

Società concessionaria di pubblico servizio e fusione transfrontaliera: spunti di riflessione

di DAVIDE SICLARI

SOMMARIO: 1. La fusione transfrontaliera di società concessionaria di pubblico servizio come fattispecie emblematica della difficile composizione fra regole del mercato, interesse pubblico e principi comunitari nell'attuale dispiegarsi del diritto pubblico dell'economia. – 2. La dimensione dell'autonomia privata: regole del mercato e libertà dell'iniziativa economica privata nell'esplicazione della volontà dei soci di procedere alla fusione. – 3. La dimensione dell'interesse pubblico: il ruolo dell'autorizzazione amministrativa alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio in funzione di tutela degli interessi pubblici coinvolti. – 4. La dimensione comunitaria: la tutela della concorrenza all'interno dell'Unione europea nell'applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 sulle concentrazioni di società. – 5. La difficile composizione della dimensione dell'autonomia privata, della dimensione dell'interesse pubblico e della dimensione comunitaria nel caso "Autostrade-Abertis". – 6. Alcuni aspetti dubbi nella composizione del conflitto operata dal giudice amministrativo: a) valutazione dell'*intuitus personae* o della solidità patrimoniale? – 7. segue: b) la valutazione di opportunità sul "ciclo invertito". – 8. L'emersione dell'interesse pubblico nel diverso modulo procedimentale utilizzato per le fusioni tra banche, tra società finanziarie e tra società di assicurazione: la prevalenza di criteri decisionali neutrali, predeterminati dal legislatore e non affidati all'indirizzo politico contingente. – 9. Spunti di riflessione.

1. La fusione transfrontaliera di società concessionaria di pubblico servizio come fattispecie emblematica della difficile composizione fra regole del mercato, interesse pubblico e principi comunitari nell'attuale dispiegarsi del diritto pubblico dell'economia.

Nell'ordinamento italiano l'esplicazione dell'iniziativa economica privata si è tradizionalmente trovata e continua collocarsi, sulla base del referente costituzionale¹, tra le sponde opposte della libertà degli operatori e

¹ Sulla disciplina giuridica del mercato e le libertà economiche nella Costituzione italiana v., *ex plurimis*, P. BILANCIA, *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, Padova, 1986;

dell'autorizzazione amministrativa, ove prevista a tutela degli interessi pubblici, in un quadro di continuo cambiamento di fronte prima ai principi comunitari² e adesso alle nuove istanze del mercato globale.

La difficoltà di comporre insieme regole del mercato, interesse pubblico e principi comunitari nell'attuale dispiegarsi del diritto pubblico dell'economia può ben essere testimoniata dalla fattispecie della fusione di una società nazionale, che sia concessionaria di pubblico servizio, con una società di un altro Paese membro dell'Unione europea (cosiddetta fusione transfrontaliera).

L'esame di una tale fattispecie, che con l'integrazione dei mercati è di sempre più frequente verifica, consente di elaborare alcuni primi spunti di riflessione sulle categorie tradizionali del diritto pubblico regolanti i fenomeni dell'economia che vengono sottoposte ad una dura prova di resistenza, al fine di conciliarle con i principi comunitari³.

M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 373 ss.; A. PACE, *Libertà "del mercato" e "nel mercato"*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss.; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *Annuario AIC 1999*, Padova, 2000, 323 ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003. Per un esame delle sentenze più significative emesse in materia nei primi cinquant'anni di vita della Corte costituzionale può vedersi, da ultimo, V. BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, laddove emerge, tutte le volte nelle quali la Corte è stata investita di questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 41, la tensione tra la libertà di iniziativa che viene riconosciuta dalla norma e i limiti indicati dalla norma stessa.

² Per l'incidenza della nuova Costituzione economica indotta dall'adesione all'Unione europea sul regime dei servizi pubblici v., *ex multis*, L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995; F. GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, 5, 1742; N. RANGONE, *I servizi di interesse generale in Europa. Commento alla comunicazione della Commissione europea dell'11.9.96*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 4, 387; B. MAMELI, *Servizi pubblici e concessione*, Milano, 1998; C. AMIRANTE, *I servizi pubblici fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno: regole di mercato e funzione sociale*, in *AA.VV., Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze*, a cura di S. Gambino, Rimini, 1998, 307; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit.; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, 2004, 7 ss.; G. NAPOLITANO, *Towards a European Legal Order for Services of Economic General Interest*, in *European Public Law*, 2005, 565 ss.; ID., *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bologna, 2006, spec. 37 ss.

³ Analizza, ad esempio, gli effetti che la sovrapposizione della costituzione economica comunitaria a quella nazionale ha determinato sull'istituto della concessione amministrativa L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005 (ove v. anche per argomentazioni basate su efficienza e analisi economica dell'istituto della concessione, nel quadro dei principi comunitari, 203 ss.).

Nel caso in cui una società nazionale concessionaria di pubblico servizio deliberi una fusione con una società di un altro Paese membro dell'Unione europea tre sono i corni del problema che vanno affrontati: la dimensione del mercato, laddove si deve garantire che, sulla base delle regole del mercato e della libertà dell'iniziativa economica privata riconosciuta dalla Costituzione, l'esplicazione della volontà dei soci di procedere alla fusione trovi una concreta realizzazione, tutelata dal diritto; la dimensione dell'interesse pubblico, laddove l'autorizzazione amministrativa alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio quale espressione del rapporto tra l'iniziativa economica privata e il relativo controllo pubblico serve a tutelare i vari interessi di tipo superindividuale coinvolti dallo schema concessorio; la dimensione comunitaria, laddove il perseguimento della libertà di circolazione dei capitali e l'esigenza di tutela della concorrenza rende necessaria l'applicazione delle relative regole, fra cui, da ultimo, quelle indicate nel regolamento (CE) n. 139/2004 sulle concentrazioni di società.

2. La dimensione del mercato: regole del mercato e libertà dell'iniziativa economica privata nell'esplicazione della volontà dei soci di procedere alla fusione.

La dimensione del mercato si esplica nel riconoscimento pieno, da parte dell'ordinamento giuridico, della volontà dei soci delle compagini delle società di capitali di procedere alla fusione con altre società. In particolare, la libertà dell'iniziativa economica privata viene assicurata nella fattispecie in esame dalle norme codicistiche che disciplinano le fusioni tra società, conferendo così piena efficacia nel mondo del diritto alla volontà dei soci⁴.

⁴ Per la dottrina sulle fusioni tra società v., *ex multis*, G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, Il Foro Italiano, 1936; G. VISENTINI, *La fusione fra società*, Roma, 1942; C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964; E. SIMONETTO, *Della trasformazione e fusione delle società*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 2498-2510, Bologna-Roma, 1976; G. CABRAS, *Trasformazione e fusione*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 943 ss.; GRASSETTI, *Fusione per incorporazione e conflitto di interessi*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 795 ss.; B. LIBONATI, *Rapporto di cambio e fusione fra società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 114 ss.; A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato Rescigno*, 17, Torino, 1985; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato Galgano*, VIII, Padova, 1985; SALERNO CARDILLO, *Fusione delle società: successione universale o modificazione statutaria?*, in *Vita not.*, 1987, 472; Ferri, voce *Fusione di società*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 2 ss.; R. RORDORF, *Fusioni e scissioni di società nella prospettiva europea*, in *Società*, 4, 1990, 433 ss.; G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991, n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 501 ss.; PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 496 ss.; ZIZZO, voce *Fusione e trasformazione delle società*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm. VI, Torino, 1991, 317 ss.; G.G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992; GASPERONI, voce *Trasformazione di società*, in *Enc. dir.*,

La decisione dei soci di pervenire ad una fusione – nella specie, per incorporazione – benchè libera in quanto derivante da esercizio di autonomia privata resta tuttavia soggetta ad alcuni limiti, qualora il diritto dei soci venga in realtà utilizzato in termini di abuso del potere.

Tale situazione si presenta tipicamente nelle ipotesi in cui l'incorporazione della controllata sia stata decisa dalla società controllante a vantaggio proprio e del proprio gruppo, ma contro l'interesse della controllata e dei suoi soci di minoranza, ovvero qualora il processo di determinazione del rapporto di cambio risulti non corretto, poiché ha omesso di considerare il rilevante contributo apportato dal patrimonio della controllata all'assetto finanziario della società risultante dalla prevista incorporazione⁵.

XLIV, Milano, 1992, 1062 ss.; G. COLOMBO, *Fusioni, acquisizioni e scorpori: economia delle concentrazioni aziendali*, Milano, 1992; MANISCALCO, *Esclusione del giudizio di congruità nella fusione per incorporazione*, in *Società*, 1992, 491 ss.; V. SALAFIA, *Responsabilità illimitata dei soci nella fusione eterogenea*, in *Società*, 1993, 1033; L. BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 570 ss.; A. SERRA - M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (commento al d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22)*, Torino, 1994; B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, 376; A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Fusioni e scissioni di società*, Milano, 1995; A. VICARI, *Progetto di fusione e approvazione dell'assemblea dei soci*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, 379 ss.; GIUSTINI, *Considerazioni in tema di invalidità della fusione, conflitto d'interessi e sindacabilità del rapporto di cambio*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 377 ss.; S. SARCONI, *Le fusioni societarie: aspetti economico-aziendali, civilistici, contabili e fiscali*, Milano, 1996; F. FIMMANÒ, *Fusione, rapporto di cambio ed art. 2504-quinquies*, in *Riv. not.*, 1996, 293; G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1997; G. FERRI JR., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998; G. BRUNI, *Fusioni e scissioni: profili economici, strategici e istituzionali*, Milano, 1997; C. SANTAGATA, *Riflessioni sul fondamento e gli effetti della fusione tra società*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, 1353 ss.; F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* diretto da L. Mengoni, Milano, 2000; G. GELOSA - M. INSALACO, *Fusioni e scissioni di società: profili civilistici e tributari*, Milano, 2002; G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni semplificate nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 889 ss.; M. PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 507 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Fusioni pericolose (merger leveraged buy out)*, in *Riv. soc.*, 2004, 229 ss.; P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, 1343 ss.; E. BERGAMO - P. TIBURZI, *Le nuove trasformazioni, fusioni, scissioni*, Milano, 2005; N. AL NAJARI - S. PERON, *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali: uno sguardo di insieme*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 708 ss.; A. PRETO - C. DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 234 ss.; F. CAPELLI, *La direttiva Ce n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2006, 623 ss.; M.E. GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 353 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.*, 2006, 417 ss.

⁵ Per un esempio v. M. TERENGI, *Fusioni "di gruppo", conflitto di interessi ed abuso di potere*, in *Società*, 1996, 4, 439 ss.

Nell'ambito dei gruppi di società, infatti, può manifestarsi un conflitto d'interessi qualora nell'esercizio della sua azione generale di coordinamento la società capogruppo pianifichi un'operazione coinvolgente una società controllata che, vista nell'ottica del gruppo, persegue un interesse generale ma che, considerata in relazione alla controllata stessa, può risultare in effetti pregiudizievole.

Un'interpretazione rigorosa delle norme poste dagli artt. 2373 e 2391 c.c. in materia di conflitto d'interessi risulterebbe del resto di ostacolo al perseguimento della maggior parte delle strategie di gruppo concepite nella realtà aziendale. Proprio per questo parte della dottrina ha riconosciuto la legittimità dell'operazione, qualora essa, pure in sé svantaggiosa, si inserisca comunque in concreto in un contesto di rapporti, scambi e relazioni infragruppo tra loro collegati dai quali la società incorporanda può ricavare determinati vantaggi, tali da compensare il danno in maniera mediata ed indiretta.

L'elaborazione da parte della dottrina della teoria dei "vantaggi compensativi"⁶, secondo cui non ricorre conflitto d'interesse in un gruppo per il solo fatto che una società controllata abbia subito un pregiudizio, poiché tale circostanza non può essere considerata prescindendo proprio dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, ha portato, con l'adesione della giurisprudenza⁷, alla legittimazione teorica della pianificazione ed

⁶ Il riferimento è, ovviamente, a P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss. nonché, successivamente, S.A. CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. it.*, 2001, 8/9, 1676 ss.; S. ROSSI - N. ABRIANI - P. MONTALENTI - F.M. MUCCIARELLI - R. SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, 5, 613 ss.; E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione «virtuale» alla compensazione «reale»): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, *ibidem*, 2004, 6, 600 ss.; F. SOLINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, *ibidem*, 3, 255 ss.; D. MONACI, *Sindacato giudiziario della diligenza dell'amministratore e prova dei vantaggi compensativi*, *ibidem*, 4, 406 ss.

⁷ V. ad esempio Cassazione, 21 gennaio 1999, n. 521, in *Società*, 1999, 428, secondo cui "il gruppo di imprese deve configurarsi come un fenomeno in cui ad un'impresa unitaria in senso economico corrispondono più società sul piano giuridico; in nome dell'interesse o logica di gruppo non può, pertanto, essere sacrificato il patrimonio della singola società, ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un'altra operazione posta in essere secondo l'indirizzo economico unitario". Secondo Cassazione, 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317, con nota di P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, secondo la quale "l'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione; ne consegue che, quando un atto viene posto in essere da una società "controllata", va esclusa

attuazione delle operazioni straordinarie fra le società del gruppo. Da ultimo, la codificazione della teoria nell'art. 2497 esclude la responsabilità delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori delle società sottoposte alla stessa, qualora il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette, con l'onere della prova in ordine all'interesse di gruppo e al vantaggio compensativo gravante sul soggetto che impone l'operazione pregiudizievole⁸.

In tali fattispecie, pertanto, la libera espressione della volontà sociale trova il limite – posto a tutela dei soci di minoranza, ma dettato da esigenze di carattere pubblicistico, a garanzia del buon andamento della vita sociale e della regolarità nella conduzione dell'attività della società – dell'eventuale verificarsi di un abuso di potere ai danni della minoranza che rende annullabili le deliberazioni lesive degli interessi appunto dei soci di minoranza, una volta constatato che le deliberazioni relative all'operazione straordinaria trovino giustificazione nella fraudolenta volontà della maggioranza di danneggiarli, a vantaggio proprio o di terzi.

