



## Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

7 aprile 2016\*

«Rinvio pregiudiziale — Convenzione di Roma — Legge applicabile — Fusione transfrontaliera — Direttiva 78/855/CEE — Direttiva 2005/56/CE — Fusione per incorporazione — Protezione dei creditori — Trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo dalla società incorporata alla società incorporante»

Nella causa C-483/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), con decisione del 28 agosto 2014, pervenuta in cancelleria il 31 ottobre 2014, nel procedimento

**KA Finanz AG**

contro

**Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group,**

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da M. Ilešič, presidente della Seconda Sezione, facente funzione di presidente della Terza Sezione, C. Toader, M. Berger, E. Jarašiūnas e C. G. Fernlund (relatore), giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: V. Tourrès, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 23 settembre 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per KA Finanz AG, da S. Albiez e C. Klausegger, Rechtsanwälte;
- per Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, da P. Konwitschka, Rechtsanwalt;
- per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da G. Braun, H. Støvlbæk e M. Wilderspin, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale presentate all'udienza del 12 novembre 2015,

ha pronunciato la seguente

\* Lingua processuale: il tedesco.

## Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 (GU L 266, pag. 1; in prosieguo: la «Convenzione di Roma»), della terza direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni (GU L 295, pag. 36), come modificata dalla direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009 (GU L 259, pag. 14; in prosieguo: la «direttiva 78/855»), nonché della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (GU L 310, pag. 1).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la KA Finanz AG (in prosieguo: la «KA Finanz»), stabilita in Austria, succeduta alla Kommunalkredit International Bank LTD (in prosieguo: la «Kommunalkredit»), stabilita a Cipro, e la Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (in prosieguo: la «Sparkassen Versicherung»), stabilita in Austria, relativamente ad una domanda della Sparkassen Versicherung intesa a ottenere dalla KA Finanz il pagamento degli interessi relativi ai prestiti subordinati ch'essa aveva contratto con la Kommunalkredit prima che quest'ultima fosse oggetto di fusione per incorporazione da parte della KA Finanz.

### Contesto normativo

#### *Diritto dell'Unione*

#### Convenzione di Roma

- 3 L'articolo 3 della Convenzione di Roma, che definisce il campo d'applicazione della stessa, dispone:
  - «1. Le disposizioni della presente Convenzione si applicano alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi.
  2. Esse non si applicano:
    - (...)
    - e) alle questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica;
  - (...)».
- 4 L'articolo 3, paragrafo 1, di tale Convenzione, prevede quanto segue:

«Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. (...)».
- 5 Ai termini dell'articolo 10 di tale Convenzione:
  - «1. La legge che regola il contratto in forza degli articoli da 3 a 6 e dell'articolo 12 regola in particolare:
    - a) la sua interpretazione;

- b) l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono;
- c) nei limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale, le conseguenze dell'inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni, compresa la liquidazione del danno in quanto sia governata da norme giuridiche;
- d) i diversi modi di estinzione delle obbligazioni nonché le prescrizioni e decadenze fondate sul decorso di un termine;

(...)

2. Per quanto concerne le modalità di esecuzione e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa, si avrà riguardo alla legge del paese dove l'esecuzione ha luogo».

- 6 La Convenzione di Roma è stata sostituita dal regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (GU L 177, pag. 6; in prosieguo: il «regolamento Roma I»). Ai sensi del suo articolo 28, tale regolamento si applica ai contratti conclusi a partire dal 17 dicembre 2009.

Direttiva 78/855

- 7 Il terzo e il sesto considerando della direttiva 78/855 dispongono quanto segue:

«(...) la tutela degli interessi dei soci e dei terzi richiede un coordinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardanti le fusioni di società per azioni e (...) occorre introdurre nel diritto di tutti gli Stati membri l'istituto della fusione;

(...)

(...) i creditori, obbligazionisti o no, ed i portatori di altri titoli delle società partecipanti alla fusione devono essere tutelati onde evitare che la realizzazione della fusione li leda».

- 8 L'articolo 13 di tale direttiva così recita:

«1. Le legislazioni degli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla fusione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di fusione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione.

2. A tal fine le normative degli Stati membri prevedono, quanto meno, che tali creditori abbiano il diritto di ottenere adeguate garanzie, qualora la situazione finanziaria delle società partecipanti alla fusione renda necessaria tale tutela e qualora detti creditori non dispongano già di tali garanzie.

