁾, e ne verifica la "concludenza" in relazione al disposto dell'art. 25, § 2, alla luce della sua retta interpretazione;
- riceve dalle medesime società copia del progetto di fusione rispettivamente approvato e ne verifica la coincidenza;
- controlla che siano definite le modalità di coinvolgimento dei lavoratori nel rispetto della apposita direttiva;
- controlla che la costituzione della SE avvenga in conformità alle condizioni stabilite dalla legge dello Stato in cui è posta la sua sede sociale: quando la SE derivante dalla fusione abbia sede in Italia, pertanto, occorre che venga redatto l'atto pubblico di fusione con il contenuto previsto dalla legge italiana ⁽¹⁶⁾.

In forza dell'art. 26, § 1, l'autorità (giudiziaria, notarile o di altro genere) a cui compete tale controllo coincide con la stessa autorità che, per la legge nazionale del luogo in cui è posta la sede della SE, deve effettuare il controllo di legittimità della fusione tra società per azioni di diritto interno. Come è noto, nelle fusioni tra società per azioni italiane detto controllo viene effettuato dal notaio in sede di redazione dell'atto pubblico di fusione: in quel momento il notaio valuta la ricorrenza di tutti i presupposti che nella fusione costitutiva di SE giustificano il rilascio dei certificati, verifica la coincidenza dei progetti di fusione approvati dalle società partecipanti e controlla che la volontà di realizzare gli effetti della fusione sia manifestata dai rappresentanti delle società interessate con i modi e i contenuti prescritti dalla legge.

Pertanto non occorre un'apposita norma interna di coordinamento per confermare che in caso di costituzione per fusione (mediante incorporazione o in senso stretto) di SE con sede in Italia l'autorità competente a svolgere i controlli di cui sopra è il notaio, poiché questa conclusione è già imposta dal regolamento comunitario.

6.

Ad esaurimento dei problemi legati alla individuazione di autorità in assenza di interventi legislativi *ad hoc*, resta da esaminare una serie di casi – quelli di cui al §

1, i), lett. *d, e, f* – che presentano una caratteristica comune: essi non attengono alla fase costitutiva della SE, ma a vicende che possono interessare una SE già costituita. Donde l'immediata deduzione che la eventuale impossibilità di individuare le autorità a ciò competenti, in difetto di indicazioni ad opera della legge dello Stato in cui è posta la sede della SE, non rappresenta un ostacolo alla partecipazione di una società regolata da quella legge alla costituzione di una SE neanche nel caso in cui la SE in questione scegliesse di avere la sede proprio in quello Stato.

In altre parole, la costituzione di una SE con sede in Italia non può reputarsi impedita dal fatto che l'inerzia del legislatore italiano potrebbe non consentire di trasferire all'estero la sede della neocostituita SE e/o di regolare la convocazione e la fissazione dell'ordine del giorno delle relative assemblee in modo pienamente conforme a quanto stabilito dal regolamento comunitario e/o di controllare e intervenire adeguatamente in ipotesi di collocamento dell'amministrazione centrale in uno Stato diverso da quello in cui è posta la sede legale. Come si desume dalle specifiche norme applicabili alle accennate vicende e dalla graduazione dei valori promossi dal regolamento in linea con le scelte dallo stesso compiute, tra le quali assume preminenza il *favor* per la creazione e il funzionamento del più alto numero di SE e la loro diffusione in tutti i paesi europei, non si deve pensare che non possano costituirsi SE con sede in Stati che non assicurino piena conformità alle disposizioni comunitarie relative agli aspetti sopra menzionati, perché tale conclusione tradirebbe lo spirito del regolamento. Il quale, invece, spinge ad operare in una duplice direzione: moltiplicando gli sforzi per rimediare in via interpretativa alla scarsa attenzione del legislatore nazionale; sanzionando quest'ultimo per la violazione dei propri obblighi comunitari.