La riforma del diritto societario operata nel 2003 ha in particolare esaltato la libertà di espressione della volontà dei soci di procedere alla fusione, mediante l'attuazione in norma di due distinti principi: il principio della celerità nello svolgimento delle procedure di fusione e il principio della garanzia della continuità dell'attività in occasione di modificazioni strutturali⁹.

la ricorrenza di una donazione e non è necessaria l'osservanza delle forme richieste dall'art. 782 cod. civ. se l'operazione è stata posta in essere in adempimento di direttive impartite dalla capogruppo o comunque di obblighi assunti nell'ambito di una più vasta aggregazione imprenditoriale, mancando la libera scelta del donante; inoltre, al fine di verificare se l'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un depauperamento effettivo occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto". Più di recente, Cassazione, 24 agosto 2004, n. 16707 (annotata da L. NAZZICONE, *Responsabilità degli amministratori verso la società e vantaggi compensativi*, in *Foro it.*, 2005, 6, 1844 ss.) non esclude "la possibilità di tener conto di valutazioni afferenti alla conduzione del gruppo nel suo insieme, purché non vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società", dovendosi avere riguardo "non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza".

⁸ N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, I, 2002, 620.

⁹ Cfr. M.M. GAETA, *Art. 2501*, in *Codice commentato delle s.p.a.* diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, tomo II, Torino, 2007, 1727.

Il legislatore della riforma ha così valorizzato ancora di più l'esplicazione, nella fattispecie in esame, della libertà d'iniziativa privata dei soci, volendo assicurare che gli effetti della volontà di fusione si producano con immediatezza e senza ritardi provocati da procedure lunghe e farraginose. Nell'ottica di semplificazione del procedimento di fusione¹⁰, si sono quindi dettate norme dirette in ogni caso a soddisfare l'esigenza di tutelare al meglio i soci ed i terzi¹¹.

Il principio di continuità dell'attività, che acquista rilevanza per l'argomento al nostro esame, si esplicherebbe sia nel caso di fusione cosiddetta in senso proprio o in senso stretto, laddove tutte le società partecipanti alla fusione si estinguono e dalla loro integrazione nasce una nuova società, le cui azioni o quote vengono attribuite ai soci in base al rapporto di cambio, sia nel caso di fusione per incorporazione, laddove una delle società partecipanti al progetto procede ad incorporare le altre e i soci di queste ultime ricevono le azioni o le quote della società incorporante, secondo sempre il rapporto di cambio, in sostituzione della partecipazione che detenevano nelle società incorporate¹². Soprattutto nel caso della fusione per incorporazione, considerato anche che la fusione consiste essenzialmente in una operazione di compenetrazione dei distinti patrimoni delle società partecipanti al progetto¹³, la dottrina sottolinea il carattere della continuità per quanto concerne il rapporto con l'organo di amministrazione e con l'organo di controllo¹⁴.

La questione della natura giuridica della fusione - se essa debba, cioè, essere considerata come una successione tra enti oppure come una mera modifica dell'atto costitutivo¹⁵ - acquista rilievo per comprendere la tipologia di autorizzazione amministrativa che l'amministrazione concedente il pubblico servizio dovrà rilasciare nel caso di modificazioni soggettive del concessionario conseguenti alla fusione.

Ove, infatti, ci si trovi in presenza comunque di una mera modifica dell'atto costitutivo, non mutando la struttura organizzativa della società in termini di organi interni e di statuto dell'organizzazione, l'amministrazione concedente dovrebbe verificare soltanto la persistenza dei requisiti

¹⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla "semplificazione" del procedimento di fusione e scissione*, in *Riv. not.*, 2002, I, 289 ss.

¹¹ Cfr. V. BUONOCORE, *Le modificazioni dell'impresa societaria*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2005, 45.

¹² V. Cassazione civ., sez. V, 13 agosto 2004, n. 15860, in *Mass. giur. it.*, 2004.

¹³ G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* fondato da G. Vassalli, vol. X, tomo III, Torino, 1970, 687.

¹⁴ C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2004, Torino, 16.

¹⁵ In tema v. S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *Giur. comm.*, 1996, 470 ss. e, da ultimo, F. SCALABRINI - G.A.M. TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, in *Riv. not.*, 2006, 4, 1037 ss.

patrimoniali, limitandosi quindi ad un controllo tecnico vincolato ai suoi esiti.

Qualora invece ci si trovi in presenza di un fenomeno di successione tra enti, l'autorizzazione amministrativa dell'amministrazione concedente il pubblico servizio potrà ben essere caratterizzata da un alto tasso di discrezionalità, finalizzata a valutare il nuovo soggetto che si va a sostituire nel rapporto concessorio.

In dottrina, la tesi della successione trovava fondamento nella lettera del previgente art. 2504 c.c., a mente del quale "la società incorporata o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte": di guisa che tutti i rapporti facenti capo alle società fuse si trasferirebbero alla nuova società o alla incorporante, mentre le prime si estinguerebbero.

Tuttavia, nella vigenza della norma, si faceva comunque notare che, osservando la prassi e le motivazioni economiche sottostanti le operazioni di fusione tra società, tali operazioni non sembrano dirette precipuamente e teleologicamente all'estinzione delle società quanto piuttosto alla loro crescita e al loro potenziamento nell'ambito di un complesso sistema economico globalizzato e aperto nel quale diventa necessario il conseguimento di dimensioni aziendali sempre maggiori ed economie di scala sempre più grandi¹⁶.

Pertanto di recente è divenuta maggioritaria, in dottrina, la tesi secondo cui la fusione concreterebbe una mera modifica dell'atto costitutivo, di non particolare rilevanza, non essendo fra l'altro previste la garanzia di una maggioranza qualificata né la possibilità di esercizio del diritto di recesso da parte dei soci dissenzienti, salvo il caso di fusione in società non quotata in borsa ove la società fusa o incorporata aveva quotate le proprie azioni. Si rileva, in particolare, come l'estinzione delle società fuse ricorre sotto il mero profilo giuridico-formale, mentre le società, sotto il profilo economico, continuano a vivere nella società risultante dalla fusione¹⁷.

Da ultimo, le Sezioni unite della Cassazione¹⁸, adite nell'ambito di un regolamento di giurisdizione su un'istanza di interruzione del processo, conseguente alla sopravvenuta fusione di una delle società parti in causa,

¹⁶ Con riguardo all'esame della prassi e delle motivazioni economiche, osserva poi F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 756 ss. che l'operazione di fusione viene utilizzata con notevole frequenza per conseguire risparmi di imposte, come accade quando una impresa in utile incorpora una impresa che ha subito perdite negli esercizi precedenti.

¹⁷ S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *Giur. comm.*, 1996, 470 ss.

¹⁸ Cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637, annotata da R. RORDORF, I. PAOLA E D. DALFINO in *Foro it.*, 2006, I, 1739 ss.; F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Società*, 2006, 4, 460 ss.; E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, I, 179 ss.; C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione societaria (a proposito di gradazioni sull'immortalità)*, *ibidem*, 189 ss.

incorporata in una società diversa¹⁹, hanno stabilito che la fusione per incorporazione di una società in un'altra, alla stregua di quanto dispone il novellato art. 2504 *bis*, comma 1, c.c., non è causa d'interruzione del processo del quale quella società sia parte, trattandosi di un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo.

Secondo le Sezioni unite, infatti, "l'art. 2505-*bis* [*n.d.a.: rectius* 2504-*bis*] c.c., nel testo vigente, stabilisce, infatti, al 1° comma, che la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione. Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dagli art. 2501 ss. c.c. non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo." Non si pone quindi un problema di una eventuale perdita della capacità processuale della società in conseguenza dell'avvenuta fusione per incorporazione della società stessa.

La configurazione tradizionale della fusione tra società nei termini di un fenomeno successorio, secondo principi simili a quelli che presiedono la successione *mortis causa* tra persone fisiche²⁰, poteva trovare un argomento a suo favore nella dizione dell'art. 2504, ultimo comma, c.c. testo previgente nonché nella dizione del 1° comma dell'art. 2504-*bis*, a seguito delle innovazioni apportate in argomento dal d.lgs. n. 22 del 1991, ove vi era un esplicito riferimento alle società "estinte" per effetto della fusione o dell'incorporazione, precisando che i diritti e gli obblighi loro facenti capo sono assunti dalla società risultante dalla fusione o incorporante.

Tuttavia, come argomentano le Sezioni unite, a seguito della nuova formulazione dell'art. 2504-*bis*, comma 1, introdotta a seguito della riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003²¹, pur essendovi ancora nella norma la previsione per cui la società risultante dalla fusione o incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti

¹⁹ In argomento v. D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, 219 ss.

²⁰ Per tale impostazione abbastanza tralaticia della giurisprudenza v., da ultimo, Corte App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Società*, 2006, 195, con nota di E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*.

²¹ Sulla quale v. D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. giur.*, 2003, 1086.

all'operazione, non vi è più il riferimento alle società "estinte", prevedendosi espressamente che l'assunzione in capo alla società risultante dalla fusione o incorporante dei diritti e degli obblighi delle società preesistenti comporta la prosecuzione di tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione²².

Non si applica quindi più il principio dell'estinzione automatica della società assoggettata alla fusione²³, essendo ora riconosciuto anche dalla giurisprudenza che il fenomeno debba inquadrarsi in termini di mero subingresso di tale società in tutti i rapporti pregressi, anche processuali, senza che vi sia estinzione e creazione di un nuovo soggetto, bensì in dipendenza di una vicenda puramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico. In quest'ottica, si osserva puntualmente²⁴ che di conseguenza gli effetti della fusione non dovrebbero differire da quelli di altri eventi modificativi - ma non estintivi - dell'ente, quali ad esempio la trasformazione o il mutamento di denominazione o di sede.

Ancora, accogliendo la prospettiva secondo cui la fusione va considerata come una "modifica dell'atto costitutivo, il che implica proprio la persistenza della società, anche se a seguito della fusione essa viene a saldarsi con le altre partecipanti alla fusione, formando un tutt'uno", non avendosi dunque un trasferimento di patrimonio, ma il mantenimento di esso, anche se i patrimoni delle varie società vengono a compenetrarsi²⁵, si considera che l'atto di fusione è solo volto a una nuova regolamentazione dei soggetti societari interessati, non essendo diretto al trasferimento o costituzione o scioglimento di diritti reali relativi ad edifici²⁶ o a funzioni similari. La conseguenza consiste nel fatto che non possono applicarsi le norme in tema di trascrizione - concepite per la circolazione dei beni - a fattispecie, come la fusione tra società, che non implicano un fenomeno di

²² Secondo la dottrina, proprio il riferimento alla prosecuzione dei rapporti processuali appare riflettere l'intenzione del legislatore di escludere gli effetti interruttivi che erano tradizionalmente collegati alla fusione: v. così L. ROVELLI, in *La giurisprudenza civile commentata* diretta da C. Ruperto, Milano, 2005, sub art. 2504-bis, 3160; F. MAGLIULO, *La fusione di società*, Milano, 2005, 16 ss.; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 45 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2005, 543.

²³ Applicato ad esempio da Cassazione, Sez. I civile; sentenza 22 giugno 1999, n. 6298, secondo cui in caso di estinzione della parte persona giuridica per incorporazione, l'interruzione del processo si verifica dal momento in cui il procuratore dichiara in udienza l'evento interruttivo o lo notifica alle altre parti, segnando tale momento altresì la decorrenza del termine semestrale per la riassunzione o la prosecuzione del processo stesso, indipendentemente dalla successiva pronuncia del giudice la quale riveste valore meramente dichiarativo.

²⁴ R. RORDORF, in *Foro it.*, 2006, I, 1739 ss.

²⁵ Così F. FERRARA - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1995, 880.

²⁶ Art. 17, comma 1, della legge n. 47 del 1985.

vera circolazione dei beni stessi²⁷. Anche dal punto di vista della circolazione dei beni coinvolti dalla fusione, pertanto, viene confermato che l'atto di fusione concerne una vicenda che coinvolge i soggetti, cioè un fenomeno estraneo alla struttura della legge n. 47 del 1985, le cui norme non appaiono quindi applicabili in quanto finalizzate a regolare atti negoziali i quali determinano vicende relative all'oggetto della società, non coinvolti dal procedimento di fusione.

La piena esplicazione della volontà dei soci di procedere alla fusione con altra società è tutelata poi dall'ordinamento anche ove si abbia riguardo ad una fusione di una società italiana con una società di altro Stato membro dell'Unione europea.

Il legislatore comunitario, infatti, con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 ottobre 2005, n. 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali²⁸, considerato che vi è una necessità di cooperazione e di raggruppamento tra società di capitali di Stati membri diversi e che tuttavia, per quanto riguarda le fusioni transfrontaliere di società di capitali, esse incontrano molte difficoltà a livello legislativo ed amministrativo nella Comunità, ha ritenuto necessario, al fine di garantire il completamento ed il funzionamento del mercato unico, adottare disposizioni comunitarie volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi²⁹. Come emerge dal secondo *considerando* della direttiva, la disciplina dettata in sede europea è finalizzata a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi³⁰.

²⁷ Così S. TONDO, *Abusivismo edilizio e fusione tra società*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali*, 3, 1989 - 1991, Milano, 153 ss. nonché CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Nota 24 maggio 1994, prot. 1707.

²⁸ Pubblicata nella G.U.U.E. 25 novembre 2005, n. L 310 ed entrata in vigore il 15 dicembre 2005. Sulla direttiva v. A. PRETO – C. DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 234 ss.

²⁹ *Considerando* n. 1.

