

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il/la sottoscritto/a

COGNOME | **Bernasconi** |

NOME | **Sara** |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1371160 |

Titolo della tesi:

| *La mobilità delle società nell'Unione europea: i casi del trasferimento di sede sociale e della fusione transfrontalieri* |

Dottorato di ricerca in | **Diritto internazionale dell'economia** |

Ciclo | **XXIV** |

Tutor del dottorando | **Ch.mo Prof. Alberto Malatesta** |

Anno di discussione | **2012** |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;

- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
 - tesi di dottorato *La mobilità delle società nell'Unione europea: i casi del trasferimento di sede sociale e della fusione transfrontalieri*;
 - di Sara Bernasconi;
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2012;
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviare ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo.

Data _____

F.to _____

***La mobilità delle società nell'Unione europea:
i casi del trasferimento di sede e della fusione transfrontalieri.***

CAPITOLO PRIMO.

LE SOCIETÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: PROBLEMI TRADIZIONALI E ATTUALI.

1. Il riconoscimento delle società straniere: gli sviluppi storici.	1
1.1. Il concetto di “riconoscimento” delle società: piano dell’indagine.	1
1.2. La prassi applicativa: tra natura della personalità giuridica e riconoscimento delle società straniere.	7
1.3. Il riconoscimento delle società straniere in Italia: cenni storici.	10
1.4. I tentativi di soluzione convenzionale del problema del riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere.	12
1.4.1. Il progetto universale: la Convenzione dell’Aja del 1956 concernente il riconoscimento della personalità giuridica di società, associazioni e fondazioni straniere	13
1.4.2. Il progetto regionale: la Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche	22
1.5. Il superamento del problema del riconoscimento delle società straniere in tempi recenti	
2. La nazionalità delle società	24
3. La determinazione della <i>lex societatis</i>	32

3.1. L'individuazione della legge applicabile alle società	32
3.2. La fattispecie considerata: le "società"	34
3.3. I criteri di collegamento in materia societaria	36
3.3.1. La <i>incorporation theory</i> anglosassone e il criterio svizzero dell' <i>organizzazione</i>	37
a) L' <i>incorporation theory</i> in Inghilterra	38
b) L' <i>incorporation theory</i> negli Stati Uniti d'America	42
c) Il criterio svizzero dell' <i>organizzazione</i>	44
3.3.2. La teoria della sede reale: la <i>théorie du siège réel</i> francese e la <i>Sitztheorie</i> tedesca	48
a) La <i>théorie du siège social</i>	49
b) La <i>Sitztheorie</i>	55
3.3.3. Altri criteri di collegamento in materia societaria: il <i>controllo</i> e il <i>centre d'exploitation</i>	58
4. La legge regolatrice delle società nell'ordinamento italiano	63
4.1. Il diritto internazionale privato in materia di società fino al 1995	63
4.2. La <i>lex societatis</i> nella legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato	68
4.2.1. La legge 31 maggio 1995 n. 218 e la disciplina internazionalprivatistica delle società	68
4.2.2. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25	74
4.2.3. Il criterio di collegamento principale: il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione della società	76
4.2.4. I limiti al criterio di collegamento principale: la sede amministrativa o l'oggetto principale situati in Italia	86
4.2.5. La portata della <i>lex societatis</i>	

CAPITOLO SECONDO.

LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

Introduzione.	93
1. Il mercato unico.	94
2. La libertà di stabilimento delle società a mente degli articoli 49 e 54, TFUE.	98
2.1. Il diritto di stabilimento.	98
2.2. L'equiparazione delle società alle persone fisiche nel godimento della libertà di stabilimento.	101
2.3. La nozione di "società" ai sensi dell'art. 54, par. 2, TFUE.	104
2.4. Il contenuto e le modalità di esercizio della libertà di stabilimento delle società.	106
3. Gli strumenti utilizzati dall'Unione europea per la realizzazione della libertà di stabilimento delle società.	108
3.1. L'opzione pattizia fondata sul vecchio articolo art. 293, CE.	109
3.2. La competenza di cui all'articolo 50, par.2, lett. g, TFUE, e l'armonizzazione del diritto societario degli Stati membri.	111
3.3. Le competenze implicite dell'Unione europea e la creazione dei c.d. veicoli societari comunitari.	116
3.3.1. Il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE).	119
3.3.2. La <i>Societas Europaea</i> (SE).	123
3.3.3. La Società cooperativa europea (SCE).	131
3.3.4. La proposta di Società privata europea (SPE).	136
4. L'impulso della Corte di giustizia nell'attuazione della libertà di stabilimento delle società rispetto alle norme del Trattato.	143

4.1. I casi <i>Avoir fiscal</i> e <i>Segers</i> .	145
4.2. La negazione del diritto di stabilimento a titolo principale.	149
4.3. La “dottrina <i>Centros</i> ”.	153
4.3.1. Il ragionamento della Corte di giustizia.	153
4.3.2. L’analisi critica del portato della pronuncia della Corte.	158
4.3.3. I riflessi immediati della sentenza <i>Centros</i> nelle decisioni di alcuni giudici nazionali.	165
4.4. La <i>Sitztheorie</i> alla prova del diritto di stabilimento.	166
4.4.1. Il ragionamento della Corte di giustizia.	166
4.4.2. I rapporti con la giurisprudenza precedente e le conseguenze della pronuncia sul diritto internazionale privato degli Stati membri.	170
4.5. La conferma della <i>dottrina Centros</i> .	175
4.6. Gli effetti della giurisprudenza della Corte di giustizia sull’ordinamento tedesco.	180
5. Il coordinamento dell’art. 25, legge n. 218/95 con il diritto dell’Unione europea.	185

CAPITOLO TERZO.

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL’ESTERO.

Introduzione: La mobilità societaria e il mercato interno.	188
1. I principali problemi sottesi al trasferimento della sede sociale all’estero.	190
1.1. La nozione di “sede” sociale.	192
1.2. La continuità della soggettività giuridica della società che procede a trasferimento della sede e il mutamento della <i>lex societatis</i> .	196
a) Trasferimento della sede reale.	197
b) Trasferimento della sede legale.	198

2. Il trasferimento della sede sociale nell'ordinamento Italia.	199
2.1. Il trasferimento della sede sociale nel diritto materiale italiano.	200
2.2. Il trasferimento della sede nel diritto internazionale privato italiano.	202
2.3. Il trasferimento all'estero della sede sociale nella giurisprudenza italiana tra luci e ombre.	205
2.3.1. L'ammissibilità del trasferimento all'estero della sede sociale nell'ordinamento italiano.	206
2.3.2. L'efficacia del trasferimento all'estero della sede sociale e i suoi effetti sulla continuità della personalità giuridica delle società e sullo statuto personale della società.	207
2.3.3. (segue) Il soddisfacimento della condizione di cui all'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995.	214
2.3.4. La compatibilità della disciplina internazionalprivatistica italiana sul trasferimento della sede sociale con il diritto dell'Unione europea in fattispecie "europee".	218
2.4. Il trasferimento della sede sociale nell'esperienza di altri ordinamenti europei.	219
a) Francia.	220
b) Germania.	221
c) Inghilterra.	222
d) Svizzera.	222
e) Spagna.	224
f) Belgio e Polonia.	227
3. L'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea sui problemi derivanti dal trasferimento della sede sociale all'estero.	227
3.1. Il contributo del legislatore comunitario: il progetto di XIV direttiva sul trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro.	228
3.2. Il riconoscimento espresso del trasferimento della sede sociale come modalità	

di esercizio della libertà di stabilimento da parte della Corte di giustizia nel caso <i>Cartesio</i> .	233
3.2.1. Il <i>revirement</i> metodologico della Corte di giustizia.	239
3.2.2. Il trasferimento della sede sociale senza mutamento della <i>lex societatis</i> .	242
3.2.3. Il trasferimento della sede sociale con mutamento della <i>lex societatis</i> .	246
3.2.4. Gli effetti della sentenza <i>Cartesio</i> sul trasferimento della sede sociale: considerazioni generali.	250
3.3. Il trasferimento della sede sociale della S.E. e degli altri veicoli societari europei.	254
4. La tesi dell'esistenza di una norma di conflitto <i>cachée</i> in materia societaria.	261
5. L'esigenza di un intervento normativo da parte dell'Unione europea.	266
5.1. Le prospettive dell'adozione di una disciplina uniforme sul trasferimento transfrontaliero della sede sociale.	270
5.1.1. Le diverse tipologie di intervento e le possibili basi giuridiche.	270
5.1.2 (segue) I possibili contenuti dell'intervento: la proposta del <i>Deutscher Rat für internationales Privatrecht</i> per una direttiva sul trasferimento della sede sociale.	272

CAPITOLO QUARTO.

LE FUSIONI TRANSFRONTALIERE.

1. La fusione internazionale nell'ordinamento italiano.	279
1.1. La fusione internazionale: profili internazionalprivatistici.	279
1.2. La fusione internazionale: profili sostanziali.	284

1.3. La fusione internazionale nella giurisprudenza italiana.	285
2. La fusione internazionale nell'esperienza di altri ordinamenti giuridici e le differenti valutazioni.	
2.1. Gli ordinamenti avversi alla fusione internazionale.	289
2.2. Gli ordinamenti non avversi o favorevoli alla fusione internazionale.	291
3. La fusione transfrontaliera nell'ordinamento dell'Unione europea.	292
3.1. La fusione transfrontaliera nell'Unione europea: l'ispirazione del progetto di convenzione sulla fusione internazionale di società per azioni.	293
3.2. L'avvicinamento alla disciplina delle fusioni transfrontaliere: la nozione di "fusione" e i principi fissati dalla disciplina armonizzata delle fusioni interne.	297
3.3. (segue) Il principio della neutralità fiscale delle operazioni di ristrutturazione transfrontaliere.	300
3.4. La fusione nello statuto della SE.	302
3.5. Il riconoscimento espresso della fusione transfrontaliera come modalità di esercizio della libertà di stabilimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia.	306
3.5.1. Il ragionamento della Corte di giustizia.	307
3.5.2. L'estinzione della società incorporata e l'applicabilità della libertà di stabilimento alla fusione transfrontaliera.	309
3.5.3. La sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento e le eventuali giustificazioni.	312
3.5.4. Le questioni irrisolte dalla giurisprudenza <i>SEVIC</i> .	314
3.5.5. Il coordinamento della giurisprudenza <i>SEVIC</i> con la direttiva 2005/56/CE.	318
4. (segue) La direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.	320
4.1. Gli scopi della disciplina delle fusioni transfrontaliere.	320

4.2. L'ambito di applicazione della direttiva.	321
4.3. La norma di conflitto di cui all'art. 4, par. 1, lett. b) della direttiva.	324
4.4. Le norme minime in materia di fusioni transfrontaliere.	325
5. (segue) L'attuazione della direttiva 2005/56/CE negli ordinamenti nazionali.	331
5.1. L'attuazione della direttiva n. 2005/56/CE nell'ordinamento italiano.	331
5.2. L'attuazione della direttiva n. 2005/56/CE in altri Stati membri.	337
5.2.1. La modifica del <i>Umwandlungsgesetz</i> tedesco.	338
5.2.2. La modifica del <i>Code de commerce</i> francese.	341
5.2.3. Il <i>Companies (Cross-Border Merger) Regulation</i> 2007 del Regno Unito.	342
5.2.4. La modifica del <i>Codigo de sociedades mercantiles</i> spagnolo.	344
BIBLIOGRAFIA	347

ELENCO DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI.

<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Banca borsa tit. cred.</i>	Banca, borsa e titoli di credito
CE	Trattato che istituisce la Comunità europea
CEE	Trattato che istituisce la Comunità economica europea
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>Com. e Studi</i>	Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto dell'Università di Milano
<i>Contr. e impr.</i>	Contratto e impresa
<i>Contr. e impr. / Eur.</i>	Contratto e impresa / Europa
<i>Corr. giur.</i>	Corriere giuridico
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. com. sc. int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali (II)
<i>Dir. Un. eur.</i>	Diritto dell'Unione europea (II)
<i>EBLR</i>	European Business Law Review
<i>EBOR</i>	European Business Organisation Law Review
<i>ECFLR</i>	European Company and Financial Law Review
<i>Enc. Dir.</i>	Enciclopedia del Diritto, Milano
<i>Eur. Comp. Law</i>	European Company Law
<i>Eur. e dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Eur. Law Rev.</i>	European Law Review
<i>EuZW</i>	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

<i>F.I.</i>	Foro italiano
<i>Germ. Law Rev.</i>	German Law Review
<i>Giur. comm.le</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ. - Massimario</i>	Giustizia civile – Massimario
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>G.U.R.I.</i>	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
<i>G.U.U.E.</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
<i>JDI</i>	Journal du droit international privé – Clunet
<i>JPIL</i>	Journal of Private International Law
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NLCC</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>Racc.</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee
<i>Rass. trib.</i>	Rassegna tributaria
<i>RDI</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDS</i>	Rivista di diritto societario

<i>Rec. Dalloz</i>	Recueil Dalloz-Sirey
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
<i>Rev. crit. d.i.p.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. Marché comm.</i>	Revue du Marché commun
<i>Rev. Marché comm. Un. eur.</i>	Revue du Marché commun et de l'Unione européenne
<i>Rev. trim. dr. Eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Riv. dir. comm.le</i>	Rivista di diritto commerciale (e del diritto generale delle obbligazioni)
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società
<i>RIW</i>	Recht der internationalen Wirtschaft
<i>Sem. Jur. - Éd. gén.</i>	Semaine Juridique - Édition Générale (La)
<i>Sem. Jur. - Entr. et aff.</i>	Semaine Juridique – Entreprise et Affaires (La)
TUE	Trattato sull'Unione europea (in vigore dal 1° dicembre 2009)
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
UE	Trattato sull'Unione europea (in vigore fino al 30 novembre 2009)
<i>YbPIL</i>	Yearbook of Private International Law

CAPITOLO PRIMO.

LE SOCIETÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: PROBLEMI TRADIZIONALI E ATTUALI.

1. Il riconoscimento delle società straniere: gli sviluppi storici.

1.1. Il concetto di “riconoscimento” delle società: piano dell’indagine.

I problemi sollevati dall'operare delle società all'interno di più ordinamenti si imposero all'attenzione dei giuristi soprattutto dalla metà del XIX secolo, a seguito dell'emergere di un numero sempre più rilevante di società di capitali.¹ All'epoca la maggior parte dei paesi si trovò impreparata a fronteggiare il nuovo fenomeno, del tutto sprovvista di qualunque norma utile a disciplinare il problema dell'esistenza e dell'attività di società straniere in ordinamenti diversi da quello in cui erano state costituite. Non era affatto scontato che una società, ente creato da un dato ordinamento e privo di qualsiasi realtà fisica (diversamente dalle persone fisiche, appunto), potesse continuare ad esistere anche al di fuori dei confini di quel paese entro il quale era venuta ad esistere; né, ammesso che tale società potesse varcare la frontiera nazionale senza dissolversi, era chiaro se e di quale capacità fosse dotata all'estero e, di conseguenza, se potesse ivi validamente operare. Tutti questi interrogativi rientrano nel problema più ampio del c.d. *riconoscimento della personalità giuridica* delle persone giuridiche e società.

¹ Sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, p. 13 (per tutte le citazioni della presente opera si farà riferimento alla prima edizione del 1970, in quanto la successiva edizione del 1974 è una ristampa inalterata), G. COSCIA, *Il riconoscimento delle società straniere*, Milano, 1984, p. 58, C. ANGELICI, *Appunti sul «riconoscimento» delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, p. 7.

La presenza massiccia di società di capitali straniere costrinse gli Stati interessati da tale fenomeno a riflettere su alcuni aspetti prima ignorati. Anzitutto, si pose la questione del riconoscimento dell'esistenza stessa delle società straniere nonché della persistenza della loro personalità giuridica al di fuori dello Stato di costituzione; il problema logicamente successivo fu senz'altro quello delle condizioni a cui eventualmente ammettere tali enti a svolgere la loro attività all'interno dei propri confini, problema a cui solitamente ci si riferisce con l'espressione "trattamento delle società straniere"; infine, fu necessario individuare delle regole che consentissero di determinare la *lex societatis*, ovvero la legge regolatrice di dette società straniere, per tutti gli aspetti (la maggior parte) non disciplinati dalla legge del foro.² La presente trattazione ha per oggetto soltanto l'ultimo dei problemi appena citati, ovvero l'individuazione delle legge applicabile; esulano da essa sia il tema del trattamento delle società straniere (ovvero le condizioni fissate per lo svolgimento dell'attività economica o per lo stabilimento di sedi d'affari in Stati diversi da quello di costituzione), sia quello del loro riconoscimento in senso stretto, giacché quest'ultimo, come si vedrà, può ritenersi attualmente superato, almeno in una prospettiva europea e, più in generale, occidentale. Tuttavia, date le difficoltà di distinzione tra l'aspetto internazionalprivatistico che qui interessa, ossia la ricerca della *lex societatis*, e la questione logicamente antecedente e separata del riconoscimento, vale la pena spendere alcune righe preliminari su quest'ultimo in modo da chiarire le differenze e meglio comprendere l'oggetto della presente ricerca.

In termini generali, riconoscere una società significa riconoscerne prima di tutto l'esistenza giuridica e una qualche forma di capacità, generalmente la capacità di concludere contratti e altri negozi, la capacità di possedere beni e la capacità processuale. In altri termini, riconoscere una società straniera significa accogliere nell'ordinamento interno valori giuridici stranieri, cioè dare rilevanza interna a enti, in particolare e per quanto qui interessa, a società,

² Il problema del riconoscimento della personalità giuridica risulta, quindi, delimitato da due gruppi di norme affini eppure distinte, e cioè da un lato quella sull'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica, dall'altro quelle relative all'ordinamento giuridico applicabile a tale organismo, cioè il suo statuto personale: così A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, pp. 12-13 e pp. 199-201, U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E. sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche*, in *RDIPP*, 1973, p. 513 ss., spec. p. 518.

nati a seguito delle valutazioni di altri ordinamenti.³ Il riconoscimento non consiste nell'attribuire *ex novo* soggettività giuridica all'ente straniero, ma piuttosto nell'ammettere in un ordinamento nazionale strutture giuridiche già costituite altrove in conformità alla legge di un dato ordinamento, il quale ha conferito loro – in virtù del rispetto di certe regole di costituzione da esso predeterminate – la capacità di essere titolari di diritti ed obblighi.⁴ In altri termini, l'ordinamento interno è chiamato a riconoscere gli *effetti* della soggettività giuridica da altri (e altrove) attribuita a certi complessi organizzati.⁵ Lo Stato del foro riconosce tale attribuzione, a limitati effetti, e “accetta” la società come centro soggettivo cui sono riferibili rapporti giuridici. L'estensione dei diritti e degli obblighi a cui l'ente straniero è soggetto nell'ordinamento del riconoscimento dipenderà poi dalle disposizioni della legge che lo regola.

La determinazione dell'esatta portata del riconoscimento della personalità giuridica di soggetti differenti dalle persone fisiche è stata influenzata, nel corso del tempo, dalle accese discussioni dottrinali circa la sua natura e la tassonomia della questione rispetto ai problemi affini ma distinti cui s'è fatto cenno più sopra (in particolare rispetto alla determinazione della *lex societatis*). Secondo alcuni il riconoscimento sarebbe nient'altro che un aspetto del più generale problema di diritto internazionale privato, secondo altri invece sarebbe da considerarsi una questione distinta e logicamente precedente, consistente nel riconoscimento dell'esistenza giuridica delle società costituite in base alle norme di un ordinamento diverso da quello del foro e, eventualmente, della loro ammissione ad ivi operare (nonché degli eventuali

³ Così J.-F. PERRIN, *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, Genève, 1969, p. 4 (ove si richiama F. RIGAUX, *Les personnes morales en droit international privé*, in *Annales de Droit et de Sciences Politiques*, t. XXIV n° 4, Louvain, p. 241) e pp. 9-10, E. RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, vol. 2, Ann Arbor, 1960, p. 132. Sul concetto di riconoscimento v. R. LUZZATTO, *Persona giuridica (diritto internazionale privato)*, in C. MORTATI, G. SANTORO-PASSARELLI, *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 281; inoltre v. F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich, 2001, p. 63. In particolare sulla nozione di riconoscimento delle società straniere nell'ordinamento francese M. MENJUCQ, *Droit international et européen de sociétés*, Paris, 2001, p. 59 ss.

⁴ Così J.-F. PERRIN, *op. cit.*, p. 10, G. M. UBERTAZZI, *Riconoscimento e stabilimento delle società nella Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 526, in particolare pp. 526-527, P. BEHRENS, *Der Anerkennungs begriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*, in *ZGR*, 1978, p. 499.

⁵ Ammettere la necessità del riconoscimento non significa affatto prendere posizione sulla questione della natura delle persone giuridiche, che rappresenta un falso problema dal momento esso appartiene alla competenza del solo legislatore nazionale: in questo senso v. C. LICINI, *Persone giuridiche*, in M. IEVA (a cura di), *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, p. 133.

limiti a tale ammissione).⁶

In una prima prospettiva il riconoscimento è da considerarsi né più né meno l'effetto del rinvio allo statuto personale dell'ente.⁷ Se l'esistenza di una società non è altro che una formula per indicare l'applicazione di un insieme di norme a un dato tipo di rapporto, allora il riconoscimento di una società straniera si risolve nei meccanismi di diritto internazionale privato che rendono possibile l'applicazione, nel foro, di una legge diversa dalla *lex fori*.⁸ Il riconoscimento delle società straniere sarebbe infatti incluso nella domanda su qual è la legge regolatrice della società.⁹ Si tratterebbe pur sempre di considerare come rilevanti fattispecie sorte alla stregua di ordinamenti stranieri e di far sì che gli effetti così e colà prodottisi si producano anche nell'ambito dell'ordinamento del foro e di fronte ai suoi organi.¹⁰ Se lo statuto personale della società individuato attraverso le norme di conflitto determina il sorgere, la portata e l'estinguersi della capacità giuridica di una società e ne regola i rapporti interni così come quelli esterni, il riconoscimento non è altro che un aspetto particolare dello statuto personale;¹¹ segnatamente, esso concerne l'esistenza della società e, possibilmente, anche l'estensione della sua capacità.¹²

Oltre alle motivazioni teoriche appena riproposte, a sostegno della inclusione del

⁶ Per la lettura del riconoscimento come incluso nel problema del diritto internazionale privato si vedano J.-F. PERRIN, *op. cit.*, p. 10-11 (l'A. ritiene che il riconoscimento sia un aspetto del problema di diritto internazionale privato, tuttavia afferma l'utilità di un'analisi autonoma dello stesso rispetto alla questione del criterio di collegamento), A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 12 ss., IDEM, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, p. 44 (secondo il quale con l'espressione "riconoscimento" delle società di indicano due ordini di problemi concettualmente distinti anche se collegati fra loro, l'uno di diritto internazionale privato, l'altro attinente alla questione del trattamento delle società straniere), U. DROBNIG, *Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines E.W.G.-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften*, in *ZHR*, Band 129, 1967, p. 92 ss., spec. p. 93. *Contra* G. COSCIA, *op. cit.*, *passim*; l'A. dedica l'intera monografia a dimostrare che il dubbio circa la natura del riconoscimento delle società straniere deve essere risolto nel senso dell'autonomia del riconoscimento dai problemi del diritto internazionale privato; nello stesso senso, più di recente, v. M. MENJUCQ, *Droit international et européen cit.*, p. 61. Per una ricostruzione intermedia, nel senso che il riconoscimento di società straniere da parte di uno Stato sia problema distinto dalla determinazione del diritto applicabile e in particolare sia una tappa del ragionamento conflittuale precedente v. F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 63.

⁷ Sul punto F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 969 ss., spec. p. 970.

⁸ Così G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 532, U. DROBNIG, *Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 687 ss., C. ANGELICI, *Appunti cit.*, p. 43.

⁹ Così E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, p. 65.

¹⁰ In questo senso F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento cit.*, p. 970, B. GROSSFELD, *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, in *RabelsZ*, 1967, p. 1 ss., spec. p. 3, A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, pp. 199-200.

¹¹ Sulla base di questa affermazione molta parte della dottrina tedesca ricavava la conclusione che un concetto specifico di riconoscimento fosse superfluo: sul punto v. U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E. cit.*, pp. 520-521 (in particolare le indicazioni bibliografiche in nota).

¹² In questo senso v. U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E. cit.*, p. 520, J. OFFERHAUS, *La septième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé*, in *JDI*, 1951, p. 1070 ss., spec. p. 1094.

riconoscimento delle società straniere nel diritto internazionale privato è stato addotto, più di recente, un motivo di carattere politico-economico: l'esigenza che sorreggeva l'enucleazione autonoma del problema del riconoscimento, ovvero la tutela delle economie nazionali rispetto all'ingresso di enti stranieri, ha trovato nel tempo migliori risposte attraverso l'utilizzo delle regole sul trattamento degli stranieri, in particolare delle norme materiali interne concernenti le condizioni alle quali le società straniere sono ammesse ad operare nel foro, e dunque non necessita più del filtro del riconoscimento.¹³

Una seconda corrente, invece, considera il riconoscimento come una questione autonoma, distinta e logicamente precedente rispetto a quelle strettamente appartenenti al diritto internazionale privato.¹⁴ Questa tesi sottolinea l'autonomia del momento del riconoscimento rispetto alla designazione della legge regolatrice della società e al trattamento dello straniero (dunque dello stabilimento e delle sue condizioni). Razionalmente, prima di designare la legge applicabile a un organismo straniero dotato di un'esistenza giuridica propria, si deve decidere se quest'esistenza è ammessa o non ammessa, in altri termini, se è riconosciuta.¹⁵ Il riconoscimento andrebbe tenuto distinto non solo dalla questione della determinazione della *lex societatis*, ma anche dal diverso aspetto della disciplina del trattamento dello straniero: dalla prima perché ne costituisce la premessa e dal secondo perché il riconoscimento non ha la funzione di attribuire direttamente diritti e obblighi specifici.¹⁶ Soltanto una volta riconosciuta l'esistenza di una società posta validamente in essere in un ordinamento straniero e fatto rinvio al diritto applicabile a tale società può porsi il problema della fissazione delle condizioni alle quali l'ordinamento del foro eventualmente subordina l'esercizio dell'attività economica entro il suo territorio da parte di società straniere.

Nel definire la funzione dell'istituto del riconoscimento di società straniere si è posto l'accento sull'*esistenza* della società (salvo poi interpretare tale concetto in modo più o meno

¹³ Così G. COSCIA, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴ Così G. COSCIA, *op. cit.*, p. 43. L'A. da conto delle teorie elaborate circa l'esistenza di una norma di conflitto concernete le società nell'ordinamento interno dalla dottrina italiana, di cui mette in luce difetti di coerenza e difficoltà costruzione, e conclude nel senso della distinzione concettuale e positiva.

¹⁵ Sul punto v. B. GOLDMAN, *Le projet de convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales*, in *RebelsZ*, 1967, p. 201 ss., in partic. pp. 204-205 e G. COSCIA, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁶ Così G. COSCIA, *op. cit.*, p. 87.

ampio) e sulla sua *capacità giuridica*.¹⁷ Si tratta dunque di una tecnica legislativa che consente di prendere atto dell'esistenza di società straniere e della competenza degli Stati a erigere tali enti.¹⁸ Le norme sul riconoscimento hanno la funzione di conservare gli enti stranieri sottoposti alla legge che ha dato loro vita e al tempo stesso di individuare gli eventuali limiti che a tale effetto possono derivare all'operare di tale diritto straniero nel foro dall'esigenza di proteggere interessi fondamentali dello Stato ospitante attraverso l'applicazione alla società straniera pure riconosciuta.¹⁹

In merito alla classificazione della questione del riconoscimento della soggettività giuridica delle società straniere, riconoscere l'autonomia del problema del riconoscimento rispetto a quello propriamente internazionalprivatistico della determinazione della legge applicabile a tali enti ha senso se ci si pone in una prospettiva storica. Rispetto a ordinamenti in cui vigeva un generale principio di non riconoscimento automatico degli enti stranieri sembra più rigoroso distinguere i due aspetti: il primo attiene solo al disconoscimento di una certa società come società retta dal diritto del foro (società "nazionale") e al contestuale riconoscimento della società in questione come ente giuridicamente esistente in virtù della valida costituzione secondo le forme previste da un dato ordinamento straniero, mentre l'individuazione della legge applicabile a tale società risulta essere un passaggio logicamente distinto e successivo. Certo, occorre ammettere che il riconoscimento in sé considerato (privato cioè dell'ulteriore passaggio della determinazione dello statuto personale dell'ente) può essere, attualmente, un'operazione sterile. In proposito va segnalata anche la tesi che individua una nozione di riconoscimento *stricto sensu* e una *lato sensu*: riconoscimento in senso stretto significherebbe soltanto considerare la società come soggetto portatore di diritti e obblighi, mentre la nozione più ampia comprenderebbe sia il profilo appena citato sia quello successivo della individuazione dello statuto personale della società (ossia il problema di diritto internazionale privato in senso proprio).²⁰ Si ritiene, tuttavia, che tale duplicazione di espressioni porti confusione e sia, di conseguenza, preferibile mantenere la distinzione anche

¹⁷ Così U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E.* cit., p. 520.

¹⁸ Così G. COSCIA, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹ Così G. COSCIA, *op. cit.*, p. 134 ss. con riferimento alla norma sul riconoscimento di cui all'art. 16, c. 2, disp. prel. c.c. e ai limiti.

²⁰ Così S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, 2001, p. 10.

dal punto di vista nominale dei due problemi: da un lato il riconoscimento della soggettività giuridica di società straniere, dall'altro l'individuazione della legge loro applicabile.

Non è semplice tenere distinti i due profili, anche perché spesso il riconoscimento della società passa attraverso un rinvio al diritto che le ha attribuito la personalità giuridica, il che equivale il più delle volte a rinviare alla *lex societatis* ossia alla legge competente a regolarne il funzionamento.²¹ L'eventuale coincidenza non deve, tuttavia, trarre in inganno: è vero che riconoscere efficacia extraterritoriale alla legge che ha conferito la personalità giuridica ad una società costituisce una conferma della competenza della stessa, ma ciò non significa porre e risolvere una questione di conflitti di leggi. La coincidenza può sempre venir meno, ad esempio, per effetto della clausola di ordine pubblico che può, in certi casi e a certe condizioni, impedire l'applicazione di alcune norme della legge applicabile ad una società straniera; in un caso simile l'ordine pubblico del foro può limitare la *lex societatis* senza mettere in dubbio il riconoscimento di quella società.²²

1.2. *La prassi applicativa: tra natura della personalità giuridica e riconoscimento delle società straniere.*

Come si è detto a metà del XIX secolo, quando la questione del riconoscimento delle società straniere emerse e si impose all'attenzione, la maggior parte degli Stati era del tutto sprovvista di disposizioni normative che disciplinassero espressamente i problemi derivanti dal concreto operare di società straniere nei loro ordinamenti interni. Il rilievo accordato al problema del riconoscimento discende soprattutto dal fatto che in quell'epoca la costituzione di una società fosse soggetta, nella maggior parte dei paesi, a un generale regime di autorizzazione. In assenza di disposizioni specifiche, la risposta della prassi agli interrogativi sollevati dall'attività transfrontaliera delle società fu spesso veicolata dalle riflessioni sulla

²¹ Così F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 63 e Y. LOUSSOUARN, *La convention de La Haye sur la reconnaissance des personnes morales étrangères*, in *Travaux du Comité français de droit international privé* (1958-1959), Paris, 1960, p. 67 ss.

²² Così B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, pp. 206-207.

natura delle società e delle persone giuridiche²³ e il riconoscimento delle società straniere rappresentò, più o meno giustificatamente, un corollario delle riflessioni sulla natura della personalità giuridica.²⁴ In linea di massima, gli Stati che consideravano le società enti dotati di personalità propria, le assimilavano agli individui ed applicavano loro per analogia le disposizioni dedicate alle persone fisiche, compreso il principio di extraterritorialità che accompagnava queste ultime, considerandole perciò quali enti dotati di personalità giuridica anche quando operavano al di fuori dei confini dello Stato di costituzione. I paesi che invece le ritenevano una mera *fictio iuris*, frutto dell'ordinamento che aveva dato loro vita, ne limitavano l'esistenza alla sfera territoriale dello Stato di costituzione.²⁵

Nel corso del XX secolo la c.d. teoria della realtà delle persone giuridiche ha guadagnato sempre più terreno rispetto la teoria della finzione giuridica, prevalente nel secolo precedente, e la riflessione sull'attività transfrontaliera delle società e sulle sue conseguenze è andata approfondendosi e arricchendosi.²⁶ Le risposte normative sono state le più varie e gli ordinamenti nazionali hanno affrontato la questione del riconoscimento delle società straniere con atteggiamenti differenti.²⁷ In linea di massima, se ne possono individuare tre. In primo luogo, vi sono sistemi liberali in cui il riconoscimento veniva concesso automaticamente a tutte le società straniere, senza che fosse a tal fine necessario alcun procedimento; nella maggior parte dei casi il riconoscimento automatico veniva assicurato mediante una norma

²³ Così v. A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 11 ss. e, di recente, in *Dir. comm. eur. cit.*, p. 29 e s. Senza addentrarsi nella discussione delle varie teorie, ci si limita qui a rammentare soltanto la contrapposizione tra la c.d. teoria della finzione (di tradizione romanistica medievale) e quella c.d. della realtà delle persone giuridiche (di stampo germanico). I sostenitori della prima concezione intendono le persone giuridiche quali "finzioni giuridiche" create dalla legge che le regola e, di conseguenza, fenomeni esclusivamente territoriali, inesistenti al di fuori dei limiti territoriali dell'ordinamento che ha dato loro vita; diversamente, i fautori della teoria sulla realtà delle persone giuridiche attribuiscono loro realtà giuridica (si badi, non fisica) considerandole "reali" e, sulla base del parallelismo con le persone fisiche, estendono anche alle persone giuridiche il principio di extraterritorialità generalmente applicabile agli individui, da ciò ricavando la loro sopravvivenza in quanto persone giuridiche anche al di fuori dell'ordinamento d'origine. Sul punto v. F. CAPOTORTI, *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte speciale*, Bari, 1966, pp. 54-56, M. BASILE, A. FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, in C. MORTATI, G. SANTORO-PASSARELLI, *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss.

²⁴ Così G. COSCIA, *op. cit.*, pp. 43-44, C. ANGELICI, *Appunti*, pp. 5-12, J.-F. PERRIN, *op. cit.*, pp. 4-6 (pp. 6-8 l'A. propone un'altra giustificazione per il riconoscimento internazionale delle società, ovvero la teoria francese dei diritti acquisiti), B. GROSSFELD, *op. cit.*, p. 5 (quest'ultimo afferma che la teoria della personalità giuridica è senza influenza diretta sulla teoria del riconoscimento).

²⁵ Contro l'idea che la teoria sulla finzione della persona giuridica imponga automaticamente il rifiuto sistematico del riconoscimento delle società straniere e che a sua volta la teoria della realtà non comporti automaticamente il riconoscimento della personalità giuridica v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, p. 313-314.

²⁶ Sull'influenza dei rapporti tra teorie delle personalità e riconoscimento delle persone giuridiche (ivi comprese le società, quanto meno quelle personificate) v., tra gli altri, F. CAPOTORTI, *Lezioni cit.*, p. 53 ss.

²⁷ Sul punto v. J.-F. PERRIN, *op. cit.*, pp. 8-9, F. GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 64-67.

espressa in questo senso.²⁸ Solitamente si parla, a questo proposito, oltre che di riconoscimento automatico, di riconoscimento “*de plen droit*” o di riconoscimento *de plano* o *de iure* o, ancora, di “riconoscimento generale”.

Al giorno d’oggi il riconoscimento automatico è, senza dubbio, il sistema predominante perché consente di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e di tutelare i creditori e i terzi che entrano in contatto con la società straniera; inoltre, è l’unico che non costituisca un ostacolo allo sviluppo degli scambi internazionali.²⁹ I due esperimenti convenzionali effettuati l’uno in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato e l’altro alla Comunità economica europea, di cui si darà conto più avanti, rappresentano un esempio di questo atteggiamento estremamente favorevole al riconoscimento generalizzato della personalità giuridica delle società straniere.

Agli antipodi della scelta assai liberale appena indicata, si trova invece il divieto generalizzato di riconoscere le società straniere, fatta salva la possibilità di un provvedimento individuale *ad hoc*. Si tratta di una regola volta a proteggere l’ordinamento e gli interessi economici interni, dunque a tutelare le società nazionali dalla concorrenza delle società straniere sul mercato interno. Sistemi simili non erano infrequenti, ad esempio, nei paesi dell’America Latina fino al 1979.³⁰

Infine, esiste una soluzione intermedia fondata sul principio di reciprocità: lo Stato riconosce le società create e rette da un certo ordinamento a condizione che tale ordinamento riconosca anch’esso, a parità di condizioni, le società costituite nel foro. Questa è la via spesso perseguita dagli Stati attraverso appositi accordi internazionali, ma non solo. Un esempio di questo approccio è rappresentato dall’esperienza dell’ordinamento francese alla

²⁸ Si badi che, sebbene spesso si riscontri la presenza di una norma espressa che garantisce il riconoscimento automatico a tutte le società straniere, essa non è affatto necessaria. Ad esempio, l’ordinamento svizzero ha sempre riconosciuto automaticamente tutte le società straniere in virtù di una norma consuetudinaria: sul punto si vedano J.-F. PERRIN, *op. cit.*, p. 8 e pp. 24-68, F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 67.

²⁹ In questo senso F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 73.

³⁰ Questa è stata la sorte dei paesi che adottavano il Codice Bustamante, rivisto solo nel 1979 alla seconda conferenza interamericana di Montevideo nel senso di ammettere il riconoscimento automatico della personalità giuridica delle società straniere. Sino ad allora esso contemplava come regola sul punto quella opposta del divieto generalizzato. A tal proposito v. G. E. PARRA-ARANGUEN, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982, pp. 416-417, e *Codification in America with Particular Reference to the Third Specialized Inter-American Conference on Private International Law (La Paz, 1984)*, in *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Robert Ago*, t. IV, Milano, 1987, pp. 22-247 (spec. 241-242).

fine del XIX secolo: nel 1857 in Francia fu adottata una legge che, in reazione ad una legge belga di poco precedente e di contenuto analogo, garantiva il riconoscimento della personalità giuridica alle società belghe che fossero state autorizzate nel paese d'origine; la stessa legge consentiva al governo francese di estendere tale beneficio anche a società di altri paesi attraverso appositi *decreti collettivi*.³¹

Accordare la propria preferenza all'uno piuttosto che all'altro sistema dipende da molte considerazioni, tra le quali spiccano la fiducia che uno Stato ripone negli altri paesi nonché la disponibilità a tollerare l'attività di società straniere sul suo territorio senza poterle sottomettere completamente alla propria legge. È evidente che l'esigenza sottesa al problema del riconoscimento è eminentemente politica: ogni Stato era libero di scegliere se, in che misura e a quali condizioni ammettere le società straniere nel proprio mercato interno.

1.3 Il riconoscimento delle società straniere in Italia: cenni storici.

La storia della penisola italiana costituisce un esempio emblematico dell'evoluzione dei regimi di riconoscimento delle società straniere nel tempo.³² La legge 30 giugno 1853 n. 1564 del Regno di Sardegna, *Provvedimenti relativi alle società anonime sia mutue che no, e quelle in accomandita per le azioni al portatore*, (la quale divenne in seguito legge del Regno d'Italia) creò un sistema fondato su di un generale principio di non riconoscimento delle società straniere, al duplice fine di tutelare i terzi che avessero avuto a che fare con società straniere, assoggettando queste ultime al diritto e ai giudici del Regno, e di salvaguardare gli interessi delle società nazionali, cercando di limitare la concorrenza delle società straniere nei

³¹ A tal proposito si vedano A. SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 12-23, B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris, 1994, p. 91 e F. GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 74-75. L'ordinamento francese subì una progressiva involuzione dal punto di vista del riconoscimento accordato alle società straniere. All'inizio del XIX secolo, infatti, esso era piuttosto liberale e prevedeva un generale principio di riconoscimento automatico a favore di tutte le società straniere (anche se ciò era completamente vero rispetto alle società di persone, mentre qualche disagio in più dovettero soffrire le società di capitali, le quali rendevano l'attuazione del principio più problematica).

³² Per ulteriori dettagli sull'evoluzione del sistema si vedano G. COSCIA, *op. cit.*, pp. 72-73, A. SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 12-28.

loro confronti (in particolare, imponendo il medesimo regime fiscale).³³ Gli artt. 1 e 2 della Legge n. 1564 del 1853 rappresentarono la codificazione della tesi secondo la quale le società (“persone”, dunque solo quelle dotate di personalità giuridica)³⁴ sono solo *fictiones iuris* e, come tali, non possono esistere né essere riconosciute al di fuori dello Stato conformemente al cui ordinamento si sono formate.³⁵ In particolare, l’art. 2 di detta legge disponeva che le “società mutue costituite all’estero, ed ogni altra associazione straniera anonima od in accomandita per azioni al portatore” non avrebbero potuto operare nel Regno se non vi fossero state autorizzate. Coordinate con le disposizioni contenute nel regolamento di esecuzione emanato con Regio decreto del 7 luglio 1853 e con le pertinenti disposizioni del Codice del commercio degli Stati sardi del 1842, le disposizioni testè richiamate sancivano un generalissimo principio di non riconoscimento che si applicava a tutte le società straniere, la quali in qualche modo fossero venute in contatto con l’ordinamento sabauda, implicandone l’inesistenza assoluta (con tutte le conseguenze del caso in termini, ad esempio, di possibilità di svolgere attività economica, anche saltuaria, nel foro, di negazione dei diritti validamente acquistati all’estero da tali società e di impossibilità di avere una tutela giurisdizionale). Il sistema era dunque imperniato sul concetto di autorizzazione governativa: le società straniere non esistevano e non potevano operare entro i confini del Regno finché e nella misura in cui non avessero ottenuto una apposita autorizzazione regia, previa preventiva approvazione dell’atto costitutivo, secondo lo stesso procedimento richiesto per la formazione delle società per così dire “nazionali”.³⁶

Qualche anno più tardi, la Legge n. 4387 del 1860 introdusse un temperamento al rigido sistema di non riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere istituito dalla legge del 1853. La legge del 1860, ponendosi quale *lex specialis* derogatoria del diritto

³³ Cfr. *Collezione celerifera delle leggi, decreti, circolari, manifesti, e istituzioni pubblicati nell’anno 1853 ed altri provvedimenti anteriori*, Torino, 1853, p. 602 ss.

³⁴ La disciplina contenuta nella Legge n. 1564 del 1853, come nella successiva Legge n. 4387 del 1860, concerne le sole società “persone”, ossia quelle dotate di personalità giuridica. Diverso era invece il trattamento delle società non personificate, vale a dire le società in nome collettivo e in accomandita semplice, le quali erano tendenzialmente considerate riconoscibili, in particolare sulla base del rinvio alla *lex contractus*. Sul punto v. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 60 (in nota soprattutto).

³⁵ Di questa opinione v. A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 35.

³⁶ A onor del vero il fatto che l’autorizzazione prevista dalla Legge del 1853 per le società straniere avesse identica natura ed esplicasse la medesima funzione rispetto a quella prescritta per la costituzione delle società nazionali non era del tutto pacifico, seppure fosse l’opinione prevalente: sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 32-35.

comune costituito dalle disposizioni contenute nella legge del 1853, ammise che le società già autorizzate all'esercizio dell'attività economica in Francia (o in altri paesi con i quali il Regno di Sardegna avesse stipulato un apposito accordo internazionale) potessero essere abilitate, mediamente apposito decreto, ad operare in Italia sul presupposto dell'autorizzazione già ricevuta nel paese d'origine e indipendentemente da qualsiasi esame dello statuto sociale.³⁷

Si dovettero attendere vent'anni dall'unità d'Italia e il codice di commercio del 1882 per passare da un sistema fondato sul principio di non riconoscimento delle società straniere, salvo apposita autorizzazione amministrativa concessa a singole "creature giuridiche", ad un regime che contenesse il principio opposto, ossia quello del generale riconoscimento delle società straniere, implicitamente ricavato dagli artt. 230-232 del suddetto codice.³⁸ Tale impostazione sembra confermata anche dalle norme del successivo codice civile del 1942.³⁹

La giurisprudenza italiana, pur non avendo avuto molte occasioni per pronunciarsi, a partire dagli anni settanta del secolo scorso pare orientata nel senso di consentire il riconoscimento delle società straniere sul territorio nazionale,⁴⁰ anche se non è del tutto chiara l'ampiezza delle norme del diritto italiano da applicare alle società estere con sede amministrativa o oggetto dell'attività in Italia.

1.4. *I tentativi di soluzione convenzionale del problema del riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere.*

Due furono i tentativi di giungere ad una soluzione convenzionale del problema del riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere. Li accomunano l'obiettivo e

³⁷ Invero, l'elevato numero di accordi internazionali stipulati ai sensi dell'art. 2 della Legge del 1860 attenuò il rigore del sistema creato dalla Legge del 1853. Per un esempio di alcuni degli accordi stipulati con altri paesi v. A. SANTA MARIA, *Le società* cit. pp. 54-55.

³⁸ L'art. 2 della Legge 2 aprile 1882 con la quale venne adottato il nuovo codice di commercio dichiarava cessato, dal giorno dell'attuazione del nuovo codice di commercio, il vigore di tutte le leggi e disposizioni precedenti relative alle materie da esso disciplinate. Gli artt. 230-232 del Codice di commercio del 1882 contenevano, seppur implicitamente il principio generale volto al riconoscimento delle società straniere. Per un approfondimento sul regime istituito dagli artt. 230-232 del Codice di commercio del 1882 si veda A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 68 ss.

³⁹ Sul punto v. F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento* cit., p. 970 e A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 81.

⁴⁰ Cass. 28 luglio 1977, n. 3352, in *F.I.*, I, p. 2158 ss.

il destino. Entrambi i progetti, infatti, furono incapaci di superare e risolvere i nodi derivanti dalle divergenze tra Stati contraenti e, nel tentativo di non scontentare nessuno, fallirono.

1.4.1. *Il progetto universale: la Convenzione dell'Aja del 1956 concernente il riconoscimento della personalità giuridica di società, associazioni e fondazioni straniere.*

Nel 1951 durante la settima sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato venne presentato e discusso un *Project de Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères*.⁴¹ Il testo licenziato in quell'occasione, il primo mai steso sull'argomento,⁴² prevedeva il riconoscimento automatico (“*de plein droit*”) in tutti gli Stati contraenti della personalità giuridica acquisita da società, associazioni e fondazioni in virtù della legge dello Stato contraente nel quale erano state adempiute le formalità di registrazione o di pubblicità

⁴¹ Sui lavori intorno al *Projet de Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés et fondations étrangères*, le discussioni della commissione incaricata nonché i testi delle successive bozze si veda CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes de la septième session tenue du 9 au 31 octobre 1951*, La Haye, 1952, pp. 126-201, 367-371 e pp. 147-148 dell'*Annexe*. Il questionario sottoposto ai rappresentanti dei governi partecipanti alla sessione della Conferenza si trova in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Documents de la septième session tenue du 9 au 31 octobre 1951*, La Haye, 1952, pp. 40-43. A seguire le risposte distinte per paese. Una tavola sinottica riassume le differenti posizioni per ciascun quesito: cfr. pp. 508-537.

⁴² Per la precisione un simile progetto era già stato presentato nel 1927 in seno alla Società delle Nazioni, ma esso non giunse nemmeno alla discussione, nonostante il fatto che il presidente del comitato d'esperti a tal uopo nominati ritenesse che “cette matière [...] figure parmi celles qu'il est désirable et actuellement réalisable de régler par voie de convention internationale”: cfr. *Document Société des Nations C 206. M. 80. 1927* del 20 aprile 1927, in *Conférence de la Haye de droit international privé. Actes de la septième session tenue du 9 au 31 Octobre 1951*, La Haye, 1952, p. 128 ss., in particolare p. 129. Il nulla di fatto del 1927 fu probabilmente da imputare all'atteggiamento di diffidenza e chiusura tenuto dagli Stati come reazione alla prima guerra mondiale: sul punto si veda P. FEDOZZI, *Appunti sul progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDIPP*, 1931, p. 9 ss., in particolare pp. 10-11. Il progetto elaborato sotto l'egida della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato è dunque il primo testo, almeno in Europa, ad occuparsi del riconoscimento delle persone giuridiche straniere, tema peraltro non nuovo. Nel 1929 l'*Institut de Droit International* redasse una bozza di *Statuto giuridico delle società nel diritto internazionale* che conteneva, tra le altre, anche alcune norme dedicate al riconoscimento e ai conflitti di leggi in materia societaria. Per ulteriori dettagli si vedano J. OFFERHAUS, *op. cit.*, pp. 1088-1092 e A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 217 (in particolare nota n. 33, secondo paragrafo). La *International Law Association* si occupò della questione delle società nel diritto internazionale privato nelle sessioni degli anni '50 pubblicando un progetto di convenzione solo alla fine del decennio: cfr. *Report of the Forty-Fifth Conference*, Lucern, 1952, p. 67 ss., *Report of the Forty-Sixth Conference*, Edimburg, 1954, p. 364 ss., *Report of the Forty-Seventh Conference*, Dubrovnik, 1956, p. 319 ss., *Report of the Forty-Eight Conference*, New York, 1958, p. 629 ss., *Report of the Forty-Ninth Conference*, Hamburg, 1960, p. 62 ss. (in appendice a quest'ultima Relazione è pubblicato il testo di un progetto di convenzione “on Conflict of Laws relating to Companies”). La Commissione, formata all'interno della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e incaricata di occuparsi del tema delle società, iniziò i lavori il 10 ottobre 1951 sulla base di una bozza preparata dal governo olandese nonché del rapporto del Comitato di esperti della Società delle Nazioni e dell'Istituto di diritto internazionale.

prescritte (per la costituzione) e nel quale si trovava la sede statutaria. Laddove invece il diritto del paese di costituzione non avesse previsto alcuna formalità di registrazione o di pubblicità a fini costitutivi (e di attribuzione della personalità giuridica), il riconoscimento automatico era subordinato alla costituzione secondo la legge regolatrice dell'ente.⁴³

Il progetto di convenzione aveva una portata piuttosto ampia quando ai soggetti coinvolti (società, associazioni e fondazioni straniere)⁴⁴ e relativamente ristretto invece quanto alle questioni disciplinate. In effetti il testo affrontava volutamente solo il tema del riconoscimento delle società straniere; non si occupava (almeno non direttamente)⁴⁵ degli altri tre aspetti solitamente correlati, ovvero la nazionalità delle società, l'ammissione allo stabilimento (e il funzionamento delle società) nonché il diritto internazionale privato delle società in senso proprio.⁴⁶ Se la distinzione era chiara con riferimento alla nazionalità (mai menzionata) e allo stabilimento, non altrettanto risultava in relazione agli aspetti internazionalprivatistici.

Tutte le disposizioni della convenzione (nove articoli in tutto) concernevano il riconoscimento della personalità giuridica degli enti stranieri. Per quanto complicato fosse il compito, gli estensori si sforzarono di non confondere la questione del riconoscimento con

⁴³ Cfr. Art. 1, Convenzione dell'Aja 1956.

⁴⁴ Si tralasciano considerazioni e commenti sulle fondazioni e associazioni, irrilevanti per il presente lavoro, mentre ci si concentra esclusivamente sulle società. Sul tema della determinazione dell'ambito di applicazione soggettivo della convenzione si vedano CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session* cit., in particolare pp. 149-151 e 368-369, Y. LOUSSOUARN, *La convention de La Haye* cit., pp. 73-75.

⁴⁵ Cfr. J. OFFERHAUS, *op. cit.*, pp. 1094-1096. Invero l'art. 7 della Convenzione si occupa di stabilimento disponendo che l'ammissione allo stabilimento, al funzionamento e in generale all'esercizio permanente dell'attività sociale sul territorio dello Stato del riconoscimento fosse regolato dalla legge di quello Stato. È evidente l'intento di tenere la questione distinta da quella preliminare del riconoscimento oggetto diretto della disciplina convenzionale. Sul punto cfr. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session* cit., pp. 142 e 370.

⁴⁶ Cfr. J. OFFERHAUS, *op. cit.*, pp. 1094-1095. La definizione dell'oggetto della convenzione non è stata operazione semplice e ha portato i redattori a concentrarsi sul solo problema del riconoscimento delle società straniere, nel senso di riconoscimento della loro esistenza giuridica. La nazionalità delle società avrebbe introdotto inutili elementi di complicazione dal momento che i presupposti di fatto da cui dipende il legame tra persona giuridica e Stato sono differiscono per ciascun rapporto giuridico considerato. Il tema dell'ammissione allo stabilimento e allo svolgimento di un'attività economica all'interno dello Stato del riconoscimento è invece stato escluso in quanto ritenuto dipendente da logiche economiche e politiche più che da considerazioni di natura strettamente giuridica. Infine, la relazione alla settima sessione della Conferenza da conto dell'esclusione degli aspetti di diritto internazionale privato delle società (determinazione della legge applicabile alla forma della società, ai rapporti interni, alla responsabilità degli organi e dei rappresentanti per le obbligazioni sociali, allo scioglimento e alla liquidazione, etc.) a causa delle insormontabili differenze esistenti a tal proposito negli Stati coinvolti nel processo negoziale, differenze che avrebbero richiesto sforzi di studio enormi e avrebbero dilatato i tempi necessari alla conclusione di un accordo sul riconoscimento. Sulla limitazione dell'ambito di applicazione del progetto al riconoscimento dell'esistenza delle persone giuridiche, esclusa la possibilità di operare all'estero v. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session* cit., p. 150.

quella dello stabilimento né con quella internazionalprivatistica della legge applicabile alle società e del loro statuto. Se l'obiettivo era chiaro, lo sforzo ha dato risultati non sempre netti (come testimoniano i verbali delle riunioni del comitato incaricato della redazione).⁴⁷ La timidezza attribuita al progetto di convenzione si deve all'antinomia esistente tra criteri di collegamento accolti in materia di società. Risolvere in un sol colpo l'insieme dei problemi riguardanti le società con l'adozione di regole uniformi sullo statuto personale delle società e delle persone giuridiche sembrava un obiettivo troppo ambizioso.⁴⁸ Si preferì mantenere un profilo più modesto, accontentandosi di un testo concernente il riconoscimento internazionale della personalità giuridica, testo che già presentava l'innegabile vantaggio di trasformare il riconoscimento in un momento puramente dichiarativo, eliminando così la discrezionalità di un procedimento normalmente nelle mani del potere esecutivo.⁴⁹

Nonostante la dichiarata volontà di concentrarsi sull'aspetto per così dire "minimo" del riconoscimento delle società straniere, la distanza esistente tra le soluzioni accolte dai veri Stati seduti al tavolo delle trattative non tardò a farsi sentire. L'eco di tali differenze normative, già presente nel duplice collegamento con uno Stato contraente richiesto ai fini del riconoscimento di pieno diritto, risuonava chiaro soprattutto nelle limitazioni introdotte al principio del riconoscimento automatico.

Il primo e più significativo limite consisteva nella deroga prevista per il caso in cui la sede statutaria e la sede reale non si fossero trovate all'interno del medesimo Stato. Per tale situazione l'art. 2 disponeva infatti che la personalità giuridica di una società straniera potesse non essere riconosciuta da uno Stato contraente il cui ordinamento prendesse in considerazione la sede reale quando questa potesse considerarsi stabilita entro i suoi confini. Tale norma (di cui all'art. 2, comma 1) rivelava i timori dei paesi continentali che, costretti a cedere sulla norma principale del riconoscimento incentrata sul luogo di adempimento delle formalità di costituzione e della sede statutaria, avevano invece fatto fronte comune per garantirsi la possibilità di paralizzare l'operatività del principio in casi di *fraude à la loi*. Essi

⁴⁷ Cfr. CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes de la septième session cit., passim*.

⁴⁸ In questo senso si vedano CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes de la septième session cit.*, p. 367, Y. LOUSSOUARN, *La convention de La Haye cit.*, pp. 69 e 88.

⁴⁹ Sul punto si vedano CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes de la septième session cit.*, p. 369 e Y. LOUSSOUARN, *La convention de La Haye cit.*, p. 71.

riuscirono non solo a far consacrare la *fraude à la loi* (di carattere interno ad uno Stato contraente) ma anche la *fraude à loi étrangère*⁵⁰ attraverso la previsione del secondo comma dell'art. 2 che consentiva a qualsiasi Stato contraente, che accordasse rilievo alla sede reale, di non riconoscere la personalità giuridica di una società straniera avente la sede reale in un altro paese, il quale la ritenesse fissata sul proprio territorio. A tal fine la convenzione definiva sede reale il luogo in cui si trovava l'amministrazione centrale (art. 2).

Nonostante queste ipotesi eccezionali, il risultato del riconoscimento automatico e pieno poteva però essere recuperato, anche in caso di dissociazione delle due sedi, statutaria e reale, dalla società straniera che si fosse "ravveduta" e avesse provveduto in tempi ragionevoli a riunirle, spostando la sede reale in un paese che le accordasse le personalità giuridica senza prendere in considerazione tale elemento.

Un secondo gruppo di limiti concerneva non più l'applicabilità del principio del riconoscimento automatico quanto la sua portata. L'oggetto del riconoscimento era, come recitava la convenzione, la personalità giuridica delle società, associazioni e fondazioni, quale attribuita dalla legge di adempimento delle formalità di costituzione (registrazione o altre forme di pubblicità) e della sede statutaria. Gli artt. 5 e 6 si premuravano di dar contenuto a una simile affermazione, specificando che il riconoscimento della personalità giuridica implicava la capacità ad essa collegata dalla legge in virtù della quale essa fosse stata acquisita. L'affermazione veniva però subito ridimensionata, poiché allo Stato che avrebbe dovuto effettuare il riconoscimento era concesso il potere di non riconoscere alla società straniera quei diritti che esso stesso non riconosceva ai tipi societari nazionali corrispondenti, con l'ulteriore facoltà di regolare liberamente l'estensione della capacità della società straniera di possedere beni nel suo territorio. Per le società non dotate di personalità giuridica in senso proprio la convenzione prevedeva il riconoscimento della "situazione giuridica" attribuita dalla legge del luogo di adempimento delle formalità di registrazione o pubblicità. Sebbene il testo non contenesse una definizione formale di personalità, gli estensori si preoccuparono di specificarne il contenuto minimo ai fini dell'applicazione della

⁵⁰ Sul punto si veda Y. LOUSSOUARN, *La convention de La Haye* cit., p. 78. Sul tema della *fraude à la loi* v. *infra*, note n. 136 con riferimento al concetto di *fraude à la loi* sviluppato nell'ordinamento svizzero, n. 141 in relazione all'origine del concetto nell'ordinamento francese, sua patria, e n. 435 per la distinzione tra *fraude à la loi* e abuso del diritto.

convenzione: in ogni caso essa implicava almeno la capacità processuale (attiva e passiva).⁵¹

Il terzo e ultimo limite al riconoscimento automatico era rappresentato dalla clausola di cui all'art. 8 in virtù della quale gli Stati contraenti potevano scartare l'applicazione della convenzione per motivi di ordine pubblico.

Dalla veloce presentazione dei contenuti della convenzione del 1956 traspare chiaramente la natura di compromesso di tale testo. Ma c'è di più. Infatti, oltre ai limiti appena menzionati gli Stati contraenti avevano anche la facoltà di apporre delle riserve alla convenzione volte a limitare l'applicazione del riconoscimento *de plein droit* della personalità giuridica concesso a società, associazioni e fondazioni straniere in via generale dalla convenzione. Quasi tutti gli Stati contraenti sfruttarono tale possibilità. Questo avrebbe grandemente ridotto l'efficacia e l'utilità dell'accordo internazionale, quand'anche fosse mai entrato in vigore.⁵²

Aperta alla firma il 1 giugno 1956, la convenzione elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, fu ratificata solo da Paesi Bassi, Belgio e Francia e Lussemburgo e non entrò mai in vigore per l'insufficiente numero di ratifiche. Tuttavia, il progetto del 1956 vanta almeno due meriti: il primo e più evidente è quello di aver rappresentato il primo tentativo di soluzione convenzionale multilaterale al problema del riconoscimento delle società straniere; il secondo quello di non aver trascurato le ipotesi più delicate legate al riconoscimento, ovvero quelle del trasferimento della sede statutaria e della fusione internazionale. Nel primo caso la continuità della personalità giuridica veniva riconosciuta in tutti gli altri Stati contraenti a condizione che lo fosse negli ordinamenti direttamente interessati. La stessa regola valeva anche per la fusione "internazionale" (tra società che avevano acquisito la personalità giuridica in Stati contraenti differenti), a condizione che gli ordinamenti coinvolti riconoscessero l'operazione essi stessi, mentre la fusione interna, tra società che avevano acquistato la personalità giuridica nel medesimo paese, era comunque riconosciuta in tutti gli altri Stati contraenti (artt. 3 e 4).

⁵¹ Cfr. Convenzione Aja 1956, art. 5, ult. c. Sull'opportunità di una definizione di "personalità giuridica" si veda CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session* cit., pp. 143, 152-156, 370.

⁵² Sulla possibilità di eludere gli svantaggi pratici derivanti dall'applicazione dell'art. 4 si veda U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E.* cit., p. 534.

1.4.2. *Il progetto regionale: la Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche.*

A distanza di un decennio l'esperimento venne ripetuto in un contesto differente che si sperava potesse portare a risultati maggiori. L'allora art. 220, terzo trattino, del trattato CEE (poi divenuto art. 293, terzo trattino, CE) impegnava gli Stati membri della Comunità economica europea ad avviare, per quanto necessario, negoziati intesi a garantire a favore dei loro cittadini il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 58, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato ad un altro e la possibilità di fusione tra società soggette a legislazioni nazionali differenti. Tale norma era intesa a facilitare la realizzazione di quella libertà di stabilimento delle società sancita, sin dal 1957, dagli artt. 52 e 58 CEE.⁵³

I lavori veri e propri iniziarono nel giugno del 1963.⁵⁴ Due anni più tardi, nel 1965, un gruppo di esperti a tal fine riunitosi trasmise ai rappresentanti degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie un progetto di *Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche*. Il trattato fu aperto alla firma dei Ministri degli esteri degli Stati membri riuniti in Consiglio a Bruxelles il 29 febbraio 1968.⁵⁵ In pari data fu siglato anche un Protocollo che demandava l'interpretazione della Convenzione alla Corte di giustizia delle Comunità europee.⁵⁶

⁵³ Più diffusamente sulla libertà di stabilimento delle società sancita dal Trattato di Roma v. *infra* cap. II.

⁵⁴ Nel 1960 la Commissione chiese un parere sulla necessità di una convenzione ai sensi dell'art. 220, terzo trattino, CEE: cfr. G. BEITZKE, *Parere legale relativo all'art. 220, capoverso 3 del trattato di Roma, parte prima: il riconoscimento della personalità giuridica delle società di commercio straniero*, 1962, doc. 4598/4/62-I. A seguito della risposta affermativa contenuta nel citato parere si diede avvio alle consultazioni nell'ambito di un gruppo di lavoro, presieduto da B. Goldman, comprendente i rappresentanti degli Stati membri. La Commissione appoggiò tale sesso che, nel giugno 1965, presentò un primo progetto di convenzione. Per ulteriori dettagli sul punto si veda U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E.* cit., p. 513 ss. (in partic. pp. 513-517).

⁵⁵ Per il testo della convenzione v. Bollettino C.E., Suppl., n. 2/69, p. 15 ss. (oppure in *RDIPP*, 1966, p. 403 ss. o *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 401 ss.); per la relazione esplicativa della convenzione si veda B. GOLDMAN, *Le projet* cit. Per un esame dettagliato e completo della convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche si vedano, oltre alla relazione citata, F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento* cit. pp. 968-982, A. SANTA MARIA, *Problemi interpretativi della convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche*, in *Comunicazioni e studi*, Milano, 1969, p. 293 ss., contributo poi confluito nella monografia dello stesso autore *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, p. 197 (a questa versione si farà d'ora in avanti riferimento), U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E.* cit. La legge italiana di adattamento alla Convenzione è del 28 gennaio 1971, n. 220, in G.U.C.E. del 06/05/1971, n. 113.

⁵⁶ Cfr. Bollettino C.E., Suppl., n. 2/69, p. 15 ss.

L'oggetto dell'accordo era naturalmente quello imposto dallo stesso art. 220, terzo trattino, CEE: il reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche allo scopo di eliminare o, quanto meno, ridurre al minimo i possibili casi di non riconoscimento delle società costituite in conformità alle leggi degli Stati membri.⁵⁷ Tale testo fu interpretato, in funzione della tesi classificatoria accolta, da una parte della dottrina come convenzione di diritto internazionale privato uniforme e da un'altra parte come trattato concernente il solo e indipendente problema del riconoscimento.⁵⁸ La relazione alla convenzione si esprime chiaramente in questo secondo senso.⁵⁹ Rimase dunque impregiudicata la questione della determinazione della legge applicabile, così come in ombra rimasero gli altri due obiettivi fissati nella medesima norma di cui all'art. 220 CEE, e cioè il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede sociale da uno Stato ad un altro e la possibilità di fusione tra società soggette a legislazioni differenti.

Il corpo dell'accordo era costituito da diciannove articoli in tutto, a cui va aggiunto un protocollo (allegato allo stesso) contenente le dichiarazioni congiunte, nonché un ulteriore e più importante protocollo del 1971 sulla competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee ad interpretare il testo convenzionale. Per realizzare l'obiettivo dichiarato, la convenzione stabiliva che fossero riconosciute di diritto le società, civili e commerciali, comprese le cooperative, costituite in conformità alla legge di uno Stato contraente che avesse loro conferito la capacità di essere titolari di diritti e obblighi e aventi la sede statutaria nel territorio a cui si sarebbe applicato il trattato (art. 1). Inoltre, l'ambito di applicazione di quest'ultimo si estendeva fino a comprendere le persone giuridiche di diritto pubblico o privato che, a titolo principale o accessorio, avessero per oggetto lo svolgimento di una attività economica normalmente esercitata dietro remunerazione o che, senza violare la legge in conformità della quale erano state costituite, esercitassero di fatto e in modo continuo una

⁵⁷ Cfr. *Preambolo* Convenzione Bruxelles 1968 e B. GOLDMAN, *Le projet* cit., pp. 202-203, A. SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 207-208.

⁵⁸ In questo senso F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 969 ss., spec. p. 971 e A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 208.

⁵⁹ Cfr. B. GOLDMAN, *Le projet* cit., p. 207 e 209.

simile attività.⁶⁰

Agli enti beneficiari della convenzione era riconosciuta, senza procedimento o formalità alcuni,⁶¹ la capacità loro conferita dalla legge in conformità della quale erano stati costituiti, con il limite della reciprocità (artt. 6-7). Lo Stato a cui fosse stato chiesto il riconoscimento poteva cioè rifiutarsi di riconoscere alla richiedente quei diritti che esso stesso non conferiva alle società o persone giuridiche del tipo corrispondente. Tale facoltà trovava a sua volta un limite nel contenuto minimo del riconoscimento: essa non valeva a privare le società o persone giuridiche straniere della capacità di essere titolari di diritti e obblighi, di stipulare contratti o compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio.⁶² L'attribuzione della personalità giuridica da parte dell'ordinamento di costituzione non rappresentava un requisito per il riconoscimento ai sensi del testo convenzionale (art. 8).⁶³

Il principio del riconoscimento di diritto degli enti stranieri non era assoluto ma soggetto a delle eccezioni. La prima era rappresentata dall'ordine pubblico, la seconda derivava dalla volontà di combattere le frodi al diritto nazionale nel caso di dissociazione della sede reale da quella statutaria.

La violazione dei “principi o norme” che lo Stato del riconoscimento considerava “di ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato”⁶⁴ per via dell'oggetto, degli scopi o dell'attività effettivamente esercitata dall'ente straniero poteva giustificare persino la non applicazione della convenzione – ciò che era escluso nel caso di società unipersonali – (art. 9). La precisazione che principi o norme contrari al trattato CEE non rientrano

⁶⁰ Sull'enumerazione dei soggetti beneficiari del riconoscimento e sull'influenza dell'art. 58 CEE nella formulazione delle categorie di beneficiari si veda B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, pp. 214-216. Per un confronto sulla formulazione dell'ambito di applicazione soggettivo della convenzione suddetta e dell'articolo 58, CEE (poi divenuto art. 48 CE e attuale art. 54, TFUE), v. A. SANTA MARIA, *Problemi interpretativi cit.*, p. 293 ss., in particolare pp. 305-307.

⁶¹ Si veda B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, p. 210.

⁶² Sull'interpretazione della capacità come contemplata dall'art. 7 della Convenzione, compreso il limite della reciprocità, si veda U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E. cit.*, pp. 536-539.

⁶³ Sul punto v. B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, pp. 216-219. L'A. sottolinea che, essendo scopo della convenzione il riconoscimento della esistenza giuridica degli enti stranieri, non vi è ragione di escludere dall'ambito dei beneficiari le società o altri enti pure rientranti nell'enumerazione di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione a cui tuttavia la legge d'origine non attribuisce la piena personalità giuridica (così in particolare pp. 216-217). A differenza della convenzione dell'Aja che richiedeva la sussistenza di un nucleo minimo di attributi (la capacità di stare in giudizio, di possedere beni e di concludere contratti o altri negozi giuridici), la convenzione di Bruxelles richiedeva solo la capacità di essere titolari di diritti e obblighi.

⁶⁴ Sul concetto di ordine pubblico e sulla formulazione della norma di cui all'art. 9 si veda A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, pp. 222-225. Per un'analisi più dettagliata della clausola d'ordine pubblico di cui agli artt. 9 e 10 della Convenzione si veda B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, p. 210-214 (in particolare sull'opportunità dell'esistenza di una siffatta clausola nei rapporti tra Stati membri pp. 210-211).

nell'eccezione dell'ordine pubblico (art. 10) tradiva l'origine dell'iniziativa convenzionale: nell'incontro-scontro tra ordine pubblico internazionale degli Stati membri e ordine pubblico comunitario avrebbe dovuto essere quest'ultimo a prevalere.⁶⁵

Una seconda e più importante concessione alla libertà degli Stati parte si realizzava nel caso di dissociazione della sede statutaria e reale di un ente straniero. Qualora una società o persona giuridica straniera avesse avuto la sede statutaria in uno Stato e quella reale – definita come il luogo in cui si trova l'amministrazione centrale – (art. 5) nel territorio di un altro, quest'altro Stato avrebbe potuto riservarsi di applicare a tale società le proprie disposizioni imperative. Lo stesso Stato poteva poi applicare a siffatta società anche le proprie norme suppletive; ciò solo in due casi: se lo statuto o l'atto costitutivo non vi avessero espressamente derogato (eventualmente mediante riferimento alla legge di costituzione) o se, in mancanza di una tal deroga, la società o persona giuridica non avesse dimostrato di avere effettivamente esercitato la propria attività per un periodo di tempo adeguato nello Stato contraente di costituzione.

Tuttavia, il limite più vistoso al principio generale era costituito dalla facoltà concessa agli Stati contraenti di apporre delle riserve mediante le quali potevano, in concreto, non applicare la convenzione alle società o persone giuridiche la cui sede effettiva si fosse trovata in un paese terzo, qualora la loro attività non avesse presentato un legame effettivo e continuo con l'economia di uno degli Stati contraenti – escludendosi che ciò potesse consistere nella nazionalità di soci, organi gestori o di sorveglianza o altri soggetti detentori del capitale sociale – (artt. 3-5).⁶⁶

La lettura della convenzione nel suo insieme è anche in questo caso stata duplice. Da un lato chi sosteneva che essa introduceva di fatto una norma generale di diritto internazionale privato relativa alle società,⁶⁷ dall'altro chi ne difendeva la portata limitata al solo

⁶⁵ Così B. GOLDMAN, *Le projet* cit., p. 214. L'A. ritiene significativa la precisazione di cui all'art. 10 della Convenzione, nonostante il fatto che, a suo parere, essa sarebbe rimasta per lo più teorica.

⁶⁶ Grazie alla facoltà concessa loro ai sensi dell'art. 4 della Convenzione dell'Aja gli Stati potevano apporre una riserva al trattato e dichiarare di non riconoscere gli enti stranieri con sede in Stati terzi e senza un legame effettivo e continuo con il territorio degli Stati contraenti. Ciò equivaleva di fatto a non applicare la convenzione nei confronti di tali soggetti.

⁶⁷ Così G. BEITZKE, *Zur Anerkennung von Handelsgesellschaften im EWG-Bereich*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1968, p. 91 ss., spec. p. 95, SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 212-219, G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 532, U. DROBNIG, *La convenzione della C.E.E.* cit., pp. 539-540 e 542-543 (quest'ultimo sottolinea che la convenzione crea una

riconoscimento.⁶⁸

Purtroppo, la Convenzione di Bruxelles ha avuto un destino simile a quella dell'accordo elaborato in sede di Conferenza dell'Aja: anch'essa non è mai entrata in vigore a causa dell'insufficiente numero di ratifiche. In ogni caso, visto il successo tra gli Stati contraenti del meccanismo delle riserve, la convenzione pur in vigore sarebbe stata priva o quasi di efficacia nel garantire il riconoscimento delle società e persone giuridiche almeno tra gli Stati contraenti.⁶⁹

1.5. *Il superamento del problema del riconoscimento delle società straniere in tempi recenti.*

Come si è già visto, il problema del riconoscimento o non riconoscimento delle società straniere, unitamente alla questione dell'individuazione di un criterio di collegamento in materia di società, è un tema da sempre altamente influenzato da scelte di politica legislativa più che da ragioni di ordine tecnico-giuridico. Così, ad esempio, lo Stato che tema l'eccessiva penetrazione nel mercato interno dei capitali stranieri (che possano sfuggire al controllo o possano interferire nella vita politica interna) sarà portato a adottare un regime generale di non riconoscimento; diversamente, il paese che non nutra tali timori e, anzi, veda con favore l'afflusso di capitali stranieri nel mercato interno tende invece alla soluzione opposta. Le preoccupazioni tradizionali rispetto alla difesa del mercato nazionale sono state spazzate via dallo sviluppo del commercio internazionale; di conseguenza, si è imposta agli Stati una nuova ottica sempre più favorevole al riconoscimento delle società straniere. È sorta così una esigenza, di natura più tecnica, e cioè l'individuazione di una norma che potesse dare

nuova norma di diritto internazionale privato solo per la capacità di cui all'art. 6 e una norma che si estenda a tutto lo statuto personale delle società).

⁶⁸ Così B. GOLDMAN, *Le projet cit.*, pp. 206-209, E. GESSLER, *Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich*, in *Der Betrieb*, 1967, p. 324 ss., in particolare p. 325.

⁶⁹ La mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi fece saltare l'entrata in vigore della convenzione per la quale servivano le ratifiche di tutti e sei gli Stati membri della CE. Ad ogni modo Belgio, Francia e Italia avevano già apposto la loro riserva al trattato ai sensi dell'art. 4 della Convenzione e la Germania aveva dichiarato di volerne profittare anch'essa. Di conseguenza, l'eventuale entrata in vigore dell'accordo internazionale sarebbe stata comunque notevolmente indebolita da queste dichiarazioni fino al limite dell'inefficacia.

fondamento all'applicazione extraterritoriale dello statuto delle società straniere.⁷⁰

Oggi il problema del riconoscimento delle società straniere può dirsi del tutto superato; l'internazionalizzazione dei rapporti commerciali ha costretto gli Stati a garantire sempre alle società straniere la capacità di compiere atti giuridici e di stare in giudizio, indipendentemente dalla loro qualità di soggetti non regolati dalla legge del foro (e ciò a maggior ragione nell'ambito di un'organizzazione quale è l'Unione europea, dove la creazione di un mercato interno si fonda, tra l'altro, anche sulla libertà di stabilimento garantita alle società). È ormai evidente che il riconoscimento delle società straniere non rappresenta più un vero problema (in nessun paese ormai si dubita della possibilità che una società straniera possa ivi svolgere la sua attività, semmai si discute delle condizioni di tale presenza, talvolta regolandole con appositi strumenti internazionali, ad esempio i c.d. *B.I.T.*, nell'ambito degli investimenti internazionali) e la sua trattazione riveste soprattutto un interesse storico.⁷¹

Il riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere appare oggi una questione ormai superata, quanto meno a livello dei paesi occidentali. Gli sforzi di distinzione tra lo stesso e gli aspetti successivi, quali lo stabilimento e le sue condizioni nonché la determinazione dello statuto personale delle società straniere, appaiono oggi sproporzionati in una realtà ormai globalizzata in cui sono venute meno quelle esigenze di protezione politica ed economica che hanno giustificato il sorgere di norme separate.⁷² Nel diritto internazionale privato attuale, a livello comparato, vige ormai un principio generale di riconoscimento delle società straniere.⁷³ L'attenzione si è spostata sul momento successivo, ossia quello della determinazione della legge applicabile alle società, la c.d. *lex societatis*, e sugli effetti discendenti dall'applicazione delle norme di conflitto nazionali dedicate alle persone giuridiche e alle società nelle ipotesi di mobilità internazionale degli enti societari.

⁷⁰ Così già G. COSCIA, *op. cit.*, p. 44.

⁷¹ Così F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 66 e 73.

⁷² In questo senso, anche se con riferimento all'abitudine statunitense di inserire nelle trattazioni di diritto internazionale privato riguardanti le società non solo le questioni strettamente conflittuali, ma anche i molteplici aspetti correlati quali, appunto, il riconoscimento della personalità giuridica delle società straniere, la nazionalità e il trattamento degli stranieri, v. U. DROBNIG (ed.) *The Conflict of Laws. A comparative Study by Ernst Rabel*, vol. 2, Ann. Arbor, 1960, pp. 17-18.

⁷³ In questo senso P. BEHRENS, *Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *IPraxis*, 1989, p. 354, in partic. p. 359, A. SANTA MARIA, *IDEM*, *Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale delle società*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mauro Giuliano*, Padova, 1989, p. 805 ss., spec. p. 805.

2. La nazionalità delle società.

La questione della nazionalità delle società è intimamente connessa, specie per l'uso che ne è stato fatto negli ordinamenti nazionali, sia al tema del riconoscimento sia a quello della determinazione della legge applicabile alle società. Essa è il frutto della trasposizione alle persone giuridiche e alle società di una nozione tipicamente riferita alle persone fisiche, ovvero la cittadinanza.⁷⁴ Con riferimento alle persone fisiche il termine “cittadinanza” indica quel legame politico, tendenzialmente unico, che si instaura tra individuo e Stato da cui discendono diritti e obblighi reciproci.⁷⁵

L’idea che anche le società, come gli individui, fossero dotate di una loro nazionalità, indipendente da quella dei soci, è risalente. Nel corso del tempo, il dibattito circa l’opportunità della trasposizione della nozione di cittadinanza delle persone fisiche alle persone giuridiche (e alle società) è stato ravvivato dall’assenza o, in ogni caso, dalla scarsa presenza di norme positive a ciò dedicate. Il ragionamento è molto semplice: come le persone fisiche possiedono una cittadinanza così anche le società, anch’esse persone, seppur giuridiche, devono essere dotate di una loro nazionalità.⁷⁶

In Francia, il paese dove più si è discusso e fatto uso di tale concetto,⁷⁷ dottrina e giurisprudenza prevalenti proseguivano in questi termini circa l’individuazione della

⁷⁴ Il termine “nazionalità” in relazione agli individui esprime solitamente il concetto sociologico dell’appartenenza etnica più che politica ad una comunità: sul punto per tutti v. R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 112 ss., spec. p. 115.

⁷⁵ In termini molto generali si può affermare che la cittadinanza è quel legame tra individuo e Stato contraddistinto dalla soggezione, tendenzialmente stabile e permanente, del primo all’autorità del secondo e dalla partecipazione del primo ad una comunità statualmente organizzata. Ciò comporta, di regola, per il cittadino la destinarità di diritti e doveri normalmente distinti da quelli destinati allo straniero. Sul punto e, più in generale, sul concetto di cittadinanza delle persone fisiche v. R. CLERICI, *Cittadinanza* cit., p. 112 ss.

⁷⁶ Si badi che le società prese in considerazione sono sempre e solo le società personificate, identificabili con le società di capitali. Le società non personificate, infatti, erano trattate alla stregua dei rapporti contrattuali. La trasposizione del concetto di nazionalità dalle persone fisiche a quelle giuridiche è sembrata così naturale alla giurisprudenza francese di fine ottocento interrogata sulla legge regolatrice dello statuto giuridico delle società da non richiedere alcuna giustificazione. Sul punto v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international* cit., pp. 258-259.

⁷⁷ Il concetto di nazionalità delle persone giuridiche e delle società è particolarmente caro ai paesi del continente europeo e, soprattutto, alla Francia, dove è stato approfonditamente discusso e dove è tutt’ora ben radicato, tanto che qualcuno parla di libertà di stabilimento in termini di nazionalità delle società: cfr. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, cit., p. 17. A titolo esemplificativo del dibattito suscitato dall’applicazione del concetto di nazionalità alle società si veda la divisione della dottrina francese riportata da F. GUILLAUME, *Lex societatis* cit., p. 80 ss.

nazionalità di una società: la nazionalità di una società non può che essere quella dello Stato conformemente al cui diritto la società è venuta ad esistenza e dal quale ha tratto la propria personalità giuridica; in altri termini, la nazionalità di una società non può essere che quella del paese in cui si trova la sua sede sociale.⁷⁸

L'opportunità di una siffatta equiparazione tra persone fisiche e giuridiche è certamente discutibile ed è stata, infatti, messa in dubbio da molta dottrina; addirittura, la possibilità stessa di parlare di "nazionalità" con riferimento alle società è tutt'altro che pacifica.⁷⁹ È evidente l'intrinseca differenza tra gli individui e le persone giuridiche. La difformità è tale da escludere che si possa semplicemente estendere tal quale il concetto di nazionalità dagli uni alle altre. È chiaro che un'analogia vera e propria non è possibile. Addirittura, in America Latina, verso la fine del XIX secolo, si sviluppò una corrente di pensiero nota sotto il nome di *dottrina Irigoyen* (dal nome del ministro degli esteri argentino che espresse tale posizione)⁸⁰ volta a negare l'applicabilità del concetto di "nazionalità" alle società; secondo tale teoria queste ultime non hanno alcuna nazionalità, né propria *ab origine*

⁷⁸ Sulla nazionalità delle società nella giurisprudenza francese già A. PEPY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920, pp. 7-15 in particolare. I giudici transalpini applicarono il concetto di nazionalità anche alle società trovando le ragioni di una tale estensione talmente evidenti da non richiedere una spiegazione espressa: sul punto J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une Nationalité de Sociétés?*, in *Rev. dr. int. pr.*, 1927, p. 402, in partic. pp. 202-203, ove l'A. riferisce questa come l'opinione del tempo, unanimemente accolta nei quindici anni precedenti.

⁷⁹ In senso negativo circa la sussistenza di una nazionalità delle società, tra i tanti e risalenti, A. PEPY, *La nationalité des sociétés*, op. cit., p. 116 (l'A. esclude l'esistenza del concetto, ma indica nell'elemento umano l'unico riferimento ammissibile in caso si voglia proprio parlare di nazionalità delle società, a tale ultimo proposito cfr. pp. 117 e 122), Y. LOUSSOUARN, *Le Conflit de Lois en Matière de Sociétés*, Paris, 1949, p. 87, J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il* cit., pp. 404-408 (l'A. avverte dell'impossibilità di concepire una nazionalità delle società e sostiene che il problema detto della "nazionalità delle società" sia in realtà un problema di condizione dello straniero, di godimento di diritti da parte dello straniero), H. MAZEUD, *De la nationalité des Sociétés*, in *JDI*, 1928, p. 30; e, più recentemente, M. MENJUCQ, *note* a Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998 cit., p. 292, G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, 2004, p. 572. In senso opposto sulla sussistenza della nazionalità delle società, ma negativamente circa la possibilità che essa sia indipendente da quella dei soci v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Paris, 1897, second volume, p. 78. A favore del concetto di nazionalità delle società purché tenuta distinta da quella delle persone fisiche invece v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, 1993, p. 330 e Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Paris, 2007, pp. 963-964, G. CHERVET, *Theorie des actions populaires. Droit français. Des sociétés commerciales en droit international privé*, Paris, 1886, pp. 125-126 (più cauto, l'A. fa notare che le società non sono facilmente assimilabili alle persone fisiche ai fini della nazionalità). Una posizione ancora di differente è quella di chi si esprime in senso contrario non al concetto di nazionalità delle società ma al suo utilizzo come criterio di collegamento (la nazionalità è infatti attribuibile solo a persone che siano state riconosciute tali, quindi validamente costituite secondo la legge loro applicabile): sul punto v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, 2010, p. 754.

⁸⁰ Nella seconda metà del XIX secolo la provincia argentina di Santa Fé prese delle misure di nazionalizzazione contro il *Banco de Londres Y Rio de la Plata en el Rosario*. Il governo britannico protestò e si offrì di esercitare la protezione diplomatica nei confronti del *Banco*. Per tutta risposta l'allora Ministro degli esteri argentino, Irigoyen, dichiarò che il *Banco* era una persona giuridica, la quale doveva la sua esistenza alla legge in conformità della quale era stata costituita e non era, di conseguenza, né cittadina, né straniera. Sulla dottrina Irigoyen v. R. BALESTRA, *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1991, pp. 12-13.

né ricavata da quella dei soci, rispetto ai quali l'ente è completamente distinto. Nata per soddisfare l'esigenza politica di sfuggire ad una protezione diplomatica scomoda, siffatta dottrina si diffuse in tutta l'America latina: fu adottata ufficialmente nel 1927 del *Committee of American Jurists*, rappresentativo di diciassette repubbliche dell'area, ripetutamente ribadito in occasione della firma del *Código Bustamante* a L'Avana nel 1928 e ripresa, ad esempio, nella costituzione colombiana del 1936.⁸¹

Al di là delle perplessità circa l'opportunità o, addirittura, la possibilità di estendere analogicamente il concetto di cittadinanza alle persone giuridiche e alle società, la nazionalità delle società ha costituito, talvolta, un concetto inevitabile. In alcuni casi, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno dovuto confrontarsi con l'esistenza di norme che, direttamente o indirettamente (ad esempio prevedendo un trattamento degli enti differenziato in virtù della loro appartenenza ad uno o a quell'altro Stato), presupponevano risolta la questione della nazionalità degli stessi.⁸² Per esempio, l'esistenza di norme positive che impongono un trattamento diverso delle società (anche se solo per alcuni aspetti) in funzione dell'appartenenza o dell'estraneità al foro impone un'indagine sui criteri utili a distinguere il carattere nazionale o straniero degli enti societari interessati, cioè sui criteri da impiegare per determinare l'appartenenza di una società a questo o quell'altro Stato. Oppure, può darsi il caso di norme che disciplinano al contempo lo stato e la capacità delle persone fisiche e giuridiche adottando il criterio della nazionalità. In tali situazioni, come ebbe a dire autorevole dottrina, "appare inutile chiedersi se sia ammissibile attribuire una nazionalità a queste ultime: il diritto positivo si comporta di fatto in tal modo, onde, *de lege lata*, meglio vale cercar di stabilire quali conseguenze discendano da ciò, anziché indire un processo al

⁸¹ Sul punto cfr. E. RABEL, *op. cit.*, pp. 23-27, R. BALESTRA, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁸² C'è stato chi ha sottolineato come la questione della nazionalità delle società fosse un problema di stretto diritto positivo, dal momento non era raro imbattersi, in diversi ordinamenti, in disposizioni che impiegavano tale criterio, anche con riferimento alle società o, più in generale, alle persone giuridiche (così accadeva, ad esempio, in Italia dove vigeva una norma di conflitto unica sullo stato e la capacità delle persone, ritenuta applicabile anche alle persone giuridiche e, di conseguenza, anche alle società, la quale impiegando il criterio della nazionalità delle persone fisiche obbligava ad applicarlo anche alle società). In tal senso si vedano F. CAPOTORTI, *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *RDIPP*, 1965, p. 623 ss., in particolare p. 626, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XLV, Milano 1974, p. 141, e, seppure implicitamente, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sez. comm.le*, XIV, Torino, 1998, p. 136 ss., spec. p. 140.

legislatore, onde determinare se potesse logicamente fare quello che in pratica ha fatto”.⁸³

Il concetto di nazionalità è stato impiegato a molteplici fini e con svariate funzioni, sia nell’ambito del diritto internazionale sia in quello del diritto internazionale privato. Innanzitutto, la nazionalità delle società era concetto funzionale al riconoscimento delle società straniere. E il motivo è del tutto evidente: l’ammissione sul territorio nazionale dell’esistenza di una persona giuridica straniera e degli effetti discendenti dalla sua personalità presuppone di per sé la distinzione tra enti stranieri e enti nazionali. Similmente, l’ammissione al godimento dei diritti così come ai benefici eventualmente previsti da accordi internazionali conclusi tra Stati a favore dei rispettivi cittadini, com’è il caso dei trattati bilaterali di commercio, di commercio e navigazione o di amicizia, commercio e navigazione o, ancora, di investimento, richiede una caratterizzazione delle società come nazionali di questo o quello Stato.⁸⁴ Senza contare l’utilità di una simile caratterizzazione ai fini dell’esercizio della protezione diplomatica da parte del paese che consideri la società come collegata al proprio territorio e alla propria realtà economica. Ma quel che più interessa ai fini del presente lavoro è l’utilizzo del concetto di nazionalità quale criterio di collegamento nelle norme di conflitto dedicate alle società.

A questo punto, preliminarmente alla trattazione della questione dell’impiego della nazionalità quale criterio di collegamento, è d’obbligo un’osservazione. La nozione di nazionalità delle società non è caratterizzata dall’univocità di significato tipica invece del parallelo concetto di cittadinanza delle persone fisiche.⁸⁵ Cioè a dire che la nazionalità di un ente societario può mutare al cambiare della finalità per cui essa è determinata. Ciò deriva dall’intrinseca natura della nozione di nazionalità: si tratta infatti di un concetto giuridico che necessita di una serie di elementi, di volta in volta individuati dalle norme in rilievo, elementi

⁸³ Cfr. E. VITTA, *Dir. int. priv.*, II, p. 66.

⁸⁴ Tali accordi internazionali riguardano normalmente il trattamento delle società di uno Stato contraente nel territorio degli altri Stati contraenti e presuppongono risolto il problema di diritto internazionale privato. A tal fine, talvolta essi fanno rinvio alle norme di diritto internazionale privato dei paesi contraenti, molte altre volte contengono essi stessi i criteri sulla scorta dei quali ricondurre le società alla nazionalità di questo o dell’altro Stato. Per maggiori dettagli ed esempi sul punto v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, pp. 49-52. Per l’osservazione circa il fatto che tali trattati, per distinguere gli enti beneficiari del trattamento pattuito, preferiscono non utilizzare direttamente la qualifica “nazionali” degli Stati contraenti ma fondarsi su altri presupposti v. F. CAPOTORTI, *Art. 58*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, I, Milano 1965, p. 447 ss., spec. p. 464.

⁸⁵ Così G. BALLADORE PALLIERI, *Dir. int. priv. cit.*, p. 141.

che, se ricorrenti, diano sostanza al concetto stesso.

Come si diceva, la nazionalità delle società è stata impiegata come criterio di collegamento al fine di determinare la *lex societatis*. In tale qualità essa è stata significativamente definita “another unfortunate controversy, with a literature of fantastic proportions, too voluminous not to weight heavily on many minds” oppure “unnütziges Bindeglied”.⁸⁶ Tipico degli ordinamenti continentali di *civil law*, soprattutto di quello francese, il concetto di nazionalità delle società quale criterio di collegamento è praticamente inesistente nella tradizione di *common law*.⁸⁷

Il tentativo di estendere il concetto di nazionalità alle società e, soprattutto, di utilizzarlo come criterio di collegamento per la determinazione della legge applicabile a tale fenomeno organizzativo si è dimostrato difficoltoso, foriero di non poche complicazioni e molto discusso.⁸⁸ Più voci si sono levate a favore dell'abbandono della nazionalità quale criterio di collegamento ai fini della determinazione della *lex societatis* e della legge applicabile alle persone giuridiche in genere.⁸⁹ D'altronde, anche con riferimento alle persone fisiche le difficoltà derivanti dall'impiego del concetto di cittadinanza come criterio di collegamento sono state tali da comportare il progressivo abbandono di tale criterio nei principali strumenti di diritto internazionale privato adottati a livello internazionale o dell'Unione europea, a favore di altri di più facile applicazione, quali ad esempio quello della

⁸⁶ I riferimenti sono a E. RABEL, *The Conflict of Law* cit., vol. 2, pp. 18-22 e G. BEITZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, München & Berlin, 1928, p. 28.

⁸⁷ Sul punto v. A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford - New York, 2008, p. 27. L'A. riporta l'osservazione da un punto di vista generale, senza riferirsi ad una norma di conflitto relativa ad una categoria giuridica specifica, quali ad esempio le società e/o le persone giuridiche. L'osservazione vale cioè per tutto il diritto internazionale privato inglese che raramente impiega la nazionalità quale criterio di collegamento per alcuna categoria giuridica. Diversamente, negli ordinamenti continentali di *civil law* la nazionalità (o cittadinanza laddove riferita alle persone fisiche, ma la lingua inglese utilizza indifferentemente il termine *nationality*) rappresenta le ragioni del mancato utilizzo della nazionalità quale criterio di collegamento vanno dall'impossibilità per la legge inglese di attribuire essa stessa la nazionalità di un qualsiasi altro paese (e la relativa immunità di tale circostanza rispetto al controllo giudiziale a cui sono normalmente soggetti gli altri criteri di collegamento), alla possibilità che una persona mantenga una certa nazionalità anche quando ormai non ha più alcun tipo di collegamento pratico con il paese cui essa si riferisce, per finire con i casi di apolidia e di doppia o molteplice nazionalità.

⁸⁸ Così M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, cit., p. 17. A titolo esemplificativo del dibattito suscitato dall'applicazione del concetto di nazionalità alle società si veda la divisione della dottrina francese riportata da F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 80 ss.

⁸⁹ In tal senso si vedano, tra gli altri, F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento* cit., pp. 972-873, J. OFFERHAUS, *op. cit.*, p. 1094, G. BEITZKE, *Juristische Personen* cit., p. 28, E. VITTA, *Memoriale e progetto di legge*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986 p. 3 ss., spec. pp. 58 e 60, T. BALLARINO, *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien*, in *Rev. crit. d.i.p.*, Paris, 1996, p. 21 ss., spec. pp. 37-38, R. LUZZATTO, in *Problemi di riforma* cit., p. 417 ss., spec. p. 427 e 428.

residenza abituale.⁹⁰

Il suo impiego in relazione alle società è dovuto alla volontà di soddisfare principalmente tre esigenze: favorire l'espansione economica delle società in qualche ricollegabili al territorio nazionale (in modo da aumentare indirettamente il proprio potere commerciale), difendere il mercato interno dall'invasione economica delle società altrove costituite e, soprattutto in tempi di guerra, assicurarsi che gli interessi vitali dello Stato non fossero pregiudicati dal passaggio in mani nemiche della proprietà delle industrie strategiche (per lo più quelle legate alla produzione e lavorazione delle materie prime, fondamentali per l'economia bellica).⁹¹

Ciò detto, lo svantaggio principale dell'impiego della nazionalità quale criterio di collegamento deriva dalla sua stessa natura. In quanto criterio giuridico necessita a sua volta dell'individuazione di uno o più elementi di contatto tra l'ente e un dato Stato.⁹² A questo proposito in materia di società si possono menzionare, tra gli altri, la sede reale, il luogo di costituzione, il luogo di registrazione, il centro dell'attività principale, il controllo. Ciascuno

⁹⁰ Valgano qui, a titolo di esempio, i regolamenti di diritto internazionale privato adottati dall'Unione europea, quali il Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Bruxelles I, o il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, c.d. Bruxelles II-bis, oppure i regolamenti sui conflitti di leggi, segnatamente il Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II) e il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), nonché le principali convenzioni internazionali concluse nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Sul punto in dottrina v., per tutti, K. SIEHR, *The Impact of international Conventions on National Codifications of Private International Law*, in E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz, The Hague/Boston/London, 1996, p. 405, in particolare pp. 406-407 e A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, pp. 148-149. Peraltro anche la legge n. 218/1995 è improntata all'esclusione, almeno da un punto di vista generale, del manciniano criterio della cittadinanza che, si riteneva, non più aderente al dato storico (sull'esigenza di abbandonare l'impostazione manciniana v. *Relazione* al disegno di legge; sui riflessi del pensiero Pasquale Stanislao Mancini sulla codificazione del diritto internazionale privato del 1865 v., per tutti, E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Milano, 1972, p. 35 ss.).

⁹¹ Sul punto M. TRAVERS, *La nationalité des sociétés*, in *Recueil des Cours*, 1930-III, t. 33, p. 4, specialmente pp. 4-5.

⁹² Il criterio della nazionalità è stato definito per questo motivo uno "pseudo-criterio" proprio perché necessita, per la sua applicazione, di un criterio più elementare: sul punto v. T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Vol. IX, Torino, 1994, pp. 1 ss., in partic. p. 10 ss. A proposito poi della scelta dei criteri elementari o degli elementi di connessione ente e Stato che possono concorrere a determinare la nazionalità di una società due sono gli aspetti discussi: anzitutto l'opportunità del cumulo di circostanze ai fini della determinazione della nazionalità e, in secondo luogo, l'opportunità di un concetto uniforme di nazionalità o di uno variabile in base alla funzione che la nazionalità è chiamata a svolgere nei differenti settori in cui è in uso (norme di conflitto in materia societaria, trattamento dello straniero, protezione diplomatica...). Sul punto v. Tribunal de conflits, 23 novembre 1959, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1960, p. 180, note Y. LOUSSOUARN, specialmente pp. 182-183 e 184, R. LIBCHABER, note a Cour de Cass. (ch. comm.), 9 avril 1991, *SPPP c. Soc. Intérpart*, in *Revue de sociétés*, 1991, p. 747, in particolare p. 752.

Stato sovrano può discrezionalmente scegliere a quali tra questi ed altri elementi dare rilevanza ai fini dell'attribuzione della propria nazionalità. Ne deriva un criterio di collegamento estremamente variabile in funzione degli obiettivi di politica legislativa di ciascuno Stato e del momento storico in cui ci si trova, circostanza da cui discenderebbero, è evidente, notevoli difficoltà applicative. A fronte di ciò, valersi direttamente, quali criteri di collegamento in materia di società, degli elementi di connessione impiegati per determinare la nazionalità presenta l'innegabile vantaggio di eliminare un passaggio, portando un guadagno in termini in stabilità del criterio oltre che in simmetria e equivalenza nella delimitazione delle sfere di competenza della *lex fori* e delle leggi straniere.⁹³ Inoltre, deve tenersi presente che nessun ordinamento prevede espressamente ed esplicitamente i criteri di attribuzione della nazionalità alle società e alle persone giuridiche; pertanto, ove anche fosse possibile ricavare tali criteri con riferimento alle società e persone giuridiche del foro, non si potrebbe dire lo stesso con riferimento agli altri Stati. In tali casi si finirebbe per attribuire arbitrariamente ad un ordinamento giuridico una società che essa non considera di sua appartenenza, peraltro privando il concetto di nazionalità del suo contenuto tecnico.⁹⁴

Quando si prenda in considerazione una società *non* italiana, la nazionalità di questa ha solo la funzione negativa di escludere l'applicabilità del diritto italiano quale legge del luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione. È più agevole invece cogliere la distinzione tra nazionalità e legge regolatrice se si pensa ad una società straniera che agisce in un paese terzo, diverso dall'ordinamento del foro e diverso dallo Stato a cui essa appare più collegata: in una situazione simile ciò che interessa non è tanto distinguere la nazionalità della società quanto conoscerne lo statuto personale, ossia sapere le disposizioni di quale paese la governano, indipendentemente dal fatto che essa posseda anche la qualità di "nazionale" del medesimo perché ne integra tutti i requisiti. In conclusione, determinazione della nazionalità e della legge applicabile alle società sono questioni da tenere preferibilmente distinte. I problemi conflittuali concernenti le società dovrebbero essere risolti senza riferimento alcuno

⁹³ Così F. CAPOTORTI, *Considerazioni cit.*, pp. 631-632.

⁹⁴ Così R. LUZZATTO, in *Problemi di riforma cit.* p. 427 e T. BALLARINO, *Personnes*, cit. pp. 37-38 (ove l'A. porta la disciplina di conflitto francese come esempio del rischio che una norma di conflitto unilaterale possa attribuire ad una società la nazionalità di uno Stato che non la riconosce come sua). Più in generale sul punto si veda F. CAPOTORTI, *Considerazioni cit.*, p. 628.

alla nazionalità delle stesse, concetto teoricamente molto discutibile e praticamente di difficile applicazione.⁹⁵

Quanto detto sinora, naturalmente, non esclude che il concetto di nazionalità possa, rivelarsi utile in altri ambiti, soprattutto nel diritto internazionale pubblico al fine, ad esempio, ad individuare i destinatari della protezione diplomatica o i beneficiari di diritti previsti da trattati internazionali (quali, ad esempio, i numerosi trattati bilaterali di investimento) il cui godimento sia riservato ai possessori di una determinata nazionalità, siano essi persone fisiche o giuridiche,⁹⁶ sebbene la prassi degli arbitrati internazionali, in particolare degli arbitrati ICSID con riguardo all'interpretazione e all'applicazione della clausola di cui dell'art. 25 n. (2) lett. *b* della Convenzione di Washington sembri dimostrare proprio il contrario, ovvero che anche in ambito pubblicistico l'utilizzo del concetto di nazionalità riferito alle società dà luogo a inconvenienti di non poca portata e a difficoltà interpretative di non poco momento.⁹⁷

⁹⁵ In questo senso v. E. RABEL, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁶ Sul punto E. RABEL, *op. cit.*, p. 22 e p. 27, secondo il quale la nazionalità può essere utilizzata a fini di diritto pubblico per ricollegare una società ad un altro Stato, come per esempio nel caso degli arbitrati in materia di investimenti internazionali (v. il caso *Standard Oil*, nel quale nessun dubbio è sorto circa la "nazionalità" statunitense della società). Diversamente, l'estensione del concetto ad altri ambiti, come quello dei conflitti di leggi, può invece portare a pericolose generalizzazioni (di cui la *teoria del controllo* emersa nei periodi di guerra è un esempio lampante). Di opinione simile anche A. MIGLIAZZA, *I problemi di diritto internazionale relativi alla creazione di una società commerciale europea*, in *RDIPP*, 1970, p. 761 ss., spec. p. 765 e M. MENJUCQ, *note a Cour de cassation*, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1999, p. 284, in particolare pp 292-293. Sugli aspetti di diritto internazionale pubblico v. PH. FRANCESKAKIS, *Lueurs sur le droit international de sociétés de capitaux. L'arrêt Barcelona Traction de la Cour internationale de justice*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1970, p. 609.

⁹⁷ Significative sono in proposito le difficoltà sorte nell'interpretazione dell'art. 25 (2) (b) della Convenzione ICSID, norma che definisce la nazionalità delle società ai fini della determinazione della competenza dei tribunali arbitrali costituiti in base alla convenzione medesima. Sul punto v., tra gli altri, A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*, in *Recueil des Cours*, 1972/II, t. 136, p. 336 ss., e CH. SCHREUER, *Access to ICSID dispute settlement for locally incorporated companies*, in F. WEISS, E. DENTERS, P. de WAART (eds.), *International Economic Law with a Human Face*, The Hague, 1998, p. 497 ss., C.F. AMERASINGHE, *Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention*, in R.B. LILLICH, C.N. BROWER (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, New York, 1996, 223, CH. H. SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states*, Cambridge, 2001, 292, M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht/Boston/London, 1993, 84, Dr. K.V.S.K. NATHAN, *The ICSID Convention. The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, The Netherlands, 2000, Marc BURGSTALLER, *Nationality of Corporate Investors and International Claims against Investor's Own State*, in *The Journal of World Investment & Trade*, December 2006, p. 857 ss.

3. La determinazione della *lex societatis*.

3.1. *L'individuazione della legge applicabile alle società.*

Questione diversa rispetto al riconoscimento delle società straniere e centrale nel presente lavoro è quella della determinazione della *lex societatis*, ovvero della legge regolatrice della società. Riconoscimento e individuazione della legge regolatrice delle società sono, come già affermato, due problemi distinti seppur strettamente collegati tra loro. Il riconoscimento attiene sostanzialmente all'ammissione dell'esistenza e della soggettività giuridica di enti creati da diritti stranieri all'interno di uno Stato diverso da quello d'origine. Come già precisato, risolvere positivamente la questione del riconoscimento significa solo consentire, in astratto, che valori giuridici altrove creati entrino nell'ordinamento nazionale e vi spieghino una qualche efficacia. Rimane, tuttavia, da identificare l'ordinamento giuridico che regola l'insieme di valori giuridici stranieri a cui nel singolo caso concreto è attribuito rilievo interno. In ciò consiste il vero e proprio problema di diritto internazionale privato concernente l'individuazione della legge applicabile alle società.

L'obiettivo della ricerca internazionalprivatistica è quello di determinare l'ordinamento giuridico le cui disposizioni regolino la costituzione e il funzionamento di una società (nei rapporti interni così come in quelli esterni) ogniqualvolta tale società operi in un contesto internazionale o, più precisamente, in una situazione con elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale in cui è venuta ad esistenza. La fattispecie "società" acquista rilevanza per il diritto internazionale privato solo laddove essa, non importa come, non esaurisca i suoi effetti all'interno di un unico ordinamento giuridico. Si pensi, ad esempio, ad una società che eserciti la propria attività economica, in forma più o meno stabile, anche o esclusivamente al di fuori dei confini dello Stato di costituzione. Una simile società stabilirà in questo modo un collegamento, più o meno forte, anche con un sistema giuridico differente da quello in cui è venuta ad esistenza ed è possibile che tale circostanza conduca persino ad una modifica degli elementi di contatto con l'ordinamento nel quale e secondo il quale la società è stata creata. In virtù del nuovo collegamento instauratosi tramite lo

svolgimento dell'attività economica in un secondo ordinamento possono sorgere dei conflitti di leggi. Può accadere che anche tale secondo ordinamento interessato dall'attività di una data società pretenda di regolare alcuni aspetti della sua vita e del suo funzionamento. Addirittura, il secondo Stato potrebbe volere applicare interamente il proprio diritto alla società in questione, in virtù dei diversi presupposti materiali prescritti per la costituzione, nel qual caso si verificherebbe l'ipotesi in cui due Stati pretenderebbero contemporaneamente di regolare la medesima società, entrambi a titolo di *lex societatis* ma in virtù di presupposti materiali differenti per l'attribuzione della qualità di società retta dal diritto nazionale (ad esempio, il luogo di costituzione da un lato e la sede amministrativa dall'altro).⁹⁸

In situazioni simili si rende necessario coordinare gli ordinamenti coinvolti e interessati a regolare la medesima fattispecie "società" in modo da determinare quale sia quello che la regola e se vi siano interferenze in questa disciplina (e nel caso in che misura) da parte di altre leggi in qualche modo ad essa collegate. È evidente, che fattispecie siffatte, cioè che presentano punti di contatto con più ordinamenti statali, non possono essere regolate allo stesso modo di quelle puramente interne. Una riflessione certamente si impone circa la disciplina più opportuna. In termini molto generali, ci si domanda se sia meglio applicare a fattispecie simili le medesime norme applicate alle fattispecie interne, oppure introdurre disposizioni materiali *ad hoc* o se sia piuttosto il caso richiamare uno degli ordinamenti con cui la fattispecie presenta punti di contatto.

⁹⁸ Ad esempio, una società potrebbe al contempo fissare la propria sede sociale (e iscriversi presso l'apposito registro) nello Stato A e collocare la sede effettiva in un altro paese B. Se il diritto dello Stato A richiedesse, ai fini della costituzione di una società, il soddisfacimento di soli requisiti formali quali la collocazione della sede legale nel proprio territorio e l'iscrizione presso l'apposito registro nazionale, e il diritto dello Stato B prescrivesse sempre a fini costitutivi (si badi, non internazionalprivatistici), l'ubicazione della sede amministrativa entro il proprio territorio disinteressandosi del luogo in cui è invece fissata la sede reale, la medesima società verrà considerata validamente costituita ai sensi del rispettivo diritto nazionale sia dallo Stato A, sia dallo Stato B. In questo entrambi i paesi potrebbero pretendere di regolare la stessa società, la quale si troverebbe contemporaneamente soggetta al diritto di A e al diritto di B. Conformarsi ad entrambi gli ordinamenti sarebbe per la società difficile e comunque costituirebbe un onere particolarmente gravoso. Si renderebbe dunque necessario coordinare i due ordinamenti. Una situazione simile potrebbe verificarsi anche nel caso in cui lo Stato B esiga, oltre alla fissazione della sede reale entro i propri confini, anche la coincidenza della sede legale, con la conseguenza di ritenere "irregolari" le società aventi una delle due sedi al di fuori dei confini nazionali. In questa ipotesi lo Stato A considererà la società come validamente costituita ai sensi del suo diritto pretendendo di regolarla, ma lo stesso potrebbe comunque voler fare lo Stato B anche laddove ritenesse la società "irregolare" (sebbene probabilmente non applicherebbe ad essa tutte le norme previste per le società ivi regolarmente costituite).

3.2. *La fattispecie considerata: le “società”.*

Dei criteri di collegamento più frequentemente impiegati dalle norme di conflitto nazionali riguardanti le società si dirà nel prossimo paragrafo. Preliminarmente corre qui l’obbligo di fare una precisazione circa la fattispecie di cui si tratta. Nelle pagine precedenti e nelle seguenti si è parlato e si parla talvolta di “società”, tal’altra di “ente”, altre volte ancora di “persona giuridica”, senza alcuna apparente distinzione di sorta. Non manca certo la consapevolezza delle differenze fondamentali di struttura, funzioni e caratteri che intercorrono tra tali categorie, peraltro a loro volta ulteriormente scomponibili al loro interno. Si pensi, ad esempio, alla categoria “società”: è evidente che, sebbene rientri in parte in quella, più ampia, delle persone giuridiche, essa non vi è del tutto contenuta. Non tutte le società sono dotate di personalità giuridica. In molti ordinamenti si suole infatti distinguere le società “persone”, società di capitali, da un lato e le società prive di tale attributo, società di persone, dall’altro. Tra queste ultime citiamo, ad esempio, in Italia la società semplice, la società in nome collettivo (s.n.c.) e la società in accomandita semplice (s.a.s.) italiane, in Germania la *Gesellschaft bürgerlichen Recht* (Gbr), la *offene Handelsgesellschaft* (oHG), la *Kommanditgesellschaft* (KG), ancora, nel Regno Unito la *general partnership* e la *limited partnership*, in Francia la *société en nome collectif*, la *société civil*, la *société en commandite simple*, la *société en participation* e la *société civil* e così via. Ancora più in generale si potrebbero distinguere gli enti personificati dagli enti non personificati.

Dal punto di vista del diritto civile e commerciale interno le differenze sono molte e nette e imporrebbero un’analisi separata. Tuttavia, esiste una ragione di diritto positivo che consente, in questa sede, di trattare indistintamente di persone, giuridiche e società o, più in generale ancora, di enti e la si trova nella diversa prospettiva del diritto internazionale privato. Quest’ultimo può sì impiegare, ai propri fini, le categorie civilistiche, ma deve rinunciare a parte del loro rigore e della loro precisione e intenderle in senso ampio. Così in alcuni casi accade che le norme di conflitto comprendano nel loro ambito di applicazione sia le società sia le persone giuridiche (ciò accade, ad esempio, nell’art. 25 della legge 31 maggio 1995, n.

218).⁹⁹ Forse ancora più frequente è il caso in cui, in assenza di norma espressa in materia di società, dottrina e giurisprudenza abbiano esteso per via interpretativa l'ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti le persone giuridiche a tutti quei fenomeni di gruppo che si traducono in autonomi centri di imputazione di diritti e obblighi, distinti dagli individui che ne fanno parte.¹⁰⁰

Spesso poi, soprattutto in tempi meno recenti, si usava distinguere all'interno della categoria delle società le sole società personificate da un lato e le quelle prive di personalità giuridica. Il più delle volte queste ultime erano considerate alla stregua di rapporti contrattuali e si rimandava, dunque, per la loro disciplina internazionalprivatistica alle norme di conflitto dedicate alle obbligazioni contrattuali. Ciò avveniva anche nell'ordinamento italiano vigenti gli artt. 17 ss. delle preleggi al codice civile del 1942,¹⁰¹ ma è anche il caso delle norme di conflitto attualmente vigenti in Svizzera che distinguono tra società organizzate e società non organizzate

C'è di più. In molti casi la norma di conflitto non comprende nel suo ambito di applicazione soggettivo solo persone giuridiche e società, ma anche associazioni, fondazioni e altri enti, pubblici e privati, talvolta persino privi di scopo di lucro. Ci si domanda a questo punto cosa abbiano tutti questi enti in comune e se non sia piuttosto auspicabile ed opportuno un sistema di conflitto separato pensato unicamente per le società. Quanto al primo dei dubbi appena menzionati, occorre sottolineare che è possibile riscontrare un tratto comune che rende gli organismi eterogenei menzionati passibili di una trattazione unitaria dal punto di vista conflittuale. Tutti questi enti hanno infatti in comune il fatto di costituire centri autonomi di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. Siano essi dotati o meno di personalità giuridica in senso stretto, hanno tutti un certo grado di autonomia rispetto a coloro che li hanno costituiti e vi partecipano. In quest'ottica il secondo dubbio circa l'opportunità di una trattazione internazionalprivatistica separata risulta assorbito dal primo.

⁹⁹ Sul punto v. *infra* par. 4.2.2.

¹⁰⁰ Un esempio è costituito dall'ordinamento francese: sul punto v. *infra* par. 3.3.2.

¹⁰¹ Sul punto v. *infra* par. 4.1, nota n. 197.

3.3. I criteri di collegamento in materia societaria.

Come anticipato, molti sono i criteri di collegamento impiegati dai diversi ordinamenti giuridici nel corso del tempo per determinare la legge applicabile alle società: tra i tanti, il luogo di costituzione o incorporazione della società, il luogo di ubicazione della sede sociale (effettiva), il luogo in cui l'ente svolge le sue attività prevalenti (*centre d'exploitation*), la nazionalità della società, la nazionalità dei soci o, addirittura, degli amministratori (criterio del controllo). Nella congerie di criteri due spiccano su tutti per la loro ampia diffusione: il luogo di incorporazione (o costituzione) della società e il luogo in cui è ubicata la sede sociale, intesa quale sede reale, effettiva, della società. Di conseguenza, si suole operare una distinzione grossolana tra gli Stati a seconda della loro appartenenza ad una di due grandi famiglie: da un lato gli ordinamenti che aderiscono alla c.d. *incorporation theory* di matrice anglosassone, dall'altro quelli che accolgono la c.d. *théorie du siège réel*. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, una simile partizione certamente non da conto della complessità delle disposizioni nazionali nonché degli effetti discendenti dalla loro applicazione. Spesso, infatti, il reale funzionamento dei sistemi nazionali porta criteri apparentemente simili sulla carta a soluzioni opposte nel caso concreto, specialmente laddove si discuta del trasferimento della sede sociale all'estero, o viceversa criteri testualmente identici a risultati concreti opposti in virtù di una differente interpretazione delle medesime parole); essa ha, tuttavia, il pregio di offrire un quadro sintetico della variegata realtà delle norme di conflitto dedicate alle società. Per il momento se ne farà uso nel senso appena precisato

É evidente che non esiste un criterio di collegamento migliore degli altri in termini assoluti, per ogni circostanza di tempo e luogo.¹⁰² Ciò vale in materia di società ma più in generale per tutte le fattispecie considerate dal diritto internazionale privato. La preferenza accordata all'uno o all'altro criterio è sempre dettata da scelte di politica legislativa (a loro volta determinate dalle contingenze storico-politiche-economiche) piuttosto che da ragioni di ordine tecnico-giuridico. Utilizzando le società come esempio, tradizionalmente lo Stato che

¹⁰² Così già E. VITTA, *Dir. int. priv.*, II, p. 64, D. MCCLEAN, K. BEEVERS (eds.), *The Conflict of Laws*, 7th ed., London, 2009, p. 558.

tema l'acquisizione da parte di società straniere di alcuni settori dell'economia nazionale tende a prediligere un criterio di collegamento costituito dal luogo di ubicazione della sede reale, mentre, al contrario, il paese che desidera garantire mobilità alle società create in conformità al proprio ordinamento, senza per questo perderne il controllo, oppure che voglia attirare capitali dall'estero seleziona quale criterio di collegamento l'elemento formale della collocazione della sede legale.