Nella prima prospettiva, con riguardo all'autorità che nel trasferimento di sede della SE dall'Italia ad altro Stato ha il compito di rilasciare il certificato "attestante in modo concludente l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento" (art. 8, § 8), si può ben suggerire l'applicazione analogica delle norme che in tema di (costituzione per) fusione conducono all'attribuzione di quella competenza al notaio verbalizzante la relativa deliberazione, in quanto ne ricorrono tutti i presupposti. Infatti, la disposizione regolamentare richiede che si tratti di un'autorità (giudiziaria, notarile o di altro genere) operante "nello Stato membro della sede sociale della SE"; e il riferimento è alla sede di partenza della società, sia perché nel momento in cui il certificato va rilasciato non è ancora divenuto efficace il trasferimento nella nuova sede ⁽¹⁷⁾, sia perché si tratta di controllare il procedimento svolto sino a quel momento, quale regolato dalla normativa comunitaria e, in via integrativa, dalla legge nazionale dello Stato di partenza. Chi rilascia il certificato, come precisato in sede di fusione, tende a coincidere con chi è istituzionalmente deputato al controllo di iscrivibilità della delibera; e questi, versandosi in tema di

modifica statutaria (come conferma l'art. 8 nel § 10, nonché nel § 6 ove si rinvia all'art. 59 del regolamento), è il notaio in forza della legge italiana sulla società per azioni applicabile in ogni ipotesi di modifica statutaria di una SE con sede in Italia per quanto emerge dagli artt. 9, 10, 53 e 59 del regolamento ⁽¹⁸⁾.

Apparentemente meno facile sembra il supplire in via interpretativa alla mancata introduzione di una normativa di tutela per i creditori e i titolari di diritti connessi a passività sorte prima della pubblicazione del progetto di trasferimento della sede (art. 8, § 1, comma 1). Tuttavia basta osservare che nel nostro sistema la tutela di tali soggetti in relazione ad operazioni straordinarie - come fusioni, scissioni, trasformazioni eterogenee, riduzioni reali del capitale - è assicurato attraverso lo strumento dell'opposizione, per (non già concludere per l'impossibilità di trasferire la sede sociale all'estero, bensì per) proporre l'estensione del rimedio alla fattispecie in esame, applicando analogicamente la norma di cui all'art. 2503 c.c.

Quanto alle autorità menzionate dagli artt. 54, § 2, e 55, § 3, viene da rilevare quanto segue.

L'art. 54, § 2, nello stabilire la competenza alla convocazione delle assemblee, manifesta un desiderio di adeguamento della disciplina della SE a quella stabilita per il tipo azionario nazionale dalla legge del luogo in cui la SE ha sede. A ben vedere, non vi è alcuna necessità di precisare con norma apposita quale autorità possa, in aggiunta agli organi interni, convocare le assemblee. E' sufficiente constatare che, se la s.p.a. di diritto interno conosce casi di convocazione dell'assemblea ad opera di particolari autorità, ciò deve valere nei medesimi termini anche per la SE a cui sia applicabile, in via di integrazione, quella normativa.

Similmente, l'art. 55, § 3, nell'eventualità di una richiesta di convocazione con fissazione dell'ordine del giorno da parte della minoranza di cui al § 1, trascurata dagli organi a cui compete la convocazione, attribuisce il potere di ordinare la convocazione o di autorizzare che vi provvedano i richiedenti alla "autorità giudiziaria o amministrativa competente della sede sociale della SE". Anche qui il riferimento pare essere non tanto ad un'autorità appositamente designata (salvo quando le norme interne non prevedano la fattispecie della convocazione di s.p.a. su richiesta della minoranza), quanto a quella che già gode di analoghi poteri di intervento con riguardo al tipo azionario nazionale. Sicché, sempre nel quadro normativo delineato dagli artt. 9, 10 e 53 del regolamento, in relazione alle SE con sede in Italia non si possono nutrire dubbi al riguardo sulla competenza del tribunale in corrispondenza con quanto stabilito dall'art. 2367 c.c.