³⁰ Nel dettaglio, l'ambito applicativo della direttiva, secondo l'art. 1, è circoscritto alle fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro ed aventi un elemento di collegamento con il territorio comunitario, ovvero che ivi abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale, ed a condizione che almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi (condizione necessaria per definire la fusione "transfrontaliera"). L'articolo 1 della legge 6 febbraio 2007, n. 13 ha conferito al Governo delega a recepire nell'ordinamento interno la direttiva 2005/56/CE, cui ha provveduto lo schema di decreto presentato dal Governo alla Camera il 3 marzo 2008, e sul quale la Commissione II (Giustizia) e la Commissione VI (Finanze) hanno espresso parere favorevole, con osservazioni, il 12 marzo 2008. Lo schema di decreto legislativo introduce nell'ordinamento le modificazioni conseguenti alla nuova normativa europea sulle fusioni societarie transfrontaliere, integrando la disciplina prevista dal codice civile per le fusioni di società. Vengono fatti salvi i poteri - previsti dall'ordinamento vigente - che le pubbliche autorità possono esercitare in occasione di fusioni societarie in determinati

settori (bancario, finanziario, assicurativo) e i poteri che l'azionista pubblico può esercitare nel processo di privatizzazione di imprese di proprietà pubblica. Dopo aver definito gli istituti rilevanti ai fini delle norme proposte. In particolare, sono introdotte le definizioni di "società di capitali", di "fusione transfrontaliera", nonché degli istituti rilevanti ai fini della partecipazione dei lavoratori alla fusione (art. 1), si specifica l'ambito applicativo delle norme proposte, che operano per le fusioni transfrontaliere tra una o più società di capitali italiane ed una o più società di capitali di altro Stato membro, la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea. Si estende inoltre, ove ne sussistano le condizioni, l'applicazione della disciplina proposta anche alle fusioni transfrontaliere cui partecipino o da cui risultino società diverse dalle società di capitali o società di capitali che non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l'amministrazione centrale, né il centro di attività principale (art. 2). Vengono quindi disciplinate le condizioni relative alle fusioni transfrontaliere: anzitutto, una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società cui la legge applicabile permette di fondersi. E' peraltro escluso che la società cooperativa a mutualità prevalente possa partecipare ad una fusione transfrontaliera. Inoltre, la conformità della fusione con le disposizioni dello schema di decreto in esame è requisito di efficacia delle fusioni di enti aventi sede in Stati diversi, nei termini richiesti dalle norme di diritto internazionale privato (art. 3). In assenza di diverse disposizioni, si stabilisce che alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera si applichi la disciplina che sarebbe applicabile in caso di fusione "domestica", ovvero con altre società italiane (art. 4). Ferme le disposizioni di cui all'art. 11 relative all'atto di fusione transfrontaliera, nel caso di conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera, si dà prevalenza alla legge applicabile alla società risultante. Inoltre, le norme interne in materia di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (articolo 2501-bis del codice civile) non si applicano qualora la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione non sia una società italiana. Quale strumento di tutela viene previsto dall'articolo 5 il diritto di recesso del socio che non sia consenziente rispetto alla fusione transfrontaliera. Circa le modalità di esercizio del recesso e di determinazione del valore delle azioni o delle quote di partecipazione, si prevede che si applichino le norme del codice civile, fatte salve le altre cause di recesso previste dalla legge o dallo statuto. L'articolo 10 disciplina la decisione sulla fusione transfrontaliera prevedendo che sia possibile subordinare l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera all'approvazione, con successiva delibera da parte dell'assemblea, delle modalità di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla fusione transfrontaliera. Il comma 2 dispone che qualora la legge applicabile ad una società di un altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera preveda una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza, vi è la possibilità per l'assemblea di autorizzare con propria delibera, i soci della società di tale altro Stato membro a farvi ricorso. Il comma 3 prevede che la decisione di fusione possa apportare al progetto di fusione solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi, a condizione che tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera deliberino le medesime modifiche. Si individua quindi (art. 13) il soggetto competente alla verifica di legittimità della fusione transfrontaliera - notaio italiano (che ne rilascia apposita attestazione) o autorità competente dello Stato membro - in ragione della nazionalità (italiana o meno) della società risultante dalla fusione. Vengono infine disciplinati (art. 19) i diritti di partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante da una fusione transfrontaliera nel caso in cui almeno una delle società partecipanti alla fusione stessa abbia un numero medio di lavoratori, nei 6 mesi antecedenti la pubblicazione del progetto comune, superiore alle 500 unità e sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori. L'articolo, in particolare, specifica che in questo caso la partecipazione dei lavoratori nella società italiana debba essere disciplinata, per quanto non espressamente previsto, dai principi di cui all'articolo 12, paragrafi 2, 3 e 4 del Regolamento (CE) n. 2157/2001 relativo allo statuto della Società

Come noto, in materia già la Corte di giustizia nella sentenza sul caso Sevic³¹ aveva stabilito che le operazioni di fusione transfrontaliere³² rappresentano una delle forme mediante cui si esplica in concreto la libertà di stabilimento contemplata dall'articolo 43 del Trattato³³.

Il favore del legislatore nazionale nei riguardi di operazioni di fusione societaria e di riorganizzazione aziendale emerge poi anche sotto il profilo

europea (SE), nonché da specifiche disposizioni del d.lgs. n. 188 del 2005. Lo schema di decreto legislativo è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri n. 3 del 21 maggio 2008, ma non è ancora stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale.

³¹ C-411/03. In tema cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.*, 2006, 3, 417 ss. e S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: il caso Sevic*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2007, 2, 345 ss.

³² L'articolo 2 della direttiva 2005/56/CE contempla ora due tipi di fusioni transfrontaliere: a) l'ipotesi di fusione per incorporazione (ove due o più società una o più società trasferiscano, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente — la società incorporante — mediante l'assegnazione ai loro soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della società incorporante, ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10 % del valore nominale di tali titoli o di tali quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile) nonché, in particolare, la fusione per incorporazione nella società controllante (ove una società trasferisca, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del proprio patrimonio attivo e passivo alla società che detiene la totalità delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale); b) l'ipotesi di costituzione di un nuovo organismo societario (ove due o più società trasferiscano, all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad una società da loro costituita - la nuova società - mediante l'assegnazione ai propri soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale della nuova società ed eventualmente di un conguaglio in contanti non superiore al 10 % del valore nominale di tali titoli o quote o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile).

³³ Nella specie, la società Sevic System Ag, residente in Germania, nel corso del 2002 aveva proceduto a una fusione con la società lussemburghese Security Vision Concepi SA. Il tribunale locale competente (l'*Amtsgericht Neuwied*) aveva rifiutato l'iscrizione della fusione nel Registro del Commercio in quanto la Sez. 1(1), n. 1 della legge tedesca sulle riorganizzazioni societarie (*Umwandlungsgesetz*) ammetteva la fusione soltanto tra società residenti in Germania. La Sevic aveva presentato ricorso contro la decisione dell'*Amtsgericht* al *Landgericht* di Coblenza, che aveva deciso di rimettere la questione in sede comunitaria. Secondo la Corte di giustizia, la circostanza secondo cui l'ordinamento germanico ammette la registrazione delle operazioni di fusione interne a discapito di quelle internazionali rappresenta una violazione della libertà di stabilimento, essendo le restrizioni ammissibili soltanto quando perseguono gli obiettivi posti dal Trattato e quando sono giustificate da motivi di ordine pubblico. In Germania la disciplina comunitaria recata dalla direttiva 2005/56/CE è stata recepita con legge approvata dal *Bundestag* il 19 aprile 2007 (*Zweites gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetz – UmwG*, pubblicata nel *Bundesgesetzblatt* il 24 aprile 2007). Nell'ordinamento tedesco la disciplina della fusione transfrontaliera crea, come in altri ordinamenti, uno strumento alternativo rispetto alla costituzione di una società europea. Sul punto v. G. BALP, *Recepimento della direttiva UE 2005/56 sulla fusione c.d. cross-border in Germania e conseguenti modificazioni alla legge sulle operazioni di finanza straordinaria (Umwandlungsgesetz)*, in *Riv. soc.*, 2007, 2-3, 652 ss. nonché P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza SEVIC della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 4, 479 ss.

del trattamento fiscale di tali operazioni. Con riguardo all'attuale disciplina legislativa recata dal testo unico delle imposte sui redditi di cui al d.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR), infatti, si può osservare come la politica legislativa in materia di rilevanza fiscale degli effetti derivanti da specifiche operazioni straordinarie, in particolar modo per alcune tipologie di fusioni, risulta improntata alla logica di inquadrare tali operazioni come una ristrutturazione, estranea alla gestione dell'impresa, che attiene al momento organizzativo, non a quello di produzione di reddito. Per questo motivo la fusione è considerata dall'ordinamento tributario, nazionale e comunitario, come un'operazione fiscalmente neutrale, sia per le società partecipanti all'operazione che per i rispettivi soci³⁴.

Il *favor* fiscale del legislatore si esplica anche nei confronti delle fusioni tra società di Stati diversi dell'Unione europea, considerato che il decreto legislativo n. 199 del 2007 ha da ultimo recepito nell'ordinamento interno la direttiva 2005/19/CE del Consiglio, concernente appunto il regime fiscale comune da applicare alle operazioni di ristrutturazione aziendale, quali fusioni, scissioni, conferimento di attivo e scambi di partecipazione, poste in essere tra società di Stati membri diversi. In particolare, il decreto legislativo ha esteso, con riguardo alle operazioni societarie transnazionali, il regime di neutralità fiscale anche alle scissioni parziali³⁵, includendo pertanto le operazioni di *spin off* di uno o più rami aziendali³⁶.

³⁴ Infatti, per quanto concerne l'imposizione diretta, il principale aspetto fiscale riguarda la tassabilità delle plusvalenze emergenti dalla fusione. In via generale, l'attuale disciplina normativa prevede, al comma 1 dell'art. 172 del TUIR, due principi fondamentali: a) la fusione non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse; b) le plusvalenze e minusvalenze evidenziate nelle situazioni patrimoniali previste dall'art. 2504-*bis* del codice civile non concorrono a formare reddito imponibile in quanto la situazione patrimoniale in oggetto si ritiene "neutra" ai fini fiscali.

³⁵ Infatti si modifica l'articolo 178 del TUIR, che individua le operazioni straordinarie tra Stati diversi che possono usufruire della neutralità fiscale, venendo ora inserite, con effetto dal 1° gennaio 2007, le scissioni parziali, che comportano cioè il trasferimento ad una beneficiaria di altro Stato dell'Unione europea, di uno o più complessi aziendali della società italiana, senza che questa abbia ad estinguersi, come invece avviene nella scissione totale.

³⁶ Con riguardo alla scissione parziale, infatti, la disciplina nazionale, che aveva recepito la Direttiva comunitaria 90/434/CE, riguardava, quanto alle scissioni, solo quelle "totali" mediante le quali una società trasferisce, al momento del suo scioglimento senza liquidazione, l'intero patrimonio a due o più società, preesistenti o nuove, domiciliate in Stati UE diversi da quello della scissa (v. l'art. 178, lettera b), del TUIR). Restavano quindi escluse le operazioni di *spin off* di uno o più rami aziendali. La novella che recepisce sul punto la Direttiva 2005/19/CE disciplina ora anche le scissioni di quest'ultimo tipo, attraverso cui, cioè, la società scissa trasferisce a una o più società beneficiarie, uno o più rami della propria attività, senza sciogliersi, e mantenendo almeno un ramo d'impresa presso di sé. Il decreto ha poi modificato gli articoli 177 e 178 del TUIR in materia di scambio di azioni e di partecipazione, in quanto essi non precisavano se fossero o meno comprese le ulteriori acquisizioni che conferiscano più della maggioranza semplice dei diritti di voto. Viene pertanto chiarito che la neutralità fiscale della disciplina comunitaria riguarda anche le operazioni di scambio di azioni in cui la società, che già dispone della maggioranza di un'altra società, acquisisce una

Da ultimo, il *favor* fiscale del legislatore si è concretizzato nelle disposizioni recate dai commi 46 e 47 dell'art. 1 della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008) che sono intervenute proprio sul regime fiscale delle operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, conferimenti di aziende). Mediante una serie di novelle agli articoli 172, 173, 175 e 176 del TUIR, si è infatti previsto che, in alternativa al regime di neutralità fiscale che attualmente caratterizza il trattamento ai fini fiscali di tali operazioni qualora vengano mantenuti gli stessi valori che i beni avevano nelle società fuse o incorporate, sia possibile optare per l'applicazione, in tutto o in parte, sui maggiori valori attribuiti in bilancio agli elementi dell'attivo costituenti immobilizzazioni materiali e immateriali, di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle società e dell'imposta regionale sulle attività produttive³⁷. L'opzione potrà essere compiuta in caso di operazione di fusione (nuovo articolo 172 del TUIR) dalla società incorporante ovvero da quella risultante dalla fusione, in caso di operazione di scissione (nuovo articolo 173 del TUIR) dalla società beneficiaria della medesima³⁸.

ulteriore partecipazione in cambio dell'assegnazione, ai soci della società acquisita, di azioni rappresentative del capitale della prima. La modifica proposta intende consentire l'accesso al regime di favore della neutralità nelle ipotesi di incremento della percentuale di controllo in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario.

³⁷ La misura dell'aliquota di imposta sostitutiva è determinata per scaglioni di maggiori valori dei beni iscritti, ed in particolare: a) per maggiori valori fino a 5 milioni di euro: 12%; b) per maggiori valori compresi tra 5 e 10 milioni di euro: 14%; c) per maggiori valori superiori a 10 milioni di euro: 16%.

³⁸ Analogo regime viene previsto anche in caso di operazione di conferimento di aziende (nuovo articolo 176 del TUIR) ed in tal caso l'opzione dovrà essere effettuata da parte della società conferitaria. Viceversa le operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento, in virtù delle novelle apportate all'articolo 175, rimangono assoggettate al vigente regime, secondo il quale il valore di realizzo è quello ricevuto dal soggetto conferente ovvero, se superiore, quello iscritto a bilancio dal conferitario. L'opzione deve essere compiuta nella dichiarazione dei redditi relativa all'esercizio nel corso del quale è stata posta in essere l'operazione o, al più tardi, in quella del periodo d'imposta successivo. Il *favor* del legislatore nei confronti, più in generale, delle operazioni di costituzione di società si evince anche dalla semplificazione che lo stesso legislatore ha apportato in materia di disciplina del procedimento di controllo di legalità su tali fattispecie (In tema v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 168 ss.; G. CAPO, *Art. 2330 c.c.*, in *Codice commentato delle s.p.a.* diretto da G. Faucegna e G. Schiano di Pepe, Torino, 2007, t. I, 25 ss.), previsto dall'art. 10 della direttiva 68/151/CEE (Direttiva 9 marzo 1968, n. 68/151/CEE (Prima direttiva del Consiglio intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi). Al fine precipuo di semplificare gli adempimenti dei soggetti coinvolti nell'operazione, la riforma del 2000 (sulla quale v. M. STELLA RICHTER JR., *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in AA.VV., *Il controllo notarile*, a cura di Paciello, Milano, 2001), infatti, ha provveduto a sopprimere il giudizio di omologazione del tribunale in sede di costituzione della società e il controllo di legalità è stato affidato al notaio che viene chiamato a redigere l'atto costitutivo (v. sul punto l'art. 138-bis, comma 2, della legge notarile

3. La dimensione dell'interesse pubblico: l'autorizzazione amministrativa alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio quale espressione del rapporto tra l'iniziativa economica privata e il relativo controllo pubblico.

La dimensione dell'interesse pubblico si concreta, nella tematica in esame, nel rilascio dell'autorizzazione alle modificazioni soggettive del concessionario del pubblico servizio da parte dell'amministrazione pubblica concedente, con cui vengono perseguiti e tutelati i vari interessi pubblici coinvolti³⁹.

L'autorizzazione amministrativa alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio si pone, in tal caso, quale precipua espressione del rapporto tra iniziativa economica privata e controllo pubblico⁴⁰. La dottrina osserva infatti che l'indagine dell'istituto dell'autorizzazione amministrativa, quale strumento utilizzato per la regolazione delle attività economiche, si risolve facilmente nell'analisi della storia del rapporto, che varia a seconda dei diversi periodi storici, tra l'intrapresa privata e il relativo controllo pubblico⁴¹.