Dall'incontro delle diverse teorie ma, soprattutto, dei differenti approcci originano i molteplici e spinosi problemi conflittuali che caratterizzano le fattispecie di mobilità intracomunitaria delle società, quali il trasferimento della sede e la fusione transnazionale. Vale la pena dunque di soffermarsi sui criteri di collegamento più conosciuti e utilizzati in materia di società per poterne poi comprendere le interazioni e il funzionamento nei casi selezionati.¹⁰³

3.3.1. *La Incorporation theory anglosassone e il criterio svizzero dell'organizzazione.*

Uno degli indiscussi protagonisti in materia di determinazione della *lex societatis* è senz'altro il criterio c.d. dell'*incorporation* di origine anglosassone. Secondo la teoria dell'incorporazione la società è regolata dalla legge del luogo in cui essa è stata validamente incorporata. Accade spesso che tale luogo coincida con quello in cui la società appena nata viene registrata; in tali casi il luogo di incorporazione corrisponde al luogo del *registered office*, quello cioè che per l'ordinamento italiano è la *sede statutaria*.¹⁰⁴ La legislazione di molti paesi prevede infatti, vuoi tra i presupposti di costituzione della società, vuoi tra i requisiti pubblicitari *tout court*, l'iscrizione della società in un apposito registro.¹⁰⁵

¹⁰³ Si procede nell'esame dei differenti criteri di collegamento secondo una distinzione per Stato-ordinamento giuridico, poiché il diverso contesto in cui il criterio è stato accolto e la diversa applicazione che ne è stata fatta hanno determinato delle peculiarità che vale la pena di sottolineare anche in una trattazione non dedicata specificamente all'argomento delle norme di conflitto in materia societaria ma piuttosto allo studio e all'analisi dei problemi che possono sorgere in caso di mobilità delle società.

¹⁰⁴ Così A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, 2001, p. 307.

¹⁰⁵ L'iscrizione della società in appositi registri è pressoché universalmente prevista dalle legislazioni nazionali. Ciò che può variare è la funzione che tale iscrizione assume: in alcuni casi essa è parte integrante del processo costitutivo della società e

Un simile criterio, basato sul dato formale, favorisce obiettivi quali senza dubbio la certezza e la prevedibilità del diritto, giacché il luogo di costituzione è facilmente identificabile attraverso i documenti della società. Accettare la *incorporation theory* significa accettare che i fondatori di una società possano liberamente scegliere la legge applicabile all'ente cui intendono dar vita, per il tramite della scelta dell'ordinamento in cui incardinarlo: la filosofia che informa la teoria dell'incorporazione è proprio quella di rimettere ai fondatori di una società la scelta circa la *lex societatis* senza tema alcuna di elusione delle norme dell'ordinamento in cui essa ha la sede effettiva. Una simile impostazione dà luogo a una forma di concorrenza tra ordinamenti, altresì definita "mercato delle regole". Nello specifico si tratterebbe di una concorrenza giocata sul diritto societario di ciascuno Stato membro. Nel liberalismo che ispira la dottrina dell'incorporation molti leggono il rischio di una concorrenza al ribasso tra ordinamenti che sarebbero tentati di "ammorbidire" i rispettivi diritti societari in modo da attrarre nel proprio territorio sempre più soggetti interessati a ivi costituire le proprie società, indipendentemente dal fatto che in quello Stato intendano svolgere la loro attività o meno.¹⁰⁶

a) *L'incorporation theory in Inghilterra.*

La c.d. *incorporation theory* nasce in Inghilterra e, ancora oggi, la sua versione più pura dimora nell'ordinamento inglese. Il fondamento della teoria dell'incorporazione risale al XIX secolo.¹⁰⁷

Se è vero che l'Inghilterra è la patria di questa teoria, è altrettanto vero però che essa è

consente il perfezionarsi della stessa, altre volte invece è richiesta semplicemente a fini pubblicitari senza che possa influenzare la validità della venuta ad esistenza della società. A titolo di esempio, l'ordinamento italiano prescrive l'iscrizione nel registro delle imprese tenuto dalle camere di commercio a fini di pubblicità costitutiva per le società di capitali e soltanto come forma di pubblicità dichiarativa per le società di persone. La registrazione è peraltro prevista nel diritto tedesco per quasi tutte le forme di società e, ancora, in Francia: sul punto v *infra* cap. III.

¹⁰⁶ Sul tema della concorrenza tra ordinamenti in materia societaria v. *infra* nota n. 436.

¹⁰⁷ Sul punto si vedano i copiosi riferimenti giurisprudenziali in L. COLLINS (gen. ed.), *Dicey, Morris & Collins. The Conflict of Laws*, 14th ed., London, 2006, p. 1345 (Rule 161).

anche il paese in cui meno se ne è discusso.¹⁰⁸ In realtà, sembra essere stato dato per scontato che il luogo di “incorporazione” fosse il criterio più naturale, adatto e opportuno per determinare la legge applicabile alle società. Un’altra plausibile ragione potrebbe risiedere nella natura piuttosto flessibile del diritto societario di quel paese. Infatti, un acceso dibattito tra fautori del criterio della sede e sostenitori del criterio dell’incorporazione si è tradizionalmente registrato soprattutto in quei paesi che, abbinando a un diritto materiale rigido e rigoroso il criterio liberale della *incorporation*, hanno sperimentato, a proprio danno, tentativi di elusione e di frode di rilevanza tale da indurre a ridiscutere l’opportunità di una scelta conflittuale troppo liberale se confrontata con le stringenti disposizioni del diritto societario nazionale. Questo è stato ad esempio il caso dei Paesi Bassi.¹⁰⁹

Al di là della generica ascrizione dell’Inghilterra alla famiglia dei paesi che accolgono il criterio dell’incorporazione, la ricostruzione della disciplina internazionalprivatistica delle società nell’ordinamento di tale paese risulta, agli occhi di un giurista appartenente alla tradizione di *civil law*, molto più complessa di quanto si pensi. E ciò per via di alcune caratteristiche generali tipiche dei sistemi di *common law* alle quali si unisce un particolare approccio al diritto internazionale privato. A livello generale, occorre rilevare anzitutto il fatto che il diritto inglese non conosce una forma di codificazione del diritto internazionale privato simile alle esperienze continentali. Il ruolo della giurisprudenza nel plasmare le norme giuridiche in modo tale da risolvere i casi ad essa sottoposti a partire dai principi e dalle tecniche giuridiche proprie dell’ordinamento in cui opera è di importanza centrale. La disciplina internazionalprivatistica in materia societaria non fa eccezione in questo senso; essa è stata ricavata dalla giurisprudenza a partire da altre norme e principi propri dell’ordinamento inglese e registrata poi attraverso le *Rules* contenute nella più celebre trattazione inglese dedicata al tema dei conflitti di leggi.¹¹⁰ In secondo luogo, occorre rilevare l’influenza del diritto materiale inglese sull’approccio al problema internazionalprivatistico della determinazione della *lex societatis*. L’ordinamento inglese, diversamente da quello di molti paesi del vecchio continente, è sempre stato connotato da una grande apertura nei

¹⁰⁸ Osserva l’assenza di dibattito in seno alla dottrina inglese S. RAMMELOO, *Corporations* cit., p. 128.

¹⁰⁹ A tal proposito v. S. RAMMELOO, *Corporations* cit., p. 97 ss.

¹¹⁰ Cfr. *Dacey, Morris & Collins* cit., p. 1345 ss.

confronti delle società straniere operanti in Inghilterra, forte delle caratteristiche della sua disciplina societaria estremamente vantaggiosa che lo rendeva immune dal rischio di comportamenti fraudolenti nei suoi confronti.

Per quanto riguarda più specificatamente il diritto internazionale privato, va registrata una tendenza propria dell'ordinamento inglese (e di altri ordinamenti di matrice anglosassone) che influenza in particolare la discussione circa i criteri di collegamento in materia di società: si tratta del c.d. *issue-by-issue approach*. Infatti, mentre gli ordinamenti di *civil law* si preoccupano in primo luogo di identificare il criterio più opportuno a determinare la legge applicabile alle società e, solo in un secondo momento, una volta individuata la *lex societatis*, di delimitarne la portata, diversamente gli ordinamenti di *common law* si caratterizzano per un atteggiamento generalmente opposto: prima definiscono l'oggetto dell'eventuale controversia, poi individuano il diritto applicabile alla fattispecie.

Precisato quanto precede, il punto di partenza per parlare di determinazione della legge applicabile alle società sembra essere rappresentato dall'idea che il diritto inglese debba riconoscere gli enti stranieri, dunque anche le società straniere, come tali dal momento che la loro esistenza come soggetti di diritto giuridica non è una questione determinata dalla *lex fori*, ma piuttosto regolata dalla legge che ha concesso loro tale attributo, ossia quella del luogo di costituzione. Le basi della dottrina dell'*incorporation* si identificano con i due *leading cases* della fine del XIX e inizio del XX secolo, il caso *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* deciso nel 1883 e il caso *Lazard Bros v. Midland Bank* del 1933.¹¹¹

Il concetto chiave in materia è rappresentato dal *domicile*. Infatti, secondo il diritto inglese il *place of incorporation* corrisponde al *domicile* di una società. Seppure infelicemente, qualche disposizione normativa inglese ha attribuito un *domicile* anche alle società, per analogia con il *domicile of origin* delle persone fisiche.¹¹² La nozione di *domicile* indica la connessione con un *law district*, ovvero una unità territoriale soggetta ad unico ordinamento giuridico.¹¹³ Il *domicile* di una società si trova nello Stato conformemente alla

¹¹¹ Cfr. *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1339 ss.

¹¹² Cfr. *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1336.

¹¹³ Cfr. Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial

cui legge essa è stata costituita.¹¹⁴ Di conseguenza, secondo la *incorporation theory* le società sono regolate dalla legge dello Stato in base al cui diritto sono state costituite. Esso va distinto dalla *residence*, rilevante principalmente a fini fiscali,¹¹⁵ da individuarsi nel paese dove viene principalmente esercitata l'attività amministrativa e di controllo (*central management and control*).¹¹⁶ Mentre il *domicile* è unico, la *residence* può essere molteplice: se l'attività di amministrazione e controllo della società non è esercitata in un solo luogo o in un dato luogo in via principale, ma è ugualmente esercitata in più luoghi diversi, si ritiene che la società sia *resident* in ognuno di tali luoghi, senza che se ne possa individuare uno prevalente. Si aggiunge poi ai concetti appena evocati anche quello di *registered office*, che corrisponde funzionalmente alla sede sociale o statutaria nel diritto di molti paesi continentali, rappresenta semplicemente il luogo dichiarato all'ufficio del registro come indirizzo formale della società e non compare nemmeno nell'atto costitutivo o nello statuto della società.¹¹⁷

Quanto all'ambito di applicazione della *lex societatis* individuata mediante il criterio anglosassone dell'*incorporation*, esso si estende tendenzialmente a tutte le questioni riguardanti la costituzione, la capacità e lo scioglimento di una società.¹¹⁸ In linea di massima si può dire che tutte le questioni riguardanti la costituzione di una società e la sua struttura interna sono regolate dalla legge del luogo di costituzione (*law of the place of incorporation*).¹¹⁹ L'eventuale dissociazione della sede reale e della sede legale/statutaria non ha alcuna rilevanza per il diritto inglese che prende in considerazione soltanto, ai fini della determinazione della legge applicabile, il luogo di costituzione della società.¹²⁰ La tendenza

matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, signed at Luxembourg, 9 October 1978. Official Journal C 59, 5 March 1979, c.d. *Schlosser Report*, para. 72

¹¹⁴ Più precisamente "The domicile of a corporation is in the country under whose law it is incorporated": cfr. *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1335, Rule 160.

¹¹⁵ La *residence* rileva soprattutto a fini fiscali ma ne esiste anche un concetto a fini di giustizia: sul punto v. *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1338.

¹¹⁶ Cfr. Rule 160, *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1335.

¹¹⁷ Nell'ordinamento italiano e in altri di *civil law* il rapporto è invertito perché, data l'ubicazione della sede sociale indicata dai soci nell'atto costitutivo, è la legge a individuare l'ufficio del registro competente a ricevere l'iscrizione della società. Di conseguenza il maggior rilievo assunto negli ordinamenti continentali dalla sede sociale (statutaria).

¹¹⁸ Sul punto v. Rules 162 e 161, *Dicey, Morris & Collins* cit., pp. 1345 e 1339.

¹¹⁹ Cfr. *Dicey, Morris & Collins* cit., p. 1346, Rule 162.

¹²⁰ Il luogo in cui si concentrano l'amministrazione centrale e il controllo della società, che corrispondono grosso modo alla nozione di sede reale, irrilevanti ai fini della determinazione della legge applicabile alla società, rilevano tuttavia in quanto *residence* della società al fine di determinarne la responsabilità fiscale nei confronti del Regno Unito. Sul punto v. *Dicey, Morris & Collins* cit., pp. 1337-1338. Questa diversa rilevanza ha dato luogo al caso *Daily Mail* su cui *infra* cap. II, par. 5.2.

dei giudici inglesi è quella di non interferire soprattutto nelle questioni interne delle società straniere, alla quali è generalmente applicata la *lex societatis* (sempre determinata in base al luogo di costituzione). Tale atteggiamento vale anche dal punto di vista giurisdizionale (normalmente i giudici dello Stato di costituzione sono considerati dagli inglesi *forum conveniens* rispetto alle controversie concernenti le società ivi costituite), salvo per quel che riguarda la dichiarazione di insolvenza e il conseguente scioglimento di società pure costituite all'estero ma aventi un sufficiente collegamento con il Regno Unito e rispetto alle quali i giudici inglesi applicano una sorta di *long-arm statute*.¹²¹

b) *L'incorporation theory negli Stati Uniti d'America.*

Anche gli Stati Uniti d'America seguono la tradizione anglosassone della *incorporation theory*. Il sistema americano presenta tuttavia alcune peculiarità che, pur non stravolgendo l'idea cardine della sottoposizione delle società alla legge dello Stato di costituzione, lo differenziano dal modello inglese. Si ritiene di doverne fare qui breve cenno al fine di una più precisa rappresentazione dell'applicazione dell'*incorporation theory* nel mondo e per dimostrare come allo stesso criterio corrispondano concezioni e obiettivi differenti.

La teoria giuridica americana sulle società straniere si basa sulla convinzione, opposta a quella accolta dall'ordinamento inglese, che esse siano cioè creature del diritto e, dunque, finzioni giuridiche. Se una società altro non è che una *fictio iuris*, essa può muoversi solo all'interno dell'ordinamento originario e cessa di esistere nel momento in cui ne esce.¹²² Da questa concezione circa la natura delle società discendono diverse conseguenze, tra cui quella dell'inesistenza delle stesse al di fuori dei confini nazionali dello Stato di costituzione.¹²³

¹²¹ Sugli aspetti relativi alla competenza giurisdizionale dei giudici inglesi rispetto alle controversie riguardanti le vicende modificative delle società v. *Dicey, Morris & Collins* cit., Rule 22(17).

¹²² Si veda già A. FARNSWORTH, *The Residence and Domicil of Corporations*, London, 1939, p. 50.

¹²³ Altre conseguenze riguardano la limitazione dei poteri di cui possono disporre le società a quelli previsti dallo statuto o dalla legge del paese di costituzione, nonché riguardo al riconoscimento delle società straniere, all'autorizzazione a svolgere

L'adozione del luogo di costituzione quale criterio di collegamento per determinare la *lex societatis* si basa, quindi, su presupposti opposti in Inghilterra e negli USA. Negli Stati Uniti non si poteva concepire che nessuna altra legge al di fuori di quella dello Stato di costituzione potesse reggere una società ivi costituita poiché al di fuori dei confini di tale Stato la società non esisteva nemmeno. In Inghilterra invece le società sono state considerate come enti reali e, di conseguenza, nessun ostacolo o controindicazione si è mai frapposta alla loro esistenza al di fuori dello Stato di costituzione poiché tali enti sopravvivono al superamento dei confini del suddetto Stato.

Le precedenti osservazioni riguardano in generale l'esperienza statunitense. Tuttavia, occorre precisare che la competenza in materia di norme di conflitto appartiene agli Stati federati e non invece al livello centrale, il quale non può intervenire se non in relazione a materie particolari di sua competenza dal punto di vista sostanziale. Due circostanze però consentono di trattare il tema riferendosi generalmente agli interi Stati Uniti d'America. In primo luogo, tutti gli Stati federati accolgono e impiegano il criterio della *incorporation*. In secondo luogo, esiste in materia un riferimento unitario costituito dal *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws* pubblicato nel 1971 dall'*American Law Institute (ALI)*.¹²⁴

Nei rapporti interstatali la soluzione conflittuale è influenzata in modo particolare dalla c.d. *internal affairs doctrine* secondo la quale, le questioni concernenti il funzionamento della società così come i rapporti della società con i terzi appartengono entrambi alla competenza dello Stato di costituzione, a prescindere dalla collocazione dell'attività sociale.¹²⁵ Si badi che la citata dottrina assoggetta però alla legge dello Stato di costituzione una parte rilevante ma non corrispondente a ciò che nei paesi europei viene ricondotto al diritto societario; le materie possono essere sottratte al dominio di tale diritto.

attività e all'attribuzione dei medesimi privilegi dei cittadini. In proposito v. P. HAY, R. J. WEINTRAUB, P. J. BORCHERS, *Conflict of Laws*, New York, 2009, p. 968.

¹²⁴ Sul punto v. E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS, S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws* cit., p. 58 ss.

¹²⁵ In proposito v. THE AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), *Restatement (Second) Conflict of Laws*, St. Paul, MN, 1971, par. 304-307 e, in dottrina, E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS, S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws* cit., p. 1222 ss. La "internal affairs doctrine" a livello interstatale è praticamente insuperabile. L'unica eccezione può darsi nel caso in cui il diritto societario di uno Stato è talmente restrittivo da violare la *Interstate Commerce Clause* della Costituzione statunitense: sul punto v. i due casi della *Supreme Court of the United States* risalenti agli anni '80 del secolo scorso e cioè *Edagr v MITE corp.*, 457 U.S. 624 (1982) e *CTS corp. v Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69, 87-94, 107 S.Ct. 1637, 1648-52, 95 L.Ed.2d 67 (1987).

I vantaggi che presenta la *incorporation theory* sono ancora una volta quelli della certezza e prevedibilità del diritto, della uniformità dei risultati, della protezione del legittimo affidamento, della facilità applicativa e, infine, dell'unicità della legge applicabile a tutti gli aspetti societari (*internal and external affairs*).¹²⁶

Si riscontra una somiglianza di fondo tra paesi che adottano il criterio dell'*incorporation* siano essi di *civil* o di *common law*. La società è retta dalla legge del luogo in cui è stata validamente costituita (incorporata). Questo vale per un ampio spettro di questioni attinenti la società e salva l'applicazione di norme di applicazione necessaria del foro. È vero così che tutte le questioni concernenti la costituzione di una società sono regolate dalla legge del luogo di incorporazione.¹²⁷ La capacità di una società di concludere negozi giuridici è invece retta sia dalla legge del luogo di costituzione della società sia dalla legge regolatrice del negozio stesso.¹²⁸ La dottrina degli "internal affairs" porta generalmente ad includere nell'ambito di applicazione della legge del luogo di incorporazione anche tutte le questioni relative all'organizzazione e al funzionamento interno della società (responsabilità degli amministratori e/o dei soci nei confronti della società, conflitti di interesse...).

c) Il criterio svizzero dell'organizzazione.

L'attuale diritto internazionale privato svizzero accoglie, in materia di società, un criterio apparentemente molto simile a quello anglosassone della *incorporation*. L'art. 154 della *Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato* (d'ora in avanti semplicemente LDIP) dispone infatti che le società sono regolate dal diritto dello Stato conformemente al quale sono organizzate.¹²⁹ La preferenza espressa accordata dal legislatore

¹²⁶ Sul punto v. P. HAY, R. J. WEINTRAUB, P. J. BORCHERS, *op. cit.*, p. 983.

¹²⁷ V. Dicey, *Morris & Collins* cit., Rule 162(2).

¹²⁸ V. Dicey, *Morris & Collins* cit., Rule 162(1).

¹²⁹ Il progetto svizzero di codificazione del diritto internazionale privato emise i primi vagiti nel 1971 (sul tema v. G. BROGGINI, *La codification de droit international privé en Suisse. Rapport présenté par Gerardo Broggin*, Basel, 1971). Esso (nella duplice versione elaborata da una Commissione di esperti e dal Consiglio federale) è stato fortemente ostacolato e ampiamente criticato sotto due profili: dal punto di vista politico per la tendenza internazionalista della nuova legge e da quello più tecnico-giuridico per la mancanza di sicurezza del sistema normativo a causa della flessibilità di molte norme e

svizzero del 1987 al criterio di dell'organizzazione rappresenta una scelta di continuità rispetto al criterio tradizionalmente applicato nell'ordinamento elvetico prima dell'adozione della LDIP.¹³⁰

Il criterio dell'organizzazione è accolto dunque come regola generale per la determinazione della *lex societatis*, a condizione che la società rispetti le prescrizioni in materia di pubblicità o registrazione del diritto così individuato (laddove previste). In caso di mancata osservanza di tali disposizioni soccorre il criterio sussidiario del luogo della amministrazione effettiva della società.¹³¹ Siffatta regola sussidiaria si applica, di fatto, in due ipotesi: da un lato quando una società non abbia rispettato le formalità e gli adempimenti pubblicitari previsti (a fini costitutivi) dal diritto giusta il quale detta società è organizzata, dall'altro quando sia invece impossibile determinare il diritto secondo il quale una società è organizzata poiché essa non è stata assoggettata ad alcuna forma di pubblicità o di registrazione.

Alla regola generale menzionata la LDIP affianca, inoltre, alcuni criteri eccezionali (previsti dagli artt. 156-159) preposti all'individuazione della legge applicabile ad alcuni aspetti particolari della materia *lato sensu* societaria, quali le pretese derivanti dall'emissione

dell'ampiezza del potere di apprezzamento lasciato al giudice. L'art. 154 della *Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato* (d'ora in avanti LDIP), entrata in vigore il 1 gennaio 1989, esordisce "Le società sono regolate dal diritto giusto il quale sono organizzate... / Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind... / Le sociétés son régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées...".

¹³⁰ Il periodo precedente alla codificazione è stato segnato da una certa confusione relativamente alla disciplina delle società straniere. La legislazione di diritto internazionale privato risalente al 1891 era incompleta e lacunosa e presentava molti difetti non rimediabili in via interpretativa (la legge del 1891 era stata pensata essenzialmente per i conflitti intercantionali ed estesa alle situazioni internazionali per circostanze fortuite, inoltre, non offriva alcun criterio interpretativo, era fortemente discriminatoria – distingueva nettamente tra svizzeri e stranieri –, non era al passo con le soluzioni adottate dalla Svizzera sul piano convenzionale né con le riforme interne di diritto privato, copriva solo alcuni aspetti legati alle persone, alla famiglia e alle successioni e presentava soluzioni ormai divenute inaccettabili): sul punto v. G. BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano 1990, pp. XII-XIII. I dubbi interpretativi si concentravano in particolare sulla nozione di "sede" della società; la giurisprudenza del *Bundesgericht* non forniva linee guida chiare a tal proposito. Nel 1982 il Tribunale federale riferiva del vuoto normativo in materia di norme di conflitto concernenti le società, e della divisione della dottrina svizzera tra le teorie principali - *siège réel*, *incorporation* e *siège social* o *statutaire*: cfr. Tribunal fédéral, Arrêt Fondation X. contre Y et consorts, du 7 octobre 1982, ATF 108 II 398. Ciononostante, l'orientamento dottrinale maggioritario era favorevole al criterio anglosassone. Similmente si può dire della giurisprudenza elvetica che, a partire dalla decisione del Tribunale federale nel caso *Vernet et consorts* del 1950 (ATF 76 III 62), aveva costantemente dato rilievo al luogo di stabilimento della sede statutaria, salva l'ipotesi in cui quest'ultima si fosse rivelata *siège fictif* scelto al solo scopo di eludere la legge del luogo della sede reale. Sul punto v. B. DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2005, p. 540.

¹³¹ Sul punto v. BUCHER, BONOMI, *op. cit.*, p. 309. È da notare che tale criterio ha una funzione sussidiaria e non si sostituisce a quello generale dell'organizzazione salvo che per il caso in cui le prescrizioni della legge di tale luogo non siano rispettate. Si tratta di un criterio sussidiario, inserito per ragioni di *favor recognitionis*.

pubblica di titoli di partecipazione e di prestiti, la protezione del nome e della ditta e la responsabilità dei gerenti di società straniere gestite in o a partire dal territorio elvetico.¹³² Le succursali svizzere di società straniere sono invece regolate dal diritto svizzero a mente dell'art. 160 LDIP. Le disposizioni speciali di cui agli artt. 156-159, vengono concepite da taluni come norme unilaterali che derogano alla legge oggettivamente applicabile in favore del diritto svizzero di modo da assicurare l'applicazione di alcune norme imperative particolarmente importanti, da tal altri come regole bilaterali che possono portare all'applicazione del diritto svizzero o di un altro diritto straniero a seconda dei casi.¹³³

L'interrogativo che ci si pone a questo punto è se il criterio accolto dal diritto svizzero si distingua in qualche modo da quello anglosassone o se invece la differenza stia solo nella diversa terminologia. Il criterio dell'organizzazione sembra equivalere sostanzialmente a quello dell'*incorporation*. Una prima conferma in tal senso viene dalla giurisprudenza del massimo organo giurisdizionale elvetico, il Tribunale federale. Nel previgente sistema il Tribunale federale si era espresso chiaramente nel senso che la giurisprudenza elvetica seguiva una terza via, distinta tanto dalla teoria del *siège statutaire* quanto da quella della *incorporation*, per il fatto di ammettere una riserva al criterio generale del luogo di costituzione (e, quindi, alla sede statutaria) in caso di *siège fictif*.¹³⁴ Segno questo che il Tribunale federale aveva piena coscienza e consapevolezza rispetto alle questioni di cui si discute. All'inizio degli anni '90, il Tribunale federale ha confermato (se mai ce ne fosse stato bisogno) con riferimento all'art. 154 la consacrazione della "théorie de l'incorporation" da parte della nuova LDIP.¹³⁵ Di più: il Tribunale federale, interpretando le norme della LDIP dedicate alle società, e in particolare l'art. 154, ha escluso la possibilità di imporre riserve o limitazioni alla regola generale ivi stabilita, prendendo così posizione contro la sopravvivenza dell'eccezione della *fraude à la loi* elaborata proprio dalla giurisprudenza e frequentemente impiegata, nel periodo precedente la codificazione del 1987, come correttivo del criterio

¹³² Cfr. artt. 156-159, LDIP. In proposito v. A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, pp. 310-311

¹³³ L'esempio più significativo di deroga unilaterale è rappresentato dalla disposizione di cui all'art. 159. Diversamente hanno carattere bilaterale le norme di cui agli artt. 156 e 158. Sul punto v. A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, p. 310.

¹³⁴ Cfr. Tribunal fédéral, Arrêt Fondation X. contre Y et consorts, du 7 octobre 1982, *cit.*, p.to 3.c).

¹³⁵ Cfr. Tribunal fédéral, Arrêt C. V. Inc. v. F. Inc. et autres, du 17 décembre 1991, ATF 117 II, (1991) 494, in particolare p.to 4.b).

generale formale in caso di *siège fictif*.¹³⁶

Anche la dottrina svizzera, pur criticando aspramente la decisione del Tribunale federale appena menzionata per la netta presa di posizione contro l'eccezione del *siège fictif*,¹³⁷ esclusa dal sistema, ha unanimemente sottolineato il solenne riconoscimento nell'ordinamento elvetico del luogo di costituzione quale criterio di collegamento generale in materia di società. La dottrina svizzera del resto non sembra nemmeno pensare ad una reale distinzione del criterio contenuto nell'art. 154 LDIP dal corrispondente anglosassone.¹³⁸

¹³⁶ Nonostante la prevalenza del criterio dell'incorporazione (o della sede statutaria) anche nel sistema svizzero previgente, la giurisprudenza aveva fatto un uso eccezionale della nozione di *fraude à la loi* per assoggettare al diritto svizzero quelle società aventi la sede reale in territorio elvetico e costituite all'estero al solo ed unico scopo di sfuggire alle norme imperative del diritto svizzero. La giurisprudenza del Tribunale federale svizzero considerava di per sé del tutto irrilevante la dissociazione delle sedi sociali, individuando nel luogo di stabilimento della sede statutaria o di costituzione (generalmente coincidenti) il criterio di collegamento idoneo a determinare la legge applicabile alle società. Tale presunzione in favore del luogo di incorporazione poteva essere però superata nel caso di *siège* da considerarsi *fictif* (in lingua tedesca si parlava di *Fiktionsvorbehalt*). A parola del medesimo Tribunale federale "le siège est fictif lorsqu'il est sans rapport avec la réalité des choses et qu'il a été choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale, en fait, exerce son activité et a le centre de son administration" (cfr. Arrêt Fondation X. contre Y et consorts, du 7 octobre 1982, ATF 108 II 398, p.to 4.c). Sulla *Fiktionsvorbehalt* e sulla sua esclusione dal sistema vigente v. A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, pp. 308-309 (gli autori fanno del resto notare che la clausola di *fraude à la loi* così come quella di *abuso del diritto* sono principi generali la cui applicazione non presuppone necessariamente la previsione di una norma espressa da parte del legislatore). Più in generale sul tema della *fraude à la loi* con specifico riferimento all'ordinamento svizzero G. A. LANG, *La fraude à la loi en Droit international privé suisse*, Lausanne, 1984.

¹³⁷ In senso critico circa la decisa esclusione da parte del Tribunale federale della sopravvivenza della riserva del *siège fictif* dal sistema internazionalprivatistico svizzero dedicato alle società v. J.-F. PERRIN, *Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique*, in Ch. DOMINICE, R. PATRY, C. REYMOND (Recueil édité par), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 141, in particolare p. 147, REYMOND, *Sociétés étrangères en Suisse: exit fraud legis*, *ibidem*, p. 173, specialmente p. 178. Entrambi gli autori biasimano la presa di posizione del Tribunale federale rispetto alla riserva del *siège fictif* basata sulla *fraude à la loi*, riserva che entrambi ritengono sopravviva alla LDIP in quanto clausola generale del diritto civile, l'uno rimarcando la necessità che i rapporti sottoposti alle norme di diritto internazionale privato abbiano effettivamente genuini elementi di internazionalità e l'altro sottolineando l'esigenza che la libertà dei fondatori di scegliere la legge applicabile alla società sia esercitata sempre in buona fede. In disaccordo con la decisione del tribunale federale sul punto della *fraude à la loi* per il motivo che trattasi di un corollario del principio di buona fede, di un principio generale dell'applicazione del diritto che mantiene la sua validità nonostante l'assenza di un esplicito richiamo da parte dell'art. 154 LDIP v. B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 542. *Contra* (per la soppressione della riserva con l'entrata in vigore della LDIP) v. A. HEINI, *Zu einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes über das Personalstatut ausländischer juristischer Personen (Ungültigkeit einer liechtensteinischen Stiftung)*, in IPRax, 1984, p. 166.

¹³⁸ La dottrina svizzera parla indifferentemente di organizzazione o di *incorporation* senza dar mostra di rilevare alcuna differenza significativa tra i due criteri e, anzi, spesso presentando la LDIP come esempio di legge che accoglie il criterio dell'*incorporation*. In tal senso, tra i tanti, C. REYMOND, *op. cit.*, pp. 173, 176, 178, J.-F. PERRIN, *op. cit.*, pp. 141, 143, A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, p. 308. Unica eccezione è G. BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, in *Festschrift zum 65. (fünfundsechzigsten) Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, Bern, 1990, p. 263 ss., spec. p. 275, il quale afferma a chiare lettere che la LDIP "ha scelto una sua precisa variante della teoria dell'incorporazione, allargandone la portata con il richiamo al «diritto dello Stato secondo cui la società si è organizzata» (art. 154 n. 1), ogni qualvolta non sia prevista una specifica forma di incorporazione". Sul carattere peculiare del criterio accolto dal diritto internazionale privato svizzero e la teoria dell'*incorporation* v. B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 540. Secondo l'Autore il legislatore svizzero ha optato per una versione "ampia" dell'incorporazione dal momento che il diritto secondo il quale la società è organizzata vale a regolarla anche in caso non preveda adempimenti pubblicitari e formali particolari e in tal occasione precisa che il diritto secondo il quale una società è organizzata non corrisponde necessariamente a quello dello Stato in cui la società è costituita.

Quanto alla portata della legge applicabile alle società determinata secondo le norme di conflitto della LDIP, essa copre la quasi totalità delle questioni di diritto societario. Lo testimonia del resto l'elenco (non esaustivo) di cui all'art. 155, LDIP, che comprende, tra i tanti aspetti inclusi nell'ambito di applicazione della *lex societatis*, la natura giuridica, la costituzione e lo scioglimento, la capacità, l'organizzazione, i rapporti interni, la responsabilità per le obbligazioni sociali, la rappresentanza, il nome o la ditta.¹³⁹ La scelta appare in linea con quella della maggior parte degli ordinamenti e con la giurisprudenza di quasi tutti i paesi. È infatti quasi ovunque diffusa l'idea che la legge che regola una società debba disciplinarne tutti gli aspetti, statici e dinamici, relativi sia agli affari interni sia a quelli esterni.

3.3.2. La teoria della sede reale: la théorie du siège réel francese e la Sitztheorie tedesca.

La teoria c.d. del *siège réel* o anche *siège social*, altresì nota in lingua tedesca sotto il nome di *Sitztheorie* considera le società e gli enti giuridici regolati dal diritto del paese nel quale essi hanno la loro sede amministrativa, cioè a dire la loro sede effettiva. di cui gli ordinamenti francese e tedesco sono i due principali sostenitori (e utilizzatori). Oltre agli ordinamenti francese e tedesco, patria di tale teoria, si suole includere nel novero dei paesi che impiegano il criterio della sede reale diversi ordinamenti europei, soprattutto continentali, quali ad esempio, il Belgio e la Spagna.¹⁴⁰

Le ragioni che ispirano l'accoglimento di un criterio di tal fatta sono evidentemente opposte a quelle che sorreggono il rivale anglosassone. La teoria della sede reale si basa sull'applicazione di un criterio oggettivo e indipendente sia dalla volontà dei soci, sia da qualsiasi dato formale con l'obiettivo di individuare il cuore, il baricentro dell'attività, il luogo in cui si concentrano i maggiori interessi sociali. In altri termini, secondo siffatta

¹³⁹ Così A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, p. 309.

¹⁴⁰ In realtà l'inclusione dell'ordinamento spagnolo tra quelli che accolgono il criterio della sede reale non è scontata; in assenza di una norma di conflitto espressa dedicata alle società o persone giuridiche la dottrina spagnola appare divisa persino sul punto: cfr. *infra* nota n. 587 e i riferimenti bibliografici ivi citati.

impostazione l'attenzione al dato oggettivo, materiale, deve prevalere al fine di rendere giustizia dell'effettivo collegamento di una società con il tessuto economico e sociale di uno Stato. Le esigenze di tutela dei lavoratori, dei soci di minoranza, dei creditori e di tutti i terzi che entrano in contatto con la società giustificano l'attenzione prevalente al dato reale, piuttosto che a quello formale della sede statutaria o del luogo di iscrizione della società nei registri commerciali.

Tutto ciò premesso, pare utile e opportuno accennare alla formazione e all'applicazione del c.d. *criterio della sede amministrativa o effettiva o reale* che dir si voglia in alcuni degli ordinamenti che si fanno rientrare nella grande famiglia dei paesi che accolgono la *théorie du siège réel*.

a) *La théorie du siège social*.

L'ordinamento francese viene tradizionalmente annoverato, e a ragione, tra gli ordinamenti che accolgono il criterio della sede reale o effettiva. Esso ha da sempre accordato il suo favore a criteri che garantissero una certa aderenza al dato reale, per scongiurare il rischio di *fraude à la loi*, ovvero di aggiramento dell'intero sistema giuridico nazionale, pericolo a cui l'ordinamento francese è sempre stato molto sensibile.¹⁴¹ La scelta di un criterio come quello oggi prevalente del *siège social*, caratterizzato dalla prevalenza del dato fattuale su quello formale, affonda le sue radici nella forte diffidenza che tradizionalmente caratterizza l'ordinamento francese rispetto alla volontà dei privati, dei fondatori della società, e nel profondo scetticismo nei confronti della "*puissance des groupements*", ritenuta una minaccia per gli interessi pubblici francesi.¹⁴² Da un sentimento di questo tipo è disceso, come necessaria conseguenza, il divieto di scelta della legge regolatrice della società, divieto valido sia per i cittadini sia per gli stranieri.

¹⁴¹ La pronuncia che ha dato origine alla dottrina della *fraude à la loi* è: Cour de cassation (Ch. civ.), 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont c. Prince de Bauffremont*. Su tale dottrina in Francia v., tra gli altri, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.*, pp. 594-601 e specificamente sul tema P. ARMINJON, *La fraude à la loi en droit international privé*, in *JDI*, 1928, p. 409 ss., B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, 1974.

¹⁴² Così H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 325 e P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 760.

Il diritto internazionale privato francese in materia di società è, come già si è anticipato, indissolubilmente legato al concetto di *nazionalità* delle società.¹⁴³ L'analogia con le persone fisiche informava l'intero sistema; del resto non esiste contributo dottrinale francese che, ancora oggi, non tratti congiuntamente di norme di conflitto (in materia di società, ma anche da un punto di vista più generale) e di nazionalità (e norme sulla nazionalità).¹⁴⁴ Nonostante il concetto stesso di nazionalità delle persone giuridiche sia stato sottoposto a dure critiche da parte di alcuna dottrina che ne ha contestato l'applicabilità stessa alle persone giuridiche e alle società,¹⁴⁵ la giurisprudenza francese non ha mai esitato ad assoggettare tali enti alla loro legge nazionale.

Impostata la questione della ricerca della legge applicabile alle società sulla base del criterio della nazionalità delle società, emergeva dunque la necessità di individuare i criteri più adatti a determinarla. In assenza di un testo generale che precisasse tali criteri, fu la giurisprudenza francese ad accollarsi l'onere di rintracciarli. Molte furono le circostanze suggerite e utilizzate a tal fine.¹⁴⁶ Ciononostante il criterio del *siège social* ha finito per prevalere su tutte le altre circostanze di collegamento della persona giuridica con il territorio di un dato Stato.¹⁴⁷ Consacrato per la prima volta in una decisione della *Cour de Cassation*

¹⁴³ Così Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 963.

¹⁴⁴ Così, tra gli altri, Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, pp. 249-354 dedicate alla nazionalità delle società (v. p. 347 sulla spiegazione di tale scelta: la determinazione della *lex societatis* passa attraverso il criterio della nazionalità), H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, titre premier, pp. 91-238, interamente dedicate alla nazionalità (e in particolare sulla giustificazione dell'inclusione della nazionalità all'interno del diritto internazionale privato v. pp. 16-17), MENUJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001, chapitres 1-3, pp. 15-54 interamente dedicate alla nazionalità (in questo caso delle società), Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.* titre 2, pp. 817-918, interamente dedicato alla nazionalità (nozione, fonti, requisiti acquisto nazionalità francese, perdita, competenza giurisdizionale).

¹⁴⁵ In questo senso v. J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il* cit., p. 406, Y. LOUSSOUARN, *Le Conflit de Lois* cit., p. 87, M. MENUJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, cit., p. 15 ss., IDEM, *Note a Cass.* p. 292.

¹⁴⁶ Vari criteri sono stati utilizzati dalla giurisprudenza francese e proposti dalla dottrina al fine di determinare la nazionalità delle persone giuridiche e delle società, talvolta partendo dalla natura contrattuale delle società, tal altra avendo riguardo alle persone che controllano la società, tal altra ancora ispirandosi a teorie istituzionali e prendendo come riferimento la personalità giuridica delle società. Così tra le circostanze di contatto con uno Stato utili alla determinazione della nazionalità delle società compaiono il luogo di conclusione del contratto di società, il luogo di costituzione della società, il *siège statutaire*, il luogo delle riunioni dei principali organi societari, o di concentrazione dell'azionariato, la nazionalità dei soci fondatori, il luogo di emissione e/o di sottoscrizione delle azioni, il criterio del controllo, il *siège social*, il *centre d'exploitation* e il *centre de décision*. In alcuni casi la giurisprudenza francese ha preferito, anziché scegliere una sola circostanza di quelle elencate, esaminare l'insieme delle circostanze di causa nel loro complesso per stabilire si collocava effettivamente la vita di una società. Questo tipo di approccio ha caratterizzato soprattutto la giurisprudenza del XIX secolo, fino al decennio 1880-1890. Sul punto v. A. PEPY, *La nationalité des sociétés*, *op. cit.*, pp. 8, 11-14. Per una panoramica dei differenti criteri v. Y. LOUSSOUARN, BREDIN, *op. cit.*, pp. 261.

¹⁴⁷ Il *siège social* si è affermato, su tutti gli altri, quale criterio utile a determinare la nazionalità delle società sul finire del XIX secolo, nel decennio 1880-1890. Fino ad allora il *siège social* concorreva con le altre circostanze già citate (*ut supra*

nel lontano 1870,¹⁴⁸ il *siège social*, è divenuto in seguito il criterio principe ed esclusivo per la determinazione della nazionalità delle società e, indirettamente, della legge ad esse applicabile.¹⁴⁹

Sin dal XIX secolo la giurisprudenza francese ha interpretato il *siège social* come il luogo in cui si trova lo stabilimento principale della società,¹⁵⁰ meglio ancora dove si trovano la direzione superiore e il controllo della società.¹⁵¹ Da quell'idea risalente la giurisprudenza relativa al trasferimento fraudolento di sede ha sviluppato un concetto leggermente diverso, ma assimilabile, di *siège social* quale luogo in cui sono riuniti gli elementi essenziali della vita giuridica, finanziaria e amministrativa della società, lì dove la società ha la direzione giuridica, finanziaria, amministrativa e tecnica e non invece dove ha solamente un centro di produzione e degli organi di carattere secondario.¹⁵²

nota prec.); nel decennio 1880-1990 e in particolare nei suoi ultimi anni, la giurisprudenza era altalenante e le pronunce sono quasi equamente divise tra *siège social* e *centre d'exploitation*. È solo dal 1890 che l'equilibrio tra i due si rompe definitivamente a favore del *siège social*. Inteso come il luogo in cui si concentrano la direzione e il controllo della società, il luogo cioè dove si concreta l'esistenza giuridica della società senza la quale l'attività materiale svolta nelle fabbriche e negli uffici non sarebbe niente, tale criterio consente di garantire una certa prevedibilità e certezza e di combattere la temuta *fraude à la loi*, tanto cara alla giurisprudenza e alla dottrina internazionalista d'oltralpe. A tal proposito v. A. PEPY, *La nationalité des sociétés*, op. cit., pp. 15-18, 22-23, Y. LOUSSOUARN, *Le Conflit de Lois* cit., p. 61, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, op. cit., pp.334-335, Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, op. cit., pp. 268-269 (anche per la copiosa giurisprudenza citata in nota).

¹⁴⁸ Cfr. Cass. Civ. 20 juin 1870, S. 70.1.373 (v. B&L p. 335, n. 6).

¹⁴⁹ Dalla fine del XIX sec. la giurisprudenza francese ha continuamente e ininterrottamente assoggettato le società alla legge del luogo di collocazione del *siège réel*. Ciononostante, qualche eccezione rimane e rimasta con riferimento all'uso del criterio della nazionalità, sia con riferimento all'impiego di criteri diversi dal *siège social* al fine di determinare tale nazionalità. Sul punto v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, op. cit., pp. 274-275 (con riferimento al problema conflittuale delle società, escluso invece il tema del godimento dei diritti). Le eccezioni si comunque possono contare. In particolare, in due decisioni degli anni '60 del XX sec. i giudici francesi hanno preferito applicare il criterio della sede statutaria e/o quello del controllo (cfr. Cour d'appel de Paris, 3^e ch., 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1967, p. 85, note P. LAGARDE, Cour de Cassation 17 mai 1967, in *JDI*, 1967, p. 874, note Y. LOUSSOUARN, Cour de Cassation, 1^{re} ch. civ., 30 mars 1971, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1971, p. 541, note P. LAGARDE (la Corte accorda prevalenza, rispetto alla regola generale della determinazione della nazionalità di una società attraverso il *siège social*, al criterio del controllo in casi in cui, come quello di specie, si verifichi un passaggio di sovranità sul territorio in cui è posto il *siège social* di una società interamente controllata da francesi che ne hanno deciso, attraverso apposita delibera dell'assemblea straordinaria, il trasferimento in Francia). In particolare con riferimento a quest'ultima pronuncia, autorevole dottrina sottolinea come, nonostante l'ampia motivazione dell'eccezione da parte della Corte, restino di capitale importanza l'utilizzo della nazionalità in relazione alle società e l'affermazione del principio generale secondo cui riferimento generale per determinare la nazionalità di una società è il luogo di ubicazione del *siège social*. Sul punto P. LAGARDE, note a Cour de Cassation, 1^{re} ch. civ., 30 mars 1971 cit., p. 461.

¹⁵⁰ Cfr. Cour de Bordeaux, arrêt 11 aout 1857, D. 1859.2.60 (cit. da Loussouarn, note a Cass. 1949, p. 80).

¹⁵¹ Cfr. Cour de Cassation, 28 octobre 1941, in *Gaz. Pal.*, 1942, 18 (il *siège social* è là dove si trovano "la direction supérieure et le contrôle de la société").

¹⁵² Cour de Cassation, 7 juillet 1949, *Compagnie de Cambodge c. Administration de l'Enregistrement*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1949, p. 78, note Y. LOUSSOUARN, in particolare p. 79. La Cour de Cassation precisa infatti che il luogo in cui si trova il *siège social* è "en règle générale, celui où l'entreprise a principalement sa direction juridique, financière administrative et technique et non celui où elle a seulement une exploitation et des organes de caractère secondaire", ancora Cour de Cassation (Ass. Plén.), 21 décembre 1990, cit. Secondo cui il *siège réel* è definito come "siège de la direction effective".

Si comprende, dunque, come il *siège social* abbia finito per prevalere sugli altri criteri: oltre a garantire una certa stabilità e prevedibilità, consentiva di combattere eventuali comportamenti fraudolenti posti in essere dai soci fondatori o dagli amministratori della società, ossia la *fraude à la loi*, tanto cara ai giudici transalpini seriamente preoccupati dell'eventuale aggiramento della norme nazionali, in particolare di alcune disposizioni imperative del diritto societario (ad esempio, relative ai conferimenti in natura o al capitale minimo) e del diritto tributario. La costruzione giurisprudenziale nota come *théorie du siège social fictif* esigeva che la sede sociale fosse non solo effettiva ma anche non fraudolenta, cioè che la sua collocazione, oltre ad essere reale, corrispondesse anche a degli interessi importanti e legittimi della società in questione.¹⁵³ I giudici francesi hanno sempre ritenuto che il *siège social* fosse da considerarsi *fictif* e, quindi, vi fosse frode, non solo quando la sede statutaria avesse avuto un'esistenza puramente apparente, ma anche qualora il *siège social*, pur funzionante realmente e seriamente, non fosse stato stabilito in un paese con il quale la società presentava *une attache sérieuse* (un collegamento importante), dal momento che la scelta di tale ubicazione non era giustificata da un interesse evidente.¹⁵⁴

Qualcuno ha sottolineato le difficoltà ad individuare un *siège social* così concepito, specialmente quando gli elementi della direzione siano distribuiti in differenti paesi, sostenendo che si tratti di una formula vaga e astratta.¹⁵⁵ Tuttavia, tale formula esprime, meglio di altre, l'esigenza di un collegamento effettivo (*une attache sérieuse*) tra la società e lo Stato della sede.

Il fondamento normativo del *siège social* quale criterio di collegamento in materia di società risiede oggi nei vigenti articoli L-210-3 del *code de commerce* e 1837 del *code civil*, di identica formulazione (il primo si applica però alle sole società commerciali, mentre il secondo estende la medesima regola anche alle società civili), trasfusione della norma

¹⁵³ D'accordo con i requisiti del carattere *réel et sérieux* richiesti dalla giurisprudenza francese per evitare frodi al diritto nazionale ad opera dei fondatori delle società e aventi l'effetto di dotare il criterio di collegamento scelto in materia di società (la nazionalità) di un carattere imperativo v. Y. LOUSSOUARN, J.-D- BREDIN, *op. cit.*, p. 284.

¹⁵⁴ Sul punto A. PEPY, *La nationalité des sociétés*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁵ Così Y. LOUSSOUARN, *note cit.*, p. 81.

contenuta nell'art. 3 della legge del 24 luglio 1966.¹⁵⁶ Non si tratta di una vera e propria norma di conflitto, ma piuttosto di disposizioni atte a delimitare l'ambito di applicazione (spaziale e personale) del diritto francese (societario in particolare).¹⁵⁷ La legge 24 luglio 1966 ha confermato l'interpretazione del concetto di *siège social* elaborato sino ad allora dalla giurisprudenza transalpina.¹⁵⁸ La norma contenuta nel suo art. 3 ha assoggettato alla legge francese le società aventi il loro *siège social* in territorio francese e prevede la possibilità per i terzi di avvalersi della sede statutaria laddove la società abbia il suo *siège social* all'estero (così facendo applicazione della c.d. *théorie de l'apparence*, che impedisce alle società di sfuggire, nei confronti dei terzi, all'applicazione della legge francese per il fatto di avere la sede reale all'estero).¹⁵⁹ L'utilizzo del criterio del *siège social* come criterio di collegamento è dunque il frutto della "bilateralizzazione" di tale norma operata dalla giurisprudenza con l'appoggio dalla dottrina, che hanno esteso il criterio della sede sociale alla determinazione

¹⁵⁶ L'art. 3 della *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966* recitava "Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française", precisando al secondo comma che "Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu". Tale articolo è stato poi trasfuso, identico, nell'art. L210-3, *code de commerce*, applicabile a tutte le società commerciali e, in un secondo momento e per il tramite della *Loi 4 janvier 1978*, nell'art. 1837, *code civil*, estendendo così la medesima disciplina anche alle società civili. Sul punto v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 760.

¹⁵⁷ Sull'assenza di vere e proprie norme di conflitto nell'ordinamento francese (non solo con riguardo alle società, ma in generale) v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 454-472 e in particolare pp. 454-456. Gli Autori fanno notare la peculiarità dell'ordinamento francese rimasto indifferente all'ondata codificatoria verificatasi in tutta Europa a partire dagli anni '60 del secolo scorso e danno conto dei tre poco convinti tentativi di codificazione del diritto internazionale privato francese (fatti tra la fine della seconda guerra mondiale e gli anni '70), tutti falliti miseramente. Gli Autori spiegano tale fenomeno in termini di flessibilità del diritto internazionale privato francese, il quale, essendo per lo più frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e non incontrando i limiti rigorosi della norma scritta, ha saputo sopravvivere ai cambiamenti istituzionali e adattarsi al rinnovato assetto determinatosi, in particolare, a seguito ai due conflitti bellici mondiali. Sul ruolo suppletivo della giurisprudenza in materia di determinazione della legge applicabile alle società v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, pp. 267 e 273.

Inoltre, sulla bozza elaborata dalla Commissione di riforma del *code civil* allo scopo di codificare il diritto internazionale privato francese si veda *La codification du droit international privé*, Paris 1956, in particolare il *Rapport* di Y. LOUSSOUARN sulle norme proposte quanto alle persone giuridiche straniere, p. 41. Sempre sulla codificazione del diritto internazionale privato v. H. V. JESSERUN D'OLIVEIRA, *La codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence*, in *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer-Boston, 1984, p. 117, Y. LOUSSOUARN, *Les vicissitudes de la codification du droit international privé français*, Liber amicorum Georges. A. L. Droz, *cit.*, p. 191, A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Paris, 2005.

¹⁵⁸ Sul valore della disposizione di cui all'art. 3 della legge del 24 luglio 1966 nel senso di confermare l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che individuava nel *siège social* la circostanza per determinare la nazionalità delle società, criterio di collegamento per determinare la legge applicabile alle società, e nel dissipare i dubbi sul punto sollevati da qualche eccezionale decisione in senso opposto v. Lagarde, *note* a Cour de Cassation, 1^{re} ch. civ., 30 mars 1971, *op. cit.*, pp. 461-462.

¹⁵⁹ Così H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 338.

della legge applicabile a tutte le società.¹⁶⁰

Occorre tuttavia non cadere nella tentazione di pensare al *siège social* come alla sede statutaria della società. Vero è che vige in Francia una presunzione di coincidenza tra sede statutaria e effettiva, rafforzata a seguito dell'introduzione della disposizione di cui al citato art. 3 della legge 24 luglio 1966.¹⁶¹ Altrettanto vero è però che da sempre la giurisprudenza francese, per parare il colpo derivante da eventuali comportamenti fraudolenti da parte dei fondatori o degli amministratori della società,¹⁶² ha interpretato il *siège social* come *siège réel et sérieux*.¹⁶³ Di conseguenza, sebbene attualmente una analisi sintattica rigorosa condurrebbe a dar prevalenza all'elemento formale, si può ben dire che l'ordinamento transalpino accoglie il criterio della sede sociale effettiva.¹⁶⁴

¹⁶⁰ In giurisprudenza cfr.: Cass. com. 21 décembre 1987, in *Rev. soc.* 1998, p. 398, note SYNVEY; Cass. com. 8 novembre 1988, in *JPC* 1989, II, p. 21230 note BARBIÉRI, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1988, p. 297, note JOBARD-BACHELLIER; Cass. com. 9 avril 1991, in *RTD com.*, 1991, p. 402, obs. REINHARD; Cass. com. 19 mai 1992, in *JDI*, 1992, p. 945, note KAHN; Cass. com. 9 mars 1993, in *Rev. Soc.*, 1993, p. 584. In dottrina, sul punto P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 753, par. 1031, confermano la necessità della bilateralizzazione della norma di cui al primo comma dell'art. 1837 *code civil*. *Contra* nel senso che tale operazione costituisce un errore di metodo v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, pp.333-334.

In senso critico rispetto all'esistenza di una norma di conflitto bilaterale in materia di società ricavabile dall'art. 3 della legge 24 luglio 1966 al fine di determinare la legge applicabile alle società straniere v. anche SYNVEY, *note* a Tribunal de commerce de Paris, 4^e ch., 19 octobre 1982, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1984, p. 93, specialmente p. 114. L'A. critica in particolare la soluzione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza circa l'impiego in prima battuta del *siège réel* ai fini della determinazione della legge applicabile alle società, ritenendo più corretto considerare invece quale regola generale quella del *siège statutaire* (come previsto dal primo comma del citato art. 3) e, solo in funzione suppletiva, il *siège réel*, per evitare di addivenire all'applicazione di un diritto che rinuncia esso stesso, sul piano internazionale, alla propria imperatività, per via dell'adozione del sistema dell'*incorporation*. La bilateralizzazione della norma di cui all'art. 3 legge 24 luglio 1966 è spiegata sulla base dell'analogia tra persone fisiche e giuridiche (la stessa tecnica ermeneutica utilizzata per l'art. 3 *code civil* riguardo alle persone fisiche è cioè applicabile anche all'art. 3 *loi du 24 juillet 1966* in relazione alle persone giuridiche) da MENUJUCQ, *note* a Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998 *cit.*, p. 291.

¹⁶¹ Cfr. in giurisprudenza relativamente recente Cour Cass. (Ass. plén.), 21 déc. 1990, in *Rev. cit. d.i.p.*, 1992, p. 70, *note* DURANTON, in particolare p. 71: la Corte afferma che la nazionalità di una società "résulte en principe de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par la siège statutaire" Dal punto di vista normativo sono gli stessi artt. 1837 *code civil* e L210-3 *code de commerce*, in particolare il loro secondo comma, a sottintendere tale presunzione, prevedendo la possibilità per i terzi di valersi della sede statutaria, senza però che questa sia loro opponibile da parte della società che abbia la sede reale all'estero.

¹⁶² Sulla giustificazione della teoria del *siège social fictif* v. LOUSSOUARN, *note* a Cour de Cassation, 7 juillet 1949, *Compagnie de Cambodge c. Administration de l'Enregistrement*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1949, p. 78, in particolare p. 80, Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 354.

¹⁶³ Sul punto v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, pp. 280-286. Nel senso che il *siège social* corrisponde normalmente al *siège statutaire* e che la prevalenza in alcuna giurisprudenza del *siège réel* è soltanto il frutto dell'applicazione dell'eccezione della *fraude à la loi* v. SYNVEY, *note* a Tribunal de commerce de Paris, 4^e ch., 19 octobre 1982 *cit.*, p. 114, P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, pp. 757-758; sul medesimo punto v. anche Y. LOUSSOUARN, *note cit.*, p. 82. Sulla *fraude à la loi* rispetto alle norme di conflitto v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 594-601

¹⁶⁴ Per questo motivo, per la prevalenza delle esigenze di prevenzione della frodi che impongono un carattere *non fictif* al *siège social*, si ritiene che l'ordinamento francese vada annoverato tra quelli che accolgono il criterio della sede effettiva. La dottrina francese maggioritaria è concorde sul punto (cfr. Quanto riporta Menujucq nella nota a Cass. Civ. 8 déc. 1998). Acluni autori fanno, invece, notare come l'analisi della sintassi dell'art. 3 della legge 24 luglio 1966, poi trasfuso nei due articoli gemelli contenuti l'uno nel codice civile e l'altro nel codice di commercio francesi, imponga quale regola generale il

Il progressivo abbandono del criterio della nazionalità a favore dell'impiego diretto del criterio del *siège social* è sancito espressamente per la prima volta da una decisione della *Cour de cassation* dell'inizio degli anni novanta del secolo scorso.¹⁶⁵

Rispetto ad altri paesi che condividono la medesima impostazione, per così dire, "sostanzialistica", l'ordinamento francese è uno dei pochi, forse l'unico, in cui non risulta esserci mai stata alcuna apertura al criterio dell'*incorporation*. Mentre, infatti, in Germania qualche voce a favore dell'opposta teoria si è in tempi diversi levata, soprattutto dopo la guerra, nessun segnale simile si è avvertito in Francia, dove le discussioni sono sempre state incentrate sui due concetti di nazionalità e di *siège social sérieux et non fictif*, escludendo ogni possibile apertura favorevole alla volontà delle parti private (vuoi attraverso l'impiego del criterio formale dell'incorporazione, vuoi attraverso l'ammissione della c.d. *loi d'autonomie*, ovvero la legge scelta dalle parti).¹⁶⁶

b) *La Sitztheorie*.

La peculiarità del sistema tedesco dal punto di vista che qui interessa è che in Germania la c.d. *Sitztheorie* non ha alcun fondamento normativo né mai ne ha avuto. L'assenza di disposizioni di conflitto specificamente dedicate alle società è una costante dell'ordinamento giuridico tedesco degli ultimi cent'anni. Nè il *Einführungsgesetz zum*

siège social inteso come *siège statutaire* e ammetta, solo in funzione di correttivo, il riferimento al *siège réel*, invece generalmente utilizzato in dottrina: così SYNDET, *note* a Tribunal de commerce de Paris, 4^e ch., 19 octobre 1982 *cit.*, p. 114 (a tal proposito l'A. mette in guardia dall'utilizzo del criterio del *siège réel* non solo per la definizione dell'ambito di applicazione della legge nazionale, ma anche e soprattutto per la determinazione della legge applicabile alle società straniere) e MENJUCQ, *note* a Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998 *cit.*, pp. 290-291 (l'A. ritiene che, soprattutto tenuto conto dell'accresciuta importanza accordata alla registrazione a seguito della legge 24 luglio 1966, il *siège statutaire* dev'essere considerato il criterio di collegamento principale in materia di società, anche se soffre di due eccezioni: l'una implicita, la *fraude à la loi* eccipibile da tutti gli interessati, l'altra esplicita, la facoltà concessa ai terzi – e solo a loro – di valersi indifferentemente sia della sede statutaria sia di quella reale a seconda dei loro interessi).

¹⁶⁵ Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1999, p. 284, *note* M. MENJUCQ, p. 284. Sul punto v. M. MENJUCQ, *note*, pp. 286, 290-291. Sull'impiego del *siège social* quale criterio di collegamento diretto in materia di società v. anche P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 754. Nel senso che tale legge avrebbe invece confermato l'orientamento giurisprudenziale rispetto al *siège social* quale criterio per determinare la nazionalità delle società v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 335.

¹⁶⁶ Sul punto v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, pp. 966-967. Gli AA. sottolineano come il diritto consuetudinario (*droit coutumier*) francese non abbia mai considerato l'ammissibilità di criteri quali il controllo o la legge scelta dalle parti, ma abbia sempre accolto con decisione il criterio del *siège social*.

Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB), contenente le disposizioni preliminari al codice civile, del 1900 né il successivo *EGBGB* del 1986 (ancora in vigore) contengono alcun riferimento specifico alle società.¹⁶⁷

A fronte del vuoto normativo, la giurisprudenza tedesca ha da sempre applicato con sicurezza la *Sitztheorie*: la legge regolatrice di una società si determina in base al luogo in cui è situata la sede effettiva di detta società.¹⁶⁸ La dottrina tedesca dal canto suo non ha mostrato alcun dubbio circa la sussistenza o l'opportunità della sua applicazione nell'ordinamento nazionale, almeno sino all'epoca della giurisprudenza comunitaria relativa al diritto di stabilimento delle società, di cui si darà conto però più avanti.¹⁶⁹

All'alba del XX secolo la massima autorità giurisdizionale tedesca, il *Reichsgericht*, afferma che, in via generale, gli affari interni di ciascuna società si considerano regolati dalla legge dello Stato in cui essa ha la propria sede (*Sitz*) nonché dai principi generali di diritto internazionale (pubblico) e dalle disposizioni di eventuali trattati bilaterali applicabili ai singoli casi di specie.¹⁷⁰ Il *Bundesgerichtshof*, successore del *Reichsgericht* dopo la seconda guerra mondiale, ha seguito la medesima via e confermato la scelta del predecessore.

Va da sé che la *Sitztheorie* tedesca richiede la coincidenza del luogo di costituzione della società e del luogo della sede reale, meglio, ne richiede la contemporanea presenza nel

¹⁶⁷ Il EGBGB del 1900 non conteneva alcuna norma di conflitto relativa alle società. Alla questione della capacità delle persone giuridiche si applicava estensivamente l'art. 7 concernente la capacità delle persone fisiche, da determinarsi secondo la legge nazionale. Le società avevano dunque una *Staatsangehörigkeit* utile a individuare lo statuto personale: secondo la giurisprudenza tedesca le società con *Geschäftssitz* in Germania avevano *Personalstatut* tedesco ed erano quindi soggette al diritto tedesco. Nessuna novità è stata introdotta, dal punto di vista del diritto positivo, dal EGBGB del 1986, il quale manca anch'esso di una qualsiasi norma dedicata alle società. Nonostante l'assenza di una norma di conflitto espressa in materia di società, sembra che la *Sitztheorie* abbia ricevuto l'avallo implicito del legislatore. Tra gli indizi v. la legge di ratifica tedesca della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, legge che esclude dall'applicazione della convenzione le società aventi il *tatsächlicher Sitz* al di fuori della Comunità, in BGBl. 1972 II, p. 369, gli artt. 13 e II S 3 nn. 3 e 4 e 13g V e VI del HGB (dalle quali si può trarre la medesima conclusione), nonché la proposta di legge sulla trasformazione di società il cui ambito di applicazione è limitato alle società aventi la sede in Germania.

¹⁶⁸ Il criterio di collegamento accolto dall'ordinamento tedesco è il luogo in cui si trova il *Sitz* della società, ovvero "*wo die Gesellschaft erkennbar organisiert ist*" (cfr. OLG München, 6 Mai 1986, in NJW, 1986, p. 2197).

¹⁶⁹ Tale monolitica approvazione e applicazione della *Sitztheorie* da parte della giurisprudenza e della dottrina tedesche è stata negli ultimi tempi scossa dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento delle società ai sensi degli artt. 43 e 48 CE (già 52 e 58 CEE e oggi 54 e 59 TFUE). Di tale evoluzione e dell'acceso dibattito circa la compatibilità della *Sitztheorie* con le norme comunitarie si dirà più avanti: cfr. *infra* cap. II, parr. 5.3-5.6.

¹⁷⁰ Cfr. sentenza del *Reichsgericht* in *RGZ*, vol. 117, pp. 215-217.

medesimo Stato, pena la considerazione della detta società quale *nullum* giuridico.¹⁷¹

Quanto al concetto di sede, la sua definizione ha presentato non poche difficoltà. Vari criteri sono stati proposti: il luogo principale di attività, il luogo delle riunioni del consiglio di amministrazione (o anche dell'assemblea generale dei soci), il luogo dell'amministrazione effettiva, e così via. Il *Bundesgerichtshof* tedesco (la Corte suprema federale – d'ora in avanti *BGH*), in una sentenza del 1986 divenuta la pietra miliare della questione, ha definito *sede reale* della società il *effektiver Verwaltungssitz*, inteso come il luogo in cui le decisioni amministrative fondamentali vengono trasformate in attività economica quotidiana.¹⁷²

Le ragioni di una simile scelta sono chiare: la *Sitztheorie* si giustifica infatti alla luce della volontà di proteggere i creditori della società (particolarmente i lavoratori), i soci di minoranza e tutti i terzi che con essa entrano in contatto nonché di tutelare gli interessi dello Stato in cui la società svolge effettivamente la propria attività e nel cui tessuto economico-finanziario è integrata.

La *Sitztheorie* e il *Prinzip der Anerkennung* (il principio del riconoscimento automatico) sono stati i capisaldi del sistema tedesco sino agli ultimi decenni. Senza nessuna eccezione o discussione in merito il *BGH* e i giudici di grado inferiore hanno utilizzato il criterio della sede reale per determinare la legge applicabile alle società. Il dibattito sull'opportunità di una simile teoria è iniziato solo sulla spinta della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento delle società alla fine del XXI secolo.

Non vanno dimenticati, infine, i limiti derivanti alla *Sitztheorie* dalle convenzioni bilaterali in vigore per la Germania. L'effetto di simili convenzioni bilaterali è quello di restringere di molto l'ambito di applicazione del criterio della sede reale a favore di un'applicazione sempre più estesa nei rapporti bilaterali del criterio dell'*incorporation*. Senza contare gli effetti della libertà di stabilimento garantita alle società dal diritto dell'Unione

¹⁷¹ P. BEHRENS, *From "Real Seat" to "Legal Seat": Germany's Private International Company Law Revolution*, in P. HAY ET AL. (eds.), *Resolving International Conflicts*. Liber Amicorum Tibor Várady, Budapest, New York, 2009, p. 45 ss. spec. p. 46.

¹⁷² Cfr. sentenza *BGH* in *BGHZ*, vol. 97, pp. 269-272, in particolare p. 272: "... Maßgebend dafür ist der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden". Sul punto v. P. BEHRENS, *"Real Seat" to "Legal Seat"* cit., p. 46.

europea.¹⁷³

In conclusione, occorre accennare al fatto che la *Sitztheorie* vanta numerose varianti, proposte nel corso degli anni per mitigare il rigore di siffatta dottrina e coniugare i vantaggi di quella con l'opposta teoria dell'incorporazione. Tra le tante, la più significativa è sicuramente la *Überlagerungstheorie*, la dottrina della *sovrapposizione*, elaborata dal professor Sandrock alla fine degli anni settanta del secolo scorso. Secondo tale dottrina la *lex societatis* deve essere di norma determinata in base al criterio dell'incorporazione; tuttavia, certe norme imperative del diritto dello Stato della sede reale devono essere ugualmente applicate alla società regolata dalla legge dello Stato di incorporazione laddove ciò sia necessario per proteggere gli interessi dei soci nazionali, dei creditori e di altri terzi. Il diritto dello Stato di incorporazione e quello dello Stato della sede reale, in una certa misura, si sovrappongono.¹⁷⁴ Un'altra variante della *Sitztheorie* è rappresentata dalla *Kombinationstheorie*, secondo la quale una società è regolata dalla legge dello Stato di incorporazione a condizione che essa possa provare di avere con detto Stato un legame reale. Diversamente la società in questione viene considerata *pseudo-foreign corporation* e può essere assoggetta dallo Stato della sede reale al proprio diritto nazionale.¹⁷⁵

3.3.3. Altri criteri di collegamento in materia societaria: il controllo e il centre d'exploitation.

Oltre alle due teorie della sede reale e dell'incorporazione, senza dubbio dominanti (nelle varianti nazionali appena descritte), altre sono state elaborate per far fronte alle contingenze in periodi particolari. Ancora una volta il serbatoio più capiente a cui attingere è l'ordinamento francese che, forse proprio per l'assenza di una norma di conflitto concernente le società, si è dimostrato particolarmente flessibile e adattabile rispetto alle esigenze

¹⁷³ Cfr. *infra*, cap. II.

¹⁷⁴ Vedi O. SANDROCK, *Die multinationalen Korporationen*, in *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft fuer Voelkerrecht*, 1978, p. 168, spec. p. 191 ss. nonché IDEM, *Ein amerikanisches Lehrstueck fuer das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften*, in *RabelsZ*, 1978, p. 227 ss., spec. p. 246

¹⁷⁵ Sul punto v. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, pp. 219 ss.

determinate dalle contingenze storiche.¹⁷⁶ Mantenendo ferma la nazionalità quale criterio di collegamento in materia di società, i giudici francesi hanno potuto giocare sulla selezione delle circostanze utili a determinare tale criterio. Se il *siège social* ha infatti fatto la parte del leone, sino a diventare esso stesso autonomo criterio di collegamento in materia societaria, non consentiva tuttavia di rispondere in modo soddisfacente alle occorrenze di periodi storici peculiari, quali furono quelli dei due conflitti mondiali.

La caratteristica comune ai due criteri più diffusi, vale a dire quello della sede reale e quello dell'incorporazione è senz'altro quella di non tenere in considerazione (almeno non direttamente) gli individui che a vario titolo partecipano alla gestione società (in qualità di amministratori o di soci). Il criterio del *controllo* risponde proprio alla logica opposta. Impone cioè di indagare oltre lo schermo dell'organizzazione societaria per guardare a chi detiene il controllo della società, ovvero dirigenti e/o soci.

Dopo aver conquistato la ribalta al tempo della prima guerra mondiale, la nozione di *controllo* è ritornata a dominare la scena durante la seconda guerra mondiale.¹⁷⁷ Il primo conflitto mondiale, infatti, fece emergere esigenze nuove a cui le circostanze normalmente considerate per determinare la nazionalità delle società non sapevano più rispondere. La vittoria o la sconfitta nella guerra dipendevano in una certa misura, non solo dalla capacità e

¹⁷⁶ In questo paragrafo dedicato al *controllo* si fa riferimento prevalentemente alla Francia dal momento che è il paese in cui giurisprudenza e dottrina hanno a lungo discusso e in molti casi utilizzato tale criterio, più massicciamente che altrove. Si noti che le esigenze di difesa bellica che hanno portato all'impiego del criterio del *controllo* si manifestarono soprattutto in Europa, nei paesi cioè in cui i due conflitti mondiali furono combattuti. Questo è il motivo per cui tale criterio non è mai penetrato nel sistema USA.

¹⁷⁷ Il criterio del *controllo* apparve nella giurisprudenza francese durante la prima guerra mondiale. L'esigenza era quella di distinguere le società autenticamente francesi da quelle straniere, economicamente e "psicologicamente" tali, che avrebbero potuto influenzare l'economia francese, al di là della collocazione del *siège social* in Francia. I beni e le proprietà degli stranieri dovevano essere sottoposti a sequestro e vigeva il divieto di commercio con il nemico (ovvero, lo straniero). Nel periodo tra le due guerre il *controllo* cadde velocemente in disuso e la giurisprudenza riprese a determinare la nazionalità delle società attraverso il *siège social* (sia dal punto di vista conflittuale sia da quello del godimento dei diritti). Con l'avvento del secondo conflitto bellico si riproposero le medesime esigenze che avevano fatto emergere il concetto di *controllo*. La giurisprudenza francese si trovò ad applicare nuovamente il concetto di *controllo* quale circostanza determinante la nazionalità delle società, ma lo fece con parsimonia, impiegandolo solo quando obbligata da una disposizione normativa positiva in tal senso e nei casi strettamente legati agli eventi bellici, sequestri e danni di guerra (gli stessi eventi per cui anche i trattati di pace prevedettero poi l'uso del concetto del *controllo*). In tutti gli altri casi portati davanti ai giudici francesi, ad esempio quelli, pure numerosi, concernenti il rinnovo dei contratti di locazione commerciale, si fece invece applicazione del tradizionale concetto del *siège social*. Sull'impiego della nozione di *controllo* nella giurisprudenza francese tra la prima e la seconda guerra mondiale v. Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, pp. 269-277, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, pp. 339-341, P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, pp. 768-770, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, pp. 973-975. Il concetto di *controllo* verrà ripreso poi dagli anni '50 del XX secolo in funzione di correttivo degli effetti discendenti dall'applicazione del *siège social* ai casi di trasferimento della sede.

dalla forza militare diretta di uno Stato, ma anche dall'abilità dello stesso di acquisire il controllo delle attività economiche produttive essenziali al sostentamento degli sforzi bellici. Le strategie difensive passavano anche attraverso la difesa dei settori economici cruciali per l'economia bellica contro la penetrazione economica da parte del nemico. Ecco allora che in tali periodi diventava cruciale individuare e identificare le società straniere e quindi "nemiche". È chiaro però che da questo punto di vista l'impiego del criterio del *siège social* non consentiva di andare al di là del dato formale e dello schermo creato con la costituzione della società rispetto a chi di quella società deteneva il controllo e poteva costituire un pericolo per gli interessi francesi. Tutte le società controllate dal nemico furono messe sotto sequestro, indipendentemente dalla nazionalità risultante dalla costituzione o dall'ubicazione della sede sociale. In questo frangente la nozione di controllo e la conseguente determinazione, attraverso lo stesso, della nazionalità delle società servì dunque non tanto a individuare la legge ad esse applicabile quanto a procedere al sequestro dei beni e dei patrimoni di proprietà di stranieri, per ciò stesso nemici.¹⁷⁸

Ferma la necessità di penetrare lo schermo societario, quali fossero gli elementi da considerare per stabilire il controllo è questione più delicata. Si è fatto riferimento sia alla nazionalità dei soci, sia a quella degli amministratori o di chi aveva comunque la gestione della società, sia talvolta alla provenienza del capitale sociale.¹⁷⁹ La giurisprudenza è spesso stata guidata nella scelta dalla considerazione del risultato voluto, stabilire cioè il carattere straniero e dunque nemico della società pur avente la sede sociale nel territorio dello Stato del giudice adito. In Francia in particolare, l'esigenza immediata era quella di sottoporre a sequestro i beni dei soggetti stranieri. Con il *décret* del 27 settembre 1914, in ragione dello stato di guerra e nell'interesse della difesa nazionale, fu vietato il commercio (diretto e per interposta persona) con il nemico, ovvero tutti i sudditi dell'impero tedesco o austroungarico nonché i soggetti ivi residenti, pena la nullità di tutti i contratti conclusi in violazione del suddetto divieto, e vennero sospese tutte le convenzioni stipulate con i medesimi soggetti stipulate dopo l'inizio delle rispettive ostilità. Il fondamento formale del criterio del controllo

¹⁷⁸ Così H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 340.

¹⁷⁹ Sul punto Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 266.

era costituito proprio dall'art. 1 di tale *décret*. Una serie di provvedimenti successivi estese poi siffatto regime ad altri Stati. Il fine di dare concreta applicazione a tali normative portò la giurisprudenza a correggere, criticare e talvolta a ribaltare completamente le teorie precedenti riguardanti la nazionalità delle società. Quando non bastava il riferimento al *centre d'exploitation* della società, parte della giurisprudenza transalpina prese in considerazione l'importanza in ciascuna società degli elementi riconducibili a tale o tal'altra nazionalità e valutò l'orientamento dell'impresa, ossia l'interesse nazionale alla cui persecuzione la società era volta.¹⁸⁰

L'impiego del concetto di *controllo*, seppure raramente a fini conflittuali, non fu particolarmente condiviso dalla dottrina. Questa salutò con favore l'atteggiamento della giurisprudenza limitativo delle ipotesi di applicazione del *controllo* e rilevò come tale nozione costituisse una fonte di grande e grave incertezza, oltre tutto contraria, in un'ottica comparatistica, alla scelta formalistica effettuata dalla maggior parte degli altri Stati.¹⁸¹ Piuttosto se ne suggerì l'utilizzo in casi eccezionali e legislativamente previsti a correzione degli effetti discendenti dall'applicazione del *siège social*, regola generale al fine di determinare la nazionalità delle società e per il suo tramite la legge loro applicabile.¹⁸²

Occorre in effetti precisare che il *controllo* è raramente assunto a criterio di collegamento per l'individuazione della legge applicabile alle società. La nozione di nazionalità delle società svolgeva molte funzioni oltre a quella di criterio di collegamento in materia societaria. Sebbene il *controllo* sia stato impiegato al fine di stabilire la nazionalità degli enti societari, l'accezione di nazionalità così derivata fu normalmente impiegata per fini diversi da quelli conflittuali. Ciò è vero sia sul piano giurisprudenziale (si rimanda a quanto si è detto sopra), sia su quello del diritto positivo.¹⁸³

Un'altro criterio spesso citato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soprattutto francesi, è quello del *centre d'exploitation*. A lungo tale rivale del *siège social* ha visto

¹⁸⁰ Per un'approfondimento sul punto v. A. PEPY, *op. cit.*, p. 152 ss. e Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 269 ss.

¹⁸¹ In questo senso H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸² Questo soprattutto nei casi di trasferimento v. ad es. Cass. 1^{re} ch. Civ. 30 mars 1971.

¹⁸³ Sul punto H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 342.

diminuire i suoi consensi alla fine del XIX secolo, a favore del rivale.¹⁸⁴

Il *centre d'exploitation* (che si potrebbe tradurre come *luogo di svolgimento dell'attività principale* o *centro delle attività produttive* o *operational headquarters*) altro non è che il centro degli interessi della società, il centro della vita commerciale e industriale della società, contrapposto al centro della vita giuridica della società che corrisponde invece al *siège social*. Se le leggi di uno Stato sono pensate per regolare le società che funzionano sul territorio di quello Stato e che sono in esso integrate, ecco allora che occorrerà guardare non solo e non tanto al luogo in cui si concentra la vita giuridica della società, quanto a quella dove si concentrano le attività economiche, le quali sole rappresentano gli interessi sociali.¹⁸⁵ L'argomentazione principale a sostegno del *centre d'exploitation* sta proprio in questo e cioè nell'idea che gli interessi forti di ciascuna società si concentrino non laddove agiscono gli organi gestori, ma laddove si riuniscono le attività economiche. Oltre a ciò, non si deve trascurare l'importanza del fatto che, secondo i suoi sostenitori, il *centre d'exploitation* esclude qualsiasi ruolo della volontà dei fondatori nella determinazione della nazionalità della società. È evidente che un'idea di questo tipo non è più attuale perché molto è cambiato nella società e nell'economia dal tempo in cui i principali sostenitori di questo criterio vissero e scrissero (fine del XIX secolo). Già la dottrina di inizio '900 rilevava come tali concezioni non fossero più sostenibili in relazione alle moderne società, spesso disperse in differenti paesi e non più strettamente legate alle attività di produzione o costruzioni.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Sul punto Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, pp. 266-267. Sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 13, G. COSCIA, *Il riconoscimento delle società straniere*, Milano, 1984, p. 58, C. ANGELICI, *Appunti cit.*, p. 7.

¹⁸⁵ Sul punto v. A. PEPY, *op. cit.*, pp. 73-75 (in particolare per i riferimenti bibliografici a sostegno del *siège d'exploitation* v. nota n. 1, p. 73).

¹⁸⁶ Sul punto v. A. PEPY, *op. cit.*, pp. 73-75 e G. CHERVET, pp. 128-130. In particolare a proposito dell'inadeguatezza del *centre d'exploitation* a fungere da criterio di collegamento Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 267.

4. La legge regolatrice delle società nell'ordinamento italiano.

4.1. Il diritto internazionale privato in materia di società fino al 1995.

L'ordinamento italiano si è dotato di una specifica norma di conflitto dedicata alle società (e ad altri enti) solo con la *Legge 31 maggio 1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato, n. 218* (in vigore dal 1° settembre 1995). Prima di allora l'ordinamento italiano era sprovvisto di una vera e propria norma di conflitto espressamente dedicata alle società, né alle persone giuridiche e agli altri enti. La dottrina italiana cercò di ovviare alla lacuna normativa per via interpretativa. Le opinioni sono molte e diverse tra loro. L'unica convinzione condivisa sembra essere quella dell'assenza di una norma di diritto internazionale privato che espressamente e specificamente contemplasse le società.¹⁸⁷

Per cercare di fotografare le differenti tesi dottrinali espresse in relazione alla disciplina internazionalprivatistica delle società, si possono anzitutto distinguere due diversi orientamenti. Da un lato vi fu chi cercò la soluzione alla questione della determinazione della legge applicabile alle persone giuridiche e alle società in ragionamenti di pura logica e con riferimento al diritto comparato, dall'altro invece coloro che esaminarono il diritto positivo alla ricerca di una o più disposizioni che, pur non essendo specificatamente dedicate al tema, potessero essere ugualmente estese per via interpretativa a disciplinare anche il caso delle società e delle persone giuridiche. Nell'ambito di questo secondo approccio, la ricerca interessò soprattutto le disposizioni preliminari al codice civile e alcuni articoli del codice civile disciplinanti le società costituite all'estero o operanti all'estero. Segnatamente, furono presi in considerazione gli artt. 16, c. 2, 17 e 25 delle disposizioni preliminari al codice civile,

¹⁸⁷ In questo senso, tra i tanti, v. F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, p. 142 (già implicitamente p. 119, ove l'A., data l'assenza di una norma di diritto internazionale privato contemplante in modo specifico le società, imposta la questione come un problema di qualificazione della fattispecie in esame rispetto alle disposizioni esistenti nella preleggi), E. VITTA, *Dir. int. priv.*, II, p. 71, P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treuunternehmen» nell'ordinamento italiano*, in *Com. e Studi*, XV, Milano, 1978, p. 83 ss., spec. p. 88 ss., R. LUZZATTO, *Persona giuridica cit.*, p. 277. Se questo era senz'altro il sentire diffuso non è mancata un'autorevole voce contraria: sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 97 ss. In adesione a quest'ultima tesi v. anche G. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 283 ss., spec. p. 294.

rispettivamente riguardanti la condizione dello straniero in Italia, lo stato e la capacità delle persone e, infine, la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e, per quanto concerne il codice civile, gli artt. 2505 e 2509 c.c. i quali disciplinavano rispettivamente le società costituite all'estero ma aventi in Italia la sede amministrativa e l'oggetto principale dell'attività nonché le società costituite in Italia ma operanti all'estero.

Secondo il primo orientamento la legge regolatrice delle persone giuridiche e società andava determinata non sulla base dei classici metodi di coordinamento tra ordinamenti, bensì sulla base di ragionamenti fondati sulla logica e su osservazioni di diritto comparato. Muovendosi in questa prospettiva, alcuni autori sostenevano che si dovesse aver riguardo al luogo in cui la società aveva stabilito la sua sede sociale (richiedendo talvolta che essa fosse effettiva),¹⁸⁸ altri invece suggerivano il ricorso alla teoria dell'incorporazione.¹⁸⁹ Quanto alla giurisprudenza, essa sembrava orientata nel dare riconoscimento in Italia agli enti stranieri ammettendo la piena competenza del diritto straniero talvolta della sede, talvolta del luogo di costituzione.¹⁹⁰ Nella medesima ottica di scostamento dai meccanismi conflittuali classici, autorevole dottrina prediligeva il riferimento a un principio generale di diritto internazionale privato non codificato (ma comunque implicito nel sistema, come derivante dagli artt. 16 e 17, disp. prel. c.c.), che assicurava il riconoscimento agli enti collettivi stranieri attribuendo efficacia, nel foro, al diritto dello Stato in base al quale erano venuti ad esistenza.¹⁹¹

All'interno del secondo orientamento si distinguono molteplici tesi, accomunate dal fatto di ricercare nel diritto positivo una norma da cui ricavare per via ermeneutica la

¹⁸⁸ Tra gli altri, v. G. DIENA, *Principi di diritto internazionale*, II, Milano - Roma - Napoli, 1928, p. 290 ss., R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, I, t. 4, Torino, 1964, p. 126 ss. e già A. CAVAGLIERI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3a ed., Napoli, 1933, p. 279 ss. sebbene con riferimento al sistema vigente nel 1933.

¹⁸⁹ Così D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 1918, p. 209, G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova, 1964, p. 353, spec. nota n. 6.

¹⁹⁰ A favore del criterio della sede v. Cons. Stato 27 maggio 1918, *Arciconfraternita e Monte del SS: Sacramento dei nobili spagnoli di Napoli c. Ministeri dell'interno e degli affari esteri*, in *RDI*, 1919-1920, p. 391 ss. (nota SALVIOLI), C. App. Bari 12 aprile 1955, *Chiappellini c. Ditta Steinway & Sons*, in *Giust. civ. Mass. App.*, 1955, p. 41 ss., Trib. Torino 14 dicembre 1955, *Fabrique de Crayons Koh - I - Noor L. e C. Hardmuth c. Koh - I - Noor Tuskarna L. e C. Hardmuth Narodni Podnik - Impresa nazionale*, in *RDI*, 1958, p. 371 ss. Per il criterio del luogo di costituzione v. Trib. Genova, *AGIP e altri c. Ministero Finanze*, in *Giur. comp. d. i. pr.*, 1954, p. 27 ss., C. App. Bologna 28 aprile 1956, *Svit Impresa Nazionale e altri c. Soc. B. S. F. Stiftung, Ciper, Bata e altri*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 142 ss. o *RDI*, 1957, p. 264 ss. (nota PAU). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda v. E. VITTA, *Dir. int. priv.*, II, p. 73, nota 28.

¹⁹¹ In questo senso v. R. LUZZATTO, *Persona giuridica.*, p. 284, e già IDEM, *Anstalt-impresa fiduciaria*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, III, Milano, 1981, p. 79 ss. e *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.le.*, 1976, II, p. 58 ss., spec. p. 63, seppure in questi due scritti la stessa tesi fosse formalmente basata sull'art. 17, dis. prel. c.c.

disciplina internazionalprivatistica delle società. Tra le opinioni che si possono ascrivere a tale orientamento, alcune tengono come riferimento diretto, come anticipato, gli artt. 16, c. 2, o 17 o 25 delle disposizioni sulla legge in generale, altre gli artt. 2505-2509 c.c.

La dottrina prevalente impostava la soluzione delle ricerca internazionalprivatistica in materia di società sulla base dell'art. 17, disp. prel. c.c., mettendo in luce come tale norma regolasse lo stato e la capacità delle persone senza fare alcuna distinzione tra le persone fisiche e quelle giuridiche (e ciò fosse comprovato dai lavori preparatori).¹⁹² L'art. 17, disp. prel. c.c., costituiva una vera e propria norma di conflitto, valida tanto per le persone fisiche quanto per quelle giuridiche, indicante nella legge nazionale il diritto regolatore dello stato e della capacità delle persone. Di conseguenza, le persone giuridiche e le società avrebbero dovuto essere regolate dalla loro legge nazionale. Come si determinasse la nazionalità delle società era poi questione risolta dai più attraverso il ricorso agli artt. 2505-2509 c.c in relazione alle società italiane mediante il rinvio agli ordinamenti stranieri riguardo alle società non italiane.¹⁹³

Alla tesi fondata sull'art. 17, disp. prel. c.c., che pure sembra avere anche il favore di parte della giurisprudenza,¹⁹⁴ sono state opposte almeno due obiezioni. Anzitutto, si riteneva che l'interpretazione della parola "persone", impiegata dalla norma, come comprensiva della due categorie di persone note all'ordinamento italiano fosse in contrasto con argomenti esegetici e sistematici, oltretutto con l'intenzione del legislatore.¹⁹⁵ Più legata alla sostanza appare invece l'altra critica mossa alla teoria che individua la *lex societatis* attraverso l'art. 17 e cioè che il primo comma di tale disposizione non sarebbe idoneo a contemplare anche la personalità giuridica giacché si occupa di stato e capacità facenti capo ad un soggetto,

¹⁹² Di questa parere, tra i tanti, v. F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, p. 113 ss. e 191 ss, IDEM, *Considerazioni cit.*, p. 624 ss., R. DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano, 1957, p. 381 ss., spec. p. 388 ss. (espressamente in adesione alla teoria di F. CAPOTORTI qui sopra citata), E. VITTA, *Dir. int. priv.* II, pp. 77-78 ss., T. TREVES, *Il caso Zeiss*, in *RDIPP*, 1967, p. 437 ss., spec. 484, G. BALLADORE PALLIERI, *Dir. int. priv. cit.*, p. 138 ss.

¹⁹³ Per tutti v. E. VITTA, *Corso di diritto internazionale privato*, Torino, 1976 p. 171.

¹⁹⁴ Trib. Milano, sent. 10 giugno 1949, *I. G. Farbeindustrie A .G. e Compagnia Famaceutica C.O.F.A. c. Istituto Biochimico Pavese*, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 676 ss., spec. 676 (ove si afferma, seppure senza particolari argomentazioni, che la legge applicabile alla società straniera si determina attraverso l'art. 17 disp. prel. c.c.), Trib. Roma, decr. 19 giugno 1968, *Abdullah Ali Resa c- Etablissement Unorient*, in *F.I.*, 1969, I, c. 256 ss., spec. c. 528.

¹⁹⁵ Sul punto *amplius* A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 5. Per una critica v. R. LUZZATTO, *Persona giuridica cit.*, p. 283.

presupponendo l'esistenza di tale soggetto, ossia la sua capacità giuridica o soggettività.¹⁹⁶

Una posizione minoritaria è senz'altro quella di chi sottolineava come non tanto la personalità, quanto il momento contrattuale fosse il tratto caratterizzante del fenomeno societario. Da tale diversa prospettiva la disciplina conflittuale in materia di società andava ricavata non già dall'art. 17 delle preleggi né dalle norme del codice civile concernenti le società straniere o operanti all'estero, bensì dall'art. 25 delle preleggi, e cioè dalla norma di conflitto dedicata alle obbligazioni contrattuali in virtù della particolare rilevanza assunta nell'ambito del fenomeno societario dall'atto costitutivo e dello statuto (e, dunque, della rilevanza del momento contrattuale).¹⁹⁷ È facile immaginare come le obiezioni rispetto a questa teoria si siano basate sul rilievo che il luogo di conclusione del contratto può essere circostanza del tutto casuale e marginale, insufficiente a collegare una società ad un dato ordinamento.¹⁹⁸ Oltretutto, così facendo si sarebbe attribuito alla volontà delle parti private il potere di eludere l'applicazione delle norme imperative dello Stato collegato alla fattispecie societaria in modo sostanziale. Peraltro, rispetto alle società il dato della conclusione del contratto risultava del tutto inadatto giacché tale fatto non era sufficiente a far venire ad esistenza le società dotate di personalità giuridica, effetto per il quale era invece necessario l'intervento dello Stato.¹⁹⁹

Infine, v'era chi sul fondamento dell'art. 16, c. 2, disp. prel. c.c., riteneva che l'ordinamento italiano disciplinasse la materia, attribuendo "direttamente" la personalità alle società e agli enti stranieri sul presupposto della loro valida esistenza nell'ordinamento d'origine attraverso le norme sostanziali,²⁰⁰ oppure come conseguenza del rinvio alla situazione creatasi nell'ambito di detto ordinamento.²⁰¹ A tale teoria si obiettava soprattutto l'attribuzione alla norma citata di una funzione che essa non aveva. L'art. 16, c. 2, serviva

¹⁹⁶ F. CAPOTORTI, *La nazionalità* cit., p. 104 ss., G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1982, pp. 91 e 95, R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, p. 119 ss.

¹⁹⁷ Così G. BALLADORE PALLIERI, *Dir. int. priv. cit.*, p. 134 ss. Successivamente però lo stesso A. aderì alla tesi ricostruttiva basata sull'art. 17 delle preleggi: sul punto v. G. BALLADORE PALLIERI, *Dir. int. priv. 1974 cit.*, p. 139 ss.

¹⁹⁸ Già G. DIENA, *Principi* cit., p. 289

¹⁹⁹ Sul punto v. per tutti F. CAPOTORTI, *La nazionalità* cit., p. 119, nota n. 8 e A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 2, nota n. 4.

²⁰⁰ Così G. MORELLI, *Elementi* cit., p. 92, il quale sostiene che l'attribuzione della personalità da parte dell'ordinamento italiano "risulta implicitamente" dall'art. 16, c. 2, disp. prel. c.c. Inoltre, v. R. MONACO, *L'efficacia* cit., p. 121 ss.

²⁰¹ Così G. COSCIA, *Il riconoscimento* cit., p. 86 ss., secondo il quale l'art. 16, nell'ammettere le persone giuridiche straniere al godimento dei diritti civili, si distingue come norma di "organizzazione" diretta a riceverle senza nulla aggiungere alla capacità loro derivante dall'ordinamento d'origine, al quale dovrà farsi riferimento per stabilire la portata di detta capacità.

cioè solo ad escludere che la qualifica di “straniero” potesse limitare il godimento dei diritti civili e non era certo pensata come base giuridica per il riconoscimento in Italia delle società straniere.²⁰²

Se la dottrina prevalente si rifaceva all’art. 17, disp. prel. c.c., e solo indirettamente, al fine di ricavarne i criteri per stabilire la nazionalità italiana di una società, alle disposizioni del codice civile, altri autori individuavano la soluzione alla lacuna legislativa direttamente negli articoli del codice civile concernenti le società straniere operanti in Italia nonché le società italiane operanti all’estero (artt. 2505-2510 c.c.). Gli artt. 2506-2508 disciplinavano il trattamento delle società straniere in Italia, mentre gli artt. 2505 e 2509 c.c. si occupavano delle società costituite all’estero e operanti in Italia così come di quelle costituite in Italia ma operanti all’estero. Questi ultimi in particolare, erano presi in considerazione come norme indirette di attribuzione della nazionalità italiana alle società. Secondo il combinato disposto degli artt. 2505 e 2509 c.c. erano da considerarsi italiane le società costituite in Italia e che ivi avevano la loro sede, nonché le società che comunque avevano la sede sociale in Italia (anche nel caso di stipula dell’atto costitutivo all’estero) e le società che in Italia svolgevano l’attività principale prevista dallo statuto (indipendentemente dal luogo di costituzione). Nell’ambito di questo filone si distingue la teoria, sostenuta da autorevole dottrina con estese argomentazioni, dell’esistenza di una norma bilaterale perfetta discendente dal combinato disposto degli artt. 2505-2508 c.c. da un lato e 2509 c.c. dall’altro, imperniata sul criterio del luogo di costituzione della società.²⁰³

Da ultimo, va registrata l’opinione di chi non ravvisava nell’ordinamento italiano una norma bilaterale concernente la materia societaria, ma considerava quest’ultima oggetto da un lato di norme unilaterali e dall’altro di norme parzialmente differenti per quel che riguardava il riconoscimento degli enti stranieri.²⁰⁴

²⁰² A tal proposito, per tutti, v. R. LUZZATTO, *Persona giuridica* cit. pp. 282-283.

²⁰³ Così A. SANTA MARIA, *Le società* cit., p. 91 ss., IDEM, *Società (diritto internazionale privato e processuale)*, in C. MORTATI, G. SANTORO-PASSARELLI, *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 883 ss., spec. p. 889 ss.

²⁰⁴ Così P. PICONE, *Diritto internazionale privato* cit., p. 83 ss.

4.2. *La lex societatis nella legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.*

4.2.1. *La legge 31 maggio 1995 n. 218 e la disciplina internazionalprivatistica delle società.*

La legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (in vigore dal 1° settembre 1995) si inserisce in un movimento di codificazione del diritto internazionale privato iniziato circa tre decenni prima.²⁰⁵ Essa ha dato vita ad un sistema tendenzialmente organico di norme di diritto internazionale privato inteso in senso ampio, comprensivo delle norme di diritto processuale civile internazionale inizialmente escluse dal progetto, e ha abrogato quelle poche norme previgenti sparse in diverse fonti, specialmente nel codice di procedura civile e nelle disposizioni preliminari al codice civile, c.d. *preleggi*.²⁰⁶ Sebbene razionalizzato e innovato, il sistema è tendenzialmente completo ma certo non può dirsi onnicomprensivo: al di là delle norme di diritto internazionale rimaste comunque disseminate in alcune leggi speciali o in codici e normative

²⁰⁵ La *Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* del 31 maggio 1995 n. 218, in *G.U.R.I.*, suppl. ord. n. 68 al n. 128 del 3/06/1995, ha introdotto in Italia una disciplina tendenzialmente organica e completa in materia di diritto internazionale privato e processuale. Essa infatti comprende disposizioni sulla competenza giurisdizionale (artt. 1-12), sulla legge applicabile (artt. 13-62) e sull'efficacia delle decisioni straniere (artt. 63-68), seguite dalle norme di attuazione. Entrata in vigore il 1° settembre 1995, ad eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 64-71 entrate in vigore solo il 31 dicembre 1996, essa si inserisce nel generale movimento codificatorio che ha interessato il continente europeo per circa trent'anni, dagli anni sessanta ai novanta, del '900: sul punto, con l'indicazione delle numerose regolamentazioni adottate, v. per tutti C. AZZOLINI, *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1993, p. 893 ss. e A. DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *RDI*, 1990, p. 556 ss.). Il primo progetto di legge di riforma, elaborato da Edoardo Vitta, risale al 1968 (cfr. *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, Milano, 1968, p. 1 ss.); lo stesso elaborò poi un secondo *Ire Ch. civ., 8 décembre* progetto, nel 1984, su incarico del Ministero di grazia e giustizia (pubblicato in *Problemi di riforma Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986 p. 3 ss. unitamente a un *Memoriale* a cura dello stesso estensore). Solo nel 1985 con la nomina da parte del citato Ministero di una apposita Commissione ministeriale si diede l'avvio ai lavori di riforma che condussero nel 1989 ad uno schema di articolato (per il quale v. *RDIPP*, 1989, p. 932 ss.). Successive modifiche portarono da quel testo al disegno di legge n. 1192 presentato dal Ministro di grazia e giustizia al Senato il 29 aprile 1993: per il testo del disegno di legge e la *Relazione* ad esso annessa v. F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2002, p. 153 ss. Sui caratteri generali della riforma si vedano, per tutti, N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996 e F. POCAR, *I principi generali del diritto internazionale privato nella legge di riforma*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 3 ss.

²⁰⁶ L'art. 73 della legge di riforma dispone: "1. Sono abrogati gli articoli dal 17 al 31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, nonché gli articoli 2505 e 2509 del codice civile e gli articoli 2, 3, 4 e 37, secondo comma, del codice di procedura civile; gli articoli dal 796 all'805 del codice di procedura civile sono abrogati a far data dal 31 dicembre 1996". Si noti che rimane in vigore l'art. 16 delle preleggi.

specifiche,²⁰⁷ e senza dimenticare le numerose convenzioni concluse in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, riveste oggi importanza fondamentale la normativa di fonte europea prodotta nell’ambito c.d. processo di “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato.²⁰⁸ Tra i caratteri fondamentali del nuovo diritto internazionale privato figura sicuramente la grande apertura, specie se raffrontata al passato, a valori giuridici stranieri, come testimoniato dall’accoglimento dell’istituto del rinvio e dall’ampio spazio attribuito alla regolamentazione contenuta nelle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale in vigore per l’Italia (sia attraverso la riproduzione nella legge nazionale delle soluzioni convenzionali, sia mediante rinvio “in ogni caso”, sia, infine, attraverso la clausola generale di cui all’art. 2, c. 1, della stessa legge n. 218/1995, secondo cui “le disposizioni della presente legge non pregiudicano l’applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l’Italia”).²⁰⁹ Si riscontra poi una tendenza alla specializzazione delle norme di diritto internazionale privato: ciò è dimostrato da un lato dall’aumento dei criteri di collegamento impiegati, dall’altro dalla natura dei collegamenti e dal loro utilizzo. Tale risultato è ottenuto sia tramite la previsione di criteri flessibili sia mediante la previsione di una pluralità di criteri alternativi per la disciplina della stessa fattispecie, talvolta anche a scelta delle parti.

²⁰⁷ Molte disposizioni di diritto internazionale privato sono rimaste in leggi speciali, ad esempio in materia di divorzio o di atti dello stato civile, altre sono contenute in codici o normative specifiche, quali la navigazione, l’arbitrato oppure, ancora, l’adozione internazionale.

²⁰⁸ Il trattato di Amsterdam del 1997 (in *G.U.C.E.* C 340 DEL 10/11/1997) ha introdotto nel trattato istitutivo della Comunità europea (d’ora in avanti semplicemente CE) un nuovo titolo IV dedicato a “Asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone”, attribuendo all’Unione europea, ai sensi degli artt. 61, lett. c) e 65, CE, la competenza ad adottare misure nel settore delle cooperazione giudiziaria in materia civile e segnatamente misure volte a promuovere la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi. Sul fenomeno della “comunitarizzazione” del diritto internazionale privato si vedano, tra i numerosissimi contributi, F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European conflict of law revolution”?*, in *RDIPP*, 2000, 873 ss., J. BASEDOW, *The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 2000, p. 687, IDEM, *The Communitarisation of Private International Law*, in *RabelsZ*, 2009, 455, K. BOELE-WOELKI, R. H. VAN OOIK, *The Communitarization of Private International Law*, in *YbPIL*, 2002, p. 1 ss., A. DICKINSON, *European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?*, in *JPIL*, 2005, 197 ss., F. POCAR, *The “Communitarization” of Private International Law and its Impact on the External Relations of the European Union*, in A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 3, P. FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplexità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Milano 2009, p. 343 ss., R. LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, ibidem, p. 613 ss.

²⁰⁹ Sul punto v. F. POCAR, *L’incidenza delle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale sul nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del diritto internazionale privato italiano. Convegno Roma 11-12 aprile 1996*, Napoli, 1997, p. 229 ss.

Nonostante la pluralità di fonti di diritto internazionale privato, per quanto qui interessa, ovvero le norme sulla legge applicabile alle società, la disciplina interna rimane ancora l'unica disponibile. Non è dato, infatti, rinvenire accordi internazionali vigenti in materia, né l'Unione europea ha finora adottato un testo normativo sul punto. La legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato ha introdotto, per la prima volta nell'ordinamento italiano, una disposizione espressamente dedicata alle società e agli enti, personificati e non, disposizione che rimane anche l'unica a regolare la materia.²¹⁰ Per quanto qui interessa, essa ha abrogato espressamente gli artt. 17-31, disp. prel. nonché gli artt. 2505 e 2509 c.c.²¹¹

La disciplina in materia societaria è interamente racchiusa nell'art. 25 della legge n. 218/1995, dedicato alle "Società ed altri enti".²¹² Tale disposizione consta di tre commi, il primo dei quali contiene la vera e propria norma di conflitto (complessa), mentre il secondo concerne invece l'ambito di applicazione della *lex societatis* così determinata; da ultimo, il terzo si occupa di due fattispecie che saranno oggetto di approfondita disamina nei prossimi capitoli, ovvero del trasferimento all'estero della sede sociale e delle fusioni internazionali,

²¹⁰ Sull'inadeguatezza del precedente sistema di diritto internazionale privato con riferimento alla materia delle società e delle persone giuridiche e sulla necessità di una riforma v., tra gli altri, E. VITTA, *Memoriale cit.*, p. 285, A. GIARDINA, *Criteri ispiratori e tecniche di una eventuale riforma*, in *Problemi di riforma cit.*, p. 303 ss., R. LUZZATTO, in *Problemi di riforma cit.*, p. 420.

²¹¹ Diversamente sono rimasti in vigore gli artt. 2506-2508 e 2510 c.c. nonché l'art. 16, disp. prel. c.c. In particolare, la sopravvivenza di quest'ultima disposizione ha destato qualche dubbio rispetto ai suoi rapporti con l'art. 25 della legge n. 218/1995. Sul punto v. E. VITTA, *Corso di diritto internazionale privato*, 1992 (a cura di F. MOSCONI), p. 186 secondo cui la soggettività delle persone giuridiche straniere è automaticamente riconosciuta ma non incondizionata, bensì subordinata al fatto che l'ente in questione sia soggetto di diritto nel suo ordinamento e al disposto dell'art. 16. *Contra*: G. BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano – 28 ottobre 1995*, Milano, 1996, p. 57 ss., spec. p. 70, secondo cui l'art. 25 della legge di riforma costituirebbe uno strumento interpretativo dell'art. 16 il quale funge da garanzia generale di rilevanza in Italia degli enti costituiti all'estero e cioè l'art. 16 sancirebbe un principio generale di riconoscimento dell'esistenza di ogni ente straniero come costituito dal diritto determinato attraverso l'art. 25. Diversamente, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 142, i quali ritengono che il riconoscimento sia ora funzione esclusiva dell'art. 25 della legge di riforma e non già dell'art. 16 delle preleggi, cosicché la condizione posta da quest'ultima disposizione potrà venire in rilievo solo nel momento successivo dell'attribuzione dei diritti.

²¹² L'art. 25 della legge n. 218/95 recita: "1. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. 2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. 3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati".

introducendo non una norma di conflitto vera e propria bensì di una norma di c.d. *diritto internazionale privato materiale*.²¹³

La novità della norma, tuttavia, è soprattutto di natura formale. La dottrina è, infatti, concorde nel ritenere che il risultato concreto assicurato dal sistema previgente (per limitarci ad esperienze recenti) fosse del tutto simile a quello attualmente garantito dall'articolo 25 della legge di riforma.²¹⁴

Dal punto di vista della tecnica internazionalprivatistica, è idea condivisa dalla dottrina maggioritaria che il nuovo diritto internazionale privato italiano faccia uso non più soltanto del metodo tradizionale della localizzazione "territoriale" della fattispecie, ma di una pluralità di "metodi" di coordinamento tra ordinamenti.²¹⁵ Quanto all'art. 25, esso è ritenuto

²¹³ Per la nozione di norma di diritto internazionale privato materiale v. *infra* nota n. 544.

²¹⁴ Tra i sostenitori di una sostanziale continuità si vedano, ad esempio, C. ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 111 ss., spec. p. 111, T. BALLARINO, *Personnes* cit., p. 36, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., pp. 137-138. Addirittura autorevole dottrina afferma che la norma contenuta nell'articolo 25 non è altro che il completamento di un processo di "normalizzazione" del diritto internazionale privato delle società e delle persone giuridiche avviato nel 1835 nell'ordinamento degli Stati sardi: così A. SANTA MARIA, *Articolo 25*, in *RDIPP*, 1995, p. 1036 ss., spec. p. 1037 (pubblicato anche in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 134 ss. – si farà d'ora in avanti riferimento alla sola versione pubblicata in *RDIPP* in quanto precedente, seppure identica), IDEM, *Spunti* cit., p. 1039.

²¹⁵ Di questo parere, *ex multis*, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 144 ss., F. POCAR, *Il nuovo diritto* cit., p. 19, A. MALATESTA, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *RDIPP*, 2000, p. 945 ss., spec. p. 949, S. BARIATTI, *Art. 1, Oggetto della legge*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 877 ss., spec. p. 882, N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 42. Per un'approfondita analisi dei metodi di coordinamento tra ordinamenti presenti nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano nonché dei problemi discendenti da tale compresenza v. P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDIPP*, 1990, p. 693 ss., IDEM, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *RDI*, 1996, p. 289 ss. Senza pretese di completezza, oltre al metodo c.d. tradizionale o della localizzazione spaziale della fattispecie (per cui v. *infra* nota n. 216), si può ricordare il metodo c.d. del rinvio all'ordinamento competente (non alternativo ma complementare a quello tradizionale) pensato per situazioni particolarmente estranee allo Stato del foro, il quale si preoccupa delle effettive possibilità di svolgimento del rapporto in causa all'interno del sistema in cui è destinato a svolgersi, in modo da evitare situazioni c.d. "claudicanti": per una compiuta ricostruzione v. P. PICONE, *Il rinvio all'«ordinamento competente» nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1981, p. 309 ss., IDEM, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1986-II, t. 197, p. 229 ss., IDEM, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986. Un'altra prospettiva è quella condensata nel metodo c.d. delle considerazioni materiali o, semplicemente, metodo materiale dei conflitti di leggi che introduce considerazioni e finalità di carattere materiale si inseriscono nella regolamentazione internazionalprivatistica dei rapporti giuridici. Sviluppatisi originariamente nella dottrina statunitense come reazione alla rigidità delle soluzioni tradizionali ai problemi di conflitti di leggi (sul punto v. per tutti, S. C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law Revolution, Past, Present and Future*, Leiden, 2006, e IDEM, *The American Choice of law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, in *Recueil des Cours*, 2003, t. 298, p. 1 ss. nonché E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS, S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, St. Paul, MN, 2004, spec. p. 18 ss.), si è poi diffusa anche in Europa. Esiste ancora il metodo della c.d. applicazione generalizzata della *lex fori* o *jurisdictional approach*, tipico dei sistemi di *common law*, secondo il quale, data la competenza giurisdizionale dei giudici di uno Stato, si dovrà fare applicazione del diritto interno in qualità di *lex fori* a prescindere da una norma tradizionale di conflitto. Accanto alla tecnica dei conflitti di leggi, ulteriori modalità di

dalla dottrina prevalente espressione del metodo tradizionale²¹⁶ e la disciplina della materia delle società e degli enti si realizza mediante lo strumento tecnico tipico di tale metodo, ovvero la norma di conflitto “classica” bilaterale, che determina il diritto applicabile ad una certa fattispecie considerando su di un piano di perfetta equivalenza il diritto interno e quello straniero, ispirandosi ad una sorta di “neutralità” del diritto internazionale privato.²¹⁷ Si segnala però l’esistenza di una diversa tesi dottrinale secondo la quale non ci si troverebbe di fronte a una norma di conflitto classica bilaterale, quanto piuttosto ad una disposizione espressione di un diverso metodo di coordinamento tra ordinamenti, secondo cui l’ordinamento italiano da un lato costituisce enti in base alle propria legge, dall’altro

coordinamento tra ordinamenti giuridici sono quelle fondate sul *principio di prossimità* o sulla *méthode de la reconnaissance*. Quest’ultimo sistema di coordinamento tra ordinamenti consisterebbe nel dare riconoscimento a situazioni giuridiche validamente create in applicazione della legge riconosciuta come applicabile dal diritto dello Stato in cui esse sono venute ad esistenza. La *méthode de reconnaissance* si è affacciata recentemente sul palcoscenico del diritto internazionale privato (le prime riflessioni sulla *méthode de reconnaissance* e sul suo ruolo accanto alla tecnica dei conflitti di leggi con riferimento all’ordinamento dell’Unione europea risalgono al 2001: v. E. JAYME, CH. KOHLER, *Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPrax*, 2001, p. 501 ss., e successivamente, P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d’unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 2004, p. 225 ss.) e suscita molte discussioni, prima fra tutte quella sulla sua riconducibilità ad un vero e proprio “metodo” di coordinamento. Sulla *méthode de reconnaissance*, tra gli altri, v. P. LAGARDE, *La reconnaissance. Mode d’emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481 ss., R. BARATTA, *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status*, in *IPrax*, 2007, p. 4 ss., P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss., A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, p. 13 ss.

²¹⁶ Il metodo c.d. tradizionale o della “localizzazione spaziale” della fattispecie, risale al XVIII secolo e al pensiero di Friedrich Carl von Savigny, padre del moderno diritto internazionale privato. Detto metodo, abbandonando lo studio dell’efficacia territoriale delle leggi statali che aveva caratterizzato il diritto internazionale privato sino ad allora, si fonda sulla convinzione che ogni rapporto abbia una sua sede naturale e procede alla scelta della legge in astratto applicabile, avendo riguardo alla localizzazione “territoriale” o “spaziale” delle varie categorie di fattispecie. Il metodo tradizionale mira alla realizzazione della c.d. “armonia internazionale delle soluzioni”. Ogni questione che sia potenzialmente idonea a divenire oggetto di un conflitto tra le leggi di due o più Stati dovrebbe cioè ricevere ovunque la medesima soluzione, *rectius* dovrebbe essere decisa ovunque sulla base del medesimo diritto applicabile. Sul metodo “tradizionale” o della “localizzazione” spaziale dei rapporti giuridici si vedano, tra i tanti, P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 173 ss., spec. p. 176 ss., D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, Partie générale, Paris, 2010, p. 357 ss. Sull’impiego di tale metodo nella Legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato v. P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *RDIPP*, 1996, p. 289 ss., spec. p. 293 ss. In particolare, l’art. 25 sarebbe espressione della variante per autocolligamento (secondo la quale il foro segue la localizzazione del rapporto accolta da una legge straniera che “voglia” regolarlo, applicando tale legge): sul punto v. P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 51.

²¹⁷ Per una ricostruzione dell’art. 25 delle legge n. 218/1995 quale norma di conflitto bilaterale v. R. LUZZATTO, in *Problemi di riforma cit.*, pp. 426-427 (sulla configurabilità di norma di conflitto) e 428 (sul carattere bilaterale della norma di conflitto), ove l’A. auspicava che la riforma del diritto internazionale privato, all’epoca allo studio, continuasse ad impiegare il metodo conflittuale tradizionale in materia di società e persone giuridiche, nonché C. AZZOLINI, *Problemi cit.*, pp. 895-896, nonché, con riferimento alla norma di cui al vigente art. 25, C. ANGELICI, *Le società cit.*, p. 111, A. SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova riforma di diritto internazionale privato in materia di società e di altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1093 ss., spec. p. 1093, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, pp. 139-140.

riconosce enti costituiti ai sensi del diritto straniero per il solo fatto che essi esistano nel loro ordinamento d'origine, dando così efficacia alla disciplina speciale in cui si concretizza l'identità di tali enti.²¹⁸ In proposito si è obiettato che l'apparente difficoltà a concepire una norma di conflitto perfettamente bilaterale in relazione alle società e agli enti si spiega con il senso di straordinarietà che circonda la materia delle società e degli enti e che deriva soltanto dalle dispute relative alla natura della personalità giuridica e dal tradizionale problema del riconoscimento degli enti stranieri, probabilmente aggravato dall'assenza di una norma di conflitto espressa.²¹⁹ Di più: se la percezione di straordinarietà citata non costituisce un impedimento alla configurabilità di una norma di conflitto in materia di società ed enti, nemmeno osta al carattere bilaterale di una tale norma. A proposito del carattere bilaterale della norma di conflitto di cui all'art. 25, l'utilizzabilità di tale schema non risulta negato dal solo fatto che in taluni casi l'incidenza dell'operare delle società sugli interessi economici e sociali del foro giustifichi l'estensione del diritto italiano al di là dei limiti che deriverebbero dal normale operare delle norme di conflitto.²²⁰

²¹⁸ Il riferimento è alle tesi avanzate da M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25, Società ed altri enti*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1108, spec. p. 1121 ss., e, più di recente, IDEM, *Società ed altri enti*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 450 ss., spec. p. 453, sulla base delle osservazioni di P. PICONE, *Diritto internazionale privato cit.*, p. 100, nota n. 28 (tesi riferita alla disciplina previgente ma riproponibile anche rispetto a quella attuale). Il primo A. ritiene che l'art. 25 non sia da ricondurre al metodo tradizionale di coordinamento tra ordinamenti, malgrado il fatto che il linguaggio di tale disposizione sia quello della norma di conflitto bilaterale classica (linguaggio da superarsi per via interpretativa). L'art. 25 sarebbe piuttosto espressione di un'altra tecnica di coordinamento consistente nella sottoposizione tendenzialmente integrale dell'ente alle valutazioni dell'ordinamento di costituzione e operante in due fasi: l'ordinamento del foro anzitutto *costituisce* enti secondo la propria legge e *riconosce* ente costituiti in base al diritto straniero, in secondo luogo determina la legge regolatrice dell'ente, considerato quale soggetto dinamico, facendola coincidere con il diritto dell'ordinamento all'interno del quale l'ente è costituito. Di conseguenza, ritiene l'A. che nella legge n. 218/1995 opererebbe un fenomeno di *riconoscimento automatico* degli enti giuridici stranieri. In adesione a tale teoria ermeneutica v. F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, p. 162.