Per contro, in difetto di espressa norma interna di coordinamento, non sembra possibile individuare nel sistema l'autorità che nell'osservanza dell'art. 64, § 4, dovrebbe controllare la posizione sul territorio dello Stato dell'amministrazione centrale di SE aventi sede in altro Stato, per poi informare senza indugio di ciò lo Stato

della sede sociale: dovendosi allora implicitamente identificare anche l'autorità deputata a ricevere tale informazione e ad attivarsi affinché sia regolarizzata la situazione in un termine anch'esso da stabilirsi con apposita norma di coordinamento (art. 64, §§ 1 e 2) a pena di scioglimento e liquidazione della società. La incolmabilità in via interpretativa di tale lacuna, tuttavia, non impedisce la costituzione di SE con sede in Italia (oltre che per quanto già detto all'inizio del presente paragrafo, anche) perché, quando si dovesse arrivare su iniziativa di qualsiasi interessato (art. 64, § 4) all'accertamento giudiziario di una siffatta scissione tra amministrazione centrale e sede sociale senza che la situazione sia rimediata nelle more del procedimento giudiziario nei modi previsti dall'art. 64, § 1, potrà comunque trovare spazio la misura estrema contemplata dall'art. 64, § 2: il giudice deve dichiarare lo scioglimento della società e convocare l'assemblea per la nomina dei liquidatori, in difetto provvedendovi direttamente, in applicazione dell'art. 2487, comma 2, c.c.

7.

L'ultimo aspetto da esaminare, di notevole interesse, concerne la possibilità di assicurare *de jure condito* alla costituzione, agli atti e alle vicende della SE adeguate forme di pubblicità nel rispetto di quanto richiesto dal regolamento, il quale prescrive l'iscrizione in un registro soddisfacente i requisiti di cui alla Prima Direttiva societaria (artt. 12, § 1, e 13). Considerato che nel nostro sistema l'unico registro che soddisfi tali requisiti è il registro delle imprese (il quale sostituisce e assorbe anche il bollettino nazionale menzionato ad es. dall'art. 21), occorre verificare se possa procedersi alla pubblicità necessaria mediante il registro delle imprese sulla base delle norme comunitarie regolamentari e delle norme interne richiamabili ad integrazione di quelle comunitarie.

Si inizi con le fattispecie costitutive.

Per quanto alla costituzione per fusione, è sufficiente ricordare ancora una volta quanto previsto in termini generali dall'art. 18, con il quale per ogni materia o aspetto non regolati si fa rinvio alla normativa nazionale dettata per le fusioni di società azionarie in conformità alla Terza Direttiva societaria. Ciò porta alla diretta applicazione delle norme in tema di pubblicità del progetto di fusione, della delibera che lo approva e dell'atto di fusione (artt. 2501-*ter*, 2502-*bis* e 2504 c.c.).

Alla stessa conclusione porta il ragionare sulla base della nozione di fusione di cui all'art. 2501 c.c. e della riconduzione della fusione che dà luogo ad una SE alla fusione transfrontaliera (quale fusione tra società, di cui almeno due soggette alla legge di Stati membri differenti: art. 2, § 1, reg. SE) sottoposta alla Direttiva 2005/56/CE, rientrando nell'ambito di applicazione circoscritto dagli artt. 1, 2 e 3 di tale Direttiva: il che implica che, per quanto non diversamente disposto dal Regolamento sulla SE, la fusione con cui una SE viene costituita deve obbedire alle rego-

le presenti nella Direttiva sulla fusione transfrontaliera. Quest'ultima formula il principio per cui "una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera rispetta le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale a cui è soggetta" (art. 4, § 1, lett. b), con particolare riferimento (art. 4, § 2) a quelle concernenti il "processo decisionale relativo alla fusione", che include le regole di trasparenza e pubblicità del processo decisionale medesimo (e a ciò *adde* quanto disposto dall'art. 6 per la pubblicazione del progetto comune di fusione tramite lo stesso registro nazionale conforme alla Prima Direttiva, nonché la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale nazionale dei dati specificati nel § 2). Così come della "realizzazione della fusione" deve darsi pubblicità nello stesso registro (delle imprese) nazionale secondo quanto stabilito dall'art. 13 della recente Direttiva.

Nessun problema pone la costituzione di una SE affiliata ai sensi dell'art. 2, § 3, reg. SE, poiché per l'art. 36 alla società italiana che partecipa alla costituzione si applicano le norme interne che regolano la partecipazione di quella società alla costituzione di una società per azioni e per l'art. 15 la costituzione della SE è in tal caso (in difetto di norme specifiche contenute nella sezione quarta del Regolamento) disciplinata dalla legge applicabile ad una società per azioni italiana: ciò garantisce – anche per effetto del rinvio all'art. 13 contenuto nell'art. 15, § 2 – la pubblicità della fase costitutiva esattamente come avviene in caso di costituzione di una s.p.a.