Nell'analisi tradizionale degli studiosi di diritto amministrativo, come noto, l'autorizzazione amministrativa consiste nel provvedimento con il quale la pubblica amministrazione, nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva, rimuove un limite legale all'esercizio dell'attività del privato.

La differenza con il diverso istituto della concessione risiederebbe, secondo la ricostruzione dogmatica di Ranelletti⁴², nel fatto che l'autorizzazione provvederebbe a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente, mentre la concessione consisterebbe nel provvedimento

n. 89 del 1913, introdotto dall'art. 32 della legge n. 340 del 2000, che ha previsto sanzioni amministrative a carico del notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo da lui rogato quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge. In dottrina v. F. SANTOSUOSSO, *Autonomia e semplificazione nella costituzione di società per azioni*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 4, 34).

³⁹ Sul tema v., con riguardo al contratto di appalto, G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990 e più in generale, dopo l'emanazione del Codice dei contratti pubblici del 2006, P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, vol. V, I settori speciali. L'esecuzione, Milano, 2008, 3433 ss. e M. VIOTTI, *L'esecuzione del contratto di appalto pubblico e le sue vicende successive: spunti riflessivi ed elementi di criticità*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 813 ss.

⁴⁰ Cfr. R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, 1974.

⁴¹ F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 2.

⁴² O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894.

con il quale vengono conferiti nuovi diritti o facoltà che non sarebbero preesistenti all'atto stesso.

Già nella ricostruzione di Ranelletti la distinzione tra autorizzazione e concessione viene spiegata ricorrendo alla corrispondente distinzione tra funzione conservatrice dello Stato e funzione di perfezionamento, o sociale, dello Stato, di cui gli istituti sarebbero le rispettive espressioni, e che getta una prima luce sulla strumentalità dell'istituto dell'autorizzazione nel rapporto tra iniziativa economica privata e controllo pubblico.

Con riguardo precipuo al tema in esame, l'attuale punto di approdo della disciplina in tema di modificazioni soggettive del soggetto che ha in corso un contratto con la pubblica amministrazione è dato dalle norme recate dal Codice dei contratti pubblici recato dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁴³, che si occupano sia dell'eventualità in cui le modificazioni intervengano nella fase dell'aggiudicazione sia dell'eventualità in cui le modificazioni intervengano nella fase dell'esecuzione del contratto⁴⁴.

Per quanto attiene alla prima fattispecie, con riguardo alle vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario l'art. 51 dispone che qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda⁴⁵, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal codice.

Anche prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, tuttavia, si poteva ritenere acquisito in giurisprudenza che nelle procedure di evidenza pubblica

⁴³ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

⁴⁴ L'art. 30 del Codice si occupa in modo specifico della concessione di servizi, nell'ambito della quale la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, stabilendo che, salvo quanto disposto nello stesso articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.

⁴⁵ Sulla distinzione tra le fattispecie della cessione del contratto e del subappalto v. C. CALVIERI, *Il subappalto, le subforniture ed il nuovo regime di responsabilità introdotto dalla legge Bersani con l'art. 35 della legge n. 348 del 2006*, in *Lexitalia.it*, n. 12/2006, il quale ricorda come a seguito della cessione del contratto si realizzi una traslazione in capo ad un nuovo soggetto di tutti gli elementi che caratterizzavano l'originario contratto d'appalto, mentre nell'ipotesi di subappalto si ha rapporto contrattuale di natura derivata dove l'appaltatore conferisce appunto in subappalto la realizzazione di parte dell'opera o del servizio, previa autorizzazione del committente, senza che si verifichi quindi una sostituzione soggettiva del soggetto appaltatore. In tema v. anche L.R. PERFETTI, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 491 ss.

non vige un principio assoluto di immodificabilità soggettiva dei concorrenti, in quanto è ammesso il subentro di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società, sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante⁴⁶. Si era già quindi consolidato nel tempo un orientamento giurisprudenziale meno rigoroso di quello fondato sull'immodificabilità soggettiva assoluta in corso di gara dei soggetti partecipanti, che tiene conto anche del nuovo art. 2498 c.c., in tema di continuità dei rapporti giuridici nell'ambito della trasformazione di società, secondo cui con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali che fanno capo all'ente che ha effettuato la trasformazione.

Con riguardo, in particolare, alla fusione tra società, la giurisprudenza aveva ad esempio già statuito che la fusione di una società partecipata da enti locali, affidataria di servizi pubblici locali, con altra società della medesima natura non richiedesse il rinnovo delle gare di appalto⁴⁷, pur ribadendo sempre la necessità per la società concorrente, incorporata per fusione con altra società, dell'onere di comunicare tempestivamente all'amministrazione l'identità del nuovo soggetto che le fosse succeduto nei rapporti giuridici, affinché questa potesse comunque valutare le caratteristiche soggettive del nuovo concorrente⁴⁸.

Con riguardo invece alle vicende soggettive dell'esecutore del contratto, l'art. 116 del Codice⁴⁹, applicabile anche alle concessioni di opera pubblica e alle concessioni di servizi⁵⁰, stabilisce che le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'art. 1 del regolamento di cui al d.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso

⁴⁶ Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873; T.A.R. Liguria - Genova, Sez. I, 18 dicembre 2006, n. 1705; T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, 1° giugno 2007, n. 5905.

⁴⁷ Cons. Stato sez. VI aprile 2005, n. 1610, annotata da L.R. PERFETTI, *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 7-8, 2300 ss.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940, secondo cui tale onere si ritiene tempestivamente assolto quando la comunicazione sia intervenuta prima della deliberazione approvazione dell'aggiudicazione.

⁴⁹ Sul quale v., *ex multis*, P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit. e M. VIOTTI, *L'esecuzione del contratto di appalto pubblico e le sue vicende successive: spunti riflessivi ed elementi di criticità*, cit.

⁵⁰ Cfr. P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit., 3438-3439.

dei requisiti di qualificazione previsti dallo stesso Codice. Il citato regolamento riguarda appunto il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche per assicurare l'osservanza del divieto delle intestazioni fiduciarie⁵¹, previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso.

La stazione appaltante, nei sessanta giorni successivi, può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle dovute comunicazioni, non risultino sussistere i requisiti di cui all'art. 10-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575⁵². Decorsi i sessanta giorni senza che sia intervenuta opposizione, le modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto pubblico producono, nei confronti delle stazioni appaltanti, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge⁵³.

⁵¹ Nel dettaglio, l'art. 1 stabilisce che le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative per azioni o a responsabilità limitata, le società consortili per azioni o a responsabilità limitata aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, devono comunicare all'amministrazione committente o concedente prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni "con diritto di voto" sulla base delle risultanze del libro dei soci, delle comunicazioni ricevute e di qualsiasi altro dato a propria disposizione, nonché l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto. Qualora il soggetto aggiudicatario, concessionario o subappaltatore sia un consorzio, esso è tenuto a comunicare i dati riferiti alle singole società consorziate che comunque partecipino alla progettazione ed all'esecuzione dell'opera. L'amministrazione committente o concedente è tenuta a conservare per cinque anni dal collaudo dell'opera i dati, tenendoli a disposizione dell'autorità giudiziaria o degli organi cui la legge attribuisce poteri di accesso, di accertamento o di verifica per la prevenzione e la lotta contro la delinquenza mafiosa e agli stessi fini le imprese ed i consorzi sono tenuti alla conservazione, per uguale periodo, delle copie delle note di trasmissione e dei relativi dati.

⁵² L'art. 10-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, recante disposizioni contro la mafia, ha stabilito che la pubblica amministrazione, prima di rilasciare o consentire le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni previste dall'articolo 10, e prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti di cui al medesimo articolo deve acquisire apposita certificazione relativa all'interessato circa la sussistenza a suo carico di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, nonché circa la sussistenza di provvedimenti che applicano una misura di prevenzione o di condanna e di quelli che dispongono divieti, sospensioni o decadenze nei casi previsti dalla stessa legge. Per i rinnovi, allorché la legge dispone che gli stessi abbiano luogo con provvedimento formale, per i provvedimenti comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, salvo gli atti di esecuzione, e per i contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione l'obbligo sussiste con riguardo alla certificazione dei provvedimenti definitivi o provvisori che applicano la misura di prevenzione o dispongono i divieti, le sospensioni o le decadenze. Per i contratti concernenti obbligazioni a carattere periodico o continuativo per forniture di beni o servizi, la certificazione deve essere acquisita per ciascun anno di durata del contratto.

⁵³ Il comma 4 dell'art. 116 specifica che tali disposizioni si applicano anche nei casi di trasferimento di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, se compiuto a favore di cooperative costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della legge

Benché, quindi, risulti sempre necessaria una forma di assenso dell'amministrazione pubblica appaltante o concedente allorché si verificano mutamenti soggettivi nella figura dell'appaltatore ovvero del concessionario del servizio⁵⁴, la giurisprudenza più recente e l'attuale dato legislativo, mosso dall'intento di consentire i processi di ristrutturazione imprenditoriale del settore⁵⁵, mostrano un *favor* nei confronti della prosecuzione del rapporto dell'amministrazione pubblica con il nuovo soggetto che, a seguito degli eventi modificativi, succede all'originario contraente o concessionario.

Infatti si rileva puntualmente come i contratti con la pubblica amministrazione concernenti l'esecuzione di lavori o servizi non si possano più considerare di tipo fiduciario, ma come negozi "a rilevanza personale", riprendendo la distinzione che la dottrina civilistica⁵⁶, seguita da quella amministrativistica⁵⁷, opera appunto tra contratti fiduciari, nei quali la persona dell'appaltatore costituisce il motivo esclusivo della conclusione del contratto, e contratti appunto a rilevanza personale, nei quali le qualità personali del contraente non sono determinanti per la conclusione del contratto.

In altri termini, nell'attuale sistema economico la corretta esecuzione del contratto non dipende più tanto dalle qualità e capacità personali dell'imprenditore, quanto dal complesso organizzativo dell'impresa, quale insieme di risorse umane e materiali. Lo stesso requisito tradizionale dell'*intuitus personae*, quindi, dovrebbe ora essere riferito non alla persona dell'appaltatore, bensì alla dimensione aziendale dell'impresa contraente⁵⁸.

Nel caso, in particolare, di fusione tra una società concessionaria di pubblico servizio e un'altra società, al controllo che si esercita in generale nelle fusioni di società commerciali per il perseguimento di dati interessi pubblici⁵⁹ si aggiunge quindi l'interesse pubblico alla verifica della sussistenza dei requisiti utili - non attinenti alla mera persona del contraente, ma alla dimensione complessiva dell'impresa - per la continuazione del contratto in corso con l'amministrazione pubblica.

31 gennaio 1992, n. 59, e successive modificazioni, e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'art. 6 della legge 23 luglio 1991, n. 223.

⁵⁴ Sulla necessità, nel caso di cessione del contratto di appalto, dell'autorizzazione espressa dell'amministrazione appaltante, non risultando sufficiente l'autorizzazione soltanto tacita come per l'appalto privato, v. G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990, 24, 147.

⁵⁵ P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit., 3436.

⁵⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1984, 60 ss.

⁵⁷ G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 152 ss.

⁵⁸ P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit., 3450.

⁵⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Il controllo pubblico sulla fusione delle società*, in AA.VV., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni tra autonomia e controllo*, Milano, 1990, 279 ss.

4. La dimensione comunitaria: la tutela della concorrenza nell'applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 sulle concentrazioni di società.

La dimensione comunitaria, quale terzo corno della fattispecie di fusione transfrontaliera di società concessionaria di pubblico servizio, consiste nell'azione spiegata dagli organi comunitari – ovvero, al ricorrere di determinati requisiti, dalle competenti autorità nazionali – a tutela della concorrenza qualora si realizzino concentrazioni di società, intendendosi con tale locuzione i processi modificativi della struttura delle imprese⁶⁰.

L'azione pubblica, in tal caso, è diretta a controllare in via preventiva tutte le operazioni di concentrazione nelle quali il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie. Come noto, si realizza un'operazione di concentrazione quando un'impresa si fonde con un'altra ovvero ne acquisisce il controllo, allorché si verifichi la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività della stessa. Si ha, inoltre, un'operazione di concentrazione quando due imprese mettono insieme le proprie attività attraverso la creazione di un'impresa comune, controllata da entrambe. L'interesse pubblico perseguito, in tal caso, consiste nell'evitare che, dal punto di vista del funzionamento del mercato, un'impresa, concentrandosi con altri operatori in precedenza indipendenti, riduca in modo sostanziale e durevole la concorrenza accrescendo così la propria capacità di aumentare i prezzi o di praticare condizioni svantaggiose per gli utenti.

Prima di realizzare l'operazione, in tali casi, le imprese, secondo il regolamento CE n. 139/2004, devono darne comunicazione alla Commissione europea che può vietare l'operazione allorché la concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare mediante la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante⁶¹.

L'azione degli organi pubblici comunitari o delle autorità nazionali, diretta alla tutela di un interesse posto dal Trattato (dimensione comunitaria) si interseca quindi in tal modo, per un verso, con la libera esplicazione dell'autonomia d'impresa che si concreta nella deliberazione dei soci della società concessionaria di pubblico servizio di procedere alla fusione (dimensione del mercato) e, per altro verso, con l'attività della pubblica amministrazione volta a rilasciare l'autorizzazione alle modificazioni

⁶⁰ Cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, 215.

⁶¹ In tema v., *ex multis*, M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, tomo II, spec. 876 ss. e, più in generale, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

soggettive che intervengono nella struttura della società concessionaria (dimensione dell'interesse pubblico).

Tuttavia, anche l'attività posta in essere dagli organi pubblici comunitari o dalle autorità nazionali a tutela della concorrenza deve rispettare, per quanto possibile, la libertà d'impresa, considerando che a volte non si può sospendere il servizio erogato dalla stessa impresa. Il *considerando* n. 34 del regolamento CE n. 139/2004, infatti, attuando il principio secondo cui la realizzazione della concentrazione dovrebbe essere sospesa fino all'adozione di una decisione definitiva della Commissione, ritiene opportuno che possa concedersi una deroga dall'obbligo di sospensione, su domanda delle imprese interessate. Nel decidere se concedere o meno una deroga la Commissione dovrebbe tener conto di tutti i fattori pertinenti, quali la natura e la gravità dei danni che ne possono derivare per le imprese interessate dalla concentrazione o per soggetti terzi, bilanciando ciò con la considerazione della portata del pregiudizio che l'operazione potrebbe arrecare alla concorrenza.