²¹⁹ Così R. LUZZATTO, C. AZZOLINI *Società cit.*, pp. 139-140. Sul punto v. in particolare P. PICONE, in *Problemi di riforma cit.*, p. 539 ss., il quale ritiene incompatibili le norme di conflitto bilaterali perfette con i caratteri peculiari della categoria delle persone giuridiche, C. ANGELICI, *Appunti cit.*, pp. 25 ss. e 50 ss., secondo cui la valenza politica di alcuni interessi coinvolti nell'operare degli enti stranieri motiverebbe un approccio analitico e unitario del diritto internazionale privato e del diritto materiale; in termini più generali e relativamente al progetto di riforma v. P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1990, p. 639 ss., A. DAVÌ, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *RDI*, 1990, p. 556 e spec. p. 564 ss.

²²⁰ Per questa interpretazione v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, pp. 139-140.

4.2.2. *L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25.*

Unica disposizione del capo III della legge n. 218/1995 dedicato al diritto applicabile alle “persone giuridiche”, l’art. 25 concerne “le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa”. Tale elenco, apparentemente incongruente con la rubrica del capo in cui la norma in commento si inserisce, comprende un insieme eterogeneo di soggetti. È evidente che non si può intendere la locuzione “persone giuridica” così come definita dal diritto civile italiano né, più in generale, può farsi riferimento alle categorie note a tale branca del diritto in maniera pedissequa e rigorosa, stante la diversa funzione che le norme di diritto internazionale privato sono chiamate a svolgere e il diverso contesto in cui operano, circostanze che ne determinano una certa autonomia interpretativa.²²¹ Occorre dunque comprendere quale sia il tratto che accomuna tutti questi soggetti, quali siano le ragioni cioè di una tale riunione e ciò al di là di ogni considerazione circa l’opportunità di una simile scelta.²²²

Il primo requisito che sarebbe legittimo attendersi, e cioè la personalità giuridica, non è certo appannaggio di tutti gli enti compresi nell’ambito di applicazione dell’art. 25. Ad esempio, non lo è delle società di persone, che pure rientrano nella nozione di “società”, né delle associazioni non riconosciute, anch’esse incluse nella più generale categoria delle “associazioni” appunto. È la norma stessa poi ad escludere la rilevanza della natura associativa, che pure sembrava caratterizzare le prime voci dell’elenco, e di quella pubblica o privata.²²³ A ben vedere ciò che accomuna le fattispecie coperte dall’art. 25 è il fatto di essere

²²¹ Così, ad esempio, A. SANTA MARIA, *Articolo 25 cit.*, p. 1038, C. ANGELICI, *Le società cit.*, p. 115, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società*, cit., pp. 143-144, A. MALATESTA, *In tema cit.*, spec. p. 950. Per un approfondimento sul concetto di “persone giuridica” nel diritto internazionale privato si veda, per tutti, R. LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., p. 276 ss.

²²² Sull’opportunità di un’unica norma per la disciplina di conflitto non solo per le società ma anche per tutte le persone giuridiche e, più in generale, per tutti i fenomeni associativi dotati di un’autonomia tale che sia possibile operare il collegamento al gruppo in quanto tale, distinto dagli individui che lo compongono, si vedano, tra gli altri, E. VITTA, *Memoriale cit.*, p. 61, R. LUZZATTO, in *Problemi di riforma cit.*, pp. 426-427, C. AZZOLINI, *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 895 e 903. *Contra* F. CAPOTORTI, *Considerazioni cit.*, p. 624 ss. ove l’A. sottolinea gli inconvenienti dell’impostazione tradizionale tendente a sottoporre le società alle norme di conflitto concernenti i soggetti collettivi.

²²³ La norma di cui all’art. 25 fuga ogni possibile residuo dubbio circa l’ammissibilità in Italia degli enti unipersonali, problema che si era posto nella giurisprudenza e nella dottrina italiane soprattutto in relazione alle forme della *Anstalt* e *Treuunternehmen* del Liechtenstein. Il problema giunse a definitiva soluzione con una decisione della Corte di Cassazione del 1978 la quale affermò la conformità di tali enti ai principi dell’ordinamento italiano e, di conseguenza, la loro

soggetti distinti dalle persone fisiche che li compongono. Sono, dunque, riconducibili all'ambito di applicazione soggettivo della disposizione in commento tutti quegli enti (non a caso la norma utilizza l'espressione "ed ogni altro ente" quasi come una formula di chiusura che identifica nel concetto di "ente" il suo destinatario), dotati, in misura più o meno ampia, di un'autonomia patrimoniale tale da costituire centri autonomi di imputazione di diritti e obblighi, diversi dalle persone, fisiche o giuridiche, che ne formano il sostrato sociale.²²⁴ Ogni entità organizzata, sia essa aggregato di persone fisiche o di patrimoni, indipendentemente dalla sua natura privata o pubblica, a prescindere dalla sua completa personificazione e, soprattutto, dalla sua corrispondenza con le tipologie societarie italiane, è soggetta alle prescrizioni dell'art. 25, a condizione che sia formalmente distinguibile dai suoi componenti.²²⁵ Si può ben dire, dunque, che l'ampiezza della formulazione dell'ambito di applicazione soggettivo è espressione della funzione "internazionale" della disposizione in esame. L'art. 25, infatti, deve ricomprendere figure create da ordinamenti stranieri che sono, per definizione, estranee alle categorie utilizzate dal diritto italiano ma che ne condividono l'attitudine ad essere strutture, più o meno organizzate, autonome rispetto alle loro parti fondamentali, espressione di interessi ultraindividuali e destinatarie di una disciplina speciale.²²⁶

Un problema che può porsi per alcune fattispecie concrete è quello della loro qualificazione e in particolare della loro caratterizzazione come fenomeni societari piuttosto che contrattuali. Distinguere la materia societaria, coperta dall'art. 25, da quella contrattuale cui è dedicata la norma di cui all'art. 57 della legge di riforma non è agevole soprattutto con riferimento a quei fenomeni dalla natura incerta, al confine tra le due materie, per i quali, ad esempio, non siano previste forme particolari di costituzione o di pubblicità. In questo caso

ammissibilità nell'ordinamento italiano: cfr. Cass. del 28 luglio 1977 n. 3352, in *Giurispr. it.*, 1978, p. 1076 ss. e in dottrina, per tutti, R. LUZZATTO, *L'Anstalt cit.*, p. 62 e P. PICONE, *Diritto internazionale cit.* p. 86 ss.

²²⁴ Di questa opinione v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 144, M. V. BENDETTELLI, *Capo III – Persone giuridiche, cit.*, p. 1112, G. BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato - Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano - 28 ottobre 1995*, Milano, 1996, pp. 58-59.

²²⁵ Così già A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 117 ss. con riferimento alle norme di cui agli artt. 2505 ss. c.c.

²²⁶ Nell'ambito del diritto internazionale privato la nozione di "persona giuridica" deve essere intesa come una formula abbreviata per indicare una serie di gruppi sociali sottoposti dal diritto ad una disciplina particolare, giustificata proprio da tale particolarità, e non si riconduce alle figure note come "persone giuridiche" nel diritto interno, ma esprime un profilo più ampio riguardando anche gli enti stranieri che non hanno caratteristiche analoghe a quelli dell'ordinamento interno: così R. LUZZATTO, *Persona giuridica cit.* p. 278.

sembra auspicabile accogliere l'indirizzo suggerito in dottrina, secondo cui sarebbe ammissibile il ricorso implicito al concetto di "organizzazione" impiegato dal legislatore svizzero nella LDIP del 1987 che, pur non essendo esplicitato nella norma italiana, sintetizza in modo efficace il carattere delle situazioni oggetto della norma contenuta nell'art. 25; in questo senso i due elementi caratterizzanti tutte le fattispecie incluse nell'ambito di applicazione dell'art. 25 e intrinseci al concetto di ente sarebbero "l'alterità formale" rispetto ai suoi componenti e "l'organizzazione".²²⁷

4.2.3. *Il criterio di collegamento principale: il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione della società.*

Il criterio di collegamento adottato in via principale dall'ordinamento italiano è quello del luogo di costituzione dell'ente. Recita infatti il primo comma dell'art. 25: "*Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione*".

Siffatta norma, diversamente da quanto è avvenuto per il resto della disposizione, ha subito una profonda modifica nel passaggio dal disegno di legge n. 1192 approvato dal Senato nel 1994 al provvedimento definitivo licenziato il 31 maggio 1995. Infatti, il testo inizialmente presentato alle Camere impiegava il criterio opposto della sede amministrativa che si presumeva, fino a prova contraria, equivalente a quella statutaria e dunque situata nel luogo di costituzione. Lo schema di articolato del 1989 si esprimeva nel senso di individuare il diritto regolatore degli enti in base al criterio del luogo "in cui si trova la loro amministrazione centrale"; più semplicemente i successivi disegni di legge facevano riferimento al "luogo in cui si trova la loro amministrazione" con l'aggiunta di una

²²⁷ Di questo parere sul possibile impiego del criterio dell'organizzazione C. ANGELICI, *Le società* cit. p. 116 e R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., p. 144.

presunzione relativa a favore della coincidenza dell'amministrazione con la sede statutaria.²²⁸

Subitaneamente in sede di esame parlamentare fu adottato un emendamento che sostituì al luogo di situazione dell'amministrazione il criterio opposto, cioè quello del luogo di costituzione, sovvertendo tutte le considerazioni svolte sino a quel momento in seno alla commissione redigente. Le ragioni di tale modifica non appaiono immediatamente chiare. Inizialmente, come sottolineato dalla *Relazione* al d.d.l. n. 1192, i redattori avevano escluso l'utilizzo di criteri quali quello della nazionalità o quello dell'incorporazione per le difficoltà di interpretazione e di identificazione da essi derivanti, prediligendo “*un criterio obbiettivo, applicabile a qualsiasi tipo di società, qual è quello del luogo dell'amministrazione*”.²²⁹ La modifica improvvisa del criterio di collegamento è stata ricondotta da alcuni semplicemente alla considerazione dei vantaggi tradizionalmente sottolineati dai sostenitori del criterio dell'*incorporation*,²³⁰ da altri ancora a ragioni di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione

²²⁸ Il primo comma dell'art. 23 dello schema di articolato presentato dalla Commissione per la riforma del sistema di diritto internazionale privato al Ministro di grazia e giustizia il 26 ottobre 1989 recitava: “*Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono sottoposti al diritto dello Stato nel quale si trova la loro amministrazione centrale. Salvo prova contraria si presume che l'amministrazione centrale si trovi nel luogo della sede statutaria. In ogni caso si applica il diritto italiano se l'attività di tali enti si svolge prevalentemente in Italia.*”. Nelle tre versioni del disegno di legge n. 1192 (quella presentata dal Governo alla Presidenza del Senato il 29 aprile 1993 e le due approvate dal Senato il 16 dicembre 1993 e poi il 20 settembre 1994) la formulazione appare leggermente modificata ma il significato sostanziale è sempre rimasto intatto. L'art. 25, primo comma, prescriveva: “*Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono sottoposti al diritto dello Stato nel quale si trova la loro amministrazione. Salvo prova contraria, si presume che l'amministrazione si trovi nel luogo ove, per statuto, è fissata la sede. In ogni caso si applica la legge italiana se l'attività di tali enti si svolge prevalentemente in Italia.*”.

²²⁹ La *Relazione* governativa al disegno di legge n. 1192, presentata al Senato nel 1993, a proposito dell'articolo 25 e del criterio di collegamento della sede dice: “*La soluzione scelta nel comma 1 è stata preferita ad altre soluzioni. Conviene anzitutto osservare, a tal proposito, che l'applicabilità della legge nazionale - verso la quale tradizionalmente propende una parte della dottrina, nel quadro del vigente sistema delle preleggi, che difetta di una regola ad hoc sulle società - non è affatto sembrata una valida alternativa alla soluzione accolta, anche in considerazione dell'indole problematica che ha rivestito e riveste la questione della nazionalità delle società nell'ambito del diritto internazionale privato. Un'altra ipotesi poteva essere quella del rinvio alla legge dello Stato d'incorporazione, da identificarsi con lo Stato da cui l'ente desume inizialmente la sua esistenza giuridica. Tuttavia, non si è ritenuto di seguire tale ipotesi soprattutto per due motivi: da un lato, per le difficoltà eventualmente connesse alla determinazione della legge dello Stato dove si perfeziona il processo di creazione dell'ente (essendo controversa la nozione stessa di perfezionamento di tale processo) e, dall'altro, per le implicazioni giuridiche connesse a tale concetto. Queste infatti potrebbero richiedere l'analisi ipotetica delle condizioni di una determinata legge prima ancora che si abbia la possibilità di stabilire se sia quella la legge da applicare. Infine, va detto che l'ipotesi del rinvio alla legge dello Stato secondo cui sarà organizzata la società (così come prescrive la recente legge svizzera) presenta la stessa difficoltà poc'anzi menzionata e comporterebbe inoltre il rinvio alla legge regolatrice dei contratti per le società non organizzate, compromettendo in tal modo l'unità della disciplina internazionalprivatistica degli enti*”. E prosegue: “*Le considerazioni esposte hanno condotto all'adozione di un criterio obbiettivo, applicabile a qualsiasi tipo di società, qual è quello del luogo dell'amministrazione*”: cfr. F. POCAR, *Il nuovo diritto cit.*, pp. 168-169 oppure E. VITTA, *Memoriale.cit.*, p. 58 ss.

²³⁰ Si veda R. LUZZATTO, *Stato e capacità delle persone*, in *Problemi di riforma*, p. 417 ss.

europea²³¹ e, più in generale, al processo di liberalizzazione delle attività economiche internazionali in corso da molti anni²³² e alla volontà di incoraggiare la più ampia uniformità internazionale delle soluzioni.²³³ Il risultato di tale repentina e inspiegata modifica è quello di soddisfare in misura maggiore le esigenze di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti, fondamentali soprattutto con riferimento alla disciplina degli enti.

La norma vigente adotta in via principale il criterio del luogo di costituzione, più precisamente quello di perfezionamento del luogo di costituzione.²³⁴ Si vedrà tra poco quali conseguenze possa avere tale riferimento nel caso di enti che non siano soggetti ad alcun procedimento di costituzione o il cui procedimento costitutivo non si sia perfezionato. Prima però bisogna fare qualche precisazione a proposito della differenza tra il criterio di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 25 e il criterio anglosassone dell'incorporazione.

Nel vigore delle vecchie norme, in dottrina si era suggerita la distinzione tra criterio della costituzione e criterio dell'incorporazione.²³⁵ Il primo farebbe riferimento a elementi oggettivi, il secondo invece assumerebbe una connotazione soggettiva. Il criterio del luogo di costituzione solleciterebbe una ricerca obiettiva del luogo in cui effettivamente il procedimento costitutivo è stato posto in essere (e ciò con non poche difficoltà in relazione a quegli enti il cui processo costitutivo va esente da particolari formalità); diversamente, il criterio del luogo di incorporazione implicherebbe una ricerca circa l'ordinamento per effetto del quale o secondo la cui legislazione l'ente è venuto ad esistenza e che, inoltre, considera l'ente come a sè appartenente. La lettera della norma di cui all'art. 25 fa ricondurre la stessa al criterio del luogo di costituzione, anche se si ritiene possibile avvicinare, per via interpretativa, tale rigido criterio a quello di origine anglosassone.²³⁶

²³¹ Avanza quest'ipotesi A. MALATESTA, *In tema di legge cit.*, spec. p. 952.

²³² Così C. ANGELICI, *Le società cit.*, p. 113.

²³³ Così G. BROGGINI, *La riforma cit.*, pp. 66-68 (ove si trovano anche molte notizie sul criterio di collegamento di cui all'art. 25 durante l'iter normativo), F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1997, p. 30.

²³⁴ Lo stesso criterio così inteso valeva anche nel vigore del codice di commercio del 1882: sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 111. Sulla continuità della norma di cui all'art. 25, c. 1, legge n. 218/1995 v. *supra* nota n. 214.

²³⁵ A tal proposito si vedano F. CAPOTORTI, *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di Mario Marano, Napoli 30/31-3-1990*, Milano, 1991, p. 27 ss. e p. 151 ss., T. BALLARINO, *La società per azioni cit.*, p. 14 ss., P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società cit.*, p. 100 ss.

²³⁶ Così v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 146. Sul punto v. anche S. BARIATTI, *Sulla riforma degli articoli 25 e 57 della legge n. 218/1995*, in *È ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del*

Occorre a questo punto affrontare due questioni: la prima concerne il punto di vista da cui porsi per verificare l'avvenuta costituzione di un ente, la seconda riguarda la ricerca del luogo di "costituzione" ai fini del richiamo internazionalprivatistico. In merito alla prima questione, è fuor di dubbio che l'accertamento dell'avvenuta creazione dell'ente debba essere condotto alla stregua della legge interessata. È certamente da escludersi che si possa richiedere a tali fini il rispetto di tutte le formalità costitutive previste dall'ordinamento italiano anche perché un simile ragionamento porterebbe all'assurda conclusione secondo cui sarebbero in Italia riconoscibili solo gli enti simili a quelli previsti dal diritto italiano, in netta contraddizione con lo spirito di grande apertura a valori giuridici stranieri che permea non solo l'art. 25 ma tutta la legge n. 218/1995.

Quanto invece alla seconda questione, il luogo di situazione della sede statutaria rappresenta, almeno in prima battuta, un buon indizio in ordine all'individuazione del luogo di costituzione in quanto elemento oggettivo derivante dal procedimento di costituzione dell'ente; nel caso in cui poi si voglia adottare un'interpretazione del criterio di cui all'art. 25, c. 1, più vicina al concetto di incorporazione, occorrerà verificare che l'ordinamento individuato per il tramite dell'indizio "sede statutaria" sia quello che ha provveduto a crearlo e che, per tale motivo, si reputi competente a disciplinarlo.

Si tratta qui di comprendere se con il concetto stesso di "costituzione" si debba intendere semplicemente la stipulazione del contratto sociale o si debba piuttosto far riferimento ad un procedimento più articolato e complesso di cui fanno parte anche tutti gli adempimenti successivi al contratto prescritti per finalità pubblicitarie o per l'acquisto della personalità giuridica. Questa seconda interpretazione pare preferibile per almeno due motivi. Un sicuro indizio a conferma di tale lettura si ricava dal tenore letterale dell'art. 25 che parla di "Stato nel cui territorio è perfezionato il procedimento di costituzione", e ciò senza contare che il collegamento fissato tramite la sola stipulazione del contratto sociale con un certo paese potrebbe essere del tutto occasionale.²³⁷ La "costituzione" di una società comprende dunque

1995?, in *RDIPP*, 2011, p. 650 ss., spec. pp. 651-652, la quale lamenta l'infelice dizione dell'art. 25, c. 1, primo per., e suggerisce di modificare il criterio in esso contenuto in modo da rendere più chiaro che il diritto applicabile alle società e agli enti coperti da tale norma è quello del paese secondo la cui legge la società è stata costituita.

²³⁷ Così fa notare F. CAPOTORTI, *Considerazioni cit.*, p. 635.

tutto il suo processo formativo.

È chiaro da quanto precede che l'individuazione del luogo di costituzione così inteso risulta agevole soprattutto con riferimento società di capitali, rispetto alle quali il legislatore italiano ha previsto tra i requisiti genetici forme di pubblicità costitutiva e, talvolta, anche l'intervento di autorità pubbliche. Tuttavia, esistono società che non necessitano, ai fini di una valida costituzione di requisiti di forma, né tanto meno della partecipazione di soggetti pubblici o con incarichi di natura pubblicistica.²³⁸ Le difficoltà per l'interprete italiano aumentano soprattutto di fronte a soggetti esteri che vengano ad esistenza senza alcuna formalità. In tali situazioni è facile che si verifichi una divergenza tra il luogo di conclusione del contratto e l'ordinamento scelto dalla parti per regolare la fattispecie associativa, senza che vi siano dati certi a cui ricorrere. A proposito degli enti, quali tipicamente le società di persone, per i quali la costituzione si esaurisce nella stipulazione contrattuale si è pensato di leggere nella "costituzione" di cui all'art. 25 un riferimento sostanziale al momento in cui emergono valori meta-individuali, momento che non può essere colto nella sola stipulazione contrattuale ma presuppone lo svolgimento di una effettiva attività sociale e dunque va identificato, mancando dati formali, proprio con l'inizio effettivo dell'attività sociale. Una soluzione suggerita in proposito è quella di intendere la "costituzione" come l'acquisizione degli attributi inerenti la qualifica di società e tenere come riferimento il momento in cui tutti i presupposti giuridici per lo svolgimento dell'attività esterna, rivolta ai terzi, sono completati.²³⁹

Si è accennato in precedenza alle possibili complicazioni derivanti dall'applicazione della norma di cui all'art. 25, c. 1, nel caso da un lato di enti per la cui costituzione non siano previsti particolari requisiti e formalità e dall'altro di enti che siano irregolari o realizzati

²³⁸ Ad esempio, un società semplice italiana non solo può ben essere costituita dai soci con un accordo orale, senza bisogno di forme speciali e senza che ciò determini alcuna conseguenza negativa in capo ai soci (art. 2251 c.c.), ma non richiede neppure alcuna formalità di registrazione, neppure a fini di "regolarizzazione" dell'ente. Lo stesso dicasi per le società in nome collettivo o le società in accomandita semplice per le quali la registrazione dell'atto costitutivo rileva solo ai fini della "regolarità" delle stesse.

²³⁹ Così C. ANGELICI, *Le società* cit., pp. 120-122 e 126. Per quanto riguarda le società che vengono ad esistenza senza formalità particolari, il momento dell'inizio effettivo dell'attività che si suggerisce di tenere come punto di riferimento può svolgere anche la funzione di spartiacque rispetto all'applicazione della disciplina di conflitto delle obbligazioni contrattuali prima e delle norme di conflitto dedicate alle società poi. Esprime accordo sul punto C. LICINI, *op. cit.*, p. 148.

soltanto in forma embrionale perché il loro procedimento costitutivo risulta incompiuto.²⁴⁰ La lettera della disposizione in commento non fornisce alcuna indicazione utile in proposito. Delle due l'una: o si considerano inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 25 solo gli enti che risultino propriamente tali (perché debitamente formati) secondo l'ordinamento di costituzione, assumendo come determinante il riferimento contenuto nella disposizione al "perfezionamento" del procedimento costitutivo, oppure si fanno rientrare nel campo di applicazione di detta disposizione tutte le fattispecie anche se non propriamente perfezionate in virtù della disciplina tendenzialmente unitaria della materia. Quest'ultima interpretazione sembra, da un punto di vista sistematico, preferibile.²⁴¹ In questo caso, la qualificazione definitiva della fattispecie, come societaria o piuttosto contrattuale, andrà demandata alla legge destinata a regolare l'ente.

Dubbi possono sorgere anche nel caso in cui il richiamo operato dall'art. 25 non operi in modo univoco dal momento che più ordinamenti, ciascuno nel proprio ambito, hanno provveduto a incorporare l'ente, ovviamente sulla base di presupposti costitutivi differenti. In una simile situazione occorrerà verificare se si tratta di un unico soggetto disciplinato diversamente da ciascuno degli ordinamenti coinvolti o se, invece, non si abbiano di fronte due o più enti diversi, ciascuno regolato da un ordinamento differente. Se vi è equivalenza sostanziale delle discipline in concreto non si porrà alcun problema, altrimenti la soluzione andrà individuata caso per caso, valutando le peculiarità della fattispecie in esame e la volontà degli ordinamenti coinvolti di regolarla.²⁴²

²⁴⁰ Il problema si pone soprattutto quando tali soggetti, per così dire, embrionali o non perfezionati compiano atti in un ambito territoriale diverso da quello in cui il procedimento costitutivo è destinato a perfezionarsi. Per un'analisi dettagliata sul punto v. C. ANGELICI, *Le società*, pp. 123-126.

²⁴¹ Così v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., pp. 147-148. Gli AA. osservano come almeno due ragioni militino a favore dell'interpretazione che vede inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 25 tutti gli enti anche non propriamente formati: da un lato lo spirito della giurisprudenza, della dottrina e della riforma stessa (cioè quello di una tendenziale disciplina unitaria della categoria, per quanto ampia ed eterogenea, degli enti), dall'altro la considerazione del risultato derivante dall'accoglimento della teoria opposta (ossia l'inclusione della materia societaria e degli enti, per effetto del rinvio in ogni caso operato dell'art. 57 della legge n. 218/1995, nell'ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la quale tuttavia esclude espressamente dal proprio ambito applicativo, tramite l'art. 1, lett. e, le questioni inerenti allo statuto personale delle società).

²⁴² In questo senso v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25* cit., pp. 1128-1132, ove l'A. compie un'analisi molto articolata delle soluzioni alternative configurabili in questa ipotesi di concorso tra *leges societatis*. In particolare quando una stessa fattispecie di formazione sociale venga considerata come costitutiva di un ente giuridico da più ordinamenti contemporaneamente, esclusa la strada dell'applicazione analogica dell'art. 19 della legge n. 218/1995 non percorribile per via della strutturale differenza tra persone fisiche e giuridiche, l'A. suggerisce di farsi guidare, nella ricerca della soluzione

Infine, va ricordato che anche l'art. 25 rientra tra le norme che devono tenere conto, nel richiamare una legge straniera, del rinvio operato del diritto internazionale privato di tale legge nelle forme e nei limiti stabiliti dall'art. 13 della stessa legge di riforma.²⁴³ Da un punto di vista letterale e sistematico molti interpreti non vedono alcuna ragione per escludere l'applicabilità di tale istituto, sebbene sia vero che esso può concretizzarsi nella sola forma del rinvio altrove accettato, dal momento che il rinvio indietro all'ordinamento del foro risulta di fatto assorbito dalla previsione di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25.²⁴⁴ Nel

dai principi informatori la legge di riforma, cioè a dire dall'obiettivo di far salva nella massima misura possibile l'identità dell'ente, contemperando nel modo più ampio possibile le *leges societatis* in concorso. Ciò con diverse tecniche. In primo luogo accertando la "volontà" dei diritti coinvolti di applicarsi alla fattispecie in questione e poi verificando, all'interno di quelle tra le leggi che vogliono effettivamente applicarsi, quali disposizioni attengano agli elementi essenziali della fattispecie associativa di tal che la loro disapplicazione comprometterebbe l'identità dell'ente. Le disposizioni, per così dire, suppletive potranno "cedere" di fronte alla disciplina prevista da altre leggi in concorso. L'A. procede traendo poi dalla legge di riforma alcuni criteri per operare il contemperamento tra le leggi in concorso così selezionate, meglio tra le disposizioni di esse che riguardino aspetti caratterizzanti la fattispecie. Quando tra le *leges societatis* in concorso vi sia anche la legge italiana, in quanto *lex fori*, occorrerà procedere con ancora maggiore cautela, dando certamente precedenza alle norme di applicazione necessaria del foro. Più delicata la soluzione del caso in cui a norme imperative italiane si contrappongano norme imperative o di applicazione necessaria o di ordine pubblico straniere. Si vedano inoltre R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., p. 148. e spec. nota 43 in cui gli AA. avanzano qualche dubbio a proposito del ricorso al siffatto metodo dell'adattamento, pena l'eccessiva frammentazione nella disciplina della fattispecie a scapito delle esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

²⁴³ Di "rinvio", come metodo di soluzione dei conflitti di leggi, gli studiosi parlano almeno a partire dal celebre caso *Forgo*, deciso dalla Corte di cassazione francese nel 1882. Tradizionalmente il problema del rinvio consiste nello stabilire se, a fronte di criteri di collegamento diversi per la medesima fattispecie, il richiamo da parte delle norme di conflitto del foro a una legge straniera debba riferirsi al solo diritto materiale oppure debba intendersi comprensivo delle sue norme di diritto internazionale privato. In quest'ultimo caso possono darsi due casi: il primo che il diritto straniero richiamato dalle norme del foro operi un rinvio alla legge stessa del foro (c.d. rinvio indietro, *renvoi au premier degré*, *Rückverweisung*), il secondo che la legge straniera richiamata dalle norme del foro rinvii a sua volta al diritto di uno di uno Stato terzo (c.d. rinvio altrove, *Weiterweisung*, *renvoi au second degré*). Sebbene il rinvio abbia trovato un largo accoglimento in numerose codificazioni nazionali, tuttavia la sua importanza come tecnica di coordinamento dei diversi sistemi giuridici è grandemente ridotta dalla sempre maggior specializzazione e articolazione dei metodi e delle tecniche moderni di diritto internazionale privato. L'abrogato art. 30 disp. prel. c.c. recava un divieto assoluto e generale di rinvio, chiudendo così l'Italia a tale metodo di soluzione dei conflitti di leggi. In controtendenza rispetto alla maggior parte delle codificazioni e dei progetti europei, l'art. 13 del disegno di legge n. 1192 rubricato "Legge richiamata" escludeva del tutto il rinvio (sul punto v. A. DAVI, *Le questioni generali* cit. p. 597 ss., nonché le forti critiche di P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDI*, 1990, p. 637 ss., spec. p. 646 e 650 ss.). La situazione è profondamente mutata con la legge 31 maggio 1995 n. 218 che ammette il rinvio nella duplice accezione del rinvio *indietro* e del rinvio *altrove* (in tutte le materie ad esclusione dei casi in cui la scelta della legge applicabile venga effettuata dalla parti, della forma degli atti, della disciplina delle obbligazioni non contrattuali). Sull'istituto del rinvio si vedano, tra i tanti, T. BALLARINO, *Rinvio (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1005 ss., e, specificatamente sull'istituto come codificato nell'art. 13, F. MOSCONI, *Articolo 13*, in *RDIPP*, 1995, p. 956, F. MUNARI, *Art. 13, Rinvio*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1018 ss. e, da ultimo, A. MALATESTA, *Rinvio*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 422 ss. (v. anche la bibliografia ivi indicata).

²⁴⁴ La prevalente dottrina è favorevole alla piena applicabilità del rinvio di cui all'art. 13 della legge n. 218/1995 anche nell'ambito di applicazione dell'art. 25 della medesima legge: tra i tanti v. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale* cit., p. 35, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., p. 149, G. BROGGINI, *La riforma* cit., p. 68 (ove si sottolinea però la limitata operatività in concreto dell'istituto rispetto all'art. 25), A. MALATESTA, *In tema* cit. p. 952 (spec. nota n. 19). *Contra* M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25* cit., p. 1126, secondo il quale, sul presupposto che l'art. 25 non è una norma di conflitto

caso del rinvio altrove accettato il giudice italiano dovrebbe, secondo quanto stabilito dall'art. 13, lett. *a*, della legge n. 218/1995, applicare a titolo di *lex societatis* non il diritto dello Stato di costituzione, bensì quello dello Stato al quale le norme di conflitto dello Stato di costituzione rinviano.

4.2.4. *I limiti al criterio di collegamento principale: la sede amministrativa o l'oggetto principale situati in Italia.*

Il richiamo all'ordinamento di costituzione effettuato dal criterio di collegamento principale di cui all'art. 25, c. 1, della legge di riforma incontra un limite nel caso in cui la società o l'ente abbia un collegamento forte con il territorio italiano. L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25 dispone infatti che “Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti”.²⁴⁵ Si tratta di una norma unilaterale, la cui funzione è quella di garantire all'ordinamento italiano il controllo di enti che, presentando un nesso significativo e concreto con il suo territorio, ricadono nella sfera di interesse del diritto italiano, senza che per questo risulti negata validità generale al criterio dell'incorporazione.²⁴⁶ La formulazione è simile, seppure non identica, a quella dell'abrogato art. 2505 c.c. che assoggettava le società costituite all'estero ma aventi in Italia “la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa” a tutte le disposizioni della legge italiana “anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo”. La principale differenza tra l'abrogata disposizione e l'art. 25 riguarda in particolare l'intensità dell'interferenza della legge italiana con l'ordinamento di

bilaterale ma è piuttosto espressione di un diverso metodo di coordinamento tra ordinamenti che si realizza attraverso il riconoscimento di valori giuridici già prodottisi in altri ordinamenti con la personificazione dell'ente, il rinvio in materia di enti stranieri deve operare in modo del tutto particolare e cioè solo come conferma del fatto che l'ordinamento italiano non si oppone a che l'ordinamento di costituzione dell'ente possa a sua volta utilizzare norme di altri ordinamenti per regolare specifici profili dei propri enti, avvalendosi del rinvio. Sul punto v. anche S. BARIATTI, *Sulla riforma cit.*, p. 654, la quale propone di modificare l'art. 25 della legge n. 218/1995 per escludere in qualsiasi forma di rinvio in materia societaria.

²⁴⁵ Anche nello schema di articolato e nelle due versioni del disegno di legge n. 1192 il correttivo previsto nel caso in cui l'ente avesse avuto forti legami col territorio italiano era sostanzialmente il medesimo, sebbene la formulazione fosse leggermente diversa.

²⁴⁶ Così M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1135, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 148.

costituzione.

Sembra condiviso l'orientamento secondo cui l'ente che abbia la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale in Italia non perda l'identità che gli deriva dal suo statuto originario, divenendo ente interamente soggetto al diritto italiano (quasi che fosse "nazionalizzato"), ma piuttosto debba, entro certi limiti, conformarsi alle disposizioni nazionali in materia di società, le quali si applicano *cumulativamente* rispetto alla legge oggettivamente applicabile secondo il criterio del luogo di costituzione; e ciò in funzione correttiva e senza incidere sui requisiti di validità dell'ente.²⁴⁷ In altri termini, una volta che la società è stata validamente costituita all'estero, ossia in conformità alla legge del luogo di costituzione, la successiva collocazione dell'amministrazione o dell'oggetto principale in Italia non vanifica la precedente costituzione e l'attività compiuta secondo le disposizioni della *lex societatis* originaria, ma assoggetta gli atti successivi e i relativi effetti giuridici *anche* alla nuova legge applicabile dal momento della creazione di una sede di fatto in Italia.²⁴⁸ Ciò a maggior ragione appare giustificato per il caso di enti, validamente costituiti in base al diritto dello Stato in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione, di un tipo sconosciuto all'ordinamento italiano: in tal caso la soluzione più coerente pare quella che rispetta il principio del *tempus regit actum*: senza cancellare il passato, le norme imperative italiane applicabili alla società dal momento in cui essa trasferisce in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale si limiteranno a stabilire eventuali nullità, responsabilità o sanzioni con efficacia *ex nunc*.²⁴⁹

La ricostruzione appena proposta è sorretta sia da considerazioni di ordine formale relative alla diversa formulazione dell'art. 25 rispetto all'art. 2505 c.c. abrogato, sia, e con

²⁴⁷ Così M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1135, A. SANTA MARIA, *Articolo 25 cit.*, pp. 1040-1041 e IDEM, *Spunti cit.*, p. 1097, G. BROGGINI, *La riforma cit.*, p. 61, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, pp. 149-150. Diversamente, la norma di cui all'abrogato art. 2505 c.c. assoggettava *in toto* alla disciplina materiale italiana la società, pure costituita all'estero, avente in Italia l'amministrazione centrale o l'oggetto principale dell'impresa: in proposito, anche per i numerosi riferimenti dottrinali, v. A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 145 ss. (spec. nota n. 111), nonché p. 179 ss. sulle differenze di funzionamento della deroga posta dall'art. 2505 c.c. in ragione del momento in cui si fosse realizzato uno dei due collegamenti previsti dalla norma.

²⁴⁸ Sul punto v. S. BARIATTI, *Sulla riforma cit.*, p. 653, ove l'A. propone di modificare la seconda frase del comma 1, del'art. 25, legge n. 218/1995 nel senso di prevedere l'applicazione delle sole norme italiane concernenti l'attività svolta dalla società in Italia o gli effetti che si producono in Italia di attività svolte all'estero, volte a tutelare interessi generali ed esigenze interpretative e imperative dell'ordinamento.

²⁴⁹ L'interpretazione coerente col principio del *tempus regit actum* di cui si parla è quella proposta da G. BROGGINI, *La riforma cit.*, pp. 62-63

maggior pregnanza, dai principi sottesi all'intera opera di riforma del diritto internazionale privato. Quanto alla forma si sottolineano l'avverbio "tuttavia" e l'espressione "tali enti" impiegati dall'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25, i quali evidentemente significano un riferimento agli enti indicati in precedenza dalla norma, ovvero quelli regolati dalla legge del luogo di costituzione, sottolineando al contempo il carattere eccezionale della loro sottoposizione, seppure parziale, al diritto italiano. Inoltre, non compare in tale norma il richiamo presente nell'abrogato art. 2505 c.c. a "tutte" le disposizioni del diritto italiano, ivi comprese quelle sui requisiti di validità.²⁵⁰ Dal punto di vista dei principi informatori della riforma, l'apertura verso valori giuridici stranieri impone un'interpretazione restrittiva della clausola contenuta nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25 (ché altrimenti si addiverrebbe al risultato contraddittorio di procedere, tramite il primo periodo, al riconoscimento di un ente creato in un ordinamento giuridico straniero per poi subito dopo, attraverso l'eccezione, disconoscerne completamente l'esistenza in quanto tale e applicargli tutto il diritto italiano). Del resto se si valorizza il principio di continuità dell'ente che pure ispira l'intero art. 25, non si può accettare altra conclusione: considerato che la collocazione in Italia della sede amministrativa o dell'oggetto principale si verificano per lo più in un momento successivo alla collocazione è, conseguentemente, solo da quel momento che il diritto italiano può interferire con la legge regolatrice dell'ente, non incidendo sull'identità precedente dell'ente.²⁵¹

Resta, infine, da chiarire il significato dei due criteri di "sede dell'amministrazione" e "l'oggetto principale". In proposito si può fare tesoro degli sforzi profusi dalla dottrina nel vigore delle norme precedenti e in particolare del già menzionato art. 2505 c.c. La "sede dell'amministrazione" corrisponde al luogo da cui promanano le decisioni gestorie fondamentali,²⁵² quello in cui *effettivamente* si organizza e si dirige la gestione sociale, mentre per "oggetto principale" si è inteso lo scopo prevalentemente perseguito dalla società o, più precisamente, l'insieme delle attività in cui si palesa la realizzazione dei suoi fini istituzionali,

²⁵⁰ Per un confronto tra la lettera dell'articolo 25, legge 31 maggio 1995, n. 218, e quella dell'abrogato articolo 2505 c.c. si vedano M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1135, G. FACCI, *Diritto internazionale privato cit.*, p. 37.

²⁵¹ Così R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 150.

²⁵² Già P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società cit.*, p. 130 ss., A. SANTA MARIA, *Le società cit.*, p. 99 ss.

con la conseguenza che esso andrebbe localizzato nel luogo in cui la società svolge oggettivamente la sua attività.²⁵³ In nessun caso rileverà l'ubicazione della sede statutaria. Occorre sottolineare che entrambi questi criteri hanno natura "fattuale", cioè di elementi di connessione effettivi, non di natura giuridica, col territorio di uno Stato. La loro applicazione potrebbe creare qualche difficoltà rispetto ad enti ad elevato tasso di internazionalità, difficilmente collocabili nell'ambito di un ordinamento. Dal momento che si tratta qui di applicare la legge italiana a un ente creato in un altro ordinamento, sembra doversi fare riferimento a detto ordinamento per stabilire dove esso ritenga assunti gli atti di gestione dell'ente o posto in essere l'oggetto sociale.²⁵⁴

4.2.5. *La portata della lex societatis.*

L'art. 25, c. 2, individua le materie che ricadono nell'ambito di applicazione della *lex societatis* determinata secondo i criteri menzionati. L'elenco include la maggior parte dei temi che si considerano, non solo nel diritto italiano, attinenti allo "statuto personale" dell'ente, cioè quegli aspetti che contraddistinguono l'ente da altri soggetti, in quanto portatore di una disciplina speciale.²⁵⁵ Si badi che l'elenco contenuto nel secondo comma ha valore soltanto esemplificativo e ciò per due motivi: anzitutto quello letterale, legato alla locuzione avverbiale "in particolare", e poi quello logico legato all'oggetto della fattispecie che riguarda la legge applicabile a fenomeni giuridici concreti la cui identità è determinata dall'ordinamento di costituzione.²⁵⁶ Il che significa che alcuni elementi della disciplina di tali fattispecie possono ben ricadere nell'ambito di applicazione della *lex societatis* sebbene non siano inclusi nell'elenco di cui all'art. 25, così come può accadere il contrario e cioè che

²⁵³ La maggior parte della dottrina nel vigore dell'art. 2505 c.c. intendeva l'espressione "oggetto sociale" come equivalente allo scopo sociale, sebbene da alcuno sia stato sottolineato come rilevi non tanto l'astratta e generica previsione dello scopo sociale, quanto la sua concreta attuazione: sul punto v. A. SANTA MARIA, *Le società* cit., pp. 101-102.

²⁵⁴ Di questo parere v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25* cit., p. 1136.

²⁵⁵ Per il concetto di "statuto personale" *ut supra* nota n. 102, p. 23.

²⁵⁶ Sul carattere meramente esemplificativo e non esaustivo dell'elenco di cui al comma 2 dell'articolo 25, legge n. 218/1995, non v'è alcun dubbio: cfr., tra i tanti, v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25* cit., p. 1113, IDEM, *Società ed altri enti* cit., p. 453, G. BROGGINI, *La riforma* cit. p. 113, R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., p. 151, G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 2001, p. 106.

materie in esso incluse non rientrano, secondo l'ordinamento che regola l'ente, nella portata applicativa della *lex societatis*.²⁵⁷

Partendo dal momento iniziale di una società la legge regolatrice, individuata sulla base dei criteri del primo comma dell'articolo 25, ne disciplina la *costituzione* e la *natura giuridica*, ovvero la riconducibilità dell'ente ad uno dei tipi previsti dall'ordinamento d'origine per i fenomeni associativi o istituzionali, come pure la *denominazione* o *ragione sociale*, intendendosi il riferimento esteso a tutti segni distintivi che la *lex societatis* stessa conosce. Accanto alla costituzione sono disciplinate dal diritto applicabile anche le ipotesi di *trasformazione* e di *estinzione* della società, ossia tutti quegli eventi legati alla creazione dell'ente, alla modifica della sua struttura così come organizzata ed al suo venir meno come centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche. Rientrano pure nella competenza della legge regolatrice la disciplina della *capacità*, cioè della capacità giuridica e della capacità d'agire propria della società e di eventuali limitazioni alle stesse, e anche la regolamentazione delle *modalità di acquisto e di perdita* della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità (il riferimento è allo *status* di socio, inteso in senso ampio, al suo contenuto e alle vicende che ne determinano l'acquisto, la perdita). Inoltre, la *lex societatis* è competente a disciplinare la *responsabilità per le obbligazioni dell'ente*, intesa come responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte dalla società, in particolare con riguardo alla responsabilità limitata o illimitata dei soci (ed eventualmente degli amministratori) per le obbligazioni sociali, e le *conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo* (in proposito va considerato tutto il complesso di norme che definiscono lo statuto della società). Infine, *formazione, poteri e modalità di funzionamento degli organi* unitamente alla *rappresentanza* costituiscono due facce essenziali del meccanismo societario: da un lato tutto ciò che attiene all'organizzazione in senso lato della società e ai meccanismi di formazione della sua volontà, dall'altro le modalità di manifestazione della medesima volontà e di imputabilità di atti e comportamenti all'ente stesso.²⁵⁸

²⁵⁷ In tal senso v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1113.

²⁵⁸ Per un'ampia e approfondita analisi di ciascuno degli aspetti elencati dall'art. 25, c. 2, della legge n. 218/1995 si vedano M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1113 ss., C. ANGELICI, *Le società cit.*, p. 128 ss., G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento cit.*, p. 106 ss.

In merito all'estensione dell'ambito di applicazione della legge richiamata, l'art. 25 sembra accogliere in via di principio l'idea dell'unicità della legge regolatrice degli enti, dottrina sviluppata nei paesi di lingua tedesca con riferimento alle società commerciali e ivi nota con il nome di *Einheitslehre*.²⁵⁹ La portata tendenzialmente onnicomprensiva della *lex societatis* non esclude, tuttavia, la possibile interferenza nella disciplina della fattispecie di altre leggi a vario titolo coinvolte in relazione a aspetti o questioni della vita di una società, talvolta comprese nel diritto societario in senso stretto, talvolta con esso confinanti. L'interferenza più frequentemente rinvenibile è senz'altro quella con la *lex contractus*, e non solo, riguardo alla qualificazione del fenomeno societario ma anche, ad esempio, in relazione alla compravendita di partecipazioni azionarie oppure ai patti parasociali.²⁶⁰ Si tratta di pratiche giuridiche legate alla vita di una società, l'una legata alla trasmissione della qualità di socio, l'altra alla regolamentazione dei rapporti tra soci, tuttavia dotate di una certa autonomia rispetto al diritto societario e fortemente connotate in senso negoziale. Inoltre, anche altri ordinamenti potrebbero interferire con la *lex societatis*, ad esempio quello regolatore dei titoli di credito e dei diritti reali e possessori. Ma si pensi anche alle regole sulla concorrenza. La questione è ancor più delicata poi quando si tratti di enti quotati, magari in più di un mercato azionario. La regolamentazione dei mercati finanziari è disseminata di molte norme di

²⁵⁹ Sulla dottrina di lingua tedesca dell'*Einheitslehre* v. P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società* cit. p. 102 ss., G. BROGGINI, *La riforma* cit., p. 63.

²⁶⁰ Per un approfondito esame dei rapporti tra *lex societatis* e *lex contractus* si vedano, tra gli altri, S. ZONCA, *Convenzione di Roma del 1980 e diritto delle società*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993, p. 101 ss., T. BALLARINO, A. BONOMI, *Materie escluse dal campo di applicazione della convenzione di Roma*, in T. BALLARINO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*. Lectio Notarum, Milano, 1994, p. 87 ss., spec. p. 112 ss., G. COSCIA, *Le materie escluse dalla convenzione di Roma. Il diritto delle società*, ibidem, p. 160 ss., S. ZONCA, *La legge regolatrice delle società e le convenzioni di Roma*, ibidem, p. 301ss., C. ANGELICI, *Le società* cit., p. 114 ss., G. BROGGINI, *La riforma* cit., pp. 74-77, A. SANTA MARIA, *Spunti* cit., p. 1099-1101. Si consideri che la materia della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è stata oggetto di uniformazione con la Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, in vigore dal 1° aprile 1991 (doc. 80/934/CEE, in *G.U.C.E.* L 266 del 9/10/1980) – ratificata dall'Italia con legge 18 dicembre 1984 n. 975 (in *G.U.R.I.* suppl. ord. del 30/01/1985 n. 25). Tale convenzione ha subito un processo di "trasformazione" che ha portato all'adozione del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* L 177 del 4/07/2009. Entrambi gli strumenti, rispettivamente agli artt. 1, par. 2, lett. e e 1, par. 2, lett. f, escludono dal loro ambito di applicazione la materia societaria. Di conseguenza, il tema dei rapporti tra *lex societatis* e *lex contractus* e, soprattutto, la definizione dei rispettivi ambiti di applicazione assume ancora maggior rilievo alla luce della delimitazione dell'ambito di applicazione degli strumenti di diritto internazionale privato uniforme adottati dall'Unione europea. Specificatamente sulla legge applicabile ai patti parasociali v. U DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *RDIPP*, 2004, 565 ss., F MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 127-141, S. M. CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1991, p. 885 ss.

applicazione necessaria, giustificate da esigenze pubblicistiche e di tutela dell'affidamento degli investitori, che pretendono di applicarsi alle società quotate nei rispettivi mercati a prescindere dal luogo di costituzione delle stesse o da qualsiasi altra considerazione relativa alla *lex societatis*. Il coordinamento di tali discipline non sarà di facile realizzazione.²⁶¹ Ancora, la disposizione di cui all'art. 25 non si occupa di un fenomeno ormai molto diffuso, ovvero quello dei gruppi di società, che potrebbe anch'esso interferire con la *lex societatis*. Le difficoltà derivanti dalla discrasia tra l'unità economica del gruppo e l'autonomia giuridica dei suoi componenti rende ancora oggi tale tema di difficile maneggio per il diritto commerciale. L'esigenza, dal punto di vista del diritto internazionale privato, è soprattutto quella di individuare la legge applicabile ai rapporti tra società appartenenti al gruppo. Il semplice rinvio alla *lex contractus*, laddove vi siano ovviamente delle relazioni di tipo contrattuale tra i componenti del gruppo, appare insufficiente a cogliere l'essenza di tale fenomeno e condurre ad una soluzione soddisfacente in punto di determinazione della legge applicabile. Piuttosto risulta necessario riconoscere anche da un punto di vista giuridico l'implicazione, sotto molteplici aspetti quali quello della responsabilità, della capogruppo nell'attività delle società figlie. La dottrina prevalente sembra orientata nel senso dell'applicazione della legge della controllata al fine di valutare il controllo e le sue conseguenze giuridiche. Questa del resto sembra anche l'attuale tendenza del diritto dell'Unione europea.²⁶² Da questo 'unico ausilio proveniente dalle legge di riforma sul punto è quello, ancora una volta, dell'ispirazione dell'art. 25 al principio della tendenziale unicità della regolamentazione dell'ente.

Nonostante le possibili interferenze di altre leggi a vario titolo coinvolte e la conseguente possibilità che l'attività qualificatoria porti a distinzioni applicative in merito ad alcuni aspetti e situazioni della vita dell'ente, si può affermare in termini generali che la *lex*

²⁶¹ Sul tema dei rapporti tra *lex societatis* e *lex mercati* v. S. M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *RDIPP*, 2007, p. 27 ss., IDEM, *Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 457 ss., M. V. BENEDETTELLI, «Corporate governance», *mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1998, p. 713 ss. Sulle interferenze tra *lex tituli*, *lex societatis*, *lex contractus*, v. F. C. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Padova, 2008, p. 89 ss. Per un interessante e approfondito studio della questione della legge applicabile alle società quotate in più mercati v. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Cross-Border Listed Companies*, in *Recueil des Cours*, 2007, t. 328, p. 9 ss.

²⁶² Cfr. regolamento (CE) n. 2157/2001 relativo allo statuto della Società europea, cons. n. 15 (su cui v. *infra*, cap. II, par. 4.3.2.) e A. MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *RDIPP*, 2002, p. 613 ss., spec. p. 616. Si veda, inoltre, con ampi riferimenti anche comparati, T. BALLARINO, *La società per azioni* cit., p. 202 ss.

societatis mantenga la propria competenza riguardo a tutti gli effetti atti a incidere sulla struttura societaria e a tutti i condizionamenti che l'appartenenza ad essa comporta.²⁶³

Infine, sia consentito un brevissimo cenno ai possibili limiti alla portata applicativa, tendenzialmente universale, della legge del luogo di costituzione. Ci si riferisce, segnatamente, alle c.d. norme di applicazione necessaria e all'ordine pubblico. Si badi che si tratta di due limiti che operano con riferimento a tutte le norme di conflitto italiane.

Un primo è importante limite discende dalle norme di applicazione necessaria, codificate per la prima volta dall'art. 17 della legge di riforma del diritto internazionale privato, ossia quelle “*norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera*”.²⁶⁴ In relazione all'ambito di applicazione dell'art. 25, occorre tenere presente la rilevanza che l'attività economica svolta dalle società straniere assume nell'ottica della politica economica del foro. Il che significa che l'ampiezza del limite in tale materia non è da sottovalutare dal momento che l'attività degli enti stranieri può facilmente incidere sugli interessi di tipo pubblicistico alla base dell'emanazione di norme di applicazione necessaria. Si pensi, ad esempio, alle norme sull'attività di intermediazione finanziaria e sul pubblico risparmio oppure alle disposizioni poste a presidio della chiarezza e trasparenza dei mercati.

L'individuazione delle norme di applicazione necessaria deve essere effettuata, come sempre, con estrema cautela (vista la natura eccezionale del limite e, quindi, la necessità di interpretazione restrittiva) e, come suggerito in dottrina, ad esse si dovrà accordare prevalenza sulla *lex societatis* solo quando, alla luce delle peculiarità della fattispecie concreta e dei

²⁶³ Così R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società* cit., p. 51.

²⁶⁴ La nozione di “norme di applicazione necessaria”, frutto dell'elaborazione dottrinale, era del tutto sconosciuta al diritto positivo italiano sino al 1995 anche se già figurava in qualche convenzione internazionale e in qualche pronuncia giurisprudenziale. Si tratta di norme di carattere imperativo che esprimono interessi pubblici particolari concernenti, soprattutto, la garanzia e il bilanciamento delle posizioni giuridiche soggettive. Si distinguono, rispetto alle norme imperative semplici, in ragione del loro oggetto o scopo nonché della loro “volontà” di applicarsi nonostante il rinvio internazionalprivatistico. Si pensi, ad esempio, alle norme a tutela dell'affidamento dei terzi o della parte debole del rapporto presenti nella disciplina delle società in generale e in alcuni settori particolarmente delicati quali ad esempio quello dell'attività di intermediazione finanziaria nonché del pubblico risparmio oppure alle disposizioni poste a presidio della chiarezza e trasparenza dei mercati. Per un commento all'art. 17 della legge n. 218/1995 v. T. TREVES, *Articolo 17*, in *RDIPP*, 1995, p. 986 ss., (pubblicato anche in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 84), N. BOSCHIERO, *Art. 17, Norme di applicazione necessaria*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218* cit., p. 1062 ss. e, da ultimo, A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 233 ss.

collegamenti dell'ente con l'ordinamento italiano, risulti un'effettiva volontà del legislatore italiano in tal senso, tenuto conto delle finalità della disciplina interna rilevante.²⁶⁵ Due ipotesi sono già contemplate dal legislatore: la clausola di cui all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 25 della legge di riforma e il caso degli enti stranieri che abbiano in Italia delle sedi secondarie soggette, a norma degli artt. 2506, 2507 e 2508 c.c., ad alcune disposizioni del diritto italiano di applicazione necessaria appunto. Al di fuori di queste ipotesi, sarà necessario condurre un'analisi del contenuto della norma che viene in rilievo di volta in volta e si presume di applicazione necessaria e della funzione che essa è chiamata a svolgere nel sistema. Ad esempio, potrebbero essere considerate norme di applicazione necessaria le norme in materia di concentrazioni, offerte pubbliche di acquisto, quotazione dei titoli e simili, insomma disposizioni idonee ad incidere sulla struttura della società. Si badi che le norme di applicazione necessaria rilevanti ai fini dell'art. 17 della legge di riforma sono soltanto quelle italiane. Nessuna menzione è fatta nella suddetta disposizione della possibile rilevanza delle norme di applicazione necessaria di altri ordinamenti che potrebbero in qualche modo essere collegati alla fattispecie.²⁶⁶

Da ultimo, anche nei confronti della legge richiamata dall'art. 25, c. 1, opera il limite, già noto all'ordinamento italiano, seppure in forma leggermente diversa, dell'ordine pubblico sancito dall'art. 16 della legge di riforma.²⁶⁷ L'eccezione dell'ordine pubblico assolve alla

²⁶⁵ Di tale opinione v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1137.

²⁶⁶ A proposito della codificazione dell'istituto delle norme di applicazione necessaria, della sua natura solo parziale e dei problemi che essa lascia irrisolti v. F. POCAR, *Il nuovo diritto cit.*, p. 46 ss.

²⁶⁷ L'ordine pubblico rappresenta per qualsiasi ordinamento una clausola di difesa alla quale fare ricorso solo nei casi nei quali sia effettivamente in gioco la coerenza intima dell'ordinamento stesso. Essa era già disciplinata dall'abrogato art. 31, disp. prel. c. c., il quale disponeva: "*Limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume – Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere affetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume*". La clausola dell'ordine pubblico è attualmente codificata dall'art. 16 della legge n. 31 maggio 1995 n. 218 con riferimento al quale La *Relazione al disegno di legge n. 1192* sottolinea le modifiche rispetto alla previgente norma: "*una riguarda la più ridotta incidenza della nuova norma; la seconda la terminologia usata per indicare la natura del limite; la terza l'esclusione del riferimento al buon costume; e la quarta l'aggiunta di un paragrafo, che specifica quale diritto subentri quando l'applicazione della legge straniera è impedita dall'ordine pubblico*" (cfr. F. POCAR, *Il nuovo diritto cit.*, pp. 162-163). Si badi che l'ordine pubblico è concetto relativo nel tempo e nello spazio. In quanto eccezione alla generale apertura a valori giuridici stranieri, tale limite deve essere inteso in modo restrittivo: il giudice chiamato a giudicare la contrarietà all'ordine pubblico delle norme straniere richiamate tramite il meccanismo internazionalprivatistico è tenuto a valutare non le regole in astratto, bensì le concrete conseguenze che deriverebbero nell'ordinamento italiano dall'applicazione della disposizione materiale in questione e nel far ciò deve fare riferimento non già ad una singola norma del nostro sistema giuridico ma ai principi fondamentali per l'ordinamento considerato nella sua interezza e complessità. Sulla clausola di ordine pubblico in generale e come sancita dall'art. 16 della legge di riforma, tra i

funzione di mantenere la coerenza interna degli ordinamenti statuali; essa rappresenta per qualsiasi sistema giuridico una valvola di sicurezza per richiudersi su se stesso quando dall'applicazione delle regole richiamate mediante i sistemi conflitto possano derivare *effetti* intollerabili per il foro. La nozione di ordine pubblico che qui rileva è quella di "ordine pubblico internazionale", inteso come il sistema dei principi e dei valori fondamentali cui si ispira l'ordinamento italiano, distinto dall'ordine pubblico "interno" volto a limitare, nell'ambito dell'ordinamento interno, l'autonomia privata.²⁶⁸

L'applicazione della legge di costituzione dell'ente sarà preclusa in tutti i casi in cui gli effetti della sua applicazione siano contrari all'ordine pubblico, ossia a quel nucleo di principi e valori fondamentali dell'ordinamento del foro che non possono essere compromessi dall'operare delle norme di conflitto. Con riferimento alla materia disciplinata dall'art. 25, pare però che il meccanismo previsto dall'art. 16, c. 2, della legge n. 218/1995, secondo cui l'applicazione della *lex fori* in luogo di quella altrimenti applicabile non segue automaticamente al rilievo di effetti contrari all'ordine pubblico ma è subordinata all'applicazione della legge richiamata mediante altri criteri di collegamento previsti per la medesima ipotesi normativa, non sembra poter operare giacché l'art. 25 utilizza un unico criterio di collegamento.

tanti, v. F. MOSCONI, *Articolo 16*, in *RDIPP*, 1995, p. 979 ss., (pubblicato anche in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 78), N. BOSCHIERO, *Art. 16, Ordine pubblico*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218* cit., p. 1046 ss. e, da ultimo da ultimo, G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 273 ss. e, più in generale, sulla clausola di ordine pubblico nel diritto internazionale privato, v. F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil de Cours*, 1989, t. 217, p. 9 ss.

²⁶⁸ In tal senso v. F. POCAR, *Il nuovo diritto* cit., p. 43. Si suole distinguere tra ordine pubblico "interno" e "internazionale"; non si tratta di una differenza quantitativa quanto piuttosto funzionale: il primo rappresenta il limite posto all'autonomia privata all'interno di un ordinamento giuridico nazionale, mentre il secondo ha la diversa funzione di limitare l'applicazione della legge straniera richiamata tramite le norme di conflitto del foro quando essa conduca ad effetti incompatibili con i principi fondamentali del foro. Ciò che rileva ai fini del diritto internazionale privato è solo l'ordine pubblico "internazionale", inteso come il complesso dei principi e valori fondamentali cui si ispira l'ordinamento italiano. A proposito della qualificazione dell'ordine pubblico di cui all'articolo 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 la *Relazione al disegno di legge n. 1192* specifica: "Nonostante le perplessità di qualificare come «internazionale» l'ordine pubblico di cui trattasi, si è finito con il propendere per una soluzione negativa, apparendo scontato che quello considerato nell'art. 16 è il limite inerente al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato (che va distinto nettamente da altre accezioni dell'ordine pubblico: per esempio, in diritto privato o in diritto amministrativo), mentre l'aggettivo discusso ha l'inconveniente di far pensare a connotazioni propriamente internazionali del limite anzidetto (secondo una tesi recentemente accolta da talune interpretazioni giurisprudenziali recenti)": cfr. F. POCAR, *Il nuovo diritto* cit., p. 163.

CAPITOLO SECONDO.

LE SOCIETÀ NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

Introduzione

Il tema oggetto del presente lavoro si arricchisce oggi di una nuova prospettiva che non può essere tralasciata, quella europea. È impensabile ignorare l'influenza esercitata dall'ordinamento dell'Unione europea su tutti gli ordinamenti nazionali e su ogni aspetto degli stessi, anche quelli che non rientrano nelle competenze direttamente attribuite ad essa. Ciò vale ovviamente anche per il diritto societario e per il diritto internazionale privato delle società. In relazione a quest'ultimo, al momento l'ordinamento dell'Unione europea non contiene norme di conflitto uniformi in materia; ciò si deve in parte al fatto che fino al 1997 essa non aveva alcuna competenza diretta in punto di diritto internazionale privato e in parte, probabilmente più consistente, alla mancanza, una volta vistasi attribuire la competenza necessaria per farlo, della volontà politica di adottare una disciplina uniforme.²⁶⁹ Ciononostante, non si può escludere che il diritto dell'Unione europea eserciti un'influenza, seppure indiretta, sulla disciplina internazionalprivatistica delle società. Il riferimento è alle norme primarie sul diritto di stabilimento, alle disposizioni del diritto derivato contenute nelle direttive di armonizzazione del diritto societario, così come alla disciplina dei c.d. "veicoli societari europei" e alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Rinviando al prossimo capitolo l'analisi puntuale dell'incidenza del diritto dell'Unione europea sul problema internazionalprivatistico della determinazione della *lex societatis* in una prospettiva *dinamica*, e cioè con riferimento alle fattispecie di "mobilità societaria", nel

²⁶⁹ Più approfonditamente sulle competenze dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato e sull'assenza di una disciplina di conflitto uniforme concernente le società v. *infra* cap. III.

presente capitolo ci si prefigge di ricostruire l'evoluzione di quegli aspetti dell'ordinamento dell'Unione europea che più da vicino potrebbero interessare e influenzare la disciplina internazionalprivatistica (nazionale) delle società in una prospettiva, per così dire, *statica*. Segnatamente, il punto di partenza di questo percorso ricostruttivo è rappresentato dal mercato unico e dalla libertà di stabilimento garantita a tutte le società che abbiano un collegamento con il territorio dell'Unione. A ciò si aggiungano l'opera di armonizzazione dei diritti societari nazionali svolta dal legislatore dell'Unione e la creazione di tipi societari europei.

1. Il mercato unico e le libertà di circolazione.

Il mercato unico costituisce certamente il piedistallo su cui poggia l'intera costruzione europea.²⁷⁰ Il trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 (ed entrato in vigore il 1 gennaio 1958), gettò le fondamenta dell'integrazione economica europea, indicando chiaramente all'art. 2 il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri e l'instaurazione di un *mercato comune* come strumenti per promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità e perseguire gli obiettivi in esso enunciati.²⁷¹

Le modifiche apportate al testo originario dai successivi trattati modificativi, non produssero cambiamenti significativi sotto questo punto di vista.²⁷² Fino all'entrata in vigore

²⁷⁰ Secondo le parole della Commissione europea "Il mercato interno è dunque il piedistallo su cui poggia la costruzione comunitaria": v. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Rafforzare l'efficacia del mercato interno*, COM(93) 256 def. del 2/6/1993, p. 1, par. 1.

²⁷¹ L'art. 2 del trattato istitutivo della Comunità economica europea (d'ora in avanti semplicemente CEE) recitava infatti: "La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un *mercato comune* e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano" (corsivo aggiunto).

²⁷² Il testo del citato art. 2 CEE subì, soprattutto ad opera del trattato di Maastricht, notevoli modifiche dal punto di vista degli obiettivi o compiti assegnati alla Comunità (sebbene ciò potesse ricondursi per lo più alla trasposizione a livello di principi di

del trattato di Lisbona, infatti, l'instaurazione del mercato comune continuava a figurare, a mente dell'art. 2 del Trattato, tra i metodi per realizzare gli obiettivi della Comunità europea questa volta unitamente alla creazione di un'unione economica e monetaria e all'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 4 del medesimo testo.²⁷³ Sebbene la norma non contenga alcuna gerarchia tra i citati strumenti sembra che al mercato comune debba assegnarsi un ruolo prevalente, insieme all'unione economica e monetaria.²⁷⁴ Una conferma di una simile lettura potrebbe ricavarsi dai trattati attualmente in vigore, segnatamente dall'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione europea (d'ora in avanti TUE), il quale afferma che "L'Unione instaura un *mercato interno*" (corsivo aggiunto).²⁷⁵

A dispetto della sua centralità rispetto alla costruzione europea, non è dato rinvenire, in alcun testo normativo di origine europea, alcuna definizione giuridica della locuzione "mercato interno" o di "mercato comune". Qualche indicazione sul concetto di cui si discute si rinviene oggi nell'attuale art. 26, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in avanti TFUE), inserito nella parte terza del TFUE dedicata alle politiche dell'Unione e alle azioni interne, e particolarmente all'interno del Titolo primo (artt. 26-27) consacrato al mercato interno. Tale disposizione stabilisce che "Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci,

obiettivi che già informavano il sistema comunitario: sul punto v. M. PEDRAZZI, *Art. 2*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 88 ss., spec. p. 88) e vide la sostituzione degli strumenti diversi dall'instaurazione del mercato interno. Sulle vicende degli obiettivi di cui all'art. 2 CEE attraverso i diversi trattati modificativi v. anche L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 1 ss.

²⁷³ L'art. 2 CEE: "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri".

²⁷⁴ Così v. M. PEDRAZZI, *Art. 2* cit., p. 91, ove si afferma che l'instaurazione di un mercato comune è non solo il primo e principale strumento messo in atto dal Trattato per realizzare i propri obiettivi, "ma obiettivo primario essa stessa dell'azione comunitaria"; v. inoltre G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2010, p. 396, secondo il quale "il mercato interno è infatti il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici".

²⁷⁵ L'intero art. 3, TFUE, contiene un elenco di ciò che l'Unione europea fa (o dovrebbe fare). È scomparso dalla lettera della norma il sostantivo "compiti" così come non v'è traccia della preposizione "mediante", chiaro indicatore del rapporto di strumentalità dell'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e dell'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 4 rispetto ai compiti-obiettivi della Comunità. A ciò si aggiunga che l'ultimo paragrafo della disposizione in questione, con riferimento a quanto elencato nei paragrafi che lo precedono – ove figura l'instaurazione del mercato interno –, afferma che "L'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati". Tutto ciò sembra portare nella direzione dell'elevazione del mercato interno a obiettivo dell'Unione europea.

delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati”. La formula però non è nuova e fu introdotta nel diritto primario dall’Atto unico europeo nel 1986. Quell’accordo introdusse alcune novità legislative importanti per quel che attiene al mercato comune, le novità legislative più importanti furono rappresentate in primo luogo dall’introduzione, tramite l’art. 7A CEE (poi art. 14 CE e attuale art. 26 TFUE)²⁷⁶ di una scadenza entro il quale realizzare tale obiettivo²⁷⁷ e di una definizione (bipartita) del medesimo: entro il 31 dicembre 1992 la Comunità avrebbe dovuto adottare le misure destinate alla realizzazione del mercato comune, che comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone e, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del Trattato.²⁷⁸

La confusione circa il concetto di mercato adottato dall’Unione europea fu alimentata anche dall’impiego di tre diversi aggettivi, *comune*, *interno* e *unico*. Nella lettera dei trattati compaiono i primi due. Più precisamente: nel Trattato CEE compariva solo l’aggettivo *comune*. L’aggettivo *interno* compare invece per la prima volta nel libro bianco della Commissione del 1985, mentre nel testo del trattato CEE viene introdotto dall’Atto unico europeo, senza però sostituire il precedente, presente in numerose disposizioni del trattato

²⁷⁶ Sul valore meramente programmatico della norma di cui agli artt. 7A e 7B, successivamente trasfusi nell’art. 14 CE, v. L. DANIELE, *Art. 14, TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 242 ss., in partic. p. 243.

²⁷⁷ L’importanza della fissazione di un termine di attuazione del mercato interno da parte dell’AUE (a distanza di oltre quindici anni dalla scadenza del periodo transitorio il 31 dicembre 1969) risiedette soprattutto nel monito e nella richiesta rivolti al Consiglio di intensificare gli sforzi in ordine alla effettiva attuazione di un mercato quanto più simile possibile al mercato interno di un singolo Stato. In questo senso, sul valore politico più che giuridico di quel termine v. L. DANIELE, *Art. 14 cit.*, pp. 242-243. Il termine contenuto nel par. 1 dell’art. 14, CE, fu poi espunto dal Trattato di Nizza in quanto ormai superfluo. Sull’efficacia giuridica del termine di cui all’art. 7A, CEE (successivamente art. 14, par. 1, CE) v. inoltre C. D. EHLERMANN, *The Internal Market Following the Single European Act*, in *CMLR*, 1987, p. 361 ss., p. 370 ss., A. LANG, *Art. 14*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 131 ss., spec. p. 131, P. CRAIG, *The Evolution of the Single Market*, in C. BARNARD, J. SCOTT, *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 1 ss., spec. pp. 15-17. Anche la Corte di giustizia ebbe modo di pronunciarsi sul punto, affermando che la scadenza di tale termine non avrebbe comportato automaticamente nuovi obblighi a carico degli Stati membri: a conferma di tale opinione v. sentenza della Corte del 20 ottobre 1993, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Corradina Baglieri*, causa C-297/92, in *Racc.*, p. I-5211, p.ti 16-17, sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Procedimento penale a carico di Florus Ariël Wijzenbeek*, causa C-378/97, in *Racc.*, p. 6207, p.ti 8-9.

²⁷⁸ Sulla valutazione dell’introduzione di una definizione di “mercato interno” nel senso della ripetitività e riduttività della norma (seppure con riferimento all’art. 14 CE – ma la lettera è rimasta immutata) v. L. DANIELE, *Art. 14 cit.*, p. 243 e, da ultimo, IDEM, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 37-38. L’unica nota positiva e innovativa della definizione introdotta dall’AUE poi trasfusa nel par. 2 dell’art. 14 CE risiede, secondo l’A., nel riferimento all’abolizione delle frontiere interne da leggersi come un segnale della volontà di addivenire a un risultato di integrazione più stretta rispetto a quella insita nel concetto di mercato comune.

(ad esempio, in quelli che divennero dopo l'adozione del trattato di Maastricht gli artt. 2, 35, 81, 82, 87, 94, 96 e 308 CE).²⁷⁹ L'espressione "mercato *unico*" compare invece in alcuni documenti delle istituzioni e nella giurisprudenza europea. Sotto questo profilo, venne in aiuto la sentenza *Gaston Schul*, nella quale la Corte di giustizia affermò che "tra gli scopi del trattato, enunciati negli artt. 2 e 3 CEE, figura anzitutto l'instaurazione di un mercato comune" la cui nozione "elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno".²⁸⁰ In questo caso la Corte sembra impiegare i due aggettivi *comune* e *unico* come sinonimi, mentre *interno* è usato con riferimento a un mercato nazionale. Dovrebbe potersene ricavare l'idea che il mercato interno dell'Unione europea debba diventare quanto più simile possibile a quella realtà assai più coesa che si ritrova in ciascun mercato nazionale.²⁸¹

²⁷⁹ Così L. DANIELE, *Art. 14 cit.*, p. 242 e L. SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, Torino, 2006, p. 1 ss., spec. p. 2; *contra* A. LANG, *Art. 14 cit.*, p. 131, secondo la quale invece la nozione di mercato *interno* è stata sostituita a quella di mercato *comune* con il Trattato di Amsterdam.

²⁸⁰ Sentenza della Corte del 5 maggio 1982, *Gaston Schul Douane Expeditieur BV c. Ispetto dei tributi d'importazione e delle imposte di consumo di Roodendaal*, causa 15/81, in *Racc.*, p. 1410 ss., p.to 33.

²⁸¹ La pronuncia della Corte non soprò il vivace dibattito dottrinale circa i rapporti tra le due nozioni di "mercato *unico*" e "mercato *interno*". Se da un lato v'era chi sosteneva la portata più limitata e ristretta del primo al secondo, dall'altro v'era anche chi sosteneva l'esatto opposto e cioè la maggior ampiezza del concetto di mercato interno se confrontato con quello di mercato comune. Per la ricostruzione del concetto di "mercato interno" come più limitato e specifico di quella di "mercato unico" v. *inter alia* L. S. ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano, 1990, p. 26 ss., P. PESCATORE, *Some Critical Remarks on the «Single European Act»*, in *CMLR*, 1987, p. 9 ss., spec. p. 12, A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *F.I.*, 1989, IV, c. 80, secondo il quale in particolare il mercato interno sarebbe l'aspetto del mercato comune legato ai profili di liberalizzazione intracomunitaria, F. POCAR, *Mercato interno e ed Atto Unico europeo*, in VALENTI (a cura di), *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, vol. I, p. 59 ss., L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 3. A favore della ricostruzione opposta v. C.D. EHLERMANM, *op. cit.*, p. 369, J. PIPKORN, *Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte Unique Européen*, in *Recueil de Cours de l'Académie de droit européen*, 1990-I, t. 1, p. 189 ss., p. 208. Sul tema v. anche R. BARATTA, *L'equivalenza delle norme nazionali ai sensi dell'art. 100 B del trattato CE*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 728. Si aggiungeva poi una terza corrente di pensiero secondo cui le due nozioni di "mercato comune" e "mercato interno" erano da considerarsi del tutto equivalenti: in questo senso v. *inter alia* R. BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, in *CMLR*, 1993, p. 85 ss., spec. p. 102 ss., K. MORTELMANS, *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what's in a Market*, in *CMLR*, 1998, p. 101 ss., spec. 107, ove si sottolinea peraltro che in alcune lingue, ad esempio l'olandese e il tedesco, non esiste la pluralità di espressioni di cui si discute, ma una sola parola per indicare entrambi i concetti di mercato *comune* e *interno* (*interne markt* in olandese e *Binnenmarkt* in tedesco), G. TESAURO, *op. cit.*, p. 392. Infine, sebbene il punto di vista non sia strettamente giuridico, si veda anche M. MONTI, *A New Strategy for the Single Market* cit., ove viene utilizzato la sola espressione mercato *unico* spiegando la scelta in questi termini: «Nella presente relazione, l'espressione "mercato unico" è preferita a "mercato interno", a meno che non si tratti di citazioni testuali di altri documenti. Dal punto di vista concettuale e comunicativo, l'aggettivo "unico" è più appropriato di "interno". In primo luogo, l'espressione "mercato interno" può indurre in errore i cittadini di un singolo Stato membro dell'UE che potrebbero fraintendere il mercato di tutta l'UE con il proprio mercato nazionale. In secondo luogo, per gli interlocutori non europei, l'espressione europea "mercato interno" potrebbe dare un'impressione di chiusura e far pensare alla "fortezza Europa", impressione generalmente ben lontana dalla realtà e che l'UE non ha interesse a veicolare. In terzo luogo, "unico" esprime

Prendendo a prestito le parole di autorevole dottrina, unitamente alle politiche di accompagnamento a cui è inscindibilmente connesso “il mercato interno è infatti il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici”.²⁸² Sebbene, come si è detto, esso sia ormai divenuto qualcosa in più rispetto ad uno spazio in cui è garantita la libera circolazione dei fattori produttivi, le quattro libertà di circolazione – libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali – ne costituiscono l’ossatura.

2. La libertà di stabilimento delle società a mente degli articoli 49 e 54,5 TFUE.

2.1. Il diritto di stabilimento.

Gli artt. 49-54, TFUE, disciplinano attualmente il diritto di stabilimento, una delle libertà fondamentali che, insieme alla libera circolazione delle merci, delle persone,²⁸³ dei

meglio l’elemento di impegno. In realtà, perché il mercato di un particolare bene o servizio all’interno dell’UE, “interno” per definizione, sia realmente “unico” e non frammentato, è necessario l’intervento dei responsabili politici e degli attori sul mercato».

²⁸² Così G. TESAURO, *op. cit.*, p. 396, il quale afferma poi che “La disciplina del mercato interno, in definitiva, nonché le politiche che vi si riconducono, costituiscono il nucleo centrale di un ordinamento articolato e tendenzialmente completo, nel cui ambito trovano riconoscimento non soltanto le libertà fondamentali [...], ma anche l’insieme delle istanze (tutela e promozione del lavoro, delle donne e dei giovani, dell’ambiente, della cultura, delle aree sfavorite) che sono patrimonio comune e caratteristico delle moderne democrazie”. Sul punto v. anche L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* cit., p. 40, secondo cui il mercato interno si identifica con l’intero campo d’azione della Comunità, si è esteso cioè fino ad attrarre tutte le politiche dell’Unione europea che rappresentano le condizioni per la realizzazione delle libertà di circolazione, contribuendo, direttamente o indirettamente, alla rimozione degli ostacoli all’unificazione dei mercati nazionali. In precedenza, per una ricostruzione del “mercato comune” non limitata alle sole libertà di circolazione v. anche P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 10 e C.D. EHLERMANM, *op. cit.*, pp. 369-370.

²⁸³ Occorre dire che libera circolazione delle persone e diritto di stabilimento presentano dei profili comuni. Entrambe hanno, infatti, ad oggetto lo svolgimento di un’attività economica lavorativa all’interno dell’Unione europea. Esiste però una distinzione fondata su categorie astratte: mentre la libertà di circolazione dei servizi attiene allo svolgimento di un’attività economica *indipendente*, la libertà di circolazione delle persone attribuisce ai cittadini di uno Stato membro il diritto di spostarsi e soggiornare in altri Stati membri per ivi esercitare un’attività di lavoro *subordinato*. Nel fornire una interpretazione autonoma della nozione di “lavoro subordinato” ai fini dell’applicazione delle discipline sulla libera circolazione delle persone, la consolidata giurisprudenza europea sottolinea come caratteristica essenziale di tale rapporto di lavoro il fatto che “una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione” (corsivo aggiunto): cfr. sentenza della Corte del 3 luglio 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, causa 66/85, in *Racc.*, p. 2139 ss., p.to 16 e, particolarmente, p.to 17, nonché, successivamente, sentenza della Corte del 21 giugno 1988, *Steven Malcom Brown c. The*

capitali e dei servizi,²⁸⁴ costituisce il fondamento del mercato interno e, di conseguenza, dell'intera costruzione europea. Il dettato normativo delle disposizioni relative al diritto di stabilimento è rimasto pressochè immutato dal Trattato di Roma ad oggi.²⁸⁵ A norma dell'art. 49, TFUE, "(1) Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro

Secretary of State for Scotland, causa 197/86, in *Racc.*, p. 3205 ss., p.to 21, sentenza della Corte del 26 febbraio 1992, *M. J. E. Bernini c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, causa 3/90, in *Racc.*, p. I-1098 ss., p.to 14. A contrario ogni attività lavorativa che non presenti tali caratteristiche può definirsi "indipendente" e pertiene, di conseguenza, alla libera circolazione dei servizi, si manifesti essa nella forma della libera prestazione o dello stabilimento. A conferma di ciò, nella sentenza *Jany*, la Corte di giustizia precisò che si deve qualificare come attività autonoma ai fini del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE l'attività che una persona esercita *senza vincolo di subordinazione* per quanto riguarda le condizioni di lavoro e retributive e *sotto la propria responsabilità*: cfr. sentenza della Corte del 20 novembre 2011, *Aldona Malgorzata Jany e altri c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-268/99, in *Racc.*, p. I-8615, p.ti 34 e 36.

²⁸⁴ Si noti che libera prestazione di servizi e diritto di stabilimento sono espressione delle medesima libertà di circolazione garantita dai Trattati agli operatori economici indipendenti, ma si distinguono rispetto alle modalità di esercizio: mentre lo stabilimento comporta il diritto di stabilirsi, appunto, in un altro Stato membro al fine di esercitarvi un'attività economica indipendente in modo costante e duraturo, la libera prestazione dei servizi implica che lo svolgimento di una simile attività avvenga solo occasionalmente e temporaneamente. Ciò significa che il legame con lo Stato membro di prestazione dei servizi deve essere occasionale e saltuario. Sulla distinzione tra libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi v. *inter alia* M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2006, p. 169 ss., spec. p. 173 ss., L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* cit., p. 118 ss. Si badi che le due libertà si escludono reciprocamente e, soprattutto, che le condizioni di stabilimento nello Stato membro di svolgimento dell'attività sono sicuramente più restrittive di quelle imposte al prestatore di servizi: a proposito dell'esclusione reciproca v. sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e dei Procuratori di Milano*, causa C-55/94, in *Racc.*, p. I-4186, p.to 20, e in dottrina M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento* cit., p. 174, e *amplius* sul tema dell'applicazione cumulativa o reciprocamente esclusiva delle quattro libertà di circolazione v. V. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *CMLR*, 2000, p. 43 ss., spec. p. 52 ss. Peraltro, la nozione di libera prestazione dei servizi ha carattere residuale rispetto allo stabilimento (oltre che alle altre libertà di circolazione): sul carattere residuale della libera prestazione di servizi rispetto alle altre libertà v. in primo luogo l'art. 56, TFUE, il quale nel ricomprendere all'interno della nozione di libera prestazione dei servizi tutte le "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione" fa salva l'ipotesi in cui siffatte prestazioni siano regolate dalle disposizioni concernenti la libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone" e, a conferma, sentenza *Gebhard* cit., p.to 22

²⁸⁵ Se si confronta il testo degli artt. 49 e 54, TFUE, in particolare, ci si avvede che la loro formulazione è praticamente invariata dal 1957 (ad esclusione del riferimento al periodo transitorio, riferimento espunto con le modifiche apportate dal trattato di Amsterdam e che nulla toglie all'essenza della disciplina ivi contenuta). Invero, la differenza tra i vecchi artt. 52 e 58 CEE e i corrispondenti odierni è legata proprio alle scadenze relative alla realizzazione del mercato interno: infatti il divieto di restrizioni comprendeva, oltre al divieto di restrizioni, anche l'ulteriore obbligo in capo agli Stati membri di provvedere, durante il periodo transitorio, alla graduale soppressione delle restrizioni già esistenti alla data di entrata in vigore del trattato. Tale riferimento alla graduale soppressione delle restrizioni è rimasto invariato con il trattato di Maastricht ed è poi stato definitivamente espunto dal testo della norma di cui all'art. 43 CE con le modifiche apportate dal trattato di Amsterdam nel 1997. Quanto poi agli ultimi avvenimenti "costituzionali", l'unica differenza letterale tra il neopensionato trattato CE e il nuovo TFUE nel capo relativo al diritto di stabilimento è l'inserimento del Parlamento europeo nel testo dell'art. 50, TFUE, (ex art. 44 CE) tra le istituzioni deputate a dare attuazione per via legislativa alle disposizioni del capo medesimo. Tuttavia, tale precisazione nulla cambia circa la sostanza del procedimento legislativo e delle istituzioni coinvolte. Si tratta infatti pur sempre della medesima procedura che vede coinvolto con un ruolo significativo anche il Parlamento europeo: vigente il trattato CE il riferimento era all'art 251, CE, la c.d. procedura di codecisione, vigente il nuovo TFUE il riferimento diventa la procedura legislativa ordinaria di cui all'art 294, TFUE. Le due procedure sono identiche.

Stato membro. (2) La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali". In particolare, secondo consolidata giurisprudenza europea lo stabilimento implica la possibilità di "partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità nel settore delle attività indipendenti"²⁸⁶.

La funzione assegnata nel disegno dei trattati al diritto di stabilimento è ben descritta dall'Avvocato generale La Pergola nelle Conclusioni presentate in margine al caso *Centros*, ove egli affermò che "Il diritto di stabilimento è essenziale per l'attuazione degli obiettivi prefigurati dal Trattato, che intende garantire, indistintamente a tutti i cittadini comunitari, la libertà di intrapresa economica, attraverso gli strumenti apprestati dal diritto nazionale assicurando loro la *chance* di inserimento nel mercato, quali che siano gli intenti da cui il beneficiario possa esser mosso in concreto. Altrimenti detto, è l'*opportunità* di iniziativa economica ad essere tutelata, ed insieme con essa la *libertà negoziale* di giovare degli

²⁸⁶ Sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Jean Reyners c. Stato belga*, causa 2/74, in *Racc.*, p. 631 ss., p.to 21, sentenza della Corte del 5 ottobre 1988, *Udo Steymann c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-196/87, in *Racc.*, p. 6159, p.to 16, sentenza della Corte del 25 luglio 1991, *The Queen contro Secretary of State for Transport*, ex parte *Factortame Ltd e al.*, causa C-221/89, in *Racc.*, p. I-3905, p.to 20, sentenza *Gebhard* cit., p.to 25, sentenza della Corte del 17 giugno 1997, *Sodemare SA C. Annu Azzurri Holding SpA*, causa C-70/95, in *Racc.*, p. I-3422 ss., p.to 24. Diversamente, la libera prestazione di servizi si caratterizza per il carattere temporaneo dell'attività da valutarsi "non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. In concreto la presenza dell'operatore economico nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza potrà concretizzarsi secondo svariate modalità, purché siano indice di una presenza stabile sul territorio e nel mercato del suddetto paese. Peraltro, il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi": sul punto v. sentenza *Gebhard* cit., p.to 27 (cfr. per una disamina della giurisprudenza sul carattere temporaneo della prestazione dei servizi le Conclusioni dell'Avvocato generale Léger presentate il 20 giugno 1995, in *Racc.*, p. I-4165, p.ti 41-52, e sentenza della Corte del 29 aprile 2004, *Commissione c. Portogallo*, causa C-171/02, in *Racc.*, p. I-5645, p.to 27, secondo cui il fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi in un altro Stato membro per un periodo esteso di tempo non è sufficiente a considerare tale operare come stabilito nel secondo Stato). Sulla distinzione tra libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia v. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 45 ss. Sul punto v. *inter alia* anche M. CONDINANZI, B. NASCIBENE, *Libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, t. I, p. 330 ss., spec. p. 333, M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 173, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* cit., p. 118 ss.

strumenti tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri”.²⁸⁷ Beneficiari del diritto di stabilimento sono, a norma dell’art. 49, par. 2, TUFUE, gli individui cittadini di uno Stato membro diverso da quello in cui svolgono la propria attività e le società “europee”.

2.2. *L’equiparazione delle società alle persone fisiche nel godimento della libertà di stabilimento.*

L’art. 54, par. 1, TUFUE, equipara, ai fini del godimento del diritto di stabilimento, le società di uno Stato membro alle persone fisiche aventi la cittadinanza di detto Stato membro. Ciò significa da un lato che sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento delle società di uno Stato membro nel territorio di uno Stato membro, estendendosi tale divieto anche alle restrizioni concernenti l’apertura di agenzie, succursali o filiali da parte di società di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, dall’altro che anche le società di uno Stato membro hanno libero accesso a ogni tipo di attività economica indipendente e al suo esercizio nonché alla costituzione di società ai sensi dell’art. 54, par. 2, TUFUE alle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti delle proprie società.²⁸⁸

L’unico requisito richiesto dal trattato affinché le persone fisiche possano beneficiare del diritto di stabilimento è la cittadinanza di uno Stato membro: ai sensi dell’art. 49, par. 1, TUFUE, ciascun cittadino di uno Stato membro ha diritto per ciò stesso a godere della libertà di stabilimento in tutti gli altri Stati membri. Quanto alle società, è l’art. 54, par. 1, TUFUE a dettare le condizioni necessarie affinché esse possano godere del diritto di stabilimento e, più in generale, della libertà di circolazione dei servizi.²⁸⁹ Beneficiano del diritto di stabilimento

²⁸⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale La Pergola presentate il 16 luglio 1998, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459 ss., p.to 20.

²⁸⁸ Sentenza *Daily Mail* cit., p.to 17, sentenza *Gebhard* cit., p.to 23, sentenza *Sodemare* cit., p.to 26, sentenza della Corte del 9 marzo 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459 ss., p.to 20.

²⁸⁹ L’art. 54, par. 1, TUFUE, recita: “Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione, sono equiparate, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.” Si noti che la norma appena citata si applica anche alla libera prestazione dei servizi in virtù del rinvio operato dall’art. 62, TUFUE, alle disposizioni di cui agli artt. da 51 a 54, TUFUE, (dichiarate applicabili anche alla materia della libera prestazione dei servizi).

le società che siano costituite conformemente al diritto di uno Stato membro *e* che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell'Unione.²⁹⁰

Per godere della libertà sancita dall'art. 49 TFUE le società debbono presentare dunque solo due requisiti: un collegamento con uno Stato membro in particolare e un collegamento con il territorio dell'Unione nel suo complesso. L'accertamento del primo requisito deve essere svolto alla stregua delle norme dell'ordinamento che ha dato vita alla società. Il che significa che i requisiti di costituzione così come gli elementi di collegamento richiesti perché una società possa essere considerata costituita conformemente al diritto di uno Stato membro debbono essere necessariamente quelli e solo quelli previsti dalle norme di detto Stato. Segnatamente, ai fini del godimento del diritto di stabilimento, l'art. 54 TFUE impone che una società sia venuta validamente ad esistenza nel territorio di quello stesso Stato membro dal cui diritto sarà poi regolata. In teoria, è ben possibile che l'ordinamento di un paese non richieda, a fini costitutivi, la collocazione della sede sociale entro i confini nazionali; in tal caso la società che abbia soddisfatto tutte le condizioni e gli adempimenti prescritti dalla normativa di detto Stato ma avente sede all'estero dovrà comunque essere considerata come "costituita conformemente al diritto di uno Stato membro" ai fini di cui all'art. 54, par. 1, TFUE.²⁹¹

Quanto al secondo requisito, ovvero il collegamento con il territorio di uno Stato membro la disposizione di cui all'art. 54, par. 1, TFUE, richiede alla società di avere la *sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale* in uno Stato membro. Si badi che tale Stato membro potrebbe anche non essere quello di costituzione, purché quest'ultimo lo consenta, ammetta cioè la costituzione sulla base di requisiti materiali differenti. Per "sede sociale" si deve intendere la sede statutaria o legale, quella indicata nello statuto della società, in opposizione alla "amministrazione centrale" che invece corrisponde al luogo in cui si trovano gli organi e gli uffici direttivi della società da cui promanano le

²⁹⁰ Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-299/02, in *Racc.*, p. I-9761, p.to 16, Sentenza della Corte del 16 luglio 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, causa C-264/96, in *Racc.*, p. I-4695, p.to 20.

²⁹¹ Così F. CAPOTORTI, *Art. 58 cit.*, pp. 452-453, anche con riferimento al problema delle c.d. società irregolari.

decisioni relative all'amministrazione dell'ente; il "centro di attività principale" va invece identificato nel luogo in cui la società concentra i mezzi materiali che servono alla realizzazione del suo oggetto sociale.²⁹² I tre fattori di connessione con il territorio dell'Unione sono previsti a titolo alternativo.²⁹³ Il diritto dell'Unione europea ha infatti preso atto della diversità delle legislazioni nazionali in punto di presupposti materiali richiesti alle società affinché esse possano considerarsi come società regolate dal diritto di un certo ordinamento e considera ciascuno dei tre elementi menzionati – la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro d'attività principale – alternativo ed equivalente ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento.²⁹⁴ Ciò che conta per il diritto dell'Unione europea è una qualche forma di collegamento tra la società e il territorio di uno Stato membro. Con una certa approssimazione, si può dire che con riferimento alle società la sede sociale, nelle varie accezioni accolte, riveste il ruolo che la cittadinanza svolge in relazione alle persone fisiche.²⁹⁵ Da questo punto di vista l'ulteriore requisito di un legame "effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro" prescritto nel 1961 dal *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* del Consiglio non può applicarsi alle società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro e aventi la sede sociale all'interno dell'Unione nemmeno nel caso in cui esse non svolgano alcuna attività effettiva all'interno dei medesimi confini. Tale circostanza, infatti, non rileva ai fini del godimento del diritto di stabilimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 49 e 54 TFUE.

²⁹² Più approfonditamente sui concetti richiamati dall'attuale art. 54, par. 1, TFUE, quali elementi di *rattachement* al sistema europeo, e su talune ambiguità discendenti dalla non esatta coincidenza delle espressioni impiegate dal Trattato nelle differenti versioni linguistiche v. F. CAPOTORTI, *Art. 58 cit.*, p. 454.

²⁹³ Il carattere alternativo dei tre collegamenti indicati dalla norma di cui all'art. 54, par. 1, TFUE è innegabile, sebbene risulti in modo palese solo con riferimento agli ultimi due separati dalla congiunzione disgiuntiva "o". I dubbi espressi in proposito da alcuna dottrina paiono essere giustificati piuttosto dalla difficoltà a considerare il riferimento alla sola sede legale come rilevante, senza indagare sull'effettività di quest'ultima, accettando così i rischi di frode o abuso che ne derivano: cfr. F. CAPOTORTI, *Art. 58 cit.*, pp. 454-455.

²⁹⁴ Cfr. sentenza *Daily Mail cit.*, p.to 21.

²⁹⁵ Cfr. sentenza *Centros cit.*, p.to 20, sentenza *ICI cit.* p.to 20, sentenza della Corte del 14 dicembre 2006, *Denkavit Internationaal BV e Denkavit France SARL c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, p.to 22.

2.3. La nozione di “società” ai sensi dell’art. 54, par. 2, TFUE.

La nozione di *società* accolta dalla norma di cui all’art. 54, par. 2, TFUE è molto ampia giacché comprende “le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”. È evidente che l’uso del termine “società” fatto dall’art. 54, par. 1, TFUE, è del tutto atecnico poiché l’elenco appena ricordato (contenuto nel secondo paragrafo) supera di gran lunga qualsiasi concetto di società, per quanto ampio. Inoltre, il linguaggio impiegato dal trattato è impreciso. Ciò dà luogo a diversi problemi interpretativi.

Anzitutto, il secondo paragrafo si riferisce alle società e alle *altre* persone giuridiche. L’aggettivo “altre” suggerisce un rapporto di *genus a species* tra le persone giuridiche e le società, ma è noto come non tutte le società siano dotate della personalità giuridica. Non si può pensare che gli estensori del trattato abbiano voluto in alcun modo prendere posizione sulla questione della personalità giuridica delle società, né del resto si possono escludere le società non personificate dall’ambito di applicazione della libertà di stabilimento; piuttosto, si ritiene che la disposizione dell’art. 54, par. 2, TFUE, comprenda tutti i tipi di società.²⁹⁶ Depone in questo senso anche il fatto che la norma in commento deve comprendere nel proprio ambito di applicazione tutti quegli enti che in ciascuno Stato membro rientrano nella nozione di società e di persone giuridiche ed è evidente che le valutazioni effettuate a tal proposito dagli ordinamenti nazionali possono non coincidere.

Sulla stessa linea, ovvero nella direzione di ampliare quanto più possibile il novero dei soggetti beneficiari della libertà di stabilimento, pare debba interpretarsi l’inciso che include nella libertà di stabilimento le società *di diritto civile o di diritto commerciale*, così chiarendo che non occorre la qualifica di società *commerciale* ai fini del godimento della suddetta libertà (ad esempio, ciò significa che sono incluse le società semplici di diritto italiano).

L’inclusione delle persone giuridiche di diritto pubblico tra i beneficiari del diritto di stabilimento genera problemi interpretativi da un lato in relazione a quello che la norma

²⁹⁶ Di questo parere v. F. CAPOTORTI, *Art. 58 cit.*, pp. 449-450.

indica come il minimo comun denominatore di tutte gli enti compresi nell'ambito di applicazione dell'art. 54, TFUE, ovvero lo scopo di lucro, dall'altro con riferimento alla deroga prevista dall'art. 51 TFUE (ex art. 45 CE, già art. 56 CEE) che esclude dall'applicazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento le attività che negli Stati membri partecipino, anche solo occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri.

Come detto, lo scopo di lucro è l'elemento che accomuna e contraddistingue tutti gli enti elencati dal secondo paragrafo dell'art. 54 TFUE. Più precisamente, l'assenza dello scopo di lucro è la caratteristica che accomuna gli enti esclusi dalla portata della disposizione di cui all'art. 54 TFUE. A tal proposito, per evitare ogni dubbio, il legislatore europeo si è premurato di specificare che le società cooperative vi sono invece comprese.²⁹⁷

Resta da capire quali siano le società e persone giuridiche "che non si prefiggono scopi di lucro". In senso stretto si prefiggono scopi lucrativi tutti gli enti che abbiano tra le loro finalità istituzionali quella di produrre utili. Tuttavia, si ritiene che una nozione così ristretta escluderebbe dal novero dei beneficiari della libertà di stabilimento molte delle persone giuridiche, soprattutto quelle di diritto pubblico o anche le fondazioni, che non annoverano certo tra i loro fini istituzionali la produzione di utili ma che lo stesso possono svolgere attività lucrative funzionali alla realizzazione del loro scopo. Di conseguenza, si dovrebbe intendere il riferimento all'assenza di scopo di lucro in senso ampio e cioè dovrebbero rimanere esclusi dalla libertà di stabilimento tutti e soli quegli enti che abbiano scopi diversi dallo svolgimento di un'attività economica.²⁹⁸

Ciò detto, ne risulta che anche gli enti pubblici rientrano nei beneficiari della libertà di stabilimento laddove svolgano una qualche attività economica. Dal momento che la disposizione di cui all'art. 51 TFUE costituisce un'eccezione alle norme sul diritto di stabilimento, essa va interpretata restrittivamente. Laddove un ente o una persona giuridica di diritto pubblico, pur dotata di poteri d'imperio, svolga un'attività economica senza l'utilizzo di tali poteri, tale attività è da intendersi esclusa dall'ambito di applicazione dell'eccezione.

²⁹⁷ Nel senso che nella menzione delle società cooperative rientrano tutte le società aventi scopo mutualistico v. F. CAPOTORTI, *Art. 58* cit, p. 450.

²⁹⁸ Così F. CAPOTORTI, *Art. 58* cit, p. 451.

2.4. *Il contenuto e le modalità di esercizio della libertà di stabilimento delle società.*

Il diritto di stabilimento delle società si sostanzia nel diritto di costituire e gestire società e imprese in uno Stato membro diverso da quello di costituzione o di aprirvi sedi secondarie, quali agenzie, filiali o succursali,²⁹⁹ e si fonda sul principio del trattamento nazionale. A tal proposito si suole distinguere due modalità di esercizio del diritto di stabilimento, *a titolo principale* o *primario* e *a titolo secondario* o, semplicemente, *secondario*. Nel primo caso il beneficiario della libertà di stabilimento insedia il proprio centro di attività principale in uno Stato membro diverso da quello di origine (di costituzione per le società, di cittadinanza per gli individui), ivi concentrando lo svolgimento della sua attività economica indipendente e rescidendo ogni legame con il paese d'origine. In termini generali rispetto a tutti i suoi beneficiari, il diritto di stabilimento a titolo principale può essere esercitato, ad esempio, aprendo uno studio professionale oppure costituendo una società in uno Stato membro diverso da quello di cui si ha la cittadinanza. Oppure, ancora, stabilimento primario può essere quello della persona fisica che, pur svolgendo un'attività di lavoro subordinato nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, decida di iniziare un'attività economica indipendente in un altro Stato membro,³⁰⁰ o della società "europea" che decida di spostare la sede sociale da uno Stato membro ad un altro.³⁰¹

Diversamente, si configura un'ipotesi di stabilimento secondario quando il beneficiario mantiene una forma di contatto con lo Stato membro d'origine (quello di cittadinanza della persona fisica o quello in della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale della società), stabilendo al contempo un secondo centro di

²⁹⁹ Il significato dei termini "agenzie", "succursali" e "filiali", utilizzato anche altrove nel diritto derivato, ad esempio nel regolamento concernente lo statuto di Società europea, non è sempre limpido. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto non è chiarificatrice – è da respingere infatti il riferimento in questa sede alla giurisprudenza relativa ad analoghe espressioni contenute nell'art. 5, n. 5, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 in tema di competenza giurisdizionale e riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere in quanto diversa è la funzione delle norme in questione e l'analogia non pare convincente. Un'indicazione utile sembra provenire piuttosto dalle conclusioni presentate dall'Avvocato generale La Pergola nel caso *Centros* (per il quale si rinvia *infra* par. 5.3): egli propone come discriminante la sussistenza di una personalità giuridica autonoma rispetto alla società madre, personalità presente nel caso della filiale ma non in quello della succursale.

³⁰⁰ Sentenza della Corte del 7 luglio 1988, *Christopher Stanton e SA belge d'assurances "L'Étoile 105" c. Inasti (Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants)*, causa C-143/87, in *Racc.*, p. 3877, p.to 12.

³⁰¹ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, causa 81/87, in *Racc.*, p. 5505, p.to 12.

attività in un altro Stato membro.³⁰² Il Trattato, riferendosi in particolare all'apertura di agenzie, succursali e filiali, sembra alludere a centri di attività subalterni rispetto ad un centro principale d'attività situato nello Stato membro d'origine. Si vedrà più avanti come, ad esempio, nel caso *Centros* la Corte di giustizia abbia smentito la necessità del carattere subordinato dello stabilimento secondario.³⁰³

In relazione a entrambe le modalità di esercizio la libertà di stabilimento da un lato comprende il diritto di accesso alle attività economiche indipendenti o di apertura di una sede secondaria nello Stato membro di stabilimento, dall'altro determina le condizioni di esercizio di siffatti diritti, imponendo il principio del trattamento nazionale.

Tuttavia, la natura delle società ha creato qualche difficoltà nell'applicazione di quei principi facilmente impiegati con riferimento alle persone fisiche, tanto che alla fine degli anni ottanta, nel caso *Daily Mail*, la Corte ebbe modo di affermare, come si vedrà più avanti, che di regola l'esercizio di tale libertà avviene aprendo agenzie e succursali o costituendo affiliate, sebbene anche le società godano di una libertà di stabilimento piena.³⁰⁴

Il diritto di stabilimento a titolo principale è garantito alle società senza ulteriori condizioni rispetto a quelle fissate dall'art. 54, par. 1, TFUE. In merito allo stabilimento secondario si discute se debba invece richiedersi anche alle società, come fa espressamente l'art. 49, TFUE, nei confronti delle persone fisiche, che siano "stabilite" in uno Stato membro. A questo proposito, il Consiglio propugna da sempre la necessità di un collegamento effettivo con il territorio di uno Stato membro.³⁰⁵

³⁰² A proposito della distinzione tra stabilimento primario e secondario v. per tutti M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento* cit., p. 187 ss., L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* cit., p. 129 ss.

³⁰³ V. *infra* par. 5.3.

³⁰⁴ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, causa 81/87, in *Racc.*, p. 5505, p.to 17.

³⁰⁵ Cfr. *Programma generale per la soppressione delle restrizioni* cit.

3. Gli strumenti utilizzati dall'Unione europea per la realizzazione della libertà di stabilimento delle società.

Nell'opera di attuazione della libertà di stabilimento delle società sancita dagli artt. 49 e 54, TFUE, le istituzioni e, in particolare, la Commissione europea in quanto monopolista dell'iniziativa legislativa hanno sempre avuto molte frecce al loro arco. Si possono contare tra le norme del Trattato almeno quattro differenti basi giuridiche. In primo luogo, l'art. 293, CE (già art. 220 CEE), abrogato dal Trattato di Lisbona, consentiva agli Stati membri di negoziare convenzioni internazionali volte a garantire il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'allora art. 48, par. 2, CE (già art. 58, par. 2, CEE e attuale art. 54, par. 2, TFUE). Secondariamente, contribuisce al medesimo obiettivo anche la previsione di cui all'art. 50, par. 2, lett. g, TFUE, la quale dispone l'adozione di direttive volte a coordinare le garanzie richieste negli Stati membri alle società beneficiarie del diritto di stabilimento per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi. Su questa base giuridica sono fondate le numerose direttive di armonizzazione del diritto societario adottate dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso a oggi. In terzo luogo, va menzionata la norma di cui all'art. 352 TFUE (già art. 308 CE e, in precedenza art. 235 CEE) che fornisce un utile appiglio normativo cui le istituzioni possono ancorarsi nel caso in cui un'azione dell'Unione appaia necessaria per realizzare uno degli obiettivi di cui ai Trattati senza che questi abbiano previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti. In una situazione simile, il Consiglio può adottare le disposizioni appropriate (sebbene ciò richieda l'unanimità di voti). Infine, non vanno dimenticati gli artt. 114-115, TFUE (già artt. 94 e 95, CE, in precedenza art. 100A e 100, CEE) i quali permettono di adottare direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno.

Tutte queste basi giuridiche sono presenti nel diritto primario dell'Unione europea sin dal Trattato di Roma, eccezion fatta per l'art. 114 TFUE (ex art. 95 CE e già art. 100A CEE) introdotto invece dall'Atto unico europeo, la cui norma è tuttavia soltanto una specificazione di quella dell'art. 115 TFUE (ex art. 94 CE e già art. 100 CEE) e non cambia dunque la

sostanza del discorso. L'Unione è sin dal suo esordio corredata di molti e vari strumenti per raggiungere un unico obiettivo, la realizzazione della libertà di stabilimento delle società.

Qui di seguito si cercherà di dar conto della natura e della duttilità di tali strumenti nonché dell'impiego che ne è stato fatto, con l'intenzione di fornire una fotografia dei risultati già raggiunti e, soprattutto, di evidenziare quanto ancora occorre fare in questo senso per giungere ad una piena ed effettiva attuazione del diritto di stabilimento delle società.

3.1. *L'opzione pattizia fondata sul vecchio articolo art. 293,1 CE.*

Come già anticipato parlando della *Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche* stipulata a Bruxelles nel 1968, il trattato istitutivo della Comunità economica europea si occupava delle società, oltre che nel capo relative al diritto di stabilimento, anche nella parte sesta, contenente le disposizioni generali e finali. Segnatamente, l'art. 220, terzo trattino, CEE impegnava gli Stati membri della Comunità ad avviare, per quanto necessario, negoziati intesi a garantire a favore dei loro cittadini il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 58, par. 2, CEE (attuale art. 54, par. 2, TFUE) il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato ad un altro e la possibilità di fusione tra società soggette a legislazioni nazionali differenti. Tale norma, che divenne in seguito l'art. 293, terzo trattino, CE è stata espunta dal sistema ad opera del trattato di Lisbona.

La norma di cui all'art. 200, terzo trattino, CEE, costituì come innanzi spiegato la base giuridica per un paio di esperimenti convenzionali, entrambi ormai definitivamente falliti.³⁰⁶ Oltre alla *Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche* stipulata a Bruxelles nel 1968 di cui si è già ampiamente detto,³⁰⁷ va ricordato un *progetto di Convenzione in tema di fusioni internazionali*, presentato nella versione preliminare già nel 1967 e poi in forma definitiva (modificato) nel 1973 per essere successivamente ritirato e

³⁰⁶ In questo senso circa la *Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche* firmata a Bruxelles nel 1968 v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 24.

³⁰⁷ Sul punto v. *infra*, cap. I, par. 1.3.2.

sostituito con la proposta di decima direttiva.³⁰⁸

L'art. 293, terzo trattino, CE (già art. 220, terzo trattino, CEE) ha sempre suscitato molte discussioni circa la sua funzione nell'attuazione della libertà di stabilimento delle società. Secondo l'orientamento più risalente e, poco condivisibile, siffatta norma avrebbe dovuto rappresentare la necessaria e fondamentale base giuridica per dare concreta attuazione al diritto di stabilimento delle società, in particolare nel caso di stabilimento *a titolo principale*, ipotesi in cui sorge il problema della continuità giuridica della società. Unitamente alle misure di armonizzazione del diritto societario di cui si dirà tra poco, le iniziative convenzionali fondate sull'art. 220, terzo trattino, CEE (poi art. 293, terzo trattino, CE) avrebbero dovuto costituire il sostrato indispensabile a colmare quelle differenze nelle legislazioni degli Stati membri, di cui pure il trattato aveva tenuto conto all'art. 58, par. 2, CEE, e che impedivano alle società beneficiarie di godere, in concreto, del diritto di stabilimento. In altri termini, la concreta attuazione della libertà di stabilimento delle società era subordinata alle iniziative pattizie fondate su quella base giuridica.³⁰⁹

L'opinione più recente, largamente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza e suffragata oggi dall'espulsione della norma in commento dal sistema dei Trattati, esclude che la norma di cui all'art. 293, terzo trattino, CE, rappresenti una riserva di competenza legislativa nelle mani degli Stati membri ad avviare negoziati intesi a consentire il reciproco riconoscimento della società e il mantenimento della loro personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato membro ad un altro o di fusione transfrontaliera. Piuttosto, come indicava l'inciso "per quanto occorre" presente nel testo della disposizione, essa aveva (o avrebbe dovuto avere) la funzione di facilitare la realizzazione della libertà di stabilimento (in quelle ipotesi maggiormente problematiche in relazione alla continuità

³⁰⁸ Nel 1967 un comitato formato da esperti nazionali e responsabili della Comunità presentò un progetto preliminare di trattato sulle "fusioni internazionali" molto ambizioso in quanto contenente, non solo l'affermazione del principio della validità delle fusioni tra società regolate da leggi di Stati diversi e del loro riconoscimento da parte di tutti gli altri Stati membri, ma anche una disciplina uniforme delle operazioni in questione (per il testo del progetto preliminare è pubblicato, unitamente alle *Note esplicative*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 737 ss.). Il progetto definitivo concernente le fusioni internazionali di società per azioni venne presentato nel 1973 (per il testo con la relativa *Relazione v. C.E.*, Bollettino, Suppl. n. 13/73), ma fu ben presto ritirato e sostituito con la proposta di decima direttiva: cfr. COM(84) 727 def. del 8 gennaio 1985. Sul punto A. SANTA MARIA, *Le fusioni di società soggette a leggi regolatrici diverse nel progetto preliminare di Convenzione della Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 528 ss. *Amplius* cap. IV, par. 3.1.

³⁰⁹ In tal senso v. sentenza *Daily Mail* cit., p.to. 23.

giuridica dell'ente societario), rimanendo l'esercizio di tale libertà fondamentale, peraltro dotata di diretta efficacia alla scadenza del periodo transitorio, incondizionato dall'adozione di accordi internazionali sul punto.³¹⁰

La discussione sul ruolo da assegnare all'art. 293 CE perde oggi di ogni significato vista la sua espunzione dal diritto primario dell'Unione europea ad opera del Trattato di Lisbona del 2007 (una norma simile infatti non figura più né nel TUE né nel TFUE). Questa esclusione sembra essere una conferma della funzione meramente ausiliaria di tale norma e della non subordinazione della libertà di circolazione agli strumenti convenzionali eventualmente adottati sulla base tale disposizione.

3.2. La competenza di cui all'articolo 50, par.2, lett. g, TFUE, e l'armonizzazione del diritto societario degli Stati membri.

Un'altra disposizione presente nel diritto primario dell'Unione europea rilevante per le società è l'art. 50, par. 2, lett. g, TFUE (ex art. 44, par. 2, lett. g CE e già art. 54, par. 3, lett. g, CEE), il quale prevede che il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione esercitino le funzioni loro attribuite dalle disposizioni contenute nel capo relativo al diritto di stabilimento in particolare coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie richieste, negli Stati membri, alle società (a mente dell'art. 54, par. 2) per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi. Tale norma, che è rimasta quasi invariata dal 1957, ha costituito la base giuridica formale per tutte le direttive di armonizzazione del diritto societario adottate dall'Unione europea.³¹¹ La funzione della citata disposizione risulta

³¹⁰ Così sentenza *Überseering* cit., p.ti 53-55. Quanto alla dottrina si veda, tra gli altri, I. G. F. CATH, *Freedom of Establishment of Companies: A New Step Towards Completion of the Internal Market*, in *Yearbook of European Law*, 1986, p. 246 ss., spec. p. 252 (ove l'A. fa notare che la necessità di una convenzione sul riconoscimento delle società dipende dalla risposta alla domanda se il riconoscimento debba considerarsi un prerequisito della libertà di stabilimento o piuttosto questa non richieda che quello sia accordato a tutte le società costituite secondo il diritto di uno Stato membro).

³¹¹ Il testo della disposizione di cui all'art. 50, par. 2, lett. g, TFUE (ex art. 44, par. 2, lett. g CE e già art. 54, par. 3, lett. g, CEE) è rimasta quasi inalterata. Ciò che è variato nella norma è soltanto il primo capoverso del relativo paragrafo e cioè la procedura decisionale. Con le modifiche introdotte dal trattato di Maastricht l'originaria procedura di consultazione è stata sostituita con quella di codecisione che, rimane, ancora oggi la regola seppure sotto la differente denominazione (introdotta dal trattato di Lisbona) di procedura legislativa ordinaria. Non è mancato chi ha giudicato la disposizione di cui all'art. 50,

chiaramente dalla sua collocazione all'interno del capo dedicato allo stabilimento. L'attività di armonizzazione non è fine a se stessa ma è volta a consentire l'effettiva attuazione della libertà di stabilimento per le società "europee";³¹² si tratta in altre parole di un'attività concepita come complementare alla libertà di stabilimento e non certo alternativa alla stessa.³¹³

Non si intende entrare nel merito del dibattito dottrinale relativo alla necessità di siffatta opera di armonizzazione, ai suoi meriti e limiti, alla sua efficacia, alla tenuta della base giuridica su cui è stata realizzata.³¹⁴ Simili discussioni, pure di grande importanza, porterebbe però troppo lontano da quanto qui interessa e cioè mostrare come e in che misura il diritto dell'Unione europea si occupi delle società al fine di verificare, nel prosieguo, se e in che misura esso incida sulle norme nazionali di diritto internazionale privato delle società nei casi di mobilità transfrontaliera. In particolare, si intende in questa sede delineare i confini della libertà di stabilimento delle società, come attuata, dando conto delle differenze appianate e di quelle ancora esistenti tra i diritti societari nazionali, in modo da poter valutare la necessità e l'opportunità di un intervento del legislatore europeo.

Il processo di armonizzazione prese avvio negli anni sessanta del secolo scorso. Il *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* presentato dal Consiglio nel 1961 disponeva l'adozione delle misure di coordinamento del diritto delle società degli Stati membri ai sensi dell'art. 54, par. 3, lett. g, CEE, da sviluppare congiuntamente alla progressiva realizzazione del diritto di stabilimento. Unitamente a

par. 2, lett. g, TFUE (ex art. 44, par. 2, lett. g CE e già art. 54, par. 3, lett. g, CEE), una base giuridica debole per il processo di armonizzazione del diritto societario: di questo parere v. T. BALLARINO, *Le direttive comunitarie sull'armonizzazione del diritto delle società*, in U. DRAETTA (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 1 ss., spec. p. 54.

³¹² Così v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 170 e 202, nonché *L'attuazione cit.*, p. 937.

³¹³ Di questo parere v. A. MALATESTA, *Prime osservazioni cit.*, p. 614, J. WOUTERS, *European Company Law: Quo Vadis?*, in *CMLR*, 2000, p. 257 ss., spec. pp. 289-290. Sul significato della collocazione dell'art. dell'art. 50, par. 2, lett. g, TFUE v. inoltre CH. TIMMERMANS, *Methods and Tools for Integration*, in R. BUXBAUM, G. HERTIG, A. HIRSCH, K. HOPT, *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin, New York, 1991, p. 129 ss., spec. p. 132, il quale esclude che l'armonizzazione rappresenti uno strumento per la realizzazione del mercato interno, intendendola piuttosto come contropartita pretesa da qualche Stato membro a fronte della liberale concessione del diritto di stabilimento a tutte le società che soddisfino i requisiti di cui all'art. 54, par. 1, TFUE.