In caso di costituzione per trasformazione di una società per azioni italiana in SE ci si trova di fronte a dati normativi di analoga portata. L'art. 37 in primo luogo richiama (§ 2) l'art. 12, che (tra l'altro) sancisce l'obbligo di iscrizione in un registro nazionale tenuto nel rispetto delle norme della Prima Direttiva, e in secondo luogo (§ 5) prescrive la pubblicità del progetto di trasformazione mediante il medesimo registro. Inoltre (§ 7) la delibera di trasformazione va presa dall'assemblea generale, approvando il progetto e lo statuto della SE, "alle condizioni previste dalle disposizioni nazionali conformi all'art. 7 della direttiva 78/855/CEE": può ben ritenersi che il riferimento sia non solo alle disposizioni nazionali relative ai *quorum* deliberativi, ai diritti dei titolari di azioni rientranti in speciali categorie e all'oggetto della deliberazione (di ciò si occupa l'art. 7 della Terza Direttiva), ma più in generale tutte quelle riferibili ad una delibera di trasformazione di una società per azioni di diritto interno, ivi incluse quelle relative alla pubblicità della delibera. Del resto, ritorna applicabile la norma generale (perché relativa ad ogni ipotesi di costituzione), e più volte richiamata, dell'art. 15 reg. SE.

Quanto alla costituzione di SE Holding, la novità della fattispecie costitutiva non consente di sfruttare regole di rinvio alla normativa applicabile alla (costituzione di) s.p.a., peraltro pressoché inesistenti negli artt. 32 ss. reg. SE. Inoltre lo stesso regolamento non dà esaurienti disposizioni al riguardo, ed è perciò particolarmente avvertita l'esigenza di un intervento integrativo da parte dei legislatori na-

zionali. Così, se anche qui il progetto di costituzione va pubblicato nei registri nazionali tenuti nel rispetto delle norme della Prima Direttiva (art. 32, § 3), e su ciò *nulla quaestio*, non viene imposta alcuna pubblicità per la delibera di approvazione del progetto (di cui si occupa l'art. 32, § 6) in sé considerata. E ciò sebbene dalla delibera decorra il termine di tre mesi entro il quale i soci possono comunicare alle società coinvolte la propria intenzione di conferire la loro partecipazione sociale nella SE Holding: esiste quindi un notevole interesse di ogni socio a conoscere la data della (efficacia in via definitiva della) delibera di approvazione del progetto; interesse che si propagherebbe ai terzi creditori (e ai lavoratori), qualora il legislatore nazionale decidesse di attribuire loro un diritto di opposizione, analogo a quello previsto in tema di fusione, esercitando in tal modo la facoltà prevista dall'art. 34 (ed anzi, in questo caso, il termine per l'opposizione dovrebbe partire giammai dalla delibera dell'assemblea, della cui convocazione quei terzi possono essere all'oscuro, bensì non prima della conoscibilità della decisione mediante il sistema pubblicitario).

Potrebbe essere intrapresa, forse, la via di una qualificazione della delibera di costituzione di SE Holding in termini di modifica organizzativa delle società partecipanti, richiedente per le società italiane il rispetto delle norme, anche a carattere pubblicitario, previste dal nostro sistema per le modifiche statutarie. Tuttavia, in difetto di espresse ed auspicabili indicazioni in tal senso da parte del legislatore nazionale, la tesi potrebbe essere supportata dalla sola analogia con la fusione derivante dal fatto che in entrambe le fattispecie si verifica una compenetrazione delle compagini sociali di due o più società; il che potrebbe reputarsi non sufficiente, perché i patrimoni delle società costituenti e poi controllate dalla SE Holding rimangono distinti e i rispettivi statuti sociali immutati.