Ancora, il regolamento CE n. 139/2004 si preoccupa che venga assicurata la certezza del diritto per gli operatori economici coinvolti nell'istruttoria, in quanto il *considerando* n. 35 dello stesso regolamento afferma chiaramente che si dovrebbero prevedere i termini entro i quali la Commissione è tenuta ad avviare il procedimento nei confronti di una concentrazione notificata, nonché i termini entro i quali la Commissione deve pronunciarsi in via definitiva sulla compatibilità o incompatibilità col mercato comune della concentrazione stessa.

5. La difficile composizione della dimensione dell'autonomia privata, della dimensione dell'interesse pubblico e della dimensione comunitaria nel caso "Autostrade-Abertis".

La difficoltà di comporre la dimensione dell'autonomia privata, la dimensione dell'interesse pubblico e la dimensione comunitaria nelle fattispecie di fusione transfrontaliera di società concessionaria di pubblico servizio è divenuta manifesta nel caso del tentativo di fusione "Autostrade-Abertis".

Come noto, la società Autostrade s.p.a. (la cui ragione sociale è ora Atlantia s.p.a.) è una società per azioni italiana, costituita nel 2002, che svolge le funzioni di *holding* finanziaria di un gruppo di società che gestiscono, in regime di concessione amministrativa, alcune tratte autostradali della rete nazionale⁶².

⁶² Sulle concessioni autostradali v., *ex multis*, S. AMOROSINO, *Sulla proroga delle concessioni autostradali e l'affidamento dei lavori*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 769 ss. Di recente, nella dottrina aziendalistica, v. L.M. MANZI, *L'impresa concessionaria autostradale*,

La storia della società Autostrade s.p.a. risale agli anni Cinquanta del secolo scorso, allorché, nel contesto della politica di ricostruzione industriale e infrastrutturale intrapresa nel dopoguerra, viene costituita nell'ambito dell'IRI la Società Autostrade Concessioni e Costruzioni s.p.a. L'ANAS provvede quindi a stipulare con la società una convenzione avente ad oggetto il cofinanziamento, la costruzione e la gestione della tratta autostradale cosiddetta "del Sole" tra Milano e Napoli, che viene aperta al traffico a metà degli anni Sessanta. Dopo la quotazione in borsa avvenuta negli anni Ottanta, nel 1999 la società viene privatizzata dallo Stato.

All'inizio del 2006 la società progetta un'integrazione mediante fusione con la società spagnola Abertis s.a., operante nello stesso settore, con l'intenzione di creare un gruppo di primaria importanza a livello europeo. Nel dettaglio, i consigli di amministrazione della società italiana concessionaria e della spagnola Abertis approvano il 23 aprile 2006 una delibera che delinea i termini dell'operazione, che avrebbe dovuto concludersi con la fusione per incorporazione di Autostrade s.p.a. in Abertis Infrastructures s.a.⁶³.

Secondo il Consiglio di Stato⁶⁴, il cui parere era stato richiesto dal Ministero delle infrastrutture, in caso di incorporazione per fusione della concessionaria sarebbe stata necessaria, ai sensi dell'art. 21, comma 4, del decreto-legge n. 355 del 2003⁶⁵, l'approvazione dell'atto con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze⁶⁶. Poiché, inoltre, la concessione autostradale ha ad oggetto beni demaniali, avrebbe dovuto trovare applicazione il comma 5 dell'art. 3 del d.lgs. n. 143 del 1994⁶⁷, a mente del quale l'approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade è riservata al Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro dell'economia e delle

Milano, 2001 e M. BELLA (a cura di), *Economia, misurazione e prospettive dei costi esterni del trasporto in Italia*, Bologna, 2007.

⁶³ Per la descrizione particolareggiata della complessa vicenda v. A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 1, 77 ss.; M. GIOVANNELLI, *La fusione Autostrade-Abertis*, in *Urb. app.*, 2007, 3, 365 ss.; C. SCARPA, *Lo strano caso di Autostrade-Abertis. Una Love story dal finale aperto*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 1, 71 ss.

⁶⁴ Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006.

⁶⁵ Secondo cui le modifiche delle convenzioni vigenti, anche laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti e al parametro X della formula di adeguamento tariffario di cui alla citata Del.CIPE 20 dicembre 1996, n. 319, devono essere approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

⁶⁶ Il citato art. 21, quarto comma, stabilisce che le modifiche delle convenzioni vigenti, anche laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti e al parametro X della formula di adeguamento tariffario di cui alla citata Del.CIPE 20 dicembre 1996, n. 319, sono approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

⁶⁷ Recante "Istituzione dell'Ente nazionale per le strade".

finanze. Anche nella convenzione con l'ANAS la società Autostrade avrebbe in effetti assunto l'obbligo di sottoporre ad approvazione ministeriale il trasferimento della concessione a seguito di fusione, comunicando a tal fine ogni mutamento della propria compagine sociale.

La necessità dell'autorizzazione ministeriale alla fusione viene fatta derivare dal Consiglio di Stato anche da una pronuncia della Corte dei conti⁶⁸ nella quale il giudice contabile, proprio per affermare l'assoggettamento delle concessioni autostradali al controllo preventivo di legittimità, considera che la competenza dei vertici politici dei ministeri vigilanti all'approvazione della fusione della società concessionaria dell'ANAS è connessa al fatto che le entrate dell'ANAS quale ente concedente sono costituite per la maggior parte da trasferimenti da parte della Stato, al fatto che le convenzioni autostradali possono essere qualificate come atti di programmazione integrativa a natura pubblicistica, al fatto che l'ANAS quale società di capitali ha comunque le caratteristiche di "organo strumentale" dell'attività programmatoria dello Stato⁶⁹.

Ricordando in estrema sintesi solo i passaggi essenziali della vicenda, la società concessionaria comunicava quindi la delibera di approvazione del progetto di fusione ad ANAS richiedendo la prevista autorizzazione. Il Ministero delle infrastrutture scriveva all'ANAS con lettera dell'11 luglio 2006 comunicando che la richiesta autorizzazione alla fusione poteva essere accordata soltanto a seguito di una revisione della concessione. L'ANAS quindi, nel ribadire alla società concessionaria le conclusioni del Ministero, considerava che ove l'operazione fosse stata conclusa prima dell'autorizzazione della concedente e dell'approvazione del Ministero si sarebbe prodotta la caducazione del rapporto di concessione.

Il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero delle infrastrutture, congiuntamente tra loro, comunicavano con successiva lettera del 4 agosto 2006 al Presidente dell'ANAS che l'operazione di fusione per incorporazione della società Autostrade in Abertis non era compatibile con il rapporto di concessione nè con gli impegni presi con la convenzione in essere nè con le clausole poste dal processo di privatizzazione. La parte concedente aveva ritenuto, in particolare, che fosse stato violato il d.P.C.M. 16 maggio 1997, che ha fissato le modalità di privatizzazione della società Autostrade, allorché vietava la partecipazione all'azionariato stabile di soggetti in situazioni di conflitto di interesse, con specifico riferimento a quelli che operano nel settore delle costruzioni; un importante azionista della società spagnola Abertis opera infatti nel settore delle costruzioni. Si considerava inoltre che l'operazione avrebbe prodotto cambiamenti nell'assetto di controllo, nella struttura economica, patrimoniale e finanziaria e negli indirizzi strategici del gruppo, con possibili effetti sulla stabilità

⁶⁸ Corte dei conti, Sez. controllo, delibera 20 maggio 2004, n. 5.

⁶⁹ A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, cit.

dell'assetto societario della concessionaria, con riguardo al piano degli investimenti, ai livelli qualitativi e di sicurezza nell'erogazione dei servizi, alla gestione delle infrastrutture e in genere con riferimento ad altri aspetti rilevanti per gli interessi pubblici connessi alla conduzione della rete autostradale. L'ANAS comunicava quindi alla società concessionaria che non sussistevano le condizioni per il rilascio della richiesta autorizzazione, richiamando a tal fine le motivazioni fornite dall'atto ministeriale congiunto e facendo riferimento al ricordato parere reso dal Consiglio di Stato.

Successivamente, l'ANAS comunicava alla società concessionaria che, in forza della nuova norma recata dal comma 85 dell'art. 2 del decreto-legge n. 262 del 2006, come modificato dalla legge di conversione n. 286 del 2006, dovevano ritenersi superate le pregiudiziali relative al fatto impeditivo alla fusione, costituito dalla presenza nella compagine azionaria della società spagnola di un operatore delle costruzioni. Con la norma del 2006 si stabiliva infatti la cessazione dell'applicazione, a decorrere dal 3 ottobre 2006, del ricordato d.P.C.M. 16 maggio 1997. Tuttavia, l'ANAS comunicava che rimanevano ancora sussistenti altri elementi di criticità costituiti dalla solidità patrimoniale, economica e finanziaria del nuovo gruppo, che dovevano essere valutate nell'ambito di un eventuale procedimento autorizzatorio.

A livello comunitario si attivava, quindi, la Commissione europea che, dopo aver chiesto al Governo italiano chiarimenti ed informazioni sui provvedimenti adottati in relazione alla progettata operazione di fusione Autostrade-Abertis al fine di valutare l'avvio di una procedura di infrazione, decideva che l'Italia aveva violato l'art. 21 del regolamento CE 20 gennaio 2004, n. 139 sulle concentrazioni, per aver posto ostacoli ingiustificati alla fusione, in quanto le misure adottate dal Governo italiano non avrebbero costituito misure appropriate per la tutela degli interessi legittimi compatibili con i principi generali e le altre disposizioni di diritto comunitario. Come noto, il comma 4 dell'art. 21 del citato regolamento prevede infatti che gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli della tutela della concorrenza, soltanto ove siano compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario⁷⁰.

Solo dopo tale decisione della Commissione, i Ministeri dell'economia e delle infrastrutture precisavano che le note emanate nell'ambito del procedimento autorizzatorio avviato in conformità del parere reso dal Consiglio di Stato non avevano più nessun effetto giuridico e che le società

⁷⁰ Si presumono interessi legittimi la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le "norme prudenziali". Qualsiasi altro interesse pubblico, in base al quale si intenda ostacolare un'acquisizione, va comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione e deve essere accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario.

richiedenti potevano riattivare la fase istruttoria conseguente alle domande di autorizzazione presentate in data 5 luglio 2006.

Il giudice amministrativo adito dalle parti statuiva quindi che il potere di autorizzazione ed approvazione sulla fusione di Autostrade s.p.a. con Abertis s.a. trova fondamento nel diritto positivo e soprattutto nella disciplina delle convenzioni accessorie che impongono obblighi di informazione alla concessionaria a garanzia di un assetto funzionale all'ottimale realizzazione degli impegni assunti⁷¹. Il giudice ha ritenuto, in particolare, che le norme del Trattato comunitario in tema di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali non sono in contrasto con il regime concessorio di diritto interno, sicchè l'autorizzazione dell'Amministrazione relativa ad operazioni incidenti sull'assetto societario del concessionario autostradale rileva come norma prudenziale ai sensi dell'art. 21 del regolamento CE n. 139/2004, considerando anche che la libertà di stabilimento tutelata dall'art. 43 del Trattato va esercitata in ogni caso alle condizioni previste dalla legislazione del paese di stabilimento.

Solo dopo che il progetto di fusione tra le due società è stato sostanzialmente accantonato per l'incertezza delle regole giuridiche da applicare, il Governo ha dettato, con la direttiva del Ministro delle infrastrutture di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 30 luglio 2007⁷², i criteri di autorizzazione alle modificazioni del concessionario autostradale derivanti da concentrazione comunitaria, ritenuta l'opportunità di adottare una direttiva per l'esercizio del potere nazionale di autorizzazione in coerenza col procedimento comunitario di competenza della Commissione dell'Unione europea. La direttiva mira a descrivere in particolare, con riferimento alle concentrazioni di rilevanza comunitaria, gli interessi pubblici che saranno tenuti in considerazione nel rilascio dell'autorizzazione nazionale prevista in caso di mutamenti soggettivi riguardanti il concessionario di autostrade.

Viene pertanto esplicitato nella direttiva che l'interesse pubblico che il concedente tutela con la concessione, in aderenza al principio comunitario di proporzionalità⁷³, è la gestione dell'autostrada in modo da garantire la qualità del servizio, con investimenti adeguati, per una durata commisurata al ritorno degli investimenti effettuati e con tariffe paramtrate all'entità degli investimenti effettivamente realizzati. Ciò considerato, i criteri di valutazione dell'interesse pubblico in caso di mutamento soggettivo del concessionario autostradale si sostanziano in una procedura di

⁷¹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, ord. 6 dicembre 2006, n. 6684 (Soc. Autostrade S.p.a. Soc. Autostrade per l'Italia S.p.a. c. ANAS – Ministero delle infrastrutture - Ministero dell'economia e delle finanze ed altri).

⁷² Pubblicata nella Gazz. Uff. 26 settembre 2007, n. 224 e poi corretta con comunicato 1° ottobre 2007, pubblicato in Gazz. Uff. 1° ottobre 2007, n. 228.

⁷³ Richiamato per le concessioni dalla comunicazione della Commissione dell'Unione europea 2000/C121/02 del 29 aprile 2000.

autorizzazione che, al fine di assicurare che il mutamento riguardante il concessionario non porti pregiudizio alla tutela del servizio pubblico a base della concessione, riguarderà, per un verso, l'impegno del soggetto subentrante a rispettare tutti gli obblighi assunti dal concessionario uscente, ivi inclusi gli investimenti previsti dai piani finanziari già approvati ma rimasti ancora inadempiti, e, per altro verso, la verifica di affidabilità, di capacità e di adeguatezza tecnico-organizzativa, finanziaria e patrimoniale del concessionario che, anche dopo l'operazione, non dovrà essere inferiore a quella del precedente concessionario.

6. Alcuni aspetti dubbi nella composizione del conflitto operata dal giudice amministrativo: a) valutazione dell'*intuitus personae* o della solidità patrimoniale?

Nel caso di fusione di società concessionaria di pubblico servizio, come già accennato *supra*⁷⁴, non va evidentemente valutata la conservazione in capo al nuovo soggetto risultante dalla fusione delle qualità personali (*intuitus personae*) dell'imprenditore, bensì il mantenimento del complesso organizzativo dei mezzi materiali ed economici che consenta di continuare ad assicurare l'espletamento del servizio⁷⁵.