³¹⁴ In proposito v. *inter alia* A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 180 ss. e 203, K. HOPT, *Company Law in the European Union: Harmonisation and/or Subsidiarity?*, in *International and comparative corporate law journal*, 1999, p. 41 ss., spec. p. 43 ss., CH. TIMMERMANS, *Methods and Tools cit.*, p. 129, in senso decisamente critico rispetto all'assenza di una *overall policy* nel processo di armonizzazione. Per una critica all'assenza dell'Italia nel plasmare il diritto societario armonizzato v. A. SANTA MARIA *Dir. comm. eur. cit.*, p. 208.

programmi simili predisposti per altri settori, quali quello dei servizi, esso fissava le condizioni generali e scandiva i termini del processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali e di attuazione delle libertà di circolazione.³¹⁵

Il programma lanciato dalla commissione presieduta dal tedesco Hallstein³¹⁶ era assai ambizioso: esso avrebbe dovuto riguardare tutto il diritto societario, segnatamente tutti i tipi di società. E così fu inizialmente. La *prima direttiva* di armonizzazione, adottata nel 1968, concerneva in effetti tutte le società di capitali e disciplinava, in particolare, gli obblighi pubblicitari, la responsabilità per le obbligazioni della società e il regime delle nullità della società.³¹⁷ Tuttavia, le intenzioni iniziali furono ben presto ridimensionate e l'attenzione concentrata sull'armonizzazione della disciplina delle sole società quotate, ad essa subordinando l'armonizzazione delle norme relative alle società non quotate. Le due direttive adottate alla fine negli anni settanta, la *seconda* e la *terza direttiva*, furono limitate entrambe alle società per azioni. La *seconda direttiva* del 1978 conteneva norme in tema di protezione del capitale (capitale minimo, aumenti e diminuzioni di capitale, conferimenti, acquisto di azioni proprie, obblighi pubblicitari a favore dei terzi e così via).³¹⁸ Nel 1979 la *terza direttiva*

³¹⁵ *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *G.U.C.E.*, n. 2 del 15/01/1962, p. 36 ss., partic. Titolo VI con riferimento al diritto societario. Va segnalata una diatriba dottrinale risalente ed ormai superata circa il significato dei termini, tutti ugualmente citati nelle disposizioni del Trattato di Roma, di "coordinamento", "armonizzazione", "ravvicinamento" e "unificazione": sul punto v. A. MIGLIAZZA, *op. cit.*, p. 768 ss. e, più di recente, A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 169, spec. nota n. 9.

³¹⁶ Primo Presidente della Commissione europea per due mandati consecutivi dal 1958 al 1967, europeista convinto, credeva nella necessità di avere una Commissione e un Parlamento europeo forti e di istituzioni economiche comuni. Walter Hallstein spinse per l'integrazione europea e la realizzazione del mercato interno. È famosa la rapidità del processo di unificazione durante il "periodo Hallstein".

³¹⁷ *Prima direttiva* 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, 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, in *G.U.C.E.* L 65 del 14/03/1968, p. 8 ss.. In Italia vi fu data attuazione con il D.P.R. del 19 dicembre 1969, n. 1127, in *G.U.R.I.* n. 35 del 10/02/1970, p. 782 ss.. Dopo essere stata oggetto di modifiche parziali, la direttiva 68/151/CEE è stata abrogata dalla Direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 48, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, in *G.U.U.E.* L 258 del 1/10/2009, p. 11 ss.

³¹⁸ *Seconda direttiva* 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, in *G.U.C.E.* L 26 del 31/01/1977, p. 1 ss. Per la normativa italiana di attuazione v. D.P.R. del 10 febbraio 1986, n. 30, in *G.U.R.I.* n. 40 del 18/02/1986, p. 1 ss. Nel 2008 la Commissione presentò una proposta di codificazione della direttiva 77/91/CEE e successive modifiche, poi riproposta (modificata) nel 2010: cfr. COM(2008) 544 def. e COM(2010) 388. Il 1 febbraio 2011 è stata presentata, nell'ultima versione, una Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 54, secondo paragrafo, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per

invece armonizzava la disciplina delle fusioni nazionali.³¹⁹ Seguì a breve, nel 1982, la *sesta direttiva* sulle scissioni delle società per azioni, elaborata sul modello della terza direttiva relativa alle fusioni, insieme alla quale costituiva il quadro di riferimento per i processi di ristrutturazione delle società per azioni.³²⁰

Parallelamente a questo percorso, se ne svolse un altro di armonizzazione dei conti annuali e consolidati delle società per azioni. A tal fine furono adottate la *quarta direttiva* concernente i conti annuali delle società per azioni nel 1978, la *settima direttiva* relativa ai conti consolidati nel 1983 e un anno più tardi l'*ottava direttiva* riguardante l'abilitazione delle persone incaricate per legge del controllo dei conti.³²¹

Trascorsero diversi anni prima che, nel 1989, il mosaico si arricchisse di altre due tessere. Da un lato l'*undicesima direttiva* si occupava della delicata questione degli obblighi pubblicitari delle succursali create in uno Stato membro dalle società per azioni di un altro Stato membro (diversamente dalla filiali, giuridicamente autonome, le succursali, parte della società che le crea, non erano soggette ad alcuna disciplina di questo tipo),³²² dall'altro la *dodicesima direttiva* introduceva la società a responsabilità limitata unipersonale in quegli ordinamenti che tale fattispecie non conoscevano o addirittura vietavano (tra i quali, ad

tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa; si tratta di un'operazione di rifusione della *seconda* direttiva e di tutte le successive modifiche: cfr. COM(2011) 29.

³¹⁹ *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, in *G.U.C.E.* L 295 del 20/10/1978, p. 36 ss.

³²⁰ *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, in *G.U.C.E.* L 378 del 31/12/1982, p. 47 ss.

³²¹ *Quarta direttiva* 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, in *G.U.C.E.* L 222 del 14/08/1978, p. 11 ss., *Settima direttiva* 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, in *G.U.C.E.* L 193 del 18/07/1983, p. 1 ss. e *Ottava direttiva* 84/253/CEE del Consiglio del 10 aprile 1984 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili, in *G.U.C.E.* L 126 del 12/05/1984, p. 20 ss. L'ottava direttiva è stata abrogata dalla Direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio e abroga la direttiva 84/253/CEE del Consiglio, in *G.U.U.E.* L 157 del 9/6/2006, p. 87 ss., a sua volta modificata dalla Direttiva 2008/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, che modifica la direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, per quanto riguarda le competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *G.U.U.E.* L 81 del 20/3/2008, p. 53 ss.

³²² *Undicesima direttiva* 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, in *G.U.C.E.* L 395 del 30/12/1989, p. 36 ss.

esempio, figurava l'ordinamento italiano).³²³

Un intervallo ancor più lungo separa la *tredecima*³²⁴ e la *decima direttiva*,³²⁵ adottate rispettivamente nel 2004 e nel 2005, disciplinanti l'una le offerte pubbliche d'acquisto, l'altra le fusioni transfrontaliere. Nel frattempo le priorità delle istituzioni europee si erano spostate altrove e precisamente sulla creazione di modelli societari europei, pensati quale alternativa ai tipi societari nazionali per facilitare la mobilità societaria nell'Unione europea.

Allo stadio di progetto rimangono ancora una *quinta direttiva*³²⁶ concernente la struttura delle società per azioni, una *nona direttiva*³²⁷ relativa alla disciplina dei gruppi di società e la famigerata *quattordicesima direttiva* riguardante il trasferimento transfrontaliero di sede sociale.³²⁸ Per completare il quadro di riferimento, agli atti succitati³²⁹ e ai progetti pendenti, andrebbero aggiunte le numerose direttive che, in settori limitrofi e collegati a quello del diritto societario, sono state adottate sul fondamento della medesima base giuridica, quali ad esempio le direttive c.d. "banche", "mercati mobiliari" e "assicurazioni", senza

³²³ *Tredicesima direttiva* 89/667/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in materia di diritto delle società relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, in *G.U.C.E.* L 232 del 2/09/1999, p. 34 ss.

³²⁴ *Tredicesima direttiva* 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto, in *G.U.U.E.* L 142 del 30/04/2004, p. 12 ss.

³²⁵ *Decima direttiva* 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *G.U.U.E.* L 310/1 del 25/11/2005, p. 1 ss.

³²⁶ La prima proposta della Commissione risale al 1972: v. Proposta modificata di quinta direttiva ai sensi dell'art. 54, paragrafo 3, lettera g) del trattato CEE, concernente la struttura della società per azioni nonché i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali, COM(72)887 def., in *G.U.C.E.* C 131, del 13/12/1972, p. 49. Profondamente modificata la proposta è stata ripresentata nel 1983: v. COM(83) 185 def., in *G.U.C.E.* C 240 del 9/9/1983. Del 1992 è una terza proposta: v. COM(90) 629 def., in *G.U.C.E.* C 7 del 11/1/1991, p. 4 ss. Sulle ragioni dell'arresto dei lavori sul progetto di quinta direttiva v. K. HOPT, *L'entreprise et le droit européen. Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise*, in *Revue des sociétés*, 2001, p. 301 ss., spec. p. 311, il quale riconduce l'impasse della proposta di quinta direttiva a due ragioni, segnatamente la disciplina tedesca sulla cogestione e le numerose proposte sulla Società europea (S.E.), T. BALLARINO, *Le direttive comunitarie* cit., p. 41, il quale indica, tra i motivi del disaccordo tra Stati membri, la struttura delle società per azioni e la questione della partecipazione dei lavoratori agli organi sociali. Sul punto v. inoltre A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 177.

³²⁷ Di tale direttiva è noto solo un primo testo non formalizzato in proposta della Commissione: cfr. doc. XI/215/77 R, rev. 3. Una versione del testo è pubblicata in *Riv. soc.*, 1985, pp. 1040 ss. e 1071 ss. *Amplius* sul progetto v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 177.

³²⁸ Per il testo della bozza di proposta di direttiva concernente il trasferimento della sede sociale v. *G.U.C.E.* C 138, 5 del 5/5/1997 (oppure *Dir. comm. int.* 1999, p. 415). Quanto alla travagliata vicenda del progetto di XIV direttiva si rimanda interamente al prosieguo della trattazione: v. *infra*, cap. III, par. 3.1.

³²⁹ Numerose delle direttive societarie sinora adottate sono state oggetto di modifica nel corso degli anni (e due tra di esse di abrogazione: sul punto v. *supra* rispettivamente note nn. 317 e 321). Un'elencazione, seppure, succinta, delle atti modificativi delle originarie direttive sarebbe impossibile visto il loro numero. Si è trattato di interventi di modernizzazione che non hanno inciso sull'ambito di applicazione e sui contenuti di base delle direttive interessate. Informazioni aggiornate sul punto sono reperibili all'indirizzo http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/index_it.htm. Per una descrizione dei contenuti delle direttive di armonizzazione v. *inter alia* M. ANDENAS, *The New European Company Law*, in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, p. 68 ss., spec. p. 82 ss.

dimenticare le direttive in materia fiscale.³³⁰

Nella prospettiva più sopra delineata preme mettere in luce alcuni aspetti del processo descritto. L'opera di armonizzazione del diritto societario è sicuramente imponente e, tuttavia, per quanto vasta, non può dirsi né completa né perfetta. Pesano in questo, oltre alle conseguenze discendenti dall'utilizzo di una tecnica normativa in due fasi, da un lato l'elevato numero di soluzioni alternative previste dalle direttive stesse nonché le numerose deroghe concesse agli Stati membri in sede di attuazione delle stesse, dall'altro il novero dei destinatari della disciplina in esse contenuta, sempre diverso e comunque per lo più ristretto (spesso alle sole società di capitali, per lo più alle sole società per azioni).³³¹ Il maggior limite dell'opera di armonizzazione del diritto societario risulta essere proprio la modestia del suo ambito di applicazione soggettivo se confrontato con il complesso delle società beneficiarie del diritto di stabilimento a norma dell'art. 54, par. 1, TFUE. Il fatto che le norme armonizzate riguardino per lo più soltanto le società per azioni costituisce la più grande debolezza dell'opera del legislatore europeo, soprattutto se si tiene a mente che moltissime imprese europee sono costituite e operano nella forma della società a responsabilità limitata. Inoltre, nella maggior parte dei casi le direttive di armonizzazione fissano soltanto soluzioni minime a ciascun problema affrontato, condizioni minime che lasciano un certo margine di manovra (verso l'alto) ai legislatori nazionali. Tutto ciò significa che molti ostacoli rimangono ancora sul terreno dell'Unione per le società diverse dalle società per azioni e la loro libertà di stabilimento non può certo dirsi pienamente realizzata.

3.3. *Le competenze implicite dell'Unione europea e la creazione dei c.d. veicoli societari comunitari.*

Un'alternativa al processo di armonizzazione del diritto societario (e di quelle branche

³³⁰ Per un'esemplificazione v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 174, nota n. 14.

³³¹ Di questo parere A. SANTA MARIA, *L'attuazione negli ordinamenti interni delle direttive comunitarie in materia di società*, in *Giur. comm. It.*, 1980, I, p. 923 ss., spec. p. 938, A. MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla Società europea*, in *RDIPP*, 2001, p. 613 ss., spec. p. 614.

affini e vicine che, spesso, costituiscono un ostacolo all'esercizio effettivo della libertà di stabilimento da parte delle società, più di quanto non faccia il primo) è costituita dalla creazione di "società europee".³³² L'idea della creazione di c.d. "società europee", ovvero di società commerciali destinate ad operare all'interno delle Comunità europee, si presentò nell'ambito del Consiglio d'Europa nel lontano 1949 ove fu abbandonata nel 1954. Fu ripresa nell'ambito della Comunità economica europea divenendo oggetto nel 1965 di una Nota del governo francese nella quale si proponeva di introdurre una società commerciale europea che si affiancasse ai tipi societari nazionali già esistenti.³³³ La Commissione europea accolse l'idea e incaricò un gruppo di studiosi, guidato dal prof. Sanders, di predisporre un progetto di statuto, pubblicato l'anno seguente.³³⁴ Nel 1967 la Commissione presentò al Consiglio un *Memorandum* dedicato.³³⁵ L'idea di creare un modello societario europeo si fondava sulla convinzione che società simili potessero facilitare il raggiungimento degli obiettivi di quello che allora veniva ancora chiamato il mercato *comune*. Come si legge nei *considerando* del Regolamento (CE) n. 2157 del 2001 relativo allo Statuto della Società europea la realizzazione prima e il completamento poi del mercato unico "presuppongono, oltre all'eliminazione degli ostacoli agli scambi, anche una ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità. A questo scopo è indispensabile che le imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali possano progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria".³³⁶

Per la realizzazione dell'obiettivo di creare delle "società europee" si prefigurarono diverse alternative, sia in merito al fondamento di una disciplina di tali società, sia con

³³² Per la concezione delle creazione di veicoli societari europei come alternativa al processo di armonizzazione v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur.* cit., p. 236. Nel senso piuttosto di una linea d'intervento diversa ma non alternativa a quella fondata sull'art. 54, par. 2, lett. g, TFUE, v. D. CORAPI, *Il gruppo eur.* cit., p. 100.

³³³ Cfr. *Note du Gouvernement français sur la création d'une société commerciale européenne*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1091 ss.

³³⁴ La paternità dell'idea è del professor Sanders, poi presidente del gruppo di studio nominato dalla Commissione europea con il compito di stendere un progetto di statuto (che verrà pubblicato nel 1966 unitamente ad un commento del medesimo). Per il testo del progetto cfr. Commissione C.E.E., *Collana di Studi, Serie Concorrenza*, n. 6, Bruxelles, 1967. Per i contenuti del "progetto Sanders" si veda P. SANDERS, *Vers un société anonyme européenne?*, in *Riv. soc.*, 1959, 1163, E. VITTA, *Dir. int. priv.*, II, pp. 126-127.

³³⁵ Il *Mémorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d'une société commerciale européenne* e il *Rapport du groupe de travail intergouvernemental pour la société commerciale européenne* sono entrambi pubblicati in *Riv. soc.*, 1967, p. 699 ss.

³³⁶ Cfr. Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in *G.U.C.E.* L 294 del 10/11/2001, p. 1 ss., considerando n. 1.

riferimento alla natura della società creata. Quando al primo aspetto, a livello comunitario, le basi giuridiche disponibili erano in particolare due: da un lato, la norma di cui all'art. 100 CEE che consentiva l'adozione (all'unanimità) di direttive volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che avessero un'incidenza sul mercato comune, dall'altro l'art. 235 CEE (poi divenuto art. 308 CE e attualmente art. 352, TFUE) disciplinante i c.d. "poteri impliciti" della Comunità ad adottare norme necessarie a raggiungere gli scopi della Comunità laddove il Trattato non avesse previsto i poteri a tal uopo necessari. A queste due possibili soluzioni se ne aggiungeva una terza, ovvero quella della conclusione di un accordo internazionale.³³⁷ Prevalse la via dei poteri impliciti, l'unica che consentiva di adottare norme uniformi e offriva la garanzia di una interpretazione altrettanto uniforme affidata alla competenza della Corte di giustizia.³³⁸

In relazione al secondo aspetto, ovvero alla tipologia di società da creare, si individuaron due differenti soluzioni possibili: da un lato la creazione di uno schema di società europea tipo, da integrare con le norme nazionali di ciascuno Stato membro, dall'altro l'istituzione di una vera e propria società europea, a statuto europeo, sganciata dai singoli ordinamenti nazionali e disciplinata direttamente dal solo diritto dell'Unione europea. La Commissione europea favoriva quest'ultima opzione, mentre i governi degli Stati membri, *in primis* quello francese, preferivano l'idea di una società che fosse sì identica in ciascuno Stati membro ma pur sempre ancorata agli ordinamenti giuridici nazionali.

A fronte di un certo entusiasmo iniziale le prime realizzazioni concrete tardarono ad arrivare. Si dovette, infatti, attendere il 1985 per l'istituzione del Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) e per la rinnovata attenzione da parte del Libro bianco sul mercato interno rispetto ad uno statuto di Società europea (SE), adottato soltanto al volgere del nuovo secolo e seguito a stretto giro la creazione di una Società cooperativa europea (SCE). Rimane ancora allo stadio di proposta lo statuto di una Società privata europea.

³³⁷ Sul punto v. A. MIGLIAZZA, *op. cit.*, p. 773 ss.

³³⁸ Opinioni contrapposte si registrarono in certa dottrina circa la correttezza della creazione diretta di tipi societari europei sul fondamento della disposizione di cui all'art. 352, TFUE (già art. 308 CE e, originariamente, art. 235 CEE). Fu sostenuto infatti da alcuno che la creazione di una società europea esulava dagli obiettivi del Trattato (e, di conseguenza avrebbe dovuto essere perseguita mediante una convenzione internazionale), rappresentando piuttosto un obiettivo fissato dalla Comunità stessa nel corso del suo sviluppo oltre il punto di partenza fissata dal Trattato: sul punto v. inoltre A. MIGLIAZZA, *op. cit.*, p. 775.

3.3.1. Il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

La prima iniziativa a concretizzarsi fu quella della creazione di un *Gruppo europeo di interesse economico* (d'ora in avanti GEIE). Sulla base giuridica costituita dall'allora art. 235 CEE (successivamente divenuto art. 308, CE, e attuale art. 352, TFUE) venne adottato il regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico.³³⁹

Il GEIE rappresenta il primo esempio di disciplina uniforme di diritto dell'Unione europea offerta agli individui e alle imprese dell'Unione per lo svolgimento di un'attività economica. Il contesto è quello dell'instaurazione e del buon funzionamento del mercato unico. Risulta essenziale a tal fine la creazione di strumenti giuridici che facilitino l'adattamento delle attività economiche alle condizioni economiche dell'Unione e che permettano alle persone fisiche, alle società e agli altri enti di cooperare effettivamente, superando gli ostacoli di natura giuridica, fiscale e psicologia che si frappongono all'attività transfrontaliera (primo e secondo *considerando*).

Il nuovo istituto discende dal modello del *groupement d'intérêt économique (GIE)* introdotto nell'ordinamento francese con l'*Ordonnance n. 67-821* del 23 settembre 1967³⁴⁰ nell'intento di fornire anche alle piccole e medie imprese uno strumento adatto alla collaborazione che replicasse i risultati positivi ottenuti con la disciplina delle concentrazioni per le grandi imprese, in modo da preparare anche le piccole e medie all'apertura delle frontiere in occasione della realizzazione del mercato comune.³⁴¹ Tuttavia, il GEIE si distacca dal modello francese, tra le altre cose, per il fatto di avere un ambito di applicazione molto più ampio, comprendente anche le professioni liberali e altri settori in cui l'uso del GIE era invece precluso, tale da creare un collegamento più stretto tra attività professionali, economiche e

³³⁹ Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico, in *G.U.C.E.*, L 199 del 31/07/1985. Una proposta di regolamento per l'istituzione di un *Groupement européen de coopération (GEC)* fu presentata per la prima volta dalla Commissione al Consiglio il 21 settembre 1973 (cfr. Bollettino C.E. Suppl. n. 1/74); modificata secondo le indicazioni del Comitato economico e sociale e del Parlamento europeo, la proposta fu ripresentata il 22 aprile 1978 (v. *G.U.C.E.* 1978, n. C103).

³⁴⁰ *Ordonnance n. 67-821 du 23 septembre 1967 instituant le GIE*, in *J.O.* 28/09/1967, p. 9537.

³⁴¹ Sulle motivazioni della legislazione francese v. C. LAZARUS, *L'expérience française: le groupement d'intérêt économique (GIE)*, in U. DRAETTA (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 127 ss., spec. p. 128.

commerciali.³⁴²

Il GEIE non è una società, piuttosto assomiglia a un contratto di collaborazione.³⁴³ Esso si distingue dalla società soprattutto per lo scopo e, quindi, per la natura della sua attività. Infatti, il GEIE può avere come scopo *solo* quello di facilitare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri onde migliorare i loro risultati. Sono esclusi fini lucrativi. Di conseguenza, la sua attività deve avere carattere *collegato* e *ausiliario* rispetto all'attività dei suoi membri e non può, in alcun modo, sostituirsi ad essa (quinto *considerando* e art. 3, par. 1, reg.). Il collegamento richiesto significa, in altri termini, che il GEIE non può svolgere, nemmeno eccezionalmente, attività autonome rispetto a quelle dei suoi membri, né attività completamente estranee all'attività economica svolta dai partecipanti, piuttosto tra le due deve esserci un certo grado di interazione e di interdipendenza. Quanto invece alla nozione di ausiliarità, in assenza di una definizione normativa, si possono trarre delle indicazioni in negativo dall'art. 3, par. 2 del regolamento istitutivo del GEIE, disposizione che elenca una serie di cose che il gruppo non può fare (ad esempio, esercitare direttamente o indirettamente il controllo delle attività dei membri, detenere partecipazioni nelle stesse, avere più di un certo numero di dipendenti, essere utilizzato ad alcuni fini elencati nella norma...). Sarà compito dell'interprete valutare, anche in base alle caratteristiche proprie di ciascuna attività, il carattere ausiliario dell'attività esercitata.³⁴⁴ Coerente con una tal natura dell'attività del GEIE è il divieto di realizzare profitti per sé con l'obbligo a norma dell'art. 21 del regolamento, in caso di realizzazione degli stessi, di distribuzione immediata tra i membri del gruppo.

³⁴² Sul punto v. J. GUYENOT, *Le groupement d'intérêt économique*, Paris, 1973 e C. LAZARUS, *op. cit.*, pp. 129-130. Per uno studio approfondito sull'utilizzo del GEIE da parte dei liberi professionisti v. M. VAGUE, *Le Groupement européen d'intérêt économique et le professions juridiques et comptables*, in *Rev. Marché comm.*, 1992, p. 406 ss., F. POCAR, *Sull'attività del GEIE costituito tra liberi professionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 387 ss.

³⁴³ Cfr. la *Relazione allo schema di disegno di legge sull'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico in attuazione del regolamento n. 2137/85 del Consiglio*, in U. DRAETTA, *Verso cit.*, p. 79 ss., D. CORAPI, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in U. DRAETTA, *Verso cit.*, p. 99 ss., spec. 103, U. DRAETTA, *Il GEIE e la prassi del commercio internazionale*, *ibidem*, p. 119 ss., spec. p. 119 (l'A. rileva l'origine del GEIE nella prassi del commercio internazionale e lo considera una forma di tipizzazione di quella stessa prassi utile nel mettere la medesima al riparo da possibili riqualificazioni e assimilazioni al fenomeno societario da parte dei giudici nazionali), F. POCAR, *Sull'attività cit.*, p. 391, nota 14, A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 245. Diversamente, v. C. CASTELLI, G. NAPOLITANO, *Il «Gruppo europeo d'interesse economico» (GEIE)*, in *Dir. com. sc. int.*, 1986, p. 475 ss., spec. p. 483 ss., i quali avvicinano il GEIE alla figura del consorzio italiano, mettendone in luce somiglianze e differenze.

³⁴⁴ *Amplius* sul concetto di "ausiliarità" v. F. POCAR, *Sull'attività cit.*, pp. 390-392. A proposito dell'impiego non casuale del termine "ausiliaria" anziché "accessoria" v. M. VAGUE, *Le Groupement cit.*, p. 406. Sembra invece ritenerli sinonimi G. SACERDOTI, *I caratteri del GEIE e il suo impiego nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.le*, 1992, p. 880.

Possono costituire un GEIE le società a mente dell'art. 54, par. 2, TFUE, nonché gli altri enti giuridici di diritto pubblico o privato, costituiti conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale o legale e l'amministrazione centrale nell'Unione (ma è sufficiente la sola amministrazione centrale nel caso la legislazione di uno Stato membro non richieda alle società o altri enti di avere una sede sociale o legale), nonché le persone fisiche che esercitano un'attività economica (sia essa commerciale, industriale, artigianale, agricola, una professione liberale e la prestazione di servizi nell'Unione). È sempre richiesto il collegamento con almeno due Stati membri diversi, risultante ad esempio dallo stabilimento delle società o dallo svolgimento di attività da parte dei membri o, ancora, dalla collocazione delle sedi in due paesi differenti.

La sede del GEIE può essere fissata nel luogo in cui il gruppo ha l'amministrazione centrale o, alternativamente, in quello in cui uno dei suoi membri ha l'amministrazione centrale o, se si tratta di una persona fisica, ove svolge l'attività a titolo principale, purché in caso il gruppo ivi svolga un'attività reale.

Dal momento dell'iscrizione (con la denominazione seguita dalla sigla "GEIE") nell'apposito registro dello Stato membro in cui il GEIE ha la sede, esso acquista, a norma dell'art. 1, par. 2, del regolamento, "la capacità di essere titolare di diritti e obblighi di qualsiasi natura, di stipulare contratti e compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio". Insomma, acquisisce una capacità giuridica piena. Di contro, è lasciata agli Stati membri la facoltà di attribuire al GEIE anche la personalità giuridica (il legislatore italiano ha optato per l'assenza di personalità giuridica per evitare delicati problemi a livello interpretativo in relazione alle società e alle altre persone giuridiche).³⁴⁵

Se è vero che la disciplina del GEIE contenuta nel regolamento è uniforme, essa tuttavia non è completa: è infatti lo stesso a rinviare agli ordinamenti nazionali per la regolamentazione di quegli aspetti esclusi dal suo ambito di applicazione. Così, ai sensi dell'art. 2, regolamento n. 2137/85, la legge dello Stato della sede disciplina il contratto del

³⁴⁵ Cfr. *Relazione allo schema di disegno di legge sull'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico* cit., pp. 84-85, ove si legge la volontà del legislatore di "evitare implicazioni procedurali, nonché escludere la singolarità per il nostro ordinamento di un istituto al tempo stesso dotato di personalità giuridica e contemplante la responsabilità illimitata di tutti i membri". Sul disegno di legge italiano per l'applicazione del regolamento istitutivo del GEIE, v. BONAVICINI, *L'attuazione in Italia del gruppo europeo di interesse economico*, in U. DRAETTA, *Verso* cit., p. 67 ss.

gruppo e il funzionamento interno del GEIE, salve le questioni di stato e capacità. La medesima legge regola anche, a norma dell'art. 24 del regolamento, le conseguenze della responsabilità illimitata e solidale dei membri per le obbligazioni di qualsiasi natura assunte dal GEIE.³⁴⁶

Il regolamento n. 2137/85 disciplina, inoltre, la struttura e le modalità di funzionamento del GEIE, il suo trattamento fiscale (di favore, improntato al principio della "trasparenza"), l'eventuale trasferimento della sede (distinguendo l'ipotesi in cui ciò avvenga con mutamento o senza mutamento della legge applicabile), la costituzione di dipendenze, le ipotesi di nullità del GEIE, lo scioglimento nonché il fallimento o l'assoggettamento a procedure concorsuali, gli obblighi pubblicitari.

Nonostante la disciplina del GEIE fosse direttamente applicabile nell'ordinamento di ciascuno Stato membro in virtù delle caratteristiche dello strumento normativo impiegato, la sua applicazione fu posticipata al 1° luglio 1989 per consentire agli Stati membri di predisporre nei rispettivi ordinamenti i provvedimenti necessari affinché il GEIE potesse effettivamente operare. In particolare, il regolamento n. 2137/85 richiedeva l'intervento del legislatore nazionale per tre ordini di motivi. In primo luogo, era necessario introdurre delle disposizioni atte a coordinare la disciplina del GEIE con l'ordinamento interno in relazione all'iscrizione dei gruppi con sede nello Stato membro e agli obblighi pubblicitari prescritti dall'art. 39 del regolamento. In secondo luogo, ciascun legislatore nazionale doveva prendere posizione rispetto alle svariate opzioni offerte dal regolamento nell'attuazione della disciplina del GEIE: ad esempio, l'art. 1, par. 3, consentiva a ciascuno Stato membro di decidere se attribuire la personalità giuridica al GEIE con sede nello Stato membro, oppure l'art. 4, par. 4, lasciava la facoltà di escludere o limitare, per ragioni di pubblico interesse, la partecipazione di talune categorie di persone fisiche, di società o enti a qualsiasi gruppo. Infine, era lasciata alla discrezionalità dello Stato membro l'adozione di altre misure ritenute utili, purché non in contrasto con le disposizioni e gli obiettivi del regolamento.

³⁴⁶ Nell'ambito di applicazione del regolamento vi sono aspetti del GEIE direttamente disciplinati dal regolamento stesse e altri per la cui disciplina il regolamento rinvia espressamente agli ordinamenti nazionali (in particolare a quello della sede del GEIE). Al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento, vi sono poi materie disciplinate da altre norme europee e materie non regolate direttamente né dal diritto dell'Unione europea né dai diritti nazionali richiamati. *Amplius* sulla composizione e sui rapporti tra le fonti della disciplina del GEIE v. per tutti C. CASTELLI, G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 477 ss.

Il legislatore italiano è intervenuto con il decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che reca norme per l'applicazione del regolamento n. 2137/85,³⁴⁷ in un'ottica liberale, il più possibile rispettosa della natura flessibile e snella dell'istituto, solamente a riempire i vuoti e inserire il GEIE in modo coerente nell'ordinamento italiano.³⁴⁸ In particolare e senza scendere nei dettagli della normativa di applicazione italiana, i GEIE aventi sede in Italia non hanno la personalità giuridica, devono essere costituiti per iscritto *ad substantiam*, non subiscono alcuna limitazione quanto ai possibili membri e devono essere iscritti nel registro delle imprese.

3.3.2. La Societas Europaea (SE).

La *Societas europaea* è finalmente venuta ad esistenza a seguito di una gestazione assai lunga e travagliata. La prima proposta formale risale infatti al 1975, mentre il regolamento (CE) n. 2157/2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) è stato adottato solo l'8 ottobre 2001 a seguito dell'accordo politico raggiunto in sede di Consiglio europeo a Nizza nel dicembre dell'anno precedente.³⁴⁹ A corredo del regolamento si aggiunge

³⁴⁷ Decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, recante norme per l'applicazione del regolamento 2137/85, in *G.U.R.I.*, n. 182 del 5 agosto 1991.

³⁴⁸ Così *Relazione allo schema di disegno di legge sull'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico* cit., p. 82.

³⁴⁹ Come detto, l'idea di una c.d. "società europea", ovvero di una società commerciale destinata ad operare all'interno delle Comunità europee, affonda le sue radici negli anni Cinquanta del secolo scorso. Dopo il *Memorandum* del 1967, la Commissione europea elaborò nel 1970 una prima bozza di regolamento concernente lo statuto della Società europea, poi modificata nel 1975: cfr. rispettivamente Proposta di regolamento relativo allo statuto di una Società per azioni europea, COM(70) 600 def., in *G.U.C.E.* C 124 del 10/10/1970 e in *Bollettino C.E. Suppl* 4/1975. Essa constava di ben 284 articoli (a cui si dovrebbero aggiungere un altro centinaio di disposizioni inserite in un allegato) e conteneva un progetto molto ambizioso: creare una società interamente retta da un unico diritto, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, istituendo addirittura un registro europeo di commercio. I lavori si interruppero, di fronte ai numerosi problemi sorti in Consiglio, fino al 1982, per poi essere entusiasticamente rilanciati nel 1987 dalla Commissione di Jacques Delors: cfr. COM(88) 320 def. del 15/7/1988. Risale al 1989 la proposta formulata come la conosciamo oggi, ovvero costituita da un regolamento relativo allo statuto della SE e da una direttiva, separata, riguardante la partecipazione dei lavoratori nella SE: v. COM(89) 268 def. – SYN 218* del 25/8/1989, in *G.U.C.E.* C 263 del 16/10/1989, p. 41 ss. nonché in *Bollettino C.E. Suppl.* 5/89, p. 1 ss. La questione assai delicata e spinosa del coinvolgimento dei lavoratori protrasse il dibattito tra le istituzioni e non solo fino al 1998 quando fu avanzata la soluzione offerta dal principio del "prima/dopo" (cfr. considerando n. 18, direttiva 2001/86/CE *infra* nota seguente). Superati i dissensi tra francesi e tedeschi in merito alla partecipazione dei lavoratori, il dossier rimase bloccato dalle resistenze della Spagna circa le soglie rilevanti per imporre la partecipazione dei lavoratori. Finalmente, durante il Consiglio europeo di Nizza del 2001 furono superate le resistenze spagnole e gli Stati membri raggiunsero un accordo politico, tra l'altro modificando la base giuridica del regolamento e della direttiva. Per ulteriori dettagli sulla storia dei lavori preparatori concernenti la SE v. F. BLANQUET, *Enfin la société européenne «la SE»*, in

anche la direttiva 2001/86/CEE che completa lo statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.³⁵⁰ Entrambi i testi, fondati sulla base giuridica di cui all'art. 308 CE (attuale art. 352, TFUE),³⁵¹ sono applicabili dall'8 ottobre 2004.³⁵²

Come si legge nei *considerando*, l'obiettivo del regolamento è quello di agevolare le operazioni di ristrutturazione e cooperazione tra imprese di Stati membri diversi nonché lo svolgimento dell'attività economica su scala europea.³⁵³ Si propone, insomma, di creare uno strumento atto a superare tutti i limiti e gli ostacoli derivanti per lo più, ma non soltanto, da un contesto giuridico estremamente frammentato e basato principalmente sulle legislazioni nazionali a fronte di un ambiente economico ormai pressoché unificato (considerando n. 6). Accanto alle società regolate dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro, occorre disporre di una società la cui costituzione e il cui funzionamento siano disciplinati da un regolamento di diritto comunitario direttamente applicabile in tutti gli Stati membri in modo da superare le barriere nazionali e muoversi agevolmente in tutto il territorio dell'Unione (considerando n. 7). Avendo di mira questo obiettivo, il regolamento offre agli operatori economici la possibilità di costituire nella forma della Società europea o *Societas Europaea* (SE) una società per azioni che trova il suo fondamento direttamente nel diritto dell'Unione europea. L'art. 1, par. 3, del regolamento attribuisce alla società costituita nelle forme e entro i limiti prescritti dal regolamento medesimo la personalità giuridica (a norma dell'art. 16, par. 1 del

Revue du droit de l'Unione européenne, 2001, p. 65 ss. e, specificatamente sul compromesso in sede di Consiglio europeo a Nizza, K. HOPT, *The European Company (SE) under the Nice Compromise: Major Breakthrough or Small Coin for Europe?*, in *Euredia*, 2000, p. 465 ss.

³⁵⁰ Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.C.E.* L 294 del 10/11/2001, p. 22 ss.

³⁵¹ Cfr. *considerando* n. 28. Sull'art. 308, CE, (attuale art. 352, TFUE) erano fondate le proposte del 1970 e 1975, mentre l'art. 100A, CEE, poi divenuto art. 95, CE (attuale art. 114, TFUE) costituiva la base giuridica della proposta del 1989 poi emendata nel 1991. Durante il Consiglio europeo di Nizza si intervenne anche sulla base giuridica della Proposta di regolamento, evitando le incertezze sulla competenza europea ai sensi del vecchio art. 95, CE (attuale art. 114, TFUE) e beneficiando di una procedura più decisionale snella rispetto alla codecisione altrimenti applicabile. Per una comparazione tra le due basi giuridiche alternative, gli artt. 95 e 308 CE (attuali artt. 114 e 352, TFUE), v. D. DIVERIO, *La base giuridica del Regolamento relative allo statuto della società europea*, in U. DRAETTA, F. POCAR (a cura di), *La Società europea* cit., p. 51 ss., spec. p. 54 ss.

³⁵² Più precisamente il regolamento è entrato in vigore l'8/10/2004, mentre la direttiva è entrata in vigore il 10/11/2001 ed è scaduta il 8/10/2004.

³⁵³ Sul punto v. F. POCAR, *Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire*, in *RDIPP*, 2002, p. 585 ss., spec. pp. 585-586, il quale spiega la ripresa dei lavori relativi al progetto di una Società europea con una nuova impostazione dell'integrazione europea non più orientata prevalentemente al mercato interno e alla sua disciplina, ma alla regolamentazione della concorrenza anche in funzione di una partecipazione efficace delle imprese europee al mercato esterno.

regolamento, dal momento della sua iscrizione nel registro delle imprese dello Stato membro della sede). L'iscrizione può avvenire solo previa conclusione di un accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori.³⁵⁴

La disciplina contenuta nel regolamento è piuttosto complessa, anche se molto più scarna di quanto non fosse nelle prime proposte, le quali si prefiggevano di dar vita a una società completamente sganciata e autonoma rispetto agli ordinamenti nazionali e regolata soltanto e direttamente dal diritto dell'Unione europea in tutti gli aspetti eventualmente rilevati (quali ad esempio la materia fiscale, fallimentare, della concorrenza etc.). Il risultato del processo gestazionale dello statuto di SE è invece una figura ibrida, disciplinata da un insieme di fonti il cui coordinamento può non essere sempre agevole. Il regolamento contiene oggi solo la normativa prettamente societaria e consta di settanta articoli relativi a tutti i momenti della vita di una SE: la costituzione (titolo II, artt. 15-37), la struttura (titolo III, artt. 38-60), i conti annuali e consolidati (titolo IV, artt. 61-62) e, infine, lo scioglimento, la liquidazione e l'insolvenza (titolo V, artt. 63-66).

Quanto al momento iniziale, occorre sottolineare che una SE non può essere costituita *ex nihilo*. Essa può venire ad esistenza soltanto dalla combinazione di società preesistenti e a condizione che sia rispettato il requisito dell'internazionalità, ovvero che le società coinvolte siano soggette alla legge di almeno due Stati membri differenti. A norma dell'art. 2 del regolamento n. 2157/2001, quattro sono le forme di costituzione di una SE. Anzitutto, una SE può nascere attraverso la fusione di almeno due società per azioni preesistenti, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nell'Unione (artt. 17-31). In secondo luogo, una SE può essere costituita mediante la creazione di una holding tra preesistenti società per azioni e società a responsabilità limitata, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nell'Unione (artt. 32-34). In questo caso il requisito dell'internazionalità, in alternativa alla soggezione delle società coinvolte alla legge di almeno due Stati membri

³⁵⁴ Più precisamente, a norma dell'art. 12, par. 2 del regolamento, l'iscrizione di una SE può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2001/86/CE ovvero soltanto previa decisione ai sensi dell'art. 3, par. 6 di detta direttiva, oppure se, trascorso il periodo previsto per i negoziati ai sensi dell'art. 5 di detta direttiva, non è stato concluso un accordo.

differenti, può consistere nella presenza da almeno due anni di un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o di una succursale situata in un altro Stato membro. La terza alternativa è rappresentata dalla costituzione da parte di due società, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nell'Unione, di una SE affiliata (di cui devono sottoscrivere le azioni); il necessario requisito dell'internazionalità è concepito qui come per il caso della SE holding. Infine, una SE può venire ad esistenza dalla trasformazione di una società per azioni costituita conformemente al diritto di uno Stato membro e avente la sede sociale e l'amministrazione centrale nell'Unione, purché tale società abbia da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro.³⁵⁵ Per ognuna di queste quattro modalità (fusione, creazione di una SE holding, istituzione di una filiale comune, trasformazione) il regolamento detta un processo costitutivo il cui presupposto comune è la redazione, da parte degli organi di direzione e amministrazione delle società promotrici, di un progetto dettagliato nell'ambito di un procedimento che implica il coinvolgimento diretto dei lavoratori e dei creditori.

È evidente che le diverse modalità di costituzione rispondono a esigenze organizzative differenti. La costituzione per fusione era, soprattutto prima dell'adozione della direttiva 2005/56/CE concernente le fusioni transfrontaliere,³⁵⁶ l'unico modo per realizzare tale operazione. La costituzione della SE holding si presta molto bene alla formazione di nuovi gruppi di società o alla ristrutturazione di gruppi già esistenti, mentre la costituzione per trasformazione è stata introdotta per consentire alle società di diritto nazionale con vocazione transnazionale di usufruire del modello della SE senza dover passare attraverso lo scioglimento e una nuova costituzione (considerando n. 11).

Come si vede, l'ambito di applicazione del regolamento è determinato da un lato dall'elemento di internazionalità dell'operazione (ciò per giustificare ovviamente la competenza comunitaria),³⁵⁷ dall'altro dal collegamento con il territorio dell'Unione europea discendente dalla costituzione delle società promotrici di una SE conformemente al diritto di

³⁵⁵ Per interessanti riflessioni circa il concetto di "affiliata" impiegato dal regolamento (CE) n. 2157/2001 v. A. MALATESTA, *Prime osservazioni cit.*, pp. 620-621.

³⁵⁶ Sul punto v. *infra*, par. 3.2.

³⁵⁷ Così F. BLANQUET, *op. cit.*, p. 89

uno Stato membro e dalla collocazione della loro sede sociale, nonché della loro amministrazione centrale all'interno dell'Unione. Quanto a quest'ultimo elemento, riecheggiano i fattori di connessione elencati dall'art. 54, par. 1, TFUE, in tema di libertà di stabilimento delle società. Tuttavia, il collegamento richiesto è in questa sede più restrittivo, vuoi per l'esclusione della rilevanza del centro d'attività principale, vuoi per la richiesta della contemporanea presenza della sede sociale e dell'amministrazione centrale nel territorio dell'Unione.³⁵⁸ Con riferimento piuttosto all'elemento di internazionalità, si noti che esso è soggetto al rischio di essere valutato diversamente a seconda dell'ordinamento dal cui punto di vista ci si pone, mancando norme di conflitto in materia societaria.³⁵⁹ Da ultimo, a proposito dei promotori di una SE è bene precisare che il regolamento attribuisce agli Stati membri la facoltà di consentire anche alle società che abbiano l'amministrazione centrale al di fuori del territorio dell'Unione la partecipazione alla costituzione di una SE, a condizione che esse siano costituite in base alla legge di uno Stato membro in cui abbiano la sede sociale e presentino un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro.

La disciplina della SE contenuta nel regolamento fa perno su alcune disposizioni essenziali, espressamente inderogabili, che costituiscono per così dire la spina dorsale della società europea. Segnatamente, si tratta di norme uniformi, applicabili a tutte le SE, ovunque esse abbiano la loro sede: vanno menzionati l'art. 4 dedicato al capitale sociale, l'art. 7 già ricordato in tema di sede sociale, l'art. 8 sul trasferimento della sede, l'art. 11 sulla denominazione sociale, gli artt. 11-14 relativi all'iscrizione obbligatoria della SE nel registro delle imprese dello Stato membro della sede e agli altri obblighi pubblicitari, l'art. 16, par. 2, concernente la responsabilità di coloro che hanno agito in nome della SE prima della sua registrazione e, infine, l'art. 38 che indica gli organi societari e attribuisce ai soci la facoltà di scegliere il sistema di *governance*, tra il modello monistico e quello dualistico. Accanto ad esse un sistema di norme europee e nazionali alle quali il regolamento stesso fa espressamente rinvio. A tal proposito, l'art. 9 precisa la gerarchia delle fonti che disciplinano una SE. La

³⁵⁸ A proposito delle conseguenze, in termini di possibile *forum shopping*, di tale maggiore chiusura del regolamento istitutivo della SE rispetto alla norma in tema di libertà di stabilimento delle società v. A. MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p. 622.

³⁵⁹ Sul punto v. A. MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p. 621.

precedenza assoluta va riconosciuta alle norme contenute nel regolamento istitutivo. Dopodiché, ove espressamente previsto dal medesimo regolamento, vengono in rilievo le disposizioni dello Statuto della SE oppure i diritti nazionali, per le materie non disciplinate dal regolamento o per gli aspetti, delle materie parzialmente disciplinate dal regolamento, cui lo stesso non si applica.³⁶⁰ Tra le fonti nazionali esiste un'altra gerarchia: infatti, in primo luogo si applicano le disposizioni che gli Stati membri hanno adottato per dare specifica attuazione alla SE (purché siano conformi alle direttive applicabili alle società per azioni, indicate nell'allegato I al regolamento), in seconda battuta quelle che regolano le società per azioni costituite conformemente alla legge dello Stato in cui la SE ha la sede e, da ultimo, le disposizioni dello statuto della SE nelle materie in cui è consentito alle società per azioni di ricorrervi secondo il diritto dello Stato membro in cui ha sede la SE.

È evidente da quanto precede che la SE è uno strumento ibrido, di concezione e origine europea, la cui sostanza è però determinata dal coordinamento di diversi livelli. La conferma viene dal regolamento stesso, il cui art. 10 dispone che la SE debba essere trattata, per quanto non coperto dallo stesso, come una società per azioni costituita conformemente alla legge dello Stato membro della sede. Il pericolo è quello che vi siano tante SE quanti Stati membri, ventisette al momento attuale.³⁶¹

La SE è una società per azioni con capitale minimo di 120.000 euro e denominazione comprendente la sigla "SE", soggetta, nei limiti appena indicati, alla legge dello Stato membro in cui ha la sede sociale per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dal regolamento e dello statuto. Naturalmente, la sede sociale della SE deve essere situata all'interno dell'Unione europea. Il regolamento richiede, inoltre, che essa sia collocata nel

³⁶⁰ Per alcune riflessioni sul significato da dare nella prospettiva dell'ordinamento italiano all'art. 9, par. 1, lett. c), del regolamento istitutivo della SE, che circoscrive la rilevanza del diritto nazionale con riguardo alle materie non disciplinate o solo parzialmente disciplinate dal regolamento v. G. A. RESCIO, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 965 ss., spec. p. 989 ss.

³⁶¹ Così A. MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p. 618, il quale sottolinea la vera natura della SE, ossia quella di società straniera in tutti gli ordinamenti diversi da quelli in cui ha sede, M. MIOLA, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 322 ss., spec. p. 348 M. COLANGELO, *La «Società europea» alla prova del mercato comunitario delle regole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 147 ss., p. 170. Similmente v. K. HOPT, *The European Company (SE)* cit., p. 469, il quale rileva il rischio che, essendo la maggior parte delle questioni disciplinata dal diritto nazionale, la denominazione "SE" crei nei soggetti che si relazionano con una SE l'illusione di un partner d'affari completamente regolato dal diritto dell'Unione europea. In senso dissimile v. L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 375 ss., spec. p. 388, il quale cerca di individuare gli aspetti positivi dell'uso del rinvio nello statuto di SE.

medesimo Stato membro dell'amministrazione centrale e lascia agli Stati membri addirittura la facoltà di prescrivere la coincidenza dell'ubicazione dell'amministrazione centrale con quella della sede sociale (art. 7, regolamento).³⁶² Ciò detto, appare evidente l'importanza cruciale della situazione della sede sociale, in quanto da essa dipenderà la determinazione dell'ordinamento competente a integrare la disciplina della SE negli spazi non coperti dal regolamento e dallo statuto societario. Di fatto, il regolamento della SE accoglie la teoria della sede, come del resto già aveva fatto, anni prima, il regolamento istitutivo del GEIE, seppure con una valenza molto più limitata.³⁶³

Quanto appena detto è sufficiente a restituire un'impressione generale della SE. La SE è un tipo societario originale (e facoltativo) opzionale che si affianca, senza sostituirli, ai modelli societari già esistenti negli Stati membri, così ampliando l'offerta nel "mercato" delle forme giuridiche accessibili alle imprese³⁶⁴. L'adozione dello statuto della SE, unitamente alla direttiva sulla partecipazione dei lavoratori, rappresenta senza dubbio una tappa importante nel processo di integrazione europea.³⁶⁵ Il suo pregio maggiore è senz'altro la notevole adattabilità alle esigenze dei fondatori. Lo statuto della SE è, infatti, uno strumento generalmente molto flessibile, nonostante un elemento di rigidità derivi dalla prescritta coincidenza della sede sociale con l'amministrazione centrale.³⁶⁶ Segnatamente, l'area di

³⁶² Sull'assenza di una definizione di "amministrazione centrale" e la rilevanza di ciò per i gruppi internazionali v. M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 159-160. Vista l'identità delle espressioni utilizzate dall'art. 7 del regolamento (CE) n. 2157/2001 e dall'art. 54, par. 1, TFUE il problema pare potersi superare piuttosto agevolmente facendo riferimento al concetto già chiarito a proposito della definizione delle società beneficiarie della libertà di stabilimento: cfr. *supra* par. 2.2. Inoltre, v. M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 159, nota 32, la quale fa notare che nel progetto originario non affiorava il problema e lo stesso non richiedeva alcuna coincidenza di sedi. Per il caso di mancata coincidenza delle due sedi, sociale e amministrava, l'art. 64 dello statuto prescrive allo Stato membro della sede sociale della SE di adottare le misure necessarie affinché la SE regolarizzi la propria posizione, ristabilendo la propria amministrazione centrale nello Stato membro della sede sociale oppure procedendo al trasferimento della sede sociale mediante la procedura di cui all'art. 8 del regolamento, pena la liquidazione della SE; a ciò si aggiunge l'obbligo per lo Stato membro in cui si trovi la sede amministrativa della SE (in violazione dell'obbligo di coincidenza) di informare lo Stato della sede sociale di tale situazione.

³⁶³ Cfr. considerando n. 27 del regolamento 2157/2001.

³⁶⁴ Così U. DRAETTA, *La società europea e il federalismo «strisciante» del diritto comunitario*, in U. DRAETTA, F. POCAR (a cura di), *La società europea*, p. 1 ss., spec. p. 2, M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 153. Per un interessante confronto tra s.p.a. italiana e SE dal punto di vista della reciproca competitività v. G. A. RESCIO, *op. cit.*, p. 967 ss.

³⁶⁵ Così F. POCAR, *Le statut* cit., p. 585 ss. il quale sottolinea il duplice valore dell'adozione dei due testi normativi (quale punto di arrivo di un lungo processo legislativo nato con la Comunità economica europea e quale punto di partenza di nuove prospettive per quanto riguarda le forme in cui è suscettibile di esprimersi l'iniziativa degli operatori economici europei), K. HOPT, *The European Company (SE)* cit., pp. 472 e 475.

³⁶⁶ Peraltro l'art. 69 del regolamento (CE) n. 2157/2001 annovera tra gli aspetti suscettibili di valutazione nel primo quinquennio dall'entrata in vigore del regolamento proprio l'opportunità di consentire l'ubicazione della sede sociale e dell'amministrazione centrale di una SE in Stati membri differenti

maggior flessibilità, in cui più di tutte è lasciato ampio spazio all'autonomia delle parti, è quella della determinazione della struttura societaria.³⁶⁷ Oltre a prescrivere la presenza di un'assemblea generale degli azionisti, l'art. 38 del regolamento, che si occupa di stabilire quali siano gli organi di una SE, consente alle parti di scegliere tra due modelli di amministrazione: il sistema dualistico fondato sulla presenza di un organo di direzione affiancato da un altro organo adibito alla vigilanza oppure il sistema monistico che contempla un unico organo di amministrazione. Questa è senz'altro la prerogativa più importante lasciata alle parti rispetto alla determinazione della struttura concreta di una SE.³⁶⁸

Un tipo societario, come la SE, che trovi il proprio fondamento nel diritto dell'Unione europea anziché nei singoli diritti nazionali potrebbe contribuire a superare i problemi rimasti irrisolti dal processo di armonizzazione dei diritti societari nazionali.³⁶⁹ A tal proposito però non bisogna dimenticare che ai pregi della disciplina varata dal legislatore europeo si affiancano alcuni difetti.³⁷⁰ Oltre a qualche rilievo in merito alle limitate modalità di formazione di una SE,³⁷¹ il difetto più evidente riconosciuto allo statuto della SE è rappresentato dalla complessità dell'organizzazione delle fonti normative e, soprattutto, dall'ampio spazio lasciato ai diritti nazionali.³⁷² Il ruolo del diritto nazionale rimane assai rilevante, sia al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento istitutivo della SE sia al

³⁶⁷ Così F. BLANQUET, *op. cit.*, p. 94 (l'A. si interroga anche sul coordinamento tra lo statuto di una SE e il diritto dello Stato della sede quando questi non conosca il sistema di amministrazione scelto dalla SE), M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 168 (e p. 169 con riferimento agli aspetti lasciati all'autonomia delle parti).

³⁶⁸ La determinazione della struttura della SE è certamente il più importante ma non è l'unico aspetto lasciato all'autonomia delle parti: per un'elencazione degli aspetti lasciati all'autonomia statutaria v. M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 169 ss. e F. BLANQUET, *op. cit.*, p. 93 ss.

³⁶⁹ Di questo parere v. F. POCAR, *Le statut* cit., p. 589.

³⁷⁰ Sul punto v. K. HOPT, *The European Company (SE)* cit., p. 468 secondo il quale i pro superano i contro nello statuto della SE, sebbene si sia lontani da un vero diritto societario europeo. Della medesima opinione ma rispetto al confronto tra lo statuto adottato nel 2001 e quello contenuto nella proposta originaria v. F. BLANQUET, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁷¹ A tal proposito v. K. HOPT, *The European Company (SE)* cit., pp. 470-471, che avrebbe prediletto una maggior apertura circa le modalità di costituzione della SE; *contra* F. BLANQUET, *op. cit.*, p. 89, che giudica le vie d'accesso alla SE già sono piuttosto ampie.

³⁷² Sulla complessità del sistema delle fonti v. G. A. RESCIO, *op. cit.*, spec. p. 966, ove si parla di una complessità senza precedenti, e p. 976, ove si sottolinea come l'incertezza nella ricostruzione delle fonti possa influire negativamente sulla competitività della SE rispetto ai tipi societari nazionali; v. inoltre M. COLANGELO, *La «Società europea»* cit., p. 171, secondo la quale gran parte della sfida della SE si gioca proprio sulla gestione materiale del rapporto tra le fonti di cui all'art. 9 dello statuto. Sul problema dell'ampio spazio lasciato ai diritti nazionali v. anche F. POCAR, *Le statut* cit., p. 593, il quale, sottolineando il rischio che l'attuazione del regolamento istitutivo della SE e la direttiva che lo accompagna possa incontrare problemi non dissimili da quelli che ne avevano ritardato i lavori, individua nel sensibile sviluppo dell'opera di armonizzazione dei diritti societari nazionali e nel ruolo della cooperazione giuridiziarica in materia civile due fattori che possono rendere meno problematico il superamento dei suddetti problemi.

suo interno per via dei numerosi richiami presenti nello statuto.³⁷³ Si tratta di una sorta di matrice europea alla cui disciplina concreta concorrono varie fonti, le quali devono essere coordinate tra loro.³⁷⁴ La regolamentazione europea è solo in parte autonoma ed esaustiva e ciò tende a riflettersi negativamente sull'obiettivo del superamento della frammentazione giuridica in cui si trovano ad operare le società all'interno dell'Unione europea.³⁷⁵

Va ricordato che il grande spazio lasciato dallo statuto al diritto internazionale privato mediante il frequente rinvio alle leggi nazionali può riflettersi significativamente non solo sulla determinazione della legge applicabile, ma persino sulla definizione dell'ambito di applicazione della normativa uniforme, specialmente in relazione all'elemento di internazionalità (la presenza di due società soggette alla legge di Stati membri differenti). È certo che il successo del regolamento dipenderà in grande misura da come sarà attuato nei vari ordinamenti.³⁷⁶

3.3.3. *La Società cooperativa europea (SCE).*

A distanza di un paio d'anni dal regolamento istitutivo della SE, è stato adottato il regolamento (CE) n. 1435/2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE). A completamento della disciplina della SCE è stata adottata anche la Direttiva 2003/72 concernente il coinvolgimento dei lavoratori.³⁷⁷ Il regolamento istitutivo della SCE ricalca in

³⁷³ Così *inter alia* K. HOPT, *The European Company (SE)* cit., p. 469, F. POCAR, *Le statut* cit., p. 590 e 592, ove l'osservazione è estesa anche alla disciplina contenuta nella direttiva sulla partecipazione dei lavoratori alla SE, M. COLANGELO, *La «Società europea»*, p. 157.

³⁷⁴ L'opera di coordinamento non si limita alle fonti indicate dall'art. 9 del regolamento 2157/2001, ma deve prendere in considerazione anche altre leggi (determinate secondo altre norme di diritto internazionale privato) regolatrici di aspetti esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento ma che ugualmente possono interferire sulla disciplina della SE, quali la *lex mercatus* applicabile ai titoli emessi dalla SE. Sul punto v. S. M. CARBONE, *La Corporate Governance della «Società europea» nel Reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 133 ss., spec. p. 138 ss.

³⁷⁵ Nel senso dell'incapacità dello statuto della SE a realizzare direttamente e completamente l'unità giuridica dell'impresa e l'uniformità della sua disciplina in coerenza con la sua unità economica v. S. M. CARBONE, *La Corporate Governance* cit., p. 138.

³⁷⁶ Di questo parere A. MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p. 624.

³⁷⁷ Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *G.U.U.E.* L 210 del 18/08/2003, p. 1 ss. e Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 23 luglio 2003 che completa lo statuto della Società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.U.E.* L 207 del

buona sostanza il modello del regolamento contenente lo statuto della SE. Esso si compone di settantanove articoli in tutto. Oltre alle disposizioni generali (quali quelle relative, ad esempio, alla natura della SCE, la sua costituzione, il capitale minimo, la sede sociale e il suo trasferimento, la legge applicabile, il principio di non discriminazione, le indicazioni e gli obblighi pubblicitari generali, l'acquisto e la perdita della qualità di socio), sono regolati i diversi momenti della vita della SCE: dalla costituzione, alla struttura, dall'emissione di titoli diversi che non conferiscono la qualità di socio ma conferiscono vantaggi particolari e la destinazione degli utili, ai conti annuali a consolidati e, infine, allo scioglimento, alla liquidazione, all'insolvenza e alla cessazione dei pagamenti. Rimangono esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento i settori della fiscalità, concorrenza, proprietà intellettuale.

L'obiettivo del regolamento è, ancora una volta, l'adeguamento delle strutture produttive alla dimensione europea in modo che le società la cui attività non sia destinata al soddisfacimento di esigenze puramente locali siano in grado di progettare e attuare la riorganizzazione delle proprie attività su scala europea (considerando n. 2). La SCE non si sovrappone né sostituisce ma si aggiunge alle società cooperative nazionali come figura nuova di cooperazione. Essa trova il suo fondamento direttamente nel diritto dell'Unione europea il quale ne detta una disciplina uniforme, sebbene non esaustiva e completa. Vale quanto detto a proposito della SE a proposito del sistema delle fonti. L'art. 8 del regolamento ripropone una disciplina organizzata su tre livelli gerarchici: al primo livello le disposizioni del regolamento stesso, al secondo le disposizioni dello statuto della SCE, ove espressamente previsto dal regolamento, al terzo livello per le materie non disciplinate dal regolamento o, nel caso si tratti di materie parzialmente disciplinate, per gli aspetti ai quali non si applica il regolamento il rinvio alle disposizioni nazionali. Anche nel caso della SCE quest'ultimo livello è tripartito al suo interno: in primo luogo viene in rilievo il diritto nazionale, per così dire, speciale (ovvero tutte le norme adottate per applicare lo statuto europeo di SCE), in secondo luogo deve farsi riferimento a tutte le altre disposizioni nazionali che si

18/08/2003, p. 25 ss. I due testi sono applicabili dal 18 agosto 2006. Sul percorso del progetto di statuto di SCE e, più in generale, sulla storia del movimento cooperativo fino agli anni novanta dello scorso secolo v. E. ROCCHI, *Verso un modello europeo di cooperativa?*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 679 ss. Per una ricostruzione storica (sebbene fino al 1991) delle vicende dello statuto di SCE v. R. DABORMIDA, *Lo statuto per una società cooperativa europea*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1838 ss.

applicherebbero ad una società cooperativa costituita conformemente al diritto dello Stato membro in cui la SCE ha fissato la sua sede sociale e, da ultimo, si applicheranno le clausole statutarie nazionali (cioè le disposizioni dello statuto della SCE alle condizioni previste per una società cooperativa costituita conformemente alla legge dello Stato membro della sede della SCE.

Segnatamente, il regolamento fa espresso rinvio agli ordinamenti nazionali, per quanto non previsto direttamente dal regolamento, in materia costituzione (art. 17), di fusione (art. 20) e di costituzione mediante fusione (art. 28), di trasformazione (artt. 35 e 75) e di scioglimento, insolvenza e procedure analoghe (art. 72). Per quanto non espressamente disciplinato dal regolamento, l'art. 9 sancisce il principio di non discriminazione, secondo il quale una SCE è trattata in ciascuno Stato membro come una società cooperativa costituita in conformità al diritto dello Stato membro della sede. A tal proposito, si noti che come per la SE anche per la SCE il legislatore dell'Unione ha scelto di adottare la teoria della sede prescrivendo la coincidenza nel medesimo Stato membro della sede sociale e dell'amministrazione centrale (art. 6); agli Stati membri è lasciata la facoltà di richiederne addirittura la coincidenza nel medesimo luogo all'interno dei propri confini.³⁷⁸

Sebbene strutturato formalmente in modo identico, il coordinamento con le fonti nazionali è reso più complicato nel caso della SCE, rispetto a quanto non sia per la SE, da almeno due motivi. Anzitutto le legislazioni cooperative nazionali non hanno subito alcuna opera di armonizzazione, com'è invece avvenuto per la disciplina delle società per azioni, riferimento delle SE.³⁷⁹ Secondariamente, e almeno in Italia, la disciplina nazionale di riferimento non è nemmeno univoca, ma frammentata in una pluralità di riferimenti a seconda che la cooperativa abbia o no mutualità prevalente, abbia emesso o no strumenti finanziari, sia soggetta alle sole disposizioni del codice civile o anche a leggi speciali, trovi la disciplina di riferimento in quella delle s.r.l. o delle s.p.a. e così via.³⁸⁰

³⁷⁸ Analogamente all'art. 69, lett. a del regolamento (CE) n. 2157/2001, anche l'art. 79, lett. a del regolamento (CE) n. 1435/2003 prevede la possibile revisione della regola della coincidenza della sede sociale con l'amministrazione centrale per consentirne l'ubicazione in Stati membri differenti.

³⁷⁹ Sul punto v. R. DABORMIDA, *op. cit.*, pp. 1838-1839.

³⁸⁰ Sul punto v. G. PRESTI, *Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea*, in *Giur. comm.le.*, 2005, I, p. 774 ss., in particolare pp. 776-778 (l'A. individua come unico modello di riferimento nazionale – italiano

La disciplina della SCE contenuta nel regolamento si informa a principi internazionalmente riconosciuti in materia di società cooperative, quali quello della democrazia nella gestione e nella struttura, della distribuzione degli utili su base equa, della preminenza della persona che si concretizza nella regola “una testa, un voto” (considerando nn. 7-8), della devoluzione disinteressata nello scioglimento della cooperativa (art. 75) e della “porta aperta” (art. 14). La SCE si conforma alla concezione tradizionale dell’impresa cooperativa come impresa di servizio. L’oggetto sociale della SE è definito direttamente dall’art. 1, par. 3, del regolamento, secondo il quale la SCE ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci (in particolare mediante la conclusione di accordi con questi ultimi per la fornitura di beni o servizi o l’esecuzione di lavori nell’ambito dell’attività che la SCE esercita o fa esercitare); può, inoltre, avere ad oggetto il soddisfacimento dei bisogni dei propri soci, promuovendone nella stessa maniera la partecipazione ad attività economiche di una o più SCE o cooperative nazionali.³⁸¹ I terzi non sono generalmente ammessi a beneficiare dei risultati o a partecipare all’attività della SCE.

L’ambito di applicazione del regolamento è delimitato dall’elemento di internazionalità già richiesto per la formazione di una SE. Una SCE può essere costituita o da un numero minimo di cinque persone fisiche residenti in almeno due Stati membri oppure da almeno cinque persone fisiche e società ai sensi dell’art. 54, par. 2, TFUE, nonché altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale in almeno due Stati membri diversi o siano soggette alla legge di almeno due Stati membri diversi, oppure dai medesimi soggetti (cioè società ai sensi dell’art. 54, par. 2, TFUE, e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato) purché costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi o, ancora, mediante fusione di cooperative costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l’amministrazione centrale nella

– la disciplina delle cooperative s.p.a). Per una disamina comparatistica del diritto delle società cooperativa in diversi paesi europei v. D. HIEZ, *Droit comparé des coopératives européennes*, Bruxelles, 2009.

³⁸¹ Per alcune riflessioni circa la definizione dell’oggetto sociale della SCE v. A. CECCHERINI, *La società cooperativa europea*, in *NLCC*, 2003, p. 1295 ss., spec. pp. 1297-1298

Comunità (se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri diversi) o, infine, mediante trasformazione di una cooperativa, costituita secondo la legge di uno Stato membro ed avente la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità (se ha da almeno due anni una filiazione o una succursale soggetti alla legge di un altro Stato membro).

La SCE è dotata di personalità giuridica che acquisisce il giorno dell'iscrizione nell'apposito registro dello Stato della sede. La sua denominazione deve comprendere la sigla "SCE". Diversamente da quanto accade per la SE, regolata sul punto dal principio del "prima/dopo", l'iscrizione della SCE è subordinata in tutti i casi all'applicazione della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori.³⁸² Il capitale minimo sottoscritto deve essere pari a 30.000 euro (o all'importo superiore prescritto dal diritto dello Stato membro della sede sociale) – successivamente può variare, come il numero dei soci – ed è diviso in quote obbligatoriamente nominative.³⁸³ Quanto alla struttura, la SCE è costituita da un'assemblea generale dei soci e un sistema di amministrazione a scelta tra quello dualistico e quello monistico.³⁸⁴

Infine, sia consentito ritornare sulla questione della sede. Come detto, la SCE deve fissare la sede sociale nello stesso Stato membro in cui ha l'amministrazione centrale, se non anche nello stesso luogo. Notevoli sono le implicazioni internazionalprivatistiche di questo precetto, tanto che il legislatore europeo si è premurato di precisare che il regime della "sede reale" adottato non pregiudica le legislazioni degli Stati membri né le scelte che potranno essere fatte per altri testi comunitari in materia di diritto delle società (considerando n. 14). Senza approfondire qui la questione – valgano le riflessioni già fatte a proposito delle analoghe norme disciplinanti la SE –, sia consentito osservare come, anche in questo caso, l'impiego della teoria della sede reale consenta di disciplinare espressamente e facilmente il trasferimento della sede sociale della SCE, senza che tale operazione dia luogo allo

³⁸² Più precisamente l'art. 11 del regolamento prevede che l'iscrizione di una SCE possa aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori, ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2003/72/CE ovvero previa decisione ai sensi dell'art. 3, par. 6, di detta direttiva, oppure se, trascorso il periodo previsto per i negoziati ai sensi dell'art. 5 di detta direttiva, non è stato concluso un accordo.

³⁸³ Ogni quota ha identico valore nominale e lo statuto fissa il numero minimo di quote da sottoscrivere per la qualità di socio (art. 4, par. 3 e 7, regolamento). Per un commento circa le caratteristiche di queste quote v. G. PRESTI, *op. cit.*, p. 777.

³⁸⁴ Per una dettagliata analisi della disciplina della struttura interna della SCE contenuta nel regolamento v. G. PRESTI, *op. cit.*, p. 778 ss.

scioglimento della SCE né alla costituzione di una nuova persona giuridica (art. 7, par. 1).

3.3.4. *La proposta di Società privata europea (SPE).*

Il 25 giugno 2008 la Commissione ha formalmente adottato una “Proposta di regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società privata europea (SPE)” con l’obiettivo ambizioso di creare una forma giuridica europea nuova, intesa a rafforzare la competitività delle piccole e medie imprese (d’ora in avanti “PMI”), facilitandone lo stabilimento e il funzionamento nel mercato unico.³⁸⁵ La proposta, come già successo per il GEIE, la SE e la SCE, è fondata sulle competenze implicite dell’Unione di cui all’art. 352, TFUE.³⁸⁶

L’idea di una SPE è stata concepita all’inizio degli anni novanta del secolo scorso nel mondo accademico e imprenditoriale. Dagli anni duemila in poi l’adozione di uno statuto della SPE si ritrova spesso nei documenti delle istituzioni europee tra le priorità da realizzare.³⁸⁷ Con la proposta del 2008 la Commissione si propone di offrire, in alternativa alle forme societarie nazionali, un veicolo uniforme e giuridicamente sicuro, ma flessibile, a quelle PMI che rappresentano una delle forze trainanti dell’economia europea, la cui partecipazione al mercato unico rimane tuttavia molto scarsa.³⁸⁸ Più in generale, la proposta sulla SPE si inserisce nel contesto di un pacchetto di misure volte a favorire le piccole e medie imprese, il c.d. *Small Business Act* per l’Europa, che ha l’obiettivo di agevolare

³⁸⁵ Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società privata europea (SPE), COM(2008) 396 def. del 25/06/2008.

³⁸⁶ La proposta è stata adottata sul fondamento dell’art. 308 CE, ma la base giuridica dovrà essere modificata e individuata nell’attuale art. 352, TFUE. La Commissione, infatti, provvederà ad aggiornare automaticamente la numerazione della base giuridica delle proposte il cui procedimento decisionale è ancora in corso alla data dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: cfr. COM(2009) 665 def. del 02/12/2009, in particolare pp. 2 e 37.

³⁸⁷ La SPE compare, tra gli altri, nel Parere del Comitato economico e sociale europeo “L’accesso alle PMI ad uno statuto di diritto europeo”, in *G.U.C.E.* C 125 del 27/05/2002, p. 19, nel Piano d’azione della Commissione “Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell’Unione europea”, COM(2003) 284, e ancora nella risoluzione del Parlamento europeo sulla Società privata europea e sulla quattordicesima direttiva in materia di diritto societario (B6-0399/07) del giugno 2006.

³⁸⁸ Come rileva la Commissione nella Relazione premessa alla proposta di regolamento, le PMI costituiscono più del 99% delle imprese dell’Unione, ma solo l’8% di esse esercita un’attività transfrontaliera e solo il 5% ha controllare o *joint-ventures* all’estero (nel qual caso si tratta sempre di uno Stato membro)

l'attività delle PMI nel mercato unico e, di conseguenza, di migliorarne i risultati.³⁸⁹ L'importanza di una simile iniziativa è notevolmente accresciuta dall'assenza di armonizzazione dei diritti nazionali con riferimento alle società di questo tipo (come si è già avuto modo di precisare, solo la *prima* direttiva ha per destinatarie tutte le società di capitali).

L'obiettivo dichiarato è quello di creare un nuovo strumento giuridico flessibile e il più indipendente possibile dal diritto nazionale degli Stati membri. E, in effetti, leggendo il testo della proposta si ha l'impressione di una maggiore autonomia, se non completa indipendenza, dello statuto della SPE, come disciplinato dal regolamento, rispetto alle normative nazionali che, invece, tanto spazio hanno nello statuto della SE. Sebbene rimangano esclusi dall'ambito di applicazione oggettivo della proposta di regolamento materie quali la fiscalità e aspetti quali lo scioglimento e l'insolvenza (per i quali si fa espresso rinvio alla disciplina nazionale dello Stato della sede legale della SPE), lo statuto della SPE, sempre che venga adottato nella versione attuale, appare molto più completo, almeno dal punto di vista del diritto societario, rispetto a quello della SE. Ad esempio, la proposta di statuto della SPE contiene una disciplina piuttosto articolata delle azioni di una SPE e del loro regime di circolazione, delle formalità di registrazione, del capitale sociale e delle sue vicende (aumenti, diminuzioni, acquisto di azioni proprie, etc.), degli organi, compresa la questione dei parametri di diligenza degli amministratori nonché della rappresentanza della società nei confronti dei terzi e dei poteri, diritti e obblighi degli azionisti. Tutti aspetti che nello statuto della SE sono per lo più regolati soltanto mediante il rinvio alle normative nazionali.

La proposta della Commissione si compone di quarantotto articoli e due allegati. Essa racchiude, come detto, una disciplina piuttosto completa che spazia dalle disposizioni generali che tratteggiano la SPE definendone le caratteristiche principali (capo I, artt. 1-4), alla formazione della SPE (capo II, artt. 5-13), dalle azioni (capo III, artt. 14-18) e dal capitale (capo IV, artt. 19-25), all'organizzazione della SPE (capo V, artt. 26-33) e alla partecipazione dei dipendenti (capo VI, art. 34), dal trasferimento della sede (capo VII, artt. 35-38) fino alla

³⁸⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una corsia preferenziale per la piccola impresa, Alla ricerca di un quadro fondamentale per la Piccola impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)*, COM(2008) 394 def. del 25/06/2008.

ristrutturazione, allo scioglimento e alla nullità di una SPE (capo VIII, artt. 49-51). Seguono, a chiusura, le disposizioni aggiuntive e transitorie e quelle finali (capi IX e X, artt. 42 e 43-48).

La SPE è una società dotata di personalità giuridica, a responsabilità limitata, la cui denominazione deve comprendere la sigla “SPE” (prerogativa, ovviamente, delle sole SPE). Il suo capitale (quello minimo è di 1 euro) è diviso in quelle che vengono definite “azioni” (ma che assomigliano più che altro alle quote della s.r.l. italiana), che non possono essere offerte al pubblico né ammesse alla negoziazione pubblica. Si tratta dunque di una società chiusa, “privata” appunto, come dice il nome stesso. Può essere fondata da una o più persone fisiche e/o da entità giuridiche (con tale espressione s’intende qualsiasi società ai sensi dell’art. 54, par. 2, TFUE, nonché le forme giuridiche dell’Unione, ovvero la SE, la SCE e il GEIE).

La disposizione di cui all’art. 4 dell’attuale proposta reca le regole applicabili alla SPE. Essa dispone che la SPE sia regolata in prima battuta dallo statuto europeo, vale a dire le norme dell’adottando regolamento, in secondo luogo dall’atto costitutivo della società per quanto riguarda le questioni indicate nell’allegato I e, infine, “dalla normativa, comprese le disposizioni di attuazione del diritto comunitario, che si applica alle società nazionali a responsabilità limitata aventi carattere chiuso nello Stato membro in cui la SPE ha la sede legale”. Quest’ultima regolerebbe gli aspetti non direttamente disciplinati dalle prime due fonti come pure le materie escluse dall’ambito di applicazione oggettivo del futuro regolamento. La formulazione, leggermente diversa rispetto a quella che si riscontra negli statuti della SE e SCE, potrebbe far pensare all’assenza di una gerarchia tra le fonti nazionali, ma si ritiene che anche in questo caso le disposizioni nazionali di attuazione del diritto dell’Unione europea debbano avere la precedenza in quanto disciplina speciale rispetto al diritto comune.

Senza entrare troppo nel merito della disciplina, si è detto che le parole d’ordine sono flessibilità e autonomia rispetto al diritto nazionale. Il maggior dettaglio delle disposizioni contenute nella proposta non può rendere di per sé indipendente la disciplina della SPE. Qualunque legislatore sa bene che non può pretendere di coprire tutte le situazioni e gli aspetti suscettibili di verificarsi nella realtà. Tanto meno un legislatore, come quello dell’Unione europea, che non può contare su di un ordinamento tendenzialmente completo ed organico

com'è invece quello di ciascuno Stato membro, in cui le risposte alle lacune della disciplina speciale possono sempre essere colmate attraverso il riferimento al diritto comune. La soluzione cui è addivenuta la Commissione per ovviare a questo inconveniente è del tutto particolare e merita di essere menzionata perché caratterizza fortemente la SPE. Il regolamento infatti prevede che un certo numero di materie, tra cui in particolare l'organizzazione interna della SPE, siano disciplinate dall'atto costitutivo. I soci hanno così la possibilità di disegnare la SPE nel modo più confacente alle loro esigenze. Lo spazio lasciato all'autonomia privata comprende una serie di materie che devono obbligatoriamente essere disciplinate nello statuto. Queste sono indicate nell'allegato I. Vi sono poi altri aspetti che i soci hanno la facoltà di regolare come di non farlo.

Quanto alle materie che lo statuto deve obbligatoriamente disciplinare, occorre però precisare che la proposta non contiene alcuna disposizione suppletiva, ovvero nessuna regola atta ad applicarsi per *default* in assenza di apposite prescrizioni nello statuto societario. La *Relazione* alla proposta precisa che le sanzioni applicabili in caso di tali omissioni o altra infrazione del regolamento dovranno essere determinate dal diritto nazionale.³⁹⁰ In questo modo, la responsabilità della creazione di uno strumento societario modellato sulle esigenze dei suoi fruitori ma, soprattutto, autonomo dai diritti nazionali è spostata dal legislatore ai suoi utilizzatori. Lo spazio lasciato all'autonomia dei soci è veramente ampio, se si considera che alla loro decisione dovrebbero essere devoluti, tra gli altri, aspetti quali la determinazione dei diritti e obblighi collegati alle "azioni" della SPE, eventuali restrizioni o limitazioni al regime di circolazione delle azioni, molti aspetti delle vicende modificative del capitale sociale e la scelta dell'introduzione di un test di solvibilità, i diritti degli soci e il loro metodo di adozione delle decisioni (dal momento che essi, secondo la proposta di statuto, non devono necessariamente riunirsi in un'assemblea) e la scelta del modello di amministrazione (tra uno o più amministratori responsabili della gestione, un sistema monistico o un sistema dualistico) e la sua articolazione. A fronte di ciò però lo statuto europeo introduce alcune regole vincolanti che garantiscano una certa tutela ai soci di minoranza e dei terzi. In merito ai soci di minoranza è, ad esempio, previsto che talune risoluzioni fondamentali debbano essere

³⁹⁰ Cfr. COM(2008) 396 def. cit., p. 6.

adottate con una maggioranza non inferiore ai due terzi dei diritti di voto totali collegati alle “azioni” emesse dalla SPE o, ancora che, nonostante la possibilità di limitare il diritto dei soci di richiedere una risoluzione o di richiedere l’esame di eventuali abusi da parte di un esperto, tale diritto non possa essere subordinato al possesso di più del 5% dei diritti di voto della SPE, anche laddove l’atto costitutivo preveda una soglia inferiore. A tutela dei terzi invece sta, soprattutto, la norma di cui all’art. 31 sui doveri e le responsabilità degli amministratori, la quale fissa peraltro uno standard generale di diligenza degli stessi.

Nelle intenzioni la SPE dovrebbe dunque essere una nuova forma giuridica che si aggiunge a quelle nazionali per l’esercizio dell’attività economica nella forma della società a responsabilità limitata. Diversamente dagli altri “veicoli societari” europei, la SPE può essere formata anche *ex nihilo* da una o più persone fisiche e/o altre entità giuridiche come sopra precisate (sostanzialmente le forme societarie nazionali a cui si aggiungono SE, SCE e GEIE). Inoltre, è possibile che una SPE nasca per trasformazione, per fusione o per scissione di ogni tipo di società nazionale, nonché della SE o di un’altra SPE.

Colpisce un aspetto della proposta della Commissione e cioè il fatto che per la costituzione di una SPE non sia richiesto alcun elemento di internazionalità (requisito sempre presente nel caso della SE e della SCE, così come del GEIE). La proposta non subordina la costituzione della SPE ad alcuna dimensione transfrontaliera: anche alle società che non svolgono alcuna attività oltre i confini nazionali, che peraltro rappresentano la maggior parte delle PMI europee, sarà consentito costituire una SPE. La Commissione ha giustificato tale caratteristica affermando che, se anche nel momento della costituzione le PMI coinvolte non esercitano un’attività internazionale, un regime societario flessibile e rispettoso della libertà di stabilimento può divenire uno stimolo efficace per le PMI a beneficiare dei vantaggi offerti loro al mercato interno (ed espandere così la loro attività). Le società che programmano di espandere, nel lungo periodo, la loro attività oltre confine potrebbero trovare conveniente utilizzare sin dall’inizio la forma della SPE, in modo da non dover cambiare la propria struttura o il proprio statuto in un momento successivo. Insomma, un requisito iniziale di rilevanza transfrontaliera ridurrebbe di molto il potenziale del nuovo strumento. Inoltre, secondo la Commissione, la richiesta di un elemento d’internazionalità avrebbe altri due svantaggi: il requisito potrebbe essere facilmente aggirato e l’obbligo di controllarne

l'osservanza comporterebbe irragionevoli oneri per gli Stati membri. Addirittura, ciò potrebbe, secondo la Commissione, avere l'effetto di mettere in competizione la SPE con le forme societarie previste dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro e stimolare i legislatori nazionali a rendere i propri ordinamenti più attraenti per gli imprenditori.³⁹¹ Ci si domanda se la mancata richiesta di una dimensione transfrontaliera possa in qualche modo ripercuotersi sulla competenza dell'Unione ad adottare un regolamento recante lo statuto della SPE sulla base dell'art. 352, TFUE.

Oltre alle caratteristiche di autonomia rispetto al diritto nazionale e di flessibilità appena descritte, un altro buon motivo per scegliere la forma della SPE, forse il più convincente, potrebbe essere quello di vedersi attribuita la facoltà di spostare la sede legale all'interno dell'Unione europea, da uno Stato membro ad un altro, senza soluzione di continuità con riferimento alla personalità giuridica e, soprattutto, senza che ciò comporti il contemporaneo spostamento dell'amministrazione centrale/centro d'attività principale/centro operativo etc. Una tra le più significative peculiarità della SPE è infatti quella contenuta nella norma di cui all'art. 7 disciplinante la sede sociale. Tale disposizione richiede che la sede legale da un lato e l'amministrazione centrale o il centro operativo principale dall'altro siano collocati nel territorio dell'Unione europea ma, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, esclude l'obbligo di coincidenza delle medesime all'interno dello Stato membro (men che mai nello stesso luogo, come invece consente lo statuto della SE, seppure a discrezione dello Stato membro della sede). Ecco che anche il trasferimento della sede legale, cui lo statuto della SPE (nella versione attuale) dedica l'intero capo VII (artt. 35-38), assume tutti i contorni dello stabilimento a titolo principale, ormai incluso a pieno titolo tra i contenuti della libertà di stabilimento ma ancora di difficile realizzazione.³⁹² La SPE potrà trasferire la sede legale in uno Stato membro diverso da quello in cui essa è inizialmente fissata (d'ora in avanti rispettivamente lo "Stato ospitante" e lo "Stato membro d'origine", come del resto definiti dall'art. 2, par. 1, lett. *f* e *g* della proposta), conservando la personalità giudica e senza alcuno scioglimento (art. 35, par. 1, della proposta). Ovviamente, a tale

³⁹¹ Cfr. *Impact Assessment* pp. 25-26.

³⁹² *Ut infra* cap. III, par. 3.2.

facoltà si accompagnano delle cautele atte a proteggere gli interessi dei terzi, come ad esempio il divieto di procedere al trasferimento della sede legale della SPE pendenti lo scioglimento, la liquidazione o altre procedure analoghe (art. 35, par. 2, della proposta). Quanto alla procedura, l'art. 36 disciplina dettagliatamente, sulla falsariga di quanto prescritto dall'art. 8 dello statuto della SE, il progetto di trasferimento che gli amministratori hanno l'onere di redigere (contenuti, tempistica e modalità di approvazione), mentre gli artt. 37 e 38 si occupano rispettivamente del controllo di legittimità dell'operazione (affidati alle autorità nazionali)³⁹³ e degli accordi sulla partecipazione dei lavoratori.³⁹⁴ Il trasferimento diviene efficace alla data della registrazione nello Stato membro ospitante, momento a partire dal quale la SPE è disciplinata, per quanto non regolato dalle norme dell'Unione e dallo statuto societario, dal diritto di detto Stato (art. 35, par. 2, della proposta).

La scelta della Commissione nel consentire sempre il trasferimento della sede legale, disgiuntamente dall'amministrazione centrale o centro operativo principale, garantendo la continuità della soggettività giuridica della società seppure imponendo il cambiamento della legge applicabile, appare fondata sulla considerazione che il rischio di *forum shopping* tanto temuto in casi del genere (si vedano le riflessioni del dopo *Centros*) è stato esagerato e, in ogni caso, potrebbe essere evitato, o quanto meno, drasticamente ridotto, se le società avessero a disposizione uno statuto della SPE sufficientemente uniforme da rendere molto

³⁹³ A norma dell'art. 37 della proposta di regolamento gli Stati membri devono designare un'autorità che si occupi, senza indebito ritardo, di verificare la conformità del trasferimento della sede legale alla procedura fissata dall'art. 36. L'autorità dello Stato membro d'origine, in caso di esito positivo dei controlli, rilascerà un attestato che confermi l'avvenuto espletamento in detto paese di tutte le formalità richieste, mentre l'autorità dello Stato membro ospitante dovrà, entro quattordici giorni dal ricevimento di tutta la documentazione, verificare che le condizioni sostanziali e formali richieste per il trasferimento della sede legale siano rispettate e, in tal caso, adottare le misure necessarie per la registrazione della SPE. Si prevede poi il coordinamento tra dette autorità con riferimento all'iscrizione nel registro dello Stato membro ospite e alla cancellazione dal registro dello Stato membro d'origine: l'autorità del primo dovrà infatti notificare senza ritardo la registrazione della SPE presso di sé e, solo a notifica ricevuta, l'autorità del secondo potrà disporre la cancellazione dal suo registro, così da garantire la continuità della SPE.

³⁹⁴ Il principio generale è quello del riferimento alla disciplina della partecipazione dei lavoratori contenuta nella direttiva 2005/56/CE concernente le fusioni transfrontaliere. Inoltre, la norma di cui all'art. 38 dell'attuale proposta di regolamento prevede un regime speciale quando una SPE soggetta ad un regime di partecipazione dei dipendenti trasferisce la sua sede legale in un altro Stato membro che invece non prevede diritti di partecipazione dei lavoratori o li prevede in misura più ristretta o non prevede che i dipendenti degli stabilimenti della SPE situati in altri Stati membri beneficino degli stessi diritti di partecipazione di cui godevano prima del trasferimento. In tali ipotesi e sempre che almeno un terzo dei dipendenti della SPE lavori nello Stato membro d'origine, devono essere avviati appositi negoziati tra l'organo di gestione e i rappresentanti dei lavoratori per raggiungere un accordo sul coinvolgimento di questi ultimi. In mancanza di un accordo allo scadere di sei mesi (o di un periodo più lungo in caso di apposita istanza), continuano ad applicarsi le disposizioni di partecipazione esistenti nello Stato membro d'origine.

simili i costi della costituzione di una SPE nei differenti Stati membri (e, di conseguenza, ininfluenti sulla decisione circa il luogo di costituzione della società).³⁹⁵

Quanto ai possibili impieghi del nuovo strumento societario, la SPE potrebbe essere una forma conveniente per tutte quelle PMI che, producendo prodotti altamente specializzati, si rivolgono necessariamente a un mercato internazionale (perché prodotti simili non consentono di reperire abbastanza clienti sul solo mercato nazionale). Ancora, potrebbe rappresentare la forma d'elezione per le sedi secondarie di società che operano in più Stati membri, le quali potrebbero attingere ad una forma unica e uguale in tutti i paesi, con il vantaggio di poter, ad esempio redigere uno statuto identico per tutte le sedi secondarie e gestire così soggetti omogenei.³⁹⁶

4. L'impulso della Corte di giustizia nell'attuazione della libertà di stabilimento delle società rispetto alle norme del Trattato.

Nonostante il discreto numero di provvedimenti adottati sul fondamento di altrettante numerose basi giuridiche disponibili nel diritto primario dell'Unione europea, il maggior contributo alla concreta ed effettiva attuazione della libertà di stabilimento delle società si deve alla Corte di giustizia. Sin dagli esordi essa ha saputo sostenere interpretazioni molto coraggiose delle norme contenute nelle disposizioni dei Trattati, dando vita a “ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale” con connotati spesso impensabili a partire dal dato letterale. Ciò vale per tutte le libertà di circolazione.³⁹⁷

In materia di stabilimento il primo è significativo contributo è stato quello reso con la

³⁹⁵ Cfr. *Impact Assessment*, p. 27.

³⁹⁶ Sui casi in cui potrebbe essere utilmente impiegata la SPE v. CH. TEICHMAN, *Influence, mangement and control in the European Private Company*, in M. NEVILLE, K. ENGSIG SØRENSEN, *Company Law and the SMEs*, København, 2010, p. 351 ss., spec. pp. 352-354 nonché 359-362.

³⁹⁷ Sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della costruzione europea v. A. STONE SWEET, *The European Court of Justice*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 122 ss., spec. p. 144 ss., A. TIZZANO, *Qualche riflessione* cit. p. 925 ss., J. BASEDOW, *La mobilité des sociétés en Europe, œuvre de la jurisprudence?*, in L. VOGEL (sous la direction de), *Droit GLOBAL Law, Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit, 2005/1-2005/2*, Paris, 2006, p. 89 ss.

sentenza *Reyners*. La formulazione originaria dell'art. 52 CEE prevedeva la graduale realizzazione della libertà di stabilimento, entro la scadenza del periodo transitorio, sulla base di un *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* del 1961³⁹⁸ e di una serie di direttive volte da un lato ad eliminare le restrizioni esistenti, dall'altro a introdurre negli ordinamenti degli Stati membri misure che facilitassero l'esercizio dello stabilimento. Così, durante il periodo transitorio si riteneva la disposizione citata priva di qualsiasi efficacia diretta; faceva eccezione solo l'obbligo c.d. di *standstill*, ovvero l'obbligo di non introdurre nuove restrizioni, che era considerato direttamente azionabile da parte dei privati di fronte ai giudici nazionali. Con la sentenza *Reyners* i giudici di Lussemburgo superarono l'opposizione dei governi intervenuti, affermando che l'art. 52 CEE (l'attuale art. 49, TFUE) prescriveva un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento doveva essere facilitato, ma non condizionato, dall'attuazione di un programma di misure graduali e che, una volta scaduto il termine stabilito per il suo adempimento, l'obbligo rimaneva intatto nonostante il fatto che la gradualità auspicata non fosse stata osservata.³⁹⁹

La sentenza *Reyners* rappresenta però solo il punto di partenza della giurisprudenza sullo stabilimento delle società. Successive pronunce della Corte di giustizia hanno svolto un ruolo fondamentale nel definire i contenuti e l'estensione di tale libertà, colmando le lacune lasciate dalle progressive (ma scarse) realizzazioni del mercato interno in questo settore.

³⁹⁸ Cfr. *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *G.U.C.E.*, n. 2 del 15/01/1962, p. 36 ss., in particolare Titolo VI con riferimento al diritto societario.

³⁹⁹ Sentenza *Reyners* cit., p.to 24/27. Il sig. Reyners, nato in Belgio da cittadini olandesi, mantenne la cittadinanza olandese ma visse e compì il suo percorso di studi in Belgio ove ottenne il titolo di *docteur en droit*. Tuttavia, egli si vide precluso l'accesso alla professione forense in Belgio in virtù di una disposizione del diritto di tale paese che vietava di pronunciare il giuramento necessario per l'esercizio della professione e precludeva altresì l'iscrizione all'albo degli avvocati a coloro che non avessero la cittadinanza belga. Non riuscendo ad ottenere né l'abilitazione necessaria, il sig. Reyners chiese una deroga al requisito della cittadinanza, possibilità prevista dalla legge citata. Il regio decreto di concessione della deroga, tuttavia, non risultò applicabile al caso del sig. Reyners per mancata osservanza di uno dei requisiti imposti, segnatamente la condizione di reciprocità che richiedeva la cittadinanza olandese per l'iscrizione all'albo. Di conseguenza, il sig. Reyners si rivolse al Consiglio di Stato belga, chiedendo l'annullamento delle disposizioni di cui al regio decreto citato per incompatibilità con il diritto comunitario. Mentre i governi intervenuti sostennero l'inefficacia diretta delle disposizioni di cui al capo sul diritto di stabilimento in assenza delle direttive di attuazione previste dal "programma generale", la Commissione, pur dubbiosa, ritenne l'art. 52 CEE dotato di un'efficacia diretta parziale nella parte in cui proibiva in maniera specifica le discriminazioni per motivi di cittadinanza.

4.1. *I casi Avoir fiscal e Segers.*

La libertà di stabilimento delle società ebbe per un certo tempo un ruolo soltanto secondario rispetto al diritto di stabilimento delle persone fisiche, fu come una sorta di Cenerentola.⁴⁰⁰ Lo stabilimento delle società iniziò ad essere considerato con maggior attenzione a seguito di due sentenze della Corte di giustizia risalenti agli anni ottanta del secolo scorso, i casi *Avoir fiscal* e *Segers*, entrambi relative ai limiti della libertà degli Stati membri di accordare alle società un trattamento differenziato in ragione delle differenze relative al luogo di costituzione e al diritto regolatore.

Il primo caso *Commissione c. Francia*, c.d. *avoir fiscal*, deciso dalla Corte di giustizia il 28 gennaio 1986, riguarda la disparità di trattamento riservato dalla legislazione francese, con riferimento al credito d'imposta sulla tassazione degli utili realizzati in Francia, alle imprese assicuratrici aventi sede in un altro Stato membro rispetto alle imprese assicuratrici aventi sede in Francia, comprese le "affiliate" ivi costituite da società aventi sede in altri Stati membri.⁴⁰¹ Più precisamente la normativa fiscale francese assoggettava le società e le persone giuridiche, indipendentemente dall'ubicazione della sede, a un'imposta sul complesso degli utili e dei redditi realizzati (imposta sulle società); a tal fine si consideravano solo degli utili realizzati nelle società operanti in Francia, nonché quelli la cui tassazione era attribuita alla Francia da una convenzione internazionale relativa alla doppia imposizione. Per evitare il cumulo d'imposta la legislazione francese istituiva inoltre un credito d'imposta, detto "credito fiscale", *avoir fiscal* appunto, a favore di chi percepiva i dividendi distribuiti da società francesi; limitava tuttavia la fruizione di detto beneficio ai soli soggetti effettivamente domiciliati o aventi la loro sede sociale in Francia. Dal combinato disposto delle norme francesi rilevanti risultava che, mentre le società e le persone giuridiche aventi la sede sociale in Francia, ivi comprese le affiliate costituite in Francia da società straniere, potevano fruire del sistema del credito fiscale, questo vantaggio era invece negato alle agenzie e succursali aperte in Francia da società aventi la sede sociale all'estero.

⁴⁰⁰ Si prendono in prestito le espressioni utilizzate da I. G. F. CATH, *Freedom of Establishment* cit., p. 246.

⁴⁰¹ Sentenza della Corte del 18 gennaio 1986, *Commissione c. Francia* (c.d. *avoir fiscal*), causa 270/83, in *Raccolta*, p. 273 ss.

La decisione del caso *avoir fiscal* merita di essere qui ricordata specialmente per due motivi. Anzitutto essa contiene il primo riconoscimento espresso da parte della Corte di giustizia dell'inclusione all'interno della libertà di stabilimento del diritto delle società alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro (e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno dell'Unione) di svolgere la loro attività in un altro Stato membro attraverso agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti nel paese ospitante alle società nazionali (ovvero costituite secondo il diritto di detto Stato). Inoltre, in tale prospettiva, la funzione della sede delle società commerciali viene equiparata a quella della cittadinanza delle persone fisiche, nel senso che entrambe servono a indicare un collegamento della società all'ordinamento giuridico di un certo Stato.⁴⁰²

Nella sentenza *Segers* del 10 luglio 1986 la Corte è chiamata ad occuparsi della differenza nel trattamento previdenziale accordato dalle autorità olandesi ai dipendenti di società costituite e aventi la loro sede nei Paesi Bassi da un lato e ai dipendenti di società costituite ed aventi la loro sede in altri Stati membri.⁴⁰³ In questa sentenza sembrano potersi individuare i semi che germoglieranno nelle osservazioni che la Corte svilupperà in modo più diffuso e compiuto nel caso *Centros* oltre dieci anni più tardi.

Nell'aprile del 1981 veniva costituita a Londra la *Slenderose Limited*, società di diritto inglese. Nel giugno seguente il signor *Segers* e la moglie la acquistavano metà ciascuno. Di lì a poco il signor *Segers* conferiva, come affiliata, alla società inglese una società di sua esclusiva proprietà, la *Free Promotion International*, con sede nei Paesi Bassi, e veniva nominato amministratore della *Slenderose Limited*. Nel luglio 1981 il signor *Segers* dichiarava una malattia all'apposita autorità olandese per ottenere le prestazioni assicurative

⁴⁰² Sentenza *avoir fiscal* cit., p.to 18 (e p.to 27 per l'applicazione del principio alla normativa francese in causa). Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *RDIPP*, 2001, p. 569 ss., spec. p. 579, il quale interpreta l'affermazione indicata come "una formula un po' ermetica per individuare lo Stato membro ai sensi della cui legge la società è costituita, sul triplice, implicito (e tutt'altro che pacifico) presupposto che la questione internazionale privatistica sia stata già risolta in base alle norme di tale Stato conformemente alle sue autonome scelte conflittuali, che tale soluzione non contrasti con le valutazioni altrettanto discrezionali degli altri Stati membri, e che la legge in tal modo designata prescriva imperativamente che la sede sociale sia localizzata nel territorio nazionale".

⁴⁰³ Sentenza della Corte del 10 luglio 1986, *D.H.M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen* (associazione di categoria del personale bancario ed assicurativo, del commercio all'ingrosso e delle libere professioni), causa C- 79/85, in *Racc.*, p. 2382 ss.

cui avrebbe avuto diritto secondo tale legge. Le autorità olandesi rifiutavano di corrispondere al signor Segers alcuna prestazione di assicurazione-malattia, cui avrebbe avuto diritto se fosse stato amministratore di una società olandese, motivando la decisione sulla base del fatto che la società di cui egli era amministratore era stata costituita secondo il diritto di un altro Stato membro ove essa aveva la sede sociale ma nel quale detta società non svolgeva alcuna attività commerciale.

Nella sua decisione la Corte dichiara l'incompatibilità di un regime, come quello olandese, che nega all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione-malattia per il solo fatto che la società per cui egli lavora è stata costituita conformemente al diritto di un altro Stato membro in cui ha la sede sociale senza però svolgervi attività economica.

Il ragionamento dei giudici di Lussemburgo prende avvio dall'osservazione del caso *avoir fiscal* rispetto all'analogia funzionale tra sede delle società commerciali e cittadinanza delle persone fisiche (entrambe servono cioè a determinare la loro appartenenza a un dato ordinamento giuridico). Una volta soddisfatta la duplice condizione posta dall'art. 59, par. 1, TFUE, una società può beneficiare della libertà di stabilimento indipendentemente dal fatto che essa svolga la sua attività interamente attraverso una agenzia, succursale o filiale in un altro Stato membro. Ammettere che lo Stato membro di stabilimento possa imporre un trattamento differenziato per il solo fatto che la sede sociale è ubicata in un altro Stato membro svuoterebbe di significato il diritto di stabilimento stesso. È vero, spiega la Corte, che il diritto al rimborso delle spese mediche spetta ad una persona e non ad una società, ma il principio del trattamento nazionale implica che al personale della società che eserciti il suo diritto di stabilimento sia riconosciuto il diritto di accesso ad un determinato regime di previdenza sociale, dal momento che una discriminazione del suo personale significa una restrizione al diritto di stabilimento della società. Il fatto poi che la società svolga la propria attività, mediante un'agenzia, una succursale o una filiale, solo in un altro stato membro è del tutto irrilevante, soddisfatte le condizioni di cui all'art. 54, par. 1, TFUE.⁴⁰⁴

Peraltro, non può servire al caso delle autorità olandesi nemmeno la possibilità offerta

⁴⁰⁴ Cfr. sentenza *Segers* cit., p.ti 13-16.

agli Stati membri prevista dall'art. 52, TFUE, di applicare un regime particolare ai cittadini e alle società di altri Stati membri quando ciò sia giustificato da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica poiché essa rappresenta un'eccezione al principio della libertà di stabilimento e come tale deve essere interpretata restrittivamente. Le misure discriminatorie applicabili in base a questa disposizione devono essere idonee a raggiungere lo scopo della tutela dell'ordine pubblico e, a parere della Corte, il rifiuto delle autorità olandesi di corrispondere una prestazione previdenziale non può essere considerato tale.⁴⁰⁵

Il significato della sentenza *Segers* risiede, per quanto qui interessa, nell'affermazione che gli *unici* requisiti necessari ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società sono quelli previsti dall'attuale art. 54, par. 1, TFUE e cioè la costituzione conformemente al diritto di uno Stato membro e la collocazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro d'attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea. Si è parlato addirittura di una sorta di *preemptive effect* con riferimento alla possibilità discendente dal trattato per le persone fisiche e per le società di impedire in una certa misura, invocando la libertà di stabilimento, l'applicazione delle legislazioni nazionali, in questo caso del diritto societario, che incidono sulle loro possibilità di stabilirsi in un dato Stato membro.⁴⁰⁶ Nella sentenza *Segers* si leggono, in forma più o meno implicita, le premesse che verranno poi sviluppate nel celebre caso *Centros* sul tema della libertà dei fondatori di una società di scegliere l'ordinamento più confacente alle loro esigenze senza per questo scivolare nell'abuso del diritto di stabilimento.⁴⁰⁷ Da questa pronuncia emerge già il dovere in capo agli Stati membri di riconoscere alle società beneficiarie del diritto di stabilimento i diritti che discendono da detta libertà anche nel caso particolare in cui le società in questione svolgano la loro attività *esclusivamente* nello Stato membro in cui è fondato lo stabilimento secondario.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Cfr. sentenza *Segers* cit., p.to 17.

⁴⁰⁶ Così v. CH. TIMMERMANS, *Methods and Tools* cit., p. 157.

⁴⁰⁷ V. *infra* par. 4.3. Addirittura c'è stato chi, sulla base della sentenza *Segers*, ha ritenuto implicitamente risolta la pluricentenary disputa tra *incorporation theory* e *théorie du siège réel* a favore della prima, almeno nei casi interni all'ordinamento dell'Unione europea: così v. I. G. F. CATH, *Freedom of Establishment* cit., p. 261.

⁴⁰⁸ In questo risiede l'importanza della sentenza *Segers* secondo M. V BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 580, il quale ritiene la mancata qualificazione, ad opera della Corte di giustizia, del caso del signor Segers quale fattispecie puramente interna o esercizio abusivo del diritto dell'Unione europea una conferma del fatto che tra le situazioni di vantaggio

Anche le critiche alla sentenza *Segers* rispecchiano in nuce quelle successivamente formulate in altri casi sottoposti successivamente all'esame della Corte. In particolare, sono stati avanzati dubbi circa il fatto che una società come quella amministrata dal signor Segers, ovvero una *pseudo-foreign corporation*, rappresentasse davvero uno stabilimento transfrontaliero (si tratterebbe piuttosto di un mero passaggio di proprietà). Un'altra obiezione frequente riguarda invece la qualificazione del caso Segers come stabilimento secondario anziché principale.⁴⁰⁹

4.2. La negazione del diritto di stabilimento a titolo principale.

Il 27 settembre 1988 la Corte si pronunciò per la prima volta in un caso direttamente concernente il libertà di stabilimento delle società, sorto dalla pretesa di una società, la *Daily Mail and General Trust PLC*, costituita in Inghilterra secondo il diritto inglese, di spostare all'estero la sede della propria direzione per ragioni fiscali. La controversia *a quo* era nata dal rifiuto del Tesoro britannico di concedere alla *Daily Mail and General Trust PLC* (d'ora in avanti semplicemente *Daily Mail*) l'autorizzazione prescritta dalla legislazione inglese per il caso di trasferimento della residenza fiscale di una società (coincidente con il luogo della direzione della società) al di fuori del Regno Unito.⁴¹⁰ In particolare, la *Daily Mail* adì la *High Court of Justice - Queen's Bench Division*, sostenendo che gli artt. 52 e 58 CEE le attribuivano il diritto di trasferire la sede della propria direzione in un altro Stato membro

desumibili dalle norme sulla libertà di stabilimento sia inclusa anche la facoltà per gli imprenditori attivi nel mercato interno di scegliere la legge regolatrice dell'ente societario per mezzo del quale svolgere la propria attività commerciale e che l'esercizio di tale facoltà a favore della legge di uno Stato membro diverso da quello in cui viene svolta l'attività valga di per sé a "comunitarizzare" la fattispecie.

⁴⁰⁹ Per una critica in tal senso v. CH. TIMMERMANS, *Methods and Tools* cit., p. 136 ss.

⁴¹⁰ La società *Daily Mail and General Trust PLC* (d'ora in avanti *Daily Mail*), società holding e di investimento costituita in Inghilterra conformemente al diritto inglese, intendeva vendere una parte considerevole dei titoli costituenti il suo attivo per riscattare, con il ricavato, parte delle azioni proprie. Dal momento che tale operazione sarebbe stata soggetta ad una forte imposizione nel Regno Unito, la *Daily Mail* decise di spostare sede della propria direzione nei Paesi Bassi, dove al contrario l'operazione sarebbe andata esente da qualsiasi tassazione. Mentre il diritto societario inglese consentiva a una società costituita secondo la medesima legislazione e avente sede legale (*registered office*) nel Regno Unito di stabilire la direzione e l'amministrazione centrale al di fuori del Regno Unito, pur conservando la personalità giuridica e la qualità di società di diritto inglese, la pertinente normativa fiscale del Regno Unito equiparava la residenza fiscale alla sede della direzione della società e ne assoggettava il trasferimento all'estero ad una preventiva autorizzazione del Tesoro, autorizzazione che la *Daily Mail* non ottenne.

senza preventiva autorizzazione (o, al più, con un'autorizzazione concessa incondizionatamente).

Per la Corte di giustizia, interrogata dal giudice inglese circa la compatibilità di una normativa siffatta con gli allora artt. 52 e 58 CEE (attuali artt. 49 e 54 TFUE – a cui si farà riferimento d'ora in avanti), si trattava di stabilire se le citate disposizioni del trattato attribuissero esplicitamente alle società lo stesso diritto di stabilimento primario in un altro Stato membro riconosciuto alle persone fisiche a norma dell'art. 49 TFUE, eventualmente valutando la possibilità di subordinare l'esercizio di tale diritto alla concessione di un'autorizzazione nazionale dipendente dalla situazione fiscale della società.

La tesi della *Daily Mail*, basata sulla derivazione diretta del diritto di stabilimento primario delle società delle norme del Trattato, non viene accolta. Il governo del Regno Unito sostiene addirittura, ma senza seguito, che il trasferimento della sede della direzione di una società da uno Stato membro ad un altro non potrebbe neppure essere considerato uno stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE laddove non vi fosse svolgimento di un'attività economica reale ed effettiva nel paese di stabilimento. La Commissione ritiene invece che il trasferimento della sede della direzione sia tutelato dall'art. 49 TFUE solo ove ammesso dal diritto dello Stato membro di costituzione della società.

La Corte inizia col ribadire la natura della libertà di stabilimento quale principio fondamentale del diritto dell'Unione e la sua efficacia diretta. Ciononostante ritiene che le differenze tra le legislazioni degli Stati membri “sul criterio collegamento per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi” e, di conseguenza, che dall'interpretazione degli artt. 49 e 54 TFUE non possa “evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui

legislazione sono state costituite”.⁴¹¹

Le conclusioni dei giudici di Lussemburgo si fondano su di una osservazione di teoria del diritto relativa alla natura delle società, le quali sono, secondo la Corte, enti creati da un ordinamento giuridico nazionale e esistenti solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano la costituzione e il funzionamento.⁴¹² I diritti nazionali presentano notevoli differenze dal punto di vista dei fattori di connessione con il territorio nazionale richiesti ad una società affinché essa possa costituirsi conformemente al diritto nazionale; alcuni ritengono sufficiente l’ubicazione entro i propri confini della sola sede legale, altri impongono la coincidenza di questa con la sede reale. Non vi è omogeneità neppure circa la possibilità di modificare, in un momento successivo a quello della costituzione, tali fattori tramite lo spostamento della sede sociale o dell’amministrazione centrale, né tanto meno sulla eventuali conseguenze di una simile operazione. Di tale difformità il legislatore europeo ha preso atto attraverso la formulazione dell’art. 54, par. 1, TFUE, nel definire i requisiti che le società debbono presentare per beneficiare della libertà di stabilimento; tuttavia, al momento della decisione della Corte esse non potevano ancora essere superate né grazie alla disposizione di cui all’art. 220, terzo trattino, CEE (poi art. 293, terzo trattino, CE), né grazie alle direttive di coordinamento dei diritti societari nazionali adottate sulla base dell’art. 54, par. 3, lett. g, CEE (successivamente art. 44, par. 2, lett. g, CE e attuale art. 50, par. 2, lett. g, TFUE). La Corte prende atto del vuoto normativo esistente nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea.⁴¹³

Così la sentenza *Daily Mail* chiarisce la portata della libertà di stabilimento delle società, sancendo l’impossibilità di fatto per le società di beneficiare della libertà di

⁴¹¹ Sentenza *Daily Mail* cit., p.ti 23-24. Per una critica rispetto all’apparente contraddizione, contenuta negli indicati punti della sentenza, tra la riaffermazione dell’efficacia diretta delle norme in materia di libertà di stabilimento e la chiusura rispetto all’impiego di tale principio al fine di valutare eventuali restrizioni contenute in una disciplina interna sul trasferimento v. A. REINDL, *Companies in the European Community are the Conflict-of-law Rules Ready for 1992*, in *Michigan J. Int. Law*, 1990, p. 1270 ss.

⁴¹² Sentenza *Daily Mail* cit., p.to 19. Addirittura, la traduzione tedesca della sentenza si esprime in termini ancora più *tranchant*, affermando che “Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben sie keine Realität” (corsivo aggiunto): sul punto v. H. HALBHUBER, *National Doctrinal Structures and European Law*, in *CMLR*, 2001, p. 1385 ss., spec. p. 1393, ove si parla di “misleading German translation” e P. BEHRENS, *Centros and the Proper Law of Companies*, in G. FERRARINI, K. HOPT, E. WYMEERSCH, *Capital Markets in the Age of Euro*, The Hague, 2002, p. 503 ss., spec. p. 503, il quale ritiene che il mercato interno sarebbe un’illusione ove si aderisse a tale affermazione.

⁴¹³ Di questo parere v. P. LAGARDE, *Note*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2003 (d’ora in avanti *Note* 2003), p. 524 ss., spec. p. 526.

stabilimento a titolo primario.⁴¹⁴ La capacità delle società di godere dei diritti discendenti dalla libertà di stabilimento è sottoposta non al diritto dell'Unione europea, ma al singolo diritto nazionale. Di fatto, la Corte riduce la libertà di stabilimento allo stabilimento secondario.⁴¹⁵ Nonostante la puntualizzazione circa la validità di tale conclusione allo stato del diritto europeo al momento della decisione, tale conclusione rimarrà a lungo controversa, creando notevoli problemi di coordinamento con la giurisprudenza successiva.⁴¹⁶ In Germania, uno dei paesi più fedeli al criterio della sede reale la decisione della Corte è stata accolta molto favorevolmente, come una conferma della *Sitztheorie*.⁴¹⁷

In realtà sembra di poter ricondurre i profili problematici della sentenza *Daily Mail* a una, più o meno consapevole, scelta di campo della Corte che, nell'affrontare la soluzione del caso sottoposto alla sua attenzione, pare aver deviato da quella che sembrava la trattazione più naturale della questione. Ci si riferisce qui al fatto che la Corte abbia risolto le questioni pregiudiziali come se si trattasse di un caso di trasferimento della sede sociale e di un ostacolo alla mobilità derivante dai differenti criteri di collegamento accolti nel diritto internazionale privato degli Stati membri in materia di società, quando si trattava più semplicemente di un ostacolo discendente dal diritto fiscale, quindi materiale, di uno Stato membro all'esercizio di una delle libertà fondamentali riconosciute e garantite dal diritto primario dell'Unione europea.⁴¹⁸

⁴¹⁴ Di questo parere v. J. LEVER, *Case 81/87, The Queen v. H. M. Treasury ex parte Daily Mail adn General Trust PLC. Comment*, in *CMLR*, 1989, p. 327 ss., spec. p. 331. Per una spiegazione dell'esclusione della libertà di stabilimento principale dal novero dei diritti ricavabili direttamente dagli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) come giustificata dalla volontà della Corte di non discriminare le società in base al criterio di collegamento accolto dal paese di costituzione v. L. CERIONI, *The Barriers to the International Mobility of Companies within the European Community: A Re-reading of the Case-Law*, in *Journal of Business Law*, 1999, p. 59 ss., spec. pp. 75-76.

⁴¹⁵ Così v. P. BEHRENS, *Centros cit.*, p. 509.

⁴¹⁶ La sentenza *Daily Mail* compare nelle osservazioni delle parti in tutti i successivi casi in materia di libero stabilimento e sarà oggetto di esplicita considerazione da parte della Corte nel caso *Cartesio*: sul punto v. *infra* cap. III, par. 3.2.

⁴¹⁷ Per un'analisi delle reazioni della dottrina tedesca alla sentenza *Daily Mail v. H. HALBHUBER*, *op. cit.*, p. 1391 ss.