Gli Stati membri stabiliscono le condizioni per la tutela di cui al paragrafo 1 e al primo comma del presente paragrafo. In ogni caso, gli Stati membri provvedono affinché i creditori possano rivolgersi all'autorità amministrativa o giudiziaria competente per ottenere adeguate garanzie, a condizione che possano dimostrare, in modo credibile, che la fusione compromette i loro crediti e che la società non ha fornito loro adeguate garanzie.

3. La tutela può essere diversa per i creditori della società incorporante e per quelli della società incorporata».

9 Ai sensi dell'articolo 14 di detta direttiva:

«Fatte salve le disposizioni relative all'esercizio collettivo dei loro diritti, l'articolo 13 è applicabile agli obbligazionisti delle società partecipanti alla fusione, a meno che la fusione sia stata approvata dall'assemblea degli obbligazionisti, se la legislazione nazionale la prevede, oppure dai singoli obbligazionisti».

10 L'articolo 15 della stessa direttiva così prevede:

«I portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, devono beneficiare, nella società incorporante, di diritti almeno equivalenti a quelli di cui beneficiavano nella società incorporata, a meno che la modifica dei loro diritti sia stata approvata da un'assemblea dei portatori di detti titoli, se la legislazione nazionale la prevede, oppure dai singoli portatori di detti titoli o anche a meno che tali portatori abbiano il diritto di ottenere il riscatto dei loro titoli da parte della società incorporante».

11 La direttiva 78/855 è stata abrogata dalla direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni (GU L 110, pag. 1). Conformemente a quanto previsto dal suo articolo 33, la direttiva 2011/35 è entrata in vigore il 1° luglio 2011.

Direttiva 2005/56

12 Risulta dal considerando 1 della direttiva 2005/56 che essa ha l'obiettivo di facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi.

13 Conformemente al considerando 3 della detta direttiva, «[p]er facilitare le operazioni di fusione transfrontaliera, è opportuno prevedere che, se la presente 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 (...)».

14 L'articolo 2 di tale direttiva stabilisce quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2. "fusione", l'operazione mediante la quale:

- a) una o più società trasferiscono, 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; o

(...)».

15 L'articolo 4 della direttiva 2005/56, intitolato «Condizioni relative alle fusioni transfrontaliere», così prevede:

«1. Se la presente direttiva non dispone altrimenti:

(...)

b) una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera rispetta le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale cui è soggetta. (...)

2. Le disposizioni e le formalità di cui al paragrafo 1, lettera b), riguardano, in particolare il processo decisionale relativo alla fusione e, tenuto conto del carattere transfrontaliero della fusione, la protezione dei creditori delle società che partecipano alla fusione, degli obbligazionisti e dei possessori di titoli o quote, nonché dei lavoratori per quanto riguarda i diritti diversi da quelli disciplinati dall'articolo 16. (...).

16 L'articolo 14 di tale direttiva, intitolato «Effetti della fusione transfrontaliera», dispone al paragrafo 1:

«La fusione transfrontaliera realizzata secondo l'articolo 2, paragrafo 2, lettere a) e c), comporta, a partire dalla data di cui all'articolo 12, gli effetti seguenti:

a) l'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata è trasferito alla società incorporante;

(...)

c) la società incorporata si estingue».

#### *Diritto austriaco*

17 L'articolo 226 della legge sulle società per azioni (Aktiengesetz), del 31 marzo 1965 (BGBl. 98/1965), nella sua versione applicabile ai fatti del procedimento principale (in prosieguo: l'«AktG»), intitolato «Protezione dei creditori», regola la protezione dei creditori in caso di fusione. Esso è formulato come segue:

«1. Ai creditori delle società interessate sono prestate garanzie, qualora essi non possano esigere la propria soddisfazione, sempreché essi si presentino entro un termine di sei mesi a decorrere dalla pubblicazione della registrazione della fusione. Tuttavia, tale diritto è riconosciuto ai creditori solo se essi dimostrano in maniera credibile che la fusione costituisce un rischio per il pagamento del loro credito. I creditori devono essere informati di tale diritto nell'ambito della pubblicazione della registrazione.