Nel caso del progetto di fusione Autostrade-Abertis, invece, il giudice amministrativo, per rispondere al quesito posto dal Ministro delle infrastrutture riguardante la necessità o meno di una eventuale approvazione ministeriale in relazione al progetto di fusione tra Autostrade e Abertis, ha considerato rilevante proprio l'*intuitus personae*⁷⁶, ritenuto dalla convenzione stipulata tra Autostrade e ANAS elemento significativo del rapporto giuridico intercorrente tra il concedente e il concessionario. La motivazione di tale rilevanza è individuata dal Consiglio di Stato - ma solo "presumibilmente"⁷⁷ - nelle circostanze che le prestazioni corrispettive non sono bilanciate, in quanto si è prevista una fase iniziale della concessione a condizioni di estremo favore per la parte concessionaria, che viene obbligata solo nel prosieguo del rapporto a riequilibrare le condizioni a favore della parte pubblica concedente⁷⁸.

Fra l'altro, va considerato che in conseguenza di una fusione tra due società, delle quali una fosse già concessionaria di pubblico servizio, si realizza una successione universale del nuovo ente nei rapporti che facevano

⁷⁴ V. par. 3.

⁷⁵ G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 152-3.

⁷⁶ Critico, sul punto, C. SCARPA, *Lo strano caso di Autostrade-Abertis. Una Love story dal finale aperto*, cit., 81.

⁷⁷ Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006, pag. 25.

⁷⁸ Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006, pag. 25.

capo alle società preesistenti, di modo che la società risultante dalla fusione si potrà avvalere di norma dei requisiti posseduti dalle società fuse⁷⁹. In tali casi, a meno che non vi si sia un'esposizione debitoria molto grave della società preesistente non concessionaria, la società risultante dalla fusione dovrebbe mantenere i requisiti che erano stati già accertati in capo all'originaria società concessionaria, e anzi dovrebbe veder accresciuti i requisiti inerenti alla solidità patrimoniale⁸⁰.

Situazione diversa si verificherebbe nel caso, invece, di scissione di società concessionaria di pubblico servizio, allorché la società assegna il suo intero patrimonio a due o più società o parte del suo patrimonio a una sola società. In tal caso, evidentemente, la valutazione della stazione appaltante ovvero dell'amministrazione pubblica concedente dovrà essere particolarmente approfondita, al fine di verificare il mantenimento in capo alle società risultanti dalla scissione dei requisiti richiesti per lo svolgimento del servizio pubblico⁸¹.

Al riguardo, il giudice amministrativo prende atto della distinzione, ricordando puntualmente che la trasformazione societaria effettuata nel 2003 per la quale era stata richiesta l'approvazione del Ministero non era una fusione, bensì una scissione, in teoria patrimonialmente più "pericolosa", sul piano della solidità finanziaria del nuovo soggetto⁸². Tuttavia, pur prendendo atto della distinzione, il giudice ritiene che in entrambi i casi si verifichino profonde modifiche dell'assetto proprietario complessivo del contraente per le quali è necessaria la "condivisione ministeriale" alla prosecuzione del rapporto di concessione⁸³.

7. segue: b) la valutazione di opportunità sul "ciclo invertito".

Quale ulteriore argomento a favore della necessaria configurazione del potere ministeriale di approvazione della progettata fusione societaria della concessionaria autostradale, il giudice amministrativo fa riferimento al cosiddetto "ciclo invertito" che si realizzerebbe nella gestione economica del rapporto concessorio⁸⁴.

⁷⁹ P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit., 3443.

⁸⁰ Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2000, n. 5734, secondo cui nel caso di fusione di due società, requisiti della nuova società ai fini della partecipazione a gare d'appalto pubblico sono costituiti dalla somma di quelli delle due società, la incorporante e la incorporata.

⁸¹ P. ALBERTI, *Le vicende soggettive dell'esecutore*, cit., 3444.

⁸² Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006, pag. 18.

⁸³ Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006, pag. 18.

⁸⁴ Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 2719 del 21 giugno 2006, pag. 23.

Nella specie, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici aveva messo in evidenza⁸⁵ come la gestione del rapporto di concessione autostradale rientra appunto nello schema a "ciclo invertito", per cui la società concessionaria nella fase iniziale del rapporto realizzerebbe solo proventi, rivenienti dall'incasso delle tariffe pagate come pedaggio dagli utenti del servizio autostradale, senza sostenere costi di esercizio né di investimento. Solo in una seconda fase della concessione verrebbe gradualmente imposto alla parte concessionaria di sostenere un piano di investimenti per l'ampliamento e il miglioramento della rete autostradale.

Per queste ragioni, nella fase di avvio del rapporto concessorio risulta avvantaggiata economicamente la parte concessionaria, mentre nella seconda fase del rapporto si realizza un riequilibrio delle condizioni economiche complessive a favore della parte pubblica concedente, che in corrispettivo dell'affidamento del servizio di gestione della rete riceve dalla parte privata concessionaria una serie di opere di ampliamento del bene concesso in gestione. Il concessionario, quindi, dapprima ha solo entrate di cassa, in termini di pagamento dei pedaggi, mentre solo in seguito è tenuto al versamento di risorse finanziarie proprie sotto forma di esecuzione dei richiesti investimenti.

Il giudice amministrativo utilizza tale situazione quale parametro di riferimento della legalità del potere di approvazione ministeriale, facendo quindi leva non soltanto su argomenti giuridici, bensì su un elemento economico-fattuale⁸⁶. Al riguardo, oltre a rilevare la trasformazione che si opera per tale via delle modalità di svolgimento dell'attività consultiva facoltativa da parte del Consiglio di Stato, la dottrina considera che il giudice amministrativo non sembra aver tenuto conto del fatto che la rete autostradale rappresenta un monopolio naturale, soggetto sempre alla regolazione pubblica. Da ciò discende che, in realtà, il controllo dei parametri operativi della società concessionaria resterebbe sempre al regolatore pubblico, in quanto esso conserverebbe considerevoli margini di manovra nell'influenzare i profitti in termini di gestione delle tariffe e regole sugli investimenti, anche in forza del fatto che i beni demaniali oggetto della concessione rimangono comunque di proprietà pubblica, non essendo ovviamente trasferibili da un Paese ad un altro⁸⁷.

8. L'emersione dell'interesse pubblico nel diverso modulo procedimentale utilizzato per le fusioni tra banche, tra società finanziarie e tra società di assicurazione: la prevalenza di

⁸⁵ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Relazione di sintesi sull'indagine relativa alle convenzioni autostradali stipulate tra l'ANAS e Autostrade s.p.a., 16 giugno 2006.

⁸⁶ V. A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, cit.

⁸⁷ A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, cit.

criteri decisionali neutrali, predeterminati dal legislatore e non affidati all'indirizzo politico contingente.

Nel diverso modulo procedimentale configurato dal legislatore per le fattispecie di fusioni tra banche, tra società finanziarie e tra società di assicurazione, l'autorizzazione da parte dell'autorità di vigilanza di settore, pur non essendovi un rapporto sottostante di concessione, è legata all'accertamento di requisiti patrimoniali ben predeterminati, volti a conseguire la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, e non a una mutevole decisione politica, in modo da dare certezza del diritto agli operatori commerciali. Oltre alla disciplina civilistica (contenuta negli artt. 2501 - 2505-*quater* del codice civile), infatti, per la fusione sono dettate particolari norme da altri leggi speciali, qualora all'operazione partecipino banche, intermediari finanziari, società quotate o imprese assicuratrici.

Per le fattispecie di fusione tra banche⁸⁸, in particolare, la dottrina sottolinea proprio come, nel passaggio da un sistema di vigilanza strutturale ad un modello di vigilanza prudenziale, nel quale l'autorità deve aver riguardo esclusivamente ai requisiti patrimoniali dei soggetti vigilati e alle condizioni di stabilità del settore di riferimento, l'autorizzazione debba basarsi soltanto sull'accertamento del "non contrasto" dell'operazione straordinaria con la sana e prudente gestione.

Pure ammettendosi, infatti, che l'art. 5 del testo unico bancario recato dal d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB), accanto alla finalità di assicurare la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati indichi altre finalità dell'azione di vigilanza, quali la stabilità complessiva del sistema bancario nonché la sua efficienza competitiva, si afferma puntualmente che la valutazione dovrebbe aver riguardo soltanto alla situazione e alle prospettive operative delle

⁸⁸ A. PATRONI GRIFFI, *Le fusioni bancarie: problemi di diritto interno e comunitario*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, 1985, 61 ss.; S. LODDO, *Fusioni bancarie e 1993*, in *Fusioni e acquisizioni delle aziende di credito. Dimensioni e struttura di gruppo*, Atti del Convegno, Modena, 13-14 aprile 1989, Milano, 1990; R. COSTI, *A proposito di fusioni bancarie*, in *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni tra autonomia e controllo*, Collana Convegni di Studio-Madonna di Campiglio, Milano, 1990, 215 ss.; A. BOMPANI, *Le agevolazioni per le fusioni ed i conferimenti tra banche*, in *Il sistema creditizio nella prospettiva del mercato unico europeo*, a cura di M.T. Cirenei e G.C. De Martin, Milano, 1990, 251 ss.; G.C. RIVOLTA, *Aspetti della nuova disciplina delle concentrazioni bancarie: le fusioni eterogenee nel testo unico*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. IV, *Diritto privato. 3. Impresa, società e lavoro*, Milano, 1998, 537 ss.; G. OPPO, *Art. 57*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2001, 443 ss.; M. MAUGERI, *Art. 57*, in F. BELLI - G. CONTENTO - A. PATRONI GRIFFI - M. PORZIO - V. SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, Bologna, 2003, pp. 761-794; A. RESTI (a cura di), *Le fusioni bancarie: la lezione dell'esperienza*, Roma, Bancaria Editrice, 2006; R. MORO VISCONTI, *Fusioni che riguardano banche, società quotate, intermediari finanziari e imprese assicurative*, in *Impresa*, 2006, 7-8, 1080 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, 705 ss.

banche interessate, giammai invece ad esigenze ovvero opportunità di altro genere⁸⁹.

In particolare, il procedimento previsto dal testo unico bancario appare una “mediazione” equilibrata tra le regole codicistiche (dimensione del mercato) e la richiesta autorizzazione amministrativa dell'autorità di vigilanza (dimensione dell'interesse pubblico).

Secondo il modello configurato dall'art. 57 del TUB, infatti, alla Banca d'Italia è riconosciuto il potere di autorizzare le fusioni e le scissioni alle quali prendono parte banche quando non contrastino con il criterio di una sana e prudente gestione⁹⁰. Non si può dare corso all'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione o di scissione e della deliberazione assembleare che abbia apportato modifiche al relativo progetto se non consti l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza⁹¹.

Rispetto a tale modello generale, le ulteriori condizioni poste in materia di fusioni di banche popolari e di banche di credito cooperativo perseguono fini di pubblico interesse giustificati dalla natura delle particolari categorie di banche coinvolte nell'operazione straordinaria⁹².

Invero, con riguardo alle banche popolari, l'art. 31 del TUB prevede che la Banca d'Italia possa autorizzare le trasformazioni di banche popolari in società per azioni ovvero le fusioni alle quali prendono parte banche popolari e da cui risultino società per azioni soltanto per determinate finalità: *i.e.*, nell'interesse dei creditori, per esigenze di rafforzamento patrimoniale ovvero a fini di razionalizzazione del sistema⁹³.

⁸⁹ G. OPPO, *Art. 57*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2001, 448-449.

⁹⁰ È fatta salva l'applicazione delle disposizioni previste dal decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356.

⁹¹ Sempre secondo l'art. 57 del TUB, il termine previsto dall'art. 2503, primo comma, del codice civile è ridotto a quindici giorni. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti, a favore di banche incorporate da altre banche, di banche partecipanti a fusioni con costituzione di nuove banche ovvero di banche scisse conservano la loro validità e il loro grado, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione, a favore, rispettivamente, della banca incorporante, della banca risultante dalla fusione o della banca beneficiaria del trasferimento per scissione.

⁹² Cfr. in tema PORTALE, *La fusione per incorporazione di una banca popolare in una cassa di risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 426 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Sulla deliberazione di fusione di società nel diritto comune e nel diritto bancario, a proposito dell'incorporazione di una banca popolare in un cassa di risparmio*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 6161 ss.; G. OPPO, *Mutualità e lucratività*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 359; Bassi, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 68 ss.; C.G. CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, 151 ss.; M. CAVANNA, *Trasformazione di banche popolari in società per azioni: problemi di costituzionalità e di diritto societario*, in *Giur. it.*, 2007, 4,

⁹³ Le deliberazioni assembleari sono assunte con le maggioranze previste dagli statuti per le modificazioni statutarie; quando, in relazione all'oggetto delle modificazioni, gli statuti prevedano maggioranze differenziate, si applica quella meno elevata. È fatto salvo il diritto di recesso dei soci. Si applicano l'art. 56, comma 2, e l'art. 57, commi 2, 3 e 4. Sulla disciplina recata dall'art. 31 del TUB v. E. DE LILLO, *Art. 31*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al*

La discrezionalità dell'autorità di vigilanza è quindi in tali fattispecie limitata al ricorrere delle suddette finalità, anche se la dottrina suole evidenziare gli ampi margini di discrezionalità dell'intervento della Banca d'Italia⁹⁴.

Similmente, l'art. 36 del TUB prevede che la Banca d'Italia autorizzi fusioni tra banche di credito cooperativo e banche di diversa natura da cui risultino banche popolari o banche costituite in forma di società per azioni soltanto nell'interesse dei creditori e qualora sussistano ragioni di stabilità⁹⁵. Al riguardo, la dottrina evidenzia proprio come l'*intentio legis* sia quella di non voler ammettere tali operazioni in modo incondizionato, quanto piuttosto quella di consentirla unicamente nelle fattispecie in cui siano imposte da esigenze determinate e accertate⁹⁶.

Lo stesso modulo procedimentale utilizzato per l'autorizzazione delle fusioni bancarie viene seguito dal legislatore per disciplinare le fusioni tra intermediari finanziari regolate dal testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF). Anche in tali fattispecie la richiesta autorizzazione pare fondarsi sul requisito tecnico della sana e prudente gestione, non risultando quindi il comportamento imprenditoriale soggetto a mutevoli indirizzi di politica del settore.

Nel dettaglio, nell'ambito della regolamentazione dei fondi comuni di investimento l'art. 34, comma 4, del TUF demanda alla Banca d'Italia, sentita la CONSOB, il compito di autorizzare le operazioni di fusione o di scissione di società di gestione del risparmio⁹⁷. In sede di avviamento dell'attività della società di gestione del risparmio, la Banca d'Italia, sentita la CONSOB, nega l'autorizzazione all'esercizio del servizio di gestione collettiva del risparmio, del servizio di gestione di portafogli e del servizio di consulenza in materia di investimenti da parte delle società di gestione del

testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, I, Padova, 2001, 248 ss., secondo cui l'art. 31 consente l'abbandono della forma cooperativa della banca popolare nel quadro di uno svolgimento fisiologico del sistema, a differenza di quanto previsto per le banche di credito cooperativo dall'art. 36 che relega l'operazione di trasformazione e fusione eterogenea nella sfera della patologia dell'impresa.