⁴¹⁸ Nel senso di una deviazione della Corte di giustizia dalla sua più naturale trattazione v. S. VRELLIS, *The EC Court Case Law on the Right of Establishment of Companies and its Impact on the Law Applicable to Legal Persons*, in S. ARKNA, A. YONGALIK (eds.), *Liber Amicorum/Festschrift für Tuğrul Ansay, zum 75. Geburtstag / In Honour of his 75th Birthday*, The Netherlands, 2006, p. 461 ss., spec. p. 467. Sul punto v. anche M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie cit.*, p. 583, il quale sottolinea come il caso *Daily Mail* non concerna eventuali ostacoli alla circolazione europea derivanti dalle differenze nella disciplina, materiale o conflittuale, degli Stati membri in materia societaria, quanto piuttosto il più delicato problema dei limiti che il diritto dell'Unione europea può imporre all'esercizio della potestà impositiva statale. Inoltre, sulla riformulazione da parte della Corte di un quesito relativo al diritto tributario in un problema generale di diritto societario v. L. CERIONI, *op. cit.*, pp. 72-73. Circa le prolungate esitazioni della Corte di giustizia a imporre limitazioni alla sovranità normativa degli Stati

Diversamente da quanto possa apparire dal linguaggio della Corte e dai successivi commenti dottrinali, il caso *Daily Mail* non concerne il diritto internazionale privato delle società. Il diritto internazionale privato inglese accoglie da sempre, con riferimento alle società, il liberale criterio di collegamento dell'*incorporation* e avrebbe dunque consentito il trasferimento della sede delle direzioni della società nei Paesi Bassi senza conseguenze in termini di continuità della personalità giuridica e di qualità di società retta dal diritto inglese.⁴¹⁹ Invece la terminologia impiegata dalla Corte, che nel riferirsi ai presupposti materiali prescritti in tema di costituzione di società parla di “criteri di collegamento”, suggerisce il risalente confronto tra le due teorie o modelli internazionalprivatistici della *incorporation* e del *siège social*. Dal punto di vista internazionalprivatistico la sentenza *Daily Mail* riveste una scarsa rilevanza.⁴²⁰

4.3. La “dottrina Centros”.

4.3.1. Il ragionamento della Corte di giustizia.

Una decina d’anni più tardi la Corte ebbe modo di ritornare sulla questione del diritto di stabilimento delle società. La *Centros* era una *private limited company* creata in base alla legge inglese da due cittadini danesi, unici soci della stessa, residenti in Danimarca, principalmente per sfuggire alle rigide norme danesi in tema di capitale sociale. Pochi mesi dopo la sua costituzione la società presentava presso la Direzione generale del commercio e delle società danese domanda di registrazione di una succursale in Danimarca. L’autorizzazione alla registrazione della succursale danese veniva negata sulla base, tra l’altro, del fatto che la società non svolgeva e non aveva mai svolto alcuna attività economica nel Regno Unito dal momento della sua costituzione. Detta succursale avrebbe costituito non

membri in materia fiscale v. J. WOUTERS, *Fiscal Barriers to Companies’ Cross-Border Establishment in the Case-Law of the EC Court of Justice*, in *YbPIL*, 1994, p. 73 ss.

⁴¹⁹ Così Y. LOUSSOUARN, *Le droit d’établissement des sociétés*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229 ss., spec. p. 235.

⁴²⁰ Di questo parere v. J. BASEDOW, *La mobilité* cit., pp. 94-95.

tanto una sede secondaria della società, quanto piuttosto la sede principale della stessa e, di conseguenza, un mezzo per eludere la normativa nazionale relativa alla liberazione del capitale minimo. La *Centros* si opponeva al diniego di registrazione dinanzi al competente giudice danese (*Ostre Landsret*), il quale confermava la decisione dell'ufficio del registro. Facendo valere la sua valida costituzione conformemente alle norme inglesi e lamentando una violazione della sua libertà di stabilimento, impugnava quindi la decisione del giudice danese avati all'*Højesteret*, che azionava il meccanismo di cooperazione tra giudici fornitogli dall'attuale art. 267, TFUE.

Come riformulato dalla Corte, il quesito pregiudiziale riguardava la compatibilità con il diritto di stabilimento delle società di una prassi, come quella danese, che negava la registrazione di una succursale di una società validamente costituita secondo il diritto di un altro Stato membro (il Regno Unito nel caso di specie) nel quale essa aveva la sede senza svolgervi alcuna attività, quando la succursale costituisse il mezzo per lo svolgimento dell'attività sociale in un altro Stato membro (quello della succursale, appunto), eludendo così le più severe norme sulla costituzione delle società ivi vigenti.

Si può suddividere il ragionamento della Corte di giustizia in tre fasi: l'accertamento dell'applicabilità della libertà di stabilimento al caso di specie, la verifica della sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento e, infine, l'esame di un'eventuale giustificazione. Stabilita la rilevanza europea della fattispecie in esame (messa in dubbio dalle autorità danesi che la ritenevano una situazione puramente interna e, dunque, sottratta all'ambito di applicazione della libertà di stabilimento) e la conseguente applicabilità della libertà di stabilimento,⁴²¹ la Corte afferma il carattere restrittivo, e quindi incompatibile con il diritto di

⁴²¹ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.ti 16-18. Le autorità danesi sostenevano si trattasse di una situazione puramente interna, irrilevante per il diritto dell'Unione europea, giacché i coniugi Bryde, cittadini danesi residenti in Danimarca, avevano costituito in Inghilterra una società di diritto inglese che non svolgeva nel paese di costituzione alcuna attività al solo scopo di poter costituire in Danimarca una succursale tramite cui operare, eludendo così la normativa danese in materia di capitale sociale. A parere della Corte invece, come già affermato nella sentenza *Segers*, la costituzione di una succursale in uno Stato membro ad opera di una società creata in un altro Stato membro rientra nella libertà di stabilimento senza che a tal fine rilevi il fatto che due cittadini danesi, residenti in Danimarca, abbiano costituito una società di diritto inglese con sede a Londra. Una cosa, afferma la Corte, è la portata della libertà di circolazione, comprendente ogni situazione con elementi di estraneità rispetto ad un unico ordinamento giuridico a prescindere dai motivi che li hanno determinati, un'altra è la possibilità, riconosciuta a ciascuno Stato membro, di adottare misure atte a impedire che i propri cittadini sfruttino le possibilità loro offerte del diritto dell'Unione europea per sottrarsi abusivamente alla legge nazionale. In termini generali si definiscono situazioni *puramente interne* quelle in cui la fattispecie si esaurisce all'interno dell'ordinamento di un solo Stato membro

stabilimento, della prassi danese consistente nel rifiuto di autorizzare la registrazione di una succursale di una società validamente costituita in un altro Stato membro per il sol fatto che nel paese di costituzione tale società non svolge alcuna attività.⁴²² Come sottolineato dall'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, pretendere che una società costituita conformemente al diritto di uno Stato membro svolga una qualche attività nel luogo dello stabilimento principale significa leggere nelle norme del trattato un *requisito ulteriore* al quale sarebbe subordinato lo stabilimento secondario, mentre la norma di cui all'attuale art. 54, TFUE prescrive soltanto due requisiti formali tassativi.⁴²³

I giudici di Lussemburgo non escludono, in linea teorica, il diritto di ciascuno Stato membro di adottare misure volte ad impedire l'impiego fraudolento o abusivo del diritto dell'Unione europea da parte dei propri cittadini. Tuttavia, aggiungono, nel far ciò gli Stati

(l'individuo che si sposti per lavorare o trovare un'occupazione all'interno dello Stato membro di cui è cittadino, ad es.) e non abbia dunque alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto dell'Unione europea nel settore delle libertà di circolazione: sul carattere transnazionale delle situazioni rilevanti per il diritto dell'Unione europea v. sentenza della Corte del 9 settembre 1999, *RI.SAN Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA*, causa C-108/98, in *Racc.*, p. I-5219, p.to 23, sentenza della Corte del 16 gennaio 1997, *Unità Socio-Sanitaria Locale n° 47 di Biella (USSL) c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, causa C-134/95, in *Racc.*, p. I-195, p.to 19 (ove ulteriori rinvii alla giurisprudenza della Corte nell'ambito delle altre libertà di circolazione). Si badi tuttavia che la Corte ha espressamente riconosciuto il diritto di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nei confronti dello Stato d'origine, laddove questi, per il fatto di aver risieduto regolarmente nel territorio di un altro Stato membro e di avervi acquistato una qualifica professionale riconosciuta dal diritto comunitario, si trovino, rispetto al loro Stato d'origine, in una situazione analoga a quella di tutti gli altri soggetti che fruiscono dei diritti e delle libertà garantite dal Trattato; diversamente, la libera circolazione dei lavoratori e il diritto di stabilimento non sarebbero pienamente realizzati se gli Stati membri potessero impedire di fruire del diritto dell'Unione europea a quelli tra i loro cittadini che si sono valse delle possibilità da esso offerte e che hanno acquistato, grazie a queste possibilità, qualifiche professionali in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini: cfr. sentenza della Corte del 31 marzo 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg*, causa C-19/92, in *Racc.*, p. I-1698, p.ti 15-16, sentenza della Corte del 3 ottobre 1990, *Procedimento penale contro Marc Gaston Bouchoucha*, causa C-61/89, in *Racc.* p. I-3551, p.to 13, sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, *J. Knoors c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, causa 115/78, in *Racc.*, p. 399, p.to 24; in dottrina sulla nozione di situazioni puramente interne v. per tutti C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU*, Oxford, New York, 2010, pp. 257-262. L'applicazione del diritto dell'Unione europea può, peraltro, dar luogo alle c.d. *discriminazioni a rovescio* (*reverse discriminations* o *discriminations à rebours*), cioè discriminazioni operate da uno Stato membro in danno dei propri cittadini per effetto dell'applicazione del diritto dell'Unione europea. Esse sono del tutto irrilevanti per l'ordinamento europeo e possono, semmai, rilevare a fini interni in quanto contrarie al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione italiana: a tal proposito v. in giurisprudenza Corte costituzionale 16 giugno 1995 n. 249 in *RDI*, 1995, p. 813 ss. e Corte costituzionale 30 dicembre 1997 n. 443, in *RDI*, 1997, p. 530 ss. e, in dottrina A. DELLA CHÀ, *Challenge of Internal Rules on Grounds of Reverse Discrimination: An Open Issue*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 145 ss., E. CANNIZZARO, *Producing «Reverse Discrimination» through the exercise of EC Competences*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 29 ss. e IDEM, *Esercizio di competenze e discriminazioni a rovescio*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 359 ss., N. BERNARD, *Discrimination and free movement in EC law*, in *ICLQ*, 1996, p. 82 ss., spec. pp. 85-89.

⁴²² Cfr. sentenza *Centros* cit., p.ti 21 e 30. Sul punto la Corte segue le conclusioni già formulate dall'Avvocato generale La Pergola: cfr. conclusioni *Centros* cit., p.to 16, ove si afferma che la misura adottata dall'amministrazione danese non restringe semplicemente, ma addirittura preclude radicalmente l'esercizio del diritto di stabilimento secondario riconosciuto alle società straniere "comunitarie".

⁴²³ Cfr. conclusioni, *Centros* cit., p.to 18.

membri debbono tenere sempre presenti le finalità perseguite dalle disposizioni europee e, nel caso di specie, dagli artt. 49 e 54 TFUE, che mirano a consentire alle società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale nell'Unione di svolgere la loro attività negli altri Stati membri per il tramite di sedi secondarie. Sulla scorta di questa indicazione, è escluso che possa costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento la libertà di un cittadino di uno Stato membro, che desideri costituire una società, di scegliere la legge nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e comunque più confacenti ai suoi interessi e creare succursali in altri Stati membri, giacché “il diritto di costituire una società in conformità della normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è *inerente* all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato” (corsivo aggiunto).⁴²⁴ La Corte ribadisce qui quanto già affermato nella sentenza *Segers* e cioè l'insufficienza della circostanza che la società svolga il complesso delle proprie attività unicamente nello Stato della sede secondaria a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo o fraudolento.⁴²⁵ Più in generale, i motivi soggettivi che spingono all'esercizio della libertà di stabilimento sono del tutto irrilevanti, una volta soddisfatte le condizioni per beneficiarne.

L'esame circa l'eventuale giustificazione della misura nazionale restrittiva della libertà di stabilimento delle società non ha esito positivo.⁴²⁶ Le autorità danesi ritengono il rifiuto di registrazione della succursale di *Centros* giustificato, oltre che dall'intento elusivo peraltro

⁴²⁴ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.to 27.

⁴²⁵ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.to 29.

⁴²⁶ La libertà di stabilimento non è illimitata ma conosce un'eccezione e alcune deroghe. L'eccezione è costituita dalla norma di cui all'art. 51, TFUE (già art. 46 CE e, in precedenza, art. 55 CEE), a norma del quale sono escluse dall'applicazione delle norme contenute nel capo dedicato alla libertà di stabilimento le attività che nello Stato membro interessato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. L'eccezione, espressione di un principio generale concernente anche altre libertà di circolazione, si spiega con il fatto che l'Unione europea incontra un limite all'esercizio delle proprie prerogative nell'obbligo di non ingerenza negli affari interni degli Stati membri circa l'organizzazione della pubblica amministrazione. Ciascuno Stato membro può riservare ai propri cittadini gli impieghi nella pubblica amministrazione che comportino l'esercizio di pubblici poteri. Ciò perché tali attività sono ritenute particolarmente sensibili per gli interessi generali del paese e richiedono al lavoratore la dimostrazione di obblighi di fedeltà verso lo Stato giustificabili soltanto in ragione del legame costituito dalla cittadinanza. Quanto alle deroghe si possono distinguere due categorie. La prima, di fonte normativa, trova espressa formulazione nella disposizione di cui all'art. 52, TFUE, (già art. 46 CE e art. 56 CEE) ed è applicabile a tutte le restrizioni indipendentemente dalla loro natura discriminatoria. La seconda si incentra sulla nozione, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, di “motivi imperativi di interesse generale” ed è applicabile alle sole misure indistintamente applicabili.

dichiarato dai fondatori della società, dall'esigenza di tutelare i creditori e i terzi dal rischio di bancarotta fraudolenta di società con capitale iniziale insufficiente. Escluso che tali ragioni possano rientrare nella disposizione di cui all'allora art. 56 CEE (poi divenuto art. 46 CE), attualmente art. 52, TFUE,⁴²⁷ e pur riconoscendo in astratto la meritevolezza dell'esigenza di tutela dei creditori come "motivo imperativo di interesse generale" atto a giustificare misure nazionali restrittive,⁴²⁸ la Corte applica, per la prima volta anche alla libertà di stabilimento, il test di proporzionalità, c.d. test Gebhard, già impiegato nell'ambito delle altre libertà di circolazione. E lo fa in modo molto rigoroso, escludendo l'idoneità della prassi danese a realizzare lo scopo previsto e la sua proporzionalità.⁴²⁹

⁴²⁷ L'art. 52, TFUE, (già art. 46 CE e art. 56 CEE) mantiene impregiudicate dalla disciplina sullo stabilimento (e dalle misure adottate in virtù della stessa) le disposizioni nazionali legislative, regolarmente e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri purché esse siano giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Si tratta di un elenco esaustivo e tassativo di motivi idonei a giustificare eventuali misure nazionali restrittive della libertà di stabilimento a carattere discriminatorio, da cui sono escluse considerazioni di ordine economico. In ogni caso, le misure giustificate da uno o più di questi motivi tassativi devono sempre essere proporzionate allo scopo perseguito. Ovviamente, trattandosi di deroghe ad una libertà fondamentale, esse debbono essere interpretate restrittivamente: sul punto v. *inter alia* sentenza della Corte del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, causa C-260/89, in *Raccolta*, p. I-2925 ss., p.to. 24. Difficilmente potranno venire in rilievo rispetto alle ipotesi di mobilità delle società nell'Unione europea ragioni di sanità pubblica e di pubblica sicurezza (per un'analisi approfondita di tali giustificazioni v. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU* cit., p. 480 ss.). Più probabile, seppure abbastanza rara, l'ipotesi che possa essere invocata rispetto a misure concernenti le società la giustificazione dell'ordine pubblico. Quest'ultimo viene in rilievo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. In quanto deroga ad una libertà fondamentale, esso deve essere inteso in senso restrittivo; a tal proposito sebbene gli Stati membri restino sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità, le esigenze dell'ordine pubblico la sua portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea: cfr. sentenza della Corte del 26 marzo 2009, *Commissione c. Italia*, causa C-326/07, in *Raccolta*, p. I-2291, p.to 70, sentenza della Corte del 22 dicembre 2008, *Commissione c. Austria*, causa C-161/07, in *Raccolta*, p. I-10671, p.ti 35-36, sentenza della Corte del 9 marzo 2000, *Commissione c. Belgio*, causa C-355/98, in *Raccolta*, p. I-1221, p.to 28, sentenza della Corte del 13 dicembre 2007, *Commissione c. Italia*, causa C-465/05, in *Raccolta*, p. I-11091, p.to 49, sentenza della Corte del 19 giugno 2008, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-319/06, in *Raccolta*, p. I-4323, p.to 50, sentenza della Corte del 29 ottobre 1998, *Commissione c. Spagna*, causa C-114/97, in *Raccolta*, p. I-6717, p.to 46.

⁴²⁸ Accanto alle deroghe espresse contenute nell'art. 52, TFUE, la giurisprudenza europea ha elaborato una seconda categoria di deroghe, i c.d. "motivi imperativi di interesse generale". L'espressione fu coniata dalla Corte di giustizia, nell'ambito della libera circolazione delle merci, in relazione alle misure indistintamente applicabili. Tra i motivi imperativi di interesse generale individuati dalla Corte di giustizia figurano non solo la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori, ma anche la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e degli *stakeholders* o, ancora, l'esigenza di garantire la certezza del diritto, la protezione dei diritti fondamentali, la coerenza dei sistemi fiscali nazionali e la loro efficacia o la lealtà dei rapporti commerciali. Non si tratta tuttavia di un elenco chiuso, ma di un catalogo che potrebbe arricchirsi di nuovi elementi valutati caso per caso dalla Corte di giustizia e dal quale sono escluse considerazioni di ordine economico. Per un'analisi dei principi accolti dalla Corte di giustizia quali possibili motivi imperativi di interesse pubblico idonei a giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento delle società con specifico riguardo allo stabilimento secondario v. per tutti V. EDWARDS, *Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 221 ss., spec. p. 252 ss.

⁴²⁹ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.ti 34-38. Quanto all'idoneità della misura nazionale rispetto allo scopo prefissato, la Corte sottolinea da un lato che se la società avesse svolto una qualche attività nel paese di costituzione la succursale sarebbe stata registrata, lasciando in quel caso i creditori pubblici in posizione comunque peggiore, e dall'altro che i creditori della *Centros* erano informati del fatto che essa fosse una società soggetta al diritto inglese, potendo peraltro fare affidamento anche su una

4.3.2. *L'analisi critica del portato della pronuncia della Corte.*

La sentenza *Centros* è considerata una *landmark decision*⁴³⁰ ed è al centro di un numero di commenti assai elevato, specialmente nella letteratura tedesca – ove è stata giudicata da alcuni come la condanna della *Sitztheorie* e da altri come ininfluenza sulla

normativa europea armonizzata. A ciò si aggiunga che è possibile adottare misure meno restrittive di quelle previste per tutelare i creditori. Il diniego di registrazione della succursale di una società validamente costituita in un altro Stato membro non può mai essere giustificato dalla lotta alle frodi che gli Stati possono legittimamente condurre (ma entro i limiti posti dal rispetto del diritto dell'Unione europea). In termini più generali, la libertà di stabilimento era inizialmente costruita sul principio del trattamento nazionale che, velocemente, mostrò i suoi limiti giacché ad esso sfuggivano quelle norme nazionali che, pur applicandosi indistintamente ai cittadini e agli stranieri, di fatto realizzavano una discriminazione a danno di questi ultimi. Solo all'inizio degli anni novanta del secolo scorso la Corte sposò la tesi avanzata dalla Commissione anni prima (cfr. sentenza della Corte del 12 febbraio 1987, *Commissione c. Belgio*, causa 221/85, in *Racc.*, p. 734, p.to 5), includendo tra le misure potenzialmente idonee a restringere la libertà di stabilimento anche quelle che, pur applicandosi senza discriminazioni in base alla cittadinanza, “potessero ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, compresi quelli dallo Stato membro che ha emanato il provvedimento stesso, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”. Tali misure, indistintamente applicabili, potevano salvarsi dal giudizio di incompatibilità solo qualora avessero perseguito uno scopo legittimo, compatibile con il trattato, e fossero state giustificate da “motivi imperiosi di interesse generale”: cfr. sentenza *Kraus* in nuce e più nitidamente sentenza *Gebhard*, la quale specificò le tre condizioni che una misura indistintamente applicabile deve soddisfare per superare il vaglio di compatibilità con la libertà di stabilimento, ovvero essere giustificata da motivi imperiosi di carattere generale, essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. In definitiva, la nozione di restrizione alla libertà di stabilimento risultante dalla giurisprudenza è molto ampia: costituisce infatti una restrizione alla libertà di stabilimento ogni misura nazionale, direttamente o indirettamente, discriminatoria, nonché ogni provvedimento nazionale che, anche se applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza, possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio da parte dei cittadini dell'Unione della libertà di stabilimento garantita dal Trattato: cfr. *inter alia* sentenza della Corte del 10 giugno 2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) e Principado de Asturias (C-571/07)*, cause riunite C-570/07 e 571/07, non ancora pubbl., p.to 53, sentenza della Corte del 28 febbraio 2008, *Deutsche Shell GmbH c. Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, causa C-293/06, in *Racc.*, p. I-1129, p.to 28, sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-299/02, in *Raccolta*, p. I-9761, p.to 15, sentenza *Gebhard* cit., p.to 37. Il divieto di cui all'art. 49, TFUE, copre anche le misure di esigua portata o d'importanza minore: in questo senso v. sentenza della Corte del 14 dicembre 2006, *Denkavit Internationaal BV e Denkavit France SARL c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, causa C-170/05, in *Racc.*, p. I-11949, p.to 50 e la giurisprudenza ivi citata; è escluso, tuttavia, che misure nazionali dagli effetti aleatori e indiretti sulla libertà di stabilimento possano essere considerate un ostacolo alla medesima: a tal proposito v. sentenza della Corte del 20 giugno 1996, *Semeraro*, Cause riunite C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94, in *Racc.*, p. I-2975, p.to 32. Per l'analisi del concetto di restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi attraverso la giurisprudenza della Corte v. G. MARENCO, *The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-law of the Court*, in *Yearbook of European Law*, 1991, p. 111 ss. Una nozione di restrizione così ampia si inserisce in una tendenza (attualmente in atto) alla convergenza delle libertà di circolazione, e loro progressivo avvicinamento dal punto di vista dell'approccio delle istituzioni giudicanti all'esame della compatibilità delle misure nazionali con le libertà di circolazione, specialmente in relazione alla nozione di “restrizione”: così v. M. POIARES MADURO, *Harmony and Dissonance in Free Movement*, in M. ANDENAS, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 41 ss., spec. pp. 60-61, P. OLIVER, W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *CMLR*, 2004, p. 407 ss., spec. 439 ss., e J. L. HANSEN, *Full Circle* cit., p. 204, ove si afferma che, a dispetto della permanente diversità dei diritti discendenti dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi, la nozione di “restrizione” accolta dalla Corte è identica. Sul punto v. inoltre A. TRYFONIDOU, *Further steps on the road to convergence among the market freedoms*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, p. 36 ss., H. D. JARASS, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, in M. ANDENAS, W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 141 ss.

⁴³⁰ Così v. E. WYMEERSCH, *Centros: A landmark decision in the European Company Law*, Working Paper 1999-15, Gent, 1999, S. FERRARIS, *op. cit.*, p. 727, C. HJI PANAYI, *Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 123 ss., spec. p. 151.

medesima –⁴³¹ e nella dottrina francese – ove il dibattito si è concentrato soprattutto sui limiti fissati dalla Corte all’eccezione dell’abuso nell’esercizio del diritto di stabilimento.⁴³² Essa ha riaperto e dato nuovo slancio alla *querelle* sulla compatibilità della teoria della sede reale con il diritto dell’Unione europea. E ciò anche se, a ben vedere, malgrado l’utilizzo (improprio) di termini propri del diritto internazionale privato, il caso *Centros* non coinvolgeva affatto norme di conflitto nazionali (che, peraltro, nel caso di specie non avrebbero creato alcun problema dal momento che entrambi gli ordinamenti coinvolti, quello inglese e quello danese, si ispirano al criterio dell’*incorporation*), né più in generale l’impatto della libertà di stabilimento sui sistemi di diritto internazionale privato in materia di società.⁴³³ Piuttosto, si trattava di un caso di restrizione alla libertà di stabilimento discendente da norme di carattere materiale.

L’importanza della sentenza *Centros* risiede principalmente nella delimitazione, operata dalla Corte di giustizia, dell’ampiezza della libertà di stabilimento delle società. A tal proposito si parla di una vera e propria “dottrina *Centros*”. A partire dalla pronuncia della Corte è possibile, infatti, enucleare alcuni principi che caratterizzano la libertà di stabilimento delle società, dandole consistenza. A tal proposito va anzitutto messa in evidenza l’affermazione da parte dei giudici di Lussemburgo di un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini dell’Unione a scegliere liberamente lo Stato membro in cui costituire una società al fine di creare succursali in un altro Stato membro tramite cui svolgere il complesso delle

⁴³¹ La tesi dell’ininfluenza della sentenza *Centros* rispetto alla compatibilità della *Sitztheorie* con l’ordinamento dell’Unione europea è sostenuta, tra gli altri, da W. EBKE, *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil de EuGH*, in *Juristenzeitung*, 1999, p. 656 ss., spec. p. 658, P. KINDLER, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?*, in *NJW*, 1999, p. 1993 ss., spec. p. 1997 e s., ove si afferma che la decisione non ha alcun significato per gli Stati membri che seguono la *Sitztheorie*. Per l’opposta convinzione della definitiva condanna della *Sitztheorie* ad opera della citata sentenza, opinione maggioritaria, v., tra gli altri, v. P. BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss., spec. p. 325 ss., E. M. KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 724 ss., spec. p. 737. Per ulteriori riferimenti circa il dibattito scatenato dalla sentenza *Centros* nella dottrina tedesca v. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 585 (spec. nota n. 48).

⁴³² Sul punto v. P. LAGARDE, *Note 2003* cit., p. 527.

⁴³³ Così W.-H. ROTH, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *ICLQ*, 2003, p. 177 ss., spec. p. 188 e M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 586, il quale esclude che la Corte abbia tenuto presente una prospettiva conflittuale, pur nell’imprecisione del linguaggio, M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *RDI*, 2000, p. 71 ss., spec. p. 76

attività economiche. Si tratta di un *diritto soggettivo* alla scelta della *lex societatis*.⁴³⁴ Al primo è strettamente intrecciato il secondo principio, ovvero la nozione di *abuso del diritto di stabilimento*. Secondo la Corte, l'assenza di attività nel paese di costituzione o l'assenza di altri collegamenti (a parte la scelta della *lex societatis*) con il territorio di detto Stato è elemento insufficiente a provare l'abuso del diritto di stabilimento ch , anzi, una simile circostanza   *inerente* all'esercizio della libert  garantita anche alle societ  dagli artt. 49 e 54, TFUE.⁴³⁵ Ci  non esclude, in linea di principio, la facolt  di ciascuno Stato membro di mettere in atto misure volte a reprimere l'utilizzo abusivo o fraudolento del proprio diritto da parte dei propri cittadini grazie alle possibilit  offerte loro dal diritto dell'Unione europea. Una simile concezione del diritto di stabilimento da un lato sancisce una vera e propria *libert  di incorporazione* e dall'altro d  avvio a una forma di *concorrenza tra ordinamenti nazionali* in materia di diritto societario.⁴³⁶

⁴³⁴ In questo senso v. M. V. BENEDETTELLI, *Libert  comunitarie* cit., p. 589, il quale, nel riconoscere la fondamentale importanza dell'affermazione della libert  degli imprenditori di scegliere la legislazione societaria nazionale, tra quelle degli Stati membri, che meglio si attaglia alle loro esigenze sottolinea il cambiamento di prospettiva nell'argomentazione della Corte, dai diritti di una societ  ai diritti dei suoi fondatori, rivelatore del vero *thema decidendum* (in termini simili si esprime anche l'Avvocato generale La Pergola: cfr. conclusioni *Centros*, p.to 16). Similmente v. anche A. PERRONE, *Dalla libert  di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292 ss., spec. pp. 1300-1301, e M. GNES, *La scelta del diritto. – Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, p. 208. A proposito del principio affermato dalla Corte si   persino parlato di una "right-to-choose-the-proper-law-of-corporation era": cos  v. W. F. EBKE, *Centros – Some Realities and Some Mysteries*, in *Am. J. Comp. L.*, 2002, p. 623 ss., spec. p. 658.

⁴³⁵ Sull'evoluzione del concetto di abuso con specifico riferimento alla libert  di stabilimento si veda V. EDWARDS, P. FARMER, *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards*, in A. ARNULL, P. ECKHOUT, T. TRIDIMAS, *Continuity and Change in the EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 205 ss., S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 292 ss.; pi  in generale si vedano anche S. VRELLIS, «Abus» et «fraude» dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communaut  européennes, in T. AZZI (sous la direction de), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 633 ss., K. ENGSIG SORENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *CMLR*, 2006, p. 443 ss., M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alle legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003. Il concetto di "abuso" deve essere tenuto distinto da quello di "fraude   la loi": sul punto v. in particolare E. PATAUT, *Libert  d'établissement et droit international priv  des sociétés: un pas de plus*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 491 ss., pp. 493-494, S. CAFARO, *op. cit.*, pp. 300-304.

⁴³⁶ L'alternativa tra armonizzazione e concorrenza come metodi di coordinamento tra ordinamenti nazionali si   ripresentata in tutti i settori del diritto comunitario anche se l'approccio prevalente sembra favorire la prima, talvolta nella versione dell'armonizzazione minima o addirittura negativa: sul punto si veda J.-S. BERG , *Le droit d'une «communaut  de lois»: le front européen*, in *Le droit international priv : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 113. Sull'opportunit  di mettere in concorrenza tra loro gli ordinamenti societari degli Stati membri v. altres , *inter alia*, R. M. BUXBAUM, *Is There a Place for a European Delaware in the Corporate Conflict of Laws*, in *RabelsZ*, 2010, p. 1 ss., L. ENRIQUES, M. GELTER, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, in *Tulane Law Review*, 2007, p. 577 ss., M. V. BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, p. 699 ss., M. MIOLA, *Lo statuto di Societ  europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003,

La c.d. “dottrina *Centros*” consiste, dunque, nell’affermazione dell’esistenza di una piena autonomia privata in materia di costituzione di società, sganciata da considerazioni relative alla localizzazione della sede effettiva e ai motivi soggettivi che fondano l’esercizio della libertà di circolazione. Per dirla con le parole dell’Avvocato generale “è l’opportunità di iniziativa economica ad essere tutelata, ed insieme con essa la *libertà negoziale* di giovare degli strumenti a tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri”; in quest’ottica la costituzione di una società in uno Stato membro motivata dal desiderio di giovare dei vantaggi offerti dal diritto di detto Stato è solo la conseguenza logica del diritto di stabilimento garantito dal Trattato. “In assenza di armonizzazione, insomma, è la concorrenza tra sistemi normativi («*competition among rules*») a dover avere libero gioco, anche in materia societaria”.⁴³⁷ In questo scenario risulta davvero difficile comprendere quale spazio rimanga, in concreto, all’abuso del diritto di stabilimento, al di là della petizione di principio rispetto alla libertà degli Stati membri di adottare misure antifrode, sempre nei limiti dell’osservanza del diritto dell’Unione europea.⁴³⁸ Nessuna indicazione o esempio viene dalla Corte di giustizia, né soccorrono a tal fine le Conclusioni dell’Avvocato generale.⁴³⁹ Le

p. 322, G. B. PORTALE, “Armonizzazione” e “concorrenza” tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corr. giur.*, 2003, p. 95, M. GNES, *op. cit.*, G. COLANGELO, *Überseering cit.*, M. SIEMS, *Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century*, in *Eur. Law Rev.*, 2002, p. 47 ss., S. DEAKIN, *Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law*, in D. C. ESTY, D. GERADIN (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford-New York, 2001, p. 190 ss., F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.le*, 2000, II, p. 553 ss., C.D. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 220 ss., N. REICH, *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law*, in *CMLR*, 1992, p. 861 ss. Sull’assenza di una vera concorrenza in Europa v. E. M. KIENINGER, *The Legal Framework of a Regulatory Competition based on Company Mobility: EU and US compared*, in *Germ. Law Rev.*, 2005, p. 740, in particolare pp. 769 e 770 e per un’interessante confronto Unione europea-Stati Uniti in tema di concorrenza tra ordinamenti IDEM, *The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: Eu and US Compared*, in *German Law Journal*, 2004, p. 741 ss. Di taglio più generale v. anche S. WOOLCOCK, *Competition Among Rules in the European Union*, in D. G. MAYES (ed.), *The evolution of the Single European Market*, Cheltenham, 1997, p. 66 ss. Per una differente lettura delle affermazioni della Corte di giustizia v. A. PERRONE, *op. cit.*, p. 1306, il quale legge la sentenza *Centros* come una sollecitazione da parte del giudice europeo ad “uscire dalle secche del processo di armonizzazione” piuttosto che come un’effettiva adesione al modello della competizione tra ordinamenti.

⁴³⁷ Cfr. conclusioni *Centros* cit., p.to 20, p. I-1479. Un’affermazione simile era già stata formulata nel caso *Segers* dall’Avvocato generale Darmon, il quale riteneva essere “nell’ordine logico che il cittadino di uno stato membro tragga vantaggio dall’elasticità del diritto britannico delle società e si avvalga di una ragione sociale anglosassone, a suo giudizio più attraente per la clientela”: cfr. conclusioni *Segers*, p.to 6.

⁴³⁸ Negativamente sull’assenza di *guidance* da parte della Corte di giustizia v. A. PERRONE, *op. cit.*, p. 1301, P. CABRAL, P. CUNHA, “*Presumed innocent*”: *companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, p. 157 ss., spec. p. 163. Nel senso della necessità di un’analisi caso per caso v. LOOIJESTIJN-CLEARIE, *Centros Ltd – A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?*, in *ICLQ*, 2000, p. 621 ss., spec. 642.

⁴³⁹ Secondo l’Avvocato generale “la frode alla legge può prospettarsi solo quando la norma elusa è inquivocabilmente applicabile alla situazione giuridica controversa”. Tuttavia, nell’ipotesi in cui la norma rispetto alla quale si sospetta la

maglie dello stabilimento sono poi ulteriormente allargate dalla necessità di applicare a qualsiasi misura nazionale restrittiva di siffatta libertà il c.d. *test Gebhard*, il test di proporzionalità già elaborato dalla giurisprudenza europea e applicato in relazione ad altre libertà di circolazione. Ribadisce la Corte che, secondo la propria giurisprudenza, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.⁴⁴⁰

La sentenza *Centros* amplia così il concetto di stabilimento ai fini dell'esercizio della libera circolazione dei servizi in due modi, da un lato estendendone la copertura a situazioni al limite con l'abuso, dall'altro limitando l'efficacia di eventuali giustificazioni di misure nazionali restrittive della stessa mediante un'applicazione rigorosa del test di proporzionalità.⁴⁴¹ L'ampiezza della portata della libertà di stabilimento come affermata dalla Corte ha fatto persino dubitare della qualificazione del caso *Centros* come stabilimento secondario.⁴⁴²

volontà elusiva sia una norma nazionale, si deve in prima battuta analizzare se tale regola, come applicata alla fattispecie, contrasti con il diritto dell'Unione europea, nel qual caso deve escludersene la rilevanza. La misura danese controversa contraddiceva il diritto dell'Unione perché concepita nella convinzione che lo svolgimento da parte di cittadini danesi di un'attività economica rivolta essenzialmente al mercato danese dovesse avvenire inevitabilmente attraverso lo stabilimento a titolo principale nel territorio nazionale. Una simile tesi però contrasta apertamente con il diritto europeo e non può mai impedire l'esercizio del diritto di stabilimento. Sul punto v. conclusioni *Centros* cit., p.to 20, p. I-1479.

⁴⁴⁰ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.to 34.

⁴⁴¹ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 591, il quale spiega il rigore della Corte nell'applicazione del test di proporzionalità alle misure danesi con la volontà di proteggere nella maggior misura possibile la "integrità" dello statuto sociale, quale definito dalla legge dello Stato membro di costituzione, delle società che si avvalgono delle libertà di circolazione. Rilevano la severità della Corte di giustizia nell'applicare il test di proporzionalità anche E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 609, e E. WYMEERSCH, *The Transfer* cit., p. 688.

⁴⁴² Di un errore di caratterizzazione parla M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 587 (e p. 588, ove l'A. sostiene che la Corte abbia riconosciuto alle società un diritto di stabilimento primario in uno Stato membro diverso da quello di costituzione). Nello stesso senso si esprimerà anche l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella successiva causa *Überseering*: cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 4 dicembre 2001, in *Racc.*, p. I-9922 ss., p.to 36, ove si afferma che la Corte di giustizia avrebbe peccato di eccessivo formalismo qualificando il caso *Centros* come stabilimento secondario giacché "affermare una libertà talmente ampia per creare succursali (che, francamente, hanno poco a che vedere con vere succursali, nel senso proprio del termine, dal momento che possono concentrare in esse la totalità delle attività sociali), permetterebbe di eludere la normativa in materia di trasferimento transfrontaliero della sede, formale o reale, di una società, che, in mancanza di armonizzazione, è di competenza degli Stati membri". *Contra*: W. F. EBKE, *Centros* cit., p. 628. Sul tema v. inoltre F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento* cit., p. 572, il quale sottolinea la serietà di un'eventuale obiezione basata sull'errore nella qualificazione della fattispecie e rileva l'accettazione, implicita, da parte della Corte di una nozione formale di "sede secondaria".

Una così ampia delimitazione della portata della libertà di stabilimento delle società costituisce l'ennesima conferma di un principio relativo ai presupposti della libertà di stabilimento. Il diritto di stabilimento sancito dagli artt. 49 e 54, TFUE, presuppone infatti il riconoscimento automatico da parte di ciascuno Stato membro della personalità giuridica delle società costituite conformemente al diritto di un altro Stato membro.⁴⁴³ Si tratta essenzialmente di una decisione relativa al diritto dell'Unione europea, ai presupposti e all'ampiezza di un diritto sancito dal Trattato e compreso tra le libertà fondamentali di circolazione. Quanto al profilo internazionalprivatistico, giova ricordare che la Corte non muove da una prospettiva conflittuale e quindi non si pronuncia affatto sulla compatibilità delle teorie conflittuali degli Stati membri (malgrado il linguaggio impreciso). L'atteggiamento dei giudici di Lussemburgo sembra anzi ribadire, come farà espressamente nella sentenza *Cartesio* del 2008, la neutralità del diritto internazionale privato rispetto al diritto dell'Unione europea).⁴⁴⁴ Ciò non esclude tuttavia che si possano fare delle riflessioni sulla conciliabilità di una libertà di circolazione così ampia con i risultati prodotti dall'applicazione delle norme di conflitto nazionali. Segnatamente, appare difficile sostenere la compatibilità con detta libertà, come interpretata dalla Corte di giustizia, di una delle conseguenze tipiche dell'applicazione della dottrina della sede reale, ovvero la possibilità di rifiutare il riconoscimento di una società validamente costituitasi secondo il diritto di un altro Stato membro qualora essa non abbia nello Stato di destinazione la propria sede reale. In un simile rapporto, peraltro, occorre sempre ricordare che una norma nazionale, di qualsiasi natura essa sia, deve sempre rispettare il diritto dell'Unione europea e, in caso di conflitto, con questi è sempre costretta a cedere ad esso in virtù del principio di supremazia. In effetti, la giurisprudenza *Centros* induce a dubitare della compatibilità della teoria della sede reale, *rectius* delle conseguenze della sua applicazione, con la libertà garantita dal diritto

⁴⁴³ Sul punto v. F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento* cit., p. 571, secondo il quale dalla sentenza *Centros* deriva in capo a ciascuno Stato membro un generale obbligo di riconoscere le società fondate in un altro Stato membro.

⁴⁴⁴ Così T. BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarque sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2003, p. 373 ss., spec. p. 387, il quale ritiene certa l'indifferenza del diritto dell'Unione europea ai criteri di collegamento previsti dalle norme di conflitto nazionali.

dell'Unione europea alle società.⁴⁴⁵

In merito al rapporto con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, l'assenza di ogni citazione del caso *Daily Mail* ha dato adito ad alcune riflessioni sul rapporto tra le due decisioni. Qualcuno ha sottolineato l'apparente contrasto tra le sentenze *Daily Mail* e *Centros*. Si ritiene, tuttavia, che sia da scartare l'interpretazione secondo cui *Centros* rappresenta il superamento del precedente in materia, come dimostra il fatto che la Corte, richiesta di pronunciarsi esplicitamente sulla validità della stessa nel caso *Cartesio*, non l'abbia espressamente scartata nemmeno nel 2008, a quasi dieci anni di distanza da *Centros*.⁴⁴⁶ Il *leit motiv* di tutta la giurisprudenza europea in materia di stabilimento delle società sembra essere proprio lo sforzo della Corte di differenziare le fattispecie concrete sottoposte alla sua attenzione in modo da rispondere ai quesiti di causa senza apertamente contraddire i propri precedenti. Da questo punto di vista dunque l'omissione è pienamente giustificata.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ In questo senso v. *inter alia* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE*, in *Revista de derecho mercantil*, 1999, p. 645 ss., spec. p. 671, M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento* cit., p. 82, il quale parla di "implicita sconfessione" della teoria della sede reale; C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. C. Erhvervs – Og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internationalprivatistico della sede effettiva*, in *Il diritto fallim. e delle socc. comm.li*, 2001, p. 827 ss., spec. p. 834, la quale ritiene che la Corte abbia riconosciuto, seppure indirettamente, l'incompatibilità della teoria della sede reale con la piena osservanza della libertà di stabilimento; E. WYMEERSCH, *Centros cit.*, p. 13, par. 16, il quale, pur ribadendo che la sentenza *Centros* riguarda solamente il diritto di stabilimento, afferma che "indirectly, the Treaty rules lead to give more weight to the incorporation doctrine, as this will enable a larger freedom of movement to companies formed whether under one or under the other system"; A. PERRONE, *op. cit.*, p. 1298, A. ROUSSOS, *Realising the Free Movement of Companies*, in *EBLR*, 2001, p. 7 ss., spec. p. 14, M. LAUTERFELD, "Centros" and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the "Real Seat" Approach toward Pseudo-foreign Companies in German International Company and Insolvency Law, in *EBLR*, 2001, p. 79 ss., spec. p. 80. Più cautamente v. J. L. HANSEN, *A New Look at Centros – from a Danish Point of View*, in *EBLR*, 2002, p. 85 ss., spec. p. 95, il quale sottolinea come la prevalenza della *incorporation theory* non sia assoluta, ma lasci spazio all'applicazione delle disposizioni imperative del diritto nazionale a tutela di interessi pubblici particolarmente significativi. *Contra* T. BALLARINO, *Les règles* cit., p. 386, il quale ritiene ben consolidato il fatto che sia impossibile ricavare dal Tratto di Roma un "tipo ideale" di norma di conflitto relativo allo statuto personale delle società e sottolinea come la dottrina del *siège réel* non sia da considerarsi contraria alle disposizioni del suddetto trattato, a dispetto del fatto che la teoria dell'*incorporation* sembri adattarsi meglio; A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, *Centros cit.*, p. 641, ove l'A. afferma che "It is unlikely that the judgment in *Centros* will have any implications for compatibility of the *siège réel* theory with Articles 43 and 48 of the Treaty".

⁴⁴⁶ Nel senso della sopravvivenza della giurisprudenza *Daily Mail v. C. HJI PANAYI, Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 123 ss., spec. p. 152, M. GESTRI, *op. cit.*, p. 87, F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento* cit., p. 573.

⁴⁴⁷ Sul punto v. F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento* cit., pp. 567-568, il quale ritiene assolutamente legittima dal punto di vista formale l'omissione di ogni riferimento alla giurisprudenza *Daily Mail* per due motivi, e cioè il fatto che la citata sentenza riguardava un'ipotesi di stabilimento primario e che la restrizione era imposta dallo Stato di origine della società, circostanze opposte a quelle del caso *Centros* riguardante un caso di stabilimento secondario e di ostacolo imposto dallo Stato di destinazione.

4.3.3. *I riflessi immediati della sentenza Centros nelle decisioni di alcuni giudici nazionali.*

Al di là dell'eventuale inizio di una effettiva concorrenza tra ordinamenti societari scatenata dalla dottrina *Centros*, i cui risultati si possono apprezzare solo nel medio-lungo periodo, vanno invece registrati effetti più immediati della sentenza della Corte di giustizia, soprattutto in alcuni ordinamenti tradizionalmente ancorati alla teoria della sede reale. Talvolta, il clamore creatosi intorno a tale decisione non è rimasto confinato al mero dibattito dottrinale, ma si è riversato anche su alcuna giurisprudenza.⁴⁴⁸ Sul piano giurisprudenziale, la prima reazione di una corte suprema è venuta dal massimo organo giurisdizionale austriaco, l'*Oberster Gerichtshof*. La Corte suprema austriaca, nel decidere due fattispecie concrete del tutto simili al caso deciso dalla Corte di giustizia, ha ritenuto contrario al diritto dell'Unione europea il diritto internazionale privato austriaco nella misura in cui esso impiegava la sede reale quale criterio di collegamento, statuendo che, alla luce della giurisprudenza *Centros* appunto, la personalità giuridica di una società validamente costituita ed esistente secondo il diritto di uno Stato membro deve essere determinata sulla base della legge dello Stato di costituzione, sempre che essa abbia la sede legale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale nel territorio di uno Stato membro. L'*Oberster Gerichtshof* ha bandito la possibilità di applicare la *Sitztheorie* alle società validamente formate secondo il diritto di uno Stato membro, sebbene abbia limitato tale conclusione al contesto dello stabilimento di una succursale in Austria.⁴⁴⁹ La Corte suprema austriaca è stata, tuttavia, assai criticata per non aver effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e aver così sprecato un'utile occasione di avere dai giudici di Lussemburgo una pronuncia riguardante direttamente una

⁴⁴⁸ Si registra anche un caso di intervento normativo direttamente conseguente alla giurisprudenza *Centros*. Si tratta delle modifiche effettuate dal legislatore danese sul proprio sistema fiscale. Queste ultime, lungi dal costituire l'adeguamento di quell'ordinamento giuridico alla pronuncia della Corte di giustizia, presentano piuttosto un tentativo di reintrodurre gli obblighi prescritti dalle norme giudicate incompatibili dai giudici di Lussemburgo in altra forma (attraverso il cambiamento di alcune disposizioni fiscali si è di fatto reintrodotta l'obbligo del capitale minimo bocciato dalla Corte di giustizia). Sul punto v. E. WERLAUFF, *The Main Seat Criterion in a New Disguise – An acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion?*, in *EBLR*, 2001, p. 2 ss., spec. p. 3 ss.

⁴⁴⁹ ÖstOGH, Beschlüssen vom 15/7/1999, Az. 6 Ob 123/99b e Az. 6 Ob 1124/99z, in *NZG*, 2000, p. 36 ss. e in *EuZW*, 2000, p. 156 ss. (la prima delle due decisioni citate è pubblicata anche in *Juristenzeitung*, 2000, p. 199 ss.). La norma di conflitto austriaca sotto esame è costituita dal §10, *Gesetz über das internationale Privatrecht* (IPRG). L'*Oberster Gerichtshof* sembra, tuttavia, fondarsi su di un'errata comprensione della sentenza *Centros*, in particolare con riguardo al fatto che la Danimarca adotti la dottrina della sede reale: sulla questione v. F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento cit.*, p. 569 e W. F. EBKE, *Centros cit.*, p. 657.

norma di conflitto nazionale in materia di società.⁴⁵⁰

Significative sono poi alcune decisioni di giudici di merito tedeschi che hanno al contrario continuato a fare applicazione della *Sitztheorie* ad esempio per determinare la legge applicabile ad una società destinata ad essere costituita secondo il diritto spagnolo ma non ancora tale, con la conseguenza dell'applicazione della legge tedesca in quanto legge dello Stato della sede reale della società, oppure per accertare la capacità processuale (attiva) in Germania di una società avente sede legale in Irlanda, poi negatale in mancanza di prova dell'effettivo esercizio di attività in detto paese (fattispecie questa molto simile al caso *Überseering* di lì a poco sottoposto alla Corte di giustizia). Non manca un esempio di disapplicazione dell'incriminata *Sitztheorie* a favore della *incorporation doctrine* giustificata tuttavia solo dalle peculiari circostanze del caso, ossia l'assenza di una qualsiasi sede reale della società coinvolta nel procedimento.⁴⁵¹

4.4. La *Sitztheorie* alla prova del diritto di stabilimento.

4.4.1. Il ragionamento della Corte di giustizia.

La prima decisione della Corte di giustizia concernente lo stabilimento primario è quella resa nel 2002 nell'ambito del caso *Überseering*.⁴⁵² La *Überseering BV* è una società a responsabilità limitata, costituita secondo il diritto olandese e iscritta presso il registro delle imprese di Amsterdam. Essa possiede un terreno a Düsseldorf su cui insistono una costruzione adibita a parcheggio e un motel. Nel 1992 la *Überseering* affidava ad una società tedesca con sede in Germania, la *Nordic Costruction Baumanagement GmbH* (d'ora in avanti *NCC*), i lavori di ristrutturazione di tali immobili. Rilevando dei vizi di esecuzione dei lavori,

⁴⁵⁰ Sul punto v. W. F. EBKE, *Centros cit.*, p. 656 e s. e la dottrina ivi citata.

⁴⁵¹ LG München I, in *RIW*, 2000, p. 61 ss., LG Potsdam, in *RIW*, 2000, p. 145 ss. (confermato da OLG Brandenburg, in *RIW*, 2000, p. 798 ss.), OLG Frankfurt am Main, in *RIW*, 1999, p. 783 ss. Per maggiori dettagli su tali decisioni v. W. F. EBKE, *Centros cit.*, p. 650 ss.

⁴⁵² Sentenza della Corte del 5 novembre 2005, *Überseering BV c. Nordic Costruction Company Baumanagement GmbH* (*NCC*), causa C-208/00, in *Racc.*, p. 9919 ss.

essa chiedeva invano alla NCC di ripararli. Nel frattempo, due privati, cittadini tedeschi, acquistavano la totalità delle quote della *Überseering* e da quel momento la società aveva la propria sede amministrativa a Düsseldorf. Nel 1996 la *Überseering* conveniva in giudizio di fronte al giudice tedesco la NCC, chiedendo il pagamento di una somma per la riparazione dei vizi e i relativi danni. L'azione veniva dichiarata irricevibile, in primo e in secondo grado, in ragione della mancanza di ogni capacità giuridica, e dunque anche processuale, in capo alla società olandese in quanto tale. Secondo il diritto tedesco, tale capacità doveva infatti essere valutata alla luce della legge dello Stato in cui la società aveva la sede effettiva, ovvero la legge tedesca; la *Überseering* tuttavia non soddisfaceva i requisiti costitutivi previsti dal diritto tedesco e dunque risultava in base allo stesso priva di ogni capacità.⁴⁵³

I giudici di Lussemburgo si trovano a dover valutare, su rinvio del *BGH* tedesco, la compatibilità con le norme del trattato sulla libertà di stabilimento di una normativa nazionale come quella tedesca, la quale nega ad una società, validamente costituita in uno Stato membro e considerata dal diritto di un altro Stato membro, la Germania, come se avesse trasferito la sede effettiva in detto paese, la capacità di stare in giudizio dinanzi ai giudici di detto Stato per far valere i propri diritti.⁴⁵⁴

Il ragionamento della Corte si articola in tre passaggi. Il primo attiene alla verifica dell'applicabilità della libertà di stabilimento al caso sottoposto, il secondo riguarda l'esistenza di una restrizione a tale libertà e il terzo concerne la sussistenza di un'eventuale giustificazione alla misura nazionale restrittiva.

⁴⁵³ La *Zivilprozessordnung* (codice di procedura civile) tedesca prevede che il ricorso di una parte che non possiede la capacità processuale debba essere dichiarato improcedibile. Ai sensi del suo § 50 ha la capacità processuale chi, ivi comprese le società, ha la capacità giuridica che, secondo costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* va valutata in base al diritto del luogo in cui la società ha la sede effettiva. Ciò valeva anche per le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro, allorché la loro sede effettiva fosse trasferita in Germania. Valutando la capacità giuridica della *Überseering* in base al diritto tedesco, legge del luogo della sede amministrativa in virtù del trasferimento della totalità delle quote, essa non poteva considerarsi titolare di diritti e obblighi, poiché figura societaria sconosciuta allo stesso, a meno di ricostituirsi in Germania nel rispetto dei requisiti costitutivi ivi prescritti.

⁴⁵⁴ La sentenza della Corte di giustizia riporta brevemente il parere del *BGH* sul più opportuno sistema di conflitto da adottare in materia di società. Il *Bundesgerichtshof* esclude l'applicabilità di sistemi di conflitto misti per via dell'incertezza giuridica che genererebbero; rifiuta il criterio di collegamento rappresentato dal luogo di costituzione perché avvantaggerebbe i fondatori della società i quali, contemporaneamente al suddetto luogo, potrebbero scegliere l'ordinamento giuridico loro più congeniale. A parere del *Bundesgerichtshof* l'elemento di collegamento più opportuno rimane quello costituito dal luogo della sede effettiva, che consentirebbe di evitare l'elusione, mediante la costituzione di società all'estero, delle disposizioni del diritto delle società dello Stato in cui si trova la sede effettiva intese a tutelare taluni interessi fondamentali: cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 13-16.

Quanto al primo aspetto, il diritto sancito dagli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54 TFUE) comprende anche l'ipotesi di una società, validamente costituita in uno Stato membro ove ha la sede sociale, che in forza del diritto di un altro Stato membro è considerata come se avesse ivi trasferito la sua sede effettiva in seguito alla cessione di tutte le sue quote sociali a cittadini di tale Stato.⁴⁵⁵ Ciò equivale ad ammettere che il trasferimento della sede (per lo meno quella effettiva) delle società costituite in uno Stato membro rientra nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento, contrariamente a quanto affermato dalla Corte nella precedente sentenza *Daily Mail*.⁴⁵⁶

Per affermare la invocabilità della libertà di stabilimento da parte della *Überseering* al fine di opporsi al rifiuto tedesco di riconoscerla come persona giuridica dotata di capacità processuale, i giudici di Lussemburgo debbono escludere la rilevanza di tre argomentazioni a sostegno dell'opposta tesi.⁴⁵⁷ Anzitutto, l'argomento ricavato dall'art. 293 CE (già art. 220 CEE), viene accantonato sottolineando che tale disposizione, lungi dal costituire una riserva di competenza legislativa nelle mani degli Stati membri, ha l'unica funzione di facilitare l'esercizio della libertà di stabilimento e non certo di subordinarla ad un'eventuale disciplina convenzionale del reciproco riconoscimento delle società "europee" (ovvero quelle che rispettano i requisiti di cui all'art. 54, par. 1, TFUE, già art. 48, par. 1, CE).⁴⁵⁸ Sul fondamento di tale osservazione i giudici europei prendono posizione circa la questione del rapporto tra riconoscimento e diritto di stabilimento: il riconoscimento delle società (validamente costituite in uno Stato membro) da parte dello Stato membro in cui esse intendono stabilirsi è *presupposto necessario* per l'esercizio della libertà di stabilimento.⁴⁵⁹ Proprio in quest'affermazione sono state lette le premesse alla limitazione di sistemi di conflitto

⁴⁵⁵ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.to. 52.

⁴⁵⁶ Di questo parere W.-H. ROTH, *From Centros to Überseering* cit., pp. 205-206.

⁴⁵⁷ Per una maggiore analisi delle argomentazioni a sostegno della tesi della compatibilità della *Sitztheorie* con la libertà di stabilimento v. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia "Überseering" y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro*, in *Revista de derecho mercantil*, 2003, p. 663 ss., spec. p. 668 ss.

⁴⁵⁸ La Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) e il governo tedesco sostenevano che la presenza dell'art. 293 CE (già art. 220, CEE) si basasse sul fatto che la personalità giuridica di una società costituita in uno Stato membro non si conservava automaticamente in caso di trasferimento della sede in un altro Stato membro e dimostrasse che tale questione non era risolta direttamente dalle disposizioni del trattato: cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 24-28.

⁴⁵⁹ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.to. 59. Per una riflessione circa l'effetto di tale affermazione sul valore di eventuali iniziative convenzionali fondate sull'art. 293 CE (già art. 220, CEE) v. M. MENJUCQ, *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt Centros*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n. 12, 30 mars 2003, p. 520 ss., spec. p. 522.

poggianti sul criterio della sede effettiva.⁴⁶⁰

In secondo luogo, viene respinta anche la tesi fondata sulla sentenza *Daily Mail*,⁴⁶¹ inapplicabile al caso di specie in quanto relativa a diversi presupposti di fatto. Quel caso concerneva infatti i rapporti tra una società e lo Stato membro di costituzione, libero di determinare la possibilità e le modalità per una società costituita secondo il proprio diritto di trasferire la sede in un altro Stato membro senza perdere la sua personalità giuridica; non riguardava tuttavia la diversa ipotesi del rifiuto da parte dello Stato membro di stabilimento della capacità giuridica e processuale di una società validamente costituita in un altro Stato membro ma con sede effettiva nel proprio territorio.⁴⁶²

Infine, da scartare è anche la rilevanza del riferimento all'ulteriore requisito del legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro richiesto dal "Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di circolazione del 1961", requisito che si applica soltanto alle società che abbiano nell'Unione la sola sede sociale, situazione diversa da quella in causa.⁴⁶³

Stabilita l'applicabilità degli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) al caso della *Überseering*, l'affermazione del carattere restrittivo della normativa tedesca deriva da una interpretazione letterale degli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE). La *Überseering*, società regolarmente costituita nei Paesi Bassi e avente la sede sociale all'interno del territorio dell'Unione, segnatamente nel medesimo paese di costituzione, deriva per ciò stesso dalle norme del trattato il diritto di stabilirsi in Germania come società di diritto olandese, senza

⁴⁶⁰ Così M. MENJUCQ, *Liberté d'établissement* cit., p. 521.

⁴⁶¹ La NCC e i governi tedesco, italiano e spagnolo, intervenuti nel procedimento, ritenevano di trovare nella sentenza *Daily Mail* una conferma all'esclusione della fattispecie all'esame dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Sul fondamento dell'affermazione, fatta dalla Corte di giustizia in *Daily Mail*, secondo cui non può evincersi dalle disposizioni del trattato l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in un altro Stato membro pur conservando la qualità di società rette dal diritto dello Stato di costituzione, essi ricavano che ugualmente la questione della sopravvivenza della società nello Stato membro ospitante in forza del diritto applicabile in base alle norme di conflitto di quest'ultimo fosse esclusa dall'ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Inoltre, i criteri destinati a dimostrare l'identità di una società non sono coperti dagli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) e non possono essere impiegati per armonizzare i criteri di collegamento la cui determinazione spetta agli Stati membri. Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 29-31.

⁴⁶² Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 62 e 71-72. Diverso è l'argomento impiegato dall'Avvocato generale per escludere la rilevanza della sentenza *Daily Mail* nel caso *Überseering*. Egli fa leva infatti sul riferimento contenuto nella prima sentenza "allo stato attuale del diritto comunitario" per sottolineare come l'evoluzione subita dal contesto giuridico in cui era stata resa la sentenza *Daily Mail* grazie alla giurisprudenza *Centros* impedisca di tenere valide quelle conclusioni. Sul punto cfr. conclusioni *Überseering* cit., p.to 27 ss.

⁴⁶³ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 74-75.

che la cessione della totalità delle quote a cittadini tedeschi le abbia fatto perdere la personalità giuridica di cui gode nell'ordinamento di costituzione.⁴⁶⁴ Afferma la Corte che “la sua esistenza stessa è *consustanziale* alla sua qualità di società di diritto dei Paesi Bassi in quanto [...] una società esiste solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento”. Da ciò discende che “il requisito della ricostituzione in Germania equivale pertanto alla negazione stessa della libertà di stabilimento”.⁴⁶⁵

Affinché una misura nazionale restrittiva possa considerarsi giustificata essa non deve avere carattere discriminatorio e deve essere adeguata e proporzionata agli obiettivi per cui è predisposta. Pur riconoscendo la meritevolezza, in astratto, quali motivi imperativi di interesse generale di obiettivi quali la salvaguardia della certezza del diritto, la tutela dei creditori, l'esigenza di evitare distorsioni della concorrenza, così come la tutela dei lavoratori e di interessi fiscali, la Corte nega in modo molto sbrigativo che le misure nazionali concretamente impiegate possano considerarsi adeguate a servire tali scopi e proporzionate agli stessi, giacché essa equivalgono alla negazione stessa della libertà di stabilimento riconosciuta alle società dal Trattato.⁴⁶⁶

4.4.2. *I rapporti con la giurisprudenza precedente e le conseguenze della sentenza Überseering sul diritto internazionale privato degli Stati membri.*

L'enfasi sul caso *Überseering* risiede, come precisa l'Avvocato generale, nel fatto che essa costituisce il primo banco di prova del “dopo *Centros*”.⁴⁶⁷ Sembra opportuno in questa

⁴⁶⁴ Per alcune osservazioni circa la circostanza che la società olandese *Überseering BV* non aveva alcuna intenzione di trasferire la propria sede reale v. S. RAMMELOO, *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastrich Journal*, 2003, p. 169 ss., spec. p. 186 ss.

⁴⁶⁵ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.to 81. A proposito del diniego di legittimazione processuale l'Avvocato generale si esprime in maniera molto decisa, parlando di “ostacolo considerevole”, di “un vero e proprio spoglio del capitale giuridico di una società” e, infine, di “grave restrizione di un diritto fondamentale”: v. conclusioni *Überseering* cit., p.ti 56-57 e 61. Va rilevata, peraltro, una certa discordanza tra le conclusioni dell'Avvocato generale e quelle della Corte nella misura in cui il primo per contestare la negazione di capacità giuridica effettuata dal giudice tedesco ai danni della *Überseering* si pone talvolta sul terreno della libertà di stabilimento, talvolta su quello dei diritti umani: per tale osservazione e alcune riflessioni circa le conseguenze rispetto alle società costituite in paesi terzi v. P. LAGARDE, *Note 2003* cit., p. 535.

⁴⁶⁶ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.ti 92-93.

⁴⁶⁷ Cfr. conclusioni *Überseering* cit., p.to 1.

sede chiarire due aspetti particolari della decisione in esame e cioè da un lato il suo rapporto con la giurisprudenza precedente in materia di libertà di stabilimento delle società, segnatamente con la pronuncia resa nel caso *Daily Mail*, dall'altro le conseguenze che da detta pronuncia discendono in punto di norme di conflitto nazionali concernenti le società.

Quanto al primo dei due profili, che il caso si situi nella stessa linea della precedente decisione è evidente e ribadito da tutta la dottrina.⁴⁶⁸ L'assenza nella sentenza *Centros* di qualsiasi richiamo alla giurisprudenza *Daily Mail* aveva dato adito a notevoli discussioni circa il rapporto tra le due decisioni. Nel caso in esame la Corte dà invece conto del precedente *Daily Mail* menzionato dal governo tedesco a conferma della tesi della compatibilità della normativa tedesca e, in particolare, della teoria della sede reale e delle sue implicazioni con il dettato degli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE). Non sono quindi mancate le riflessioni sul rapporto tra *Daily Mail* e *Überseering*.

A dispetto delle osservazioni della Corte di giustizia sul precedente, la sentenza *Überseering* non contiene affermazioni espresse circa la validità delle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia molti anni prima. In ogni caso, pare difficile poter ricavare indicazioni sicure nel senso di un superamento della decisione del caso *Daily Mail* o in senso contrario. È vero che la Corte dedica molta attenzione alla sentenza *Daily Mail*, sforzandosi di sottolinearne le differenze nelle fattispecie oggetto di controversia, sì da poterne affermare l'inapplicabilità alla situazione rilevante nel caso *Überseering*. È altrettanto vero però che a ciò è costretta dalle osservazioni presentate dalle parti e dalla (probabile) volontà di mantenersi neutrale. Peraltro, per risolvere il caso di specie alla Corte sarebbe stato sufficiente distinguere le fattispecie all'esame nei due casi, senza addentrarsi in scomode affermazioni di principio circa la validità o il superamento della precedente pronuncia. In proposito, sembra dunque consigliabile mantenere un atteggiamento cauto.⁴⁶⁹

In merito al secondo aspetto cui si è fatto cenno, se è vero che il *decisum* era probabilmente prevedibile in relazione alla drasticità dell'atteggiamento dell'ordinamento

⁴⁶⁸ Così P. LAGARDE, *Note* 2003 cit., pp. 526-527, G. COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 307 ss., spec. p. 312.

⁴⁶⁹ Così P. DYRBERG, *Full free movement of companies in the European Community at last?*, in *Eur. Law Rev.*, 2003, p. 528 ss., spec. p. 536.

tedesco nei confronti di una società validamente costituita in un altro Stato membro,⁴⁷⁰ assai discusse sono state però le conseguenze da esso derivanti in materia di diritto internazionale privato degli Stati membri.

Le interpretazioni della decisione sono state varie, sebbene per lo più sulla medesima lunghezza d'onda. V'è stato chi ha letto nella sentenza *Überseering* la condanna definitiva della *Sitztheorie*⁴⁷¹ e chi invece si è attestato su posizioni più attenuate, pur riconoscendo il notevole ridimensionamento operato (indirettamente) dalla Corte nei confronti del criterio della sede reale e degli effetti discendenti dalla sua applicazione.⁴⁷²

La peculiarità del caso *Überseering* discende dal fatto che, oltre ad essere il primo relativo allo stabilimento primario, è anche il primo (nella serie di decisioni riguardanti la libertà di stabilimento delle società) a prendere in considerazione direttamente il diritto internazionale privato di uno Stato membro – i casi precedenti riguardavano invece ostacoli derivanti alla libertà di stabilimento delle società da disposizioni nazionali di carattere materiale –, seppure si debba riconoscere che anche in questo caso la Corte non giudica direttamente la bontà del criterio di collegamento, ma valuta piuttosto gli effetti derivanti dalla sua applicazione.

È interessante notare che il giudice *a quo* aveva formulato anche un secondo quesito pregiudiziale nel quale egli chiedeva se la libertà di stabilimento imponesse di valutare la capacità giuridica e processuale di una società alla luce della legge dello Stato di costituzione. Tale questione, di portata più ampia per il suo carattere astratto, avrebbe potuto costringere la Corte a optare per uno dei criteri di connessione alternativamente indicati dall'art. 48 CE (attuale art. 54, TFUE).⁴⁷³ Come suggerisce l'Avvocato generale nelle sue Conclusioni il

⁴⁷⁰ Così G. COLANGELO, *Überseering cit.*, p. 312, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia "Überseering" cit.*, p. 678, F. WOOLDRIDGE, *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *EBLR*, 2003, p. 227 ss., spec. p. 233.

⁴⁷¹ In tal senso v. M. MENJUCQ, *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt Centros*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n. 12, 20 mars 2003, p. 520 ss., spec. pp. 523-524, ove l'A. riconosce che la Corte di giustizia non ritiene la teoria della sede reale di per sé contraria al diritto dell'Unione europea, pur se ne giudica negativamente alcuni effetti, ma afferma poi che l'esercizio della libertà di stabilimento postula l'adozione della teoria dell'incorporazione.

⁴⁷² Così v. *inter alia* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia "Überseering" cit.*, pp. 678 e 681, P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, p. 529, il quale si pronuncia per una condanna parziale, W.-H. ROTH, *From Centros to Überseering cit.*, p. 207.

⁴⁷³ Si noti che rimane sempre un po' di confusione tra gli elementi di connessione al territorio dell'Unione indicati dall'art. 54, par. 1, TFUE (già art. 48, par.1, CE) ai fini del godimento della libertà di stabilimento e i veri e propri criteri di collegamento internazionalprivatistici. Ciò non sembra inficiare il ragionamento in questa sede giacché una presa di

giudice europeo decide in merito alla giustificazione, all'adeguatezza nonché alla proporzionalità della sanzione prevista dal diritto tedesco (il disconoscimento di ogni capacità giuridica della società), ma è per esso indifferente quale sia il percorso che, in applicazione delle norme di conflitto tedesche, il giudice nazionale ha seguito per valutare la fondatezza di tale sanzione.⁴⁷⁴ Saggiamente la Corte non si avventura sul terreno scivoloso del secondo quesito e di fatto non vi risponde, salvo ripetere quanto già detto ribadendo l'obbligo per lo Stato membro di stabilimento di rispettare la capacità giuridica e, quindi, quella processuale che una società costituita possiede in forza del diritto dello Stato membro di costituzione.⁴⁷⁵

Nonostante l'atteggiamento della Corte di grande cautela e neutralità rispetto all'uno e all'altro criterio di collegamento internazionalprivatistico può servire allo scopo, si ritiene che la sentenza *Überseering* sortisca comunque qualche effetto sui sistemi internazionalprivatistici nazionali. Ciò che pare dai più condiviso è che la *Sitztheorie* esce fortemente limitata, *rectius* gli effetti della sua applicazione lo sono,⁴⁷⁶ dalla giurisprudenza europea. Infatti, sebbene la Corte non sembri considerare di per sé incompatibile con la libertà di stabilimento la teoria della sede reale, essa è decisa nell'affermare l'incompatibilità con la suddetta libertà della sanzione della negazione di ogni capacità giuridica. La sentenza *Überseering* conferma le supposizioni fatte sulla base della *Centros* che pure non riguardava norme di diritto internazionale privato.⁴⁷⁷ Pare condivisibile l'opinione di chi valuta la sentenza *Überseering* come una condanna parziale della *théorie du siège réel* nella misura in cui essa ostacoli il riconoscimento da parte dello Stato di stabilimento di una società che gode della personalità giudica nello Stato di costituzione e, dunque, ostacoli l'esercizio da parte di tale società del suo diritto di stabilimento.⁴⁷⁸

posizione della Corte di giustizia in materia di diritto internazionale privato delle società avrebbe probabilmente avuto dei riflessi, seppure indiretti, anche sull'equivalenza dei fattori elencati dalla citata norma del trattato.

⁴⁷⁴ Sul punto v. conclusioni *Überseering* cit., p.ti 63 ss., spec. p.ti 63-64 e 69.

⁴⁷⁵ Cfr. sentenza *Überseering* cit., p.to 95. Sulla seconda questione pregiudiziale v. le interessanti osservazioni di F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia "Überseering" cit.*, p. 676 ss., e anche F. WOOLDRIDGE, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁷⁶ Così P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, p. 531. Del medesimo parere è l'Avvocato generale della causa *Inspire Art*: cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Alber presentate il 20 gennaio 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, causa C-167/01, in *Racc.*, p. I-10155 ss., p.to 103.

⁴⁷⁷ Così M. MENJUCQ, *Liberté d'établissement cit.*, pp. 523-524.

⁴⁷⁸ Così P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, p. 529. Oltre si spinge invece chi sostiene che con la sentenza *Überseering* la Corte superi definitivamente l'impostazione precedente, tanto che gli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) acquistano il carattere di norme europee di conflitto originarie: v. S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo*

Riepilogando, alla luce della giurisprudenza *Überseering* sembra di poter concludere che da un lato lo Stato membro di costituzione di una società rimane libero di determinare i presupposti costitutivi e di imporre delle condizioni allo spostamento della sede in un altro Stato membro (finanche di richiedere la coincidenza della sede legale e reale nel suo territorio a fini costitutivi e, quindi, di impedire il trasferimento con mantenimento della personalità giuridica originaria), dall'altro invece lo Stato membro di stabilimento è obbligato, in virtù delle norme di cui agli artt. 49 e 54 TFUE (già artt. 43 e 48, CE), a riconoscere la capacità giuridica di una società costituita in un altro Stato membro in quanto società retta dal diritto del paese di costituzione e, implicitamente, a rinunciare all'applicazione della *Sitztheorie* nei confronti di siffatta società.⁴⁷⁹

Peraltro la teoria della sede reale, pur se grandemente limitata, sopravvive alla giurisprudenza della Corte, ad esempio nel caso di società costituita in uno Stato membro che accoglie il criterio della sede effettiva. Non sembra di poter rinvenire nessun ostacolo nelle pronunce della Corte (almeno fino al caso *Cartesio*) al fatto che tale Stato continui a pretendere la coincidenza della sede sociale ed effettiva e possa impedire il trasferimento della seconda in un altro Stato membro.⁴⁸⁰ Resta, inoltre, dubbia la sua applicabilità alla più delicata situazione di dissociazione della sede sociale e reale *ab initio*.⁴⁸¹ Nulla invece vieta che la teoria della sede reale continui ad essere applicata nei confronti di società costituite conformemente al diritto di Stati terzi rispetto all'Unione europea.⁴⁸²

il «caso *Überseering*» tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, p. 456 ss., spec. pp. 464-465.

⁴⁷⁹ Di questo parere v. P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, p. 533. Si segnala l'opinione che sostiene l'introduzione da parte della Corte di giustizia, nell'ottica della libertà di stabilimento, di un nuovo concetto definito come "Community formation theory", secondo il quale una costituita conformemente al diritto di uno Stato membro deve essere ammessa come tale nel territorio di tutti gli altri Stati membri, anche laddove essa non sia più qualificabile come "società domestica" per l'ordinamento di costituzione e a prescindere dal fatto che essa abbia trasferito l'amministrazione centrale o il centro di attività principale in un altro Stato membro e che tale avvenimento conduca, secondo la legge di uno degli Stati interessati, alla perdita della sua personalità giuridica; in altre parole, una società, una volta divenuta beneficiaria della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 49 e 54, TFUE, non potrebbe più perdere tale beneficio, a prescindere dalle prescrizioni della *lex societatis* circa gli effetti delle ipotesi di mobilità sulla personalità giuridica originaria della società in questione: così v. E. WYMEERSCH, *The Transfer cit.*, p. 682.

⁴⁸⁰ Così S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 470.

⁴⁸¹ Nel caso in cui la sede sociale e la sede effettiva siano *ab initio* situate in due Stati membri differenti, poiché il diritto dello Stato di costituzione lo consente, ci si domanda se lo Stato membro di stabilimento, quello cioè in cui è posta la sede reale sin dall'inizio, possa rifiutarsi di riconoscere tale società, applicando ad essa la *Sitztheorie*. La risposta sembrerebbe tendenzialmente negativa. Sul punto v. P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, p. 534.

⁴⁸² Così P. LAGARDE, *Note 2003 cit.*, pp. 535-536 e F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *La sentencia "Überseering" cit.*, p. 680.

Da ultimo, preme ricordare che un aspetto significativo della sentenza *Überseering* è quello di aver chiarito ulteriormente la definizione dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento, aggiungendo un tassello al contenuto del diritto sancito dagli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE), e cioè lo stabilimento primario, seppure solo nei confronti dello Stato di stabilimento.⁴⁸³ Rimane ancora la libertà dello Stato membro di costituzione della società di stabilire i presupposti applicativi del proprio diritto societario e fissare i requisiti costitutivi delle società ivi costituite nonché di imporre condizioni alle proprie società che vogliano trasferirsi in un altro Stato membro.

4.5. La conferma della dottrina Centros.

Nel solco della giurisprudenza *Centros* e *Überseering* si colloca anche il successivo caso *Inspire Art* deciso dalla Corte di giustizia con sentenza resa il 30 settembre 2003.⁴⁸⁴ La *Inspire Art Ltd*, società costituita secondo il diritto inglese e avente sede nel Regno Unito, svolge la sua attività nel settore della vendita di oggetti d'arte unicamente nei Paesi Bassi tramite una succursale all'uopo creata. Essa è iscritta nel registro di commercio di Amsterdam senza la menzione di “formeel buitenlandse vennootschap” (società formalmente straniera) prescritta dalla legge olandese sulle società formalmente straniere, la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* del 1997 (d'ora in avanti WFBV). La Camera di commercio, ritenendo obbligatoria tale menzione, adisce il *Kantongerecht Amsterdam*, giudice di primo grado, chiedendo a tale giudice di ordinarne l'inserimento, a lato della iscrizione esistente nel registro di commercio olandese, nonché di intimare alla società inglese di utilizzare tale indicazione nei rapporti con i terzi. In caso di inosservanza di tali obblighi la WFBV impone

⁴⁸³ A tal proposito v. S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 469, il quale sostiene che la distinzione tra stabilimento a titolo principale e a titolo secondario sia stata superata e modificata in seguito al binomio *Centros-Überseering*, nel senso che lo stabilimento primario si potrebbe ridurre al solo caso limite della c.d. *mail-box company*, ovvero della costituzione meramente formale di una società in uno Stato membro, e vi sarebbe poi uno stabilimento secondario (in realtà principale) in cui viene svolto l'intero complesso delle attività mediante una succursale registrata o addirittura direttamente in virtù della valida costituzione nello Stato d'origine.

⁴⁸⁴ Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, causa C-167/01, in *Racc.*, p. I-10155 ss.

la responsabilità personale e solidale degli amministratori con la società per gli atti compiuti durante la loro amministrazione in nome di quella, fino all'adempimento degli obblighi pubblicitari. La qualificazione come "società formalmente straniera" ai sensi della WFBV comporta anche l'obbligo di rispettare alcune disposizioni del diritto olandese relative al capitale sociale.

Il *Kantongerecht Amsterdam* interpella allora la Corte sulla compatibilità di un regime siffatto, che impone requisiti ulteriori – rispetto a quanto già disciplinato dal diritto dell'Unione europea – allo stabilimento secondario nei Paesi Bassi di società costituite in un altro Stato membro al solo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi rispetto alle società costituite secondo la legge nazionale olandese che prescrive requisiti costitutivi più rigorosi (scopo che viene peraltro dedotto dalla circostanza che la società svolge la sua attività interamente nei Paesi Bassi).⁴⁸⁵

A fronte di una legislazione nazionale piuttosto complessa,⁴⁸⁶ sotto esame finiscono diverse disposizioni, contenute nell'anzidetta legge olandese sulle società formalmente straniere, che si potrebbero distinguere in quattro gruppi. In primo luogo la Corte esclude, ai fini dell'esame della loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea, la rilevanza di alcune disposizioni relative alla tenuta e al deposito dei conti annuali delle società formalmente straniere. È la WFBV ad escludere espressamente dal loro ambito di applicazione le società soggette al diritto di un altro Stato membro, alle quali si applica invece la quarta direttiva società.⁴⁸⁷ In secondo luogo vengono in rilievo quelle disposizioni che impongono condizioni per la registrazione delle società straniere operanti nei Paesi Bassi, quali ed esempio l'indicazione dell'iscrizione in un registro straniero, del numero d'iscrizione della società in detto registro, del deposito di una dichiarazione autenticata dell'atto costitutivo in lingua olandese, francese, inglese o tedesca. Tali obblighi costituiscono il risultato del recepimento nel diritto nazionale delle norme relative alla pubblicità contenute nell'undicesima direttiva e la loro legittimità non può dunque essere messa in dubbio. Ciò,

⁴⁸⁵ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 39.

⁴⁸⁶ Per una descrizione dettagliata della normativa olandese in causa v. conclusioni *Inspire Art Ltd*, par. II e sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 22-33.

⁴⁸⁷ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 53-54.

precisa la Corte, non implica automaticamente che anche le sanzioni prescritte per la violazione di tali obblighi, in particolare la responsabilità personale e solidale degli amministratori per gli atti compiuti in nome della società durante le loro gestione e fino al compimento delle formalità obbligatorie, siano compatibili con il diritto dell'Unione europea. Lo saranno solo se risulteranno, sotto il profilo sostanziale e procedurale, analoghe alle sanzioni previste per violazioni del diritto interno simili per natura e importanza, nonché effettive, proporzionali e dissuasive. Tale giudizio spetta tuttavia al giudice nazionale.⁴⁸⁸ In terzo luogo, sono da considerare le norme della WFBV che prescrivono ulteriori obblighi pubblicitari, tra i quali specialmente l'indicazione nel registro di commercio che la società è formalmente straniera, nonché il deposito obbligatorio di una dichiarazione contabile in cui si attesta il soddisfacimento da parte della società delle condizioni relative al capitale minimo sottoscritto e versato e ai fondi propri e la menzione di "società formalmente straniera" su tutti i documenti provenienti da tale società. Tali obblighi rientrano nell'ambito di applicazione dell'undicesima direttiva e sono da considerarsi del tutto illegittimi giacché la citata direttiva realizza un'armonizzazione esaustiva delle questioni relative alla pubblicità delle succursali e non lascia spazio a disposizioni nazionali che prevedano ulteriori obblighi in materia.⁴⁸⁹ Infine, ed è questa la categoria di norme che la Corte sottopone ad un più attento scrutinio alla luce delle norme del Trattato sulla libertà di stabilimento, rilevano le norme concernenti il capitale minimo (richiesto sia al momento dell'iscrizione sia durante la vita della società formalmente straniera), nonché la sanzione per la loro inosservanza, ossia la responsabilità degli amministratori in solido con la società.⁴⁹⁰

Se la normativa nazionale sottoposta all'esame della Corte di giustizia è piuttosto articolata, il ragionamento dei giudici di Lussemburgo su quest'ultima categoria di norme è piuttosto semplice. Esso si articola sempre in due parti, la verifica della sussistenza di una restrizione alla libertà di circolazione e l'analisi di un'eventuale giustificazione. Quanto alla prima parte, due sono i riferimenti giurisprudenziali citati. La Corte fa leva su quanto già

⁴⁸⁸ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 55 ss., in particolare p.ti. 56, 59 e 63.

⁴⁸⁹ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 65 ss., spec. p.ti 65, 69 e 71. Per un confronto con l'esperienza della giurisprudenza italiana nell'applicazione delle norme nazionali di attuazione dell'undicesima direttiva v. F. VISMARA, *Prime applicazioni giurisprudenziali delle norme attuative dell'undicesima direttiva comunitaria in tema di società*, in *RDIPP*, 1995, p. 87 ss.

⁴⁹⁰ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 69.

deciso nel caso *Centros* per individuare il carattere restrittivo della normativa olandese sulle società formalmente straniere e di seguito cerca, ancora una volta, di distinguere il caso in esame dal precedente *Daily Mail*.

Il caso *Inspire Art* non di discosta di molto dal caso *Centros* e, infatti, la Corte di giustizia ne ribadisce le conclusioni.⁴⁹¹ Ai fini dell'applicazione della libertà di stabilimento è irrilevante la circostanza che una società sia stata costituita in uno Stato membro al solo scopo di poter creare uno stabilimento secondario in un altro Stato membro nel quale svolgere l'essenziale o il complesso delle attività. Le ragioni che stanno alla base della decisione di costituire una società, ribadisce la Corte, sono del tutto prive di conseguenze rispetto alla libertà di stabilimento, ad eccezione dei casi di frode. Ma, come già affermato in *Centros*, non costituisce abuso il comportamento di chi costituisca una società in uno Stato membro al solo scopo di beneficiare dei vantaggi derivanti dall'ordinamento di detto paese. Dunque, la costituzione della *Inspire Art* nel Regno Unito al fine di sottrarsi alla legislazione olandese non esclude di per sé tale società dal godimento del diritto di stabilimento attribuitole dagli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE).⁴⁹²

A questo proposito la Corte di giustizia respinge la tesi secondo cui la WFBV non lederebbe il diritto di stabilimento poiché non negherebbe né il riconoscimento né l'iscrizione della succursale nel registro di commercio olandese, ma si limiterebbe a imporre taluni obblighi ulteriori di carattere amministrativo. Infatti, tale legge assoggetta la creazione di una succursale nei Paesi Bassi al rispetto di alcune disposizioni del diritto nazionale relative al capitale sociale e alla responsabilità degli amministratori la cui applicazione ha l'effetto di ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società costituite conformemente alla legge di un altro Stato membro.⁴⁹³ Il giudice europeo non motiva oltre la sussistenza della restrizione.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ È significativo che l'Avvocato generali imposti le sue valutazioni domandandosi se il caso *Inspire Art* giustifichi una deviazione dalla giurisprudenza *Centros*. La differenza relativa al rifiuto della registrazione da un lato e alla subordinazione dell'iscrizione a ulteriori obblighi dall'altro non è tale da giustificare una diversa valutazione giuridica dei due casi: cfr. conclusioni *Inspire Art Ltd*, p.ti 76 e 82.

⁴⁹² Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 95-98.

⁴⁹³ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 99-102.

⁴⁹⁴ La motivazione implicita è quella fornita dall'Avvocato generale secondo il quale le norme della WFBV, comportando di fatto l'applicazione delle disposizioni considerate imperative dal diritto societario olandese, in particolare quelle relative al

Quanto invece alla giurisprudenza *Daily Mail*, richiamata dalle parti per rivendicare la libertà di ciascuno Stato membro di individuare il diritto applicabile a una società e di agire contro le “società fantasma”, i giudici di Lussemburgo si premurano di sottolineare la differenza di quel caso rispetto alla fattispecie in esame. Il caso *Inspire Art* concerne l’applicazione a una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro della normativa del paese in cui essa esercita effettivamente l’attività, mentre nel precedente *Daily Mail* la Corte di giustizia si era pronunciata sui rapporti tra una società e lo Stato di costituzione. La giurisprudenza *Daily Mail* risulta ancora una volta inapplicabile.⁴⁹⁵

Accertato il carattere restrittivo di alcune disposizioni della normativa olandese, in particolare quelle appartenenti all’ultimo gruppo citato più sopra, la Corte di giustizia esamina il profilo della sussistenza di una eventuale giustificazione alla luce delle esigenze di tutela dei creditori, repressione dell’abuso della libertà di stabilimento, tutela dell’efficacia dei controlli fiscali e della lealtà dei rapporti commerciali avanzate dal governo olandese a sostegno della propria disciplina sulle società formalmente straniere. Escluso che tali ragioni possano rientrare nell’eccezione di cui all’art. 46 CE (attuale art. 52, TFUE), esse vengono esaminate alla luce della giurisprudenza sui motivi imperativi di interesse generale.⁴⁹⁶ Quanto alla tutela dei creditori la Corte esclude l’idoneità delle norme sul capitale minimo a costituire adeguata tutela dei creditori della *Inspire Art*, i quali anzi sono già sufficientemente informati del fatto che essa è soggetta a una diversa legge regolatrice.⁴⁹⁷ Il profilo della lotta contro l’abuso della libertà di stabilimento è respinto sulla scorta della giurisprudenza *Centros*: il fatto che un cittadino che desideri costituire un’impresa scelga di farlo nel paese il cui diritto gli sembri più vantaggioso per poi creare succursali in altri Stati membri è inerente all’esercizio, nell’ambito del mercato unico, della libertà di stabilimento e lo svolgimento del complesso delle attività nello Stato della succursale non rappresenta un indizio sufficiente

capitale minimo, alle società costituite conformemente alla legislazione di un altro Stato ma che esercitano la loro attività unicamente attraverso una succursale creata nei Paesi Bassi, equiparano la succursale al primo stabilimento e negano riconoscimento alle le società costituite conformemente al diritto straniero. Sul punto v. conclusioni *Inspire Art* cit., p.ti 97 e 99.

⁴⁹⁵ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 103.

⁴⁹⁶ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 131-132.

⁴⁹⁷ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 135.

dell'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento.⁴⁹⁸ Infine, la tutela della lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali devono essere scartate per insufficienza di prove atte a dimostrare l'adeguatezza, la proporzionalità e il carattere non discriminatorio delle misure a ciò destinate.⁴⁹⁹

La sentenza *Inspire Art* conferma dunque che, in presenza di norme europee di armonizzazione e in assenza di autorizzazione esplicita conferita agli Stati membri dalle stesse norme europee, è contrario alla libertà di stabilimento garantita alle società dal trattato il comportamento di uno Stato membro che imponga, in base al proprio diritto, ad una società costituita conformemente al diritto di un altro Stato membro requisiti ulteriori relativi alla struttura e alla pubblicità. Essa rappresenta una conferma della giurisprudenza *Centros-Überseering* nel senso della parziale incompatibilità della teoria della sede reale con il diritto di stabilimento.⁵⁰⁰ La sentenza della Corte di giustizia ha avuto effetto immediato sull'ordinamento giuridico dei Paesi Bassi, ove, sette mese più tardi, una proposta di modifica della WFBV è stata presentata al Parlamento olandese.⁵⁰¹

4.6. Gli effetti della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'ordinamento tedesco.

Le pronunce della Corte in materia di libero stabilimento delle società fin qui esaminate hanno contribuito in modo determinante a delimitare la portata della libertà sancita dagli artt. 49 e 54, TFUE, e a definire il concetto di restrizione a tale libertà. Se la sentenza *Daily Mail* rappresenta ancora oggi un precedente di difficile collocazione sistematica in virtù

⁴⁹⁸ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.ti 136-139.

⁴⁹⁹ Cfr. sentenza *Inspire Art* cit., p.to 140.

⁵⁰⁰ Del parere dell'incompatibilità della teoria della sede reale con la libertà di stabilimento v. H. HIRT, *Freedom of Establishment, International Company Law and Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd*, in *EBLR*, 2004, p. 1189 ss., spec. p. 1211 e1220, E. PATAUT, *Liberté d'établissement* cit., p. 492, il quale afferma che "La jurisprudence communautaire a cependant pour conséquence, semble-t-il inéluctable, la disparition de la règle de conflit désignant la loi du siège réel" e ancora, con specifico riferimento alle affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza *Inspire Art* "il faut en réalité constater la disparition programmée de la règle de conflit retenant le siège réel comme critère de rattachement".

⁵⁰¹ Per dettagli sulla proposta di modifica della legge olandese sulle società formalmente straniere v. S. RAMMELOO, *At Long Last: Freedom of Establishment for Legal Person in Europe Accomplished*, in *Maastricht Journal*, 2004, p. 379 ss., spec. pp. 407-408.

dell'esclusione *tout court* dall'ambito della libertà garantita dagli artt. 49 e 54, TFUE, dello stabilimento primario con mantenimento dello *status* originario da parte della società che procedeva allo spostamento della sede sociale al di fuori del paese di costituzione, la successiva giurisprudenza della Corte sembra esprimere una generale tendenza ad ampliare la portata della libertà di stabilimento e, corrispondentemente, a restringere la nozione di restrizione alla stessa, unitamente a un sempre maggior rigore nell'applicazione del test di proporzionalità alle misure nazionali restrittive ma giustificate da un motivo imperativo di interesse generale secondo la nozione elaborata dalla Corte di giustizia.

In particolare, nel caso *Centros* i giudici di Lussemburgo impongono ad uno Stato membro di riconoscere la succursale di una società validamente costituita in un altro Stato membro ove tale società aveva la sede senza svolgervi alcuna attività, aprendo la strada alla concorrenza tra ordinamenti societari, tramite l'ammissione di una *optio legis societatis* e l'esclusione dell'abuso del diritto nel caso di specie. Sulla stessa linea si pone la sentenza *Überseering* nel censurare la normativa tedesca che disconosceva la capacità giuridica di una società validamente costituita in un altro Stato membro e trasferitasi (per effetto del trasferimento della totalità delle quote sociali a persone fisiche di nazionalità tedesca) in Germania. Anche il successivo caso *Inspire Art* prosegue nella direzione già tracciata dai precedenti.

Oltre ad aver scatenato la *querelle* dottrinale circa la compatibilità della teoria della sede reale con una libertà di stabilimento dai confini così ampi e ad aver impegnato i giudici nazionali, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di stabilimento ha prodotto anche modifiche normative significative. Segnatamente, un ordinamento su cui la detta giurisprudenza ha inciso particolarmente è senz'altro quello tedesco. L'onda d'urto del terremoto giurisprudenziale che si è abbattuto sulla *Sitztheorie* e sul requisito della coincidenza delle sedi legale e reale imposto alle società dal diritto tedesco, pena drastiche conseguenze (la considerazione quale *nullum* giuridico), si è manifestata sotto due profili.

Anzitutto, dal punto di vista del diritto materiale, i casi *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art* rappresentano una delle ragioni principali della riforma effettuata dal legislatore tedesco nel 2008 tramite la legge c.d. MoMiG – *Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (legge per la modernizzazione del diritto delle società a

responsabilità limitata e per la repressione degli abusi).⁵⁰² Tale riforma ha ridisegnato la disciplina della *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* in modo da rendere la società a responsabilità limitata tedesca più competitiva e appetibile rispetto agli analoghi tipi societari di altri Stati membri e ai veicoli societari europei già esistenti e reggere la concorrenza aperta dalla dottrina *Centros*. Inoltre, per quanto qui più interessa, la riforma del 2008 ha rimosso per le *GmbH* e le *Aktiengesellschaften – AG* (società per azioni) l'obbligo di coincidenza delle due sedi, legale e reale, prevedendo espressamente la possibile che le stesse siano dislocate in paesi diversi.⁵⁰³

In secondo luogo, l'operato della Corte di giustizia ha indotto il legislatore tedesco non solo a intervenire sul fronte sostanziale, ma ad attivarsi anche sul piano del diritto internazionale privato. Nel 2003 il *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* (il Consiglio tedesco di diritto internazionale privato) ha istituito, in consultazione con il Ministro federale della giustizia, un comitato *ad hoc* incaricato di redigere una proposta contenente la regolamentazione del diritto societario internazionale in risposta alla giurisprudenza sullo stabilimento delle società.⁵⁰⁴ Gli studi del Comitato sfociarono in una *Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene* (ovvero una *Proposta del Deutscher Rat für internationales Privatrecht di regolamentazione del diritto internazionale privato delle società a livello europeo e nazionale*), adottata nel 2006 dal *Deutscher Rat für internationales Privatrecht*. Si tratta, invero, di una duplice proposta, contenente la disciplina europea sulla legge applicabile alle società da un lato e l'emendamento del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*

⁵⁰² Cfr. Bundesgesetzblatt, 2008, Teil I Nr. 48, 28. Oktober 2008, p. 2026 ss.

⁵⁰³ La legge c.d. *MoMiG* ha modificato il § 4a del *GmbHG* (legge sulle società a responsabilità limitata) e il § 5 del *AktG* (legge sulle società per azioni), rimuovendo l'obbligo di coincidenza in territorio tedesco delle due sedi, legale e reale, prescritto espressamente per le società costituite secondo il diritto tedesco ma applicato anche alle società straniere. Per una disamina, in lingua inglese, della riforma effettuata tramite la legge c.d. *MoMiG* si veda *German Law Journal*, Special issue, *Reform of Germany's Private Limited Company (GmbH)*, September 2008; all'interno del citato fascicolo speciale in particolare sulla portata innovativa di tale riforma per l'ordinamento tedesco v. G. BACHMANN, *Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company*, in *German Law Journal*, Special Issue, September 2008, p. 1063 ss.

⁵⁰⁴ Il 10 settembre 2003 il *Deutscher Rat für internationales Privatrecht*, su consultazione con il Ministro federale della giustizia, decise di costituire un comitato speciale per il diritto internazionale societario, incaricato di redigere delle proposte per disciplinare tale settore del diritto in risposta alla giurisprudenza europea sullo stabilimento delle società. Il comitato era composto da eminenti giuristi tedeschi – segnatamente i professori J. Basedow, P. Behrens, H. Eidenmüller, E.-M. Kieninger, P. Kindler, O. Sandrock, P. Schlechtriem, H. J. Sonnenberger, D. Zimmer – nonché da due rappresentanti del Ministro federale della giustizia. Per un breve approfondimento sul Consiglio tedesco di diritto internazionale privato v. R. HAUSMANN, *The German Council for Private International Law*, in *EuLF*, 2005, p. 124 e s.

– *EGBGB*, ovvero della legge introduttiva al codice civile tedesco, mediante l'introduzione di disposizioni specificamente dedicata alla legge applicabile alle società.⁵⁰⁵

Tralasciando per il momento la proposta di regolamentazione a livello europeo, interessa qui soprattutto la suggerita modifica al *EGBGB*. La proposta novella prevede l'inserimento nella legge introduttiva al codice civile di alcune disposizioni specificatamente dedicate alla determinazione della legge applicabile alle società e alle persone giuridiche nonché la contemporanea modifica di altre già vigenti. Se tradotta in testo normativo, essa rappresenterebbe un passaggio epocale per l'ordinamento tedesco, ovvero l'abbandono della tradizionale *Sitztheorie* a favore del principio della dottrina dell'incorporazione.

La disposizione di cui al futuro art. 10 del *EGBGB* costituisce il perno del sistema internazionalprivatistico in materia di società, contenendo la definizione di "società" rilevante a fini conflittuali e i criteri di collegamento per individuare la *lex societatis*. Quanto all'ambito di applicazione *rationae personae* il proposto art. 10, par. 1, si avvicina molto (sebbene non sia identico) a quello dell'art. 25, legge n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in quanto comprende tutte le società, incluse le cooperative, le associazioni, le fondazioni e ogni altra persona giuridica regolata dal diritto privato (rimangono escluse, rispetto all'analoga disposizione italiana le persone giuridiche di diritto pubblico e gli enti privi di natura associativa). I successivi due paragrafi dettano i criteri di collegamento in materia societaria. Di regola le società così intese dovrebbero essere soggette alla legge dello Stato nel quale sono iscritte in un pubblico registro. Alle società che non siano o non siano ancora iscritte in un pubblico registro si applicherebbe invece il diritto dello Stato conformemente alla legge del quale sono organizzate. Nell'ipotesi in cui la legge applicabile non potesse essere determinata secondo questi criteri si dovrebbe fare riferimento alle norme di conflitto in materia contrattuale. Infine, la norma prevede una forma di tutela per i terzi di buona fede, i quali potrebbero comunque invocare il diritto oggettivamente applicabile in base ai criteri appena citati nel caso in cui la società intendesse operare secondo

⁵⁰⁵ Il testo della duplice proposta è riportato, unitamente al resoconto delle riunioni del comitato speciale e ad un commento dei testi elaborati, in H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2007. Il volume riporta anche una traduzione inglese e francese delle due proposte e del commento, nonché italiana limitatamente alla sola proposta di regolamentazione europea. La proposta è inoltre pubblicata in *RDIPP*, 2006, p. 876 ss. e in *Rev. crit. d.i.p.*, 2006, p. 712 ss.

il diritto di un altro Stato. L'eventuale adozione da parte del legislatore tedesco delle modifiche riunite nell'art. 10 del progetto di riforma del EGBGB segnerebbe un epocale passaggio del diritto internazionale tedesco, storica roccaforte della *Sitztheorie*, all'opposta dottrina della sede statutaria.

L'art. 10a della proposta è deputato principalmente alla delimitazione della portata della *lex societatis*, tramite un elenco non esaustivo di aspetti inclusi nel suo ambito di applicazione. Si tratta di tutti le questioni relative alla costituzione, al funzionamento, allo scioglimento, nonché ai rapporti interni ed esterni della società.⁵⁰⁶ I prospettati artt. 10b e 10c, concernenti rispettivamente le fusioni transfrontaliere e le scissioni nonché i trasferimenti di patrimonio transfrontalieri (questi ultimi disciplinati tramite rinvio alla disposizione sulle fusioni), sono da ritenersi ormai superflui alla luce dell'adozione della direttiva 2005/56/CE (e delle relative norme nazionali di attuazione). Di grande interesse invece rimane l'art. 10d, rubricato *Wechsel des anwendbaren Rechts* (mutamento della legge applicabile), regolante il trasferimento transfrontaliero della società, in linea con i criteri di collegamento posti dalla suggerita norma di conflitto di cui all'art. 10a.⁵⁰⁷

La proposta approvata dal *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* il 9 febbraio 2006 fu sottoposta al Ministero federale della giustizia e ne risultò un progetto di legge presentato al Parlamento il 7 gennaio 2008, seppur con qualche modifica rispetto all'originaria proposta degli studiosi di diritto internazionale privato. Sfortunatamente da quell'anno i lavori sembrano essersi arenati e del progetto ministeriale si è persa al momento ogni traccia.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ L'art. 10a della proposta del *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* si compone di tre paragrafi. Mentre il primo si occupa della delimitazione della portata della *lex societatis*, il secondo si premura di limitare la facoltà della società che abbia posto in essere un negozio giuridico in un paese diverso da quello della legge che la regola tramite un proprio organo ivi presente di avvalersi nello Stato di eventuali limitazioni della capacità giuridica della società o del potere di rappresentanza dei propri organi derivanti dalla propria *lex societatis*, salva la prova da parte della società che la controparte conosceva tali limitazioni. Il terzo paragrafo, infine, fa salva l'applicazione alle sedi secondarie stabilite in Germania da società registrate all'estero delle disposizioni tedesche relative alla pubblicazione dei documenti contabili.

⁵⁰⁷ Si rinvia per una breve ricognizione di questa disposizione suggerita dagli studiosi tedeschi a completamento della normativa nazionale di diritto internazionale privato alla breve disamina dell'analoga proposta avanzata per la disciplina del fenomeno a livello europeo: cfr. *infra* cap. III, par. 5.1.2.

⁵⁰⁸ Cfr. *Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, presentato il 7 gennaio 2008 dall'allora Ministro federale della giustizia Brigitte Zyprie, disponibile sul sito del *Bundesministerium der Justiz* www.bmj.de. Per la traduzione italiana del progetto ministeriale e un commento alla stessa v. P. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di),

5. Il coordinamento dell'art. 25, legge n. 218/95 con il diritto dell'Unione europea.

Della norma di conflitto italiana in materia di società si è già detto al termine del primo capitolo, ma occorre sottoporla a nuovo scrutinio alla luce delle disposizioni del diritto dell'Unione europea (di diritto primario e derivato) concernenti le società, nonché della giurisprudenza europea sulla libertà di stabilimento.

La norma di conflitto di cui all'art. 25, c.1, legge n. 218 del 1995, contiene un criterio di collegamento applicabile in generale alle società e agli altri enti costituito dal luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione. Tale criterio sembra rimanere intoccato dalla libertà di stabilimento così come interpretata dalla Corte di giustizia e, anzi, essendo molto vicino all'*incorporation* di matrice anglossasone risulta con essa completamente compatibile.⁵⁰⁹ Dubbi maggiori sorgono invece con riferimento ai criteri di collegamento di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25, citata legge, il quale prevede che alle società costituite in un altro paese si applichi la legge italiana quando quelle abbiano la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia. A seguito dell'esame appena condotto sulla giurisprudenza relativa alla libertà di stabilimento, essi risultano difficilmente conciliabili con il diritto sancito dagli attuali artt. 49 e 54, TFUE.⁵¹⁰

Secondo l'interpretazione maggiormente condivisa della norma di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25, essa comporta l'applicazione delle disposizioni

Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar cit., p. 549 ss., spec. p. 565 ss. Sul punto si vedano inoltre le prese di posizione dell'Associazione tedesca dei giudici, dell'Ordine degli Avvocati tedeschi e dell'Associazione federale degli Avvocati: cfr. rispettivamente *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, disponibile alla pagina <http://www.drj.de/cms/index.php?id=460>, *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, disponibile alla pagina <http://www.anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/STN132008IRV.pdf>, e *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, disponibile alla pagina <http://www.brak.de/w/files/stellungnahmen/Stn10-2008.pdf>.

⁵⁰⁹ Di questo parere v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 106. L'A. fa notare le numerose analogie tra la norma generale di cui all'art. 25 della legge n. 218/1995 e l'allora art. 48 CE, segnatamente con riferimento alla categoria considerata, le società e altri enti, nonché ovviamente al criterio di collegamento impiegato dalla prima rispetto ai requisiti fissati dal primo paragrafo della seconda disposizione citata.

⁵¹⁰ Nel senso della palese incompatibilità della duplice eccezione rispetto alle regole sullo stabilimento v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 108.

imperative del diritto italiano cumulativamente con il diritto giusta il quale la società è stata costituita in un altro Stato membro.⁵¹¹ La pretesa di applicare alle società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro le legge italiana per il sol fatto che tali società abbiano in Italia l'amministrazione centrale o l'oggetto dell'attività principale è evidentemente in contrasto con la libertà di stabilimento di cui dette società godono (ovviamente a condizione che abbiano nel territorio dell'Unione la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale). Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta, infatti, che la libertà di stabilimento si pone in contrasto con qualsiasi disposizione nazionale, anche internazionalprivatistica, che pretenda di applicare il diritto interno a una fattispecie già validamente formata in un altro Stato membro (dal cui diritto è regolata).⁵¹² Il diritto di stabilimento come interpretato dai giudici di Lussemburgo presuppone il riconoscimento in ciascuno Stato membro delle società formatesi secondo il diritto di un altro Stato membro e l'applicazione (seppure nei termini precedentemente descritti) del diritto italiano a società di tal genere, ovvero costituite conformemente al diritto di un altro Stato membro, rappresenta la negazione di tale presupposto.

In conclusione, i criteri di cui all'art. 25, c. 1, ult. per., legge n. 218/1995 sono incompatibili con la libertà di stabilimento sancita dagli artt. 49 e 54, TFUE, e di conseguenza inapplicabili, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali, nei confronti delle società beneficiarie di detta libertà.⁵¹³ Ciò non esclude che alcune disposizioni imperative del diritto italiano, singolarmente considerate, possano essere comunque applicate a società costituite secondo il diritto di un altro Stato membro, laddove esse, valutate caso per caso, soddisfino le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte di

⁵¹¹ Sul punto v. *supra* cap. I, par. 3.3.2, p. 60.

⁵¹² Così R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 156, i quali sottolineano come il contrasto sia già di natura teorica, e più di recente v. F. VISMARA, *La legge applicabile alle società e alle attività degli amministratori nell'integrazione europea*, in *RDIPP*, 2010, p. 635 ss., spec. p. 641 (e p. 644 ss. per l'analisi della compatibilità della norma di cui all'art. 25, c. 1, ult. per., legge n. 218/1995, anche in relazione alla libera prestazione dei servizi).

⁵¹³ Così, sebbene in termini generali rispetto al rapporto tra norme di conflitto nazionali e libertà di circolazione e senza specifico riferimento all'art. 25, legge n. 218/1995, v. S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, 2003, p. 671 ss., spec. p. 685, la quale afferma che una norma di conflitto nazionale contraria alla libertà di circolazione deve essere disapplicata in virtù del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale.

giustizia (cioè non siano discriminatorie o, essendole, siano giustificate e proporzionate).⁵¹⁴ Diversamente, i due criteri di collegamento di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 25 rimangono applicabili alle società costituite in Stati terzi, anche qualora esse abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale nell'Unione europea, nonché alle società formatesi conformemente al diritto di uno Stato membro che, viceversa, non abbiano un collegamento di tal fatta con il territorio europeo (ipotesi peraltro molto improbabile dal momento che tendenzialmente ogni ordinamento richiede per la costituzione di una società la fissazione della sede legale entro i confini nazionali).

⁵¹⁴ Così A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, pp. 108 ss. (partic. pp. 110-111).

CAPITOLO TERZO.

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL'ESTERO.

Introduzione: la mobilità societaria nel mercato interno.

Fin qui si è esaminata la questione della legge applicabile alle società da un *punto di vista statico*, ossia quello di una società che, se pure ha contatti con ordinamenti diversi da quello di costituzione, rimane stabilita all'interno dello Stato di costituzione. Nel primo capitolo si è cercato di ricostruire da un punto di vista prevalentemente storico un quadro abbastanza ampio del problema della determinazione della *lex societatis* con particolare riferimento ai criteri di collegamento più diffusi in materia, cercando di metterne in luce le differenze di approccio e, ove esistenti, di risultato. Si è proceduto poi, nel secondo capitolo, a delineare, nei limiti di quanto conferente agli scopi della presente trattazione, quegli aspetti del diritto dell'Unione europea che possono interferire con l'impostazione tradizionale del tema dell'individuazione della legge applicabile alle società, segnatamente la libertà di stabilimento e gli strumenti messi a disposizione dal legislatore europeo per la sua attuazione.

Sulla base di queste premesse ci si propone ora di cambiare prospettiva, ponendosi nell'*ottica dinamica* della mobilità societaria tra Stati membri dell'Unione europea, aspetto di centrale importanza. In un contesto come quello dell'Unione, tra i cui obiettivi figura la creazione di un mercato interno il più possibile simile ad un vero e proprio mercato nazionale, l'importanza delle società, strumento principe per l'esercizio dell'attività economica in forma organizzata, è intuitiva. La centralità attribuita nel progetto di integrazione europea allo svolgimento transfrontaliero delle attività economiche è confermata dai progetti relativi alla creazione di società europee, nati con la Comunità (economica europea) stessa, giacché le

prime riflessioni risalgono agli anni sessanta del secolo scorso.⁵¹⁵ Tali strumenti sono stati concepiti proprio con l'intento di favorire la mobilità transfrontaliera delle società, cioè a dire il trasferimento della sede sociale di società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro in un altro Stato membro e la fusione transfrontaliera tra società soggette a leggi diverse.⁵¹⁶ Consentire queste operazioni significa permettere alle società, attori primari della scena economica, di fruire pienamente dei vantaggi derivanti dal mercato interno e costituisce un mezzo per accrescere l'efficienza e la concorrenzialità delle imprese europee. L'importanza riconosciuta alla mobilità societaria nell'ambito del mercato interno ha addirittura fatto parlare taluno di una "nuova" libertà fondamentale, derivata dalla Corte di giustizia tramite la dottrina *Centros* dalle norme primarie sulla libertà di stabilimento.⁵¹⁷

A fronte della notevole importanza rivestita dalla mobilità societaria nel mercato interno, per lungo tempo l'ordinamento dell'Unione europea è rimasto privo di norme specificamente destinate a disciplinarne le due fattispecie principali, ovvero il trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro e la fusione tra società soggette al diritto di due o più Stati membri differenti. Delle sorti di quest'ultima si parlerà nel prossimo capitolo, mentre nel presente ci si occuperà della prima di tali operazioni. A tal proposito è d'obbligo segnalare la perdurante assenza di una disciplina specifica che si occupi a livello generale dell'istituto. Le iniziative delle istituzioni dell'Unione avviate in tale direzione non hanno condotto a risultati apprezzabili, né dal punto di vista materiale né da quello

⁵¹⁵ Cfr. v. COM(93) 362 cit., p. 34, ove la Commissione sollecita l'adozione di uno statuto di SE strumento per superare le difficoltà connesse al trasferimento della sede sociale o alla fusione tra imprese, punti decisivi per la mobilità delle società. Sul punto v. inoltre *supra* cap. II, par. 4.3.

⁵¹⁶ Alla "mobilità societaria" si riconduce solitamente anche il tema del trasferimento di partecipazioni, fattispecie tuttavia esclusa dalla presente trattazione, peraltro al confine tra libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali. A tal proposito la giurisprudenza ha chiarito che, di regola, quando l'acquisizione delle quote è tale da non conferire un'influenza certa sulle decisioni della società e alcun potere di indirizzo, la fattispecie ricade nell'ambito della libera circolazione dei capitali, mentre solo eccezionalmente, quando tale acquisizione riguarda la totalità delle quote e consente di esercitare una influenza sicura sulle attività della società, troveranno applicazione le norme sulla libertà di stabilimento: sul punto v. sentenza della Corte del 13 aprile 2000, *C. Baars c. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, causa C-251/98, in *Racc.*, p. I-2287, p.ti 21-22 e, più di recente, sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Racc.*, p. I-9919, p.to 77, sentenza della Corte del 7 settembre 2006, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, causa C-470/04, in *Racc.*, p. I-7409, p.to 26, sentenza del 25 ottobre 2007, *Maria Geurts e Dennis Vogten c. Administratie van de BTW, registratie en domeinen e Belgische Staat*, causa C-464/0, in *Racc.*, p. I-09325, p.to 174.

⁵¹⁷ Così M. V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1251 ss., spec. p. 1270, pubblicato poi anche in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 615 ss. (nonostante la sua destinazione iniziale al volume in onore del Prof. Picone, la pubblicazione avvenuta per prima è quella in *Riv. soc.* cui si farà d'ora in avanti riferimento).

conflittuale. Fa eccezione il caso dei veicoli societari europei.

La mancanza di una disciplina uniforme a livello europeo impone di verificare se e quali regole esistono sul punto nei singoli ordinamenti nazionali e, eventualmente, come esse si combinino al fine di stabilire se il trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro sia, allo stato, realizzabile oppure no.

1. I principali problemi sottesi al trasferimento della sede sociale all'estero.

Il trasferimento internazionale della sede sociale è un tema particolarmente complesso che si presta a molti equivoci e fraintendimenti nel caso in cui non si ponga la dovuta attenzione a tutti gli aspetti del problema. Esso solleva, infatti, sia problemi di natura conflittuale, ossia di individuazione della legge applicabile, sia questioni di carattere materiale. Queste ultime a loro volta concernono profili diversi, alcuni più squisitamente societari (specialmente attinenti alla fissazione dei presupposti per l'attuazione e alle conseguenze del trasferimento internazionale della sede sociale), altri più legati, ad esempio, all'aspetto fiscale, che esulano tuttavia dall'ambito della presente trattazione.⁵¹⁸

La principale fonte di difficoltà risiede, quindi, nell'esigenza di combinare prospettive differenti che possono anche non convergere nel senso di consentire il trasferimento internazionale della sede sociale. A ciò si aggiunge l'ulteriore complicazione di dover prendere in considerazione non solo il punto di vista internazionalprivatistico dello Stato di

⁵¹⁸ Il profilo fiscale riveste sempre una grande importanza sia nella decisione di effettuare un'operazione di ristrutturazione transfrontaliera, sia nella scelta delle modalità con cui realizzarla. Si tratta principalmente del problema delle c.d. *exit taxes* in virtù delle quali lo spostamento della sede di una società è considerato alla stregua di una ipotesi di scioglimento della stessa e dunque obbliga al pagamento delle imposte sulle plusvalenze realizzate. Si ritiene, tuttavia, che sarebbe inopportuno occuparsi in questa sede anche dell'aspetto tributario, che richiederebbe da solo una specifica trattazione, e che, del resto, è problema logicamente conseguente a quelli di cui si tratterà (a nulla serve infatti discutere del trattamento fiscale a cui sarebbe assoggettata la società che decidesse di spostare la propria sede, se prima non si accerta la concreta possibilità di realizzare il trasferimento della sede sociale alla luce delle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri). Per alcune riflessioni sul tema fiscale in relazione all'ipotesi di una regolamentazione europea uniforme del trasferimento transfrontaliero di sede sociale v. F. FERRARI, *E.U. Corporate Tax Law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un paese membro ad un altro*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 399 ss., spec. p. 401 ss.

costituzione della società, ma anche quello dello Stato di destinazione della sede sociale. Inoltre, all'interno di ciascuno dei due piani d'indagine, quello conflittuale e quello materiale, esistono due differenti livelli normativi da esaminare e coniugare, il diritto nazionale da un lato e il diritto dell'Unione europea dall'altro. È infatti d'obbligo considerare le norme sul diritto di stabilimento attribuito alle società dagli artt. 49 e 54, TFUE, giacché il trasferimento sembra esserne ricompreso tra le modalità di esercizio. Di conseguenza, oltre al coordinamento di prospettive diverse si deve aggiungere quello di piani normativi differenti di cui sarà necessario delimitare i rispettivi ambiti di applicazione.⁵¹⁹

Un altro ordine di difficoltà, in realtà preliminare alla presa in esame delle diverse prospettive e dei diversi livelli normativi citati, discende dalla pluralità di significati che il termine "sede" può assumere a seconda dell'ordinamento e a seconda dell'ambito nel quale lo si prende in considerazione e, di conseguenza, della funzione che tale nozione è chiamata a svolgere. Così il concetto di sede rilevante per l'applicazione di una norma di conflitto potrebbe non coincidere con la nozione rilevante ai fini dell'iscrizione di una società nel registro delle società o per la notifica alla società di atti giudiziari, e così via. Nel discutere sul trasferimento della sede sociale sarà quindi necessario intendersi sul preciso concetto di sede rilevante per ogni singolo punto di vista, ossia la nozione di "sede" rilevante ai fini dell'applicazione delle norme concernenti la libertà di stabilimento, nonché delle disposizioni di diritto societario sostanziale e di diritto internazionale privato di ciascuno Stato membro coinvolto.⁵²⁰

In sostanza, una volta chiarita la questione definitoria in ciascuna prospettiva, si dovrà quindi verificare se e come le leggi in presenza si coordinino tra loro, se consentano il trasferimento della sede sociale all'estero, quali siano le conseguenze sulla continuità della soggettività giuridica delle società che procedono a tale operazione ed, eventualmente, quali effetti provochi lo spostamento della sede sulla *lex societatis*. Peraltro alla disciplina del trasferimento della sede sociale all'estero possono concorrere sia disposizioni di diritto

⁵¹⁹ In argomento molto chiaramente v. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión Facilitadora*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2001, p. 107 ss., spec. p. 108 ss.