Per certo, l'art. 33, § 3, si limita a richiedere la pubblicità del soddisfacimento di tutte le condizioni per la costituzione della SE Holding: le quali, oltre alla delibera di approvazione, annoverano la comunicazione dell'intenzione dei soci di apportare le loro partecipazioni alla SE, l'effettivo conferimento della percentuale minima di cui all'art. 33, § 2, ed il verificarsi di ogni altra condizione prevista nel progetto e nelle disposizioni applicabili. Per le modalità con cui detta pubblicità debba essere effettuata si fa rinvio a quanto intenderà stabilire il legislatore nazionale, il cui disinteresse porta a suggerire rimedi non esenti da margini di opinabilità: si potrebbe, ad esempio, proporre di attestare il soddisfacimento delle condizioni con un atto di accertamento compiuto dai legali rappresentanti delle società coinvolte o – invocando analogicamente quanto previsto in tema di fusione – con un certificato dell'autorità competente attestante il soddisfacimento dei presupposti; ma per il deposito/iscrizione di tali documenti nel registro delle imprese parrebbe necessaria apposita disposizione interna.

Nemmeno è chiaro come si arrivi alla effettiva costituzione della SE Holding.

Al riguardo l'art. 33, § 5, si limita a stabilire che "la SE può essere iscritta solo previa dimostrazione dell'espletamento delle formalità di cui all'articolo 32", concernenti il progetto, "e dell'esistenza delle condizioni di cui al paragrafo 2", relative al conferimento nella Holding, in misura sufficiente, di partecipazioni nelle società costituenti. Però non si specifica in che modo ciò debba avvenire. Per le SE Holding costituite in Italia, in base ai principi che informano il nostro ordinamento, sembra difficile che si possa prescindere da un atto costitutivo, in forma di atto pubblico notarile, da parte dei legali rappresentanti delle società costituenti. Ma, in conseguenza del principio di tipicità che caratterizza il sistema pubblicitario, sembra altrettanto difficile ipotizzare l'iscrizione di un atto costitutivo di una SE Holding le cui parti formali non sono i soci della stessa in assenza di un *input* da parte del legislatore comunitario o nazionale ⁽¹⁹⁾.

Si può allora concludere che il silenzio del legislatore nazionale, mentre non impedisce la costituzione in Italia di SE per fusione, costituzione di affiliata e trasformazione, ostacola in modo decisivo la costituzione di SE Holding a causa della accentuata incompletezza di tale fattispecie costitutiva nel regolamento comunitario e della totale mancanza di norme interne che disciplinino una corrispondente fattispecie costitutiva di società nazionali.

Da ultimo, bisogna che alla SE costituita in Italia sia assicurata la pubblicità delle vicende, atti e fatti che la concernono quali indicati nel regolamento comunitario. Al proposito è sufficiente osservare che:

- in tutti i casi in cui il regolamento prescrive una forma di pubblicità si fa esplicito o implicito riferimento ai registri nazionali tenuti ai sensi della Prima Direttiva, quindi – per quanto qui interessa – al registro delle imprese;
- le disposizioni regolamentari penetrano direttamente nell'ordinamento di uno Stato membro e perciò, quando siano sufficientemente dettagliate nella determinazione dell'oggetto della pubblicità ⁽²⁰⁾, soddisfano il principio di tipicità del sistema pubblicitario senza richiedere una previa riaffermazione di quell'obbligo di pubblicità da parte del legislatore nazionale;
- per tutte le vicende, gli atti e i fatti non espressamente contemplati dal regolamento, gli artt. 9 e 10 reg. SE, nel prescrivere che per le materie e gli aspetti di disciplina non regolati a livello comunitario si applicano le disposizioni destinate dallo Stato della sede alle proprie s.p.a. e che non vi possono essere disparità di trattamento tra SE e s.p.a. locali fuori da quelle derivanti direttamente dal regolamento, impongono e garantiscono che la SE, durante la sua vita, sia sottoposta agli stessi obblighi di pubblicità (da attuarsi con le medesime modalità) previsti dalla legge del luogo della sede della SE per le s.p.a. che vi sono soggette.