2. Il diritto di esigere garanzie non spetta ai creditori che, nella procedura d'insolvenza, sono privilegiati nel soddisfacimento a partire da una massa costituita secondo le disposizioni di legge ai fini della loro tutela e collocata sotto la sorveglianza dell'autorità competente.

3. Diritti equivalenti devono essere accordati ai titolari di obbligazioni e di partecipazioni o devono essere oggetto di adeguata compensazione la modifica dei diritti o il diritto stesso».

18 Secondo il giudice del rinvio, l'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG è stato introdotto per trasporre l'articolo 15 della direttiva 78/855.

#### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

19 Nel corso dell'anno 2005, la Sparkassen Versicherung ha sottoscritto due prestiti subordinati emessi dalla Kommunalkredit. Le condizioni di emissione, identiche per ambedue i prestiti (in prosieguo: le «condizioni di emissione»), ne fissano lo status, precisano le condizioni della loro subordinazione nonché le modalità di pagamento degli interessi e designano la legge applicabile.

20 Ai sensi dell'articolo 2 di tali condizioni di emissione:

«Status. I crediti derivanti dai titoli costituiscono crediti nei confronti dell'emittente non garantiti e subordinati, i quali sono di pari rango tra loro e rispetto a tutti gli altri crediti subordinati sull'emittente. In caso di scioglimento, liquidazione o fallimento dell'emittente, i crediti derivanti dai titoli possono essere soddisfatti soltanto dopo il soddisfacimento dei diritti non subordinati dei creditori; nessun importo potrà pertanto essere pagato in forza dei titoli fino a quando non siano stati pienamente soddisfatti i crediti di tutti i creditori non subordinati dell'emittente o non siano stati effettuati, in relazione a detti importi, accantonamenti sufficienti. Un creditore in forza di un titolo non può compensare i propri crediti derivanti dai titoli con crediti dell'emittente. Non potrà mai essere e non sarà mai fornita alcuna garanzia contrattuale da parte dell'emittente o di un terzo per garantire i diritti dei portatori derivanti dai titoli. Nessun accordo futuro può limitare il carattere subordinato come descritto dal presente articolo, né anticipare la data di scadenza dei titoli o ridurre il termine di preavviso applicabile».

21 L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), delle condizioni di emissione è così formulato:

«Pagamento degli interessi. Il valore nominale può essere rimborsato e gli interessi possono essere pagati soltanto se il capitale proprio dell'emittente da prendere in considerazione non scende, in conseguenza di tale versamento, al di sotto delle soglie fissate dalle linee guida vigenti della Banca centrale di Cipro sul calcolo della dotazione di capitale delle banche».

22 L'articolo 9 di tali condizioni stabilisce come segue:

«Mancato adempimento. In caso di liquidazione o scioglimento dell'emittente (salvo che ciò avvenga ai fini o in conseguenza di una fusione, una ristrutturazione o un risanamento, allorché la società è solvibile, nel contesto dei quali l'impresa che sopravvive riprende in sostanza tutti gli attivi e le obbligazioni dell'emittente), ogni portatore può dichiarare esigibile il suo titolo e chiederne l'immediato rimborso a concorrenza dell'importo di rimborso anticipato (...) unitamente agli interessi (eventualmente) maturati fino alla data del rimborso».

23 Infine, l'articolo 12, paragrafo 1, delle suddette condizioni di emissione prevede:

«Legge applicabile. La forma e il contenuto dei titoli, nonché tutti i diritti e le obbligazioni dei portatori e dell'emittente sono disciplinati dal diritto tedesco».

24 Non soddisfacendo più, a partire dalla fine del 2008, i requisiti minimi in materia di dotazione di capitale stabiliti dalle linee guida della Banca centrale di Cipro, la Kommunalkredit ha cessato il pagamento alla Sparkassen Versicherung degli interessi pattuiti nelle condizioni di emissione.

25 La Kommunalkredit è stata oggetto di una fusione per incorporazione da parte della KA Finanz. Tale fusione è stata iscritta nel registro austriaco delle imprese il 18 settembre 2010 e, di conseguenza, è diventata effettiva in tale data.

26 Dinanzi ai giudici austriaci, la Sparkassen Versicherung richiede alla KA Finanz il pagamento degli interessi pattuiti per i due prestiti subordinati, di cui trattasi nel procedimento principale, relativamente agli anni 2009 e 2010. In subordine, la Sparkassen Versicherung chiede che la KA Finanz le conferisca diritti equivalenti, ai sensi dell'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG, e risponda della totalità dei danni risultanti dal rifiuto di riconoscere tali diritti.