⁵²⁰ Sul punto v. M. MENJUCQ, *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 499 ss.

materiale, sia disposizioni di diritto internazionale privato. È evidente che il coordinamento dei diversi profili e dei diversi livelli è particolarmente complicato e porta spesso, in concreto, all'impossibilità di effettuare una simile operazione. Sebbene tale risultato ben potrebbe essere tollerato in una situazione di assoluta indipendenza tra Stati sovrani, non può più ammettersi all'interno dell'Unione europea ove è indubbio che, secondo lo spirito del Trattato e per dare piena attuazione al diritto di stabilimento, il trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro deve poter avvenire senza alcun ostacolo, in particolare senza ricadute negative sulla continuità della personalità giuridica della società che vi procede.

Tanto premesso, nel presente capitolo si cercherà di esaminare l'atteggiamento dell'ordinamento italiano rispetto alla questione del trasferimento della sede sociale all'estero dal duplice punto di vista del diritto materiale e del diritto internazionale privato. Vista la rilevanza dell'operazione ai fini della piena attuazione della libertà di stabilimento delle società, dopo un breve sguardo comparato ai principali ordinamenti europei, si proseguirà tratteggiando le possibilità offerte a tal proposito dall'ordinamento dell'Unione europea. La duplice prospettiva considerata metterà in luce le difficoltà tuttora esistenti circa la realizzazione del trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro. In conclusione di capitolo si passerà all'esame dell'esigenza di un intervento normativo diretto da parte del legislatore europeo e delle possibili modalità di concretizzazione di quella.

1.1. *La nozione di "sede" sociale.*

Con riferimento alla fattispecie del trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro la prima questione da affrontare è quella della definizione del concetto di "sede sociale". Tale locuzione assume una pluralità di significati a seconda della branca del diritto considerata e degli obiettivi perseguiti dalla normativa in cui essa s'inserisce. Ci si limiterà qui ad alcuni rilievi più strettamente connessi al diritto internazionale privato e al diritto societario.

Si è già illustrato nel primo capitolo come possa variare la concezione della sede sociale contenuta nelle norme di conflitto in materia societaria a seconda dell'approccio,

formale o sostanziale, adottato da ciascuno Stato. La sede sociale quale criterio di collegamento può corrispondere a una nozione giuridica o fattuale, alla sede statutaria, alla sede amministrativa (o reale) o al centro delle attività produttive.

Alla prospettiva internazionalprivatistica interna, si aggiunge poi il punto di vista del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Sebbene non esista, allo stato, una disciplina di conflitto uniforme dedicata alle società e le questioni che le riguardano siano espressamente escluse dall'ambito di applicazione dei due regolamenti europei sui conflitti di leggi in materia contrattuale ed extracontrattuale, i regolamenti c.d. "Roma I" e "Roma II",⁵²¹ il concetto di sede della società viene talvolta in rilievo con riferimento ad altri strumenti di diritto internazionale privato europeo ove assume una diversa funzione. Ad esempio, ai fini dell'applicazione del sistema creato dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, confluito nel Regolamento (CE) n. 44/2001, le società si considerano domiciliate nel luogo in cui hanno (alternativamente) la sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale, con la precisazione che per quanto riguarda il Regno Unito e l'Irlanda per sede statutaria deve intendersi il "registered office" o, in caso questi non esista, il "place of incorporation" (luogo in cui la società ha acquisito la personalità giuridica) o, in mancanza, il "place of formation" (ossia il luogo secondo la cui legge è avvenuta la costituzione). In tal caso, dunque, la sede (nelle diverse accezioni elencate) serve da titolo di giurisdizione. Non trova alcuna specificazione nella disciplina uniforme, invece, la nozione di sede sociale ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale esclusiva del giudice della sede sociale di cui all'art. 22, par. 1, n. 2, dell'anzidetto regolamento in materia di validità, nullità o scioglimento delle società aventi la sede nel territorio di uno Stato membro o riguardo alla validità delle decisioni dei rispettivi organi. In tal caso è la norma che espressamente lascia al diritto internazionale privato del giudice adito il compito di

⁵²¹ Cfr. art. 1, par. 2, lett. f), Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* L 177 del 4/7/2008, p. 6 ss., art. 1, par. 2, lett. d), Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *G.U.U.E.* L 199 del 31/7/2007, p. 40 ss.

determinare la nozione di “sede” rilevante a quei fini.⁵²² Ancora, il Regolamento (CE) n. 1346/2000 impiega, quale titolo di giurisdizione e criterio di collegamento per determinare la competenza ad aprire una procedura di insolvenza principale e la legge ad essa applicabile, la nozione di sede sociale intesa come “centro degli interessi principali” del debitore, c.d. COMI.⁵²³

Infine, a livello materiale, sempre nell’ottica dell’Unione europea, la sede, da intendersi come sede sociale, amministrazione centrale o centro d’attività principale, costituisce presupposto di applicazione dell’art. 54, par. 1, TFUE, e dunque dell’attuazione della libertà di stabilimento delle società⁵²⁴

Nella medesima prospettiva materiale ma a livello nazionale occorre ricordare che nell’ordinamento italiano il termine “sede” compare tra le disposizioni del codice civile che prescrivono l’indicazione della sede della società e delle eventuali sedi secondarie tra i contenuti obbligatori dell’atto costitutivo delle s.n.c., s.a.s. e delle società di capitali.⁵²⁵ Peraltro, l’ordinamento italiano impone a ciascuna società l’iscrizione nel registro delle imprese tenuto presso le Camere di Commercio. Sebbene tale registrazione assuma un valore differente a seconda della tipologia societaria considerata,⁵²⁶ sui fondatori di ogni società costituita secondo il diritto italiano grava l’obbligo di iscrivere la stessa presso uno degli uffici del registro delle imprese. A tal fine la competenza appartiene all’ufficio del registro

⁵²² Cfr. rispettivamente artt. 2, 60 e 22, par. 1, n. 2, Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.* L 12 del 16/1/2001, p. 1 ss. entrato in vigore il 1° marzo 2002.

⁵²³ Cfr. artt. 3 e 4 nonché considerando n. 13, Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in *G.U.C.E.* L 160 del 30/6/2000, p. 1 ss. Sulla nozione di “centro degli interessi principali” del debitore v. ad esempio M. V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento cit.*, p. 1256 ss. e IDEM, «*Centro degli interessi principali*» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *RDIPP*, 2004, p. 499 ss.

⁵²⁴ Sul punto v. *supra* cap. II, par. 3.1.

⁵²⁵ Cfr. art. 2295, n. 4, c.c. per la s.n.c. e la s.a.s. (in virtù del rinvio operato dall’art. 2315, c.c.), art. 2328, c. 2, n. 2, per la s.p.a. e la s.a.p.a. (in ragione del rinvio *ex art.* 2454 c.c.) e art. 2463, c. 2, n. 2, per la s.r.l. Si noti peraltro che a seguito della riforma del diritto societario attuata nel 2003 con Decreto legislativo 17 gennaio 2003, Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (in *G.U.R.I.* n. 17 del 22/1/2003 - Suppl. Ordinario n. 8) non è più richiesta l’indicazione nell’atto costitutivo dell’indirizzo preciso della sede sociale, ma è sufficiente quella del solo comune (ciò per sgravare le società dalla necessità di ricorrere all’atto pubblico stipulato da notaio al fine di modificare l’atto costitutivo in caso di trasferimento della sede nello stesso comune).

⁵²⁶ L’iscrizione nel registro delle imprese ha valore costitutivo per le società di capitali ai sensi dell’art. 2331, c.1, c.c. (cui fanno rinvio l’art. 2454, c.c., per la s.a.p.a. e l’art. 2463, u.c., c.c., per la s.r.l.) e per le società cooperative, mentre rappresenta una forma di pubblicità dichiarativa per le società di persone. Sul valore dell’iscrizione nel registro delle imprese v., ad esempio, L. QUATTROCCHIO, *Registro delle imprese*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sez. comm.le*, vol. XII, Torino, 1996, p. 283 ss., spec. p. 286.

delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale,⁵²⁷ ossia la sede statutaria.⁵²⁸

Vi sono poi alcune disposizioni che si riferiscono alla sede della società in relazione alle delibere assembleari o aspetti ad esse collegati. Il comune in cui si trova la sede statutaria della società, ad esempio, è il luogo in cui debbono tenersi le assemblee dei soci delle società di capitali, salvo diversa espressa previsione contenuta nello statuto, e presso la sede sociale debbono essere depositate le proposte (e la relativa documentazione) di alcune delibere particolarmente importanti per la società, quali il bilancio d'esercizio, il progetto di fusione e scissione, la proposta di trasformazione.⁵²⁹ Sempre in materia di deliberazioni assembleari, con riferimento però alle sole società quotate, è prescritto il deposito presso la sede sociale (oltre alla pubblicazione sul sito internet della società) di una relazione sulle materie all'ordine del giorno, nel termine prescritto per la pubblicazione dell'avviso di convocazione.⁵³⁰

Inoltre, altre disposizioni del codice civile menzionano la sede sociale al fine di determinare il giudice competente in ordine ai procedimenti di volontaria giurisdizione o di natura contenziosa che possono interessare una società o alle controversie in cui sia coinvolta una società. Ad esempio, il tribunale nel cui circondario ha sede la società è competente a nominare l'esperto incaricato della redazione della relazione giurata per la valutazione dei conferimenti in natura e pure a conoscere delle impugnazioni delle delibere assembleari o, ancora, delle delibere degli obbligazionisti. Sebbene manchi la precisazione, non vi sono dubbi nemmeno sulla competenza del tribunale della sede della società in relazione alla denuncia di gravi irregolarità compiute nella gestione dagli amministratori.⁵³¹

⁵²⁷ Ai sensi dell'art. 1, c. 3, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, *Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*, le camere di commercio hanno sede in ogni capoluogo di provincia e circoscrizione territoriale corrispondente di norma a quella della provincia o dell'area metropolitana.

⁵²⁸ Cfr. art. 2330, c. 1, c.c., con riguardo alla s.p.a. a cui rinvia l'art. 2463, u.c., c.c., per la s.r.l. (e l'art. 2454, c.c., per la s.a.p.a.).

⁵²⁹ Cfr. art. 2363, c. 1, c.c., per la s.p.a. (applicabile anche alla s.a.p.a. in ragione del disposto dell'art. 2454, c.c.) e art. 2479-bis, c.c., per la s.r.l.

⁵³⁰ Cfr. art. 125-ter, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, c.d. T.U.F., in *G.U.R.I.* n. 71 del 26/3/1998 - Suppl. Ordinario n. 52.

⁵³¹ Cfr. art. 2343, c. 1, c.c., in relazione alla nomina di un esperto per la stima dei conferimenti in natura, art. 2378, c.1., c.c., con riguardo alle impugnazioni di delibere assembleari e art. 2416, c.2, c.c. con riferimento alle impugnazioni delle delibere degli obbligazionisti. Vi sono poi altre disposizioni che prevedono la competenza del tribunale senza specificare che si tratta di quello nel cui circondario si trova la sede della società, ma non vi sono dubbi in proposito: v. art. 2367, c. 2, c.c.

In tutti i casi menzionati a livello di diritto italiano, l'espressione "sede sociale" dovrebbe corrispondere al luogo indicato nell'atto costitutivo o nello statuto di ogni società in cui normalmente si stabiliscono gli organi dotati del potere amministrativo e di rappresentanza dell'ente. Gli elementi qualificanti della sede legale dovrebbero essere dunque due, l'indicazione nell'atto costitutivo o nello statuto societario e l'installazione degli organi dotati del potere di gestione e di rappresentanza della società. Tuttavia, quest'ultimo aspetto ha perso d'importanza e la giurisprudenza italiana recente considera come unico tratto caratterizzante la sede sociale il solo dato formale; in caso di dissociazione tra i due aspetti, si avrà una duplice sede, una *legale* ed una *effettiva*.⁵³² L'art. 46, c.c., dedicato alla definizione della "sede delle persone giuridiche", conferma che la regola è rappresentata dalla coincidenza della sede legale (quella fissata nell'atto costitutivo o risultante dall'iscrizione nel registro delle imprese). Il suo ultimo comma dispone espressamente per il caso in cui tale coincidenza di sedi non si avveri, ammettendo i terzi a considerare come sede della persona giuridica anche la "sede effettiva" che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, "è il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente".⁵³³

1.2. *La continuità della soggettività giuridica della società che procede a trasferimento della sede e il mutamento della lex societatis.*

Un aspetto che richiede particolare attenzione quando si parli di trasferimento

concernente la convocazione dell'assemblea su richiesta degli azionisti in caso di inerzia degli amministratori, art. 2417, c. 2, c.c., riguardante la nomina del rappresentante comune degli obbligazionisti, art. 2487, c.2, c.c., sulla nomina dei liquidatori in alcune ipotesi tassative e art. 2409, c.c., relativo alla denuncia al tribunale per gravi irregolarità commesse nella gestione dagli amministratori.

⁵³² Per la definizione di "sede legale" nella giurisprudenza italiana v. già Cass. 25 marzo 1958, n. 995, in *F.I. – Rep.*, 1958, p. 2498, Cass. 22 gennaio 1957, in *Giust. civ. – Massimario*, 1958, p. 47 ss., Cass. 28 giugno 1961, n. 1563.

⁵³³ Cfr. Cass. civ. sez. lav. 4 ottobre 1988, n. 5359, in *Giust. civ. – Massimario*, 1988. Per la nozione di sede effettiva di società e persone giuridiche v. Cass. civ. 16 giugno 1984, n. 3604, Cass. 5 aprile 1985, n. 2341, Cass. civ. n. 3175/1982.

transfrontaliero della sede sociale è quello della continuità della società che vi procede. Talvolta l'operazione è astrattamente ammissibile, poiché essa è disciplinata o non espressamente vietata da alcuna delle leggi in presenza o ancora non sembra doversi ritenere illegittima in caso di lacuna normativa, ma risulta in concreto irrealizzabile a causa dell'incrocio di tutte le disposizioni rilevanti. Solitamente la continuità della personalità giuridica di una società che trasferisca la sede sociale dipende, in assenza di norme uniformi europee, dalla combinazione delle leggi degli Stati coinvolti dall'operazione stessa.

Si consideri per un momento il solo diritto internazionale privato degli Stati coinvolti dal trasferimento della sede di una società da uno Stato all'altro. L'esito dell'operazione dipende dall'incontro delle differenti teorie conflittuali, dal tipo di sede che la società intende spostare da uno Stato ad un altro e dal punto di vista che si prenda in considerazione.

a) *Trasferimento della sede reale.*

Si faccia per primo l'esempio dello spostamento della sede reale. Se il paese d'origine della società che intende trasferire all'estero la propria sede reale, cioè quello secondo il cui diritto detta società è stata costituita, accoglie il criterio dell'*incorporation* considererà del tutto irrilevante tale operazione ai fini della continuità della società che resterà soggetta al suo diritto, senza ripercussione alcuna sulla continuità della personalità giuridica della stessa. Alla stessa conclusione giungerà lo Stato di destinazione che adotti il medesimo criterio di collegamento. Tuttavia, se il paese di destinazione adottasse il criterio della sede reale pretenderebbe esso stesso di assoggettare al proprio diritto la società avente sede reale entro i propri confini. In questo caso si creerebbe un conflitto (positivo) di leggi che vorranno entrambe applicarsi alla medesima fattispecie.

Si ipotizzi invece che il trasferimento della sede reale riguardi una società costituita conformemente al diritto di uno Stato che impiega, in materia societaria, il criterio della sede reale. Detto spostamento porterebbe il paese d'origine a non ritenersi più competente a regolare la fattispecie che dovrebbe, dal suo punto di vista, essere invece retta dalla legge dello Stato di destinazione. Il punto di vista di quest'ultimo sarebbe speculare a quello del paese d'origine della società solo se esso accogliesse quale criterio di collegamento la sede

reale. In questa ipotesi lo Stato di destinazione della sede reale si riterrebbe competente a disciplinare la società così trasferitasi. Diversamente, se lo Stato di destinazione adottasse l'opposto criterio dell'incorporazione non si riterrebbe competente a regolare detta società, che invece, dal suo punto di vista, dovrebbe essere soggetta al diritto del paese d'origine, che però a sua volta non vorrebbe applicarsi alla fattispecie. Si creerebbe così un conflitto negativo di leggi: nessuno dei due ordinamenti coinvolti si considererebbe più competente a regolare la società in questione.

b) *Trasferimento della sede legale.*

Si pensi ora al trasferimento transfrontaliero della sede legale. Se la società è stata costituita in un ordinamento che impiega il luogo di ubicazione della sede reale quale criterio di collegamento lo spostamento all'estero della sede legale di detta società non dovrebbe incidere sullo statuto personale della medesima, la quale dal punto di vista dello Stato d'origine dovrebbe continuare ad essere regolata dal diritto del foro *qua lex societatis*. Nell'ottica dello Stato di destinazione della sede legale che accolga la *incorporation theory* la società sarà retta dalla propria legge; ci sarà perciò accordo tra i due diritti in gioco. Invece, per il paese di arrivo che adotti il criterio della sede reale la società sarà regolata dalla legge dello Stato in cui avrà mantenuto la sede reale, in ipotesi lo Stato di costituzione, e rimarrà dunque soggetta al diritto dello Stato di costituzione, il quale però non si riterrà a ciò competente, dando origine a un conflitto negativo di leggi.

Si supponga ora che il paese di origine della società adotti il criterio formale costituito dal luogo di incorporazione. Nell'ottica di tale paese lo spostamento della sede legale in altro Stato non dovrebbe dar luogo ad alcun cambiamento della legge applicabile alla società che rimarrebbe quella di costituzione, ovvero quella dello Stato di partenza; ciò a meno che il diritto internazionale privato del paese di costituzione equipari ai fini della determinazione della *lex societatis* il diritto dello Stato in cui la società sia stata costituita a quello in cui la

sede legale sia successivamente trasferita.⁵³⁴ Il paese di destinazione concorderà con la soluzione individuata secondo il diritto internazionale privato dello Stato d'origine della società sia ove adottati il medesimo criterio di collegamento, sia nel caso accolga la teoria della sede reale, se questa rimane stabilita nel paese d'origine della società.

A quanto detto sinora si dovrebbe aggiungere l'effetto dell'applicazione del rinvio, laddove consentito dalle leggi degli Stati interessati dall'operazione di trasferimento. Tale meccanismo internazionalprivatistico potrebbe in alcuni casi sciogliere i conflitti di legge appena descritti, in altri crearne di nuovi, siano essi positivi o negativi.

Da questi brevi esempi di combinazione tra i criteri di collegamento più diffusi in materia societaria si evince chiaramente la complessità dei problemi generati a livello internazionalprivatistico (che è solo uno dei tanti piani da considerare) dal trasferimento della sede e dell'accertamento dei suoi effetti sull'esistenza della società che vi proceda e sulla *lex societatis*.

2. Il trasferimento della sede sociale nell'ordinamento italiano.

Come già osservato, l'assenza di una disciplina uniforme nell'ordinamento dell'Unione europea impone di sondare gli ordinamenti nazionali alla ricerca di norme di conflitto e/o materiali che si occupino del trasferimento di sede sociale nell'intento di ricostruirne, ove possibile, una qualche forma di regolamentazione, per quanto parziale e limitata ad alcuni aspetti.⁵³⁵ Il primo passo consiste nell'accertare se il trasferimento della sede sociale all'estero è ammissibile dal punto di vista dell'ordinamento di costituzione della società e, in seconda battuta, occorre verificare se esiste una disciplina, seppur limitata, dei

⁵³⁴ Per un'ipotesi simile v. *infra* par. 2.3.

⁵³⁵ Si ribadisce che le affermazioni circa l'assenza di una disciplina uniforme relativamente al trasferimento della sede sociale all'interno dell'Unione europea sono da intendersi come riferite esclusivamente agli aspetti di diritto internazionale privato delle società e di diritto societario e non invece ai profili di natura fiscale che esulano dalla presente trattazione.

presupposti, dei requisiti e della procedura dello spostamento della sede. La stessa verifica di ammissibilità e eventuale regolamentazione dovrà essere poi condotta anche dal punto di vista dell'ordinamento di destinazione della sede sociale in relazione all'ammissibilità dell'operazione e alle sue conseguenze, specialmente in termini di legge applicabile.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si riscontra l'assenza di una disciplina generale di qualsiasi natura del trasferimento della sede sociale all'estero, sia che si tratti di un caso di emigrazione di società costituita e regolata secondo il diritto italiano, sia anche si tratti di immigrazione di società costituite e rette dal diritto di un altro paese. Esistono, tuttavia, alcune disposizioni di natura sostanziale da cui possono trarsi alcune indicazioni normative in merito alla fattispecie in esame, nonché una norma di diritto internazionale privato c.d. materiale che fissa un principio importante in relazione all'efficacia dell'operazione di trasferimento della sede sociale.

2.1. *Il trasferimento della sede sociale nel diritto materiale italiano.*

L'ordinamento italiano non presenta una disciplina compiuta del trasferimento della sede sociale, né quando questa si realizzi come fattispecie puramente interna, né quando si presenti come fattispecie con elementi di internazionalità. Ciononostante è possibile rinvenire tracce di siffatta operazione in alcune norme di diritto societario, dalle quali si è generalmente dedotta l'ammissibilità del trasferimento all'estero della sede sociale di società rette dal diritto italiano.

Per quanto riguarda le società di persone l'art. 2252, c.c., contenuto nelle disposizioni generali sulle società di persone e rubricato "*Modificazioni del contratto sociale*", dispone genericamente che il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente. Diversamente, in relazione alle società di capitali il codice civile italiano contiene delle disposizioni che fanno esplicito riferimento all'ipotesi del trasferimento della sede sociale. L'art. 2437, c. 1, lett. c), c.c., attribuisce ai soci di s.p.a. che

non hanno concorso alla delibera riguardante il trasferimento della sede sociale all'estero il diritto di recesso, totale o parziale, dalla società.⁵³⁶ La competenza ad assumere una simile decisione spetta, ai sensi dell'art. 2365, c.c., all'assemblea straordinaria, la quale, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è soggetta a un particolare *quorum* deliberativo anche in seconda convocazione (per alcune deliberazioni espressamente indicate, tra qui quelle concernenti il trasferimento della sede sociale all'estero, l'art. 2369, c. 5, c.c., richiede infatti, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale).⁵³⁷ Previsioni del tutto analoghe regolano la questione anche con riferimento alla s.r.l.⁵³⁸

Nonostante alcune lievi differenze,⁵³⁹ si osserva quindi una sostanziale uniformità di soluzioni scelte dal legislatore italiano in relazione al trasferimento della sede sociale all'estero quale modifica statutaria di notevole impatto sulla vita della società tanto da essere assistita da *quorum* deliberativi rafforzati e inclusa tra le cause legali di recesso che consentono di tutelare i soci non consenzienti rispetto ad una modifica significativa delle caratteristiche del loro investimento. Sebbene il testo delle norme citate si riferisca genericamente alla "sede sociale" senza precisare di quale tipo, risulta dal contesto (la norma è inserita nella disciplina delle modifiche statutarie, appunto) che si tratta della sola sede statutaria. Ciò significa che occorre distinguere il trasferimento della sede sociale dallo

⁵³⁶ Sulla *ratio* del diritto di recesso dei soci non consenzienti rispetto alla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero v. F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitrari normativi*, Milano, 2010, pp. 152-154.

⁵³⁷ La riforma del diritto societario realizzata con D.lgs. n. 6/2003 ha modificato gli artt. 2437 e 2369 c.c., seppure non in maniera radicale. Il vecchio art. 2437, c.c., prevedeva il diritto di recesso rispetto alle delibera di trasferimento della sede sociale all'estero solo per il socio di società per azioni dissenziente, escludendo così dal diritto di recesso gli astenuti e gli assenti. Il vecchio art. 2369 al quarto comma prescriveva un *quorum* deliberativo, in seconda convocazione, pari a più della metà del capitale sociale per, tra le altre, la delibera di trasferimento della sede sociale all'estero e ciò in tutte le s.p.a. indipendentemente dal fatto che facessero ricorso o meno al mercato del capitale di rischio. Intatta è rimasta, invece, la competenza dell'assemblea straordinaria della società per azioni rispetto alle delibere sulla modificazioni dell'atto costitutivo.

⁵³⁸ Ai sensi dell'art. 2473 c.c. il trasferimento della sede sociale è compreso tra le cause di recesso attribuite dalla legge ai soci di s.r.l. che non hanno consentito all'operazione. La differenza testuale rispetto all'art. 2437 c.c. relativo alle s.p.a. può far sorgere qualche dubbio rispetto all'attribuzione del diritto di recesso ai soci astenuti, ma non esclude il generale allineamento tra le due discipline. Va rilevata poi una differenza di tipo quantitativo in relazione al diverso *quorum* deliberativo richiesto dal combinato disposto degli artt. 2479 e 2479-bis c.c. per le delibere di modifica dell'atto costitutivo (è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino la metà del capitale sociale).

⁵³⁹ Nella disciplina vigente fino alla riforma del 2003 v'era assoluta coincidenza quanto al trasferimento della sede sociale all'estero tra la disciplina dei diversi tipi di società di capitali, giacché il vecchio art. 2494, c.c., rendeva applicabili alle modificazioni dell'atto costitutivo di s.r.l. le disposizioni degli artt. 2436 e 2437, c.c., dedicati alle società per azioni e ugualmente faceva l'art. 2464, c.c., con riferimento alla s.a.p.a.

spostamento della sede amministrativa o degli stabilimenti di produzione. Solo il primo esige una modifica statutaria con tutte le conseguenze che ne derivano, mentre il secondo si configura piuttosto come una scelta aziendale che non richiede formalità del tipo appena descritto.

La delibera assembleare che approva il trasferimento della sede sociale all'estero deve essere poi omologata dal tribunale su istanza del notaio che l'ha verbalizzata. Il decreto di omologa della delibera assembleare contenente la decisione del trasferimento all'estero della sede sociale conterrà poi anche l'ordine di cancellazione della società dal registro delle imprese in cui è stata iscritta sino al momento dell'omologa. A tale cancellazione dovrebbe corrispondere l'iscrizione della società nel registro del paese estero di destinazione della sede. A questo proposito potrebbe sorgere in caso di spostamento il problema della esatta determinazione del momento in cui cessa l'efficacia della vecchia iscrizione e, parallelamente, inizia a produrre effetti la nuova iscrizione nel registro estero, poiché ciò potrebbe riverberarsi sull'eventuale mutamento della *lex societatis*.⁵⁴⁰

2.2. Il trasferimento della sede nel diritto internazionale privato italiano.

L'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995, dispone che “i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato [...] hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”.⁵⁴¹ Siffatta norma riveste un'importanza centrale nella presente trattazione giacché costituisce la conferma della legittimità, sempre sostenuta dalla dottrina

⁵⁴⁰ Così v. F. MUCCIARELLI, *Società di capitali* cit., p. 150, il quale fa notare che invece la determinazione del momento esatto in cui cessa l'efficacia della prima iscrizione nel registro delle imprese è assai importante in relazione alle fattispecie internazionali, mentre riveste scarsa importanza pratica nel caso del trasferimento puramente interno giacché detta operazione non ha effetto alcuno sulla legge applicabile e i terzi di buona fede sono in ogni caso tutelati dalla previsione di cui all'art. 46, c. 2, c.c. che consente loro di avvalersi della sede effettiva della società laddove risulti diversa da quella statutaria o quella risultante dal registro, mentre può costituire una questione molto delicata nel caso di trasferimenti transfrontalieri della sede sociale.

⁵⁴¹ La norma è stata ritenuta un'ovvia precisazione da A. SANTA MARIA, *Articolo 25* cit., p. 1045, F. FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione - Commento al decreto del Tribunale di Verona 5 dicembre 1996, Le società*, 1997, p. 574 ss., p. 575. Di contrario avviso v. G. BROGGINI, *La riforma* cit., p. 65, secondo il quale il significato del testo del terzo comma dell'art. 25 è di portata generale e risiede nell'affermazione indiretta del principio di continuità del soggetto che trasferisce la sede e della conservazione della personalità giuridica.

italiana, delle due ipotesi di mobilità societaria che ci si propone di analizzare da qui al termine del presente lavoro. Peraltro, data l'assenza di norme uniformi di diritto internazionale privato delle società a livello europeo la previsione che ci si accinge a illustrare rimane l'unico riferimento normativo vigente in questa materia che disciplini le ipotesi di mobilità societaria, abbiano esse dimensione puramente europea o internazionale, fatta salva l'interferenza del diritto sostanziale dell'Unione europea, nelle forme e nella misura di cui si dirà fra poco (la situazione è in parte diversa con riferimento alle fusioni transfrontaliere di cui si dirà nel prossimo capitolo).

Va sottolineato sin d'ora che la portata del terzo comma dell'art. 25 della legge n. 218/1995 è, per espressa previsione normativa, limitata al trasferimento della sede *statutaria* e non comprende lo spostamento della sede amministrativa. Detta norma riguarda il trasferimento della sede statutaria di società italiane verso un paese straniero, così come l'ipotesi contraria dello spostamento della sede statutaria di una società straniera in Italia e pure il caso del trasferimento della sede statutaria di una società straniera in un altro paese diverso dall'Italia.⁵⁴² Il diritto internazionale privato italiano non contempla invece il trasferimento all'estero della sede amministrativa di una società retta dal diritto italiano; diversamente, il caso opposto di una società regolata da un diritto straniero che sposti in Italia la propria sede amministrativa cade invece sotto la previsione di cui all'art. 25, comma 1, ult. per., legge n. 218/1995.⁵⁴³

L'art. 25, comma 3, non reca una vera e propria norma di conflitto, bensì una c.d. norma di diritto internazionale privato "materiale".⁵⁴⁴ Esso infatti non contiene una norma atta a determinare il diritto applicabile all'operazione di trasferimento all'estero della sede sociale o il diritto regolatore della società a seguito dello spostamento della sede tramite un apposito criterio di collegamento, piuttosto stabilisce le condizioni alle quali il trasferimento della sede statutaria e la fusione internazionale producono effetti nell'ordinamento italiano, limitando la portata del richiamo internazionalprivatistico di cui al primo comma. Segnatamente,

⁵⁴² Così T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1999, p. 81.

⁵⁴³ Sul punto v. *supra* cap. I, par. 3.3.2., p. 60.

⁵⁴⁴ Così v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1139. Sul concetto di norma di diritto internazionale privato materiale v. E. VITTA, *Dir. int. priv.*, I, *cit.*, p. 170 ss., e IDEM, *Corso di diritto internazionale privato*, Torino, 1976, p. 99 e, più di recente, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 2007, p. 143.

l'operazione produce effetti in Italia solo qualora risulti conforme alle norme di tutti i paesi interessati, di qualsiasi tipo esse siano (materiali, procedurali, di diritto internazionale privato). La norma mira così a garantire il contemperamento delle valutazioni di ciascuno degli ordinamenti coinvolti nella misura maggiore possibile.

La valutazione di conformità del trasferimento di sede alle leggi di tutti gli ordinamenti interessati comporta una delicata analisi, non limitata alla lettera delle norme in gioco, ma attenta alla *ratio* delle stesse.⁵⁴⁵ La soluzione dovrebbe essere piuttosto semplice in due ipotesi, e cioè a) quando le norme dei due (o più) paesi coinvolti siano sostanzialmente equivalenti o, pur non essendolo, prevedano requisiti progressivi o tra loro graduabili (nel qual caso l'osservanza delle disposizioni più stringenti sarà garanzia del rispetto anche di quelle meno esigenti)⁵⁴⁶ e b) quando almeno uno degli ordinamenti interessati contenga un divieto espresso di spostare la sede al di fuori dei confini nazionali. In tutti gli altri casi il compito del giurista sarà invece più complesso. Egli dovrà in primo luogo identificare gli ordinamenti interessati dall'operazione di trasferimento e in seconda battuta individuare al loro interno le disposizioni sostanziali che regolano la fattispecie, compito quest'ultimo non facile data la frequente assenza di una disciplina specifica per il trasferimento della sede sociale. Proprio la frequente assenza di norme dedicate alla fattispecie considerata è fonte di grandi difficoltà ermeneutiche giacché richiede di comprendere il significato di tale lacuna, se dal silenzio del legislatore debba ricavarsi una conferma o una smentita implicita dell'ammissibilità del trasferimento transfrontaliero.

La questione più significativa che si pone all'interprete rispetto alle operazioni di trasferimento della sede sociale all'estero concerne gli effetti della stessa sullo statuto personale della società. Ci si domanda se lo spostamento all'estero della sede statutaria implichi la cessazione dell'originaria società e la costituzione di un nuovo ente societario nello Stato di destinazione oppure possa avvenire nella continuità della soggettività giuridica della società in questione. In tale ultimo caso, occorre poi comprendere se il trasferimento della sede sociale all'estero, quando sia conforme al diritto di entrambi gli Stati coinvolti e

⁵⁴⁵ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1140.

⁵⁴⁶ Così v. M. V. BENEDETTELLI, *Art. 25 cit.*, p. 1142.

dunque efficace a norma dell'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995, comporti anche il mutamento della legge applicabile alla società interessata oppure se la determinazione della *lex societatis* effettuata nel momento iniziale della vita della società rimanga impermeabile a eventuali trasferimenti della sede sociale.

A tal proposito si possono distinguere due indirizzi dottrinali. Secondo l'opinione di gran lunga prevalente la società che proceda a trasferire la sede sociale all'estero sopravvive a tale operazione e dunque continua ad esistere nei rapporti tanto esterni quanto interni.⁵⁴⁷ Esiste poi una posizione, più diffusa nel passato e comunque minoritaria, secondo la quale la modifica dei presupposti materiali previsti dal diritto di uno Stato per la costituzione di una società non può che comportare lo scioglimento di ogni legame con detto Stato e, quindi, l'estinzione della società dal punto di vista del medesimo, salva la possibilità di ricostituzione della società in un altro Stato. In quest'ultimo caso ci si troverebbe di fronte a due soggetti diversi, la società originaria estintasi al momento del trasferimento della sede sociale all'estero e la società costituita *ex novo* nello Stato di nuova collocazione della sede sociale.⁵⁴⁸

2.3. *Il trasferimento all'estero della sede sociale nella giurisprudenza italiana tra luci e ombre.*

La fotografia che si ricava dalla giurisprudenza italiana che si è occupata della

⁵⁴⁷ Di questo parere v. A. SANTA MARIA, *Articolo 25 cit.*, pp. 1042-1043, IDEM, *Spunti cit.*, p. 1102, M. V. BENEDETTELLI, *«Mercato» comunitario delle regole cit.*, p. 720, e R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società cit.*, p. 150 e p. 154, secondo i quali il comma 3 dell'art. 25 riconosce implicitamente la continuità delle persone giuridiche che spostano la sede sociale all'estero in conformità alle leggi degli Stati interessati, sebbene poi rilevino come quella norma condizioni il riconoscimento di detta continuità societaria alla verifica dell'ammissibilità dello spostamento all'estero della sede sociale da parte di tutti i sistemi giuridici interessati; v. anche G. BROGGINI, *La riforma cit.*, p. 65, il quale ritiene il comma 3, dell'art. 25, un'affermazione indiretta del principio della continuità del soggetto che trasferisce la sede e della conservazione della personalità giuridica, anche attraverso il passaggio dell'assoggettamento da un ordinamento giuridico all'altro, riconducendo il problema del trasferimento della sede sociale a una questione di adattamento dell'ente societario al nuovo ordinamento. Nel senso della continuità della società che proceda al trasferimento di sede sociale, sebbene con riferimento alla normativa vigente prima della riforma del 1995 e sul presupposto che ciò sia consentito dall'ordinamento di costituzione dell'ente, già F. CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società di «persone» che trasferiscono la sede in un altro Stato*, in *RDI*, 1958, p. 607 ss., spec. pp. 614-615.

⁵⁴⁸ Per la considerazione del trasferimento congiunto di sede legale e reale alla stregua di una ipotesi di scioglimento della società in un altro ordinamento giuridico si vedano le più risalenti decisioni in materia: *infra* par. 2.3.a). In dottrina v. A. DE VITA, *Ritenuto inammissibile il trasferimento di società all'estero - Commento alla sentenza della Corte d'appello di Baviera 7 maggio 1992*, in *Soc.*, 1993, p. 139 ss.

questione del trasferimento di sede sociale all'estero e delle sue congeuenze nell'ordinamento italiano è piuttosto sfocata. Il numero delle decisioni che possono interessare ai fini della presente trattazione non è particolarmente elevato e le conclusioni cui giungono sono spesso contraddittorie. Preliminarmente occorre precisare che in nessun caso i giudici italiani si sono pronunciati direttamente sugli effetti del trasferimento della sede sociale all'estero da un punto di vista squisitamente internazionalprivatistico, in particolare degli effetti dell'operazione sulla legge applicabile alla società. Le occasioni da cui è origina la gran parte della giurisprudenza italiana che si è in qualche modo interessata al problema del trasferimento della sede sociale all'estero sono essenzialmente due: da un lato il regolamento preventivo di giurisdizione volto a dirimere la questione della competenza giurisdizionale del giudice italiano ad aprire una procedura fallimentare di società costituite in Italia che avevano trasferito la sede all'estero nell'imminenza dell'istanza di fallimento (o comunque ad insolvenza già manifestatasi),⁵⁴⁹ dall'altro il procedimento di giurisdizione volontaria volto ad ottenere l'omologa delle delibere assembleari di società costituite in Italia, contenenti, tra l'altro, la decisione di spostare la sede sociale all'estero.⁵⁵⁰ Una sola decisione tra quelle che è dato conoscere statuisce su di una denuncia *ex art. 2409 c.c.*

2.3.1. *L'ammissibilità del trasferimento all'estero della sede sociale nell'ordinamento italiano.*

L'unico dato certo e condiviso che emerge della giurisprudenza italiana che, a vario titolo, si è occupata di trasferimento della sede sociale all'estero è senza dubbio quello dell'ammissibilità dell'operazione, riconosciuta talvolta implicitamente, tal altra espressamente. È dato conoscere un solo caso, risalente agli anni settanta del secolo scorso, in cui il trasferimento all'estero della sede sociale fu giudicato dal Tribunale di Como

⁵⁴⁹ Per un'analisi dettagliata degli effetti del trasferimento della sede sul fallimento v. per tutti F. MUCCIARELLI, *Società di capitali cit.*, p. 203 ss.

⁵⁵⁰ Per un approfondimento sul ruolo del procedimento di omologazione in sede di modificazione dell'atto costitutivo v. in particolare C. ANGELICI, *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, in *Giur. comm.le.*, 1994, I, p. 621 ss.

“impossibile dal punto di vista giuridico” in quanto diversamente l’operazione avrebbe costituito un mezzo per eludere le norme italiane sullo scioglimento delle società e sui controlli.⁵⁵¹ In tutti gli altri casi noti la legittimità del trasferimento all’estero della sede sociale è stata affermata senza esitazione dai giudici di merito a partire dalle norme del codice civile (menzionate nel paragrafo che precede e) disciplinanti detta operazione quale modifica statutaria; nelle pronunce successive all’entrata in vigore della riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano si aggiunge, quale ulteriore conferma e riferimento normativo concludente, la norma di cui all’art. 25, comma 3, legge n. 218/1995.⁵⁵² A suggello dell’orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito è intervenuta nel 2004 la Corte di Cassazione con una ordinanza pronunciata a sezioni unite nell’ambito di un regolamento preventivo di giurisdizione circa la competenza giurisdizionale del giudice italiano a dichiarare il fallimento di una società costituita in Italia e trasferitasi nel Granducato di Lussemburgo prima della presentazione dell’istanza di fallimento. Secondo la S.C. nessun dubbio può sussistere circa l’astratta ammissibilità del trasferimento della sede di una società da uno Stato ad un altro, posti gli artt. 2369, c. 4, e 2437, c. 1, c.c. da un lato e l’art. 25, c. 3, legge n. 218/1995 dall’altro.⁵⁵³

2.3.2. *L’efficacia del trasferimento all’estero della sede sociale e i suoi effetti sulla continuità della personalità giuridica delle società e sullo statuto personale della società*

Posta la legittimità (astratta) del trasferimento all’estero della sede sociale

⁵⁵¹ Sul punto v. C. App. Milano, 22 maggio 1974 (decr.), in *Giur. comm.le.*, 1975, II, p. 832 ss., in partic. pp. 833-834, ove si riporta il contenuto dell’impugnata decisione del Tribunale di Como, il quale rifiutò di omologare la delibera assembleare con cui una società aveva deciso il trasferimento della sede sociale da Campione d’Italia a Vaduz, Liechtenstein, sul presupposto che il trasferimento di una società all’estero fosse impossibile dal punto di vista giuridico poiché altrimenti averbbe rappresentato un modo per eludere il diritto italiano.

⁵⁵² Per l’affermazione espressa dell’ammissibilità del trasferimento all’estero della sede sociale v. C. App. Milano, 22 maggio 1974 (decr.), *cit.*, p. 835, Trib. Torino, 16 dicembre 1991, *Banque Dumenil Leblè s.s. e al. c. S.p.a. Dominion Trust Corporation Limited*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 811 ss., spec. p. 835.

⁵⁵³ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244, in *RDIPP*, 2004, p. 1381 ss., pubblicata anche in *Int’l Lis*, 2004/2005, p. 28 ss. con commento di L. PERILLI, *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 549, con nota di C. PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all’estero sullo statuto personale della società e fallimento*, p. 553 ss.

nell'ordinamento italiano, questione su cui i giudici di merito e il giudice delle leggi si mostrano concordi, profili di maggiore complessità e talvolta di contraddittorietà emergono in relazione al tema dell'efficacia dell'operazione nonché dei suoi effetti, sia in termini di continuità della società che vi procede, sia in termini di conseguenze sullo statuto personale della medesima.

Secondo un orientamento più risalente il trasferimento della sede sociale all'estero rappresentava una causa di estinzione della società che vi procedeva. Nel 1958 la Corte d'Appello di Torino si trovò a decidere dell'impugnazione della sentenza con cui il Tribunale della medesima città aveva rigettato, sulla base dell'assenza di continuità tra i due soggetti, la domanda di una società in nome collettivo cecoslovacca che, dopo aver deliberato il trasferimento della sede statutaria a Parigi (ove già aveva una succursale) e la sua trasformazione in una società a responsabilità limitata di diritto francese, rivendicava la proprietà di alcuni marchi posseduti dalla vecchia società cecoslovacca. Seppure ragionando in termini di nazionalità della società in questione (tuttavia correttamente concepita come sottoposizione della regolamentazione dei rapporti interni ed esterni della società all'ordinamento giuridico di un dato Stato), il collegio torinese in sede di appello affermò che “poiché la volontà di sottoporre la regolamentazione dei rapporti sociali a un ordinamento nazionale diverso da quello originario implica necessariamente il rinnegamento ed il ripudio di quest'ultimo, si deve dedurre imprescindibilmente che, in questa ipotesi, è errato fare riferimento a una stessa società modificata o trasformata ed è invece corretto ed esatto riconoscere una nuova e diversa società la quale, per essere appunto regolata nei suoi rapporti interni ed esterni da un nuovo e diverso ordinamento giuridico nazionale, da questo esclusivamente deriva la sua nuova e diversa fisionomia”.⁵⁵⁴ In altri termini, secondo quella pronuncia una società poteva anche procedere allo spostamento della sede sociale al di fuori dei confini dello Stato di costituzione ma, così facendo, rescindeva automaticamente il suo legame con detto Stato d'origine, estinguendosi e rinascendo poi nel paese della nuova sede come nuovo soggetto giuridico. La Corte d'appello piemontese esclude qualsiasi continuità tra

⁵⁵⁴ Cfr. C. App. Torino, 17 giugno 1958, *Koh-i-noor Tusckarna L. & C. Hardmuth Naodni Podnik c. Fabrique de crayons Hardtmuth L. & C. s.r.l.*, in *RDI*, 1958, p. 597 ss., spec. p. 600.

i due soggetti.

Tuttavia, il ragionamento seguito per giungere a tale conclusione apparve da subito piuttosto sbrigativo; i magistrati torinesi, infatti, fecero discendere automaticamente dalla decisione di una società in nome collettivo di sottoporre la disciplina dei rapporti sociali ad un ordinamento diverso da quello sulle cui norme si fondava la sua autonomia patrimoniale lo scioglimento di detta società e la costituzione di una nuova società nello Stato di destinazione in virtù del fatto che le società non personificate non potrebbero sopravvivere a una simile operazione. Autorevole dottrina contestò decisamente il *modus procedendi* dei giudici piemontesi, rimproverando loro di aver incentrato il ragionamento sulla questione dell'autonomia patrimoniale come indice dell'esistenza di un autonomo centro di imputazione di diritti ed obblighi, trascurando nondimeno di analizzare le norme dell'ordinamento competente a regolare la società prima della modifica statutaria sul punto.⁵⁵⁵ Tale dottrina suggerì invece un *iter* interpretativo molto simile al meccanismo che più avanti sarebbe stato introdotto dal terzo comma dell'art. 25, legge n. 218/1995. Preliminare alla valutazione dell'efficacia della delibera di trasferimento della sede sociale all'estero avrebbe dovuto essere l'individuazione dell'ordinamento la cui legge, dal punto di vista della *lex fori*, era chiamata a disciplinare la società prima della modifica statutaria; alla luce delle norme di detto ordinamento si sarebbero poi dovuti verificare la liceità della delibera e i suoi effetti sull'esistenza, nonché la continuità dell'ente societario; infine, si sarebbero dovute analizzare le previsioni della legge dello Stato di destinazione sui medesimi profili. Peraltro non vanno dimenticate le peculiarità del caso sottoposto all'attenzione del collegio torinese: si trattava infatti di apprezzare l'efficacia per l'ordinamento italiano del trasferimento della sede sociale di una società straniera verso un altro Stato estero e, inoltre, era interessata una società di persone (circostanza che introduceva nell'analisi giuridica della fattispecie le complicazioni dovute all'assenza di personalità giuridica).

Successivamente, già la Corte d'appello di Milano nel 1974, in sede di impugnazione del summenzionato decreto del Tribunale di Como, dispose l'omologa della delibera dell'assemblea straordinaria della società a responsabilità limitata italiana che aveva deciso lo

⁵⁵⁵ Così v. F. CAPOTORTI, *Sulla continuità cit.*, pp. 610-611.

spostamento della sede sociale a Vaduz (Liechtenstein), dichiarando che il trasferimento all'estero di una società costituita in Italia non determinava la sottrazione della stessa alla legge italiana, con ciò implicitamente riconoscendo la continuità dell'ente sotto l'impero del diritto del paese di costituzione.⁵⁵⁶ La giurisprudenza di merito degli anni novanta del secolo scorso sembrò poi orientarsi decisamente nel senso della sopravvivenza della personalità giuridica della società al trasferimento della sede sociale all'estero. Così il Tribunale di Pordenone nel 1990 omologò lo statuto di una società anonima con sede legale in Lussemburgo che aveva deciso di trasferire la sede legale in Italia, ivi avendo già stabilito la propria sede amministrativa, e di trasformarsi in una società per azioni italiana conformando il proprio statuto alla normativa italiana. Secondo il giudice friulano nel caso di specie non si trattava della costituzione *ex novo* di una società, ma solamente del trasferimento della sede legale e della trasformazione di un soggetto già esistente per l'ordinamento italiano dal momento che, avendo la sede amministrativa in Italia, tale società era in parte già soggetta al diritto italiano ai sensi dell'art. 2505 c.c. ante riforma (e per questo reputò non necessario il versamento dei tre decimi del capitale sociale).⁵⁵⁷

L'anno successivo anche il Tribunale di Torino confermò la continuità dell'ente societario a seguito dello spostamento all'estero della sede sociale. Nel valutare la sussistenza della competenza giurisdizionale del giudice italiano a pronunciare il fallimento di una società costituita in Italia che aveva trasferito la sede legale all'estero, per la precisione a Toronto (Canada), affermò che detta società non aveva mai cessato di esistere come persona giuridica italiana, nonostante il trasferimento all'estero, a nulla rilevando la dichiarata volontà della società di "lasciare la giurisdizione italiana".⁵⁵⁸ In altre parole, disse il Tribunale, il trasferimento della sede legale all'estero non rappresentava una fattispecie estintiva, restando la società soggetta alla legge dello Stato italiano (paese in cui del resto essa aveva lasciato la propria sede amministrativa). In termini del tutto simili si espressero qualche anno più tardi, nel 1995, sia il Tribunale di Alessandria sia la Corte d'appello di Torino. Il Tribunale

⁵⁵⁶ Cfr. C. App. Milano, 22 maggio 1974 (decr.), *cit.*, p. 835.

⁵⁵⁷ Cfr. Trib. Pordenone, 28 settembre 1990 (decr.), *Luxabel S.A.*, in *Foro pad.*, 1991, I, p. 187 ss. Si noti che questa pronuncia è l'unica, a quanto risulta, che riguardi un caso di immigrazione di una società straniera che ha trasferito in Italia la propria sede sociale. Diversamente, tutte le altre decisioni concernono casi di emigrazione di società costituite in Italia.

⁵⁵⁸ Cfr. Trib. Torino, 16 dicembre 1991, *cit.*, pp. 815 e 818.

alessandrino aveva respinto l'istanza di omologa della delibera assembleare con cui una s.r.l. italiana aveva deciso il trasferimento della sede sociale e la trasformazione in un tipo societario regolato dal diritto svizzero sul rilievo che detto tipo societario era sconosciuto al diritto italiano a cui la società rimaneva assoggettata *qua lex societatis* a dispetto dello spostamento della sede sociale. La Corte d'appello di Torino, adita in sede di reclamo, confermò il decreto emesso dal Tribunale, osservando che ai sensi dell'art. 25, c. 1, legge n. 218/1995, le società sono regolate dalla legge del paese di costituzione.⁵⁵⁹ Sulla falsariga dei due decreti piemontesi del 1991 e del 1995 appena menzionati si situa un decreto emesso dal Tribunale di Verona nel 1996 che respinse l'istanza di omologa della delibera dell'assemblea straordinaria di una società italiana a responsabilità limitata avente ad oggetto, tra l'altro, il trasferimento della sede sociale all'estero, a Londra sul fondamento che il trasferimento della sede sociale all'estero, pure legittimo, non poteva determinare la perdita della nazionalità italiana e quindi il venir meno degli obblighi e dei controlli previsti dall'ordinamento italiano sulla vita delle società di capitali. Di conseguenza, disponeva che la società in questione rimanesse iscritta nel competente registro delle imprese italiano e soggetta all'iscrizione, al deposito e alla pubblicità degli atti prescritti dalla legge italiana "almeno fintantoché una diversa determinazione dell'ordinamento estero di accoglienza imponga una rimediazione della fattispecie".⁵⁶⁰

Verso la fine degli anni novanta però il trend sembra invertirsi e la giurisprudenza orientarsi nel senso di valutare il trasferimento della sede sociale all'estero quale causa di estinzione della società costituita conformemente al diritto italiano, forse anche a causa della considerazione accordata alla norma di cui al terzo comma dell'art. 25 della legge n. 218/1995 introdotta dalla riforma del diritto internazionale privato. Una peculiarità differenzia tuttavia questa tesi rispetto a quella espressa dalla giurisprudenza più risalente, ovvero la distinzione introdotta dai giudici italiani tra trasferimento della sede sociale che comporta la perdita della

⁵⁵⁹ Cfr. Trib. Alessandria, 19 agosto 1995 (decr.) e C. App. Torino, 1 dicembre 1995 (decr.), in *NGCC*, 1996, p. 855 ss., spec. p. 856, con nota di A. SANTUS, *In tema di trasferimento della sede all'estero e omologazione parziale*, p. 857 ss. Il decreto della Corte d'appello di Torino è pubblicato anche in *RDIPP*, 1997, p. 685 e s.

⁵⁶⁰ Cfr. Trib. Verona, 5 dicembre 1996 (decr.), *Ric. Galvani Hotel s.r.l.*, in *Le società*, 1997, p. 574 ss. con commento di F. FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione - Commento al decreto del Tribunale di Verona 5 dicembre 1996*.

nazionalità italiana dall'ipotesi speculare e contraria del trasferimento che non determina la perdita della nazionalità italiana.

Nelle pronunce più recenti, dalla fine degli anni novanta del secolo scorso ai primi anni duemila, lo spostamento della sede sociale all'estero si configura quale fattispecie estintiva della società ogniqualvolta esso implichi la perdita della nazionalità italiana della suddetta società. Così una decisione della Corte d'appello di Trieste, subordinando l'efficacia del trasferimento a Londra della sede sociale di una società costituita in Italia alla condizione della conformità dell'operazione alle leggi di tutti gli Stati interessati (prescritta dall'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995 già in vigore), affermò che la delibera comportante la perdita della nazionalità italiana implicava l'estinzione della società con conseguenze ancora più drastiche rispetto a quelle derivanti dalle normali ipotesi di scioglimento e liquidazione della società tassativamente previste dagli artt. 2448 ss., c.c.⁵⁶¹ Sulla falsariga dei giudici friulani si pronunciò anche la Corte di Cassazione quando, qualche anno più tardi, nel 2004, negò in ben due occasioni (nel primo caso si trattava del trasferimento congiunto della sede di una società costituita in Italia in Lussemburgo, mentre nel secondo il paese di destinazione era la Spagna) la continuità di una società italiana che aveva deliberato il trasferimento della sede sociale all'estero poiché tale spostamento, inefficace ai sensi dell'art. 25, comma 3 legge n. 218/1995, comportava la perdita della nazionalità italiana.⁵⁶²

Rimane a questo punto da chiarire quando il trasferimento della sede sociale all'estero comporti la perdita della nazionalità italiana. Nell'ordinanza n. 1244/04 la S.C. precisò che lo spostamento della società italiana in Lussemburgo aveva comportato, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, l'estinzione della società in quanto al contestuale trasferimento della sede statutaria e amministrativa era seguita, previa cancellazione della s.r.l. dal registro delle imprese italiano, la costituzione *ex novo* (con l'adeguamento dello statuto alla legislazione dello Stato di destinazione) in Lussemburgo di una *société à responsabilité*

⁵⁶¹ Cfr. C. App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. notariato*, 2000, II, p. 167 ss., spec. pp. 170-171. La Corte d'appello triestina, pur affermando che la delibera di trasferimento della sede sociale all'estero comportante la perdita della nazionalità italiana si configurava quale vera e propria ipotesi di estinzione della società medesima, non esclude tuttavia che, in generale, una società potesse sopravvivere a una simile operazione, continuando ad essere regolata dalla legge nazionale d'origine.

⁵⁶² Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244 *cit.*, p. 1385, e Corte di Cassazione (s.u.), ord. 28 luglio 2004 n. 14348, in *RDIPP*, 2005, p. 441 ss., spec. p. 443.

limité, unipersonnelle, con la conseguente assunzione della nazionalità di diritto lussemburghese.⁵⁶³ Similmente nel caso della società finanziaria costituita in Italia e trasferitasi in Spagna, il giudice delle leggi indicò nella revoca dell'autorizzazione dell'Ufficio italiano cambi all'esercizio dell'attività in Italia e nella cancellazione dal registro delle imprese le due circostanze che avevano determinato l'estinzione della società come soggetto dell'ordinamento italiano.⁵⁶⁴

Di segno opposto o, comunque, di diversa impostazione appare una recente sentenza del Tribunale di Torino, originata da un'opposizione a una sentenza dichiarativa di fallimento di una società a responsabilità limitata costituita in Italia e successivamente trasferitasi in Belgio con opportuna modifica della denominazione sociale e adeguamento dello statuto al corrispondente modello previsto dal diritto belga. Il Tribunale di Torino, nel valutare gli effetti del trasferimento (effettivo, come precisato dallo stesso giudicante) della sede sociale alla luce del diritto internazionale privato italiano e, in particolare, il rispetto della condizione posta dal terzo comma dell'art. 25, legge n. 218/1995, conclude nel senso della continuità della società interessata in virtù della concordia delle leggi degli Stati coinvolti, Italia e Belgio, circa gli effetti di siffatta operazione. Segnatamente, secondo il giudice piemontese “Alla stregua del diritto italiano, la «continuità giuridica» della società di capitali che trasferisce la propria sede all'estero deve essere di sicuro affermata [...] stante la previsione dell'art. 2437 c.c. (applicabile all'epoca della delibera del 22 dicembre 2003, attualmente – e per quel che concerne le società a responsabilità limitata – contenuta nell'art. 2437 c.c.), che espressamente accorda ai soci dissenzienti il diritto di recesso verificandosi una siffatta vicenda societaria, la quale a sua volta presuppone, quanto meno per implicito, la permanenza della personalità dell'ente coinvolto nel trasferimento”. Similmente disponeva sul punto il diritto belga.⁵⁶⁵ Il giudice torinese giudicò implicita nel sistema normativo italiano la

⁵⁶³ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244 *cit.*, p. 1384.

⁵⁶⁴ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 28 luglio 2004 n. 14348 *cit.*, p. 443.

⁵⁶⁵ Cfr. Trib. Torino, 10 gennaio 2007, *S.p.r.l. Prima Idep – Fallimento s.r.l. Prima (contumace) – Consorzio Nazionale Bieticoltori (contumace)*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1697 ss., spec. p. 1699. La sentenza conclude un procedimento di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata il 21 marzo 2006 dal Tribunale di Torino nei confronti della società italiana, s.r.l. Prima, società costituita conformemente al diritto italiano, che aveva però trasferito la propria sede sociale in Belgio con delibera assembleare del 22 dicembre 2003, trasformandosi in tipo societario regolato dal diritto belga (assumendo la denominazione di S.p.r.l. Prima Idep) e iscritta nell'apposito registro in Belgio. Il Tribunale di Torino, con la sentenza del 10

possibilità che la società sopravviva al trasferimento della sede sociale e ne ricavò la continuità della personalità giuridica a partire dall'esame delle norme italiane da un lato e belghe dall'altro (entrambe concordavano infatti sia sull'ammissibilità del trasferimento della sede sociale sia sulla continuità della personalità giuridica della società interessata da una simile operazione). Se la decisione si segnala per la correttezza del procedimento impiegato nell'applicazione della norma di cui al terzo comma dell'art. 25, legge n. 218/1995, e per la chiarezza della statuizione circa la condizione che il trasferimento deve soddisfare per potersi considerare conforme al diritto italiano e consentire la continuità della società interessata, tuttavia essa non spiega in maniera altrettanto limpida la questione della relazione tra l'ipotesi della continuità dell'ente societario e quella dell'estinzione individuata dalla Corte di Cassazione nelle due ordinanze del 2004, per altro menzionate anche dal Tribunale di Torino stesso. Il giudice torinese sembrerebbe quasi smentire l'idea, espressa dalla Corte di Cassazione, che il trasferimento (effettivo) della sede sociale di una società costituita in Italia comporti l'estinzione della stessa. L'affermazione qui sopra riportata pare formulata in termini generali. Del resto però, il Tribunale di Torino non si esprime chiaramente sul punto e non si può dire con certezza se escluda l'ipotesi di un trasferimento comportante la perdita della nazionalità italiana e quindi l'estinzione come soggetto di diritto italiano.

2.3.3.(segue) *Il soddisfacimento della condizione di cui all'art. 25, comma 3, legge n.*

gennaio 2007, accolse l'opposizione presentata, dichiarando il difetto di competenza giurisdizionale a conoscere del fallimento della società s.r.l. Prima e revocandone il fallimento precedentemente dichiarato. Il Tribunale di Torino fondò la ricerca dei criteri attributivi della giurisdizione al giudice italiano in merito alla procedura fallimentare della società menzionata su due argomentazioni; il primo percorso argomentativo si impenna sull'art. 9 l. fall. nella duplice funzione di norma di competenza giurisdizionale e di competenza territoriale (e sull'analisi dell'effettività del trasferimento ai fini dell'applicazione di detta norma nella versione precedente alla riforma del diritto fallimentare effettuata nel 2005), il secondo si basa sulla legge n. 218/1995. Tralasciando la prima, con la seconda linea argomentativa il Tribunale si propose, in assenza di una disciplina europea, di individuare gli effetti del trasferimento della sede statutaria all'estero alla luce del diritto internazionale privato nazionale, segnatamente dell'art. 25, legge n. 218/1995. Secondo il giudice torinese, nel caso di trasferimento *effettivo* della sede sociale all'estero si può configurare l'estinzione della società, come stabilito nelle due ordinanze emesse nel 2004 dalla S.C., oppure si può ravvisare la continuità giuridica della società ove sussistano i presupposti individuati dal terzo comma dell'anzidetta disposizione. In questa secondo ipotesi occorre esaminare le valutazioni degli ordinamenti coinvolti circa gli effetti dell'operazione in discussione, al fine di accertare il soddisfacimento della condizione di cui all'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995.

218/1995.

Su questo tema si innesta la questione del rispetto della condizione di efficacia posta dal terzo comma dell'art. 25, legge n. 218/1995 e, segnatamente, della conformità dell'operazione di cui si discute al diritto di tutti gli Stati interessati. Invero la giurisprudenza italiana nota si è preoccupata soprattutto di ribadire quanto già espresso dall'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995, e cioè che ai fini della realizzazione di un'efficace operazione di spostamento della sede sociale da un paese ad un altro occorre che il trasferimento sia posto in essere conformemente alle leggi di tutti gli Stati coinvolti. Così si è espressa la giurisprudenza di merito.⁵⁶⁶ Nel medesimo senso si è pronunciato anche il giudice delle leggi, fornendo anche qualche chiarimento. Nell'ordinanza n. 1244/2004 la S.C. precisò che il trasferimento della sede all'estero "ha efficacia, come continuità del soggetto giuridico, soltanto se, essendo stato posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati, questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria. Tale efficacia non è, invece, configurabile nel caso di trasferimento della sede statutaria e di quella amministrativa, cui consegue, con il venir meno dello statuto personale italiano, la perdita della nazionalità italiana e l'assunzione della nazionalità (alla stregua del principio della sede) del paese in cui avviene il trasferimento: in tale ipotesi [...] la società, come ente societario italiano, viene, infatti, meno, e la società costituita all'estero è assoggettata esclusivamente alla nuova *lex societatis*".⁵⁶⁷ In una successiva ordinanza del 2005 la S.C. ribadì il principio contenuto nella norma di cui al terzo comma dell'art. 25 con riferimento al caso del trasferimento in Romania della sede di una società italiana, senza tuttavia meglio spiegare le ragioni di un tale giudizio ma rinviando alle due ordinanze, già citate, emesse dalla Corte di Cassazione nel 2004.⁵⁶⁸

È necessario quindi cercare di capire in cosa debba sostanziarsi la conformità al diritto italiano. Sul punto si rinvergono elementi contraddittori nelle pronunce esaminate. In generale sembra potersi trarre dalla giurisprudenza italiana il principio secondo cui affinché possa dirsi conforme al diritto italiano il trasferimento debba essere *effettivo*. In altri termini,

⁵⁶⁶ Cfr. C. App. Trieste, 9 ottobre 1999 *cit.*, p. 170, Trib. Torino, 10 gennaio 2007, *cit.*, p. 1699.

⁵⁶⁷ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244 *cit.*, p. 1385.

⁵⁶⁸ Cfr. Corte di Cassazione, ord. 9 settembre 2005 n. 17983, in *RDIPP*, 2006, p. 762 e s., spec. p. 763.

significa che quando il trasferimento è effettivo la condizione di cui all'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995, si considera rispettata, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, (dopodiché, ovviamente, resta da verificare l'atteggiamento sul punto degli altri paesi coinvolti); quando invece il trasferimento della sede all'estero si rivela fittizio esso è inefficace ai sensi della norma appena citata (ciò che rende superflua l'analisi delle disposizioni degli altri ordinamenti giuridici interessati).

Ciò detto, risulta tuttavia difficile dedurre dalla giurisprudenza italiana le condizioni che devono essere soddisfatte affinché il trasferimento della sede sociale all'estero possa da considerarsi effettivo. Se si dovesse prendere in considerazione il rinvio fatto dalla Corte di Cassazione nel 2005 ai due precedenti del 2004 e si ritenesse conforme al diritto italiano il solo trasferimento che comporta lo spostamento dell'attività e dei centri decisionali effettivi unitamente alla sede legale si giungerebbe alla conclusione che il trasferimento della sede statutaria sarebbe efficace, almeno dal punto di vista dell'ordinamento italiano, solo se effettivo, e cioè solo se posto in essere congiuntamente al trasferimento della sede reale. In questo senso depone una successiva pronuncia della S.C. laddove si affermò che il criterio di cui all'art. 25, comma 3, della legge n. 218/1995 non poteva operare poiché il trasferimento all'estero (nella specie in Ucraina) della sede statutaria di una società costituita in Italia si era risolto in un atto meramente formale in quanto allo spostamento della sede legale non era seguito anche il trasferimento dell'effettivo esercizio di un'attività imprenditoriale e del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa ed era, di conseguenza, da escludersi che esso fosse stato posto in essere in conformità alla legge degli Stati interessati.⁵⁶⁹ Tuttavia, secondo le due ordinanze della Cassazione del 2004, una simile operazione implicherebbe la perdita della nazionalità italiana in capo alla società interessata, causando l'estinzione della società stessa. Il che non darebbe luogo a un'ipotesi di trasferimento della sede sociale, ma piuttosto allo scioglimento di una società soggetta al diritto di uno Stato (quello di costituzione) e alla conseguente creazione di un nuovo soggetto regolato dalla legge straniera. Insomma, se l'impostazione ermeneutica suggerita fosse

⁵⁶⁹ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 16 febbraio 2006 n. 3368, in *RDIPP*, 2006, p. 1074 ss., spec. p. 1076. La pronuncia appare viziata tuttavia da un'errata impostazione in cui vengono confusi i distinti problemi della determinazione della competenza giurisdizionale del giudice italiano e l'individuazione della legge applicabile.

corretta si giungerebbe a ragionare nei seguenti termini. Il trasferimento è conforme all'ordinamento italiano solo se effettivo, e cioè se non si risolve in un atto meramente formale ma comporta il trasferimento di tutte le attività nel luogo nella nuova sede; tuttavia, se tale, e cioè effettivo secondo quanto appena detto, il trasferimento comporta la perdita della nazionalità italiana a detrimento della continuità giuridica della società interessata. Una simile conclusione pare in contrasto con il dettato normativo e con il concetto stesso di trasferimento, che implica di per sé la persistenza dell'identità del soggetto interessato (laddove vi sia l'estinzione del soggetto originario e la creazione di un nuovo ente non può logicamente parlarsi di trasferimento).

Se si guarda poi agli effetti che i giudici italiani hanno fatto discendere dal trasferimento della sede sociale sullo statuto personale della società si può osservare che nella quasi totalità delle decisioni riguardanti il trasferimento della sola sede legale la giurisprudenza di merito ha affermato non solo la continuità della personalità giuridica delle società coinvolte quanto, soprattutto, la persistenza della legge italiana quale *lex societatis* e, cioè, il mantenimento, nonostante lo spostamento della sede legale all'estero, dello status originario di società retta della legge del paese di costituzione, in ossequio al principio dell'*incorporation* accolto dall'art. 25, comma 1, legge n. 218/1995.⁵⁷⁰ Diversamente, per il caso di trasferimento della sede sociale che comporti la perdita della nazionalità italiana (nel senso precisato dalla S.C., come più sopra illustrato), ipotesi che dà luogo a estinzione della società originaria costituita in Italia, la Corte di Cassazione ha previsto l'assoggettamento della nuova società costituita all'estero alla legge straniera quale *lex societatis*.⁵⁷¹ Un'eccezione rispetto a tutte le altre pronunce esaminate è rappresentata da un decreto del Tribunale di Monza del 2002, il quale ritenne la società costituita in Italia che aveva trasferito in Nigeria la sede sociale soggetta alla legge nigeriana in quanto *lex societatis* sulla base della considerazione che il luogo di costituzione (criterio impiegato dal primo comma dell'art. 25, legge n. 218/1995), in forza del comma 3 dell'art. 25, debba essere equiparato al luogo ove la

⁵⁷⁰ In questo senso v. C. App. Milano, 22 maggio 1974 (decr.), *cit.*, p. 835, Trib. Torino, 16 dicembre 1991, *cit.*, p. 818, Trib. Alessandria, 19 agosto 1995 (decr.) e C. App. Torino, 1 dicembre 1995 (decr.), *cit.*, p. 856, Trib. Verona, 5 dicembre 1996 (decr.), *cit.*, p. 574, C. App. Trieste, 9 ottobre 1999 *cit.*, p. 170.

⁵⁷¹ Così v. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244 *cit.*, p. 1385, e Corte di Cassazione (s.u.), ord. 28 luglio 2004 n. 14348, *cit.*, p. 443.

sede sociale sia successivamente ed efficacemente trasferita.⁵⁷²

2.3.4. *La compatibilità della disciplina internazionalprivatistica italiana sul trasferimento della sede sociale con il diritto dell'Unione europea in fattispecie "europee".*

Fino ad ora si è cercato di dar conto delle posizioni espresse dalla giurisprudenza italiana circa il trasferimento della sede sociale sotto diversi profili, sottolineandone in alcuni casi la contraddittorietà interna. Da ultimo pare tuttavia opportuno fare qualche riflessione in merito alla compatibilità di siffatti orientamenti con il diritto dell'Unione europea. A questo proposito un aspetto particolarmente interessante risiede nell'ordinanza n. 1244/04, pronunciata a sezioni unite dalla Corte di Cassazione. Nel ricorso introduttivo dell'impugnazione la società ricorrente aveva rilevato che il trasferimento della sede in altro paese dell'Unione europea, quale era nel caso di specie il Lussemburgo, non poteva essere equiparato all'estinzione della società, giacché diversamente si sarebbe violato il principio della libertà di stabilimento allora sancito dagli artt. 43 e 48 CE. Invece di cogliere l'occasione la S.C. escluse, in maniera molto sbrigativa, la rilevanza europea della fattispecie concreta all'origine della controversia, affermando che "Nell'ipotesi esaminata, infatti, non viene in considerazione il diritto di stabilimento consacrato nel trattato istitutivo della Comunità europea, ma la vicenda relativa all'estinzione di un ente, che è regolata dal diritto nazionale, essendo tuttora rimessi alla competenza delle singole legislazioni statali l'esistenza e il funzionamento delle società, ed anche i requisiti e le modalità necessarie per modificare il luogo di situazione della sede sociale".⁵⁷³ Per giustificare tale statuizione la Cassazione fece ricorso alla sola sentenza *Daily Mail*, ignorando la successiva giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento delle società – ci si riferisce qui a casi *Centros*, *Überseering* e *Inspire*

⁵⁷² Cfr. Trib. Monza, sez. I civ., 5 aprile 2002 (decr.), in *Giur. comm.le*, 2003, II, p. 558 e s., con commento di P. DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, ibidem, p. 559 ss., pubblicato anche in *Le società*, 2002, p. 1265 ss., con commento di E. FREGONARA a seguire.

⁵⁷³ Cfr. Corte di Cassazione (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244 *cit.*, p. 1385.

Art già decisi a quel tempo dalla Corte di giustizia.⁵⁷⁴ La S.C. sembrò escludere la rilevanza europea della fattispecie ritenendo che, secondo il diritto italiano, non vi era stata alcuna emigrazione della società costituita in Italia, la quale si era piuttosto estinta e non aveva alcun rapporto di continuità, con ciò scartando del tutto l'applicabilità del diritto di stabilimento. Alla luce di quelli che erano stati gli sviluppi della libertà di stabilimento sino a quel momento non pare che la Corte di Cassazione fosse obbligata a decidere diversamente.

2.4. *Il trasferimento della sede sociale nell'esperienza di altri ordinamenti europei.*

Giova qui ricordare quanto già detto e cioè che il trasferimento transfrontaliero della sede sociale coinvolge sempre almeno due ordinamenti giuridici, quello di origine della società il cui diritto la regola a titolo di *lex societatis* e quello che potremmo dire di destinazione. Ciò significa che è non sufficiente prendere in considerazione il punto di vista di un solo ordinamento, ma occorre piuttosto tenere a mente la prospettiva di ciascuno degli Stati coinvolti. Ecco perché è utile, al fine di meglio comprendere i problemi generati dallo spostamento della sede sociale e di ricondurli a sintesi per consentire l'operazione e dare finalmente piena attuazione al diritto di stabilimento sancito dagli artt. 49 e 54, TFUE, accennare brevemente al trattamento giuridico del trasferimento della sede sociale in altri ordinamenti. Ci si limiterà qui a indicare alcuni esempi del differente trattamento accordato a siffatta operazione negli ordinamenti giuridici europei, senza tuttavia alcuna pretesa di completezza, con il solo intento di mostrare la diversità di approccio alla materia. In particolare, si potrà osservare come la maggior parte degli ordinamenti giuridici europei non si sia dotata di una disciplina generale e specifica del trasferimento internazionale di sede sociale. La tendenziale assenza di disposizioni atte a regolare specificamente il trasferimento transfrontaliero della sede sociale è stata tuttavia in parte mitigata da alcune modifiche normative che hanno interessato negli ultimi anni alcuni paesi europei, probabilmente sulla

⁵⁷⁴ Sul punto v. L. PERILLI, *op. cit.*, p. 32, il quale sottolinea come, in effetti, una certa analogia nella fattispecie si poteva riscontrare solo con caso *Daily Mail*, l'unico in cui il giudice europeo si fosse pronunciato sul rapporto tra società e Stato di costituzione.

scia dell'evoluzione realizzatasi nel diritto dell'Unione europea sul fronte dell'attuazione della libertà di stabilimento ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia.⁵⁷⁵

a) *Francia.*

Come si è appena detto, raramente il trasferimento all'estero della sede sociale conosce una disciplina specifica. In Francia non esistono norme di diritto internazionale privato né di diritto sostanziale che riguardino tale fattispecie. Nessuna norma si occupa del trasferimento in Francia del *siège social* di società straniere. Per quanto riguarda invece l'opposta situazione del trasferimento all'estero della sede delle società costituite in Francia secondo il diritto francese, la dottrina si è sforzata di colmare il vuoto normativo a partire da alcune disposizioni già presenti nell'ordinamento, segnatamente gli artt. L. 222-9, L. 223-30 e L- 225-97 del *Code de Commerce*, dedicati rispettivamente alle *sociétés en commandite simple*, alle *sociétés à responsabilité limitée* e alle *sociétés anonymes*. Dette disposizioni consentono all'assemblea straordinaria (con voto unanime) di cambiare la nazionalità della società a condizione che il paese d'accoglienza abbia concluso con la Francia una apposita convenzione internazionale che consenta di acquistare la nazionalità di tale paese e ivi trasferire il *siège social*, senza pregiudizio alcuno per la continuità della personalità giuridica della società.⁵⁷⁶ Ora, vista l'assenza di simili trattati, la dottrina francese si è interrogata sulla possibilità che lo spostamento all'estero del *siège social* potesse ugualmente avvenire con delibera unanime dell'assemblea dei soci, per lo più concludendo positivamente sul punto. Al di là della correttezza del ragionamento ermeneutico da qualcuno messa in dubbio, è evidente che questi riferimenti rappresentano una disciplina insufficiente della fattispecie del trasferimento della sede sociale, peraltro riguardando soltanto le società costituite in Francia secondo il diritto francese che decidano di spostare la propria sede all'estero, in altre parole i

⁵⁷⁵ Si badi che s'intende fare riferimento a una disciplina generale dell'operazione in questione. Sono escluse da questa breve panoramica le norme nazionali eventualmente adottate per dare attuazione ai regolamenti istitutivi del GEIE, della SE e della SCE, ivi compresa la disciplina del trasferimento di tali veicoli societari.

⁵⁷⁶ Sul punto v. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2008, par. 440, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie spéciale, Paris, 2010, par. 1053, p. 476 ss., J.-M. JAQUET, PH. DELEBEQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Paris, 2010, par. 295.

casi di emigrazione.⁵⁷⁷ Quanto agli effetti del trasferimento all'estero del *siège social* si contrappongono due correnti fondate ancora sulle opposte teorie della finzione e della realtà della personalità giuridica. La tesi attualmente prevalente in dottrina, nonostante lo scarso supporto della giurisprudenza in proposito, è però quella della sopravvivenza della personalità giuridica della società francese che sposti il proprio *siège social* all'estero.⁵⁷⁸

b) *Germania.*

Una situazione non dissimile si ritrova in Germania ove il trasferimento della sede sociale da e verso la Germania non è affatto disciplinato. Anzi, solitamente si dubita persino dell'ammissibilità di una simile operazione, giacché la logica conseguenza del trasferimento della sede sociale all'estero secondo la *Sitztheorie*, a cui l'ordinamento tedesco tradizionalmente aderisce, consiste nell'estinzione della società originaria e nella costituzione di un nuovo soggetto nello Stato di destinazione della sede. Fino al 2008 il diritto societario tedesco prescriveva, peraltro, la necessaria coincidenza della sede legale e reale entro il territorio del medesimo Stato e le conseguenze di un'eventuale loro dissociazione erano davvero molto drastiche, dal momento che la giurisprudenza tedesca qualificava una società in quella condizione come un *nullum iuridico*. Tradizionalmente il trasferimento all'estero della sede di una società tedesca era quindi ritenuto dall'ordinamento tedesco causa di scioglimento e liquidazione della società in questione. Similmente, anche il caso opposto del trasferimento in Germania di una società straniera risultava, dal punto di vista tedesco, impossibile. Ben lo dimostra il caso *Überseering* deciso nel 2002 dalla Corte di giustizia.

Come si è già detto, l'ordinamento tedesco ha subito dei cambiamenti a seguito dell'evoluzione nel processo di attuazione della libertà di stabilimento delle società. Il primo timido mutamento avvenne a livello giurisprudenziale con lo sviluppo della *neue Sitztheorie*, ben presto rivelatasi insufficiente a dare piena realizzazione al diritto di stabilimento sancito dagli artt. 49 e 54, TFUE. Seguirono poi la riforma della disciplina della *GmbH* e il progetto

⁵⁷⁷ Sul punto v. C. KLEINER, *Transfert international du siège sociale en droit international privé*, in *JDI*, 2010, p. 315 ss., spec. p. 332.

⁵⁷⁸ Sul punto v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, par. 1054 ss., p. 477 ss., spec. p. 479.

di legge riguardante il diritto internazionale privato delle società a cui si è già fatto cenno nel precedente capitolo.⁵⁷⁹ A tal proposito vale la pena ricordare che la proposta di modifica del EGBGB elaborata dagli studiosi tedeschi e poi accolta nel progetto di legge ministeriale contiene anche una disposizione, l'art. 10d, rubricata *Wechsel des anwendbaren Rechts* (mutamento della legge applicabile), dedicata alla disciplina del trasferimento transfrontaliero della società, in linea con i criteri di collegamento posti dalla suggerita norma di conflitto fondata sul criterio del luogo di registrazione.⁵⁸⁰

c) *Inghilterra.*

Anche in Inghilterra l'operazione del trasferimento della sede sociale non trova alcuna disciplina. Del resto, dal punto di vista internazionalprivatistico, ciò appare perfettamente in linea con la dottrina dell'*incorporation*, la quale consente il trasferimento della sede senza che ciò produca effetti sulla legge applicabile alla società che rimane regolata dalla legge del luogo di incorporazione della società.

d) *Svizzera.*

In controtendenza rispetto alla assenza di una disciplina specifica in materia di trasferimento della sede sociale, la questione è stata oggetto di codificazione in anni più recenti da un numero crescente di Stati europei. Il primo e più deciso esempio in questo senso è rappresentato dall'ordinamento svizzero ove, non solo il trasferimento della sede sociale all'estero è ammissibile ma è anche disciplinato estesamente già dal 1987. Infatti, all'interno del capitolo 10, dedicato alle società, gli artt. 161-163, LDIP, si occupano del trasferimento della società, disciplinando distintamente sia i casi di emigrazione sia quelli di

⁵⁷⁹ *Ut supra* cap. II, par. 5.6.

⁵⁸⁰ La disposizione di cui all'art. 10d della proposta di modifica del EGBGB è equivalente, salvo minime divergenze dovute alla diversa prospettiva dei due testi, all'art. 7 della proposta di regolamentazione a livello europeo per cui si rimanda a *infra* cap. III, par. 5.2.

immigrazione.⁵⁸¹ Segnatamente, l'art. 161 della LDIP del 1987 stabilisce che una società straniera possa, senza liquidazione né nuova costituzione, sottoporsi al diritto svizzero, se il diritto straniero lo consente. In caso interessi svizzeri rilevanti lo richiedano, il secondo comma della citata disposizione consente poi al Consiglio federale, l'organo di governo della Confederazione elvetica, di autorizzare la sottomissione di una società al diritto svizzero anche senza tener conto del diritto straniero.⁵⁸² La disciplina è simile anche per i casi di emigrazione. A norma dell'art. 163, comma 1, LDIP, infatti, una società svizzera può, senza liquidazione né nuova costituzione, sottoporsi al diritto straniero se sono adempiute le condizioni poste dal diritto svizzero e se continua a sussistere giusta il diritto straniero, salve alcune garanzie disposte a tutela degli *stakeholders* dell'originaria società elvetica.⁵⁸³ Il diritto internazionale privato svizzero consente dunque il trasferimento di una società da e per la Svizzera, senza che ciò incida sulla continuità dell'ente, sempre che siano soddisfatte le condizioni poste dal diritto di tutti gli Stati interessati. Un principio molto simile a quello introdotto, a distanza di qualche anno nell'ordinamento italiano, con l'art. 25, comma 3, legge n. 218/1995.

L'obiettivo della disciplina internazionalprivatistica svizzera sul trasferimento di sede è principalmente quello di ripartire, temporalmente, l'ambito di applicazione delle leggi degli Stati coinvolti.⁵⁸⁴ In caso di immigrazione, la LDIP distingue le società tenute all'iscrizione nell'apposito registro secondo quanto prescritto dal diritto svizzero dalle altre non soggette a tale obbligo. Le prime sono soggette al diritto svizzero dal momento in cui provino di aver ivi trasferito anche il proprio centro d'attività, in altre parole di avere una sufficiente connessione con la Confederazione, nonché di essersi adattate all'ordinamento elvetico. Le società che invece non sono soggette ad alcun obbligo di registrazione secondo il diritto svizzero sono regolate da quest'ultimo in qualità di *lex societatis* appena si verifichi una triplice condizione e cioè che sia chiaramente riconoscibile che intendono sottoporvisi, che presentino una

⁵⁸¹ Si badi che le disposizioni della LDIP citate si riferiscono sempre al trasferimento "della società" e non della sede sociale, con ciò non distinguendo le due sedi a tal fine. In effetti, ciò pare in linea con la disciplina in esse contenute che consente il trasferimento solo ove coinvolga congiuntamente la sede statutaria e quella reale.

⁵⁸² Cfr. art. 161, LDIP 1987.

⁵⁸³ Cfr. art. 163, LDIP 1987.

⁵⁸⁴ Sul punto v. F. GUILLAUME, *The Law Governing Companies in Swiss Private International Law*, in *YbPIL*, 2004, p. 251 ss., spec. p. 279.

sufficiente connessione con la Svizzera e che si siano adattate al diritto svizzero.⁵⁸⁵

Quanto ai casi di emigrazione, come anticipato, una società costituita in Svizzera e regolata dal diritto svizzero può, senza liquidazione né nuova costituzione, sottoporsi al diritto straniero se sono adempiute le condizioni poste dal diritto svizzero e se continua a sussistere giusta il diritto straniero. I creditori della società sono tutelati attraverso l'imposizione di una comunicazione obbligatoria relativa all'imminente trasferimento e contenente l'invito a far valere i loro diritti; inoltre, la società non può essere cancellata dal competente registro svizzero (con tutto ciò che questo implica in termini di luogo di esecuzione delle obbligazioni e di competenza giurisdizionale) finché i suoi creditori non siano stati adeguatamente salvaguardati.⁵⁸⁶

e) Spagna.

La Spagna, paese tradizionalmente privo di una disciplina generale del trasferimento transfrontaliero di sede sociale,⁵⁸⁷ ha invece modificato di recente il proprio panorama normativo mediante la *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades*.⁵⁸⁸ L'occasione è stata fornita al legislatore iberico dall'esigenza di dare attuazione alla direttiva 2005/56/CE

⁵⁸⁵ Cfr. art. 162, LDIP 1987. Il terzo e ultimo comma dell'art. 162, LDIP, richiede alle società di capitali straniere che trasferiscano la propria sede sociale in Svizzera di provare, prima dell'iscrizione nell'apposito registro, mediante una relazione di un perito revisore abilitato ai sensi della apposita disciplina, la copertura del capitale sociale secondo il diritto svizzero.

⁵⁸⁶ Cfr. rispettivamente artt. 163, commi 2-3, e 164, comma 1, LDIP.

⁵⁸⁷ In assenza di una norma di conflitto espressa dedicata alle società o persone giuridiche la dottrina spagnola appare divisa persino in relazione al criterio accolto dal proprio ordinamento. L'ammissibilità dell'operazione di trasferimento all'estero del *domicilio social* veniva solitamente affermata dalla letteratura iberica principalmente per ragioni di coerenza rispetto alla scelta del legislatore spagnolo di ammettere la fusione internazionale, i cui effetti sono simili a quelli prodotti dal trasferimento di sede, nonostante il fatto che alcune disposizioni del diritto societario consentano il trasferimento delle società di capitali solo laddove previsto da una convenzione in vigore per la Spagna. Un ulteriore sforzo ermeneutico era richiesto al fine di ricostruire una qualche forma di regolamentazione, seppur embrionale, della fattispecie. Per un quadro complessivo del trattamento del trasferimento di sede sociale nel diritto spagnolo, dalla duplice prospettiva internazionalprivatistica e materiale, prima dell'adozione dell'apposita normativa nel 2009, v. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El traslado* cit., p. 125 ss. V. inoltre D. SANCHO VILLA, *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, 2001 e P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de la sede social*, Madrid, 1997.

⁵⁸⁸ *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades* (d'ora in avanti semplicemente *Ley 3/2009*), in B.O.E., Núm. 82, Sábado 4 de abril de 2009, Sec. I., p. 31928 ss. Per un commento v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2009, t. IX, p. 595 ss. (a seguire è pubblicato il testo della legge).

riguardante le fusioni transfrontaliere e, dunque, quest'evoluzione può considerarsi in un certo senso figlia degli sviluppi del diritto dell'Unione europea.

All'interno del Titolo V della citata legge, rubricato *Del traslado internacional del domicilio social*, si individuano due gruppi di disposizioni, le prime di natura generale (artt. 92-94), le successive (artt. 95-103) dedicate al *Regimen legal del traslado*. La normativa spagnola attuale copre sia il fenomeno dell'emigrazione di società costituite conformemente al diritto spagnolo e iscritte nel *registro mercantil* in Spagna, sia quello dell'immigrazione di società venute ad esistenza in altri ordinamenti. La legge del 2009 chiarisce la gerarchia delle fonti, stabilendo che il trasferimento del *domicilio social* (sede statutaria) da e per la Spagna è regolato, in via generale, dalle convenzioni internazionali vigenti per l'ordinamento spagnolo e dalle apposite disposizioni in essa contenute, salve le norme concernenti la SE che prevalgono nel loro ambito di applicazione in virtù del principio di specialità.⁵⁸⁹

La possibilità di effettuare il trasferimento è legata al mantenimento della personalità giuridica della società interessata. Le società spagnole (costituite in Spagna, secondo il diritto spagnolo, e ivi registrate) possono trasferire il *domicilio social* all'estero purché l'ordinamento di destinazione consenta il mantenimento della personalità giuridica della società.⁵⁹⁰ Quanto all'immigrazione la legge spagnola distingue le società dello Spazio economico europeo da quelle provenienti da Stati terzi. Le prime possono spostare in territorio spagnolo il loro *domicilio social* (sede statutaria) senza che ciò incida sulla loro personalità giuridica, con mutamento della *lex societatis*, e a condizione di adattare il loro statuto a quanto prescritto dal diritto spagnolo per società nazionali di tipo analogo.⁵⁹¹ Le stesse regole valgono anche per le società costituite conformemente al diritto di uno Stato terzo (non facente parte dello SEE), sempre che la legge regolatrice della società prima del trasferimento permetta il mantenimento della personalità giuridica di detta società

⁵⁸⁹ Cfr. art. 92, *Ley 3/2009*. Sul punto v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *op. cit.*, p. 613, secondo cui il riferimento del primo paragrafo dell'art. 92 a "los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España" deve intendersi comprensivo di regolamenti dell'Unione europea eventualmente adottati in materia.

⁵⁹⁰ Cfr. art. 93, *Ley 3/2009*. L'operazione è preclusa tuttavia alle società spagnole soggette a liquidazione o procedure concorsuali.

⁵⁹¹ Cfr. art. 94, par. 1, *Ley 3/2009*, il quale dispone più precisamente che la società proveniente dallo SEE "deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente" (corsivo aggiunto). Sul punto v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *op. cit.*, p. 616.

(sull'implicito presupposto che ciò vale per il diritto spagnolo, il quale dal canto suo garantisce tale continuità). Tuttavia, le società di Stati terzi migranti in Spagna sono soggette all'ulteriore condizione, laddove siano società di capitali, di dimostrare, tramite la relazione di un esperto indipendente, che dispongono di un patrimonio netto tale da coprire il capitale sociale minimo richiesto dal diritto spagnolo.⁵⁹²

Quanto alla procedura, essa è in gran parte modellata su quella prevista dall'art 8 del regolamento istitutivo della SE. Il requisito principale è costituito dalla redazione di un apposito progetto di trasferimento con un contenuto minimo obbligatorio indicato dalla norma, accompagnato da una relazione degli amministratori che spieghi e giustifichi nel dettaglio il suddetto progetto dal punto di vista economico e giuridico, nonché le sue conseguenze per i creditori, soci e dipendenti. La convocazione, dietro apposita pubblicità, dell'assemblea dei soci deputata alla delibera del trasferimento del *domicilio social* non può intervenire se non dopo la pubblicazione del progetto e degli altri documenti nel *registro mercantil* e nel *Boletín Oficial del registro mercantil*.⁵⁹³

Anche la normativa spagnola prevede un sistema di certificazione a garanzia dell'adempimento di tutte le formalità richieste e segna il passaggio da un ordinamento all'altro attraverso le vicende dell'iscrizione in apposito registro commerciale. A tal proposito il trasferimento del *domicilio social* diviene efficace dal momento dell'iscrizione nel nuovo registro delle imprese.⁵⁹⁴ Ai soci che hanno votato contro il trasferimento (non a tutti quelli non consenzienti, come accade nel diritto italiano), è attribuito il diritto di recesso dalla società. La normativa spagnola, in linea con quanto accade alla SE tramite apposita direttiva, contiene inoltre alcune regole riguardanti i diritti dei lavoratori derivanti da modifiche strutturali della società. Interessante e peculiare risulta invece il diritto di veto di cui godono i creditori che vantano crediti sorti prima della pubblicazione del progetto di trasferimento.⁵⁹⁵

⁵⁹² Cfr. art. 94, par. 2, *Ley 3/2009* e par. 1, ult. per., della medesima disposizione.

⁵⁹³ Cfr. artt. 95-98, *Ley 3/2009*. Si badi che l'art. 97 non prescrive direttamente un particolare *quorum* deliberativo per l'assemblea dei soci convocata per la decisione relativa al trasferimento, ma richiede che la decisione sia presa "con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada".

⁵⁹⁴ Cfr. artt. 101-103, *Ley 3/2009*.

⁵⁹⁵ Cfr. artt. 99-100 *Ley 3/2009*.

f) *Belgio e Polonia.*

Infine, una disciplina internazionalprivatistica del trasferimento della sede sociale all'estero, seppure più limitata rispetto ai due esempi testé citati, si ritrova poi in altri ordinamenti europei, quali quello belga e quello polacco. Quest'ultimo, in particolare, si è arricchito recentemente di una nuova legge di diritto internazionale privato, adottata il 4 febbraio 2011, contenente alcune disposizioni riguardanti le società. Tra di esse vi è anche un articolo relativo al trasferimento della sede sociale, il quale in linea di massima consente il trasferimento della sede sociale all'estero con mutamento della *lex societatis* e con mantenimento della personalità giuridica precedentemente acquisita (ma ciò solo a condizione che le leggi degli Stati coinvolti concordino sul punto). La norma si premura inoltre di precisare che il trasferimento all'interno dello Spazio economico europeo non può mai comportare la perdita della personalità giuridica della società interessata.⁵⁹⁶

3. L'influenza dell'ordinamento dell'Unione europea sui problemi derivanti dal trasferimento della sede sociale all'estero.

Il legame tra la fattispecie del trasferimento transfrontaliero della sede sociale e la libertà di stabilimento garantita alle società dal diritto dell'Unione europea è palese. Del resto “*Le droit du maché intérieur est un droit des flux transfrontières*”.⁵⁹⁷ Se pure è vero, come ebbe ad affermare la Corte di giustizia nella celeberrima sentenza *Daily Mail*, che la regola per le società è lo stabilimento secondario, ciò non esclude che esse possano esercitare tale libertà a titolo principale. A questo proposito la giurisprudenza *Centros* e *Inspire Art*

⁵⁹⁶ La Polonia ha adottato la *Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe* (Legge del 4 febbraio 2011, Diritto internazionale privato), in vigore dal 16 marzo 2011. La terza sezione di detta legge è interamente dedicata alle società e persone giuridiche (artt. 17-21).

⁵⁹⁷ V. M. FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 31 ss., spec. p. 39.

insegnano che il discrimine tra le due modalità di esercizio del diritto di stabilimento è molto labile e può dare origine a accese diatribe circa l'esatta qualificazione delle fattispecie concrete sottoposte all'esame dei giudici. Tuttavia, il trasferimento della sede sociale da uno Stato membro all'altro è sempre stato e continua ad essere difficilmente praticabile e il riconoscimento espresso di tale fattispecie quale modalità di esercizio del diritto di stabilimento è giunto solo di recente ad opera della Corte di giustizia.

3.1. *Il contributo del legislatore comunitario: il progetto di XIV direttiva sul trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro.*

L'importanza del trasferimento della sede sociale al fine di una piena attuazione della libertà di stabilimento delle società è stata ribadita da più parti e a più riprese. A tal proposito, si è già accennato, nel capitolo precedente, parlando dell'armonizzazione del diritto societario, a un progetto di quattordicesima direttiva concernente proprio il trasferimento transfrontaliero della sede sociale. È senz'altro opportuno soffermarsi qui su quell'iniziativa fondata sulla previsione di cui all'art. 50, par. 2, lett. g, TFUE (ex art. 44, par. 2, lett. g CE e già art. 54, par. 3, lett. g, CEE).

La storia del progetto di quattordicesima direttiva è piuttosto travagliata e il progetto non è mai giunto a compimento. Dopo uno studio effettuato nel 1993 da una società di consulenza su incarico della Commissione, la prima bozza di proposta di direttiva concernente il trasferimento della sede sociale fu pubblicata nel 1997.⁵⁹⁸ Il progetto era in realtà duplice e riguardava sia il trasferimento della sede reale, sia quello della sede legale. La continuità della personalità giuridica della società era garantita in ambo i casi, mentre differenti erano le conseguenze dell'operazione sulla *lex societatis*.

La competenza nel caso di trasferimento con cambiamento della legge applicabile era ripartita tra gli Stati membri coinvolti secondo un criterio cronologico. Il primo *Projet de*

⁵⁹⁸ Il testo della bozza di proposta è pubblicato in *G.U.C.E. C 138*, del 5/5/1997, e altresì riprodotto in *Dir. comm. int.* 1999, p. 415 ss. Lo studio affidato nel 1993 dalla Commissione europea alla K.P.M.G. può leggersi in J. WOUTERS, H. SCHEIDER, *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Antwerpen, 1995, p. 363 ess.

directive concernant le transfert du siège réel d'un Etat membre dans un autre Etat membre sans dissolution (la société restant soumise au droit de l'Etat de constitution) era decisamente il più ambizioso tra i due, e di conseguenza il più difficile da far accettare agli Stati membri, giacché imponeva l'uniformazione delle norme di conflitto nazionali concernenti le società sul fondamento del principio dell'*incorporation*. Esso avrebbe consentito la dissociazione della sede reale dalla sede sociale: quest'ultima avrebbe dovuto corrispondere al domicilio della società secondo quanto disposto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, mentre la prima avrebbe potuto essere trasferita da uno Stato membro ad un altro senza conseguenze sulla continuità della soggettività giuridica della società e sulla *lex societatis*, che sarebbe rimasta immutata. Unica condizione imposta era il rispetto della scarsa disciplina procedurale recata dalla direttiva medesima. Inoltre, era esclusa l'applicabilità della direttiva ai casi di trasferimento della sede reale miranti unicamente (secondo elementi oggettivi) ad evitare l'applicazione del diritto, altrimenti applicabile, dello Stato membro ospitante tale sede. Le modalità di deliberazione del trasferimento erano quelle previste dalla legge del paese d'origine per i trasferimenti di sede all'interno dei confini nazionali.

Il secondo *Projet de directive concernant le transfert du siège social d'un Etat membre dans un autre Etat membre sans dissolution (avec changement de la loi applicable)* non modificava il diritto internazionale privato degli Stati membri, lasciando invece sopravvivere le due più diffuse e opposte teorie conflittuali in materia di società, senza richiedere alcuna emendamento delle disposizioni nazionali. Esso prescriveva la coincidenza delle due sedi, legale e reale, e consentiva il loro trasferimento (solo ove congiunto) con la conseguenza del mutamento della *lex societatis*. La società che avesse trasferito le proprie sedi in uno Stato membro diverso da quello di costituzione avrebbe dovuto sottomettersi alla legge di tale Stato, provvedendo ad una vera e propria trasformazione internazionale ma conservando tuttavia la propria personalità giuridica. La sopravvivenza delle divergenze delle legislazioni nazionali e, soprattutto, il mutamento della *lex societatis* prescritto dal secondo progetto di direttiva a seguito del trasferimento della sede sociale comportava una procedura

più complessa e più ricca di formalità, disciplinata con maggior dovizia di particolari dalla direttiva medesima.⁵⁹⁹

A quella bozza di proposta seguirono due consultazioni pubbliche, rispettivamente nel 1997 e nel 2002. Proprio nel 2002 la necessità di un intervento del legislatore comunitario, tra l'altro, sul tema del trasferimento transfrontaliero di sede fu evidenziata nella Relazione del Gruppo di esperti di diritto societario (c.d. Gruppo Winter), incaricato dalla Commissione di effettuare uno studio sulle offerte pubbliche di acquisto e la modernizzazione del diritto societario dell'Unione.⁶⁰⁰ Sulla scia delle osservazioni del Gruppo Winter la Commissione avviò una consultazione pubblica i cui esiti confluirono nel piano d'azione *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea – Un piano per progredire*, ove la mobilità societaria venne indicata come uno dei fattori chiave per accrescere l'efficienza e la competitività delle imprese europee e fu ribadita la volontà di addivenire ad una proposta di XIV direttiva.⁶⁰¹ L'adozione di una direttiva sul trasferimento della sede sociale venne poi ulteriormente confermata tra le priorità a medio termine nella c.d. "Strategia di Lisbona" del 2005.⁶⁰²

Sfortunatamente, a metà del 2007 la Commissione decise di interrompere i lavori sulla XIV direttiva.⁶⁰³ Le motivazioni fornite dal commissario per il mercato interno e i servizi McCreevy a proposito dell'abbandono del progetto di XIV direttiva appaiono poco convincenti, così come diverse perplessità suscita l'*Impact Assesment* pubblicato alla fine del

⁵⁹⁹ Per una disamina più approfondita del testo della bozza di proposta di XIV direttiva del 1997 v. S. RAMMELOO, *The 14th EC Company Law Directive on the Cross-Border Transfer of the Registered Office of Limited Liability Companies - Now or Never?*, in *Maastricht Journal*, 2008, p. 35 ss., M. MENJUCQ, *Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2000, p. 137 ss., CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Faciliter le transfert des sièges sociaux au sein de l'Union européenne (Examen de la proposition de 14eme Directive)*, 20 mai 1999, F. FERRARI, *E.U. Corporate Tax Law* cit., p. 406 ss.

⁶⁰⁰ *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* del 04/11/2002, in partic. p. 35 ss.

⁶⁰¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea – Un piano per progredire*, COM(2003) 284 def. del 21/05/2003, in partic. par. 2.2. e 3.4.

⁶⁰² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, *Azioni comuni per la crescita e l'occupazione: il programma comunitario di Lisbona*, COM(2005) 330 def. del 20/07/2005.

⁶⁰³ Cfr. SPEECH/07/441 del 28/06/2007, pronunciato a Berlino in occasione della *5th European Corporate Governance and Company Law Conference* e SPEECH/07/592 del 03/10/2007, pronunciato di fronte alla Commissione giuridica del Parlamento europeo a Bruxelles.

2007, sul quale del resto è espressamente fondata la decisione della Commissione.⁶⁰⁴ In sintesi, non ritenendo provati i benefici che un intervento diretto sul tema del trasferimento di sede da parte del legislatore europeo avrebbe potuto recare alla libertà di stabilimento, si ritenne più opportuno sospendere l'impegno in materia nell'attesa dei primi risultati dell'applicazione di strumenti alternativi già disponibili, quali la direttiva 2005/56/CE sulla fusioni transfrontaliere, nonché della pronuncia della Corte di giustizia nell'allora pendente caso *Cartesio*.⁶⁰⁵

Nonostante la decisione e l'atteggiamento della Commissione, il Parlamento europeo ha più volte richiamato, soprattutto negli ultimi anni, l'importanza dell'adozione di norme uniformi in tema di trasferimento della sede sociale, raccomandando l'adozione di una proposta di direttiva per il coordinamento delle legislazioni nazionali al fine di facilitare il trasferimento transfrontaliero della sede sociale.⁶⁰⁶ Assai significativo ai fini della presente trattazione è il c.d. *Programma di Stoccolma* del 2009 relativo alla progressiva realizzazione di uno spazio giudiziario europeo, il quale da un lato invita ad un progetto più ambizioso e cioè all'introduzione di un regime specifico europeo facoltativo che, similmente ai regimi già elaborati in altre aree del mercato interno (es. SE, GEIE etc.), favorirebbe lo sviluppo del commercio intracomunitario, creando un quadro giuridico unico, direttamente applicabile, e dall'altro suggerisce, tra le azioni volte alla regolamentazione del diritto commerciale, l'adozione di norme comuni di determinazione della legge applicabile alle società.⁶⁰⁷

Al momento in cui si scrive non è dato rinvenire traccia alcuna nei documenti pubblicati dalle istituzioni europee di una ripresa dei lavori nel senso dell'adozione di una

⁶⁰⁴ Cfr. *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707 del 12/12/2007.

⁶⁰⁵ Sul punto v. G.-J. VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 123, il quale ritiene che dietro all'abbandono dei lavori sulla XIV direttiva si nasconda in realtà la volontà di promuovere la Società privata europea quale strumento principe per l'esercizio della mobilità transfrontaliera per le società di piccole e medie dimensioni.

⁶⁰⁶ Si vedano in particolare la risoluzione del 4 luglio 2006 sui recenti sviluppi e le prospettive in materia societaria (in *G.U.U.E.* C 303 E del 13/12/2006, p. 114 ss.), la risoluzione del 25 ottobre 2007 sulla società privata europea e sulla quattordicesima direttiva in materia di diritto societario a proposito del trasferimento della sede societaria (in *G.U.U.E.* C 263 E del 16/10/2008, p. 671 ss.), la risoluzione del 10 marzo 2009 recante raccomandazioni alla Commissione sul trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società (in *G.U.U.E.* C 87 E dell'1/4/2010, p. 5 ss.), ove il Parlamento raccomanda alla Commissione la presentazione di una apposita proposta entro il 31 marzo 2009, e la risoluzione del 23 novembre 2010 sugli aspetti relativi al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto di famiglia e al diritto internazionale privato del Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, doc. P7_TA(2010)0426.

⁶⁰⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Un'area di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM(2009) 262 def. del 10/6/2009, in partic. pp. 13-14.

formale proposta di quattordicesima direttiva. Di conseguenza, sembra improbabile che l'iniziativa giunga a realizzazione entro breve e ciò nonostante il fatto che da più parti si auspichi un intervento legislativo in materia di trasferimento transfrontaliero della sede sociale⁶⁰⁸ e la Commissione giuridica del Parlamento europeo abbia recentemente predisposto un progetto di risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione su una quattordicesima direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di sedi di società, nella quale sollecita la presentazione al Parlamento di una proposta in tal senso.⁶⁰⁹ Occorre, tuttavia, segnalare il recente *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law* pubblicato dalla Commissione europea che si propone di effettuare una revisione e una valutazione dello stato e dell'evoluzione del diritto societario europeo. In tale documento il gruppo di riflessione esprime chiaramente la necessità dell'adozione di una direttiva di armonizzazione concernente il trasferimento della sede sociale all'interno dell'Unione europea sul modello della direttiva n. 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ Circa l'opportunità di una iniziativa comunitaria nel solco della XIV direttiva si rinvengono solo pareri concordi. La prima grande sostenitrice di questo progetto di XIV direttiva sembra essere la stessa Corte di giustizia che non perde l'occasione per sottolineare l'assenza di soluzioni convenzionali o legislative e per affermarne l'urgenza. Cfr. Sentenza *Cartesio*, p.ti 108 e 114. In dottrina v. *inter alia* R. DAMMANN, L. WYNAENDTS, R. NADER, *op. cit.*, p. 575 (anche se gli autori propugnano l'adozione di un regolamento), V. E. KOROM, P. METZINGER, *op. cit.*, pp. 159-160, T. MASTRULLO, *op. cit.*, p. 16, T. VIGNAL, *op. cit.*, p. 902, G. J. VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 123. Per un'analisi più approfondita sulla necessità di un intervento del legislatore comunitario in materia si vedano E. WYMEERSCH, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, in *EBOR*, 2007, p. 161, E. M. KIENINGER, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, in *RabelsZ*, p. 607 ss., in partic. p. 610, ove l'A. auspica il raggiungimento di soluzioni uniformi sui problemi che qui interessano mediante l'adozione di due strumenti normativi, un regolamento sulla legge applicabile alle società e una direttiva concernente il trasferimento della sede statutaria, che dovrebbero andare di pari passo con la vigente decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere. Per quanto riguarda l'opinione del mondo economico registrata dalle consultazioni effettuate tra il 2002 e il 2005 dalla Commissione si veda *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, cit., p. 7.

⁶⁰⁹ Cfr. Parlamento europeo – Commissione giuridica (Rel. Evelyn Regner), *Progetto di Relazione recante raccomandazioni alla Commissione su una 14a direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di sedi di società* (2011/2046(INI)) del 27/9/2011 (d'ora in avanti semplicemente "Progetto di relazione del 27/9/2011"). La proposta della Commissione giuridica si segnala, oltre che per aver nuovamente sollecitato la Commissione a presentare al più presto una proposta di direttiva sul trasferimento transfrontaliero della sede sociale, per il fatto di fornire raccomandazioni particolareggiate in ordine al contenuto della proposta richiesta. Per maggiori informazioni sul punto v. *infra* par. 5.2.

⁶¹⁰ *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, Brussels, 5 April 2011, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf, p. 20 e 22. Il gruppo di riflessione ritiene necessaria l'adozione di una direttiva di armonizzazione delle norme sul trasferimento della sede sociale all'interno dell'Unione, suggerendo due alternative in proposito, da un lato l'adozione di una direttiva *ad hoc*, dall'altro l'emendamento della direttiva 2005/56/CE sulla fusione transfrontaliera. La prima soluzione avrebbe il vantaggio di rappresentare una soluzione su misura, la seconda di creare uno strumento normativo unico quale riferimento per tutte le ipotesi di mobilità transfrontaliera. Viene invece respinta, in quanto comportante valutazioni troppo complesse e specifiche, l'ipotesi di un regolamento sui conflitti di leggi in materia di società (v. *Report* p. 23).

3.2. Il riconoscimento espresso del trasferimento della sede sociale come modalità di esercizio della libertà di stabilimento da parte della Corte di giustizia nel caso *Cartesio*.

Nonostante il fatto che gli studi sulla XIV direttiva risalgano agli anni novanta del secolo scorso, il riconoscimento espresso del trasferimento della sede sociale quale modalità di esercizio della libertà di stabilimento garantita alle società “europee” (per tali intendendosi quelle che soddisfano i requisiti per beneficiare dell’anzidetta libertà) dagli artt. 49 e 54, TFUE, è giunto assai di recente da parte della giurisprudenza dell’Unione europea. Il 16 dicembre 2008, infatti, la Corte di giustizia si è pronunciata nuovamente in materia di stabilimento con la celeberrima sentenza *Cartesio*.⁶¹¹

I fatti all’origine della controversia sono piuttosto semplici. La società *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* (d’ora in avanti semplicemente “*Cartesio*”) viene costituita, nel maggio 2004, nella forma della “*betéti társaság*” (corrispondente alla s.a.p.a. italiana) secondo il diritto ungherese e fissa la sede sociale a Baja, nel sud del paese, ove viene iscritta presso il locale registro delle imprese. Circa un’anno più tardi la società decide di spostare la propria sede in Italia, a Gallarate (VA), con l’intenzione però di mantenere il proprio *status* originario di società retta dal diritto ungherese. A tal fine, presenta al *Bács-Kiskun Megyei Bíróság* (tribunale regionale di *Bács-Kiskun*), nella veste di *Cégbíróság* (tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese) apposita domanda di modifica dell’iscrizione a sé relativa

⁶¹¹ Sentenza della Corte (Grande sezione) 16 dicembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, causa C-210/06, in *Raccolta*, p. I-9641. Per un commento v. *inter alia* A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, *Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisitée*, in *Cahier de droit européen*, 2009, p. 91 ss., S. CRESPI, *Il trasferimento all’estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *RDIPP*, 2009, p. 869 ss., L. DAMMANN, R. WYNAENDTS, L. NADER, *La renaissance inattendue de la théorie du siège réel*, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 574 ss., S. FRANCO, *Note de jurisprudence*, in *JDI*, 2009, p. 685 ss., J. HEYMANN, *Note*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2009, p. 548 ss., V. E. KOROM, P. METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in Cartesio Case C-210/06*, in *ECFLR*, 2009, p. 125 ss., R. KOVAR, *La mobilité des sociétés dans l’espace européen*, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 485 ss., T. MASTRULLO, *Note*, in *Gazette du Palais*, 2009, p. 12 ss., F. MÉLIN, *Déplacement de siège social dans la Communauté européenne*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n. 8, 19 Février 2009, p. 1208 ss., M. MENJUCQ, *Les possibilités de transfert de siège sociale au sein de la Communauté européenne*, in *Sem. Jur. - Éd. gén.*, n. 7, 11 Février 2009, p. II-10027, M. SZYDŁO, *Case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008*, nyr, in *CMLR*, 2009, p. 703 ss., T. VIGNAL, *Note*, in *JDI*, 2009, p. 889 ss., F. VISMARA, *Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso Cartesio)*, in *Dir. com. sc. int.*, 2009, p. 235 ss., G. J. VOSSESTEIN, *Cross-border Transfer of Company Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment. Some Considerations on the Court of Justice’s Cartesio Judgment*, in *Eur. Comp. Law*, 2009, p. 155 ss. Infine, tra i molti, sia consentito di citare il nostro S. BERNASCONI, *Il caso Cartesio e la libertà di stabilimento delle società nell’Unione europea*, *Liuc Papers* n. 236, *Serie Impresa e Istituzioni*, 28 ottobre 2010.

nella parte riguardante l'ubicazione della sede sociale.

L'istanza di modifica dell'iscrizione presso il registro delle imprese viene rigettata giacché la legge ungherese non consente alle società costituite secondo il diritto interno di trasferire la propria sede sociale al di fuori del territorio nazionale mantenendo al contempo lo *status* originario, ovvero quello di società retta dal diritto ungherese. La *Cartesio* impugna allora la decisione del tribunale regionale di *Bács-Kiskun*, in qualità di tenentario dell'anzidetto registro, dinanzi allo *Szegedi Ítéltábla* (Corte d'appello di *Szeged*), lamentando l'incompatibilità con gli artt. 43 e 48 CE della normativa ungherese, colpevole di discriminare le società commerciali in funzione della collocazione della sede sociale nei diversi Stati membri. La Corte d'appello di *Szeged*, ritenuti quanto meno fondati i dubbi della società ricorrente, si è rivolta alla Corte di giustizia, chiedendo di chiarire ulteriormente l'interpretazione degli allora artt. 43 e 48 CE. In particolare, il giudice *a quo* ha domandato alla Corte se gli anzidetti articoli ostano ad una normativa nazionale che impedisca a una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro di trasferire la sua sede in un altro Stato membro, mantenendo allo stesso tempo il suo *status* giuridico originario di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita.⁶¹²

Preliminare alla disamina degli aspetti rilevanti della decisione resa dal giudice europeo, è tuttavia il chiarimento di alcuni equivoci relativi sia alla fattispecie concreta sia al contenuto del diritto ungherese che hanno dato adito ad alcuni fraintendimenti nel corso della causa dinanzi alla Corte di giustizia e che, in parte, hanno influenzato l'approccio dei giudici all'esame del caso. Seppure si tratti del primo vero caso di trasferimento, o tentato tale, della

⁶¹² Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.ti 40 e 99. Questa è la riformulazione del quarto quesito pregiudiziale operata dalla Corte di giustizia. Il giudice *a quo* ha formulato quattro quesiti pregiudiziali, di cui tre vertenti sulla nozione di "organo giurisdizionale" ai fini dell'applicazione della disciplina del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 CE (attuale 267, TFUE) e un quarto concernente il trasferimento di sede sociale. In particolare, il quarto quesito pregiudiziale, quello che interessa direttamente ai fini del presente lavoro, è suddiviso in quattro sotto-quesiti riguardanti, rispettivamente, l'applicabilità del diritto dell'Unione europea e, segnatamente, della libertà di stabilimento, la diretta invocabilità degli artt. 43 e 48 CE ai fini del trasferimento della sede sociale da uno Stato membro all'altro (e, in caso di risposta positiva, la possibilità per lo Stato membro d'origine o di quello ospitante di assoggettare la società a condizioni o autorizzazioni), l'incompatibilità con il diritto di stabilimento della società di una normativa nazionale che distingua rispetto all'esercizio dei diritti relativi alle società commerciali in virtù dello Stato membro in cui è fissata la sede e, infine, di una normativa nazionale o una prassi che impedisca ad una società costituita secondo l'ordinamento di detto Stato di trasferire la propria sede in un altro Stato membro.

sede sociale da uno Stato membro all'altro (nel precedente caso *Überseering* infatti il trasferimento era per così dire “virtuale”, essendo considerato tale dalle norme dello Stato di stabilimento in ragione del passaggio di proprietà della totalità delle quote sociali, ma non coinvolgendo alcun trasferimento “fisico”), nemmeno il caso *Cartesio* riguarda direttamente delle norme di diritto internazionale privato. La causa dell'equivoco che ha fondato persino una richiesta, respinta, di riapertura della fase orale del procedimento, risiede in una cattiva traduzione del rinvio pregiudiziale operato dal giudice ungherese, la cui versione inglese si riferisce al trasferimento del “registered office” (corrispondente alla sede statutaria).⁶¹³ Diversamente, ciò che la società *Cartesio* intendeva spostare in Italia era soltanto la sede effettiva o reale. In effetti, correttamente, l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle sue Conclusioni fa riferimento agli “operation headquarters” della società e la Corte nella sentenza precisa che trattasi della “sede effettiva”.⁶¹⁴

Ancora una volta l'ostacolo al diritto dell'Unione europea discendeva dal diritto materiale del paese di costituzione della società e, segnatamente, dalla combinazione di alcune norme contenute nella legge CXLIV sulle società commerciali del 1997 e nella coeva legge CXLV sul registro delle imprese. Per effetto del combinato disposto di alcune norme contenute nei provvedimenti appena citati il diritto ungherese prescriveva la coincidenza della sede sociale con la sede direttiva.⁶¹⁵ Da questo punto di vista, occorre sottolineare la discrasia

⁶¹³ Cfr. *G.U.U.E.* C 165 del 15/7/2006, p. 17 ss. In effetti nella traduzione inglese si legge “registered office”, espressione ingannevole rispetto alla fattispecie in esame, mentre più corrette appaiono le traduzioni italiana (“sede”), francese (“siège social”), tedesca (“Sitz”) e spagnola (“domicilio”), le quali si prestano maggiormente a rendere la nozione di *székhely* prevista dal diritto ungherese, di per sé neutra rispetto alla funzione della sede in questione, ma in concreto indicante sia la sede legale sia la sede reale. I governi di Irlanda e Regno Unito, intervenuti nel procedimento, hanno svolto le loro osservazioni con riferimento all'ipotesi del trasferimento del “registered office” e cioè della sede statutaria. Accortisi dell'errore solo al momento della lettura delle conclusioni dell'Avvocato generale declinate in termini di trasferimento degli “operational headquarters” hanno chiesto invano alla Corte la riapertura della fase orale: cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.ti 41 e 53. Sulla disavventura terminologica dei due governi v. V. E. KOROM, P. METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in Cartesio Case C-210/06*, in *ECFLR*, p. 125 ss., spec. p. 134.