-
- 1) Per un monitoraggio e un resoconto degli interventi di accoglimento della SE negli ordinamenti nazionali cfr. il sito <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries.html>. Tra i più tempestivi a curare, oltre all'attuazione della direttiva, l'emanazione di apposite norme di diritto societario in funzione di adeguamento/coordinamento, si segnalano gli ordinamenti austriaco, danese, tedesco, finlandese, norvegese, inglese. Talora si è scelto di intervenire con due diversi provvedimenti sugli aspetti connessi al diritto societario e al coinvolgimento dei lavoratori; talaltra si è emanata un'unica legge.
 - 2) Non è senza interesse rilevare che in Olanda, pur essendosi giunti in ritardo all'entrata in vigore delle norme nazionali attuative e di coordinamento (avvenuta il 1 aprile 2005), ciò non ha impedito la costituzione di SE con sede in quello Stato sin dal primo giorno di efficacia (1 ottobre 2004) del Regolamento comunitario istitutivo: cfr. VAN HET KAAR, *Final report on transposition* (25 aprile 2005), in <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries/thenetherlands.html#3>.
Invero, che il carattere vincolante *erga omnes* (c.d. portata generale) del regolamento comunitario e la sua diretta applicabilità non vengano meno per il solo fatto che questo necessiti di ulteriori provvedimenti di attuazione o specificazione può dirsi pacifico (cfr. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, 3^a, Torino, 2005, 195): non può allora che derivarne l'obbligo di interpretare gli ordinamenti nazionali in modo da consentirne, per quanto possibile, l'immediata e piena efficacia, anche quando il regolamento non si presenti *prima facie* come del tutto "autosufficiente" (e ciò in applicazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato CE, più volte richiamato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – a partire dal caso *Marleasing*, di cui alla sentenza 13 novembre 1990, C-106/89, in *Raccolta*, I-4135, sulla quale cfr. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004, 151 s. - per affermare l'obbligo del giudice nazionale di interpretare le norme interne in conformità ai vari atti di diritto comunitario).
 - 3) Punto sul quale si rinvia a RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, Atti del 40° Congresso nazionale del notariato, Milano, 2003, 155 s., nonché in *Riv. soc.*, 2003, 985 s. (da cui si citerà in prosieguo). Conf. COLANGELO, *La "Società Europea" alla prova del mercato comunitario delle regole*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 177. Nel senso che i dubbi interpretativi – pur nella disponibilità a ricercare soluzioni positive conformi allo spirito comunitario (nello stesso senso BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in corso di pubblicazione nel *Liber amicorum* di Gian Franco Campobasso, nt. 57) - comportano perdita di capacità concorrenziale, in confronto con gli altri Stati membri, nell'attrarre le SE sul territorio italiano cfr. ancora RESCIO, *op. cit.*, 983 s.
 - 4) Nella norma italiana, per il vero, la competenza è attribuita al tribunale della sede della incorporante o della società risultante dalla fusione; ma la norma regolamentare applicabile alla fattispecie in esame (art. 22) impone di prendere in eguale considerazione la sede della società italiana partecipante, ancorché incorporata o fusa per costituire una SE con sede all'estero. Se invece per fusione in senso stretto si costituisce una SE con sede in Italia in luogo diverso dalla sede della società italiana fusa, la libertà lasciata dalla norma regolamentare (tribunale della sede della società italiana partecipante alla fusione o della sede della SE) parrebbe restringersi per effetto della norma interna che attribuisce la competenza per la nomina dell'esperto al tribunale del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione.