27 La KA Finanz afferma, in via principale, che l'operazione di fusione ha avuto l'effetto di estinguere i crediti subordinati di cui trattasi nel procedimento principale. In subordine, sostiene che le obbligazioni derivanti da tali crediti non le sono state trasferite, poiché questi ultimi avrebbero perso qualsiasi valore in seguito alla completa scomparsa del capitale proprio della Kommunalkredit.

- 28 La KA Finanz considera che, poiché il pagamento degli interessi e del capitale dipendeva dalla dotazione di capitale proprio della Kommunalkredit, tali prestiti avevano natura di capitale proprio e costituivano titoli partecipativi ai sensi dell'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG. Secondo la KA Finanz, tenuto conto delle perdite subite dalla Kommunalkredit, la cui esistenza era in pericolo e che, al 31 dicembre 2008, aveva un patrimonio netto negativo di circa 1 miliardo di euro, i titoli di cui si tratta nel procedimento principale, al momento dell'operazione di fusione, avevano perso qualsiasi valore. La KA Finanz da ciò conclude che, in considerazione della suddetta perdita, essa non era tenuta né a conferire diritti equivalenti ai portatori di detti titoli, né a versare loro una compensazione.
- 29 In prima istanza, l'Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna) ha respinto la domanda della KA Finanz diretta a far accertare, in via principale, l'estinzione, a seguito dell'operazione di fusione, dei titoli di cui trattasi nel procedimento principale e altresì che gli impegni della Kommunalkredit derivanti dai prestiti subordinati non le fossero stati trasferiti.
- 30 Tale giudice ha statuito che i titoli in questione non erano né titoli partecipativi, né titoli di un altro tipo equivalenti ad azioni, poiché non avevano natura di capitale proprio, né dipendevano dagli utili della Kommunalkredit. Pertanto, secondo l'Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna), la KA Finanz non era legittimata ad estinguere i titoli in questione nell'ambito della fusione. Tale giudice ha ritenuto, inoltre, che i prestiti subordinati fossero stati trasferiti alla KA Finanz nell'ambito della trasmissione universale del patrimonio della Kommunalkredit.
- 31 Il giudice del rinvio precisa che l'Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna) ha deciso la controversia di cui era investito senza pronunciarsi sulla questione della legge applicabile ad essa.
- 32 L'Oberlandesgericht Wien (Corte d'appello di Vienna) ha confermato, in appello, la decisione dell'Handelsgericht Wien (Tribunale commerciale di Vienna), dopo aver ricordato che gli effetti giuridici di una fusione rientrano nell'ambito dello status della persona, e che la protezione dei creditori doveva essere valutata sulla base della legge che disciplina tale status, ossia la legge austriaca sulle società.
- 33 L'Oberlandesgericht Wien (Corte d'appello di Vienna) ha ritenuto che l'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG, sul quale si fonda la KA Finanz per sostenere che la fusione ha avuto l'effetto di estinguere i titoli di cui trattasi nel procedimento principale, non fosse ad essi applicabile. Rientrerebbero nell'ambito di applicazione di tale disposizione unicamente i titolari di obbligazioni con caratteristiche che consentono di assimilare tali titolari al socio o che le rendono simili a capitale proprio, nonché i titolari di titoli partecipativi che conferiscono diritti finanziari e patrimoniali tipici degli azionisti, e in particolare quello di partecipare agli utili e/o al residuo della liquidazione.
- 34 Orbene, il suddetto giudice ha statuito che tale circostanza non ricorreva nel caso di specie, come poteva ricavarsi dalle condizioni di emissione. Esso ha aggiunto che tali condizioni prevedono non già che i prestiti in questione cessino definitivamente di essere dovuti qualora il capitale proprio finisca sotto la soglia minima di prudenza, ma semplicemente che essi non siano esigibili fintanto che tali esigenze minime non siano soddisfatte.
- 35 La KA Finanz ha proposto ricorso per cassazione dinanzi all'Oberster Gerichtshof (Corte suprema) vertente, come precisa tale giudice, sulla questione dell'applicabilità dell'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG ai prestiti subordinati di cui trattasi nel procedimento principale.
- 36 Per poter decidere della controversia nel procedimento principale, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema) s'interroga sulla legge applicabile a tale controversia. A tal proposito, detto giudice precisa che al momento della sottoscrizione dei prestiti, di cui trattasi nel procedimento principale, era stato convenuto di applicare la legge tedesca, che la società emittente di tali prestiti, nella fattispecie la

Kommunalkredit, aveva la sua sede a Cipro e che la società che aveva assorbito la Kommunalkredit, cioè la KA Finanz, nonché quella che aveva sottoscritto detti prestiti, nella fattispecie la Sparkassen Versicherung, hanno la loro sede in Austria.