⁶¹⁴ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.to 47. In inglese “real seat”, in francese “siège réel”, in italiano “sede effettiva”, in tedesco “tatsächlichen Sitzes”, in spagnolo “domicilio real”, in ungherese “székhely”.

⁶¹⁵ Specificamente, l'art 1 n. 1 della legge legge CXLIV sulle società commerciali del 1997 prevede che l'atto costitutivo contenga, tra le altre informazioni, l'indicazione della sede della società commerciale (tale legge definisce il proprio ambito di applicazione, limitandolo alle sole società commerciali aventi sede nel paese). Dal canto suo la coeva legge CXLV sul registro delle imprese sulle società commerciali definiva espressamente la “società” quale “organizzazione commerciale che si costituisce mediante iscrizione nel registro delle imprese”, fissando a tal fine la competenza del tribunale nella cui circoscrizione è ubicata la sede della società, sede che, a norma dell'art. 16 n. 1 di detta legge, era da individuarsi nel luogo in cui si trovava la sede direttiva.

esistente nel sistema giuridico ungherese tra norme materiali e diritto internazionale privato internazionale privato, che impiega, diversamente da quanto affermato dall'Avvocato generale Poiaras Maduro, come criterio di collegamento generale in materia di società il luogo di costituzione.⁶¹⁶ Quanto alla regolamentazione specifica del trasferimento di sede sociale il diritto sostanziale ungherese non conteneva né contiene oggi disposizioni specifiche né per il caso dello spostamento all'interno del territorio nazionale, né tanto meno per l'ipotesi del movimento transfrontaliero. L'ammissibilità della fattispecie interne si può tuttavia legittimamente ricavare dall'art. 34 della legge sulla registrazione delle imprese che impone emendamento dell'iscrizione nel registro delle imprese in caso di spostamento della sede sociale entro i confini nazionali, asseggando la realizzazione formale dell'operazione al potere del tribunale tenentario del registro territorialmente competente, il quale "dispone" lo stesso dietro apposita domanda di parte.

Alla luce di quanto appena detto, l'*iter* argomentativo della sentenza della Corte di giustizia appare influenzato, se non addirittura deviato, da una ricostruzione viziata (nei termini di cui si è appena detto) dei contenuti del diritto ungherese, Stato di costituzione della società *Cartesio*. Si ritiene che una più attenta ricostruzione delle norme sotto esame avrebbe probabilmente condotto la Corte, e fors'anche l'Avvocato generale, a conclusioni parzialmente differenti giacché l'attenzione avrebbe potuto essere concentrata, come nella precedente giurisprudenza in materia, sugli effetti restrittivi creati dall'applicazione di norme di diritto materiale dello Stato di costituzione della società. Si ritornerà sul punto dopo aver illustrato il *decisum*.

La sentenza *Cartesio* può essere suddivisa idealmente in due parti. La prima parte, volta a chiarire e delimitare gli ambiti di applicazione del diritto nazionale da un lato e del diritto comunitario dall'altro in relazione alla libertà di stabilimento (nonché a individuare le interesezioni tra i due sistemi) alla luce dei precedenti giurisprudenziali della Corte rilette in base ai tempi e alle circostanze del caso concreto, rappresenta la vera e propria risposta al quesito pregiudiziale formulato dal giudice *a quo*. La seconda parte, invece, costituisce un sorprendente *obiter dictum* in cui la Corte si pronuncia su aspetti ultronei rispetto al quesito

⁶¹⁶ Cfr. conclusioni *Cartesio* cit., p.to 20.

rivoltole, affrontando e stigmatizzando una distinzione tra le ipotesi di trasferimento di sede sociale a seconda che si realizzino con o senza contestuale cambiamento della *lex societatis*.⁶¹⁷

Nel dare soddisfazione alle richieste del giudice ungherese la Corte di giustizia si occupa anzitutto dell'ipotesi del trasferimento della sede sociale senza mutamento di legge applicabile, ossia esattamente ciò a cui mirava la società Cartesio, attraverso il richiamo a due precedenti in materia. Il ragionamento sillogistico dei giudici di Lussemburgo si fonda su due premesse costituite dalle sentenze *Daily Mail* e *Überseering*, la quali sembrano non poter che condurre, automaticamente, alle conclusioni espresse dalla Corte di giustizia a soluzione del caso *Cartesio*.

Dalla prima delle due decisioni testè citate vengono riprese due statuizioni: da un lato la famosa osservazione circa la natura fittizia dell'ente societario (esistente soltanto in virtù della normativa nazionale che gli ha dato origine, disciplinandone l'esistenza e il funzionamento), dall'altro la constatazione delle notevoli differenze sussistenti tra le legislazioni degli Stati membri quanto ai fattori di collegamento con il proprio territorio richiesti da ciascun paese al fine della costituzione di una società regolata dal diritto di detto paese e alla possibilità di modificare tali elementi in un momento successivo (determinando così la perdita del collegamento con l'ordinamento nazionale d'origine). A proposito di questa seconda considerazione il Trattato di Roma avrebbe tenuto conto ponendo su di un piano di equivalenza *ex art. 48, par. 1, CE* (attuale art. 54, par. 1, TFUE), ai fini della definizione delle società beneficiarie della libertà di stabilimento, i tre elementi più comunemente utilizzati dagli Stati membri come fattori di connessione al proprio ordinamento interno, ovvero la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro di attività principale.⁶¹⁸

Della sentenza *Überseering* la Corte di giustizia si è servita per riaffermare la libertà degli Stati membri nel decidere se concedere alle proprie società (ossia alle società costituite a norma della legislazione nazionale) la facoltà di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro senza per questo perdere l'originaria personalità giuridica, nonchè ovviamente la

⁶¹⁷ Una distinzione simile e, soprattutto, conclusioni identiche circa la soluzione delle due ipotesi erano già state prefigurate in dottrina: a tal proposito v. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., pp. 616-617.

⁶¹⁸ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.ti. 104-106.

libertà nel fissarne i presupposti e le modalità. Una simile statuizione trova, secondo i giudici di Lussemburgo, conferma nel dato testuale dell'art. 48 CE. Ancora una volta, si ripete che l'unica soluzione possibile alle difformità esistenti tra le discipline nazionali in questo ambito sarebbe quella di affidarsi a iniziative pattizie fondate sull'art. 293, terzo trattino, CE, iniziative peraltro mai realizzatesi.⁶¹⁹

Dalle premesse appena ricostruite e dalla constatazione dell'assenza di una definizione uniforme delle società beneficiarie della libertà di stabilimento in virtù di un unico criterio, la Corte di giustizia ricava, in modo apparentemente automatico, la conclusione che l'applicabilità dell'art. 43 CE ad una società che invochi il diritto di stabilimento costituisce una questione preliminare che deve essere risolta alla luce del solo diritto nazionale applicabile e non può invece trovare risposta nel diritto dell'Unione europea (con la precisazione che l'affermazione si riferisce allo stadio evolutivo di detto diritto al momento della decisione).⁶²⁰ Giacché il diritto dell'Unione europea non ha fornito una definizione uniforme, in virtù di un unico criterio, delle società che beneficiano della libertà di stabilimento, tale determinazione spetta agli Stati membri. Ciò significa che la libertà degli Stati si esplica ancora illimitatamente da un lato rispetto alla selezione dei presupposti materiali più significativi al fine di individuare un collegamento tra il proprio ordinamento e una società così da poterla considerare costituita in conformità al diritto nazionale, dall'altro lato di decidere se e, eventualmente, a quali condizioni la società possa mantenere lo *status* originario a seguito della modifica di uno o più di detti presupposti. Tale libertà si spinge sino ad includere la facoltà per ciascuno Stato membro di impedire ad una società retta dal diritto nazionale di mantenere tale *status* in caso di trasferimento della sede sociale in un altro Stato membro (per effetto della modifica dei presupposti materiali di costituzione).⁶²¹

Il diritto ungherese ammette solo, e in maniera implicita, il trasferimento della sede sociale all'interno del territorio nazionale, mentre impone alla società nazionale che voglia spostare la propria sede all'estero lo scioglimento e la ricostituzione secondo la legge del paese di destinazione. Una simile disciplina conduce di fatto ad una discriminazione tra

⁶¹⁹ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.ti 107-108.

⁶²⁰ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.to 109.

⁶²¹ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.to 110.

società basata sul luogo in cui esse hanno fissato la loro sede. Tuttavia, a parere della Corte, il diritto dell'Unione europea non è in grado di limitare detta discriminazione, neppure per soddisfare l'esigenza dell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 49 e 54, TFUE.

Diversamente, la Corte ha scelto una linea assai liberale, senza indagare a fondo sull'effetto che l'esercizio della libertà di stabilimento produce sulla facoltà di una società validamente costituita secondo il diritto nazionale di uno Stato membro di godere di un diritto conferitole espressamente dal Trattato (trattato che, si ricorda, richiede solo la valida costituzione ai sensi del diritto di uno Stato membro e il collegamento territoriale con la Comunità). In questo sembra potersi leggere un passo indietro della Corte di giustizia sino al caso *Daily Mail*, rispetto alla precedente giurisprudenza in materia di stabilimento delle società caratterizzata dalla verifica di eventuali limiti o vincoli che il diritto comunitario imponeva alla libertà degli Stati membri. Con il caso *Cartesio* l'esigenza di dare effettiva attuazione al diritto dell'Unione europea ha ceduto il passo alla libertà degli Stati membri senza avere su questa alcun potere limitante.

3.2.1. *Il revirement metodologico della Corte di giustizia.*

Un aspetto che merita di essere sottolineato, ancor prima di dar conto del contenuto della sentenza, è una sorta di *revirement* metodologico nell'approccio della Corte di giustizia alla soluzione del caso sottoposto rispetto al trattamento riservato ai precedenti direttamente rilevanti in materia. Tale cambiamento risulta evidente se si confronta l'*iter* argomentativo seguito dall'Avvocato generale con quello dei giudici di Lussemburgo. La scelta dell'Avvocato generale sembra in linea con la precedente giurisprudenza sullo stabilimento delle società, nella quale si rinviene uno schema di analisi costante e imperniato su tre ordini di verifiche a cui la Corte normalmente sottopone le norme nazionali di volta in volta in discussione: la sussistenza di una restrizione al diritto di stabilimento derivante dall'applicazione delle norme nazionali, la verifica dell'esistenza di una giustificazione (identificabile tra le deroghe di cui all'art. 52, TFUE, o tra i motivi imperativi di interesse

generale nella concezione elaborata dalla Corte), e infine il superamento del test di proporzionalità.⁶²² In tutti i casi precedenti i giudici di Lussemburgo hanno sempre incentrato la loro indagine sugli effetti derivanti dall'applicazione delle norme nazionali di volta in volta sotto esame, senza mai esprimere un giudizio di valore diretto sulle disposizioni nazionali in questione, né tanto meno sui meccanismi internazionalprivatistici predisposti dagli Stati membri per la loro determinazione.⁶²³ Le norme di conflitto predisposte dagli Stati membri per i casi affrontati nella precedente giurisprudenza non sono mai state sotto esame diretto; sotto esame sono stati semmai gli effetti prodotti sull'effettiva attuazione del diritto di stabilimento dall'applicazione delle norme sostanziali individuate come applicabili al caso di specie, eventualmente tramite quelle stesse norme di conflitto predisposte da ciascuno Stato membro nell'esercizio delle proprie prerogative.⁶²⁴

L'Avvocato generale ha incentrato la sua analisi, nel solco della precedente giurisprudenza, sugli effetti dell'applicazione delle norme nazionali sulla libertà di stabilimento. Dopo aver risolto velocemente e in senso positivo la questione dell'applicabilità

⁶²² Così è stato nel caso *Centros* in cui la Corte ha giudicato incompatibile con la libertà sancita dal trattato il rifiuto opposto da uno Stato membro alla richiesta di registrazione di una succursale da parte di una società validamente costituita in un altro Stato membro, ove tale società aveva la sede senza svolgervi alcuna attività, dal momento che l'effetto di tale rifiuto era quello di impedire, di fatto, l'esercizio dello stabilimento secondario. Ugualmente, e forse in maniera più evidente, nella sentenza *Überseering* la Corte si è disinteressata della libertà degli Stati membri in relazione alla scelta dei criteri di collegamento delle norme di conflitto in materia di società, valutando restrittiva e ingiustificata la normativa tedesca che riconosceva la capacità giuridica e processuale di una società validamente costituita in un altro Stato membro e trasferitasi in Germania sulla base dell'effetto da essa prodotto, ossia la completa negazione del diritto di stabilimento. Ancora, nel successivo caso *Art* la Corte ha escluso compatibilità con le norme del trattato della disciplina olandese sulle società formalmente straniere, sempre in virtù dell'effetto prodotto dalla sua applicazione, e cioè quello di imporre obblighi e sanzioni particolari per l'apertura di sedi secondarie nei Paesi Bassi anche alle società validamente costituite in altri Stati membri.

⁶²³ Sul punto v. conclusioni *Cartesio* cit., p.ti 30-31, ove l'Avvocato generale Poiares Maduro sottolinea l'attenzione posta dalla Corte nella sua giurisprudenza agli effetti discendenti dall'applicazione delle norme nazionali. Sul punto in termini più generali v. S. BARIATTI, *Prime considerazioni* cit., p. 677, M. FALLON, MEUSEEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *YbPIL*, 2002, p. 37, in partic. p. 52 e con specifico riferimento alla giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento E. WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, in *CMLR*, 2003, p. 661 ss., spec p. 681 (il medesimo articolo è stato pubblicato anche in italiano con il titolo *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 723 ss.), E. PATAUT, *Liberté d'établissement* cit., p. 492, P. BEHRENS, *From "Real Seat" to "Legal Seat": Germany's Private International Company Law Revolution*, in *Resolving International Conflicts. Liber Amicorum Tibor Várady*, 2009, Budapest, p. 45 ss., in partic. p. 52, E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 609. *Contra* nel senso che l'effetto restrittivo della libertà di stabilimento sia da ricondurre direttamente alla norma di conflitto, autonomamente considerata, e non alle disposizioni della legge materiale individuata come applicabile si veda P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 315.

⁶²⁴ Gli ostacoli alla effettiva attuazione della libertà di stabilimento sorgono generalmente dalle norme materiali e raramente dalle norme di conflitto in sé e per sé considerate: di quest'opinione v. MUIR WATT, *L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 545 ss., in particolare p. 546.

della libertà di stabilimento al caso in esame,⁶²⁵ si sofferma sul carattere discriminatorio delle norme ungheresi in questione. Contestando, attraverso una disamina dei precedenti giurisprudenziali rilevanti, le distinzioni sostenute in passato, soprattutto in dottrina,⁶²⁶ tra casi di immigrazione e emigrazione di società, giudica le norme in esame restrittive al punto tale da condurre all'assoluta negazione del diritto di stabilimento, senza che alcuna giustificazione possa superare il test di proporzionalità. Afferma l'Avvocato generale che lo *ius vitae necisque* degli Stati membri nei confronti delle società costituite a norma del loro diritto nazionale non può più considerarsi assoluto e in ogni caso indipendente dai suoi effetti sulla libertà di stabilimento.⁶²⁷ Occorre, invece, che tale libertà di cui ancora gli Stati membri godono sia esercitata nel rispetto del diritto europeo e che sussista un motivo di interesse pubblico atto a giustificare le restrizioni alla libertà di stabilimento eventualmente discendenti da disposizioni nazionali adottate entro i limiti di detta libertà.

Diversamente, la Corte non è giunta ad esaminare gli effetti dell'applicazione della normativa ungherese in questione sul diritto di stabilimento della società Cartesio. I giudici di Lussemburgo si sono infatti soffermati a lungo sulla questione preliminare dell'applicabilità dell'anzidetta libertà al caso in esame, in particolare sull'individuazione dei suoi beneficiari, giungendo sulla base delle osservazioni relativi a tale tema all'opposta conclusione della compatibilità della normativa ungherese con gli allora artt. 43 e 48 CE. In questo modo la Corte ha potuto riaffermare la libertà degli Stati membri sotto un duplice profilo, da un lato quello della selezione dei presupposti materiali ritenuti più significativi al fine di individuare un collegamento tra il proprio ordinamento e una certa società così da poterla considerare costituita in conformità al proprio diritto nazionale, dall'altro la decisione sul se e,

⁶²⁵ Cfr. conclusioni *Cartesio*, p.to 25, ove l'Avvocato generale Poirares Maduro, dedicando pochissime righe alla questione, afferma l'applicabilità degli artt. 43 e 48 CE al caso Cartesio in ragione della natura discriminatoria delle norme ungheresi, le quali, permettendo il trasferimento della sede solo all'interno del territorio nazionale, trattano le situazioni transfrontaliere in modo più sfavorevole rispetto alle situazioni puramente interne, con ciò rappresentando una restrizione alla libertà di stabilimento.

⁶²⁶ La distinzione è stata formalmente inaugurata dalla dottrina francese: sul punto si veda LAGARDE, *Note* 2003 cit. Pur condividendo l'idea affermata dall'Avvocato generale Poirares Maduro dell'unicità della libertà di stabilimento, si ritiene che una simile tendenza a distinguere, nell'esercizio della stessa e nella giurisprudenza che la riguarda, la direzione del movimento e lo Stato nei confronti del quale la libertà è rivendicata sia una conseguenza ineliminabile delle modalità con cui la Corte di giustizia è chiamata ad esercitare la propria competenza. Sul punto v. CH. TIMMERMANS, *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum europäischen Gesellschaftsrecht*, Bonn, 2003, p. 17.

⁶²⁷ Cfr. conclusioni *Cartesio* cit., p.ti 31 e 34. L'Avvocato generale parla di una "outright negation of freedom of establishment".

eventualmente, a quali condizioni consentire alla suddetta società il mantenimento dello *status* originario in caso di modifica di quei presupposti. A tal proposito si è parlato in dottrina del ritorno al metodo conflittuale⁶²⁸ e all'ortodossia giuridica⁶²⁹ e persino di rinascita della teoria della sede reale.⁶³⁰ In termini generali non si può negare che la Corte abbia rispolverato il principio di neutralità del diritto comunitario, ribadendo nuovamente ed in modo forse un po' inaspettato la piena libertà degli Stati membri, e ciò anche a discapito della effettiva realizzazione della libertà di stabilimento.⁶³¹

3.2.2. *Il trasferimento della sede sociale senza mutamento della lex societatis.*

La fattispecie del trasferimento della sede sociale senza mutamento della *lex societatis* esce dunque sconfitta dalla pronuncia dei giudici di Lussemburgo e ciò in apparente controtendenza rispetto ai precedenti giurisprudenziali che faceva sperare in un ulteriore ampliamento della portata della libertà di stabilimento delle società. Le conclusioni della prima parte della sentenza *Cartesio* sembrano identiche a quelle formulate trent'anni prima nella soluzione del caso *Daily Mail*.⁶³²

Preliminare rispetto all'analisi di questa prima parte della sentenza *Cartesio* è una precisazione sull'affermazione contenuta nella pronuncia della Corte a proposito della competenza *esclusiva* dei diritti nazionali nel determinare i beneficiari della libertà di stabilimento, statuizione che, a prima vista, può far pensare a un ribaltamento dei termini del rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario, il primo prevalente sul secondo nella determinazione dei beneficiari della libertà di stabilimento. L'equivoco è presto chiarito se si pone mente al dettato dell'art. 54, par. 1, TFUE. Tale norma fissa tutte e sole le condizioni

⁶²⁸ In tal senso si veda S. FRANCQ, op. cit., p. 685.

⁶²⁹ In questo senso si veda J. HEYMANN, op. cit., p. 559.

⁶³⁰ Si vedano sul punto L. DAMMANN, R. WYNAENDTS, L. NADER, op. cit., p. 575, T. VIGNAL, op. cit., p. 95.

⁶³¹ In questo senso A. AUTENNE, E. J. NAVEZ, op. cit., p. 122.

⁶³² Nella sentenza *Cartesio* la Corte non afferma più che le società non possono invocare direttamente gli artt. 49 e 54, TFUE (già artt. 43 e 48, CE) per trasferire la sede all'estero, ma stabilisce la compatibilità con il trattato della normativa ungherese che impedisce tale operazione, il che equivale a dire che le società non possono invocare direttamente le norme sul diritto di stabilimento per trasferire all'estero la loro sede sociale. Sebbene i termini appaiono invertiti, la conclusione sembra del tutto equivalente a quella che la Corte aveva raggiunto più di trent'anni prima nel caso *Daily Mail*.

affinché le società possano beneficiare del diritto di stabilimento, ovvero la costituzione della società in conformità al diritto di uno degli Stati membri e la presenza di un collegamento con il territorio dell'Unione europea (rappresentato alternativamente dalla sede sociale, dall'amministrazione centrale o dal centro dell'attività principale). Tuttavia, nel far ciò la norma del Trattato rinvia agli ordinamenti nazionali, i quali sono chiamati a dare contenuto al primo dei due requisiti. In altre parole, saranno le norme nazionali che regolano l'esercizio dell'attività economica in forma organizzata a stabilire quando la condizione della costituzione conformemente al diritto di uno Stato membro sarà soddisfatta.

Occorre a questo punto riflettere sull'avverbio "esclusivamente" impiegato dai giudici di Lussemburgo in relazione alla libertà conservata dagli Stati membri. Considerato il fatto che quest'ultima incide necessariamente ed automaticamente (per via della formulazione dell'art. 48 CE) sull'effettiva fruizione di un diritto sancito dal trattato, il nodo da sciogliere è se il diritto comunitario non possa allora imporre delle limitazioni all'esercizio di tale libertà, intromettendosi quindi nella competenza esclusiva degli Stati membri (anche in ragione dell'efficacia diretta dell'art. 43 CE e del principio del primato).⁶³³

Dei due aspetti in cui la libertà degli Stati membri ribadita nella sentenza può declinarsi – ovvero quello di scegliere tra gli elementi di contatto necessari per collegare una società al proprio ordinamento da un lato e quello di decidere se attribuire, e in che modo, la possibilità alle società nazionali di modificare tale fattore pur mantenendo lo status originario – il primo può dirsi praticamente illimitato. Non pare improprio qui ragionare per analogia con le persone fisiche.⁶³⁴ I criteri in base ai quali uno Stato membro attribuisce ad una persona fisica la propria cittadinanza sono suo esclusivo appannaggio, non possono essere sindacati neppure in nome del diritto dell'Unione europea e delle libertà di circolazione.⁶³⁵ Soltanto quando una

⁶³³ Sul primato del diritto dell'Unione europea v. Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, causa C-6/64, in *Raccolta*, p. 1129 ss., sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, causa C-106/77, in *Raccolta*, p. 629 ss.

⁶³⁴ Per una posizione non dissimile, anche se più in generale con riferimento alle condizioni per beneficiare della libertà di stabilimento, si veda P. BEHRENS, *Centros cit.*, p. 508.

⁶³⁵ Si veda in questo senso sentenza della Corte del 7 luglio 1992, *Micheletti e al. c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, causa C-369/09, in *Raccolta*, p. I-04239 ss., p.to 10, ribadito ancora in sentenza della Corte (seduta plenaria) del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-200/02, in *Raccolta*, p. I-9925 ss., p.to 37. Del resto la Corte stessa nel caso *Centros*, descrivendo la funzione dei criteri elencati dal primo comma dell'allora art. 58 CEE, aveva precisato che essi servivano a collegare una società a un ordinamento nazionale, al pari di quel che accade con la

una persona fisica si sia vista attribuire la cittadinanza da uno Stato membro, in base a quali criteri non importa, può godere della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49, TFUE. Similmente può dirsi in relazione alle società, sebbene non si possa parlare di "nazionalità" o cittadinanza in relazione ad esse.⁶³⁶

Rispetto al secondo profilo della libertà riconosciuta agli Stati membri, quello relativo alla concessione o meno della facoltà di modificare il collegamento iniziale, l'analogia con le persone fisiche deve essere abbandonata poichè la modifica dell'elemento di contatto tra la società e l'ordinamento di costituzione incide sull'esistenza stessa dell'ente societario, diversamente da quanto accade per gli individui. Il punto critico del ragionamento della Corte sembra potersi individuare proprio qui e cioè dove essa, proseguendo sulla scorta dell'analogia tra società e persone fisiche, afferma la persistenza della massima libertà in capo agli Stati membri sotto entrambi i profili. Accogliendo le conclusioni della Corte, una società "muore" per il solo fatto di spostare la propria sede oltre confine poichè con ciò facendo modifica al tempo stesso l'elemento di contatto con l'ordinamento di costituzione che è pure un requisito di esistenza. E, di conseguenza, muore insieme alla società di diritto interno anche il suo *status* di beneficiaria della libertà di stabilimento.⁶³⁷

Diversamente, la peculiarità delle società, e cioè il fatto che esse non preesistono all'ordinamento giuridico in virtù del quale sono costituite e quindi che la loro esistenza dipende dal collegamento instaurato con quello, sembrava richiedere una considerazione differente dei rapporti tra libertà di stabilimento delle società e diritto nazionale di ciascuno Stato membro. La peculiare natura del fenomeno societario avrebbe potuto giustificare una maggior interferenza del diritto dell'Unione europea sulla libertà pure riconosciuta in capo agli Stati membri. Per assicurare alle società "europee" (cioè quelle di cui all'art. 54,

"nazionalità" per le persone fisiche. L'osservazione è valida in termini generali, anche se l'analogia tra persone fisiche da un lato e società dall'altra si ferma qui. Cfr. Sentenza *Centros*, p.to 30.

⁶³⁶ Pare da questo punto di vista improprio l'uso fatto dalla Corte di giustizia, per la prima volta nella sua giurisprudenza sullo stabilimento delle società, del termine "nazionalità", anche se questo particolare tradisce probabilmente l'impostazione del ragionamento della Corte incentrato sull'analogia persone fisiche-società. Cfr. Sentenza, p.ti 34, 38, 49 e 123 (per quanto nei primi tre casi l'utilizzo pare riferibile al giudice a quo). Su questo punto vedi M. MENJUCQ, *Les possibilités* cit., p. II-10034 e T. MASTRULLO, *op. cit.*, p. 14.

⁶³⁷ Diversamente, per una "teoria della costituzione comunitaria" secondo la quale, una volta venuta ad esistenza validamente in conformità al diritto di uno Stato membro, una società deve essere ammessa nel territorio degli altri Stati membri quand'anche essa non possa più essere qualificata come "domestic company" alla luce del diritto dell'ordinamento di costituzione v. E. WYMEERSCH, *The Transfer* cit., p. 682.

par.1, TFUE) il pieno godimento del diritto di stabilimento l'unica via perseguibile sembra quella di un diverso approccio. In altri termini, se si vuole garantire la piena equiparazione di società e persone fisiche nell'esercizio di tale diritto, occorre accettare che la peculiarità delle prime giustifichi un certa interferenza nella libertà degli Stati membri, laddove invece non si può ammettere una compressione delle prerogative nazionali rispetto all'attribuzione della cittadinanza agli individui. In questo senso la Corte avrebbe potuto proseguire nel solco già tracciato dalla precedente giurisprudenza ed esaminare la questione sottoposta dal punto di vista degli *effetti* prodotti nel caso concreto sul diritto di stabilimento dall'applicazione delle norme nazionali. D'altro canto non si può nemmeno negare che il diritto dell'Unione europea si attesti dal punto di vista formale su una posizione di neutralità rispetto alle scelte dei legislatori nazionali e la Corte non ha mancato di ricordarlo, purchè gli effetti derivanti dalla loro applicazione al caso concreto siano compatibili con le norme dei trattati. E nel caso non lo fossero, l'incompatibilità non riguarderebbe le modalità e i sistemi scelti bensì gli effetti di questi nel caso concreto (stesse modalità e sistemi potrebbe benissimo non produrre effetti incompatibili con il diritto comunitario se applicati a fattispecie concrete differenti).

Quanto alle alternative, l'unica prefigurata dalla Corte nella sentenza *Cartesio* alla più completa libertà degli Stati membri è costituita da iniziative legislative o pattizie, mai realizzatesi e del tutto improbabili oggi. L'opzione di applicare per analogia la disciplina prevista per la Società europea o per il Gruppo europeo di interesse economico, soluzione suggerita dalla Commissione, è stata respinta dai giudici di Lussemburgo sul rilievo che le situazioni messe a confronto sono differenti tra loro. In particolare, poichè nello statuto della SE è prescritta la coincidenza della sede legale e di quella reale (e lo stesso dicasi per il GEIE e per la SCE)⁶³⁸ è evidente che la disciplina del trasferimento della sede di cui all'art. 8 del suo Statuto le coinvolge necessariamente entrambe e non presenta alcuna analogia con il caso sollevato dalla *Cartesio*.⁶³⁹

Ugualmente, la Corte di giustizia ha escluso, sulla base dell'asserita diversità delle

⁶³⁸ Cfr. art. 8, regolamento SE, artt. 6, 12 e 13, regolamento GEIE nonché artt. 6-7, regolamento SCE.

⁶³⁹ Cfr. Sentenza *Cartesio*, p.ti 115-120. Sul punto si veda in particolare G. J. VOSSESTEIN, op. cit., p. 123, il quale ritiene che dietro all'abbandono dei lavori sulla XIV direttiva si nasconda in realtà la volontà di proporre la Società privata europea quale strumento principe per l'esercizio della mobilità transfrontaliera per le società di piccole e medie dimensioni.

fattispecie concrete portate alla sua attenzione, la possibilità che la sentenza resa nel caso *Sevic* possa in qualche modo aver mitigato i principi già enunciati dalla Corte nella precedente giurisprudenza (da *Centros* in poi) richiamata dalla medesima a soluzione del caso *Cartesio*. In effetti, nella causa *Sevic* la Corte ha dovuto affrontare il caso di una operazione di fusione transfrontaliera, vietata dal diritto tedesco, la quale pur se molto vicina va tenuta distinta dalla diversa ipotesi, esaminata dalla Corte nella parte *ultra petita* della sentenza *Cartesio*, del trasferimento della sede con contestuale mutamento della legge applicabile (una sorta di trasformazione transfrontaliera).⁶⁴⁰

3.2.3. *Il trasferimento della sede sociale con mutamento della lex societatis.*

Molto interessante e in parte sorprendente è la seconda parte della risposta della Corte al quarto quesito pregiudiziale per il fatto che si estende ben oltre i limiti del quesito posto del giudice *a quo* e conduce a un risultato imprevisto e imprevedibile. In modo abbastanza sbrigativo la Corte ha affermato la necessità di distinguere il caso del trasferimento transfrontaliero della sede sociale senza mutamento della *lex societatis* dalla diversa ipotesi del trasferimento con contestuale mutamento della legge applicabile e conversione della società in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di destinazione. Senza possibilità di fraintendimento, essa ha stabilito che gli Stati membri non possono in alcun modo impedire o condizionare il trasferimento della sede sociale di società costituite conformemente al loro diritto nazionale quando queste vogliono contestualmente convertirsi in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di destinazione. A parere dei giudici di Lussemburgo, in questa seconda e distinta situazione il diritto dell'Unione europea impone precisi obblighi agli Stati membri, diversamente da quanto accade nell'ipotesi di spostamento della sede che non preveda il contemporaneo mutamento della legge applicabile alla società. A tal proposito si è parlato in proposito addirittura di “comunitarizzazione” del

⁶⁴⁰ Sentenza della Corte del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems AG*, causa C-411/03, in *Raccolta*, p. I-10805 ss. sulla quale v. *infra* cap. IV, par. 2.4.

diritto delle società alla trasformazione transfrontaliera.⁶⁴¹ Lo Stato membro d'origine non ha più alcuna possibilità di impedire ad una società costituita conformemente al proprio diritto nazionale di trasferire la sua sede al di fuori dei confini nazionali e ivi trasformarsi in un tipo societario disciplinato dal diritto interno del paese di destinazione. La sentenza è chiara sul punto: lo Stato che, in una siffatta situazione, imponesse lo scioglimento e la liquidazione alla società retta dal proprio diritto si renderebbe colpevole di una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata, restrizione vietata dal trattato e che potrebbe giustificarsi solo in virtù di un motivo imperativo di interesse generale (sempre a condizione che le misure in concreto utilizzate a tal fine siano proporzionate).

La seconda parte della risposta al quesito pregiudiziale è stata occasione di grande dibattito tra i commentatori, in particolare con riferimento alla opportunità e ragionevolezza della distinzione tracciata tra le ipotesi di trasferimento transfrontaliero della sede sociale a seconda che tale operazione comporti contestualmente un cambiamento della legge regolatrice della società coinvolta nell'operazione o non abbia invece effetto alcuno sulla *lex societatis*.⁶⁴²

La Corte non ha fornito alcuna spiegazione o indizio circa la natura della differenza tra le due situazioni, su quale sia cioè la vera discriminante. Nessuna giustificazione oltre all'evidente differenza circa le sorti della *lex societatis*. Tale cambiamento, peraltro, non dipende dalla volontà della società ma è piuttosto il risultato dell'operare delle norme conflittuali e materiali degli ordinamenti coinvolti nell'operazione. Rimangono quindi dei dubbi sulla *ratio* di una simile distinzione dal punto di vista sostanziale della libertà di stabilimento. Quel che si può ipotizzare è che i giudici di Lussemburgo abbiano avuto in mente possibili comportamenti fraudolenti o abusivi delle società coinvolte in operazioni di trasferimento della sede, considerando la volontà di trasformazione quale indice di una sincera volontà di inserirsi nella vita giuridica ed economica del paese di destinazione. Per

⁶⁴¹ In questo senso la dottrina francese, in particolare v. M. MÉNJUCQ, Note, in *JDI* 2004 cit., p. 10036 e J. HEYMANN, *op. cit.*, p. 565, S. FRANCO, *op. cit.*, p. 688.

⁶⁴² La distinzione operata esplicitamente dalla Corte di giustizia ricorda moltissimo la proposta di XIV direttiva già ricordata e non già solo per il fatto di distinguere le due ipotesi in base al criterio del mutamento della legge applicabile, ma anche per la soluzione del caso. Infatti la proposta del 1997 ripartiva, nel caso di trasferimento della sede sociale con mutamento della *lex societatis*, la competenza degli Stati membri coinvolti dall'operazione secondo un criterio temporale e prevedeva l'adattamento dello statuto della società interessata al diritto societario dello Stato membro ospite: *ut supra* par. 3.1.

converso, ciò mancherebbe nel caso la società intendesse mantenere lo *status* originario. Nel primo caso infatti emergerebbe una volontà di cumulare i benefici derivanti da un lato dalla qualità di società retta dal diritto nazionale dello Stato di costituzione e dall'altro dalla libertà di spostare la propria sede in un altro Stato membro.⁶⁴³ Ma si tratta solo di una possibile interpretazione. E non sembra nemmeno particolarmente convincente, sempre ammesso che di beneficio si possa parlare dal momento che, si badi esso è tale solo se confrontato con la prospettiva derivante da un cambiamento di legge applicabile dello scioglimento obbligatorio nel paese di costituzione e di una nuova costituzione nel paese di stabilimento, ma non assicura alcun risultato materiale alla società. Tra l'altro, una tesi simile chiamerebbe in causa il concetto di abuso del diritto che è sempre stato interpretato molto restrittivamente dalla Corte, soprattutto in materia di libero stabilimento delle società. Si avvicinerebbe infatti molto alla pretesa di indagare i motivi per cui la libertà sancita dal trattato viene esercitata dai suoi beneficiari e tale indagine può condurre a rilevare un'ipotesi di abuso solo nel caso in cui risulti da elementi obiettivi che il diritto dell'Unione europea sia stato piegato a fini diversi e ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato.⁶⁴⁴ A questo proposito non sembra che la fattispecie del trasferimento della sede sociale con il mantenimento dello *status* originario risulti a priori esclusa dalle finalità del trattato. Vero è che il fatto di continuare ad essere regolata dalla medesima legge di costituzione potrebbe considerarsi un vantaggio per la società che ne beneficia, ma ciò solo per una maggior conoscenza della *lex societatis*. È altresì possibile che le norme della legge dello Stato in cui è stata trasferita la sede siano dal punto di vista materiale più convenienti per la società, magari perché più flessibili quanto alla struttura sociale o più miti dal punto di vista degli obblighi previdenziali e assistenziali dovuti dalla società ai propri lavoratori. Non è scontato che mantere la legge dello Stato d'origine costituisca un vantaggio in termini assoluti. Ognuna delle alternative (mantenere lo *status* originario o sottoporsi alla legge del paese di stabilimento acquisendo una forma societaria tra quelle previste da tale ordinamento) porta con sé vantaggi e svantaggi, che vanno apprezzati soggettivamente, anche in base al tipo di società coinvolta. Da questo punto di vista non

⁶⁴³ Così R. KOVAR, op. cit., p. 469.

⁶⁴⁴ Cfr. sentenza *Centros* cit., p.to 27.

sembra che la volontà di una società in un senso o nell'altro debba essere percepita negativamente; l'una e l'altra scelta sembrano entrambe ricadere legittimamente sotto le disposizioni di cui agli artt. 49 e 54, TFUE.

Quali che siano le ragioni di una tale *summa divisio*, occorre essere cauti nell'affermare la comunitarizzazione del diritto alla trasformazione transfrontaliera giacché, anche nell'ipotesi ammessa di trasferimento con contestuale conversione in un tipo societario locale, la Corte non ha spalancato del tutto le porte alla mobilità transfrontaliera delle società. Essa ha imposto obblighi ben precisi in capo allo Stato membro di costituzione circa l'emigrazione delle società nazionali nel caso in cui a questo movimento verso l'esterno si accompagni la conversione in un tipo societario straniero. Tuttavia, al medesimo Stato rimane la facoltà di imporre delle restrizioni laddove motivi imperativi di interesse generale lo giustificano (e sempre che le misure adottate rispettino i criteri di idoneità, proporzionalità e minima incisività) ed, inoltre, allo Stato membro di destinazione non è imposto, almeno espressamente, alcun obbligo. Infatti, la Corte ha precisato che il fatto che il trasferimento della sede sociale con trasformazione può avvenire solo se il diritto del paese ospite lo consenta.⁶⁴⁵ In entrata sono ancora consentite limitazioni senza necessità di motivazione (almeno, così pare potersi dedurre dalle scarse osservazioni della Corte in proposito). Basterebbe che lo Stato di destinazione non fosse dotato di una legislazione sulla trasformazione della società, specie sulla trasformazione internazionale (cosa non improbabile), e il trasferimento della sede sociale in quello Stato da parte di una società costituita altrove potrebbe rivelarsi, in concreto, impossibile. Certo, da questo punto di vista c'è sempre spazio per una nuova pronuncia della Corte nel senso dell'incompatibilità con la libertà di stabilimento (molto probabile nel caso la Corte fosse chiamata a pronunciarsi su una tale situazione). Non si può quindi dire che sussistano in capo allo Stato di stabilimento obblighi del tutto analoghi a quelli dello Stato di costituzione.⁶⁴⁶ Ciò mina, almeno in teoria, la costruzione della trasformazione transfrontaliera che, di fatto, può essere impedita, anche se forse in misura minore rispetto a quanto avrebbe potuto accadere prima dal momento che

⁶⁴⁵ Cfr. sentenza *Cartesio* cit., p.to 112.

⁶⁴⁶ In senso opposto si veda S. FRANCQ, *op. cit.*, p.691.

qualsiasi restrizione in uscita deve essere debitamente giustificata.

3.2.4. *Gli effetti della sentenza Cartesio sul trasferimento della sede sociale: considerazioni generali.*

La sentenza *Cartesio* è sicuramente ambivalente, assai molto conservatrice e attenta a preservare la libertà degli Stati membri nella prima parte, sorprendente e assai liberale nella seconda. Quanto alla prima parte, la Corte ha riaffermato la piena e completa libertà degli Stati membri sotto due profili: da un lato la determinazione dei presupposti di costituzione delle società nazionali, dall'altro lato l'attribuzione o il diniego alle società costituite in virtù del diritto nazionale e da esso regolate della facoltà di modificare, in un momento successivo alla costituzione, quegli elementi di connessione con il territorio nazionale richiesti a fini costitutivi, consentendo o negando così a tali società la possibilità di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro senza per questo perdere lo *status* originario di società rette dal diritto dello Stato di costituzione. L'elemento reazionario è rappresentato però non tanto dal riconoscimento di ampia libertà in capo agli Stati membri, quanto dall'esclusione dell'ipotesi che a tale libertà il diritto comunitario possa imporre delle limitazioni. La Corte in quest'occasione si è del tutto disinteressata degli *effetti* derivanti dall'applicazione delle norme nazionali liberamente determinate dagli Stati membri, elemento su cui invece sembrava aver imperniato le decisioni precedenti (si allude qui soprattutto alla c.d. trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art*), per ribadire il principio di neutralità del diritto comunitario. E ciò fino a dichiarare che, in assenza di una definizione unitaria sulla base di un unico criterio, l'applicabilità del diritto di stabilimento è una questione che va risolta *esclusivamente* alla luce del diritto nazionale. Spetta cioè ai singoli diritti nazionali stabilire chi siano i beneficiari del diritto di stabilimento, al punto da poter legittimamente imporre lo scioglimento e la liquidazione ad una società nazionale che voglia trasferire la propria sede in un altro paese.

Il rispetto delle prerogative statali ed il ritorno alla neutralità del diritto comunitario sono stati accolti con favore. Da questo punto di vista e in un'ottica internazionalprivatistica

ci si potrebbe leggere l'apertura di un nuovo spiraglio per quegli ordinamenti che adottano il criterio della sede reale,⁶⁴⁷ che molti consideravano condannato a morte dopo la sentenza *Überseering*.⁶⁴⁸ Tuttavia, una simile interpretazione pare rischiosa. Nel ricordare che nella decisione in esame la Corte non si è occupata minimamente di norme di conflitto e di sistemi internazionalprivatistici (nemmeno con riferimento agli effetti prodotti dalla loro applicazione), non sembra possibile che le statuizioni della Corte nel caso *Cartesio* possano superare del tutto la giurisprudenza precedente in punto di compatibilità con la libertà di stabilimento degli effetti prodotti dall'applicazione del criterio del *siège réel* e sconfessare, in particolare il *decisum* del caso *Überseering*.

Così conservatrice nella la vera risposta al quesito pregiudiziale, la sentenza sembra sorprendentemente liberale nella parte *ultra petita*. Da questo punto di vista essa ha spostato in avanti la frontiera della mobilità intracomunitaria, almeno in via di principio, imponendo allo Stato membro di costituzione l'obbligo di consentire il trasferimento della sede in altri Stati membri a società rette dal suo diritto nazionale quando tale operazioni sia effettuata con contestuale mutamento della legge applicabile e conversione in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di stabilimento. Come si è cercato di spiegare più sopra, occorre però anche in questo caso essere cauti e smorzare l'entusiasmo per l'apparente liberalità delle statuizioni della Corte. Infatti, nessun obbligo preciso sembra potersi ricavare con riferimento alla medesima operazione in capo allo Stato membro di destinazione, anche se una normativa nazione che impedisse il trasferimento della sede sociale con contestuale trasformazione di

⁶⁴⁷ Decisamente in questo senso si veda L. DAMMANN, R. WYNAENDTS, L. NADER, op. cit., p. 575, T. VIGNAL, op. cit., p. 895.

⁶⁴⁸ Il dibattito circa la sopravvivenza della *Sitztheorie*, all'indomani delle decisioni *Centros* e *Überseering* scontato dirlo, è stato particolarmente acceso soprattutto in Germania, paese che ha sempre fatto applicazione del criterio della sede reale (attraverso l'opera giurisprudenziale senza del resto avere una norma scritta in tal senso – sull'origine della *Sitztheorie* in Germania si veda W. EBKE, *The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, in *The International Lawyer*, 2002, p. 1015, specialmente pp. 101017-1018 e 1021-1023). Per una rappresentazione delle posizioni assunte si veda brevemente E. M. KIENINGER, *The Legal Framework of Regulatory competition* cit., pp. 610-612; più estesamente SONNENBERGER, *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 10, par. 162 ss., P. KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 11, par. 103 ss. Anche in Francia la giurisprudenza comunitaria, a partire da *Centros*, ha dato luogo a una certa discussione circa la compatibilità del criterio della sede reale con la libertà di stabilimento. Sul punto, tra gli altri, P. LAGARDE, Note cit., p. 530, M. MENJUCQ, *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés* cit., p. 524, H. MUIR WATT, Note cit., pp. 176-177, PATAUT, op. cit., p. 492, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, 2007, pp. 736-738, B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, 2008, p. 915. Si vedano, inoltre, decisamente nel senso dell'incompatibilità del teoria della sede reale con la libertà di stabilimento F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Cross-Border Listed Companies* cit., in partic. p. 66 e più pacatamente F. MUNARI, P. TERRILE, op. cit., p. 546.

una società costituita in un altro Stato membro potrebbe essere facilmente criticabile e soggetta al vaglio della Corte sulla base della sentenza in esame.

Occorrerebbe capire quali siano le differenze cui la Corte ha fatto riferimento per distinguere le ipotesi di trasferimento della sede sociale in virtù del cambiamento o del mantenimento della *lex societatis* per capire se essa corrisponda ad una effettiva divergenza di situazioni o se invece l'affermazione della diversità non sia stata dettata piuttosto dalla sottaciuta volontà della Corte di favorire la mobilità intracomunitaria delle società almeno in un caso su due, pur senza rinunciare al principio di neutralità di cui si è detto.

L'effetto di un tale *favor* verso la libertà degli Stati membri può avere conseguenze indirette sulla concorrenza tra i sistemi normativi nazionali.⁶⁴⁹ In assenza di regole armonizzate o uniformi, i modelli societari predisposti dagli Stati membri con le rispettive discipline diventano strumenti alternativi per gli imprenditori che vogliano esercitare una attività economica in forma societaria all'interno del territorio comunitario. Sotto questo punto di vista la sentenza in esame potrebbe favorire quegli Stati che si sono dotati di una disciplina più favorevole alla mobilità transfrontaliera. Sul piano materiale potrebbe tradursi in un vantaggio per quegli ordinamenti che si siano dotati di una disciplina della trasformazione internazionale (o, addirittura, del trasferimento internazionale di sede) e in questo modo garantiscano alla società la possibilità di una futura mobilità.⁶⁵⁰ Addirittura, la concorrenza in questo settore potrebbe portare all'attribuzione di una funzione di "marchio" o "brand" alla differenti *leges societatis*, le quali finirebbero per divenire un indicatore di qualità della società.⁶⁵¹

Sotto un profilo più strettamente internazionalprivatistico, la concorrenza potrebbe favorire quegli ordinamenti che adottino il criterio dell'incorporation, criterio che generalmente consente il trasferimento della sede sociale all'estero senza imporre alla società lo scioglimento nello Stato di costituzione e la costituzione nello Stato di arrivo (altra poi è la

⁶⁴⁹ Sul punto si vedano J. HEYMANN, *op. cit.*, pp. 567-568, TH. MASTRULLO, *op. cit.*, p. 16, M. MENJUCQ, *Les possibilités cit.*, p. II-10036.

⁶⁵⁰ A favore di una concorrenza unicamente sul piano materiale si veda J. HEYMANN, *op. cit.*, pp. 567-568.

⁶⁵¹ Di questo parere H. MUIR WATT, *Note cit.*, p. 182 e J. HEYMANN, *op. cit.*, pp. 567-568.

questione dell'eventuale mutamento di legge applicabile).⁶⁵² Una conferma di queste osservazioni può forse essere individuata nelle reazioni di alcuni legislatori nazionali alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il legislatore ungherese è intervenuto, pendente il rinvio pregiudiziale nel caso *Cartesio*, con una riforma del diritto societario, in particolare modificando la definizione di “società” ed eliminando il requisito della necessaria coincidenza di sede legale e reale.⁶⁵³

Infine, occorre specificare che un contesto come quello delineato dalla giurisprudenza *Cartesio* può generare incertezza, mancanza di prevedibilità giuridica.⁶⁵⁴ Ad esempio, è vero che lo Stato di costituzione deve consentire il trasferimento con contestuale mutamento della *lex societatis* e conversione in un tipo societario previsto dal diritto del paese di destinazione, ma quest'ultimo potrebbe non consentire l'operazione (l'inciso della Corte nella sentenza *Cartesio* lo giustificerebbe). E se anche entrambi gli Stati interessati ammettessero il trasferimento, dubbi significativi potrebbero sorgere circa le condizioni, la procedura, e le conseguenze di tale operazione, specie se si considerano le lacune che caratterizzano gli ordinamenti della maggior parte degli Stati membri sul tema. Si consideri poi che i principi affermati dalla Corte di giustizia possono essere interpretati in modo differente dai giudici e dai legislatori dei diversi Stati membri, a detrimento dell'uniformità del diritto dell'Unione europea. da ultimo, si segnala che l'atteggiamento liberale della Corte di giustizia che riafferma la libertà degli Stati membri in punto di determinazione dei presupposti materiali di costituzione delle società e, soprattutto, di scelta circa il consenso al successivo trasferimento lascia margine agli Stati membri per effettuare scelte difformi che, di per sé non negative, possono rendere, in certe condizioni, praticamente irrealizzabile il trasferimento della sede sociale.⁶⁵⁵

⁶⁵² Sul punto si veda T. VIGNAL, *op. cit.*, p. 902, M. MÉLIN, *op. cit.*, p. 1212-1213. Così già P. LAGARDE, *Rapport de synthèse*, in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* cit., p. 283, in partic. p. 288.

⁶⁵³ Un simile vento riformatore è spirato anche in Germania: sul punto v *supra* cap. II, par. 4.6.

⁶⁵⁴ Sul tema dell'incertezza giuridica creata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia v. C. KLEINER, *op. cit.*, p. 324, E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 615.

⁶⁵⁵ Così v. E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 610 ss.

3.3. *Il trasferimento della sede sociale della S.E. e degli altri veicoli societari europei.*

A fronte dell'espressa inclusione del trasferimento transfrontaliero di sede sociale tra le modalità di esercizio delle libertà di stabilimento, dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia traspaiono le persistenti difficoltà nella realizzazione di siffatta operazione, la quale si scontra con l'inerzia del legislatore europeo e, ora, anche con le legittime prerogative degli Stati membri (in materia di fissazione dei presupposti materiali richiesti ai fini della costituzione di una società conformemente al loro diritto nazionale e di scelta dei criteri di collegamento atti a determinare la legge applicabile alle società), salvaguardate dalla sentenza *Cartesio*.

Tuttavia, esiste nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea uno spazio in cui il trasferimento transfrontaliero della sede sociale è stato espressamente disciplinato. Ci si riferisce ai regolamenti istitutivi del GEIE prima e della SE e SCE poi, i quali hanno esplicitamente regolato l'ipotesi del trasferimento della sede sociale per quanto riguarda i rispettivi tipi societari. Similmente dispone la Proposta di regolamento relativo allo statuto di una Società privata europea (SPE).

Gli artt. 13 e 14 del regolamento (CE) n. 2137/85 istitutivo del GEIE regolano il trasferimento di sede del GEIE. A norma dell'art. 13, infatti, il gruppo può spostare la propria sede all'interno dell'Unione. Qualora ciò determini il mutamento della legge applicabile al contratto di gruppo (escluse le questioni di stato e capacità delle persone fisiche e giuridiche) e al funzionamento interno del gruppo, legge che ai sensi dell'art. 2 del citato regolamento è da individuarsi nel diritto dello Stato in cui il GEIE ha la propria sede, la decisione di trasferimento dovrà essere presa alle condizioni fissate nel contratto di gruppo e sarà soggetta alla procedura di cui all'art. 14 dell'anzidetto regolamento. Tale disposizione introduce delle cautele formali a garanzia del fatto che si tratti di una decisione informata e condivisa. È richiesta, anzitutto, la redazione di un apposito progetto, che dovrà formare oggetto di deposito e pubblicità nelle forme e alle condizioni previste dagli artt. 7 e 8 del regolamento per il contratto di gruppo. La decisione di trasferimento potrà intervenire solo dopo due mesi dal deposito del progetto e dovrà essere presa all'unanimità. L'efficacia dello spostamento di sede è subordinata alla iscrizione del gruppo presso il registro dello Stato della nuova sede, a

sua volta condizionata alla prova della pubblicazione del progetto di trasferimento. A questa registrazione, che rende la nuova sede opponibile ai terzi, seguirà la cancellazione dell'iscrizione del gruppo presso il registro della sede precedente. Nell'intervallo di tempo intercorrente tra la nuova iscrizione e la cancellazione della vecchia i terzi potranno continuare a valersi della vecchia sede, salvo prova, da parte del gruppo, della loro conoscenza della nuova sede.

L'ultimo paragrafo dell'art. 14 del regolamento istitutivo del GEIE consentiva agli Stati membri di introdurre delle eccezioni alla libertà di trasferire la sede del gruppo, introducendo alcune la facoltà per le autorità pubbliche competenti di opporsi per motivi di interesse pubblico allo spostamento dei GEIE aventi sede nello Stato. A tal proposito occorre dire che il legislatore italiano ha scelto di non attribuire tale facoltà e non ha previsto alcuna possibilità in tal senso.

Va ricordato che il regolamento istitutivo del GEIE impone, a norma dell'art. 12, la coincidenza della sede (legale) del gruppo con la sua amministrazione centrale o con l'amministrazione centrale di uno dei membri del gruppo o con il luogo in cui la persona fisica membro del gruppo svolge l'attività a titolo principale, a condizione che gruppo vi svolga un'attività reale. Il che significa che il trasferimento della sede del gruppo è in realtà ammesso soltanto ove congiunto, e cioè ove coinvolga unitamente la sede legale e quella reale del GEIE stesso.

Si è già visto però come il GEIE non sia in realtà una vera e propria società ma si avvicini piuttosto a una forma di collaborazione tra imprese, variamente definita.⁶⁵⁶ Il trasferimento della sede sociale è fattispecie disciplinata anche nello statuto della SE che, invece, rappresenta un vero e proprio tipo societario. Invero siffatta operazione non era prevista né regolata dalle prime due proposte, quella del 1970 e del 1989; dietro richiesta del Parlamento europeo la Commissione inserì una norma apposita nella proposta emendata del 1991 alla luce del regolamento istitutivo del GEIE.⁶⁵⁷

Senza dubbio tra gli obiettivi del regolamento costitutivo dello statuto di SE figura

⁶⁵⁶ Cfr. *supra* cap. II, par. 4.3.1.

⁶⁵⁷ Sul punto v. F. BLANQUET, *op. cit.*, p. 88.

quello di consentire alcune operazioni, quali il trasferimento della sede sociale e le fusioni transfrontaliere, che, pur se rientranti nell'alveo della libertà di stabilimento garantita alle società sin dal trattato di Roma del 1957, erano e rimangono difficilmente accessibili per le società nazionali.⁶⁵⁸ Alla luce di quanto esposto nel precedente capitolo si può ben comprendere la carica innovativa della disciplina contenuta nell'art. 8 del regolamento istitutivo della SE.

L'art. 8, par. 1, del citato regolamento sancisce infatti la possibilità di trasferire la sede sociale della SE da uno Stato membro ad un altro (secondo la procedura dettata dai parr. 2-13 della medesima disposizione) senza alcuna ripercussione negativa sulla continuità della personalità giuridica della SE. Il trasferimento è escluso soltanto per la SE nei cui confronti sia stata avviata una procedura di scioglimento, liquidazione, insolvenza, sospensione dei pagamenti o altre procedure analoghe, per evitare quei fenomeni di *forum shopping* già visti esaminando la giurisprudenza italiana in materia di trasferimento della sede sociale. Una limitazione alla mobilità societaria può venire dalla libertà lasciata agli Stati membri dallo statuto della SE, come già accadeva nel regolamento istitutivo del GEIE, di assegnare alle autorità pubbliche competenti la facoltà di opporsi per motivi di interesse pubblico a operazioni di trasferimento della sede sociale di SE registrate nel rispettivo ordinamento quando queste comportino il mutamento della *lex societatis*; anche in questo caso il legislatore italiano non si è avvalso dell'opzione offerta dal diritto dell'Unione europea.⁶⁵⁹

Il trasferimento della sede sociale può essere realizzato solo previa redazione di due documenti che gli azionisti e i creditori della SE hanno il diritto di esaminare, almeno un mese prima dell'assemblea generale che deve pronunciarsi sul trasferimento, presso la sede sociale della SE. Anzitutto, l'organo di amministrazione o direzione della SE deve redigere un apposito progetto il cui contenuto minimo obbligatorio è regolato dall'art. 8, par. 2, (denominazione sociale, sede sociale e numero di iscrizione della SE nello Stato di partenza,

⁶⁵⁸ Di questo parere A. MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p.

⁶⁵⁹ Cfr. art. 8, par. 14, regolamento (CE) n. 2157/2001: nel caso della SE la facoltà di opposizione è espressamente estesa alle autorità nazionali preposte alla vigilanza finanziaria. Sulla natura di compromesso della norma di cui all'art. 8, par. 14, del citato regolamento e sui possibili effetti limitativi e perversi della medesima v. A MALATESTA, *Prime osservazioni* cit., p. 624. Similmente v. M. COLANGELO, *La «società europea»* cit., pp. 162-163, la quale ritiene la duplice e contrastante valenza dell'anzidetta norma tale da rendere paradossalmente la mobilità transfrontaliera della SE addirittura meno accessibile rispetto alle società di diritto nazionale.

sede sociale e statuto previsti, possibili implicazioni del trasferimento sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE, calendario previsto per l'operazione, diritti eventualmente previsti a tutela degli azionisti e/o dei creditori); tale progetto è soggetto a pubblicità secondo le modalità previste dalla legislazione dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale conformemente alla direttiva 68/151/CEE e alle forme aggiuntive di pubblicità previste dallo Stato membro della sede. In secondo luogo, l'organo di direzione o amministrazione deve redigere una relazione che illustri e giustifichi gli aspetti giuridici ed economici del trasferimento e spieghi le sue conseguenze per gli *stakeholders* (azionisti, creditori e lavoratori).

La delibera di trasferimento della sede sociale può essere adottata solo due mesi dopo la pubblicazione del progetto secondo le modalità prescritte dall'art. 59 del regolamento (CE) n. 2157/2001 per le modifiche statutarie, ovvero con una maggioranza non inferiore ai due terzi dei voti espressi, salva diversa e più elevata maggioranza permessa o prevista dalla legge applicabile alle società per azioni soggette al diritto dello Stato membro della sede sociale. Gli interessi degli azionisti di minoranza contrari all'operazione possono essere adeguatamente tutelati da misure adottate da ciascuno Stato membro può adottare in relazione alle SE iscritte nel proprio territorio. Particolari cautele a tutela degli interessi dei creditori e dei titolari di altri diritti nei confronti della SE (inclusi quelli di enti pubblici) sono poi prescritte dal settimo paragrafo dell'art. 8 dello statuto in relazione alle passività sorte prima della pubblicazione del progetto di trasferimento.

A seguito del trasferimento la SE dovrà essere iscritta nello Stato della nuova sede dietro presentazione di certificato, rilasciato da un organo giurisdizionale, da un notaio o da un'altra autorità competente dello Stato membro della precedente sede sociale e attestante l'avvenuto adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento, e con l'espletamento delle formalità richieste a tal fine dallo Stato della nuova sede sociale. Una volta avvenuta la nuova iscrizione della SE, il registro presso la quale essa è stata effettuata dovrà provvedere a notificare l'avvenimento al registro in cui la SE era iscritta in precedenza al fine della cancellazione della precedente registrazione. Il trasferimento della sede sociale della SE e la modifica statutaria diverranno efficaci solo dal momento della nuova iscrizione e

la nuova iscrizione renderà l'ultima collocazione della sede sociale opponibile ai terzi.⁶⁶⁰ Sebbene il regolamento non si riferisca mai espressamente alla questione delle sorti della legge applicabile alla società, sembrerebbe ragionevole dedurre dalle disposizioni in tema di fonti della disciplina di una SE il mutamento della legge applicabile alla SE trasferitasi, almeno per gli aspetti e nella misura in cui quest'ultima è regolata dalla legge del paese della sua sede (mentre ovviamente, non subirà alcuna modifica la disciplina della SE dettata dal regolamento n. 1257/2001 e dallo statuto della SE).⁶⁶¹

Inoltre, il regolamento istitutivo della SE contiene una significativa norma in tema di giurisdizione, la quale stabilisce che il trasferimento non incide su eventuali controversie anteriori allo spostamento della sede sociale giacché la SE è considerata, rispetto ad esse, come avente la sede sociale nello Stato membro in cui era registrata prima di siffatta operazione, anche se chiamata in giudizio successivamente allo spostamento della sede sociale.⁶⁶² Tale disposizione deve essere coordinata con le norme uniformi sulla competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale esistenti, contenute attualmente nel Regolamento (CE) n. 44/2001 che ha "comunitarizzato" la precedente Convenzione di Bruxelles del 1968 e impregiudicate dallo statuto di SE.⁶⁶³ Dal momento che quest'ultimo regolamento non disciplina in alcun modo l'ipotesi del trasferimento dal punto di vista della competenza giurisdizionale, l'effetto della norma di cui all'art. 8, par. 16, è quello di creare un regime speciale per la SE rispetto ai tipi societari nazionali.⁶⁶⁴

Ora, se è vero che la SE può liberamente trasferire la propria sede sociale senza che ciò infici la continuità giuridica di detta società, occorre ricordare però ricordare che l'art. 7 del regolamento istitutivo della SE prescrive la coincidenza della sede sociale con quella amministrativa. Il che significa che ogni spostamento della sede sociale deve avvenire

⁶⁶⁰ A norma dell'art. 8, parr. 12 e 13, la nuova iscrizione e la cancellazione della vecchia registrazione debbono essere pubblicate negli Stati membri interessati conformemente all'art. 13 dello statuto di SE e la pubblicazione della nuova iscrizione della SE rende la nuova sede sociale opponibile ai terzi. Tuttavia, finché non è stata pubblicata la cancellazione della SE dal registro della sede precedente, i terzi possono continuare ad avvalersi della vecchia sede, a meno che la SE dimostri che i terzi erano a conoscenza della nuova sede.

⁶⁶¹ Cfr. all'art. 9, par. 1, lett. c), n. ii), regolamento SE. Su quest'aspetto v. E. WYMEERSCH, *The Transfer* cit., p. 692, nota n. 122.

⁶⁶² Cfr. art. 8, par. 16, regolamento SE.

⁶⁶³ Cfr. *considerando* n. 69, regolamento SE.

⁶⁶⁴ Così F. POCAR, *Le statut* cit., p. 591.

secondo quanto previsto dall'art. 8 e comprendere anche il contestuale trasferimento della sede amministrativa.⁶⁶⁵ Come già detto, la dissociazione della due sedi è sanzionata gravemente *ex art.* 64, par. 2, del citato regolamento, con la liquidazione della SE, salva la possibilità di regolarizzazione tempestiva della situazione irregolare.⁶⁶⁶

Una disciplina del tutto simile a quella appena descritta per la SE è contenuta nell'art. 7 del regolamento istitutivo della SCE, fatti salvi gli scostamenti dovuti alla differente natura delle due società e l'attribuzione diretta del diritto di recesso al socio che abbia votato contro la delibera di trasferimento della sede sociale della SCE.⁶⁶⁷

Più complessa e dettagliata appare la regolamentazione del trasferimento della sede legale nella proposta di regolamento concernente lo statuto di SPE. Ad essa è dedicato l'intero Capo VII del futuro regolamento (artt. 35-38 della proposta). Si noti che la proposta di regolamento concernente la SPE si riferisce espressamente allo spostamento della sola sede "legale". A tal proposito va ricordato che, secondo l'art. 7 della proposta, in netta controtendenza rispetto ai regolamenti istitutivi del GEIE, della SE e della SCE, la SPE ha sì l'obbligo di avere sia la sede legale sia l'amministrazione centrale (o sede operativa principale) nel territorio dell'Unione, ma non anche quello di farle coincidere. La SPE può quindi trasferire la sua sede legale in un altro Stato membro, conservando la propria personalità giuridica, senza essere sciolta e senza pregiudizio per i rapporti giuridici da essa instaurati prima dello spostamento. Anche per quanto riguarda la SPE l'operazione è preclusa, a tutela dei creditori, in caso di soggezione della medesima a scioglimento, liquidazione o

⁶⁶⁵ M. COLANGELO, *La «società europea»* cit., p. 163, secondo la quale l'art. 7 restringe drasticamente gli spazi di mobilità societaria che l'art. 8 sembrava dischiudere.

⁶⁶⁶ Sul punto v. E. WYMEERSCH, *The Transfer* cit., p. 692 e 693, il quale solleva qualche dubbio circa la compatibilità della prescrizione della coincidenza delle due sedi, prescrizione che tende nella direzione della dottrina della sede reale, con la giurisprudenza *Überseering* che sembra invece orientata in senso opposto e giudica, addirittura, la disposizione di cui all'art. 8 del regolamento 2157/2001 incompatibile con le norme del Trattato sulla libertà di stabilimento.

⁶⁶⁷ Cfr. art. 7, regolamento (CE) n. 1435/2003. In particolare il par. 1 della citata disposizione sancisce la continuità della SCE che trasferisca la sede sociale da uno Stato membro ad un altro, mentre i paragrafi da 2 a 12 contengono norme procedurali. Il paragrafo 13 si occupa dell'efficacia del trasferimento, i par. 14 e 15 successivi riguardano rispettivamente la possibilità di introdurre la facoltà di opposizione per le autorità pubbliche nazionali dello Stato membro della sede della SCE e l'esclusione del trasferimento nei confronti di SCE sottoposte a scioglimento, liquidazione o procedure simili. Infine, il par. 16 riguarda l'ultrattività della precedente sede sociale ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale per controversie antecedenti al trasferimento. L'unica differenza rilevante rispetto alla disciplina del trasferimento della sede sociale della SE è la previsione espressa al par. 5 dell'art. 7 del regolamento istitutivo della SCE di un diritto di recesso in capo al socio che si sia opposto alla decisione di trasferimento, recesso che però diviene efficace solo al termine dell'esercizio in cui è stata inoltrata la dichiarazione di recesso, che deve intervenire entro due mesi dalla delibera assembleare che si è pronunciata sullo spostamento della sede sociale.

altre procedure analoghe.⁶⁶⁸ Analogamente a quanto avviene per la SE, la proposta di regolamento della SPE si occupa degli effetti del trasferimento sulla competenza giurisdizionale rispetto a procedimenti avviati prima della realizzazione di siffatta operazione.⁶⁶⁹

La procedura dettata per il trasferimento è fondata essenzialmente sulle disposizioni del regolamento sulla SE in materia, analogamente agli obblighi di controllo fissati in capo agli Stati membri interessati.⁶⁷⁰ Il trasferimento della sede legale della SPE in un altro Stato membro deve essere deciso tramite risoluzione degli azionisti a maggioranza qualificata, che non può essere inferiore ai due terzi dei diritti di voto totali collegati alle azioni emesse dalla SPE. Si badi che l'adozione di risoluzioni non richiede l'organizzazione di un'assemblea generale (a tal fine è sufficiente che l'organo di gestione fornisca a tutti gli azionisti le proposte di risoluzioni con le informazioni necessarie per consentire loro di prendere una decisione informata, dopodiché le risoluzioni sono registrate per iscritto e copie delle decisioni adottate vengono inviate a ciascun azionista).⁶⁷¹

Il trasferimento acquisisce efficacia alla data della registrazione della SPE nello Stato membro ospitante, momento a partire dal quale le questioni rimesse alla disciplina dettata dalle norme nazionali dello Stato della sede della SPE sono regolate dalla legge dello Stato membro ospitante.⁶⁷² Il trasferimento della sede legale della SPE comporta quindi un mutamento della *lex societatis*.

Infine, la proposta di regolamento istitutivo di una SPE regola anche il tema degli accordi relativi alla partecipazione dei lavoratori. Segnatamente si prescrive una disciplina speciale qualora la legislazione nazionale dello Stato membro nel quale la SPE trasferisce la propria sede legale non preveda almeno lo stesso livello di partecipazione dei dipendenti dello Stato membro di origine. In una simile circostanza, se almeno un terzo dei

⁶⁶⁸ Cfr. art. 35, parr. 1 e 2, COM(2008) 130.

⁶⁶⁹ Cfr. art. 35, par. 4, COM(2008) 130, a norma del quale la SPE è da considerarsi domiciliata nello Stato d'origine in relazione ai procedimenti giudiziari e amministrativi avviati prima del trasferimento della sede legale.

⁶⁷⁰ Cfr. artt. 36-37, COM(2008) 130, rispettivamente per la descrizione della procedura di trasferimento della sede legale di SPE e gli obblighi di controllo incombenti agli Stati membri coinvolti. Si badi che allegato alla proposta di regolamento è anche il modulo per le notifiche relative alla registrazione del trasferimento della sede legale di una SPE (v. Allegato II).

⁶⁷¹ Cfr. art. 27, par. 1, lett. l, e parr. 2 e 3, COM(2008) 130.

⁶⁷² Cfr. art. 35, par. 3, COM(2008) 130.

dipendenti della SPE lavori nello Stato membro d'origine, corre l'obbligo di avviare appositi negoziati tra l'organo di gestione e i rappresentanti dei dipendenti in modo da giungere ad un accordo sulla questione. In caso di esito negativo, seguitano ad applicarsi le disposizioni esistenti nello Stato membro d'origine.⁶⁷³

4. *La tesi dell'esistenza di una norma di conflitto cachée in materia societaria.*

L'opportunità di una disciplina degli effetti sulla *lex societatis* del trasferimento della sede sociale quale forma di esercizio della libertà di stabilimento garantita dal Trattato di Roma del 1957 (e oggi dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) è sottolineata da più parti. Secondo parte della dottrina, tuttavia, non sarebbe a tal fine necessario adottare norme espresse. Una simile esigenza potrebbe essere altrimenti soddisfatta, segnatamente facendo ricorso a principi impliciti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. A tal proposito, rileva specialmente il ruolo svolto dalla Corte di giustizia⁶⁷⁴ che, nell'ambito della sua giurisprudenza sulle libertà di circolazione, ha fissato una serie di principi suscettibili di influire sul coordinamento dei diritti nazionali con il diritto dell'Unione europea. Anche in materia di stabilimento delle società, lungi dall'essersi pronunciata direttamente sulla compatibilità delle norme internazionalprivatistiche nazionali in materia di società, essa ha

⁶⁷³ Cfr. art. 38, COM(2008) 130. La disposizione prende in considerazione l'ipotesi di una SPE soggetta ad un regime di partecipazione dei dipendenti che trasferisca la sua sede legale in un altro Stato membro che non garantisce alcun diritto di partecipazione dei dipendenti o assicura soltanto limitati diritti o non prevede che i lavoratori degli stabilimenti della SPE situati in altri Stati membri beneficino degli stessi diritti di partecipazione di cui fruivano prima del trasferimento.

⁶⁷⁴ La giurisprudenza della Corte di giustizia ha sempre giocato un ruolo fondamentale per lo sviluppo del mercato interno v. F. J. JACOBS, *The Evoution of the European Legal Order*, in *CMLR*, 2004, p. 303 ss., in particolare p. 304, G. TESAURO, *op. cit.*, p. 394, U. DRAETTA, *La società europea e il federalismo «strisciante» del diritto comunitario*, in U. DRAETTA, F. POCAR (a cura di), *La società europea, Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 1 ss., spec. p. 2, ove si afferma che il ruolo della Corte nel processo di integrazione europea è maggiore di quello di ogni altra istituzione. Più in generale sull'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia alla costruzione europea v. T. DE LA MARE, C. DONNELLY, *Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 363 ss., J. STUYCK, *The European Court of Justice as a motor of private law*, in CH. TWIGG-FLESNER (ed.), *European Union Private Law*, Cambridge, 2010, p. 101 ss., A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del diritto comunitario*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar cit., p. 925 ss., e sul rinvio pregiudiziale P. IVALDI, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Com. e Studi*, vol. XXII, Milano, 2002, pp. 233 ss.

tuttavia fissato alcuni principi cardine la cui osservanza è imposta agli Stati membri anche nell'ambito delle loro stesse prerogative. Ora, si tratta di capire fino a dove porti l'opera ermeneutica della Corte, e cioè se possa addirittura condurre all'individuazione di una norma di conflitto *implicita* concernente le società, ricavabile dall'art. 54 del TFUE, o se si limiti ad incidere in maniera sì significativa sul contenuto dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato delle società, ma secondo meccanismi diversi da quelli tradizionali conflittuali.

La questione è riconducibile al più ampio dibattito dottrinale circa il rapporto tra il diritto dell'Unione europea, segnatamente le (norme del Trattato sulle) libertà di circolazione, da un lato e il diritto internazionale privato dall'altro. Il tema, rilanciato dall'attribuzione, con il trattato di Amsterdam, di una competenza espressa all'allora Comunità europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, è stato oggetto di numerosissimi studi.⁶⁷⁵ Per quanto qui interessa, il punto di partenza è rappresentato dall'emersione del principio del mutuo riconoscimento quale strumento cardine, unitamente all'armonizzazione, per la piena realizzazione della libertà di circolazione delle merci prima e degli altri fattori produttivi poi.⁶⁷⁶ Si discute infatti, in dottrina, dell'esistenza nel diritto dell'Unione europea di una norma di conflitto *cachée* (una *hidden choice of law rule*), discendente dal principio del

⁶⁷⁵ Nella sterminata letteratura specificatamente dedicata al tema dei rapporti tra il diritto dell'Unione europea, segnatamente i principi del mercato interno, e il diritto internazionale privato v. *inter alia* A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *RDIPP*, 2007, p. 293 ss., R. MICHAELS, *EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory*, in *JPIL*, 2006, p. 195 ss., M. FALLON, *Libertés communautaires* cit. e *Idem*, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 9 ss., F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 913 ss., P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss., L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *RDIPP*, 2004, p. 63 ss., S. BARIATTI, *Prime considerazioni* cit., G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, M. WILDERSPIN, X. LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2002, p. 1 ss., M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *YbPIL*, 2002, p. 61 ss., J. BASEDOW, *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in *RabelsZ*, 1995, p. 1 ss., H. DUINTJER TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1994, p. 451 ss., CH. KOHLER, *La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international privé*, in *Travaux Comité français dr. int. pr.*, 1993-1994, p. 71 ss., L. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur le conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1993, p. 401 ss. Sulla c.d. "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato v. *infra* nota n. 208.

⁶⁷⁶ Così v. *Il completamento del mercato interno*, COM(85) 310 cit., p. 22, par. 77. Il principio del mutuo riconoscimento è frutto dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci, segnatamente nella giurisprudenza *Cassis de Dijon*, ed è stato successivamente esteso a tutte le libertà di circolazione garantite dal Trattato. Per una completa e analitica ricostruzione del principio v. per tutti G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento* cit.

mutuo riconoscimento, designante la legge dello Stato membro d'origine quale legge applicabile.⁶⁷⁷ Sul punto si rinvencono in letteratura molteplici opinioni; tuttavia, sembra possibile individuare due orientamenti in linea di massima opposti.

Da un lato vi è chi sostiene l'assoluta indipendenza dei due settori costituiti dal diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale privato, nel senso che i principi del mercato interno (le libertà di circolazione particolarmente) sono indifferenti all'operare delle norme di conflitto e il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea riguarda solamente il diritto materiale applicabile, come richiamato dalle apposite norme di conflitto (siano esse di fonte europea o nazionale).⁶⁷⁸

Dall'altro lato vi sono coloro che sposano l'idea secondo cui il diritto dell'Unione europea e, in particolare, i principi del mercato interno spiegano invece effetti sul diritto internazionale privato. Si riscontra a questo punto una gran varietà di opinioni circa le modalità con cui si estrinseca tale interferenza. I più convinti ritengono che dalle disposizioni primarie sulle libertà di circolazione discenda una vera e propria norma di conflitto implicita o "nascosta" (*règle de conflit cachée* o *hidden choice of law rule*, appunto) basata sul criterio dello Stato d'origine oppure della legge più favorevole alla libertà di circolazione in questione.⁶⁷⁹

Allo stesso filone appartiene poi la tesi della c.d. *eccezione del mutuo riconoscimento*, secondo la quale il principio del mutuo riconoscimento non nasconde una norma di conflitto implicita ma interviene nel processo di determinazione della legge applicabile, influenza

⁶⁷⁷ Sul punto v. F. MUNARI, *La ricostruzione* cit., p. 914, il quale individua due filoni di analisi distinti, l'uno volto a analizzare i possibili condizionamenti del diritto dell'Unione europea sulle singole norme di conflitto (ma questo aspetto interessa soprattutto il diritto internazionale privato di origine europea), l'altro a indagare l'esistenza di criteri di collegamento internazionale impliciti nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

⁶⁷⁸ Di questo parere *inter alia* v. A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine* cit., pp. 310 e 312, C. HONORATI, *The Law Applicable to Unfair Competition*, in A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The Rome II Proposal*, Milano, 2006, p. 127 ss., spec. p. 144, S. BARIATTI, *Prime considerazioni* cit., p. 677, secondo la quale limitazioni alle libertà di circolazione possono derivare soltanto dall'applicazione di norme materiali e non invece dal diritto internazionale privato in sé considerato, M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie* cit., p. 597 ss., il quale rileva addirittura un profilo di violazione del principio di sussidiarietà e dell'equilibrio da esso imposto tra potere centrale dell'Unione e poteri decentrati statali ad opera della tesi dell'incidenza delle libertà di circolazione sulle norme di conflitto (l'A. parla di "grave compressione delle prerogative della sovranità degli Stati membri"), T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *Riv. soc.*, 2003, p. 679 ss., spec. p. 684 ss., M. WILDERSPIN, X. LEWIS, pp. 23-24, H. DUINTJER TEBBENS, *op. cit.*, p. 476 ss., CH. KOHLER, *La Cour de Justice* cit., p. 75 e s.

⁶⁷⁹ Di questo parere con riferimento alla libera prestazione dei servizi v. J. BASEDOW, *Das kollisionsrechtliche Gehalt* cit.

l'applicazione della legge designata attraverso le norme di conflitto. In particolare, l'eccezione del mutuo riconoscimento opererebbe in due fasi, la prima concernente l'individuazione della legge applicabile e la seconda consistente in un confronto tra la legge richiamata da un lato e il diritto dello Stato d'origine dall'altro, quest'ultimo in funzione di parametro di riferimento utile a valutare la sussistenza di una restrizione alle libertà di circolazione derivante dall'applicazione della legge individuata come applicabile tramite il gioco delle norme di conflitto al fine di disapplicarla.⁶⁸⁰

Nel medesimo solco si pone anche chi sottolinea l'influenza del principio dello Stato d'origine sul funzionamento delle norme di conflitto, nella determinazione della *lex causae* e nella limitazione dell'invocabilità del principio di ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria.⁶⁸¹ Impostazioni di maggior respiro ispirano altre teorie, tra le quali spiccano la tesi che riconduce l'interferenza tra libertà di circolazione e diritto internazionale privato a fenomeni di conflitto tra ordinamenti da coordinare secondo il metodo c.d. dell'ordinamento competente⁶⁸² oppure la lettura fondata su una rivitalizzazione della dottrina dei diritti quesiti.⁶⁸³

La medesima chiave di lettura è stata suggerita anche con particolare riferimento alla libertà di stabilimento delle società. In particolare, la giurisprudenza *Centros* ha dato avvio alle riflessioni di questo tenore, portando alcuna dottrina ad affermare l'esistenza nell'attuale art. 54, par. 1, TFUE (già art. 48, par. 1, CE) di una vera e propria norma di conflitto implicita atta a determinare la *proper law of the companies* mediante rinvio al paese di incorporazione.⁶⁸⁴ Tuttavia, la dottrina prevalente sembra attestarsi su posizioni contrarie.⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ Così v. M. FALLON, J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 37 ss., spec. p. 52 ss., M. FALLON, *Libertés communautaires* cit., p. 76 ss. M. AUDIT, *Régulation du marché intérieur et libre circulation de lois*, in *JDI*, 2006, p. 1333, spec. p. 1345 ss., e anche G. VITELLINO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti dell'incidenza dei principi di libera circolazione sulle norme di diritto internazionale privato*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea. Atti del Convegno di Studi di Alghero 3-4 ottobre 2003*, Padova, 2007, p. 129 ss.

⁶⁸¹ Così v. L. RADICATI DI BROZOLO, *L'influenza* cit., p. 410 ss. Pare aderire alla tesi anche S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, 2005, p. 223 ss.

⁶⁸² Per una ricostruzione in questi termini v. P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità* cit., p. 495, G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 248. Su posizioni simili v. anche F. MUNARI, *La ricostruzione* cit., p. 927, secondo il quale il principio dello Stato d'origine opera al fine di regolare un conflitto tra ordinamenti e non quale criterio di collegamento atto a regolare un conflitto di leggi.

⁶⁸³ Sul punto v. R. MICHAELS, *EU Law as Private International Law?* cit.

⁶⁸⁴ In questi termini v. P. BEHRENS, *Centros* cit., p. 512, secondo il quale "Article 48 EC must be read as a conflicts of law rule which determines the law of the company's place of incorporation as the proper law of the company" e poi ancora "art.

A sostegno della tesi che rifiuta l'esistenza di una norma di conflitto implicita sono stati portati diversi argomenti. Senza addentrarci nelle argomentazioni avanzate dalla dottrina in trattazioni di più ampio respiro concernenti più in generale i rapporti tra i principi del mercato interno e il diritto internazionale privato, argomentazioni di cui sarebbe qui impossibile dare pienamente conto, ci si limita a indicare alcune delle considerazioni sviluppate con specifico riferimento al diritto di stabilimento delle società.

La principale ragione per escludere la tesi dell'esistenza di una norma di conflitto implicita designante la legge del paese d'origine quale *lex societatis* si fonda sulla considerazione che una norma simile avrebbe l'effetto di ridurre le opzioni che le differenti soluzioni internazionalprivatistiche accolte dagli Stati membri lasciano aperte a favore degli operatori economici attivi nell'Unione, nonché la diminuzione delle situazioni di vantaggio derivanti dalla mobilità nel mercato interno (in contrasto con le finalità sottese alla disciplina delle libertà di circolazione).⁶⁸⁶ A questo proposito sembra di poter rilevare che in alcuni casi l'applicazione della legge dello Stato d'origine non solo non risponda al principio del mutuo riconoscimento, ma realizzi anzi il risultato opposto e si ponga in contrasto con la piena realizzazione della libertà di circolazione, ossia con l'obiettivo in funzione del quale la Corte di giustizia ha elaborato il principio del mutuo riconoscimento. Un esempio calzante è rappresentato dal caso *Cartesio* in cui è proprio l'applicazione della legge del paese d'origine, dello Stato di costituzione della società, ad aver generato l'ostacolo alla mobilità della società e quindi a quella libertà di stabilimento che le è garantita dal TFUE e che il principio del mutuo riconoscimento mira a realizzare.⁶⁸⁷

48 provides not merely for a rule of recognition, but for an all encompassing conflicts of law rule which determines the proper law of companies generally". Sul punto v. anche S. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 469, il quale sostiene che gli artt. 43 e 48 CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) sarebbero il fondamento di un nuovo sistema di conflitto di leggi di derivazione europea.

⁶⁸⁵ Così v. V. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 205, M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie cit.*, p. 576, nonché in «*Mercato*» comunitario cit., p. 703 e ancora, più di recente, *Società e altri enti*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, p. 450, spec. p. 461, T. BALLARINO, *La società per azioni cit.*, p. 20 ss., F. CAPOTORTI, *Il diritto di stabilimento delle società nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *RDIPP*, 1965, p. 5 ss., spec. p. 10. Della medesima opinione v. J. WOUTERS, *Private International Law and Companies' Freedom of Establishment*, in *EBOR*, 2001, p. 101 ss., spec. p. 116-117, secondo il quale un'applicazione rigorosa dell'art. 54, TFUE, quale norma di conflitto implicita porterebbe persino gli Stati membri aderenti alla teoria dell'incorporazione a scontrarsi con essa.

⁶⁸⁶ Cfr. M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie cit.*, p. 599.

⁶⁸⁷ Per una considerazione simile v. M. FALLON, J. MEEUSEN, in *YbPIL*, 2002, spec. p. 59, i quali sottolineano il fatto che le norme del TFUE relative alle libertà di circolazione vietano tutti gli ostacoli al commercio interno all'Unione europea (il

A ciò si aggiunga che una norma implicita ricavata dall'art. 54, TFUE, non sarebbe in grado di risolvere l'eventuale conflitto sorto tra più leggi che si considerino tutte contemporaneamente competenti a regolare la società in quanto costituita conformemente a ciascuna di esse.⁶⁸⁸

In conclusione, secondo l'opinione prevalente l'art. 54, TFUE, non contiene una norma di conflitto implicita, ma svolge l'unica funzione di fissare i requisiti affinché le società possano godere della libertà di stabilimento. Di conseguenza, l'intervento normativo diretto da parte delle istituzioni europee resta l'unico modo per regolamentare il trasferimento transfrontaliero della sede sociale.

5. L'esigenza di un intervento normativo da parte dell'Unione europea.

Un intervento del legislatore europeo in materia di trasferimento della sede sociale è auspicato da più parti a più riprese. La Corte di giustizia non perde occasione per pungolare il legislatore dell'Unione, sottolineando ripetutamente le persistenti differenze tra le legislazioni degli Stati membri e la conseguente esigenza di un intervento normativo sul punto (lo ha fatto per la prima volta nella sentenza *Daily Mail* del 1989 per ribadirlo, quasi vent'anni dopo, nel 2008, nella decisione del caso *Cartesio*). L'armonizzazione dei diritti societari nazionali, la creazione di tipi societari di matrice europea ma spesso fortemente caratterizzati dalle normative nazionali dello Stato membro della sede sociale e l'opera interpretativa dei giudici di Lussemburgo si sono dimostrati strumenti insufficienti a dare piena e completa attuazione alla libertà di stabilimento garantita alle società al pari delle persone fisiche dagli artt. 49 e 54, TFUE. Come si è evidenziato trattando degli studi condotti per la proposta di una XIV direttiva in relazione dell'*Impact Assessment* del 2007, anche il mondo economico ha espresso chiaramente il proprio interesse nei confronti di una normativa uniforme, a livello

commercio intracomunitario) e che una impostazione così ampia non può essere riconciliata con la visione secondo cui nel mercato interno debba essere data priorità alla legge dello Stato d'origine.

⁶⁸⁸ Così M. V. BENEDETTI, *Libertà comunitarie* cit., p. 577.

europeo, concernente il trasferimento transfrontaliero della sede sociale.⁶⁸⁹

Da tempo la dottrina maggioritaria afferma in modo chiaro la opportunità di una disciplina uniforme del trasferimento transfrontaliero della sede sociale all'interno dell'Unione europea.⁶⁹⁰ L'esigenza di garantire la mobilità societaria si fa sempre più forte e, in un contesto quale quello dell'Unione europea, essa non rispecchia soltanto le richieste del mondo economico moderno, ma rappresenta un vero e proprio obbligo in capo alle istituzioni (e agli Stati membri), discendente dal Trattato di Roma, di attuare una delle libertà fondamentali, pilastro su cui poggia da sempre la costruzione europea. Gli strumenti messi in campo, a vario titolo, dall'Unione europea nel corso degli anni (dall'armonizzazione dei diritti societari alla creazione di veri e propri modelli societari di matrice europea, passando per la giurisprudenza della Corte di giustizia) si sono dimostrati insufficienti.

Diverse sono le argomentazioni avanzate a sostegno dell'intervento normativo da parte delle istituzioni europee competenti. Anzitutto, occorre considerare il ruolo che la Corte di giustizia, vero motore del progresso della costruzione europea, è stata chiamata a giocare anche in materia di stabilimento delle società. Ad oggi infatti, l'attuazione della libertà di stabilimento delle società si fonda prevalentemente sulla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Tale giurisprudenza costituisce l'unico punto di riferimento in materia. Tuttavia, essa non è in grado ancora di coprire tutte le diverse situazioni che possono crearsi in materia di stabilimento né di ricavare dai soli artt. 49 e 54, TFUE, tutte le risposte alle istanze di mobilità societaria avanzate da un mondo ormai globalizzato. Ciò dipende, ovviamente, da questioni inerenti alla competenza di tale organo giurisdizionale, competente appunto ad interpretare il diritto dell'Unione europea e a pronunciarsi, ovviamente, nei limiti (più o meno ampi) del quesito pregiudiziale formulato dal giudice *a quo*. Sebbene la Corte non abbia talvolta esitato a sconfinare dal chiesto (e la sentenza *Cartesio* ne rappresenta un esempio chiaro), lo spettro delle situazioni e, quindi, delle normative nazionali soggette al vaglio di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione è, per definizione, limitato alla casistica sottopostale. In particolare, la Corte ha, sino al momento in cui si scrive, dedotto

⁶⁸⁹ Sul punto v. *supra* par. 3.1.

⁶⁹⁰ Sul punto v. v. *supra* nota n. 608.

direttamente dagli artt. 49 e 54, TFUE, precisi obblighi di riconoscimento prevalentemente nei confronti dello Stato membro di destinazione della sede sociale, mentre una solta volta ha imposto allo Stato membro di origine il preciso obbligo di consentire il trasferimento transfrontaliero della sede sociale con contestuale mutamento della *lex societatis* e conversione della società interessata in un tipo societario locale, sempre che lo Stato di destinazione lo consenta. A questo proposito, tuttavia, va ricordato che lo Stato membro di costituzione della società rimane libero di limitare o addirittura impedire il trasferimento transfrontaliero quando la società voglia mantenere il proprio *status* originario.⁶⁹¹ Permangono, dunque, ipotesi di mobilità societaria di fatto precluse dall'assenza di una normativa uniforme che non possono nemmeno beneficiare della giurisprudenza dell'Unione. A questo proposito occorre poi sottolineare che la giurisprudenza della Corte di giustizia è costituita da principi che non risolvono i problemi tecnici alla realizzazione del trasferimento della sede sociali.⁶⁹² Vanno ricordati inoltre, l'incertezza, la mancanza di prevedibilità giuridica, generati dal contesto attuale.⁶⁹³

Da ultimo in relazione al portato giurisprudenziale, va osservato che l'atteggiamento liberale della Corte di giustizia che riafferma la libertà degli Stati membri in punto di determinazione dei presupposti materiali di costituzione delle società e, soprattutto, di scelta circa il consenso al successivo trasferimento lascia margine agli Stati membri per effettuare scelte difformi che, di per sé non negative, possono rendere, in certe condizioni, praticamente irrealizzabile il trasferimento della sede sociale.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ Se si rammentano le decisioni della Corte di giustizia in materia di stabilimento, solo i casi *Daily Mail* e *Cartesio* riguardavano casi di emigrazione e concernevano, quindi, il rapporto tra una società e il suo paese di costituzione. Nel primo caso la Corte escluse *tout court* che una società costituita in uno Stato membro potesse invocare le norme del Trattato sul diritto di stabilimento per spostare all'estero la sede sociale, senza quindi imporre alcun obbligo in capo agli Stati membri. Diversamente, nella sentenza *Cartesio* riconobbe in capo allo Stato membro di costituzione di una società l'obbligo di consentirne il trasferimento della sede sociale con contestuale mutamento della *lex societatis* e conversione in un tipo societario locale, fattispecie direttamente discendente dalle norme sullo stabilimento, pur escludendo che la diversa ipotesi del trasferimento con il mantenimento dello *status* di società retta dal diritto del paese di costituzione potesse far sorgere alcun tipo di obbligo in capo agli Stati membri. I casi *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art* furono risolti tutti con il riconoscimento di un preciso obbligo, per tutti gli Stati membri, di riconoscere le società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro, senza imporre condizioni ulteriori.

⁶⁹² Tale limite è espressamente riconosciuto anche dalla Commissione europea nell'*Impact Assessment* del 2007 sulla direttiva concernente il trasferimento della sede sociale: cfr. *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office* cit., p. 13.

⁶⁹³ Cfr. *supra* nota n. 654.

⁶⁹⁴ Così v. E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 610 ss.

Quanto ai c.d. veicoli societari europei si è già detto dei limiti che attualmente presentano, soprattutto in ragione della notevole complessità del sistema delle fonti della loro disciplina e dei ragguardevoli legami (obbligati) che essi mantengono con gli ordinamenti nazionali.⁶⁹⁵ Anche l'armonizzazione dei diritti societari mostra i suoi limiti e non è certo sufficiente a consentire il superamento in via generale dei problemi emergenti in caso di trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro, anzitutto per la portata soggettiva limitata.

Ai profili appena menzionati si aggiunge il fatto che il contesto attuale porta ad alcune conseguenze paradossali. Ai fondatori di una società è concesso, in virtù della dottrina *Centros*, di selezionare liberamente l'ordinamento giuridico in cui incardinare la propria società, ma una volta effettuata tale scelta non possono più cambiarla, almeno non in modo diretto. Gli Stati membri sono, infatti, liberi di imporre alle società costituite conformemente al proprio diritto la coincidenza delle sedi nel proprio territorio e mantengono, secondo quanto ribadito nella sentenza *Cartesio*, la libertà di impedire alle società costituite secondo il proprio diritto di trasferire all'estero la sede sociale mantenendo lo *status* originario. Al tempo stesso però gli Stati membri non possono impedire alle società costituite conformemente al proprio diritto di fondersi con società soggette al diritto di un altro paese.⁶⁹⁶

Da quanto precede si ricava la conferma dell'esigenza di un intervento normativo diretto da parte delle istituzioni dell'Unione europea in modo da creare un contesto di riferimento coerente e esaustivo, in modo da dare piena e concreta attuazione alla libertà di stabilimento, soddisfacendo al tempo stesso le esigenze di certezza del diritto minate dall'attuale quadro.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Sul punto v. *supra* cap. II, par. 4.3.

⁶⁹⁶ Sul punto v. *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, Brussels, 5 April 2011, p. 18.

⁶⁹⁷ In merito all'opportunità di ripristinare un certo grado di certezza giuridica tramite l'adozione di norme sul trasferimento della sede sociale uniformi a livello europeo v. in particolare E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 619, nonché H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht* cit., pp. 6, 14-16 (nella versione originale in tedesco) e 68, 76-78 (nella traduzione inglese), P. KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *RDIPP*, 2006, p. 657 ss., spec. p. 660.

5.1. *Le prospettive dell'adozione di una disciplina uniforme sul trasferimento transfrontaliero della sede sociale.*

5.1.1. *Le diverse tipologie di intervento e le possibili basi giuridiche.*

Nell'ipotesi in cui il legislatore europeo dovesse accostarsi a disciplinare in maniera uniforme il trasferimento transfrontaliero della sede sociale all'interno dell'Unione europea, si potrebbero prefigurare diversi scenari a seconda della base giuridica, della tipologia di intervento (di armonizzazione o coordinamento oppure di uniformazione), nonché dell'entità dell'intervento e del tipo di norme adottate (norme di carattere sostanziale o di diritto internazionale privato).

Anzitutto, è evidente che l'eventuale azione delle istituzioni europee dovrà essere ricompresa tra le competenze ad esse attribuite e, dunque, che una futura proposta di disciplina del trasferimento della sede sociale dovrà trovare fondamento in un'apposita norma dei trattati.⁶⁹⁸ In via generale si possono individuare quali opportune basi giuridiche da un lato l'art. 50, par. 2, lett. g), TFUE, che consente, appunto, di coordinare, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 54, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi ed già stato posto a fondamento dell'opera di armonizzazione del diritto societario; dall'altro l'art. 81, lett. c), TFUE, che attribuisce all'Unione la competenza ad adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e, segnatamente, misure volte a garantire la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.⁶⁹⁹ La disposizione di cui all'art. 352, TFUE, fondante i c.d. poteri impliciti sembra invece da escludere, se non altro per la mancata soddisfazione dei presupposti di applicazione di tale clausola a cui si può ricorrere solo laddove l'azione dell'Unione appaia

⁶⁹⁸ Sul principio di attribuzione nell'Unione europea v. per tutti L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 355, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010 (rist. ampl. e agg.), p. 25 ss.

⁶⁹⁹ Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha introdotto nel c.d. primo pilastro, quello dell'integrazione propriamente comunitaria, la competenza in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile (competenza concorrente ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. j, TFUE), sì che ora l'Unione è competente ad adottare norme uniformi di diritto internazionale privato, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, secondo quanto oggi prescritto dall'art. 81, TFUE. Sul processo di comunitarizzazione v. *supra* nota n. 208.

necessaria a perseguire uno degli obiettivi dei trattati e questi non abbiano previsto i poteri a tal uopo necessari.

La scelta della base giuridica influenzerà anche il tipo di intervento e di norme nonché l'intensità dell'intervento. Per quanto riguarda la tipologia di intervento da un lato si potrebbe pensare all'armonizzazione delle norme sostanziali in materia di trasferimento, dall'altro invece all'introduzione di norme uniformi di diritto internazionale privato. Una terza via potrebbe essere rappresentata dalla combinazione delle prime due strategie, segnatamente dall'adozione di uno strumento normativo misto, contenente cioè e norme di conflitto concernenti e norme (materiali) di armonizzazione, sul modello della direttiva n. 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere.⁷⁰⁰ Sul fondamento dell'art. 50, par. 2, lett. g), TFUE, sarà possibile adottare principalmente (anche se non esclusivamente) norme di carattere sostanziale, volte all'armonizzazione dei diritti nazionali (non quindi una disciplina uniforme). Lo strumento normativo dell'armonizzazione è tipicamente quello della direttiva, che obbliga gli Stati membri agli obiettivi in essa stabiliti ma lascia libertà di forme e mezzi nell'attuazione delle sue disposizioni. In effetti, il progetto di XIV direttiva è fondato sulla norma corrispondente all'attuale art. 50, par. 2, lett. g), TFUE. Diversamente, l'art. 81, lett. c), giustificerebbe soltanto l'adozione di norme di conflitto uniformi, più probabilmente contenute in un regolamento.

Infine, quanto alla misura di un possibile intervento poi, l'armonizzazione delle norme sostanziali potrebbe assumere la forma dell'armonizzazione completa oppure dell'armonizzazione minima; eventuali norme di diritto internazionale privato potrebbero riguardare sia la determinazione della legge applicabile alle società sia, più specificatamente, il trasferimento transfrontaliero della sede sociale (come accade a livello nazionale italiano con l'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995, sebbene si tratti di una norma di diritto internazionale privato materiale) oppure uno solo dei due aspetti.

⁷⁰⁰ Sul punto v. *infra* cap. IV, par. 3.

5.1.2. (segue) *I possibili contenuti dell'intervento: la proposta del Deutscher Rat für internationales Privatrecht per una direttiva sul trasferimento della sede sociale.*

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di stabilimento delle società ha spiegato una sicura influenza anche sugli ordinamenti nazionali. Tra i suoi effetti si annovera senz'altro la creazione, da parte del *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* (Consiglio tedesco di diritto internazionale privato) in consultazione con il Ministro federale della giustizia, di un comitato *ad hoc* incaricato a presentare delle proposte per una futura disciplina del diritto societario internazionale.⁷⁰¹ Da questa proposta si potrebbe prendere spunto per l'elaborazione di una disciplina europea del trasferimento transfrontaliero della sede delle società beneficiarie della libertà di stabilimento.

L'esito dei lavori del comitato *ad hoc* è costituito da una *Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene*, ovvero una *Proposta del Deutscher Rat für internationales Privatrecht di regolamentazione del diritto internazionale privato delle società a livello europeo e nazionale*. Si tratta, come già detto, di una duplice proposta, da un lato una disciplina europea sulla legge applicabile alle società e dall'altro l'emendamento del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – EGBGB*, ossia la legge introduttiva al codice civile tedesco, mediante l'introduzione di disposizioni specificamente dedicata alla legge applicabile alle società.⁷⁰² Delle suggerite modifiche al diritto internazionale privato tedesco si è già parlato in precedenza. È utile qui esaminare i contenuti della proposta tedesca per una disciplina europea del trasferimento della sede sociale. Benché essa abbia ricevuto una fredda accoglienza a livello europeo, sia da parte della Commissione sia da parte del *Advisory Group on European Company Law*,⁷⁰³ pare costituire comunque un'utile base per la discussione su di una eventuale futura regolamentazione del trasferimento transfrontaliero

⁷⁰¹ Si ricorda che il comitato speciale per il diritto internazionale societario, incaricato di redigere delle proposte per disciplinare tale settore del diritto in risposta alla giurisprudenza europea sullo stabilimento delle società fu creato nel 2003 e si compone di eminenti giuristi tedeschi. Per ulteriori dettagli cfr. *supra* nota n. 504.

⁷⁰² Si ricorda che il testo della duplice proposta è riportato, unitamente al resoconto delle riunioni del comitato speciale e ad un commento dei testi elaborati, in H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht* cit., p. 7 ss.

⁷⁰³ Sul punto v. E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 610.

della sede sociale.

Secondo il Consiglio tedesco di diritto internazionale privato la futura disciplina europea dovrebbe essere costituita da regolamento fondato sugli artt. 65, lett. c, e 95, CE (attuali artt. 81, lett. c, e 114, TFUE) e contenente norme di conflitto uniformi in materia di legge applicabile alle società, che prendano espressamente in considerazione, da quel punto di vista, anche le ipotesi di mobilità transfrontaliera delle società (fusione, scissione, trasferimento di patrimonio e trasferimento di sede transfrontalieri).

Quanto al suo ambito di applicazione, ai sensi dell'art. 1 della proposta, il futuro regolamento si applicherebbe alle società e ai relativi rapporti giuridici che presentino un collegamento con più ordinamenti giuridici, purché si tratti della materia civile e commerciale. In particolare, l'ambito di applicazione sarebbe delimitato *ratione personae* dal concetto di "società" inteso in senso ampio, come comprendente anche cooperative, associazioni, fondazioni e altre persone giuridiche di diritto civile e commerciale.⁷⁰⁴ Dal punto di vista spaziale, dovrebbero essere assoggettate alla futura regolamentazione sia le società stabilite negli Stati membri dell'Unione e dello Spazio economico europeo (SEE o EEA nell'acronimo inglese) sia le società stabilite al di fuori di dette unioni.⁷⁰⁵

Composta in tutto di dieci articoli, la proposta di regolamento del *Deutscher Rat für internationale Privatrecht* si occupa anzitutto di fissare i criteri di collegamento utili ad individuare la *lex societatis* nonché di delimitare la portata di quest'ultima. A tal fine essa contiene una serie di criteri sussidiari "a cascata" che distinguono le società comprese nel suo ambito di applicazione in base al fatto che siano iscritte in un pubblico registro oppure no. Ai sensi dell'art. 2 della proposta, le società iscritte in un pubblico registro sono disciplinate,

⁷⁰⁴ L'ambito di applicazione soggettivo del proposto regolamento è quasi coincidente con quello dell'art. 25, c. 1, primo per., legge n. 218/1995, ad esclusione dei soggetti pubblici e si estende oltre quello dell'art. 54, par. 2, TFUE, comprendendo anche le società senza scopi di lucro.

⁷⁰⁵ A questo proposito, tuttavia, si segnala l'opposizione di uno dei componenti del comitato, il prof. Kindler, che invece preferirebbe escludere le società di Stati terzi, che non siano membri né dell'Unione europea né dello Spazio economico europeo. Sul punto v. H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht* cit., pp. 78-79 e P. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in Liber Pocar cit., p. 564, nonché IDEM, *Aspetti* cit., p. 661, il quale indica tre ragioni a fondamento della sua riserva, e cioè in primo luogo l'estraneità degli Stati terzi all'armonizzazione del diritto societario nell'Unione europea (ciò che giustificerebbe l'applicazione della legge del paese di costituzione), secondariamente l'obiettivo della libertà di stabilimento che è quello di promuovere lo sviluppo del mercato interno (obiettivo estraneo alle società costituite in base alla legge di uno Stato terzo) e, infine, la volontà di non disincentivare la conclusione di trattati di amicizia tra Stati terzi e Stati membri dell'Unione europea. A favore dell'esclusione delle società di Stati terzi dalla portata di un futuro regolamento v. anche E. M. KIENINGER, *The Law Applicable* cit., p. 624.

appunto, dalla legge dello Stato in cui sono iscritte in un pubblico registro, tendenzialmente coincidente con il paese ove è stabilita la sede statutaria. Le società che non siano iscritte o non lo siano ancora in un pubblico registro sono invece soggette alla legge dello Stato in base alla quale sono organizzate.⁷⁰⁶ Infine, nel caso in cui la legge applicabile non possa essere determinata secondo i primi due criteri, andrà individuata tramite le norme di conflitto relative alle obbligazioni contrattuali. A fronte del rilievo accordato al dato formale del luogo di iscrizione in un pubblico registro (criterio molto simile a quello dell'*incorporation* o della costituzione, almeno da questo punto di vista) la medesima disposizione prevede anche una garanzia per i terzi in buona fede che, nell'ipotesi in cui la società operi in un ordinamento diverso da quello determinato secondo i tre criteri di collegamento precedentemente indicati, possono invocare la legge di tale ultimo Stato.

La portata della *lex societatis* è definita attraverso un'elencazione non esaustiva di questioni che le sono sottoposte. La portata che ne risulta non sembra discostarsi molto da quanto solitamente previsto dalle norme di conflitto nazionali in materia di società della maggior parte degli ordinamenti europei, tendenti a far ricadere tutte le questioni prettamente "societarie" sotto il dominio della *lex societatis*.⁷⁰⁷ Una disposizione *ad hoc* disciplina la validità formale degli atti riguardanti la struttura della società (art. 4).⁷⁰⁸

La proposta di regolamento prende poi in considerazione alcune operazioni straordinarie che rappresentano le principali fattispecie di mobilità societaria. L'art 5 concerne le fusioni transfrontaliere e integra la disciplina di cui alla direttiva n. 2005/56/CE, prevedendo l'applicazione distributiva delle leggi degli Stati coinvolti. La scissione e il trasferimento di patrimonio transfrontalieri sono regolati in via analogica tramite rinvio all'art. 5 della proposta. L'art. 7 della proposta di regolamento, rubricato "Mutamento della

⁷⁰⁶ Tale criterio segue l'esempio del modello svizzero su cui *supra* cap. I, par. 3.2.1.

⁷⁰⁷ Ai sensi dell'art. 3 della proposta sono soggetti alla *lex societatis* la natura giuridica e la capacità dell'ente, la costituzione, lo scioglimento e le operazioni straordinarie, la struttura organica e finanziaria nonché il potere di rappresentanza degli organi sociali, la responsabilità per le obbligazioni della società e per la violazione degli obblighi di diritto societario, nonché gli obblighi contabili e le conseguenze della loro inosservanza. Inoltre, è regolata la questione dell'invocabilità di eventuali limitazioni della capacità giuridica della società e del potere di rappresentanza dei suoi organi contenute nella legge, diversa dalla *lex societatis*, dello Stato in cui la società ha compiuto un negozio giuridico. Per maggiori dettagli sulla portata della *lex societatis* come definita dalla proposta v. P. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in *Liber Pocar cit.*, p. 554 ss. e già IDEM, *Aspetti cit.*, p. 664 ss.

⁷⁰⁸ Sul punto *amplius* v. P. KINDLER, *Aspetti cit.*, pp. 671-672.

legge applicabile”, disciplina il diritto di una società di mutare la sua *lex societatis* attraverso lo spostamento del luogo di registrazione, in linea con il criterio di collegamento previsto in via principale dall’art. 2 della proposta del comitato tedesco.

Le società registrate e costituite secondo il diritto di uno Stato membro dell’Unione europea (o dello Spazio economico europeo) possono mutare la propria legge regolatrice trasferendo il luogo di registrazione in un altro Stato membro dell’Unione europea (o dello Spazio economico europeo), senza che ciò richieda il contemporaneo spostamento della sede reale della società.⁷⁰⁹ Si noti che, tenuto conto delle debite differenze (dal momento che qui si tratta del luogo di registrazione e non di quello di costituzione), una simile proposta andrebbe sostanzialmente nella direzione opposta rispetto al solco tracciato dai regolamenti istitutivi dei veicoli societari europei, i quali impongono la perdurante coincidenza della sede legale e amministrativa e consentono il trasferimento transfrontaliero solo ove esso coinvolga congiuntamente le due sedi, nonché in senso contrario alle indicazioni della Commissione giuridica del Parlamento europeo che si esprime a favore del contemporaneo spostamento della sede legale e reale.⁷¹⁰ Nel caso in cui lo Stato alla cui legislazione la società intenda sottoporsi non preveda la registrazione, la società potrà mutare ugualmente la *lex societatis* sottoponendosi, in maniera riconoscibile ai terzi, la sua organizzazione alla legislazione di detto Stato. Presupposto del mutamento della *lex societatis* è l’adempimento delle misure che la legge regolatrice della società prima del cambiamento prescrive a tutela dei diritti dei terzi e dei soci che non hanno acconsentito al mutamento, nonché la comunicazione ai creditori dell’imminente mutamento della legge regolatrice unitamente all’invito ad insinuare i loro crediti.

La competenza delle due leggi in presenza è temporalmente scandita dal secondo paragrafo della disposizione in esame. Nei casi in cui la società è soggetta a registrazione sia prima che dopo il mutamento della *lex societatis* il momento determinante è rappresentato dall’iscrizione nel registro dello Stato di destinazione. Fino a tale momento infatti la società

⁷⁰⁹ La proposta di regolamento non disciplina invece il caso del trasferimento della sede reale di una società costituita in base alla legge di uno Stato membro dell’Unione (o dello SEE) in un altro Stato membro in quanto tale operazione risulta già garantita dalla giurisprudenza *Überseering*. Sul punto v. P. KINDLER, *Aspetti cit.*, p. 673.

⁷¹⁰ Cfr. Progetto di relazione del 27/9/2011, pp. 4 e 6.

rimane soggetta alla precedente *lex societatis*. Diversa è la regola dettata per l'ipotesi in cui la legge del paese a cui la società vuole assoggettarsi non preveda la registrazione. In tale situazione rileva piuttosto la cancellazione della società nello Stato in cui era originariamente iscritta, momento a partire dal quale si applicherà la nuova *lex societatis*.

Anche la società non registrata può mutare la propria *lex societatis* sottoponendo, in modo riconoscibile ai terzi, la propria organizzazione alla legislazione di uno Stato membro dell'Unione europea (o dello Spazio economico europeo), in particolare facendosi ivi registrare. Analogamente a quanto previsto per le società registrate i diritti dei terzi nati prima del cambiamento sono regolati dalla precedente *lex societatis*. La proposta questa volta è muta rispetto alle anzidette garanzie prescritte a tutela dei creditori e dei soci non consenzienti. Va precisato che la disciplina di cui al terzo paragrafo dell'art. 7, relativa alle società non iscritte in pubblici registri, si applica all'ulteriore duplice condizione che si tratti di società costituite secondo la legge di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo e avente la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale nell'Unione europea o nello Spazio economico europeo.

Infine, le società che non abbiano una organizzazione rientrano nell'ambito di applicazione delle norme di conflitto sulle obbligazioni contrattuali.

Le ultime disposizioni della proposta del *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* sono dedicate ad alcune delle questioni generali del diritto internazionale privato. Segnatamente il rinvio è, in linea di massima, escluso nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea (e dello Spazio economico europeo), salvo che sia richiamata la legge di uno Stato terzo, ed il foro può disporre dell'eccezione dell'ordine pubblico laddove l'applicazione della legge designata secondo le norme del proposto regolamento risulti incompatibile con i suoi principi fondamentali. Il Consiglio tedesco si è invece astenuto dal formulare una norma specifica in punto di abuso del diritto e di norme di applicazione necessaria.⁷¹¹

La proposta formula dal Consiglio tedesco di diritto internazionale privato sembra

⁷¹¹ Sul punto v. H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht* cit., p. 120 ss. e P. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in *Liber Pocar cit.*, p. 564-565.

costituire una buona base di partenza per la discussione di un futuro testo normativo recante la disciplina della legge applicabile alle società e al trasferimento transfrontaliero della sede sociale. Una forma di armonizzazione sostanziale che consenta di addivenire ad una disciplina materiale uniforme sembra assai poco probabile, viste le notevoli difficoltà riscontrate in sede di elaborazione della proposta di XIV direttiva e la reticenza degli Stati membri a cedere le proprie prerogative. D'altro canto l'introduzione di norme di diritto internazionale privato che consentano di determinare in modo uniforme il diritto applicabile alle società, assicurando così la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni, sembra imprescindibile per dare piena e completa attuazione alla libertà di stabilimento delle società.⁷¹²

Quanto al criterio di collegamento principale adottato dalla proposta tedesca, ovvero quello del luogo di registrazione della società, esso sembra presentare una serie di vantaggi apprezzabili. Anzitutto, avvicinandosi molto al criterio dell'incorporazione, esso appare decisamente in linea e del tutto compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di stabilimento, giurisprudenza che ha sensibilmente ridotto le possibilità di applicare appieno nell'ambito dell'Unione il criterio della sede reale per degli effetti restrittivi che la sua applicazione talvolta determina (sebbene, lo si ribadisce, la Corte di giustizia non abbia mai direttamente censurato le norme di conflitto in materia societaria ma gli effetti discendenti dall'applicazione della legge tramite esse richiamata).

Il suo maggior pregio poi è di essere di facile applicazione, persino più di quello della incorporazione/costituzione, con riferimento a tutte le società commerciali, siano esse di capitali o di persone, dal momento che tutti gli Stati membri prescrivono, per motivi differenti (ma ciò non rileva ai fini di quanto qui interessa), una forma di registrazione per tutti i tipi societari nazionali (e ciò vale anche per i veicoli societari europei).⁷¹³ Inoltre, il luogo della

⁷¹² Sul punto v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur.*, 2008, pp. 165-166, il quale ritiene che, nell'alternativa tra l'adozione di norme di conflitto uniformi sia preferibile all'adozione di norme materiali uniformi in virtù del fatto che le norme di diritto internazionale privato consentono di collegare anche sistemi giuridici completamente diversi tra loro (es. common e civil law) e perché una disciplina materiale uniforme, essendo per definizione parziale e settoriale, spesso impone di fare ulteriore riferimento a un ordinamento giuridico interno per completare l'inquadramento fattispecie. Sul punto v. ancora H. J. SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Bericht* cit., p. 68.

⁷¹³ Sul punto v. e P. BEHRENS, *Centros cit.*, p. 505, il quale afferma che "there is no legal personality without registration. This is a generale principle of company law which is valid in all legal systems". Per una panoramica a livello comparato sul requisito della registrazione per le società commerciali v. in particolare M. ANDENAS, F. WOOLDRIDGE, *European Company Law*, Cambridge, 2009, *passim*. Inoltre, sul grande ruolo riconosciuto alla registrazione al di là della dibattito sull'importanza

registrazione è criterio già in uso nei paesi scandinavi della cui esperienza applicativa gli altri Stati membri potrebbero fare tesoro nelle prime fasi di applicazione di un eventuale futura regolamentazione europea.⁷¹⁴ Peraltro, il criterio della registrazione potrebbe essere di ancor più facile applicazione se supportato da una forma istituzionalizzata di coordinamento tra i Registri delle società degli Stati membri. Una cooperazione già esiste sotto forma di *European Business Register – EBR* ma essa rimane, al momento, fondata su base volontaria.⁷¹⁵

relativa della sede statutaria e della sede legale v. M. MENJUCQ, *Transfert international de siège social: état du droit positif*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, 1999, p. 1617 ss., spec. p. 1617.

⁷¹⁴ Sulla *Nordic registration theory* dei paesi scandinavi, compresa la Danimarca, v. P. K. ANDERSEN, K. ENGSIG SORENSEN *Free movement of companies from a Nordic Perspective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, p. 54 ss. Sul punto v. anche M. SIEMS, *Convergence, competition, Centros cit.*, p. 49.