- 5) Si noti che, a differenza della fusione e della trasformazione che possono coinvolgere esclusivamente società azionarie (art. 2, §§ 1 e 4), la costituzione di SE Holding può coinvolgere anche società a responsabilità limitata (art. 2, § 2). Ma, poiché la SE costituita è una società azionaria, la norma italiana applicabile (art. 2501-*sexies*, comma 3, c.c.) non consente la scelta dell'esperto direttamente da parte della società interessata, benché l'art. 32 preveda l'alternativa del "riconoscimento" (che dovrebbe intendersi come riconoscimento preventivo mediante iscrizione ad apposito albo, quale quello dei revisori o delle società di revisione) dell'esperto rispetto alla sua "designazione" ad opera di un'autorità.
- 6) Attribuire la competenza ad una diversa autorità sembra, in linea di principio, una inutile perdita di tempo, perché questa diversa autorità non potrebbe che attendere che le siano comunicate le valutazioni di chi è deputato al controllo, per poi – svolti gli ulteriori controlli di cui *infra* - supinamente riprodurre il segnale di "via libera".
- 7) La prescrizione di effettuare il controllo "conformemente alla legislazione applicabile" alle fusioni interne implica un evidente rinvio sia alle modalità e ai criteri per l'esecuzione del controllo sia alla designazione dell'autorità a ciò deputata (nel rispetto di quanto prescritto dalla Terza Direttiva). Nel senso della competenza notarile *de jure condito* al rilascio del certificato *de quo* v. già, in sede di prima lettura del regolamento sulla SE, RESCIO, *La "Societas Europea" (SE)*, studio n. 02/09/18/12/U.E. approvato dalla Commissione Studi Unione Europea il 18 settembre 2002, pubblicato in *Studi e materiali* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, 239 ss.
- 8) Al di là delle difficoltà di individuazione dell'area del controllo: in argomento si rinvia, anche per riferimenti, a GUERRERA, in *Società di capitali* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, *sub art.* 2436, 1100 ss.
- 9) Questa è l'espressione adoperata dall'art. 10, § 2, della Direttiva 2005/56/CE sulla fusione transfrontaliera per il rilascio del certificato preliminare alla fusione. Come più avanti precisato, la indubbia riconducibilità della fusione costitutiva di SE nell'ambito della fusione transfrontaliera legittima ed anzi impone di integrare e coordinare la normativa regolamentare sulla fusione per costituzione di SE con quella (nella misura in cui non risulti incompatibile) ora dettata in generale per la fusione transfrontaliera.
- 10) L'art. 26, § 2, reg. SE, pone soltanto un termine (di ben sei mesi) che decorre dal rilascio del certificato, entro il quale la società partecipante alla fusione deve trasmettere detto certificato, insieme ad una copia del progetto di fusione approvato, all'autorità di controllo competente per la procedura di fusione e costituzione della SE nello Stato in cui si trova o viene posta la sede della costituenda SE.
- 11) Non sembra che questa conclusione venga smentita dall'art. 10, § 2, della citata Direttiva sulla fusione transfrontaliera, ove si statuisce che il certificato preliminare alla fusione va rilasciato "senza indugio". Infatti, dovendo anche tale certificato attestare "a titolo definitivo l'adempimento regolare degli atti e delle formalità preliminari alla fusione", pare evidente che la tempestività del rilascio vada apprezzata con riferimento al momento in cui quell'adempimento è accertabile in via definitiva: finché questa certezza, per le ragioni esposte, manchi e sempre che non sia imputabile a ritardi ingiustificati dell'autorità competente, non si può verificare alcuna violazione del precetto del rilascio del certificato senza indugio.
- 12) Dubbio sollevato e lasciato aperto in attesa di una soluzione normativa esplicita, nello studio citato a nt. 5: la mancanza, a tutt'oggi, di una presa di posizione *ad hoc* da parte del nostro legislatore impone di formulare la tesi interpretativa supportata dagli argomenti più convincenti, pur rimanendo auspicabile un chiarimento legislativo soprattutto al fine di precisare a chi spetti il potere di rilasciare il certificato quando l'autorità di ciò investita si trovi nell'impossibilità di esercitare quel potere. Tale problema è analogo a quello che si è posto per la sopravvenuta impossibilità di esercitare il controllo di iscrivibilità da parte del notaio verbalizzante – in tema cfr. STELLA RICHTER *jr*, *Il controllo sugli atti costitutivi e sulle deliberazioni modificative non ricevuti da notai*, studio n.

5823/I approvato dalla Commissione Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 15 dicembre 2005, in corso di pubblicazione in *Studi e materiali* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato - con l'aggravante che il rischio di sopravvenuta impossibilità del rilascio del certificato da parte del medesimo notaio è maggiore a causa del più lungo periodo temporale corrente tra delibera di fusione e rilascio del certificato (questo presupponendo l'iscrizione della delibera e di norma la decorrenza del termine per l'opposizione).