- 37 Detto giudice rileva che il regolamento Roma I non è applicabile ai prestiti di cui trattasi nel procedimento principale poiché essi sono stati conclusi prima del 17 dicembre 2009.
- 38 Inoltre, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema) si chiede, da una parte, se i titoli di cui trattasi nel procedimento principale costituiscano titoli ai sensi dell'articolo 15 della direttiva 78/855, e, dall'altra parte, se le norme relative alla protezione dei creditori, previste da tale articolo, ostino ad una disposizione nazionale, come l'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG, ai sensi della quale una società che emette titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, può unilateralmente porre fine al rapporto giuridico che la lega ai portatori di tali titoli e compensarli.
- 39 Alla luce di quanto sopra, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema) ha deciso di sospendere la pronuncia e di sottoporre alla Corte le due questioni pregiudiziali seguenti:
- «1) Se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della Convenzione di Roma debba essere interpretato nel senso che la deroga settoriale per il "diritto delle società" ricomprenda
- a) processi di ristrutturazione come fusioni e scissioni e
  - b) la disposizione sulla tutela dei creditori di cui all'articolo 15 della direttiva 78/855 del Consiglio nel quadro di tali processi di ristrutturazione.
- 2) Se l'applicazione dell'articolo 15 della direttiva 2011/35 conduca alla medesima conclusione.
- 3) In caso di risposta affermativa alla prima e alla seconda questione, se la deroga settoriale di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), del regolamento Roma I – disposizione succeduta all'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della Convenzione di Roma – conduca alla medesima conclusione o debba essere interpretata diversamente. In caso affermativo, in che modo.
- 4) Se dal diritto primario dell'Unione, e segnatamente dalla libertà di stabilimento di cui all'articolo 49 TFUE, dalla libera prestazione di servizi di cui all'articolo 56 TFUE o dal libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63 TFUE, possano desumersi indicazioni sulle norme di conflitto applicabili alle fusioni e in particolare se debba applicarsi il diritto nazionale dello Stato della società incorporata o il diritto nazionale della società incorporante.
- 5) In caso di risposta negativa alla quarta questione: se dal diritto derivato dell'Unione, e segnatamente dalla direttiva 2005/56, dalla direttiva 2011/35 o dalla sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni (GU L 378, p. 47), possano essere desunti principi sulle norme di conflitto applicabili, e in particolare se debba applicarsi il diritto nazionale dello Stato della società incorporata o il diritto nazionale della società incorporante, oppure se il diritto internazionale privato nazionale possa stabilire il diritto materiale nazionale al quale si ricollega la fattispecie in questione.
- 6) Se l'articolo 15 della direttiva 78/855 debba essere interpretato nel senso che, nel caso di una fusione transfrontaliera, l'emittente sia autorizzato, nei confronti del portatore di titoli diversi dalle azioni, cui si collegano diritti speciali, e in particolare di obbligazioni subordinate, a porre fine al rapporto giuridico e a stralciare la posizione degli aventi diritto.
- 7) Se l'applicazione dell'articolo 15 della direttiva 2011/35 conduca alla medesima conclusione».