⁹⁴ V. così G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1999, 647; V. CALANDRA BUONAURO - M. PERASSI - C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, VI, Padova, 2001, 242 ss.

⁹⁵ Sulla disciplina recata dall'art. 36 del TUB v. M. PELLEGRINI, *Art. 36*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2001, 272 ss.

⁹⁶ Così M. PELLEGRINI, *Art. 36*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 278, che richiama G. OPPO, *Credito cooperativo e Testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 654.

⁹⁷ L'art. 36, comma 7, del TUF affida sempre alla Banca d'Italia, sentita la CONSOB, il compito di disciplinare con regolamento le procedure di fusione tra fondi comuni di investimento.

risparmio quando dalla verifica delle condizioni specificamente indicate nel comma 1 dell'art. 34 non risulta garantita la sana e prudente gestione.

Con riguardo alla fusione tra società di investimento a capitale variabile (SICAV), l'art. 49 del TUF, dopo aver stabilito che alla fusione e alla scissione delle SICAV si applicano gli artt. 2501 e seguenti del codice civile, in quanto compatibili, dispone che il progetto di fusione o quello di scissione e la deliberazione assembleare che abbia portato modifiche ai relativi progetti sono sottoposti alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia, che la rilascia sentita la CONSOB. Se non consti l'autorizzazione non si può dar corso alle iscrizioni nel registro delle imprese previste dal codice civile.

A proposito, poi, della disciplina riguardante l'offerta pubblica di acquisto totalitaria, il comma 5, lettera e), dell'art. 106 del TUF demanda alla CONSOB il compito di stabilire con regolamento i casi in cui il superamento della partecipazione indicata nel comma 1 non comporta l'obbligo di offerta ove, fra l'altro, sia determinato da operazioni di fusione o di scissione. Tuttavia, la CONSOB ha previsto una clausola antielusiva all'art. 49, comma 1, lettera f), del regolamento n. 11971 del 1999, secondo la quale l'offerta non è dovuta se la fusione o la scissione non rispondono ad effettive e motivate esigenze industriali, ma vengono effettuate soltanto al fine di trasferire una partecipazione eccedente la soglia senza sottostare all'obbligo di presentare alcuna offerta⁹⁸.

In tale fattispecie si realizza quindi una situazione addirittura inversa rispetto a quella che si riscontra nel caso generale della fusione di società concessionaria di pubblico servizio, laddove l'autorizzazione alla fusione appare dettata non da criteri predeterminati di natura economica, bensì spesso da scelte di politica del settore: nel caso in esame, invece, l'autorità di vigilanza è tenuta a controllare proprio che la fusione risponda esclusivamente a logiche di mercato, che non siano comunque elusive del disposto del legislatore in materia di obbligo di offerta pubblica di acquisto totalitaria⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. R. WEIGMANN, *Articolo 106. Offerta pubblica di acquisto totalitaria*, in G.F. CAMPOBASSO, *Testo unico della finanza*, II, Torino, 2002, 920.

⁹⁹ La *ratio* della norma prevista dal comma 3, lettera b), dell'art. 107 del TUF, secondo cui l'offerente è tenuto a promuovere l'offerta pubblica di acquisto totalitaria prevista dall'art. 106 se, nei dodici mesi successivi alla chiusura dell'offerta preventiva, fra l'altro, la società emittente abbia deliberato operazioni di fusione o di scissione, si rinviene invece nell'esigenza di impedire che l'offerente, oramai proprietario della società bersaglio, cerchi di imporre ai soci un rapporto di cambio sfavorevole: cfr. R. WEIGMANN, *Articolo 107. Offerta pubblica di acquisto preventiva*, in G.F. CAMPOBASSO, *Testo unico della finanza*, II, Torino, 2002, 927. Da ultimo, con riguardo alle fattispecie di fusioni fra società con azioni quotate e società con azioni non quotate, si può ricordare come il nuovo art. 117-bis del TUF, aggiunto dall'art. 14, comma 1, della legge n. 262 del 2005, ha assoggettato alle disposizioni dell'art. 113 del TUF le operazioni di fusione nelle quali una società con azioni non quotate viene incorporata in una società con azioni quotate, quando l'entità degli attivi di quest'ultima, diversi dalle disponibilità liquide e dalle attività finanziarie che non costituiscono

Analoghe considerazioni valgono per la fusione tra imprese assicurative ovvero tra imprese che esercitano attività di riassicurazione, disciplinata dal codice delle assicurazioni private recato dal d.lgs. n. 209 del 2005¹⁰⁰.

Il modulo procedimentale da seguire nelle fattispecie di fusione e scissione di imprese di assicurazione¹⁰¹ è disegnato innanzitutto dall'art. 201 del codice, che riconosce all'ISVAP il potere di autorizzare, secondo la procedura stabilita con proprio regolamento¹⁰², le fusioni e le scissioni, alle quali prenda parte almeno un'impresa di assicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica.

L'autorizzazione può essere rilasciata dall'ISVAP quando le fusioni e le scissioni non contrastino con il criterio di sana e prudente gestione, non potendosi dare corso all'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione o di scissione e della deliberazione assembleare che abbia apportato modifiche al relativo progetto se non consti la prescritta autorizzazione. La *ratio* del controllo pubblicistico richiesto nella fattispecie risiede

immobilizzazioni, sia significativamente inferiore alle attività della società incorporata. In questi casi, fermi restando i poteri previsti dall'art. 113, comma 2, del TUF, la Consob, con proprio regolamento, deve stabilire disposizioni specifiche relative a tali operazioni. La norma in pratica vuole evitare un'elusione dell'obbligo di prospetto mediante la fusione per incorporazione di una società i cui attivi siano significativamente prevalenti rispetto a quelli dell'incorporante imponendo, anche in tali casi, che venga pubblicato un prospetto di quotazione, sebbene la società incorporante, essendo già quotata, non debba presentare domanda di ammissione alla quotazione.

¹⁰⁰ Sul nuovo codice v. S. AMOROSINO, *Profili sistemici e pubblicistici del Codice delle assicurazioni*, in S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, 23 ss. Più in generale, sull'evoluzione normativa del settore v. G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, *ibidem*, 3 ss.

¹⁰¹ In tema v. A. TUCCI, *Art. 201*, in *Il Codice delle assicurazioni private. Commentario al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209*, diretto da F. Capriglione, II, tomo secondo, Padova, 2007, 378 ss.; P. LUCANTONI, *Art. 202*, *ibidem*, 387 ss.; L. FARENGA – F. INNOCENTI, *Art. 168*, *ibidem*, 60 ss.; R. FALSO, *La vigilanza sulla gestione tecnica, finanziaria e patrimoniale e sulle operazioni straordinarie (artt. 192-202)*, in S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, 397 ss.; I. RIVA, *Vigilanza sulle operazioni straordinarie delle imprese di assicurazione e di riassicurazione*, in M. BIN (a cura di), *Commentario al codice della assicurazioni*, Padova, 2006, 623 ss. Per la disciplina previgente v. M. RICOLFI, *Fusione e scissione di imprese assicurative*, in *Riv. soc.*, 135 ss.

¹⁰² La predeterminazione delle modalità procedurali del controllo pubblicistico dovrebbe quindi comportare una garanzia di prevedibilità e di certezza dell'azione dell'autorità (A. TUCCI, *Art. 201*, cit., 384). I regolamenti adottati dall'ISVAP, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del codice delle assicurazioni private, sono emanati dal presidente dell'Istituto. Essi sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto. All'avvio della consultazione l'ISVAP rende noto lo schema del provvedimento ed i risultati dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione, che effettua nel rispetto dei principi enunciati all'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229. L'ISVAP può richiedere, in ogni fase del procedimento, il parere del Consiglio di Stato e si esprime pubblicamente sulle osservazioni ricevute, a seguito della procedura di consultazione, e sul parere eventualmente richiesto al Consiglio di Stato.

nell'esigenza di accertare che la nuova organizzazione imprenditoriale risultante dall'operazione straordinaria abbia nella propria disponibilità l'attivo patrimoniale che viene richiesto dalla normativa a copertura delle riserve tecniche e del margine di solvibilità¹⁰³.

La disposizione di legge si incarica quindi di specificare i requisiti di ordine patrimoniale che vengono richiesti per l'autorizzazione, stabilendo che se la fusione è attuata per incorporazione, l'impresa di assicurazione incorporante che ha sede legale nel territorio della Repubblica deve dimostrare di disporre, tenuto conto della fusione, delle attività a copertura delle riserve tecniche e del margine di solvibilità richiesto. Se la fusione dà luogo alla costituzione di una nuova impresa con sede legale nel territorio della Repubblica, l'impresa deve disporre dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa e dimostrare di possedere, tenuto conto della fusione, le attività a copertura delle riserve tecniche e del margine di solvibilità richiesto¹⁰⁴. Ove la fusione dia luogo all'incorporazione di un'impresa di assicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica in un'impresa con sede legale in altro Stato membro o alla costituzione di una nuova impresa con sede legale in un altro Stato membro, l'ISVAP esprime parere favorevole dopo avere verificato, fra l'altro¹⁰⁵, che l'impresa incorporante o la nuova impresa di assicurazione dispongono delle attività a copertura delle riserve tecniche e del margine di solvibilità richiesto, tenuto conto della fusione¹⁰⁶.

Il controllo dell'autorità di vigilanza a tutela degli interessi pubblici coinvolti nella fattispecie non riguarda quindi l'opportunità dell'operazione di fusione, in termini di valutazione discrezionale del regolamento di interessi delle società coinvolte e dei loro soci, ma concerne esclusivamente la verifica dell'impatto dell'operazione straordinaria sugli equilibri gestionali della società, in un'ottica quindi prevalentemente microeconomica¹⁰⁷.

Dalla valutazione dell'autorità in sede di autorizzazione dovrebbe inoltre esulare ogni considerazione riguardante non le singole imprese coinvolte nell'operazione, bensì la struttura più generale del sistema assicurativo¹⁰⁸: è questa una differenza rispetto al modello previsto per le fusioni bancarie, laddove, stante la richiesta all'autorità da parte dell'art. 5 del TUB di perseguire più finalità, l'aspetto sistemico anche delle singole operazioni viene spesso tenuto in considerazione ai fini del rilascio dell'autorizzazione.

¹⁰³ A. TUCCI, *Art. 201*, cit., 380.

¹⁰⁴ Art. 201, comma 2.

¹⁰⁵ L'ISVAP è tenuto anche a verificare che l'impresa incorporante, o la nuova impresa di assicurazione, soddisfa le condizioni relative all'accesso all'attività in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi;

¹⁰⁶ Art. 201, comma 4.

¹⁰⁷ Così A. TUCCI, *Art. 201*, cit., 383.

¹⁰⁸ In questo senso A. TUCCI, *Art. 201*, cit., 383 nonché, sotto la disciplina previgente, M. RICOLFI, *Fusione e scissione di imprese assicurative*, cit., 142.

Una tale azione neutra dell'ISVAP in sede di valutazione ai fini dell'autorizzazione risulta del resto coerente con la tipologia del potere autorizzatorio all'esercizio iniziale dell'attività assicurativa da parte dell'Istituto di vigilanza come espressamente configurata dalla legge. A mente dell'art. 14 del codice delle assicurazioni private, infatti, l'autorità di vigilanza deve negare l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate dalla legge non risulti garantita la sana e prudente gestione, senza tuttavia che possa aversi riguardo alla struttura e all'andamento dei mercati interessati¹⁰⁹.

La discrezionalità dell'ISVAP in sede di autorizzazione viene così ristretta ad una valutazione riguardante requisiti patrimoniali, non essendovi spazio per una valutazione di merito operata dall'autorità di vigilanza. Fra l'altro, mentre il provvedimento che autorizza la fusione è pubblicato nel Bollettino, i provvedimenti che concedono o rifiutano l'autorizzazione devono essere specificamente e adeguatamente motivati e vanno comunicati alle imprese interessate¹¹⁰. Qualora alla fusione partecipino imprese di assicurazione aventi la sede legale in altri Stati membri, l'autorizzazione non può essere data se non dopo che sia stato acquisito il parere favorevole delle autorità di vigilanza di tali Stati¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. in tema V. MEZZACAPO, *L'accesso all'attività assicurativa (artt. 11-29)*, in S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, 123 ss.

¹¹⁰ Art. 201, comma 3.

¹¹¹ Art. 201, comma 3. Con riguardo alla fattispecie della fusione di imprese di riassicurazione, il codice individua una procedura che si basa sulla verifica della sussistenza di requisiti patrimoniali determinati. L'art. 202 del codice prevede infatti che il trasferimento del portafoglio dell'impresa di riassicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica e la medesima operazione effettuata dalla sede secondaria di un'impresa con sede legale in un altro Stato membro o in uno Stato terzo siano sottoposti, a cura della cedente, all'autorizzazione preventiva dell'ISVAP, secondo la procedura stabilita con regolamento, con provvedimento da pubblicare nel Bollettino dell'Istituto. In particolare, l'ISVAP è tenuto a verificare che l'impresa cessionaria, qualora stabilita nel territorio della Repubblica, soddisfi le condizioni di accesso e comunque disponga delle attività a copertura delle riserve tecniche e del margine di solvibilità richiesto. La fusione e la scissione delle imprese di riassicurazione, alle quali prenda parte almeno un'impresa di riassicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica, è autorizzata secondo il medesimo modulo procedimentale, intendendosi richiamata la corrispondente disciplina delle imprese di riassicurazione. Se il trasferimento è effettuato ad un'impresa di assicurazione con sede legale nel territorio della Repubblica o ad un'impresa di assicurazione con sede legale in altro Stato, ma a favore di una sede secondaria situata nel territorio della Repubblica, esso comporta altresì, ai sensi dell'art. 198, comma 6, l'applicazione, per i rapporti di lavoro in corso alla data del provvedimento di autorizzazione, delle disposizioni dell'articolo 2112 del codice civile. Gli effetti della fusione, della scissione ovvero del trasferimento di portafoglio sono inoltre compiutamente disciplinati con riguardo alla sorte dei contratti di assicurazione dei clienti dell'impresa coinvolta nell'operazione. Ad integrazione di quanto previsto dall'art. 1902, primo comma, del codice civile, infatti, l'art. 168 del codice delle assicurazioni private stabilisce che il trasferimento di portafoglio (cfr. in tema G. SCALFI, *Il trasferimento del portafoglio di una impresa di assicurazione*, in *Contratto e impresa*, 1991, 1001), che sia autorizzato in conformità a quanto

9. Spunti di riflessione.

La vicenda della progettata fusione tra la società concessionaria Autostrade e la società spagnola Abertis ha evidenziato un sistema di mediazioni “deboli” nella composizione delle diverse e confliggenti dimensioni del diritto pubblico dell’economia, in contrasto con l’attuale sistema di economia di mercato pure eterocorretta dalla legge.