- 13) Per esempio, il possesso da parte della incorporante di tutte le azioni della incorporata prima dell'atto di fusione, per potersi giovare delle semplificazioni procedurali a ciò connesse: e v. in termini generali la massima n. 17 approvata dal Consiglio Notarile di Milano in data 29 ottobre 2002, pubblicata in AA.VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, 2^a ed., Ipsoa, 210 ss.
- 14) Se i controlli finalizzati al perfezionamento dell'atto di fusione sono quelli che sottostanno al rilascio del certificato e se gli stessi controlli possono e devono essere svolti dal notaio incaricato dell'atto di fusione, il quale può essere diverso dal notaio verbalizzante le delibere di approvazione del progetto di fusione, tutto ciò può giustificare una soluzione, coerente al sistema, del problema accennato a nt. 12: quello della impossibilità sopravvenuta del notaio verbalizzante a rilasciare il certificato. Sembra cioè ammissibile che in tale evenienza la società interessata possa chiedere il rilascio del certificato ad altro notaio, il quale – in ipotesi di costituzione di SE con sede in Italia – sarà preferibilmente il notaio incaricato della redazione dell'atto di fusione.
- 15) La necessità che la trasmissione del certificato avvenga da parte della società entro sei mesi dal rilascio (art. 26, § 2), nonostante la comodità del termine, pone il quesito delle conseguenze di una trasmissione tardiva. Astrattamente si potrebbe ipotizzare non tanto il rilascio di un nuovo certificato, se il contenuto del medesimo è destinato a rimanere immutato, quanto l'utilizzo dello stesso certificato con responsabilità degli amministratori (sui quali all'interno della società partecipante grava l'obbligo di curare la trasmissione tempestiva) per i danni derivanti dal ritardo nel perfezionamento della fusione. Sarebbe invece palesemente eccessivo ritenere che l'osservanza di tale termine possa in sé costituire un indispensabile presupposto per la realizzabilità della fusione: nessuna *ratio* dell'apposizione del termine supporterebbe la conclusione, foriera di pesanti e inutili costi, che alle società coinvolte non resti che iniziare daccapo il procedimento di fusione, ammesso che ne abbiano ancora interesse.
- 16) Cfr. l'art. 26, che nel § 4 richiama il principio generale di applicazione della legge nazionale della sede della SE in materia di costituzione di società azionarie. Ciò allora significa che in caso di (costituzione per) fusione si deve fare riferimento alle specifiche norme dettate per la fase conclusiva di tale operazione straordinaria.
- 17) L'efficacia si avrà dopo, con l'iscrizione della SE nel registro della nuova sede (art. 8, § 10).
- 18) Più precisamente, per le modifiche statutarie della SE il regolamento si limita a prescrivere in via generale che esse siano debitamente pubblicizzate (art. 59, § 3). Se sia previamente necessario esperire un controllo di legittimità, ciò non è stabilito dal regolamento, ma può dipendere dalla legge nazionale applicabile in relazione alla sede (di partenza) della SE ad integrazione della normativa comunitaria. Difatti: le modifiche statutarie richiedono una deliberazione dell'assemblea generale (art. 59, § 1); quest'ultima, per quanto non disposto dal regolamento, è disciplinata dalla legge nazionale della s.p.a. individuata dalla collocazione della sede sociale (art. 53); se la sede è in Italia, la legge italiana richiede, tra l'altro, la verbalizzazione notarile della deliberazione assembleare e la sua iscrizione su richiesta del notaio verbalizzante al termine del giudizio di iscrivibilità. Alla stessa conclusione si giunge se si ragiona partendo dalla generale applicabilità della normativa nazionale sulla s.p.a. nelle materie e negli aspetti non disciplinati dal regolamento (art. 9, § 1, lett. c, ii) e dal principio di non discriminazione (di cui all'art. 10), per il quale – salvo quanto disposto dal regolamento – una SE è trattata in ciascuno Stato membro come una s.p.a. costituita in conformità alla legge dello Stato in cui la SE ha la propria sede.

- 19)** E' vero che l'art. 15 in generale rinvia per la costituzione di una SE alla legislazione applicabile alla s.p.a. dello Stato in cui la SE pone la sua sede, ma questo rinvio non aiuta là dove l'ordinamento nazionale non preveda per la propria s.p.a. un'analogia fattispecie costitutiva.
- 20)** Come si è visto, nella costituzione di SE Holding ciò si verifica in relazione alla pubblicità del progetto, non anche per le fasi successive della relativa approvazione, del soddisfacimento delle condizioni per la costituzione e dell'atto di costituzione.

(Riproduzione riservata)