## Sulle questioni pregiudiziali

- 40 In via preliminare, occorre rilevare che, in virtù dell'articolo 2, lettera a), del primo protocollo del 19 dicembre 1988 concernente l'interpretazione da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 (GU 1989, L 48, pag. 1), la Corte è competente a pronunciarsi sulle questioni relative a tale Convenzione nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dall'Oberster Gerichtshof (Corte suprema).
- 41 Si deve, inoltre, ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto normativo e fattuale che egli definisce sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il diniego, da parte della Corte, di pronunciarsi su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenza *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata).
- 42 A tal proposito, occorre rilevare, in primo luogo, che poiché la direttiva 2011/35 è entrata in vigore soltanto il 1° luglio 2011, quindi posteriormente ai fatti del procedimento principale, la seconda questione, la quinta questione, nei limiti in cui quest'ultima verte sull'interpretazione di tale direttiva, nonché la settima questione sono irricevibili.
- 43 In secondo luogo, il regolamento Roma I, il cui articolo 28 prevede che esso si applica ai contratti conclusi a partire dal 17 dicembre 2009, come indicato anche dal giudice del rinvio, non era ancora in vigore nel momento in cui sono stati conclusi i contratti di cui al procedimento principale, vale a dire nel corso del 2005. Pertanto, la terza questione è irricevibile.
- 44 In terzo luogo, è pacifico che la controversia di cui trattasi nel procedimento principale riguarda gli effetti, sui prestiti subordinati, di una fusione per incorporazione avvenuta tra due società. Di conseguenza, è irricevibile la prima questione, nella parte in cui essa verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della Convenzione di Roma riguardo alle scissioni tra società. Peraltro, poiché la direttiva 82/891 è relativa alle scissioni di società per azioni, la quinta questione è irricevibile nella parte in cui essa verte sull'interpretazione di tale direttiva.
- 45 Ne consegue che sono ricevibili soltanto la prima questione, nella parte in cui essa non verte sull'interpretazione delle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della Convenzione di Roma riguardo alle scissioni tra società, la quarta questione, la quinta questione, nella parte in cui essa verte sull'interpretazione della direttiva 2005/56, nonché la sesta questione.
- 46 Per quanto riguarda le questioni prima, quarta e quinta, risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che il giudice del rinvio ha sottoposto tali questioni per potersi pronunciare sulla sorte da riservare, in seguito alla fusione per incorporazione della Kommunalkredit da parte della KA Finanz, ai contratti di cui si tratta nel procedimento principale, il che presuppone, dal suo punto di vista, la necessità di risolvere la questione della legge applicabile a tali contratti successivamente a detta fusione.
- 47 Occorre, quindi, considerare che le questioni prima, quarta e quinta, nei limiti in cui sono ricevibili, mirano in sostanza a determinare la legge da applicare, alla luce del diritto dell'Unione, in seguito ad una fusione per incorporazione transfrontaliera, da una parte, all'interpretazione, all'esecuzione delle obbligazioni nonché ai modi d'estinzione di un contratto di prestito, del tipo dei contratti di prestito di cui trattasi nel procedimento principale, concluso dalla società incorporata, e, d'altra parte, ad una

domanda, come quella che è stata formulata in subordine dalla Sparkassen Versicherung, con la quale un creditore intende avvalersi della protezione dei creditori prevista dall'articolo 15 della direttiva 78/855.

- 48 Per quanto riguarda la sesta questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 15 della direttiva 78/855 debba essere interpretato nel senso che tale disposizione conferisce diritti all'emittente di titoli, diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali.
- 49 Per rispondere alla questione della legge applicabile, in seguito ad una fusione per incorporazione transfrontaliera, all'interpretazione, all'esecuzione delle obbligazioni nonché ai modi d'estinzione di un contratto di prestito, del tipo dei contratti di prestito di cui trattasi nel procedimento principale, concluso dalla società incorporata occorre, in primo luogo, esaminare se e in quale misura la Convenzione di Roma è applicabile a tale contratto.
- 50 In tale contesto, è importante sottolineare che, ai termini dell'articolo 1, paragrafo 1, della Convenzione di Roma, le disposizioni di tale Convenzione si applicano, nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali.
- 51 Tuttavia, in deroga a tale regola di competenza per materia, l'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della detta Convenzione esclude dal campo di applicazione di quest'ultima le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica.
- 52 Dalla relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, da Mario Giuliano, docente all'università di Milano, e da Paul Lagarde, docente all'università di Parigi I (GU 1980, C 282, pag. 1) risulta che le questioni relative al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche non sono state incluse nel campo di applicazione della Convenzione di Roma per lavori in corso, all'epoca, in materia di diritto delle società nel quadro delle Comunità europee. Risulta parimenti da tale rapporto che gli atti che disciplinano lo scioglimento delle società, quali la fusione o il raggruppamento di società, rientrano nel novero di quelli che ricadono nell'ambito dell'esclusione prevista all'articolo 1, paragrafo 2, di tale Convenzione. Quest'ultima non si applica, quindi, alla fusione tra società.
- 53 Tuttavia, poiché dal fascicolo fornito alla Corte risulta che i contratti di cui trattasi nel procedimento principale rientravano, prima della fusione di cui è stata oggetto la Kommunalkredit da parte della KA Finanz, nel campo di applicazione della Convenzione di Roma e che le parti contraenti avevano scelto, conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, di tale Convenzione, la legge tedesca quale legge applicabile a tali contratti, occorre determinare se tale legge continui a regolare detti contratti dopo la suddetta fusione e, pertanto, in virtù dell'articolo 10, paragrafo 1, della summenzionata Convenzione, la loro interpretazione, l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono nonché i loro modi di estinzione.
- 54 A tal fine, è necessario esaminare, in secondo luogo, i testi adottati in materia di fusione di società dal legislatore dell'Unione europea. In siffatto contesto, è opportuno rilevare che tale materia è stata oggetto di due atti legislativi, volti al contempo ad organizzare il processo di fusione e a regolare gli effetti giuridici della fusione, vale a dire, da una parte, la direttiva 78/855, adottata, come risulta dal suo terzo considerando, per coordinare le legislazioni degli Stati membri riguardanti le fusioni di società per azioni e per introdurre nel diritto di tutti gli Stati membri l'istituto della fusione, e, dall'altra parte, la direttiva 2005/56, adottata, come risulta dal suo considerando 1, per facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi.