Le modalità di governo del fenomeno da parte dei soggetti pubblici si sono basate sul recupero di strumenti giuridici - quali la direttiva ministeriale - “tradizionali”, caratteristici di un periodo storico ormai passato¹¹² nel quale il governo pubblico dell’economia era espressione di indirizzi politici nei vari settori di riferimento spesso mutevoli, che non garantivano all’intrapresa privata una pur minima certezza del diritto da applicarsi nella conduzione degli affari.

In questa direzione, sarebbe probabilmente stato preferibile utilizzare per l’autorizzazione alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio, anche a seguito di un’eventuale fusione con altra società, sotto il profilo della valutazione da effettuarsi, il diverso modulo procedimentale utilizzato per le fusioni tra banche, tra società finanziarie e tra società di assicurazione che si è brevemente descritto, laddove si riscontra la prevalenza di criteri decisionali neutrali, predeterminati dal legislatore e non affidati all’indirizzo politico contingente e laddove l’emersione dell’interesse pubblico è collegata a precisi criteri (inerenti alla solidità patrimoniale) che lasciano piena libertà al mercato e certezza del diritto agli imprenditori.

previsto dagli artt. 198 e 200, non è causa di risoluzione dei contratti, ma i contraenti che hanno il domicilio o, se persone giuridiche, la sede legale nel territorio della Repubblica possono recedere entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di autorizzazione, se il trasferimento avviene a favore di un’impresa di assicurazione che ha la sede legale all’estero oppure a favore di una sede secondaria all’estero di un’impresa che ha la sede legale nel territorio della Repubblica. Se il trasferimento riguarda contratti per l’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, i soggetti che hanno diritto ad un risarcimento possono agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l’assicurazione, nei confronti dell’impresa italiana cedente sino alla pubblicazione del provvedimento di autorizzazione rilasciato dall’ISVAP. Sempre ad integrazione di quanto previsto dall’art. 1902, primo comma, del codice civile, il trasferimento del portafoglio di imprese di assicurazione di altri Stati membri, che sia stato autorizzato dall’autorità di vigilanza dello Stato membro di origine dell’impresa cedente ed effettuato con l’assenso dell’ISVAP, non è causa di risoluzione dei contratti trasferiti, ma i contraenti che hanno il domicilio o, se persone giuridiche, la sede legale nel territorio della Repubblica possono recedere dai rispettivi contratti entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell’avviso di cui all’art. 199, comma 6, del codice. Tali disposizioni dettate dall’art. 168 si applicano anche ai trasferimenti di portafoglio conseguenti ad una fusione o ad una scissione.

¹¹² Cfr. in generale sul tema E. CASSESE, *Le trasformazioni dell’autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza*, Roma, LUISS Guido Carli, febbraio 2004,.

Ciò anche se nel caso dell'autorizzazione alle modificazioni soggettive del concessionario di pubblico servizio deve considerarsi che vi è un rapporto sottostante di concessione, da parte pubblica, di un bene demaniale¹¹³ e della gestione di un pubblico servizio, cui va collegata la tutela dei relativi interessi pubblici¹¹⁴.

Basandosi sul dato costituzionale recato dagli artt. 41 e 47 della Carta fondamentale, integrato dai principi comunitari della Costituzione economica, l'autorizzazione alle modificazioni soggettive, pure in presenza di una concessione sottostante, andrebbe comunque basata su dati patrimoniali certi, anziché su criteri vaghi e imprecisi, il cui contenuto viene sostanzialmente rimesso alla stessa autorità amministrativa concedente ovvero addirittura all'istanza politico-legislativa¹¹⁵ di modo che non possa configurarsi, tra i rischi tipici dell'attività imprenditoriale, anche il cosiddetto rischio politico, ossia, secondo la dottrina economica, il rischio che un evento politico futuro possa mutare le prospettive di profittabilità di un dato investimento¹¹⁶ e che sembra influire anche sui mercati azionari delle economie più sviluppate, non configurandosi più soltanto quale problema dei Paesi emergenti¹¹⁷.

La discrezionalità amministrativa nell'autorizzare le modificazioni soggettive del concessionario andrebbe limitata anche ragionando sulla scorta della visione della dottrina giuscommercialistica che intende ormai la trasformazione societaria come continuità della stessa organizzazione imprenditoriale di persone e di mezzi (v. par. 2).

Infatti l'utilizzo di strumenti di tutela dell'interesse pubblico caratterizzati da minor discrezionalità e maggior celerità e certezza del diritto si giustifica tanto più se si pensa che, nelle teorie del fenomeno della trasformazione di società elaborate dagli studiosi della materia, la fusione tra due società non si interpreta come morte delle società preesistenti e nascita di un nuovo soggetto, bensì come una vicenda che attiene soltanto all'organizzazione del

¹¹³ In tema cfr., da ultimo, A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

¹¹⁴ Per cui v., in generale, B. MAMELI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 1111 ss.

¹¹⁵ V. da ultimo l'emendamento proposto dal Governo a disegno di legge di conversione del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, con cui si è proposto sostanzialmente di "approvare" con lo strumento legislativo la convenzione con la società concessionaria del servizio (v. al riguardo *Il governo accelera sulla convenzione per Autostrade*, in *Sole 24 Ore*, 22 maggio 2008, p. 26; *Concessione sulla rampa di lancio, Atlantia vola in Borsa*, in *Messaggero*, 22 maggio 2008, p. 23).

¹¹⁶ V. così, anche per l'esposizione di una metodologia di misurazione del "rischio politico" in termini economici, A. BELTRATTI – B. BORTOLOTTI – V. MILELLA, *State Ownership, Political Risk, and Asset Prices*, preliminary version, 29 gennaio 2007, in www.privatizationbarometer.com/papers/soap.pdf.

¹¹⁷ Cfr. B. BORTOLOTTI, *Quanto conta il rischio politico*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 febbraio 2007.

fenomeno sociale, improntato all'esigenza – cui va il *favor* del legislatore codicistico – della continuità dell'attività e della continuità dei rapporti, che costituisce il tratto caratterizzante la disciplina della trasformazione¹¹⁸.

Anche in relazione al fenomeno della trasformazione del tipo di società, fra l'altro, appare ormai acquisito sia in dottrina sia in giurisprudenza che la trasformazione consiste in una semplice modifica del codice organizzativo dell'ente, escludendosi che la stessa trasformazione possa dar luogo a un fenomeno composto da un fatto dissolutivo prima (la liquidazione della società incorporanda) e da un successivo fatto ricostitutivo (la creazione di una nuova società risultante dalla fusione delle precedenti)¹¹⁹. La continuità del soggetto si evince e si fonda notoriamente, secondo la riflessione dottrinale, sulla conservazione dei diritti e degli obblighi assunti prima della deliberazione¹²⁰, sulla conservazione del valore della partecipazione dei soci¹²¹ nonché sulla conservazione delle posizioni creditorie anteriori alla trasformazione¹²².

Del resto, la fusione di società concessionaria di pubblico servizio è anzi in alcune fattispecie premiata dal legislatore, pure animato da intenti antimonopolistici. Al riguardo, si può ricordare, a titolo di esempio, la disciplina in materia di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, laddove il legislatore, ferme restando le procedure di gara ad evidenza pubblica già avviate o concluse, ha facultizzato le Regioni a disporre una eventuale proroga dell'affidamento del servizio, fino a un massimo di due anni, in favore di soggetti che, fra l'altro, abbiano dato luogo ad un nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario¹²³.

¹¹⁸ Cfr. G. MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 322 ss.

¹¹⁹ O. CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, in *Il codice civile - Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 1990, 6 ss.; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1999, 636 ss.; G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 7, III, Torino, 1997, 27 ss.; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996, 24 ss.; G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 642.

¹²⁰ M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, cit., 49.

¹²¹ M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, cit., 55.

¹²² M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, cit., 59.

¹²³ Art. 18, comma 3-ter, del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59. Nel dettaglio, il comma 1 del citato art. 18 stabilisce che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, è regolato, a norma dell'articolo 19, mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni. L'esercizio deve rispondere a principi di economicità ed efficienza, da conseguirsi anche attraverso l'integrazione modale dei servizi pubblici di trasporto. I servizi in economia sono disciplinati con regolamento dei

Commentando tali disposizioni, la dottrina riconosce proprio che la possibilità di proroga eventuale del periodo di affidamento del servizio si ha nei casi in cui i soggetti gestori abbiano realizzato comportamenti, come le operazioni di fusione, che vengono considerati “virtuosi” dal legislatore¹²⁴. Al riguardo si considera correttamente che le condizioni per l’esercizio della facoltà regionale di proroga rivestono carattere premiale, riconoscendo il legislatore un premio proprio a chi ha dato luogo ad una fusione di almeno due società affidatarie di due servizi di trasporto o ad un consorzio di almeno due società, essendo richiesto come requisito soltanto l’adozione di un unico piano industriale. In tal caso, il vantaggio che si tende a conseguire nell’interesse pubblico è l’allargamento del bacino di traffico con le conseguenti economie di scala, essendo il nuovo soggetto risultante dalla fusione affidatario di un maggiore livello di servizi in via di fatto, a seguito proprio dell’operazione di fusione¹²⁵.

Sotto il profilo della conformità al diritto comunitario, infine, un’autorizzazione caratterizzata da eccessiva discrezionalità sarebbe contraria alla libertà di stabilimento o di circolazione di capitali che viene garantita dal Trattato. In questa direzione, la recente direttiva n. 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali si preoccupa di

competenti enti locali. Ai sensi del comma 2, allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l’affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell’articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all’articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio. Il ricordato comma 3-ter stabilisce quindi che, ferme restando le procedure di gara ad evidenza pubblica già avviate o concluse, le regioni possono disporre una eventuale proroga dell’affidamento, fino a un massimo di due anni, in favore di soggetti che, entro il termine del periodo transitorio di cui al comma 3-bis, soddisfino una delle seguenti condizioni: a) per le aziende partecipate da regioni o enti locali, sia avvenuta la cessione, mediante procedure ad evidenza pubblica, di una quota di almeno il 20 per cento del capitale sociale ovvero di una quota di almeno il 20 per cento dei servizi eserciti a società di capitali, anche consortili, nonché a cooperative e consorzi, purché non partecipate da regioni o da enti locali; b) si sia dato luogo ad un nuovo soggetto societario mediante fusione di almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale ovvero alla costituzione di una società consortile, con predisposizione di un piano industriale unitario, di cui siano soci almeno due società affidatarie di servizio di trasporto pubblico locale nel territorio nazionale. Le società interessate dalle operazioni di fusione o costituzione di società consortile devono operare all’interno della medesima regione ovvero in bacini di traffico uniti da contiguità territoriale in modo tale che tale nuovo soggetto unitario risulti affidatario di un maggiore livello di servizi di trasporto pubblico locale, secondo parametri di congruità definiti dalle regioni.

¹²⁴ A. VIGNERI, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005, n. 273*, in *ASTRID – Rassegna*, 2006, 1.

¹²⁵ A. VIGNERI, *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005, n. 273*, cit. Sul tema più generale della gestione dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria v. G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Amministrazioneincammino.it*.

avvertire¹²⁶ che, per facilitare le operazioni di fusione transfrontaliera, è opportuno prevedere che, se la direttiva non dispone altrimenti, ogni società partecipante ad una fusione transfrontaliera ed ogni terzo interessato restino soggetti alle disposizioni e alle formalità della legislazione nazionale che sarebbe applicabile in caso di fusione nazionale. Tuttavia, nessuna delle disposizioni e delle formalità della legislazione nazionale cui si fa riferimento nella direttiva dovrebbe introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento o di circolazione di capitali, a meno che tali restrizioni non possano essere giustificate in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, da esigenze di interesse generale e non siano necessarie e proporzionate al raggiungimento di tali esigenze imperative¹²⁷.

In questo senso, quindi, è auspicabile che le modificazioni soggettive della società nazionale concessionaria di pubblico servizio nel caso di fusione transfrontaliera vadano soggette ad un'autorizzazione dell'amministrazione pubblica concedente, pure necessaria, ancorata a criteri certi e predeterminati, basati su requisiti patrimoniali oggettivi, anche se parte della dottrina si spinge a ritenere che, in tali casi di fusione transfrontaliera e di creazione di un nuovo soggetto imprenditoriale operante a livello europeo, il potere ministeriale di approvazione debba essere del tutto abolito e sostituito da un sistema di regolazione complessivo che produca nel settore efficienza e qualità dei servizi¹²⁸, anche in base alla considerazione che gli *assets* oggetto della concessione restano sempre nella proprietà pubblica del Paese concedente.

Davide Siclari

¹²⁶ Considerando n. 3.

¹²⁷ A proposito della preoccupazione dell'Unione europea di assicurare una piena mobilità dei capitali all'interno della comunità, da ultimo l'11 luglio 2007 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sul *Libro bianco relativo alla politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010* [COM(2005)629] presentato dalla Commissione il 1° dicembre 2005. Come noto, il *Libro bianco* descrive le priorità della Commissione nel periodo considerato individuando i seguenti obiettivi: perseguire un consolidamento dinamico volto a costituire un mercato finanziario UE integrato, aperto, inclusivo, competitivo ed efficiente sotto il profilo economico; sopprimere le rimanenti barriere aventi rilevanza economica, per consentire la prestazione dei servizi finanziari e la circolazione dei capitali in tutta l'UE al minor costo possibile, a livelli prudenziali efficaci e con un'efficiente applicazione della normativa, assicurando in tal modo alti livelli di stabilità finanziaria, vantaggi per gli utenti e protezione dei consumatori; attuare, far applicare e sottoporre a valutazione continua la normativa in vigore e seguire con rigore, nelle future iniziative, l'impegno a "legiferare meglio"; potenziare la cooperazione e la convergenza nella vigilanza all'interno dell'UE, approfondire le relazioni con gli altri mercati finanziari globali e rafforzare l'influsso dell'Europa nel mondo.

¹²⁸ A. MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, cit.