- 55 Orbene, poiché il procedimento principale concerne la sorte da riservare a prestiti subordinati in seguito ad una fusione transfrontaliera, occorre determinare, sulla base della direttiva 2005/56, l'effetto di tale fusione su prestiti di tale natura.
- 56 Dall'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2005/56 deriva che una fusione per incorporazione è l'operazione con cui una o più società trasferiscono, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente, vale a dire la società incorporante.
- 57 Per quanto riguarda l'effetto di tale operazione, deriva dall'articolo 14, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva, che la fusione transfrontaliera comporta, a partire dalla data in cui tale fusione ha efficacia, il trasferimento dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante.
- 58 Una fusione per incorporazione implica, quindi, che la società incorporante acquisisce la società incorporata nella sua integralità, senza l'estinzione delle obbligazioni che avrebbe provocato una liquidazione, e comporta, senza novazione, la sostituzione della società incorporante alla società incorporata quale parte di tutti i contratti conclusi da quest'ultima. Pertanto, la legge che era applicabile a tali contratti prima della fusione rimane la legge applicabile dopo tale fusione.
- 59 Ne consegue che il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che la legge applicabile – in seguito ad una fusione per incorporazione transfrontaliera – all'interpretazione, all'esecuzione delle obbligazioni nonché ai modi di estinzione di un contratto di prestito, del tipo dei contratti di prestito di cui trattasi nel procedimento principale, concluso dalla società incorporata, è la legge che era applicabile a tale contratto prima della suddetta fusione.
- 60 Per quanto riguarda la protezione degli interessi dei creditori nel quadro di una fusione transfrontaliera, invocata dalla Sparkasse Versicherung in subordine, occorre rilevare che dal considerando 3 e dall'articolo 4 della direttiva 2005/56 deriva che una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera resta soggetta, segnatamente per quanto concerne la protezione dei creditori, alle disposizioni e alle formalità della legislazione nazionale che sarebbe applicabile in caso di fusione nazionale.
- 61 Ne consegue che le disposizioni che disciplinano la protezione dei creditori della società incorporata, in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sono quelle della legislazione nazionale applicabile a tale società.
- 62 Gli Stati membri, dovendo conformarsi, nel caso di una fusione nazionale, agli articoli da 13 a 15 della direttiva 78/855 per quanto concerne la protezione dei creditori, sono, pertanto, tenuti a rispettare tali disposizioni anche nel caso di una fusione transfrontaliera.
- 63 Orbene, mentre gli articoli 13 e 14 di tale direttiva riguardano la protezione dei creditori rispettivamente non obbligazionisti e obbligazionisti, l'articolo 15 della stessa direttiva concerne la protezione dei portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali.
- 64 La questione sollevata è quindi quella di sapere come distinguere i titoli di cui all'articolo 15 della direttiva 78/855 dagli altri titoli di credito.
- 65 A tal proposito, dai lavori preparatori di tale direttiva – specificamente dalla proposta di terza direttiva del Consiglio per il coordinamento delle misure di garanzia imposte negli Stati membri alle società ai sensi dell'articolo 58, comma 2, del trattato nell'interesse dei soci e dei terzi in caso di fusione di società per azioni (GU 1970, C 89, pag. 20), nonché dalla modifica alla proposta di terza direttiva del Consiglio per il coordinamento delle misure di garanzia richieste negli Stati membri alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi in caso di fusione di società per azioni [COM(72) 1668 def.] – risulta che i titoli diversi dalle

azioni, forniti di diritti speciali, ai sensi dell'articolo 15 della detta direttiva, riguardano tra gli altri titoli, le obbligazioni permutabili contro azioni, le obbligazioni con diritto di sottoscrizione preferenziale al capitale sociale, le obbligazioni con diritto agli utili e i diritti di sottoscrizione.

- 66 Titoli siffatti sono, quindi, quelli che conferiscono ai loro portatori diritti più ampi di un mero rimborso dei crediti e degli interessi convenuti. Ciò vale, in particolare, per i titoli che riconoscono ai loro portatori il diritto a permutarli contro azioni o il diritto a partecipare agli utili della società emittente.
- 67 Nel caso di specie, da quanto risulta dalle condizioni di emissione, come presentate dal giudice del rinvio, i titoli di cui si tratta nel procedimento principale non sembrano conferire ai loro portatori dei diritti più ampi di un mero rimborso dei crediti e degli interessi convenuti. Sembrerebbe, dunque, che tali titoli non rientrino nel campo d'applicazione dell'articolo 15 della direttiva 78/855, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.
- 68 Nell'ipotesi in cui tale giudice giungesse alla conclusione opposta, occorre rilevare che l'articolo 15 della direttiva 78/855 prevede che i portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, ai sensi di tale disposizione, devono beneficiare, nella società incorporante, di diritti almeno equivalenti a quelli di cui beneficiavano nella società incorporata, a meno che la modifica di tali diritti sia stata approvata da un'assemblea dei portatori di detti titoli, se la legislazione nazionale la prevede, oppure dai singoli portatori di detti titoli o anche a meno che tali portatori abbiano il diritto di ottenere il riscatto dei loro titoli da parte della società incorporante.
- 69 Dalla formulazione dell'articolo 15 della direttiva 78/855 deriva, quindi, che esso ha per oggetto la protezione degli interessi dei portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali.
- 70 Orbene, poiché dalla domanda di pronuncia pregiudiziale si ricava che l'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG è stato introdotto per trasporre l'articolo 15 della direttiva 78/855 e poiché la prima di tali disposizioni sembra conferire all'emittente di tali titoli il diritto di porre fine unilateralmente al rapporto giuridico che la lega ai portatori di tali titoli e di compensare tali portatori, si deve constatare che un diritto del genere esula dalla formulazione e dall'obiettivo dell'articolo 15 della direttiva 78/855, in quanto quest'ultima disposizione conferisce diritti ai titolari di quegli stessi titoli, ma non alla loro emittente. Di conseguenza, una disposizione del tipo dell'articolo 226, paragrafo 3, dell'AktG non può costituire una trasposizione dell'articolo 15 della direttiva 78/855.
- 71 Ne consegue che l'articolo 15 della direttiva 78/855 deve essere interpretato nel senso che tale disposizione conferisce diritti ai portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, ma non all'emittente di tali titoli.

### **Sulle spese**

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

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

**1) Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che:**

- **la legge applicabile, in seguito ad una fusione per incorporazione transfrontaliera, all'interpretazione, all'esecuzione delle obbligazioni nonché ai modi d'estinzione di un contratto di prestito, del tipo dei contratti di prestito di cui trattasi nel procedimento principale, concluso dalla società incorporata, è la legge che era applicabile a tale contratto prima della suddetta fusione;**
- **le disposizioni che regolano la protezione dei creditori della società incorporata, in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sono quelle della legislazione nazionale a cui era soggetta tale società.**

**2) L'articolo 15 della terza direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa alle fusioni tra società per azioni, come modificata dalla direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione conferisce diritti ai portatori di titoli diversi dalle azioni, forniti di diritti speciali, ma non all'emittente di tali titoli.**

Firme