⁷¹⁵ Il tema di un registro europeo delle imprese pare suscitare grande interesse. Una qualche forma di cooperazione tra registri, funzionale alla realizzazione di uno degli scopi dell'armonizzazione del diritto societario e cioè la garanzia di accesso del pubblico alle informazioni societarie, si è resa necessario a seguito dell'adozione della decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere e della undicesima sulla pubblicità delle succursali aperte in un altro Stato membro. Al momento esiste uno *European Business Register – EBR* che costituisce solamente una forma di cooperazione limitata nelle attività e nei partecipanti. Nato inizialmente come una cooperazione informale tra registri delle imprese volta allo scambio di informazioni sulle imprese europee, si fonda oggi su un accordo di scambio di informazioni in cui le parti contraenti si sono impegnate a concedersi reciprocamente accesso alle informazioni conservate nei registri delle imprese tra i Registri delle imprese di diciotto Stati membri dell'Unione europea e altri sei paesi. – Nella prospettiva dell'adozione di una disciplina armonizzata o di una normativa di conflitto uniforme si potrebbe pensare allo sviluppo dell'*EBR* esistente. Nel 2008 la Commissione ha lanciato un documento di consultazione (libro verde) sull'interconnessione dei registri delle società dei registri delle imprese in Europa da cui è risultato un grande favore per un collegamento di tutti i registri delle società nazionali degli Stati membri e la messa in comune di informazioni omogenee e aggiornate da consultarsi gratuitamente: cfr. *Libro Verde – L'interconnessione dei registri delle imprese*, COM(2009)614 def. del 4/11/2009. Nel 2010 il Consiglio europeo ha adottato una risoluzione con cui invita a procedere allo studio e messa in opera di una rete elettronica o piattaforma di reti elettroniche che colleghino tutti i registri nazionali. Per un approfondimento sul punto v. P. SANTELLA, *Prospettive del diritto societario europeo*, in *RDS*, 2010, p. 770 ss., spec. p. 784 ss.

CAPITOLO QUARTO.

LE FUSIONI TRANSFRONTALIERE.

1. *La fusione internazionale nell'ordinamento italiano.*

1.1. *La fusione internazionale: profili internazionalprivatistici.*

Le c.d. fusioni internazionali sono, più precisamente, fusioni tra società soggette e legislazioni differenti. Si parla inoltre di fusioni “transfrontaliere”, per lo più con riferimento alle ipotesi di fusione che vedano coinvolte esclusivamente società soggette al diritto di Stati membri dell’Unione europea.⁷¹⁶ Sebbene entrambi gli aggettivi pecchino di precisione,⁷¹⁷ esse hanno tuttavia il pregio di evidenziare l’elemento di internazionalità che contraddistingue quest’operazione rispetto all’omologa fattispecie interna, dalla quale si differenzia, appunto, per il fatto di coinvolgere necessariamente le valutazioni di diversi ordinamenti giuridici e implicare, di conseguenza, problemi di coordinamento tra gli stessi e il foro.⁷¹⁸ Posto che sul piano del diritto internazionale privato occorre prescindere dalle diverse teorie elaborate negli

⁷¹⁶ Nel testo si utilizzerà l’espressione “fusioni transfrontaliere” esclusivamente per indicare le operazioni di tal sorta realizzate tra società soggette alla legislazione di due o più Stati membri dell’Unione europea, mentre con la locuzione “fusioni internazionali” si farà riferimento a fusioni coinvolgenti anche società regolate dal diritto di uno Stato terzo rispetto all’Unione europea.

⁷¹⁷ Sottolinea l’imprecisione dell’espressione fusioni “internazionali” R. LUZZATTO, *La convenzione CEE sulla fusione delle società*, in *Il diritto delle società nella Comunità economica europea*, Padova, 1975, p. 101 ss., partic. p. 101. Similmente v. anche T. BALLARINO, *La società per azioni* cit., pp. 1123-113.

⁷¹⁸ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Francesco Campobasso*, vol. 4, Torino, 2007, p. 365 ss., spec. p. 367 e p. 369, ove l’A. precisa come anche la fusione di società rette dalla medesima *lex societatis* possa dar luogo a conflitti di leggi e/o giurisdizioni laddove tali società abbiano significativi collegamenti con il territorio di un altro Stato, ad esempio per avervi localizzato la sede amministrativa o una sede secondaria o esercitarvi l’attività o aver attinto al suo mercato dei capitali. Similmente v. R. CAFARI PANICO, *Il regolamento della società europea e le fusioni transfrontaliere*, in U. DRAETTA, F. POCAR, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 29 ss., p. 33, il quale osserva che, sulla base della norma di cui al primo comma dell’art. 25 non può considerarsi internazionale la fusione tra due società con sede effettiva in Italia, anche laddove una delle due sia “straniera” perché costituita all’estero.

ordinamenti nazionali a proposito della natura e della nozione di “fusione”, ai fini che qui interessano si può definire genericamente la fusione come quell’operazione, mirante all’integrazione giuridica di due o più società, con la quale, tramite uno scioglimento senza liquidazione, due o più società trasferiscono l’intero loro patrimonio ad un’altra società già esistente oppure ad una di nuova costituzione, con conseguente assegnazione ai soci della o delle società estintasi tramite fusione di partecipazioni al capitale dell’incorporante o della risultante.⁷¹⁹ Due sono le forme riconosciute di fusione, la fusione c.d. “propria” che prevede l’estinzione di tutte le società partecipanti per dare vita ad un nuovo soggetto giuridico, una nuova società, e la fusione per incorporazione che vede la sopravvivenza di una delle società partecipanti all’operazione nella quale confluisce il patrimonio di tutte le altre.

Dal punto di vista del diritto internazionale privato la fusione internazionale, similmente a quanto accade in relazione al trasferimento della sede sociale, impone di procedere a tre ordini di verifiche. Bisogna accertare anzitutto se la *lex societatis* di ciascuna delle società interessate conosca l’istituto della fusione, poi se preveda anche la fusione internazionale (disciplinandola direttamente o tramite l’estensione delle norme dedicate alla fusione interna), infine se le discipline materiali dell’istituto siano tra loro compatibili. Occorre precisare che la soluzione di tali problemi è oggi in parte affidata al diritto dell’Unione europea e, precisamente, alle disposizioni della direttiva n. 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. Tuttavia, l’ambito di applicazione di tale normativa risulta limitato in primo luogo dal punto di vista soggettivo, dal momento che concerne solamente le società per azioni, e in secondo luogo dal punto di vista temporale, giacché le è stata data attuazione solo pochi anni fa (in Italia nel 2008) e dunque si applica solo alle fusioni transfrontaliere più recenti. Di conseguenza, vale la pena di verificare quali siano le disposizioni, ove esistenti, che regolano la fattispecie negli ambiti non coperti dalla disciplina europea parzialmente armonizzata.

Il diritto internazionale privato italiano contempla le fusioni internazionali all’art. 25, comma 3, della legge n. 218/1995, il quale dispone che “le fusioni di enti con sede in Stati

⁷¹⁹ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni* cit., p. 365. Sulla qualificazione della “fusione” esiste grande discussione nel diritto commerciale italiano, ove la tesi maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza sostiene che essa debba ricondursi a un’ipotesi di successione universale, mentre una seconda teoria la classifica tra le modifiche statutarie.

diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”. La prescrizione è identica a quella posta in materia di trasferimento all’estero della sede statutaria e consiste in una norma di diritto internazionale privato c.d. materiale che subordina l’efficacia dell’operazione alla concorde valutazione di tutti gli ordinamenti giuridici coinvolti. A proposito della formulazione della norma del terzo comma dell’art. 25, ne è stata sottolineata l’infelicità ove si parla di enti “con sede” in Stati diversi e non di enti soggetti a leggi differenti. La lettera sembrerebbe dare rilievo alla legge degli Stati in cui hanno sede le società interessate dalla fusione, piuttosto che alla legge degli Stati di costituzione delle medesime. È possibile tuttavia superare l’*empasse* se si tiene a mente il fatto che l’art. 25 è stato redatto avendo a mente il modello delle società di capitali, società che solitamente hanno la loro sede fissata all’interno dello Stato di costituzione. Facendo seguito a questa circostanza si può leggere il riferimento alla legge della sede come effettuato alla legge dello Stato di costituzione.⁷²⁰

La verifica di conformità della fusione internazionale alle leggi degli Stati interessati, si è detto, impone di effettuare tre ordini di accertamenti. *Nulla quaestio* in merito alla conoscenza e all’esistenza di una disciplina dell’istituto della fusione negli ordinamenti coinvolti, almeno per quanto riguarda gli Stati membri dell’Unione europea obbligati a recepire la terza direttiva di armonizzazione del diritto societario risalente al 1978 e concernente la fusione interne.⁷²¹ Diversa è la situazione se si guarda alla fusione internazionale. La soluzione è semplice se anche solo uno degli ordinamenti coinvolti la vieta o tutti la consentano. Nel silenzio sul punto occorrerà capire se ci si trova di fronte ad un

⁷²⁰ Così v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 372, il quale evidenzia la possibilità che la legge della sede non corrisponda al diritto dello Stato di costituzione o, addirittura, nel caso di enti che risultino ai sensi della propria legge regolatrice privi di sede. A tal proposito il medesimo A. sottolinea poi un profilo di eventuale incompatibilità della norma di cui al terzo comma dell’art. 25 se interpretato seguendo il suo dettato letterale e cioè dando rilievo alla legge dello Stato in cui è situata la sede della società partecipante alla fusione transfrontaliera per i casi in cui tale legge non corrisponda alla *lex societatis* conformemente alla quale la società è costituita: sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 385, e già IDEM, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39, nonché Art. 25 cit., p. 1108. V. inoltre F. C. VILLATA, *Spunti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 77 ss., spec. p. 88 ss., secondo la quale l’apparente difetto di coordinamento tra il primo e il terzo comma dell’art 25 potrebbe essere ricondotto ad unità attraverso un’interpretazione sistematica delle due norme in modo da tener conto della volontà del legislatore di considerare del tutto equivalenti il riferimento al luogo di costituzione e quello della sede statutaria. Sul punto v. anche P. BERTOLI, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *RDIPP*, 2010, p. 35 ss., spec. p. 39.

⁷²¹ Sull’argomento v. *infra* par. 3.2.

implicito divieto oppure l'operazione è ammissibile e una sua disciplina possa ricavarsi, per analogia, dalle norme sulla fusione interna.⁷²²

Quanto alla compatibilità delle norme sostanziali nazionali la complessità dell'istituto, avvicinato per struttura e dinamiche al rapporto tra coniugi,⁷²³ esige in primo luogo una delicata attività ermeneutica che prenda in considerazione i differenti profili al fine di comporre le diverse competenze delle leggi in presenza e garantire la protezione di tutti i soggetti coinvolti. In particolare, essendo la fusione internazionale espressione di un rapporto tra due o più società soggette a ordinamenti diversi, occorre stabilire se e quando le norme in essi contenute siano rivolte a tutte le parti in causa oppure soltanto a quelle fra di esse che sono loro soggette. Di conseguenza, le leggi degli Stati interessati da una fusione internazionale possono essere considerate e applicate disgiuntamente oppure congiuntamente.⁷²⁴ Secondo la dottrina maggioritaria, laddove si tratti di norme c.d. "autosufficienti" la loro applicazione dovrà essere distributiva, e cioè sarà limitata alle società soggette alla relativa *lex societatis*, mentre, in presenza di disposizioni che richiedono un "comportamento comune" o "congiunto" o riguardino un'interrelazione tra la posizione di una società e dell'altra sarà cumulativa, ossia sarà richiesto a ciascuna delle società coinvolte nella fusione di rispettare le prescrizioni di tutte le leggi in presenza.⁷²⁵ La distinzione in concreto è irta di difficoltà. In linea di massima si considerano, ad esempio, prescrizioni autosufficienti quelle relative all'iscrizione nel registro delle imprese o all'assunzione delle delibere assembleari precedenti alla fusione o, ancora, alle modalità di scioglimento dell'ente incorporato; di conseguenza, sotto questi punti di vista, ciascuna società sarà soggetta solamente alla propria *lex societatis*. Diversamente, si ritiene appartengano alla seconda categoria le norme sulla stipulazione dell'atto di fusione, sulla necessità di un contratto di

⁷²² Sul punto v. *amplius* M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., pp. 373-374 e già in *Art. 25* cit., p. 1141.

⁷²³ Così G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1967, p. 1 ss., spec. p. 6. Riprende l'analogia T. BALLARINO, *La società per azioni* cit., p. 115.

⁷²⁴ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 374 e IDEM, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss., spec. pp. 100-101, R. CAFARI PANICO, *Il regolamento* cit., pp. 38-39, F. C. VILLATA, *Spunti* cit., p. 82 e 86, T. BALLARINO *La società per azioni* cit., pp. 116-117, C. AZZOLINI, R. LUZZATTO, *Società* cit., pp. 154-155, A. SANTA MARIA, *Articolo 25* cit., p. 1043, secondo il quale è affidato all'interprete il compito di "risolvere, caso per caso, quando tutte le leggi regolatrici coinvolte debbano essere applicate in termini cumulativi e quando, invece, la legge di una società, partecipante alla fusione, venga esclusivamente in considerazione, concetto ribadito anche in *Spunti* cit., p. 1102.

⁷²⁵ Così v. T. BALLARINO *La società per azioni* cit., pp. 116-117, C. AZZOLINI, R. LUZZATTO, *Società* cit., pp. 154-155.

fusione o sui divieti di fusione tra enti aventi una particolare forma societaria; con riferimento a questi aspetti andranno applicate cumulativamente le disposizioni della *lex societatis* di ciascuna società coinvolta, con il risultato che si applicherà quanto prescritto dalla legge più rigorosa in materia.⁷²⁶

Un diverso orientamento rimarca l'esigenza di un'analisi teleologica sulle disposizioni relative alla fusione al fine di distinguere i casi in cui si richiede un'applicazione distributiva delle leggi degli Stati interessati da quella in cui invece si impone il cumulo. Secondo tale orientamento, la divisione aprioristica tra norme che regolano comportamenti comuni o relazioni tra le società partecipanti alla fusione, rispetto alle quali le leggi degli Stati coinvolti troverebbero applicazione cumulativa, e prescrizioni "autosufficienti" che imporrebbero un'applicazione distributiva delle leggi in presenza, non è possibile e occorre invece seguire un procedimento più complesso di ricostruzione della *ratio* di ciascuna norma materiale e individuazione degli interessi protetti, per verificare se, ciò considerato, essa voglia effettivamente applicarsi anche agli aspetti della fattispecie che presentino elementi di estraneità. Tale analisi andrebbe condotta per ciascuna delle leggi in presenza.⁷²⁷

Una volta distinte le competenze delle leggi in presenza, sarà necessario verificare la conciliabilità. *Nulla quaestio* nel caso in cui le disposizioni materiali delle leggi in concorso siano coincidenti o integrabili. Più complessa si dimostra l'ipotesi in cui il diritto degli Stati coinvolti contenga discipline differenti. In tale ipotesi, prima di escludere l'efficacia (attuabilità o riconoscibilità) di una fusione internazionale ai sensi dell'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995 occorrerà verificare se davvero i diversi precetti si traducano in valutazioni confliggenti non superabili tramite l'utilizzo di tecniche internazionalprivatistiche volte a contemperare le diverse leggi in presenza. In particolare, laddove il medesimo interesse protetto da una *lex societatis* possa essere soddisfatto con strumenti differenti ma equivalenti così come nel caso della previsione da parte delle *leges societatis* interessate di requisiti diversi ma graduabili, si è di fronte ad un falso conflitto di leggi. Ancora, è possibile che un

⁷²⁶ Ciò non implicherebbe tuttavia che tutte le prescrizioni relative agli atti di fusione debbano essere applicate cumulativamente. *Amplius* sul punto v. T. BALLARINO *La società per azioni* cit., p.117.

⁷²⁷ Di questo parere v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 374 (ss. per un'esemplificazione del procedimento ermeneutico suggerito dall'A.) e IDEM, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss., spec. pp. 100-101.

autentico conflitto di leggi possa essere superato mediante l'adattamento delle disposizioni in conflitto giustificato dalla particolare natura internazionale della fattispecie (ciò, ad esempio, quando vi sia spazio per l'autonomia negoziale). Infine, solo se proprio non sia possibile ricondurre ad unità le differenti discipline nazionali, si deve concludere per l'irrealizzabilità della fusione internazionale.⁷²⁸

1.2. *La fusione internazionale: profili sostanziali.*

L'ordinamento italiano non ha mai conosciuto una disciplina della fusione internazionale fino ad anni recentissimi, né del resto poneva un esplicito divieto a tale istituto. L'assenza di norme espresse tuttavia non impediva di ricavare per via interpretativa l'ammissibilità della fusione tra società regolate dal diritto italiano e società soggette al diritto di altri paesi (anche prima che intervenisse l'implicita conferma costituita dall'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995), sia che la società italiana fosse l'incorporante sia che fosse l'incorporata.⁷²⁹

Secondo un particolare orientamento si sarebbe dovuto però applicare all'istituto della fusione internazionale la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, nel senso che la fusione di una società soggetta al diritto italiano con una società regolata dalla legge di un altro Stato sarebbe stata possibile solo ove, nel caso reciproco, il diritto di detto Stato avesse consentito la fusione della società retta dal suo diritto con una società italiana. Tale tesi fu ritenuta da altra dottrina poco convincente, soprattutto per via della difficoltà di qualificare la possibilità di procedere alla fusione alla stregua di uno

⁷²⁸ Per questi rilievi v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni* cit., e già *Art. 25* cit., p. 1142.

⁷²⁹ Sul punto v. M. P. GUERRA, *Les fusions des sociétés en droit italien*, in *Rapports au Colloque international de droit européen*, Bruxelles, 1962, p. 95 ss., spec. p. 99, A. SANTA MARIA, *La fusione di società soggette a leggi regolatrici diverse sul progetto preliminare di convenzione della Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 581 ss., p. 584, E. SIMONETTO, *Delle società, della trasformazione e della fusione*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja-Branca*, Bologna, 1971, p. 376 ss., R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 104, A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. III, Torino, 1985, p. 346 ss.

dei “diritti civili” sottoposti dal citato art. 16, disp. prel. c.c., alla condizione di reciprocità.⁷³⁰

Inoltre, secondo una tesi, peraltro non pacifica, in caso di fusione internazionale sarebbe stato applicabile, per analogia rispetto a quanto previsto dall’art. 2347 c.c., l’istituto del diritto di recesso ai soci non presenti o non consenzienti alla delibera assembleare di fusione.⁷³¹

1.3. *La fusione internazionale nella giurisprudenza italiana.*

La giurisprudenza italiana in materia di fusioni internazionali è piuttosto scarsa e contraddittoria. In proposito si segnalano due decreti, rispettivamente del Tribunale di Roma e della Corte d’appello di Roma, che nell’arco di pochi mesi giungono a conclusioni opposte in due casi molto simili di fusione per incorporazione di una società italiana in una società straniera. Il Tribunale di Roma rigetta il ricorso per l’omologazione della delibera assembleare di approvazione del progetto di fusione per incorporazione di una società a responsabilità limitata italiana in una società di capitali avente sede a Nassau (Bahamas) – e “domicilio fiscale” a Roma – sulla base della ritenuta contrarietà dell’atto costitutivo della società incorporante al diritto italiano e, quindi, dell’inosservanza della condizione posta dall’art. 25, c. 3, legge n. 218/1995, dal momento che l’oggetto sociale dell’incorporante prevedeva anche lo svolgimento di servizi finanziari, attività che, a norma del diritto italiano, dovrebbe essere autorizzata. Con un provvedimento di qualche anno successivo la Corte d’Appello di Roma accoglie il reclamo avverso il provvedimento di rigetto del ricorso per omologazione e ordina l’iscrizione della delibera di approvazione del progetto di fusione assunta dall’assemblea di una società italiana destinata ad essere incorporata ad una società a responsabilità limitata avente sede in Gran Bretagna, escludendo la competenza del giudice

⁷³⁰ A sostegno dell’applicabilità della condizione di reciprocità alla fusione internazionale v. A. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 9 ss. *Contra* A. SANTA MARIA, *La fusione* cit., p. 584, nota n. 14, R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 104.

⁷³¹ Sul punto v. A. SANTA MARIA, *La fusione* cit. pp. 584-585, R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 104. Per una critica a tale ricostruzione v. R. FRANCESCHELLI, *Fusione con trasferimento della sede all’estero e diritto di recesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 142 ss. In argomento v. inoltre B. DE COCCI, *Diritto di recesso per cambiamento dell’oggetto sociale e fusione per incorporazione*, in *Riv. dir. comm.le*, 1967, II, p. 38 ss.

dell'omologa ad esaminare la legittimità delle clausole dell'atto costitutivo della società straniera incorporante.⁷³²

Il provvedimento del Tribunale di Roma muove dall'assunto che l'atto costitutivo della società incorporante sia parte integrante del progetto di fusione ai sensi dell'art. 2501-bis, c.c. e da questo ricava la competenza del giudice dell'omologazione della delibera assembleare di approvazione del progetto di fusione a verificare la legittimità, alla luce del diritto italiano, dell'atto costitutivo di detta società incorporante anche nell'ipotesi in cui esso non sia stato modificato in sede di fusione. A ciò non osta, secondo il giudice, l'argomento tradizionalmente impiegato per confutare tale assunto di partenza e cioè che detto statuto avrebbe già superato un controllo omologatorio al momento dell'iscrizione, poiché, a detta del Tribunale, il sindacato del giudice dell'omologa del progetto di fusione non ha ad oggetto la legittimità dell'atto costitutivo dell'incorporante in quanto tale, bensì la legittimità della fusione, rispetto alla quale la legittimità di detto atto costituisce un presupposto. Questa stessa precisazione vale anche da escludere la rilevanza dell'eventuale inapplicabilità del diritto italiano alla società incorporante *ex art. 25, c. 1, legge n. 218/1995*. Anzi, in una simile prospettiva l'art. 25, c. 3, della citata legge "impone la valutazione in ordine alla compatibilità dell'atto costitutivo dell'incorporante – parte integrante del progetto di fusione – con le leggi degli Stati «interessati», quindi anche con quelle dello Stato italiano".⁷³³ La violazione delle norme italiane in materia di determinatezza dell'oggetto sociale nonché di svolgimento dell'attività finanziaria nei confronti del pubblico da parte di alcune clausole dell'atto costitutivo della società bahamense incorporante conducono così il Tribunale a rigettare l'istanza di omologazione della delibera di approvazione del progetto di fusione.

La decisione del Tribunale romano appare anzitutto viziata dall'inversione dell'ordine logico delle questioni che dovrebbero essere affrontate in relazione a fattispecie con elementi

⁷³² Trib. Roma, 12 novembre 1999 (decr.), *Empire Entertainment s.r.l.* e C. App. Roma, 28 marzo 2000 (decr.), ric. *Soc. Inko*, entrambe in *F.I.*, 2000, I, c. 2963 ss. con nota di A. FRANGINI, e anche in *Riv. notariato*, 2000, p. 1294 ss. con trascrizione del ricorso del notaio rogante alla C. App. Roma a seguire. Il decreto del Tribunale di Roma è altresì pubblicato in *Giur. it.*, 2001, II, p. 323 ss., con nota di S. LUONI; per un commento dell'anzidetto provvedimento v. F. C. VILLATA, *Spunti cit.*

⁷³³ Cfr. Trib. Roma, 12 novembre 1999 (decr.) *cit.*, c. 2969.

di estraneità.⁷³⁴ In essa, infatti, il giudice discute dell'applicazione della legge italiana all'atto costitutivo della società straniera incorporante la società italiana, senza aver affrontato la questione logicamente precedente e cioè quella della determinazione della legge applicabile alla fattispecie. La dottrina ha addebitato questo errore di prospettiva della giurisprudenza capitolina di primo grado alla mancata comprensione dei meccanismi internazionalprivatistici e, segnatamente, di quello di cui all'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995 che impone di ricostruire la *ratio* di ciascuna norma materiale in rilievo, individuandone gli interessi protetti e verificando se, al fine della loro tutela e a prescindere dal suo tenore letterale, essa "voglia" davvero applicarsi anche a elementi della fattispecie che presentano caratteri di estraneità.⁷³⁵

Una più attenta analisi sulla determinazione della legge applicabile alla fusione internazionale avrebbe dovuto indurre il Tribunale di Roma ad esaminare la questione del riparto della competenza delle diverse *leges societatis* in presenza a disciplinare la fattispecie e verificare ove fosse necessario applicarle distributivamente e ove cumulativamente. A proposito della fusione per incorporazione un certo orientamento ritiene che la società incorporante dovrebbe rispettare tutte le prescrizioni del proprio diritto per incorporare la società straniera, ma non sarebbe obbligata invece a tenere in considerazione le norme della legge dello Stato dell'incorporata volte a tutelare determinate categorie di azionisti.⁷³⁶ Sulla scorta di un'attenta analisi il giudice italiano avrebbe potuto concludere che la legittimità dell'atto costitutivo dell'incorporante straniera si risolve solo in base alla *lex societatis* richiamata dalle norme di cui all'art. 25, c. 1, e non riguarda certo la procedura di fusione. Altra poi sarebbe stata la questione dell'eventuale applicazione alla società risultante dalla fusione di norme italiane di applicazione necessaria nel caso in cui essa avesse esercitata o fosse stata destinata a esercitare una qualche attività in territorio italiano.⁷³⁷

Più corretta pare, dal punto di vista dell'interpretazione dell'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995 la ricostruzione effettuata dalla Corte d'appello romana che sembra dialogare

⁷³⁴ Così v. F. C. VILLATA, *Spunti cit.*, p. 79. Il giudice romano infatti discute dell'applicazione della legge italiana alla fattispecie in esame senza aver prima condotto alcuna indagine sulla legge ad essa applicabile.

⁷³⁵ Di questo parere v. M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni cit.*, p. 375, nota n. 24.

⁷³⁶ Così v. T. BALLARINO, *La società per azioni cit.*, p. 117. *Contra* Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international cit.*, p. 340.

⁷³⁷ Un esempio di norme di applicazione necessaria relative all'esercizio in Italia di attività particolari avrebbe potuto essere rappresentato dalle alcune delle disposizioni regolanti lo svolgimento dell'attività finanziaria nei confronti del pubblico

idealmente con il tribunale del medesimo distretto per confutarne l'assunto iniziale. Con il decreto in data 28 marzo 2000 detta Corte afferma che la legittimità dell'atto costitutivo della società incorporante non può essere considerata presupposto di legittimità della delibera di fusione e, di conseguenza, non può essere assoggettata al vaglio del giudice dell'omologazione e ciò sulla base di tre ragioni. I primi due argomenti sono tratti dal diritto sostanziale, e si sostanziano in primo luogo nel fatto che l'atto costitutivo della società incorporante ha già superato un controllo omologatorio in precedenza e secondariamente nell'assenza di previsioni del diritto societario che fondino, anche implicitamente, l'esigenza di un esame di legittimità su detto atto visto che la sua produzione ai sensi dell'art. 2501-*bis* c.c. (nella numerazione precedente alla riforma del diritto societario intervenuta nel 2003) è prevista a soli fini informativi.⁷³⁸

Il terzo motivo concerne invece il diritto internazionale privato. Secondo la Corte d'appello di Roma la norma di cui all'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995 significa che la fusione tra enti aventi sede in Stati diversi può realizzarsi solo se la fattispecie sia prevista dalle leggi regolatrici delle due società che procedono a fusione e se siano rispettati i principi di fusione di entrambe le leggi, specificando che "ai sensi dell'art. 25 l. 218/95, l'applicazione della normativa italiana e di quella inglese avverrà in forma distributiva, richiedendosi a ciascuna società di rispettare solo la legge che la regola, salvo il limite estremo del rispetto dei principi di ordine pubblico internazionale (art. 16 l. 218/95)".⁷³⁹ La statuizione della Corte sembra cogliere il senso della condizione di cui al terzo comma dell'art. 25, sebbene non paia tener conto della complessità della fattispecie e della necessità di separare i vari aspetti della

⁷³⁸ In proposito la Corte d'appello di Roma chiarisce che l'art. 2501-*bis*, c.c., (corrispondente all'attuale art. 2501-*ter*, c.c.), nello stabilire che l'atto di fusione l'atto costitutivo della società risultante dalla fusione o incorporazione debba risultare in ogni caso, nel progetto di fusione redatto dagli amministratori delle società partecipanti, mira soltanto a fornire all'assemblea di ciascuna società partecipante la massima informazione possibile in vista della delibera di approvazione del succitato progetto, considerata l'incidenza di questa sui diritti dei soci. È interessante notare il rilievo della Corte sul fatto che una diversa interpretazione della disposizione succitata in casi di fusione transfrontaliera tra società "appartenenti" alla Comunità europea (come quello di specie, concernente una società italiana e una inglese) sarebbe incompatibile con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12, CE, (attuale art. 18, TFUE) e più in generale con l'esigenza di realizzare il più ampio contemperamento possibile tra tutte le *leges societatis* al fine di salvaguardare l'effetto utile della fusione, esigenza espressa chiaramente dalla direttiva 78/855/CEE e particolarmente forte visto il coinvolgimento nel caso di specie di una società avente sede in Gran Bretagna e ivi destinata ad operare. Simili profili di incompatibilità del controllo di conformità al diritto italiano dell'atto costitutivo dell'incorporante sono sollevati già dal notario rogante nel ricorso alla Corte d'appello di Roma: cfr. *Riv. notariato*, 1997, pp. 1299-1300.

⁷³⁹ Cfr. C. App. Roma, 28 marzo 2000 (decr.), *cit.*, c. 2967 e s.

medesima tra quelli rispetto ai quali è richiesta un'applicazione distributiva delle leggi in presenza e quelli ai quali si impone un'applicazione cumulativa delle stesse.⁷⁴⁰

2. *La fusione internazionale nell'esperienza di altri ordinamenti giuridici e le differenti valutazioni.*

Le valutazioni degli ordinamenti giuridici degli Stati membri in punto di fusione internazionale sono sempre state, fino ad anni recenti, molto variegate, spaziando dal divieto ad una scarsa regolamentazione, passando spesso attraverso l'ignoranza dell'istituto, anche a livello interno. Fino agli settanta del secolo scorso nessuno degli Stati membri presentava nel suo ordinamento giuridico una norma di conflitto dedicata alle fusioni internazionali, con la conseguenza che queste risultavano pressochè impossibili.⁷⁴¹ Peraltro, anche negli ordinamenti che conoscevano l'istituto, notevoli erano le differenze nella disciplina materiale dello stesso.⁷⁴²

2.1. *Gli ordinamenti avversi alla fusione internazionale.*

Molti ordinamenti giuridici vietavano le fusioni c.d. internazionali. Questo era, ad esempio, l'atteggiamento dominante in Germania e, pare, anche in Belgio.⁷⁴³ Il diritto tedesco, in particolare, impediva la fusione di società soggette al diritto tedesco con società

⁷⁴⁰ Più precisa pare invece la ricostruzione sul punto operata dal notaio rogante nel ricorso presso la Corte d'appello: cfr. *Riv. notariato*, 1997, p. 1299, il quale ricostruisce puntualmente l'orientamento dottrinale che distingue in relazione alla tipologia di norme le ipotesi di applicazione cumulativa da quelle di applicazione distributiva delle *leges societatis* delle società che si vanno fondendo.

⁷⁴¹ Sul punto v. A. SANTA MARIA, *La fusione* cit., p. 582 e la bibliografia ivi citata nella nota n. 6.

⁷⁴² Per un'esemplificazione delle differenze della disciplina materiale, ove presente, v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 105.

⁷⁴³ Sul punto v. G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1967, p. 1 ss., spec. p. 4.

regolate dalla legge di altri Stati, a prescindere dal fatto che la società tedesca fosse l'incorporante o l'incorporata. Più precisamente, la fusione (*Verschmelzung*) poteva avvenire solo tra società aventi sede in Germania. Da questa norma la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ricavano il divieto di fusioni transfrontaliere. In particolare, applicando la *Sitztheorie* le fusioni transfrontaliere c.d. "in uscita", quelle cioè in cui la società nazionale si fondeva con una società di un altro Stato, cessando di esistere come soggetto giuridico nel paese d'origine, erano considerate alla stregua di una delibera di trasferimento della sede sociale con la conseguenza della liquidazione della società interessata.⁷⁴⁴

Quanto all'ordinamento belga, esso non conteneva alcuna disposizione riguardante le fusioni transfrontaliere o il trasferimento della sede sociale all'estero e accoglieva la *Sitztheorie*. Ciò induceva la dottrina a considerare il trasferimento della sede sociale all'estero come un'ipotesi di scioglimento della società, ad esso equiparando la fusione per incorporazione di una società belga da parte di una società straniera.⁷⁴⁵

In Austria sia il diritto tributario, sia il diritto commerciale consideravano impossibili le fusioni transfrontaliere.⁷⁴⁶ Similmente accadeva in Svezia, dove le norme di diritto commerciale non ammettevano il trasferimento della sede sociale all'estero e le disposizioni fiscali consideravano la fusione con trasferimento della sede all'estero alla stregua di una forma di liquidazione, tassandola sulla base del valore di mercato delle attività conferite.⁷⁴⁷

Il diritto lussemburghese conosceva l'istituto della fusione (interna) previsto dalle legge sulle società commerciali del 1915 ma riservato alle sole *sociétés anonymes* di diritto lussemburghese. Parte della dottrina tuttavia considerava possibile la fusione per incorporazione di una società straniera da parte di una società lussemburghese a condizione che il diritto regolatore della società incorporata consentisse l'estinzione senza liquidazione di

⁷⁴⁴ In argomento v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 103. La normativa tedesca sulle fusioni (interne) contenuta dal 1994 nel *Umwandlungsgesetz* (legge sulle operazioni straordinarie in materia societaria) sarà all'origine del caso *SEVIC* sottoposto alla Corte di giustizia nel 2003: per ulteriori riferimenti v. *infra* par. 3.5.

⁷⁴⁵ In argomento v. G. KLEYNEN, *Les incidences comptables et fiscales des fusions sans liquidation*, in *Journal de droit fiscal*, 1993, p. 275 ss.

⁷⁴⁶ Sul punto v. A. PRETO, C. DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2006, p. 234 ss., spec. p. 237.

⁷⁴⁷ Sul punto v. PRETO, C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 237, spec. nota n. 8.

detta società nonché il trasferimento dell'intero patrimonio all'incorporante.⁷⁴⁸

Vi sono poi ordinamenti che tradizionalmente non conoscevano affatto l'istituto della fusione, quali Paesi Bassi, Irlanda e Regno Unito.⁷⁴⁹

2.2. *Gli ordinamenti non avversi o favorevoli alla fusione internazionale.*

Altri ordinamenti europei si mostravano più favorevoli alla fusione internazionale, sebbene è difficile trovare un paese in cui tale istituto fosse disciplinato in maniera completa. In Francia, ad esempio, si riscontrava un tendenziale favore nei confronti delle fusioni internazionali, sebbene tale tendenza convivesse con una diversa tesi che ammetteva la fusione internazionale solamente nel caso in cui una società retta dal diritto francese avesse incorporato una società straniera, mentre escludeva il caso inverso e cioè quello di una società francese assorbita da una società straniera.⁷⁵⁰

L'ordinamento danese poi ammetteva le fusioni transfrontaliere subordinatamente all'ottenimento del benessere del *Central Assessment Board*. Inoltre, esso consentiva ad una società di diritto danese di incorporare una società straniera mediante semplice aumento di capitale.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ Le fusioni interne erano regolate dall'art. 274 della legge 10 agosto 1915 sulle società commerciali e limitate, ai sensi dell'art. 257 della medesima legge, alle sole *sociétés anonymes*. In argomento v. G. CERVINO, *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede dell'impresa. Profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione europea. L'esempio Granducato di Lussemburgo – Italia*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1873 ss., spec. p. 1880 ss., PRETO, C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 239 e s.

⁷⁴⁹ Così v. A. PRETO, C. DESOGUS, *op. cit.*, pp. 237, 241 e anche p. 242 (quest'ultima sulle fattispecie analoghe alla fusione esistenti nel Regno Unito e impiegate nel corso del tempo per aggirare la lacuna normativa). Con riferimento ai Paesi Bassi v. inoltre H. GESELL, P. RIEMER, "Outbound" *Cross-border Mergers Protected by Freedom of Establishment*, in *ECFR*, 2007, p. 308 ss., spec. p. 309 e s.

⁷⁵⁰ V. già G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés* cit. p. 4.

⁷⁵¹ Sul punto v. A. PRETO, C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 240.

3. *La fusione transfrontaliera nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Sarebbero incompatibili con la libertà di stabilimento garantita alle società “europee” dal Trattato di Roma le legislazioni nazionali che vietassero o addirittura non contemplassero la fusione transfrontaliera⁷⁵² e, ugualmente, sarebbe contrario a detta libertà che la fusione tra società soggette al diritto di due o più Stati membri differenti fosse soggetta a condizioni più stringenti/restrittive di quelle prescritte per le fusioni interne.⁷⁵³

La fusione transfrontaliera è stato oggetto di riflessione sin dagli albori delle Comunità economica europea. Detta fattispecie è stata considerata in una duplice prospettiva. Da un lato la fusione transfrontaliera rappresenta un mezzo per consentire alle imprese europee di accrescere le proprie dimensioni e, di conseguenza, la propria competitività, sia nel mercato interno, sia nei confronti delle società di paesi terzi, con il limite imposto dalla normativa antitrust nei casi di eccessiva concentrazione. Dall'altro lato, la fusione transfrontaliera costituisce espressione di una delle molteplici modalità di esercizio della libertà di stabilimento.

A dispetto della significativa attenzione ricevuta sin dagli esordi dell'esperienza di integrazione europea e i progetti di adozione di una disciplina comune, la fusione transfrontaliera è stata oggetto di una normativa uniforme a livello europeo solo nel 2005. Fino agli anni duemila, le fusioni internazionali tra società soggette al diritto di più d'uno Stato membro risultavano praticamente impossibili. Come si è appena illustrato, seppure brevemente, una serie di ostacoli ne impediva la realizzazione. Ciononostante, alcuni interventi da parte delle istituzioni europee hanno contribuito a migliorare il contesto e facilitare l'introduzione di una normativa minima armonizzata in materia di fusioni transfrontaliere.

⁷⁵² Così M. V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 383.

⁷⁵³ Così G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés* cit., p. 12. Nello stesso senso v. anche T. BALLARINO, *La società per azioni* cit., p. 114-115.

3.1. *La fusione transfrontaliera nell'Unione europea: l'ispirazione del progetto di convenzione sulla fusione internazionale di società per azioni.*

Il valore della fusione come strumento di concentrazione della forza economica di più società per favorire il progresso economico è riconosciuto da tempo. Quando poi si tratti di fusione c.d. internazionale e cioè coinvolgente società soggette al diritto di Stati diversi il beneficio economico che ne deriva si estende a ciascuno dei paesi coinvolti. L'attenzione degli estensori del Trattato di Roma per siffatta operazione come strumento di ristrutturazione e di concentrazione societaria transfrontaliera è dimostrata dalla previsione di cui all'art. 220, terzo trattino, CEE (poi divenuto l'art. 293, terzo trattino, CE e, infine, abrogato dal Trattato di Lisbona del 2007).⁷⁵⁴ Detta norma disponeva in capo agli Stati membri l'obbligo di avviare, per quanto occorresse, negoziati intesi a garantire a favore dei loro cittadini, oltre al reciproco riconoscimento delle società ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento e al mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese ad un altro, proprio la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali differenti.

Sul fondamento di quella disposizione nel 1965 la Commissione delle Comunità europee avviò i lavori che condussero nel 1972 ad un *Progetto di convenzione sulla "fusione internazionale" di società per azioni*, presentato l'anno successivo.⁷⁵⁵ Va segnalato in proposito che la Commissione si mostrava in quegli anni (ma lo farà anche in seguito, sino ai giorni nostri) particolarmente favorevole ad incentivare le concentrazioni, da intendersi in senso economico, tra imprese.⁷⁵⁶ Sin dal 1965 essa sottolineò l'esigenza che le imprese

⁷⁵⁴ *Amplius* sul significato e sul valore della disposizione di cui all'art. 220, quarto trattino, CEE (poi art 293, quarto trattino, CE) v. *supra* cap. III, par. 4.1.

⁷⁵⁵ Per il testo del progetto di convenzione, accompagnato dalla *Relazione* di B. Goldman, v. C. E. Bollettino, Suppl. n. 13/73; il testo del progetto è pubblicato in *Riv. soc.*, 1973, p. 978 ss. In realtà la Commissione delle Comunità europee aveva elaborato un progetto preliminare di convenzione sulle "fusioni internazionali" già nel 1967: sul punto v. A. SANTA MARIA, *La fusione di società soggette a leggi regolatrici diverse nel progetto preliminare di convenzione della Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 581 ss.

⁷⁵⁶ Sul punto v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 102, secondo il quale il riferimento delle istituzioni europee, particolarmente della Commissione, alla "concentrazione" costituisce allusione al fenomeno economico che consiste nell'integrazione fra imprese dal punto di vista, appunto, economico; sul piano giuridico si distinguono poi una serie di strumenti, tra cui la fusione, per realizzare detta "concentrazione". In argomento v. anche Y. LOUSSOUARN, *La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1974, p. 235 ss., spec. p. 239-240, il quale individua una pluralità di tecniche di concentrazione, suddivisibili in tre categorie, ossia istituzionali (es. fusione e società europea), finanziarie (acquisto di partecipazioni e del controllo) e contrattuali.

europee si adattassero al più ampio contesto del mercato comune, indicando quale mezzo per raggiungere tale risultato la fusione con altre imprese, accanto alla crescita dall'interno.⁷⁵⁷ Il presupposto di tale spinta verso la concentrazione risiedeva nella convinzione che se le imprese europee avessero aumentato le loro dimensioni sarebbero state più competitive sia nel mercato comune sia nei confronti delle imprese di paesi terzi, primi tra tutti gli Stati Uniti.⁷⁵⁸

Quanto al progetto di convenzione, si tratta di un testo molto articolato dedicato in primo luogo alla definizione dell'ambito di applicazione del testo e successivamente ai singoli aspetti dell'operazione di fusione, segnatamente il procedimento, la pubblicità degli atti relativi allo stesso, gli effetti della fusione nonché la responsabilità e nullità conseguenti, seguiti dalle disposizioni generali e finali. Il testo del 1972 non racchiudeva una disciplina uniforme completa, esaustiva cioè, nel suo ambito di applicazione, dei problemi in causa; esso presentava piuttosto due anime. Da un lato conteneva norme uniformi di carattere sostanziale regolanti alcune delle questioni in rilievo, dall'altro presentava, specie sui problemi più delicati, norme di conflitto uniformi, solo deputate (per loro natura) a individuare, tra quelle degli Stati membri della Comunità, la legge applicabile agli aspetti di volta in volta in rilievo.

Il progetto di convenzione elaborato dalla Commissione sanciva l'ammissibilità in via generale della fusione tra società soggette a leggi di Stati diversi. Dei numerosi problemi sollevati dalle fusioni internazionali, esso toccava i soli aspetti di diritto societario. Esclusi dal

⁷⁵⁷ Cfr. anzitutto Commissione delle Comunità europee *Memorandum sulle concentrazioni* del 1/12/1965, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1182 ss. Si tratta di una comunicazione, inviata suo tempo agli Stati membri, in cui la Commissione esaminava in modo approfondito alcuni problemi connessi all'esigenza di favorire la concentrazione delle imprese nel mercato comune. Sul tema v. M. IANNUZZI, *Spunti di riflessione per il legislatore societario italiano nel memorandum della Comunità europea sulle concentrazioni*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1023 ss., F. FENGI, A. SANTA MARIA (a cura di), *La riforma delle società di capitali in Italia, Studi e dibattiti, Atti del convegno internazionale di studio sulla riforma delle società per azioni*, vol. II, Milano, 1968, p. 879 ss. Nel medesimo senso v. anche il *Rapporto del gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 699 ss., spec. p. 700, preceduto dal contributo di G. DE GENNARO, *Studi per la creazione della società commerciale "europea"*, idibem, p. 689 ss., nonché il *Memorandum* della Commissione delle Comunità europee *Politica industriale della Comunità* e la comunicazione della Commissione relativa al programma di politica industriale e tecnologia del 3 maggio 1973.

⁷⁵⁸ Per una critica al presupposto fondante l'iniziativa convenzionale v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., pp. 113-114, secondo il quale il livello di integrazione dei mercati non era ancora sufficiente a rendere indispensabile il ricorso allo strumento della fusione internazionale. Per una linea di pensiero apparentemente simile v. G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion* cit., p. 21, il quale afferma l'opportunità di un coordinamento tra le legislazioni nazionali sulla base dell'allora art. 54, par. 3, lett. g), CEE – attuale art. 50, par. 2, lett. g), TFUE – prima delle negoziazioni previste dall'art. 220, terzo trattino, CEE. Sul punto v. anche Y. LOUSSOUARN, *La concentration* cit., pp. 236-237, il quale rileva una tendenza del commercio internazionale, avviata un secolo prima e ulteriormente stimolata dall'avvento delle Comunità europee, alla crescita delle dimensioni delle imprese e, con riferimento agli Stati Uniti, parla di una "véritable course au gigantisme", affermando la necessità che il diritto fornisca strumenti adeguati alle esigenze economiche.

suo ambito di applicazione *ratione materiae* erano, infatti, le questioni fiscali nonché il tema della tutela dei dipendenti delle società soggette a fusione internazionale e della partecipazione dei lavoratori alla gestione della società, la c.d. cogestione prescritta dal diritto tedesco e quasi del tutto assente negli ordinamenti degli altri Stati membri, già responsabile di molte lungaggini e pause nei lavori relativi soprattutto alla XIV direttiva e allo statuto di SE. Il problema fiscale fu pure considerato ma la sua soluzione venne rinviata ad altri lavori realizzati sempre nell'ambito della Commissione poiché la sede del progetto sulle fusioni internazionali fu giudicata sede inadatta.

I redattori intesero applicare la disciplina convenzionale alle sole società per azioni o tipi equivalenti. Non tutte le società per azioni però ricadevano nell'ambito di applicazione *rationae personae* del progetto. Individuato il tipo, venne fatta un'ulteriore selezione delle società per azioni coperte dalla futura disciplina convenzionale rispetto al collegamento che tali società presentavano con il territorio, l'ordinamento giuridico e la vita economica degli Stati membri della Comunità. Da questo punto di vista l'ambito di applicazione personale della convenzione sulle fusioni internazionali, come delineato dal progetto del 1972, fu legato a quello della Convenzione del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, e cioè sarebbero state ammesse a realizzare una fusione internazionale sottoposta alla disciplina convenzionale le società ammesse al riconoscimento nell'ambito dell'allora Comunità economica europea in base alla Convenzione del 1968.⁷⁵⁹ Ciò stava a significare che rientravano nell'ambito di applicazione del progetto di convenzione sulle fusioni internazionali le società costituite in virtù della legge di uno degli Stati membri che avessero la loro sede statutaria entro il territorio del medesimo Stato. In questo modo, tuttavia, si creava un problema di non facile soluzione in caso di riserve apposte alla Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento ai sensi dell'art. 3 di detto testo convenzionale. Da un lato, nell'ipotesi in cui una delle società partecipanti alla fusione non fosse stata riconosciuta in uno Stato contraente o in conseguenza di una riserva apposta da detto Stato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 o per contrarietà all'ordine pubblico del medesimo, la convenzione sulla fusione non si sarebbe applicata

⁷⁵⁹ V. *supra* cap. I, par. 1.3.2.

qualora una delle società partecipanti o la risultante avesse avuto la sede nel territorio di detto Stato. Dall'altro lato, nel caso in cui invece nessuna delle società partecipanti alla fusione né la nuova società da essa risultante avessero avuto sede sul territorio dello Stato autore della riserva, la fusione sarebbe stata ammessa, senza essere però riconosciuta sul territorio del medesimo.⁷⁶⁰

Quanto al procedimento di fusione, occorre precisare che sul punto molte differenze segnavano, all'epoca, il diritto degli Stati membri, specialmente con riguardo al rapporto tra contratto di fusione e deliberazione della fusione da parte degli organi societari a ciò competenti. Vi erano, infatti, ordinamenti giuridici quali quello italiano in cui la delibera assembleare precedeva il contratto di fusione e altri, come quello tedesco, che prescrivevano la conclusione del contratto di fusione prima che l'assemblea dei soci fosse chiamata a decidere sulla stessa. La soluzione convenzionale rappresentava un compromesso tra le due posizioni e faceva salvi tutti i punti di vista. La convenzione stabiliva infatti norme minime uniformi sulla procedura di fusione che imponevano agli organi societari competenti di redigere un progetto di fusione a contenuto obbligato in modo da fornire adeguate informazioni ai soci e al pubblico e di pubblicarlo secondo le formalità prescritte dalle norme della convenzione.⁷⁶¹ Solo dopo il decorso di un termine prestabilito il progetto di fusione poteva essere sottoposto al voto dell'assemblea dei soci. A questo punto, se gli ordinamenti coinvolti richiedevano solo un contratto precedente la delibera societaria, detta condizione sarebbe stata soddisfatta dal solo progetto di fusione già predisposto e sottoposto a decisione dell'assemblea dei soci. Diversamente, laddove fosse stato coinvolto un paese che esigeva invece un contratto successivo alla delibera di fusione, avrebbe dovuto essere stipulato un ulteriore atto di fusione per assolvere agli obblighi da esso previsti.

Similmente fu risolta la questione della tutela dei creditori della società, ammettendo sia i sistemi che prevedevano una possibilità di intervento dei creditori nel periodo

⁷⁶⁰ Sul punto *amplius* v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 109. A proposito della possibilità, ammessa dall'art. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, di apporre riserve a detto testo v. *supra* nota n. 772.

⁷⁶¹ Gli artt. 8-12 del progetto di Convenzione sulla fusione internazionale delle società per azioni contengono una disciplina dettagliata del contenuto obbligatorio del progetto di fusione, nonché dei documenti e delle relazioni da produrre unitamente al suddetto progetto. Inoltre, i successivi artt. 13-15 si occupano di regolare la pubblicità di siffatta documentazione e i diritti di informazione dei soci.

antecedente alla deliberazione della fusione sia quelli che consentivano ai creditori sociali di intervenire a proposito della decisione sulla fusione internazionale solo in un momento successivo alla delibera assembleare.⁷⁶² Tra le tante norme che regolano altri aspetti sostanziali si segnalano quelle, pure frammentarie (in quanto la soluzione finale, improntata al principio della successione universale, è rimessa alla decisione del Consiglio), relative alla sorte dei contratti di lavoro esistenti prima della fusione. Un'altra interessante disposizione prevede poi l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza a pronunciarsi sull'interpretazione della convenzione stessa.⁷⁶³

3.2. L'avvicinamento alla disciplina delle fusioni transfrontaliere: la nozione di "fusione" e i principi fissati dalla disciplina armonizzata delle fusioni interne.

Le istituzioni europee in generale, e la Commissione europea in particolare, dimostrano da sempre un *favor* verso gli strumenti di concentrazione delle imprese, e segnatamente verso la fusione, unico strumento che consente di realizzare la concentrazione in modo pieno, sia dal punto di vista economico, sia da quello giuridico giacché i patrimoni delle società coinvolte sono ricondotti ad unità in un'unica struttura, senza passare per lo scioglimento delle medesime.⁷⁶⁴ Un simile apprezzamento è dimostrato dalla proposizione e adozione, nel corso degli anni, di diversi strumenti normativi volti ad avvicinare gli ordinamenti degli Stati membri sotto diversi profili, ma sempre in tema di fusione. Tali interventi hanno contribuito a creare le migliori condizioni per l'adozione della decima

⁷⁶² La questione della tutela dei creditori è regolata in maniera piuttosto complessa dagli artt. 18-22 del progetto di convenzione a causa della difficoltà di giungere a un compromesso tra le differenti legislazioni degli Stati membri (tra di esse, ad esempio alcune prevedevano per i creditori il diritto di opporsi alla fusione con conseguenze diverse in ciascun ordinamento, altre imponevano invece alla società incorporante, in caso di fusione per incorporazione, di amministrare separatamente il patrimonio dell'incorporata fino a soddisfazione dei creditori, altre ancora introducevano il diritto dei creditori di bloccare l'efficacia della fusione fino all'ottenimento di apposite garanzie). Per un'esemplificazione delle differenti modalità di tutela dei creditori rispetto alle fusioni v. G. BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion* cit., p. 16, R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 111.

⁷⁶³ Cfr. art. 57 del progetto di convenzione. Si ricorda inoltre una sorta di ricorso nell'interesse della legge prescritto dall'art. 60, a norma del quale il procuratore generale presso la Corte di Cassazione di ciascuno Stato membro avrebbe potuto effettuare un rinvio alla Corte di giustizia in caso di interpretazioni divergenti su una stessa norma del testo convenzionale.

⁷⁶⁴ Sul punto v. Y. LOUSSOUARN, *La concentration* cit., p. 240, ove l'A. mette in luce la predilezione delle istituzioni europee per la fusione quale tecnica per la concentrazione delle imprese rispetto alle tante altre disponibili.

direttiva che, come si vedrà, poggia in grande misura su questi precedenti. In questo senso il primo e fondamentale passo è rappresentato dalla *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*, oggi abrogata e sostituita dalla più recente *Direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni*.⁷⁶⁵

Come si è cercato di mettere in luce in precedenza, all'interno di un panorama assai variegato vi erano all'epoca alcuni Stati che neppure conoscevano l'istituto della fusione e il primo merito della terza direttiva è proprio quello di aver introdotto e regolato in tutti gli ordinamenti degli Stati membri l'istituto della fusione. Sebbene l'ambito di applicazione della III direttiva sia limitato alle sole società per azioni, essa conteneva una definizione di fusione, che verrà poi ripresa e modificata nella decima direttiva. In particolare essa distingue due tipi di fusione, la "fusione mediante incorporazione" e la "fusione mediante costituzione di una nuova società". La prima è l'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della società incorporante. La seconda corrisponde all'operazione con la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della società incorporante.⁷⁶⁶

Fa parte dell'eredità della III direttiva anche la concezione della fusione come un procedimento complesso a formazione progressiva, articolato in varie fasi miranti a realizzare il massimo grado di informazione e di trasparenza dell'operazione.⁷⁶⁷ Le operazioni di fusione

⁷⁶⁵ Direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni, in *G.U.U.E.* L 110 del 29/4/2011, p. 1 ss.

⁷⁶⁶ Cfr. artt. 3 e 4, direttiva 78/855/CEE. In entrambi i casi di fusione si ammette, oltre all'assegnazione ai soci delle società che partecipano alla fusione di azioni della risultante (sia essa l'incorporante o una società di nuova costituzione) l'eventuale attribuzione di un conguaglio in denaro non superiore al 10 % del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile.

⁷⁶⁷ In generale la terza direttiva si propone di fornire un'informazione adeguata e quanto più obiettiva possibile agli azionisti e di tutelare i loro diritti, proteggere i creditori e gli obbligazionisti, disporre adeguate forme di pubblicità a tutela dei terzi e garantire la certezza dei rapporti giuridici tra le società partecipanti: cfr. considerando nn. 3-4, 6-9. Sul punto v. anche T. BALLARINO, *Le direttive comunitarie* cit., pp. 27-28.

debbono essere fondate su un progetto di fusione il cui contenuto minimo è indicato dalla direttiva stessa (tra le menzioni obbligatorie figurano le informazioni relative alle società partecipanti alla fusione, il rapporto di cambio delle azioni, le modalità di assegnazione delle azioni, etc.). Il progetto deve poi essere messo a disposizione degli azionisti, unitamente agli altri documenti richiesti, affinché essi possano essere debitamente informati, e deve altresì essere controllato da uno o più esperti indipendenti. Gli organi di amministrazione o gestione della società devono redigere una relazione particolareggiata che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione. L'assemblea generale di ciascuna società coinvolta deve quindi approvare la fusione, generalmente a maggioranza qualificata. Tutti gli atti sono soggetti a forme di pubblicità.

La direttiva indica gli effetti discendenti dalla fusione e disciplina il regime di nullità delle fusioni, limitandone i casi, fissando requisiti rigorosi e termini brevi per l'esercizio della relativa azione. Demanda invece alle legislazioni nazionali i sistemi di tutela degli interessi dei creditori e degli obbligazionisti e rinvia alle disposizioni della direttiva 77/187/CEE per la tutela dei diritti dei lavoratori di ciascuna delle società partecipanti alla fusione.

Il legislatore italiano ha recepito la terza, unitamente alla sesta, direttiva società tramite il Decreto legislativo 16 gennaio 1991, n. 22.⁷⁶⁸ Detto provvedimento ha sostituito alla scarna regolamentazione precedentemente inclusa nel codice civile (artt. 2501-2504, c.c.) una disciplina complessa e tendenzialmente completa contenuta allora negli artt. da 2501 a 2504-*sexies*, c.c., e oggi negli artt. da 2501 a 2505-*quater*, c.c. Con l'occasione il legislatore italiano è intervenuto anche su alcune questioni dibattute, disciplinando contestualmente (e non separatamente come avviene nella direttiva) entrambe le forme di fusione, "propria" e "per incorporazione".

⁷⁶⁸ Decreto legislativo 16 gennaio 1991, n. 22, Attuazione delle direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE in materia di fusioni e scissioni societarie, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69, in *G.U.R.I.* n. 19 del 23/1/1991, in vigore dal 9 febbraio 1991. La legge delega è pubblicata in *Società*, 1990, p. 704 ss., mentre la relazione allo schema di legge delegata può leggersi in *Riv. dir. comm.le*, 1990, I, 126, a seguire v. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione della direttiva C.E.E.*

3.3. (segue) Il principio della neutralità fiscale delle operazioni di ristrutturazione transfrontaliere.

Come messo in luce molti anni addietro da autorevole dottrina, la diversità delle legislazioni fiscali degli Stati membri dell'Unione europea costituisce un gravissimo ostacolo, forse quello di maggiore rilevanza pratica, alla realizzazione della fusione transfrontaliera.⁷⁶⁹ Per questo motivo l'adozione della *Direttiva n. 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi*,⁷⁷⁰ oggi abrogata e sostituita dalla *Direttiva 2009/133/CE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri*, costituisce un altro elemento significativo nel cammino di avvicinamento all'adozione della decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere.⁷⁷¹

Va segnalata subito una inversione di prospettiva. Normalmente l'ostacolo fiscale rileva nel momento in cui l'istituto è noto, amesso e disciplinato (espressamente o implicitamente) dagli ordinamenti degli Stati interessati che si dimostrino concordi o quanto meno compatibili tra loro, cioè a dire che laddove la fusione transfrontaliera non risulti possibile alla luce delle norme di diritto internazionale privato e di diritto sostanziale degli Stati coinvolti perde ogni senso l'eventuale discussione sui profili fiscali della fattispecie. Tuttavia, rispetto alla fusione tra società soggette alla legislazione di due o più Stati membri dell'Unione europea il rapporto è invertito. Essa ha ricevuto una disciplina fiscale prima che internazionalprivatistica e sostanziale. A tal proposito infatti la direttiva n. 90/434/CEE è stata

⁷⁶⁹ Sul punto v. per tutti R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., pp. 106-107.

⁷⁷⁰ Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi, in *G.U.C.E.* L 225 del 20/8/1990, p. 1 ss. La direttiva del 1990 è stata recepita in Italia mediante Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante attuazione della direttiva del Consiglio 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli altri scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, in *G.U.R.I.* n.9 del 13/1/1993.

⁷⁷¹ La Direttiva 90/434/CEE è stata più volte modificata e da ultimo abrogata dalla Direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, in *G.U.U.E.* L 310 del 25/11/2009, p. 34 ss.

definita *lex imperfecta* giacché, pur fornendo la possibilità di effettuare una fusione transfrontaliera dal punto di vista fiscale, non poteva essere applicata in assenza di una base normativa di diritto societario.⁷⁷²

La direttiva 90/434/CEE, che si applica, tra l'altro, alle fusioni, riguardanti società di due o più Stati membri, si informa in linea generale al principio della neutralità fiscale, secondo il quale detta operazione “non comporta alcuna imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi dell'attivo e di passivo conferiti e il loro valore fiscale”.⁷⁷³ Tuttavia, il principio non è assoluto. Due interessi si contrapponevano, da un lato la volontà di evitare l'imposizione all'atto di fusione, scissione e delle altre operazioni coperte dalla direttiva per scongiurne la penalizzazione rispetto alle medesime fattispecie interne, dall'altro l'esigenza di tutelare anche gli interessi dello Stato cui appartiene la società “in uscita” (conferente o acquisita), in altre parole non sottrarre a detto Stato definitivamente patrimonio imponibile.⁷⁷⁴ Di conseguenza, il principio della neutralità fiscale si applica a condizione che i componenti dell'azienda incorporata/conferente confluiscono in una stabile organizzazione dell'incorporante straniera situata nel medesimo Stato dell'incorporata.⁷⁷⁵

Per quanto qui interessa vale la pena di fare un paio di osservazioni circa l'ambito di applicazione della direttiva n. 90/434/CEE rispetto a quello che sarà della direttiva n. 2005/56/CE. Dal punto di vista oggettivo, la nozione di fusione considerata appare identica nelle due direttive (esse si applicano alla fusione in senso stretto, alla fusione per incorporazione e alla fusione di società interamente posseduta).⁷⁷⁶ In un'ottica soggettiva la direttiva del 1990 si applica a tutte le società di capitali (elencate in un allegato alla

⁷⁷² In argomento v. T. RØNFELDT, E. WERLAUFF, *Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Division, Directly Applicable under the EC Treaty's Freedom of Establishment*, in *Eur. Comp. Law*, 2006, p. 125 ss., in partic. p. 125.

⁷⁷³ Cfr. art. 1, e 4, par. 1, direttiva 90/434/CEE (art. 1, lett. a, e 4, par. 1, direttiva 2009/133/CE).

⁷⁷⁴ Cfr. considerando n. 4, direttiva 90/434/CEE (considerando n. 5, direttiva 2009/133/CE).

⁷⁷⁵ Sul tema v. V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009, p. 115 ss., D. STEVANATO, *Le riorganizzazioni internazionali di imprese*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 367 ss., spec. p. 372.

⁷⁷⁶ Cfr. art. 2, lett. a), direttiva 90/434/CEE (invariato nella direttiva 2009/133/CE) e art. 2, par. 2, direttiva 2005/56/CE.

medesima), comprese la SE e la SCE,⁷⁷⁷ mentre la decima direttiva concerne le sole società di capitali, escluse, per ovvi motivi, la SE e la SCE. Se su questo punto non si riscontra una differenza significativa, una divergenza più importante riguarda il carattere dell'internazionalità della fusione, che è diversamente definito ai fini della prima e della seconda. Per gli scopi della direttiva fiscale una fusione si considera internazionale quando ricorrono congiuntamente tre presupposti, ovvero che si tratti delle società incluse nell'allegato (società di capitali, nonché SE o SC), che esse abbiano il domicilio fiscale ai sensi della legge di uno Stato membro in detto Stato e non siano considerate ai sensi di una Convenzione sulla doppia imposizione come aventi il domicilio fiscale al di fuori dell'Unione europea e, infine, che siano assoggettate a una delle imposte indicate (la vecchia Irpeg per l'Italia).⁷⁷⁸ Di conseguenza, potrebbero ben ricadere nell'ambito di applicazione della direttiva n. 90/434/CEE e beneficiare della neutralità fiscale delle fusioni internazionali società che invece non sarebbero assoggettate alla direttiva 2005/567/CE, non essendo esse soggette alle leggi di Stati membri differenti.

3.4. *La fusione nello statuto della SE.*

Se le direttive 78/855/CEE e 90/434/CEE hanno predisposto le migliori condizioni per una disciplina europea delle fusioni transfrontaliere (la prima introducendo l'istituto della fusione negli ordinamenti di tutti gli Stati membri, la seconda addirittura anticipando la soluzione del problema fiscale), una prima occasione di realizzare la fusione transfrontaliera è stata fornita, a partire dall'8 ottobre 2004, dal regolamento n. 2157/2001 istitutivo della SE. Va precisato che detto regolamento non si occupa di disciplinare in modo compiuto qualsiasi fusione transfrontaliera che coinvolga una SE, ma soltanto le ipotesi di fusione volte alla costituzione di una SE. Gli artt. 17 ss. del citato regolamento si occupano infatti di una delle

⁷⁷⁷ Va segnalato l'ampliamento dell'ambito di applicazione, soggettivo e oggettivo, ad opera della direttiva 2009/133/CE che ha esteso le norme della direttiva alle SE e SCE e ai trasferimenti di sede da esse operati: cfr. artt. 1, lett. a) e 3, lett. a), direttiva 2009/133/CE.

⁷⁷⁸ Cfr. art. 3, direttiva 90/434/CEE. Nessun cambiamento è intervenuto a norma dell'art. 3 della direttiva 2009/133/CE.

quattro modalità di formazione di una SE, cioè a dire la costituzione mediante la fusione di due o più società per azioni, aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nel territorio dell'Unione europea, almeno due delle quali soggette alla legge di due Stati membri differenti. In particolare, l'art. 17 del regolamento citato, consente di effettuare una fusione internazionale propria da cui risulti una SE e anche una fusione internazionale per incorporazione, come previsto dalla direttiva n. 78/855/CEE cui si fa espresso rinvio.

La disciplina della costituzione della SE mediante fusione rappresenta un progresso giacché, fissando delle norme materiali uniformi in punto di fusione transfrontaliera, sottrae tali operazioni (sempre nei limiti in cui il regolamento del 2001 se ne occupa) al gioco delle norme nazionali che, si è cercato di illustrare, rendevano nella maggior parte dei casi impossibili le fusioni transfrontaliere.⁷⁷⁹ A tal proposito si è parlato di una contrapposizione tra la fusione "comunitaria" volta alla creazione di un SE, come tale sempre ammessa a partire dall'entrata in vigore del regolamento istitutivo della SE, e la fusione "transfrontaliera", invece affidata agli ordinamenti nazionali e perciò difficilmente realizzabile.⁷⁸⁰ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, questo significa che è esclusa la subordinazione delle fusioni finalizzate alla costituzione di una SE alla condizione fissata dall'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995, almeno entro i confini della disciplina uniforme imposta dal regolamento istitutivo della SE.

Se è vero che la disciplina della fusione contenuta nel regolamento n. 2157/2001 ha rappresentato la prima occasione, a livello dell'ordinamento europeo, di realizzare una fusione transfrontaliera, va precisato che essa non è strumento disponibile per qualsiasi operazione di tale tipo. Oltre alla necessaria funzionalizzazione rispetto alla creazione di una SE, va ricordato che tale disciplina è accessibile alle sole società per azioni, e non anche alle altre società di capitali, che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento citato.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ Di questo parere v. R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea* cit., p. 41

⁷⁸⁰ Così v. R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea* cit., p. 37, il quale mette peraltro in luce come, a fronte di tali differenze, sia la fusione "comunitaria" sia anche quella "transfrontaliera" fossero però soggette alla medesima normativa fiscale in virtù della direttiva 90/434/CE.

⁷⁸¹ Sul punto v. F. AMBROSIANI, *Società europea e fusione internazionale*, in U. DRAETTA, F. POCAR, *La società europea* cit., p. 61 ss., spec. p. 75, il quale contesta la limitazione della costituzione di SE mediante fusione alle sole società in virtù della sua contrarietà al *favor* normalmente mostrato dal legislatore europeo nei confronti delle società a responsabilità limitata, ammesse peraltro a costituire una SE mediante le altre modalità di costituzione.

Dal punto di vista dell'articolazione della disciplina delle fusioni transfrontaliere volte alla creazione di una SE è bene poi sottolineare che l'esistenza di norme uniformi non esclude però del tutto la rilevanza delle norme nazionali. Come già osservato nell'esaminare lo statuto della SE, è lo stesso regolamento a includere delle norme di conflitto che fanno espresso rinvio alle leggi degli Stati coinvolti nell'operazione. Il coordinamento delle leggi potenzialmente applicabili alla fusione transfrontaliera, tutte ugualmente competenti, in astratto, a regolare tale fattispecie, è effettuato dagli artt. 17 ss. del regolamento n. 2157/2001 in modo differente.

Anzitutto, in alcuni casi l'osservanza delle disposizioni degli Stati membri coinvolti è imposta cumulativamente. Così l'art 24 del regolamento (CE) n. 2157/2001 prevede l'applicazione della legge dello Stato membro cui è soggetta ciascuna delle società che si fondono per quanto riguarda la tutela degli interessi dei creditori, degli obbligazionisti e dei portatori di titoli diversi forniti di diritti speciali nelle società che partecipano all'operazione.⁷⁸² Un esempio già avanzato in dottrina è quello della fusione di una società italiana e di una società austriaca, nel qual caso si applicherebbero, in cumulo, sia i meccanismi di protezione perventiva prescritti dall'art. 2503 c.c. italiano sia quelli successivi disposti dal § 226 AktG.⁷⁸³ Similmente, l'art. 31 dispone che ai casi di fusione per incorporazione di società posseduta interamente o per quota pari o superiore al 90%, si applichino le disposizioni nazionali, cui è soggetta ognuna delle società partecipanti alla fusione e che disciplinando le fusioni delle società per azioni in conformità dell'art. 24 della direttiva n. 78/855/CEE. Si ritiene, infine, che debbano essere applicate cumulativamente anche le disposizioni della legge dello Stato della sede delle società partecipanti alla fusione

⁷⁸² La norma di cui all'art. 24, par. 1, regolamento (CE) n. 2157/2001 precisa che l'applicazione della legge degli Stati membri cui è soggetta ciascuna delle società ai profili menzionati deve avvenire "tenendo conto della natura transfrontaliera della fusione, per quanto concerne la tutela degli interessi". Secondo taluno l'inciso citato consentirebbe agli Stati membri di fissare, relativamente alla disciplina degli aspetti di cui la norma in questione si occupa, norme diverse da quelle normalmente applicate alle società per azioni ove esse siano giustificate in ragione del carattere transfrontaliero della fusione o siano destinate a garantire la tutela degli azionisti di minoranza pronunciatisi contro l'operazione: di tale opinione v. R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea* cit., p. 41. Diversamente, v. F. C. VILLATA, *Societas europaea cit.*, p. 929, secondo la quale tale discende dalla consapevolezza del legislatore europeo delle eventuali difficoltà di coordinamento derivanti dall'applicazione del dettato della disposizione di cui si tratta e dei possibili conflitti normativi da essa scaturiti.

⁷⁸³ Sul punto *amplius* v. F. AMBROSIANI, *op. cit.*, pp. 64-65. L'esempio è riportato anche da F. C. VILLATA, *Societas europaea cit.*, p. 929.

nei settori non regolati o solo parzialmente disciplinati dal regolamento.⁷⁸⁴

Viceversa, l'applicazione delle norme nazionali dovrebbe avere carattere distributivo in relazione ai controlli di legittimità sulla procedura di fusione prescritti dall'art. 25, regolati alle disposizioni vigenti in materia nello Stato membro in cui ciascuna società è soggetta,⁷⁸⁵ così come la pubblicità della fusione da effettuarsi, a norma dell'art. 28 del regolamento n. 2157/2001, secondo le modalità previste dalla legge di ciascuno Stato membro conformemente all'art. 3 della direttiva n. 68/151/CEE. Anche l'eventuale facoltà che uno Stato membro può, ai sensi dell'art. 19 del regolamento istitutivo della SE, concedere a un'autorità pubblica nazionale di presentare opposizione "per motivi di interesse pubblico" alla partecipazione di una società soggetta alla legge di detto Stato alla costituzione di una SE mediante fusione sarà regolata dal solo diritto del medesimo Stato.⁷⁸⁶

Si è osservato che in alcuni casi il regolamento risolve la questione del coordinamento tra le leggi in presenza imponendo la prevalenza di una sulle altre. Ad esempio, ai sensi dell'art. 25, par. 3, del regolamento laddove la legge di uno Stato membro che regola una soltanto delle società partecipanti alla fusione prescriva una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio delle azioni o una procedura di compensazione degli azionisti di minoranza, senza impedire l'iscrizione della fusione, tali procedure si applicano unicamente se, al momento dell'approvazione del progetto di fusione le altre società che si fondono, situate in Stati membri la cui legge non prevede siffatte procedure, accettano esplicitamente la possibilità per gli azionisti di tale società di far ricorso alle procedure summenzionate.

Rimangono escluse dalla disciplina contenuta nel regolamento istitutivo della SE le fusioni transfrontaliere non finalizzate alla creazione di una SE nonché quelle che coinvolgono anche società diverse dalle società per azioni, rimesse ai diritti nazionali. Quanto invece al caso delle fusioni successive a quella iniziale che porta alla costituzione della SE, il

⁷⁸⁴ Di quest'opinione v. F. C. VILLATA, *Societas europaea cit.*, p. 930 e R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea cit.*, p. 41.

⁷⁸⁵ Sul controllo di legittimità e sull'autorità a ciò competente nel sistema italiano v. *amplius* R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea cit.*, p. 41 e s.

⁷⁸⁶ Sul punto *amplius* v. F. C. VILLATA, *Societas europaea cit.*, pp. 930-931.

regolamento è muto.⁷⁸⁷ Si è ritenuto in dottrina che, nel silenzio del regolamento vigente, sia preferibile considerare anche le fusioni successive soggette alla medesima disciplina e ciò per evitare che esse, dipendenti dalle sole legislazioni nazionali, debbano affrontare nuovamente gli ostacoli che per lungo tempo hanno impedito la realizzazione delle fusioni internazionali tra società regolate dal diritto di due o più Stati membri.⁷⁸⁸

3.5. *Il riconoscimento espresso della fusione transfrontaliera come modalità di esercizio della libertà di stabilimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Nel 2003 la Corte di giustizia viene investita di una nuova domanda pregiudiziale riguardante l'interpretazione degli artt. 43 e 48 CE (gli attuali artt. 49 e 54, TFUE), questa volta però in relazione ad una fusione transfrontaliera. Il caso *Sevic*⁷⁸⁹ trae origine dal rigetto opposto dall'*Amstgericht Neuwied* (tribunale di primo grado di Neuwied) alla domanda d'iscrizione nel registro tedesco delle imprese della fusione internazionale per incorporazione intervenuta tra la SEVIC Systems AG (d'ora in avanti SEVIC), società con sede in Germania, e la Security Vision Concept (d'ora in avanti SVC) con sede in Lussemburgo per il motivo che l'*Umwandlungsgesetz* tedesco (legge nazionale sulla trasformazione di società) prevede unicamente la fusione di soggetti che hanno la sede in territorio tedesco.⁷⁹⁰ Il *Landgericht*

⁷⁸⁷ Diversamente, la proposta del 1989 contemplava tale ipotesi agli artt. 131-132: v. COM(89) 268 def. – SYN 218* del 25/8/1989 *cit.*

⁷⁸⁸ Di tale opinione v. R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea cit.*, p. 41.

⁷⁸⁹ Sentenza della Corte del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems AG*, causa C-411/03, in *Racc.*, p. I-10805 ss.

⁷⁹⁰ Il § 1 del *Umwandlungsgesetz – UmwG* – del 28 ottobre 1994 (in *Bundesgesetzblatt*, 2004, I, p. 3214), legge tedesca sulle operazioni straordinarie in materia societaria, prevede che possano procedere alle operazioni straordinarie, tra le quali figura la fusione, le società aventi sede in Germania. Secondo la dottrina tedesca prevalente tale norma consentirebbe solo le fusioni tra società aventi sede in Germania, vietando le fusioni transfrontaliere, con la conseguenza che l'incorporazione di una società straniera da parte di una società tedesca (*Hineinverschmelzung*) sarebbe impossibile e il caso opposto (*Herausverschmelzung*) sarebbe invece trattato alla stregua di un trasferimento di sede all'estero e produrrebbe gli effetti di una delibera di scioglimento della società tedesca che fosse incorporata in una società straniera. Sul punto v. 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, titoli di credito*, 2006, p. 479 ss., spec. p. 480, secondo il quale la ragione dell'esclusione delle fusioni transfrontaliere dall'ambito di applicazione del *UmwG* risiederebbe nella volontà del legislatore tedesco di non precedere il legislatore europeo che già aveva presentato nel 1985 una proposta in materia. Per un commento in italiano sul *UmwG* v. O. SCHMIDT, *La nuova legge tedesca sulle trasformazioni di imprese*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 889 ss. Invero esistono segnali di un cambiamento nell'orientamento di alcuni tribunali tedeschi i quali, con un'interpretazione innovativa del citato §1, *UmwG*, hanno accettato di iscrivere incorporazioni di società tedesche con società straniere. Parte della dottrina poi ritiene

Koblenz (Corte d'appello di Coblenza), investito del giudizio di impugnazione della decisione del tribunale di primo grado, rivolge alla Corte di giustizia una domanda sulla compatibilità con la libertà di stabilimento delle società della normativa nazionale che nega l'iscrizione nel registro tedesco delle imprese risultanti dalle fusioni internazionali intercorse tra società aventi sede in Germania e società aventi sede in altri Stati membri.⁷⁹¹ In altre parole, il quesito pregiudiziale formulato dal giudice *a quo* mira ad appurare se gli artt. 49 e 54, TFUE, ostano a che uno Stato membro venga generalmente rifiutata l'iscrizione nel registro delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società, con la contemporanea trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società, laddove una delle società coinvolte abbia sede in un altro Stato membro, mentre la medesima operazione è consentita, soddisfatte certe condizioni, quando entrambe le partecipanti abbiano sede nel territorio del primo Stato membro.

3.5.1. *Il ragionamento della Corte di giustizia.*

La sentenza affronta, anzitutto, la questione dell'applicabilità della libertà di stabilimento alle fusioni transfrontaliere. Facendo proprie le considerazioni dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia afferma che rientrano nella libertà di stabilimento "tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente e alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del paese".⁷⁹² Una simile statuizione chiarisce che la libertà di stabilimento può essere esercitata dalle società che rispondono ai requisiti fissati dall'art. 54, par. 1, TFUE,

che l'*UmwG* imporrebbe semplicemente di applicare prima il diritto tedesco sulle fusioni, ma non richiederebbe che tutte le partecipanti siano tedesche e altra parte, pur ribadendo il significato del *UmwG* nel senso di vietare le fusioni transfrontaliere, considerano tale normativa contraria al diritto di stabilimento sancito dagli artt. 49 e 54, TFUE e dunque inapplicabile alle fattispecie che coinvolgono società costituite in altri Stati membri. In argomento, per ulteriori riferimenti, v. F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.le.*, 2006, II, p. 417 ss., spec. p. 418 ss.

⁷⁹¹ Si noti che l'iscrizione nell'apposito registro delle imprese ha per il diritto tedesco valore costitutivo.

⁷⁹² Cfr. sentenza *SEVIC* cit., p.to 18.

secondo una pluralità di modalità e cioè non solo mediante l'apertura di sedi secondarie in uno Stato membro diverso da quello di costituzione, ma anche attraverso la fusione transfrontaliera con società soggette alle legge di uno Stato membro diverso dal proprio (il trasferimento transfrontaliero della sede sociale con contestuale mutamento della *lex societatis* quale ulteriore modalità di esercizio del diritto di stabilimento verrà riconosciuto solo due anni più tardi nella sentenza *Cartesio*). Secondo le parole dei giudici di Lussemburgo la fusione transfrontaliera costituisce una tecnica efficace di trasformazione societaria particolarmente efficace nel soddisfare le esigenze di cooperazione e raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti.⁷⁹³

Accertata l'applicabilità della libertà di stabilimento al caso di fusioni transfrontaliere, la Corte di giustizia conduce l'analisi circa la sussistenza di una restrizione nelle norme tedesche dell'*Umwandlungsgesetz* (d'ora in avanti *UmwG*), affermando la natura discriminatoria della normativa tedesca.⁷⁹⁴ Le disposizioni dell'*UmwG* dispongono che solo i soggetti aventi sede nello Stato possono essere oggetto di trasformazione per fusione. Tale normativa non si applica alle fusioni transfrontaliere, né simili operazioni trovano altra disciplina in Germania.⁷⁹⁵ L'iscrizione delle fusioni transfrontaliere viene, quindi, sempre negata dalle autorità tedesche, con il risultato che tali operazioni non producono effetti in tale ordinamento. Il che si traduce, a detta dei giudici di Lussemburgo, in una disparità di trattamento, in Germania, tra le fusioni interne e quelle transfrontaliere. Tale disparità può avere l'effetto di dissuadere le società dal valersi della libertà di stabilimento sancita dal trattato e costituisce dunque una restrizione alla libertà di stabilimento ammissibile solo se

⁷⁹³ Cfr. sentenza *SEVIC* cit., p.to 21.

⁷⁹⁴ Dubbi sul fatto che la Corte intendesse davvero affermare la natura discriminatoria della disciplina tedesca sono espressi da P. BEHRENS, *Case C-411/03, SEVIC Systems AG*, in *CMLR*, 2006, p. 1669 ss., spec. p. 1687. La libertà di stabilimento venne inizialmente costruita sul divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, in altri termini sul "principio del trattamento nazionale", secondo cui uno Stato membro non poteva trattare i cittadini di altri Stati membri diversamente dai propri. A questa stregua divenivano incompatibili con il diritto dell'Unione europea tutte le disposizioni nazionali (di qualsiasi natura, legislativa, regolamentare, amministrativa) che trattavano lo straniero, cittadino di uno Stato membro, diversamente in ragione della differente nazionalità, rendendone impossibile o più difficile l'accesso o l'esercizio delle attività economiche non salariate o discriminando nella fruizione di agevolazioni o strumenti indirettamente connessi con l'esercizio delle stesse.

⁷⁹⁵ È stato suggerito che proprio il silenzio dell'ordinamento tedesco circa le fusioni transfrontaliere ha condotto a stabilire l'applicabilità della libertà di stabilimento alla fattispecie in esame presso la Corte di giustizia, applicabilità che altrimenti avrebbe potuto forse essere esclusa in virtù della giurisprudenza *Daily Mail*: sul punto v. T. BALLARINO, *La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 721 ss., spec. 723.

giustificata e proporzionata.⁷⁹⁶

I giudici di Lussemburgo, escluso che l'armonizzazione possa costituire un presupposto per l'attuazione della libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 e 48, CE (attuali artt. 49 e 54, TFUE) – sebbene sia in grado di facilitarla –, riconoscono la specificità dei problemi discendenti dalle fusioni transfrontaliere rispetto a quelli posti dalla fattispecie analoga che si svolga tutta all'interno di un solo ordinamento giuridico. Perciò ammettono che esigenze quali la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori nonché l'efficacia dei controlli fiscali e la lealtà nei rapporti commerciali possano, in astratto, costituire motivi imperativi di interesse generale utili a giustificare, in talune circostanze e a determinate condizioni, le eventuali misure nazionali restrittive. In ogni caso, si impone il rispetto del test di proporzionalità: la misura restrittiva deve essere idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non deve eccedere quanto necessario a tal fine. Il generale diniego dell'iscrizione di una fusione transfrontaliera finisce con l'impedire del tutto la realizzazione dell'operazione, anche quando gli interessi summenzionati, pure in astratto meritevoli, non sarebbero minacciati, quindi eccedendo senza dubbio la misura necessaria a tutelarli.⁷⁹⁷

3.5.2. *L'estinzione della società incorporata e l'applicabilità della libertà di stabilimento alla fusione transfrontaliera.*

Dalla sentenza *SEVIC* emerge chiara la consacrazione della fusione transfrontaliera quale nuova, ulteriore, modalità di esercizio del diritto di stabilimento.⁷⁹⁸ La lezione impartita è chiara: anche le fusioni transfrontaliere rientrano nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Nel decidere la questione sottoposta la Corte di giustizia ha fatto applicazione delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento secondo uno schema noto,

⁷⁹⁶ V. sentenza *SEVIC* cit., p.ti 22-23. Il ragionamento appare molto più esteso nelle conclusioni dell'Avvocato generale: cfr. conclusioni *SEVIC* cit., p.ti 44 ss.

⁷⁹⁷ Cfr. sentenza *SEVIC* cit., p.ti 28-31.

⁷⁹⁸ Sul punto v. in particolare J. HEYMANN, *Note a sentenza*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006, p. 667 ss., spec. p. 672 ss., S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: il caso SEVIC*, in *RDIPP*, 2007, p. 345 ss., spec. p. 353 ss.

dapprima verificandone l'applicabilità alla fattispecie di cui si trattava, secondariamente accertando la sussistenza di una restrizione alla suddetta libertà e, infine, valutando la sussistenza di giustificazioni alle misure nazionali contrarie al diritto dell'Unione europea.⁷⁹⁹ La sentenza appare piuttosto lineare e le motivazioni succinte, tanto da far sospettare che la Corte fosse mossa da un mero intento di politica del diritto.⁸⁰⁰

Molto più dettagliate e argomentate appaiono le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Tizzano, a partire dalla questione dell'applicabilità della libertà di stabilimento alla fusione transfrontaliera. La qualificazione di quest'ultima quale modalità di esercizio della suddetta libertà non era così scontata. I governi tedesco e olandese sostenevano che l'operazione di fusione non avrebbe potuto dar luogo a uno "stabilimento" ai sensi del Trattato giacché, per definizione, una società estinta, quale sarebbe stata la società lussemburghese privata della personalità giuridica per effetto dell'incorporazione, non può stabilirsi da nessuna parte, né a titolo secondario né a titolo principale.⁸⁰¹ A ciò deve aggiungersi anche il fatto che l'estinzione e la costituzione di una società, come riconosciuto nella sentenza *Daily Mail*, esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e sono invece rimessi alla competenza degli Stati membri, al pari della cittadinanza per le persone fisiche.⁸⁰²

L'Avvocato generale confuta tale tesi sulla base di due argomenti principali. In particolare, il primo attiene alla questione dell'estinzione della società incorporata e all'esatta determinazione del momento in cui tale fenomeno si verifica. A detta all'Avvocato generale il ragionamento del governo tedesco è viziato dall'inversione del rapporto causa-effetto. La logica della tesi appare "rovesciata", laddove assume una conseguenza della fusione, e cioè l'estinzione della società incorporata, come causa dell'impossibilità per tale società, quando

⁷⁹⁹ Sul punto v. J. HEYMANN, *Note*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006 *cit.*, p. 668, il quale in riferimento all'approccio della Corte di giustizia alla soluzione del caso *SEVIC* parla di un'applicazione classica delle disposizioni del trattato relativa al diritto di stabilimento.

⁸⁰⁰ Di questa opinione v. F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.le*, 2006, II, p. 417 ss., spec. p. 421.

⁸⁰¹ Il problema del rapporto tra l'estinzione della società e l'esercizio della libertà di stabilimento è impostato dal governo tedesco sul fondamento di una precisa ricostruzione dogmatica secondo la quale la fusione sarebbe un fenomeno di estinzione con conseguente trasferimento di patrimoni a titolo universale: sul punto v. F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere cit.*, p. 424 e s.

⁸⁰² Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 20-23.

ancora esiste, di procedere alla fusione. La società incorporata viene meno soltanto con il perfezionarsi della fattispecie, ossia al momento dell'iscrizione della fusione nel competente registro; fino a quel momento detta società continua ad esistere in quanto autonoma persona giuridica. Di conseguenza la normativa tedesca controversa, negando la registrazione dell'operazione, incide sulle posizioni giuridiche di soggetti di diritto nel pieno della loro capacità, precludendo loro l'esercizio della libertà di stabilimento.⁸⁰³

In secondo luogo, la tesi dell'inapplicabilità della libertà di stabilimento alla fusione transfrontaliera è contraddetta, a parere dell'Avvocato generale, dall'oggetto stesso di detta libertà, come definito dall'art. 43, CE (attuale art. 49, TFUE). Se il diritto di stabilimento è da intendersi, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, come la possibilità di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio, occorre assoggettare alla disciplina di cui agli artt. 49 e 54, TFUE, tutte quelle misure che permettono o anche solo facilitano l'accesso ad un altro Stato membro e/o lo svolgimento di attività economiche in tale Stato, consentendo ai soggetti interessati di poter partecipare effettivamente e alle stesse condizioni degli operatori nazionali alla vita economica del paese. Il che significa che il diritto di stabilimento attiene non solo al diritto di trasferirsi in uno Stato membro diverso dal proprio per ivi svolgere la propria attività, ma anche a tutti gli aspetti che risultano in qualche modo *complementari e funzionali* allo svolgimento di detta attività e perciò al pieno esercizio della libertà di stabilimento. E la normativa tedesca interessa aspetti non solo complementari ma "addirittura essenziali" per l'attività di un'operatore economico dal momento che gli preclude operazioni di fusioni e acquisizione di nuove società.⁸⁰⁴

Sempre a proposito della qualificazione della fusione transfrontaliera quale modalità di esercizio della libertà di stabilimento, l'Avvocato generale aggiunge un sottile argomento,

⁸⁰³ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 25-27. Sul punto v. anche W. SCHÖN, *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, in *ECFR*, 2006, p. 122 ss., spec. p. 141, il quale critica sia l'impostazione dei governi tedesco e olandese, sia l'argomentazione artificiale dell'Avvocato generale. Secondo l'A. la fusione di una società non dovrebbe essere considerata dai punti di vista citati, come l'espressione di una libertà della società di spostare i suoi beni e commettere suicidio, ma piuttosto come l'espressione della libertà dei proprietari della società di decidere sull'ordinamento giuridico in cui incardinare la propria attività.

⁸⁰⁴ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 28-33.

che i giudici sembrano avere del tutto ignorato e che ha suscitato aspre critiche in dottrina.⁸⁰⁵ Oltre che della libertà di stabilimento a titolo principale dell'incorporata, l'operazione di fusione al centro della controversia, sottolinea l'Avvocato generale Tizzano, può essere espressione della libertà di stabilimento a titolo secondario della società incorporante, la quale in conseguenza della fusione transfrontaliera può trovarsi ad operare stabilmente nello Stato membro in cui aveva sede l'incorporata ove, di fatto, essa dispone di una sede secondaria. Ciò, del resto, accade nel caso *SEVIC*, avendo quest'ultima mantenuto in Lussemburgo beni, personale e mezzi operanti in quella che diventa a tutti gli effetti una sede secondaria in un altro Stato membro.⁸⁰⁶

Infine, l'Avvocato generale esclude l'ulteriore obiezione formulata dal governo tedesco all'applicazione della libertà di stabilimento alla fusione transfrontaliera, anch'essa ignorata dai giudici, secondo la quale l'esercizio del diritto di stabilimento richiederebbe, per essere considerato tale, la creazione di un nuovo o supplementare insediamento in un altro Stato membro, giacché secondo consolidata giurisprudenza della Corte il diritto sancito dall'art. 43, CE (l'attuale art. 49, TFUE), comporta la facoltà di scegliere la forma giuridica adeguata per lo svoglimento di attività in un altro Stato membro, ivi compresa l'acquisizione di quote di una società già esistente e stabilita in un altro Stato membro.⁸⁰⁷

3.5.3. *La sussistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento e le eventuali giustificazioni.*

Anche l'esame volto ad accertare gli effetti restrittivi della normativa tedesca

⁸⁰⁵ Sul punto v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 481, ove l'A. critica duramente l'argomentare dell'Avvocato generale e della Corte circa l'applicabilità della libertà di stabilimento alle fusioni transfrontaliere, rimproverando all'ultima di non aver fatto alcuna distinzione tra la libertà di stabilimento dell'incorporante e dell'incorporata e al primo di aver lui stesso proposto una logica rovesciata. Secondo l'A. infatti nessuna delle due società avrebbe potuto invocare la libertà di stabilimento, l'incorporata in quanto società estinta e l'incorporante in quanto non intendeva trasferirsi in Lussemburgo né ivi aprire una succursale, essendo la nascita della sede secondaria in Lussemburgo un risultato meramente casuale dell'operazione di fusione. In argomento v. inoltre T. BALLARINO, *La mort annoncée* cit., p. 725

⁸⁰⁶ Cfr. conclusioni, *SEVIC*, p.ti 34-39.

⁸⁰⁷ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 40-41. D'accordo con la tesi del governo tedesco circa la necessità che via sia un insediamento nuovo o supplementare affinché possa parlarsi di stabilimento v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 482.

controversa nonché la sussistenza di eventuali giustificazioni a sostegno della della normativa nazionale restrittiva è svolto molto concisamente dai giudici di Lussemburgo. In particolare, affermato il carattere discriminatorio di siffatta disciplina, la Corte sembra ignorare la distinzione tra le eccezioni normalmente ammesse alle misure restrittive, a seconda che si tratti di misure distintamente o indistintamente applicabili. Diversamente, l'argomentazione dell'Avvocato generale risulta più ampia e articolata.

In relazione alla sussistenza di effetti restrittivi, la riflessione dell'Avvocato generale è legata all'osservazione cui si è fatto cenno in precedenza. Egli infatti giudica la disciplina tedesca sulle fusioni un ostacolo sia rispetto alla libertà di stabilimento della società tedesca incorporante, che perde una possibilità di notevole importanza e cioè quella di procedere alla fusione, per il solo fatto che detta operazione coinvolta una società straniera, ma anche in relazione alla libertà di stabilimento delle società aventi sede in altri Stati membri, precludendo loro totalmente il ricorso a una modalità di accesso al mercato tedesco.⁸⁰⁸

Sotto il secondo aspetto e cioè quello dell'individuazione di una eventuale giustificazione alla normativa nazionale restrittiva, l'Avvocato generale, escluso che l'assenza di armonizzazione in materia possa costituire giustificazione al divieto imposta per esigenze di tutela, conduce il suo esame con riferimento all'ipotesi, privilegiata, della natura discriminatoria della normativa tedesca, ma non trascura di analizzare anche il caso in cui la si voglia intendere come disciplina indistintamente applicabile, sempre distinguendo in relazione a ciò le possibili giustificazioni fornite dal diritto dell'Unione europea. Se si considera la disciplina tedesca discriminatoria la sola deroga consentita nel caso in cui essa produca effetti restrittivi della libertà di stabilimento è quella costituita dall'art. 46 CE (attuale art. 52, TFUE), la cui applicazione è subordinata, secondo consolidata giurisprudenza, all'esistenza di una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività. E le difficoltà di coordinamento o i rischi di contrasto tra le differenti normative nazionali rispetto alle fusioni transfrontaliere non raggiungono tale soglia.⁸⁰⁹ Ma anche ove si volesse considerare indistintamente applicabile la normativa

⁸⁰⁸ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 48-50.

⁸⁰⁹ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 56-58.

tedesca controversa e, quindi, la si confrontasse con la dottrina dei “motivi imperativi di interesse generale” si dovrebbe rilevare il suo difetto di proporzionalità in relazione al perseguimento degli obiettivi, pure astrattamente meritevoli, avanzati dal governo tedesco, quali l’esigenza di certezza del diritto nelle transazioni commerciali, la tutela degli interessi dei lavoratori, dei creditori e dei soci di minoranza delle società tedesche. Un divieto *assoluto* ed *automatico*, applicabile *in via generale e preventiva a tutti* i casi di fusione transfrontaliera, *indipendentemente* dalla verifica degli eventuali pregiudizi o dei rischi ad essa collegati non può considerarsi proporzionato.⁸¹⁰

3.5.4. *Le questioni irrisolte dalla giurisprudenza SEVIC.*

Il valore della sentenza *SEVIC* è indubbio e risiede, come già detto, nella consacrazione della fusione transfrontaliera quale modalità di esercizio della libertà di stabilimento. Il principio enunciato dalla Corte è cristallino. Uno Stato membro non può vietare l’iscrizione nel registro delle imprese della fusione intervenuta tra una società incorporante, costituita conformemente al proprio diritto, e una società incorporata, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro.

Ciononostante essa lascia alcuni dubbi. In primo luogo, stabilito che il divieto di fusioni transfrontaliere è contrario alla libertà di stabilimento sancita dagli art. 49 e 54, TFUE, la sentenza non fornisce alcuna indicazione sul *come* una simile fattispecie possa attuarsi, e cioè secondo quali norme di diritto internazionale privato e sostanziali. Quanto al profilo internazionalprivatistico, dalla pronuncia non possono ricavarsi indicazioni sui criteri di collegamento da applicare alle fusioni transfrontaliere.⁸¹¹ L’unica soluzione pare quella di continuare a fare riferimento alle norme di conflitto e alle soluzioni normalmente applicata dagli ordinamenti nazionali. In questo senso si ritiene possano valere, dal punto di vista dell’ordinamento italiano, le considerazioni svolte a commento della norma di cui all’art. 25,

⁸¹⁰ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 59-66.

⁸¹¹ Così v. F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere* cit., p. 427, J. HEYMANN, *Note*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006 cit., p. 668 ss.

c. 3, legge n. 218/1995.⁸¹² Il giudice italiano, secondo l'approccio summenzionato, dapprima individuerebbe la legge applicabile a ciascuna delle società coinvolte nella fusione tramite la norma di conflitto di cui al comma 1 dell'art. 25, legge n. 218/1995, e poi, distinguendo i vari aspetti della fattispecie determinerebbe gli aspetti rispetto ai quali dovrebbe farsi un'applicazione cumulativa delle leggi in presenza e quelli nei cui confronti dette leggi dovrebbero trovare applicazione distributiva. E ciò sulla base di presunzioni legate al tipo di norme via via applicabili (ci si riferisce qui alla distinzione prefigurata dalla dottrina italiana tra norme c.d. "autosufficienti" e disposizioni richiedenti un "comportamento comune" o "congiunto" o concernenti un'interrelazione tra la posizione di una società e dell'altra) oppure, secondo un diverso approccio, indagando la *ratio* dei precetti in presenza e accertandone la volontà di applicarsi agli aspetti della fattispecie che presentino elementi di estraneità.⁸¹³ La soluzione del problema della determinazione della legge applicabile alla fusione transfrontaliera rimane, alla luce della sentenza *SEVIC*, rimessa alle disposizioni nazionali di ciascuno Stato membro. Del resto non si può biasimare la Corte per non aver fornito indizi sul punto, dal momento che la fattispecie sottoposta non lo richiedeva, trattandosi di una normativa che poneva un divieto assoluto all'operazione.

In merito al profilo materiale, potrebbero sorgere dei problemi di concreta individuazione della disciplina applicabile all'interno dell'ordinamento richiamato dalle norme di conflitto nazionali. Si possono prefigurare due scenari. In primo luogo, è possibile che l'ordinamento giuridico richiamato conosca e regoli le fusioni transfrontaliere: in tale circostanza esso si applicherà senza problemi, salva la compatibilità delle sue norme con il diritto dell'Unione europea. Tuttavia, può anche darsi il caso che l'ordinamento giuridico richiamato non disciplini la fattispecie in questione. Si pone allora la questione dell'identificazione di una regolamentazione materiale della fusione transfrontaliera. A tal proposito si farebbe strada l'ipotesi di far riferimento, per analogia, alle normative nazionali concernenti le fusioni interne, adottate certamente da tutti gli Stati membri in attuazione della direttiva n. 78/855/CEE. Tale soluzione avrebbe lo svantaggio di non tenere in debita

⁸¹² Sul punto v. *supra* par. 1.1.

⁸¹³ Simile sembrerebbe l'approccio del giudice tedesco in un caso del genere: sul punto v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., pp. 483-484.

considerazione le peculiari esigenze di tutela che le fattispecie con elementi di estraneità generano rispetto alle analoghe interne e introdurrebbe nella disciplina della fusione transfrontaliere gli elementi di difformità presenti nelle norme nazionali di attuazione della direttiva del 1978. Un'alternativa rappresentata sarebbe quella di applicare direttamente le norme della direttiva n. 78/855/CEE, soluzione ugualmente inadeguata perché non si tratterebbe di una disciplina autosufficiente con lo stesso difetto di non tenere in conto le particolarità delle fusioni transfrontaliere.⁸¹⁴

Un'ulteriore dubbio che sorge dalla lettura della sentenza *SEVIC* riguarda la direzione delle fusioni transfrontaliere. Il caso di specie concerneva una fusione che si definirebbe “in entrata” dal punto di vista dello Stato membro la cui normativa era sospettata di essere contraria alla libertà di stabilimento, dunque è certo che il principio sancito dalla Corte si applica in tale direzione. Meno chiaro invece è se detta giurisprudenza possa trovare spazio anche rispetto alle fusioni transfrontaliere c.d. “in uscita”, ovvero in relazione ai limiti che o divieti posti dalla *lex societatis* dell'incorporata o delle società destinate a fondersi in una nuova società. Il ragionamento dell'Avvocato generale sembra andare nel senso di ricomprendere nella libertà di stabilimento le fusioni transfrontaliere sia in entrata, sia in uscita, laddove egli prende in considerazione entrambi i punti di vista delle società partecipanti alla fusione, l'incorporante e l'incorporata, e tiene in conto la libertà di stabilimento di ognuna di esse (a titolo diverso).⁸¹⁵ La Corte si riferisce talvolta soltanto alle fusioni in entrata, tal'altra più generalmente alle fusioni transfrontaliere.⁸¹⁶ Gli altalenanti riferimenti contenuti nella sentenza sono stati attribuiti alla difficoltà di conciliare una più ampia affermazione circa l'inclusione delle fusioni transfrontaliere *tout court*, a prescindere dalla direzione, con il precedente rappresentato dalla sentenza *Daily Mail*.⁸¹⁷ È stato infatti sottolineato che la Corte di giustizia non ha mai superato la giurisprudenza *Daily Mail*, nemmeno nel 2008 con la sentenza *Cartesio*, e che quindi in principio gli Stati membri

⁸¹⁴ In argomento v. M. SIEMS, *SEVIC: Beyond Cross-border Mergers*, in *EBOR*, 2007, p. 307 ss., spec. p. 309 e s.

⁸¹⁵ Cfr. conclusioni *SEVIC*, p.ti 34-41. Sul punto v. inoltre W. SCHÖN, *op. cit.*, p. 142, il quale considera le argomentazioni dell'Avvocato generale richiamate come la conferma che l'inclusione delle fusioni transfrontaliere nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento non dipende dalla direzione, in uscita o in entrata, dell'operazione.

⁸¹⁶ Cfr. sentenza *SEVIC*, rispettivamente p.ti 18, 20 e 22 e p.ti 19, 21, 30.

⁸¹⁷ In questo senso v. M. SIEMS, *SEVIC cit.*, p. 309.

rimangono liberi di scegliere gli elementi che esprimono una connessione con il loro ordinamento, necessari al fine di costituire una società secondo il loro diritto, e di scegliere se consentire una loro successiva modifica.⁸¹⁸ Tuttavia, sembra più convincente la tesi secondo la quale una lettura restrittiva della sentenza *SEVIC* che ne limiti la portata all'imposizione del solo obbligo per la Germania, e per tutti gli altri Stati membri, di consentire le fusioni transfrontaliere in uscita, senza un corrispondente obbligo per le medesime operazioni "in uscita", sarebbe riduttiva sia, in generale, con riferimento all'efficacia delle sentenze pregiudiziali d'interpretazione sia, più nello specifico, in relazione al contenuto della decisione che si commenta. In relazione a quest'ultimo profilo specialmente, senza entrare nel merito dell'efficacia extraprocessuale delle sentenze pregiudiziali, preme sottolineare che l'ampiezza della nozione di "ostacolo" alla libertà di stabilimento accolta dalla Corte di giustizia nel caso *SEVIC* conduce ad estendere, piuttosto che restringere, la portata della decisione in questione fino a comprendere tutte le restrizioni alla libertà di stabilimento discendano esse da fusioni in entrata o in uscita.⁸¹⁹ A tal proposito si segnala una decisione emessa nel 2007 dal *Kantongerecht* di Amsterdam che ha fatto applicazione della giurisprudenza *SEVIC* ad un caso di fusione transfrontaliera "in uscita", ammettendo la legittimità di una simile operazione sulla base del fatto che una diversa decisione avrebbe costituito una discriminazione ingiustificatamente lesiva della libertà di stabilimento

⁸¹⁸ Sul punto v. F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere* cit., p. 427, il quale sottolinea in particolare la persistente validità delle conclusioni formulate nella sentenza *Daily Mail*, applicabili anche all'ipotesi della fusione transfrontaliera, senza però concludere in senso negativo o positivo rispetto all'ammissibilità delle fusioni in uscita alla luce della giurisprudenza *SEVIC*. Per una posizione particolare v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 485, il quale, pur ritenendo che il diritto di uno Stato membro non possa vietare una fusione in uscita, afferma che la possibilità di una simile fusione non esiste prima che la direttiva 2005/56/CE venga attuata, dal momento che la Corte di giustizia non ha mai abbandonato il principio enunciato nella sentenza *Daily Mail* secondo cui non è in contrasto con il Trattato il divieto posto dallo Stato membro la cui legge regola la società al trasferimento all'estero la sede sociale, principio applicabile per analogia anche alle fusioni transfrontaliere. Sul punto *contra* v. J. HEYMANN, *Note*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006 cit., p. 676, secondo il quale, giacché la Corte di giustizia nel caso *SEVIC* ha consacrato pienamente il primato della logica comunitaria discendente dall'obiettivo della realizzazione del mercato interno sulla quella relativa agli obiettivi di coordinamento propri del diritto internazionale privato, "il est permis de penser [...] que la décision *Daily Mail* précitée n'est plus de droit positif". Nel senso che la sentenza *Daily Mail* non possa applicarsi ai casi di fusione transfrontaliera in uscita per l'intrinseca differenza delle fattispecie v. C. PH. SCHINDLER, *Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up!*, in *ECFR*, 2006, p. 109 ss., spec. p. 116 e s.

⁸¹⁹ In questo senso v. *amplius* S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 364 ss., la quale ritiene artificioso isolare un solo effetto discriminatorio della normativa nazionale giudicata incompatibile con la libertà di stabilimento, e cioè quello che si produce sulle fusioni in entrata, al fine di salvarne un altro e cioè quello concernente le fusioni in uscita. Nel senso dell'ampiezza del riconoscimento effettuato dalla Corte di giustizia, comprensiva delle fusioni in entrata e in uscita, v. anche T. PAPADOPOULOS, *EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment*, in *Eur. Law Rev.*, 2011, p. 71 ss., spec. p. 80 e C. PH. SCHINDLER, *Cross-Border Mergers* cit., p. 117.

dell'incorporante straniera.⁸²⁰

3.5.5. *Il coordinamento della giurisprudenza SEVIC con la direttiva 2005/56/CE.*

Si rammenta che la direttiva 2005/56/CE è stata adottata un paio di mesi prima della pronuncia della sentenza della Corte di giustizia nel caso *SEVIC*. Alla luce di tale circostanza sorge, di conseguenza, qualche dubbio sull'utilità e l'opportunità della decisione più sopra commentata. Le considerazioni svolte più sopra a proposito del valore della giurisprudenza *SEVIC*, delle sue conseguenze e delle questioni che essa lascia irrisolte non perdono affatto di significato alla luce della circostanza dell'adozione della direttiva n. 2005/56/CE, avvenuta peraltro un paio di mesi prima dell'emissione della sentenza da parte della Corte di giustizia.⁸²¹ L'intervento normativo e quello giurisprudenziale sembrano coordinarsi perfettamente, anzi si completano in maniera armonica.⁸²²

In termini generali, com'è stato efficacemente espresso in dottrina, la sentenza *SEVIC* consolida e rafforza l'apporto della direttiva. La prima afferma un principio che la seconda estende e riempie di contenuto, facilitando la concreta attuazione del principio sancito dalla giurisprudenza. Laddove la Corte sancisce l'illegittimità delle misure nazionali che impediscano la realizzazione delle fusioni transfrontaliere e il conseguente obbligo in capo agli Stati membri di rimuovere ogni ostacolo, la direttiva fornisce le norme per attuare dette

⁸²⁰ Il caso sottoposto al giudice olandese riproponeva la medesima fattispecie esaminata dalla Corte di giustizia, questa volta però analizzata dal punto di vista dello Stato membro dell'incorporata. Si trattava della fusione per incorporazione di una società registrata in Olanda da parte di una società registrata in Germania. Un volta stipulato l'atto di fusione entrambe le società chiedevano l'iscrizione della fusione nei rispettivi registri. La società olandese, in particolare, domandava non solo l'iscrizione della fusione e ma anche l'indicazione della società tedesca quale suo successore. A questo punto la Camera di commercio e dell'industria di Amsterdam chiedeva al giudice di restaurare la vecchia iscrizione della società olandese, lamentando la scorrettezza della fusione con l'incorporante tedesca e della conseguente estinzione della società olandese nonché la contrarietà all'ordine pubblico. Il *Kantongerecht* di Amsterdam, riprendendo le stautizioni della Corte di giustizia in merito alle misure rientranti nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento, rileva una discriminazione operata dalla normativa olandese che preclude alla società tedesca e alla società olandese l'utilizzo di un efficace metodo di trasferimento dei loro beni, diritti e obbligazioni, in virtù del fatto che una delle società partecipanti abbia la sede statutaria in uno Stato membro diverso dai Paesi Bassi. Per un'analisi e un commento della decisione v. H. GESELL, P. RIEMER, *op. cit.*

⁸²¹ Così J. HEYMANN, *Note*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006 *cit.*, p. 677. Per una diversa prospettiva nel senso delle ripercussioni della sentenza *SEVIC* in materia di acquisizioni e divisioni transfrontaliere v. M. SIEMS, *SEVIC cit.*, p. 314 ss.

⁸²² *Contra* v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco cit.*, p. 482, il quale, fortemente critico rispetto al rapporto tra l'intervento normativo e quello giurisprudenziale, si domanda se l'esercizio del potere legislativo da parte della Comunità il 26 ottobre 2005 non comportasse la deroga competenza della Corte di giustizia a decidere sul caso *SEVIC*.

operazioni. E' come se la *pars destruens* fosse affidata all'opera della Corte di giustizia e la *pars construens* al legislatore dell'Unione europea.⁸²³

In quest'ottica, la giurisprudenza *SEVIC* serviva, in pendenza del termine di trasposizione, a rafforzare gli effetti che la direttiva già produceva. Ci si rifece qui da un lato all'obbligo posto in capo agli Stati membri di non introdurre misure in contrasto con il diritto dell'Unione europea e di rimuovere quelle eventualmente esistenti e dall'altro all'obbligo posto in capo ai giudici nazionali di interpretare il diritto nazionale in senso conforme al diritto dell'Unione europea. La sentenza *SEVIC* fungeva e funge tuttora da parametro di legittimità del comportamento degli Stati membri e da guida ermeneutica per interpretare il diritto nazionale.

Inoltre, occorre considerare che, come si illustrerà meglio in seguito, l'ambito di applicazione della disciplina contenuta nella direttiva n. 2005/56/CE è limitato dal punto di vista soggettivo alle sole società di capitali (secondo la definizione contenuta nell'art. 2, par. 1, della medesima).⁸²⁴ Di conseguenza, il valore della sentenza *SEVIC* risiede nel fatto di costituire l'unico riferimento valido per tutte le società beneficiarie della libertà di stabilimento, siano o meno società di capitali. Gli Stati membri non potranno perciò più precludere alle società di persone, ad esempio, o alle altre persone giuridiche ugualmente incluse nella definizione di cui all'art. 54, par. 2, TFUE, escluse dal regime creato dalla decima direttiva società, l'accesso alla fusione transfrontaliera e, anzi, avranno l'obbligo di renderle possibili.⁸²⁵

Per quanto detto sembra di poter concludere che l'intervento delle istituzioni europee appare sinergico. In particolare, esso dà luogo a un doppio regime: da un lato la giurisprudenza *SEVIC* applicabile, pur con tutti i suoi limiti, in via generale a tutte le società e agli enti beneficiari della libertà di stabilimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 49 e 54, TFUE, dall'altro la disciplina contenuta nella direttiva a cui sono assoggettate solamente

⁸²³ Di questa opinione v. S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere* cit., p. 363.

⁸²⁴ Sul punto v. *infra* par. 4.

⁸²⁵ Così v. T. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, p. 87, il quale solleva dubbi di compatibilità del ristretto ambito di applicazione della direttiva 2005/56/CE rispetto alla libertà di stabilimento sancita dagli artt. 49 e 54, TFUE.

le società di capitali, secondo la definizione datane in quello strumento normativo.⁸²⁶

4. (segue) La direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

4.1. Gli scopi della disciplina delle fusioni transfrontaliere.

Forse erano davvero fondate le perplessità avanzate da autorevole dottrina, in relazione al progetto di convenzione sulle fusioni internazionali del 1972, circa la reale rispondenza di quell'iniziativa al presupposto che l'aveva mossa e cioè che il grado di integrazione allora raggiunto dai mercati nazionali rendesse necessaria la possibilità di ricorrere alla fusione transfrontaliera,⁸²⁷ se si è dovuto attendere sino agli anni duemila per avere una regolamentazione europea parzialmente uniforme della fusione transfrontaliera.

Il progetto di convenzione sulla fusione internazionale del 1972 fu ritirato e sostituito con una proposta di decima direttiva relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni presentata nel 1985.⁸²⁸ Dopo poco più di trent'anni dal progetto di convenzione e di

⁸²⁶ Così v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., pp. 482-483, il quale sottolinea come la coesistenza di due binari concernenti le fusioni transfrontaliere lasci temere gravi problemi di coordinamento e potrebbe portare addirittura alla creazione di situazioni "claudicanti".

⁸²⁷ Così v. R. LUZZATTO, *La convenzione CEE* cit., p. 113.

⁸²⁸ Cfr. *Proposta di decima direttiva del Consiglio basata sull'articolo 54, paragrafo 3 lettera g) del Trattato, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni*, COM(84) 727 def. del 8/1/1985, in *G.U.C.E.* C 23 del 25.1.1985, p. 11 ss. La proposta del 1985 era ampiamente costruita sulla base della terza direttiva società. Il suo percorso però non fu facile. Essa infatti rimase bloccata negli anni, e ciò principalmente per due ragioni, da un lato per la difformità delle normative fiscali degli Stati membri in tema di fusioni e dall'altro, soprattutto, per l'assenza di un accordo sulla spinosa questione della partecipazione dei lavoratori delle società coinvolte nella fusione. Il punto di svolta si dovette probabilmente all'adozione del regolamento (CE) n. 2157/2001 concernente lo statuto della SE e della connessa direttiva 2001/86/CE relativa alla partecipazione dei lavoratori: così v. A. UGLIANO, *The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement*, in *EBLR*, 2007, p. 585 ss., spec. p. 588, N. AL NAJARI, S. PERON, *Le fusioni transfrontaliere di Società di capitali: uno sguardo d'insieme*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2005, p. 708 ss., spec. p. 711. Nel 2001 la prima proposta venne ritirata dalla Commissione e sostituita con una nuova *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, COM(2003) 703 def. del 18/11/2003. Sulla storia delle proposte di decima direttiva v. M. SIEMS, *The European Directive on Cross-Border Mergers: An international Model?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 167 ss., spec. p. 171 e s.

venti dalla proposta di direttiva, sulla base dell'art. 50, par. 2, lett. g), TFUE, è stata finalmente emanata la *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*.⁸²⁹

La necessità di allineare la struttura delle imprese europee (e la loro dimensione giuridica) alle loro attività era stata più volte ribadita dalla Commissione.⁸³⁰ La direttiva n. 2005/56/CE è stata adottata allora allo scopo di “facilitare” le fusioni transfrontaliere. Essa si propone di soddisfare le esigenze di cooperazione e raggruppamento di società di capitali di Stati membri diversi, superando le molte difficoltà legislative e amministrative che si frapponevano alla realizzazione delle fusioni transfrontaliere, al fine ultimo di promuovere l'efficienza e la competitività delle imprese europee e garantire così il buon funzionamento del mercato interno.⁸³¹ Essa si rivolge in modo particolare alle piccole e medie imprese per le quali non sono disponibili altri strumenti di concentrazione (ad esempio, la SE se costituita tramite fusione è può esserlo solo dalle società per azioni).

4.2. *L'ambito di applicazione della direttiva.*

La c.d. “decima direttiva” direttiva sancisce in via generale il principio secondo il quale ciascuno Stato membro deve ammettere le fusioni transfrontaliere e contiene una disciplina uniforme, seppure non esaustiva, della fusione transfrontaliera. Le uniche eccezioni ammesse a tale regola generale sono espressamente previste dalla medesima direttiva. In particolare, si tratta di due ipotesi riconducibili al principio della parificazione della fusione transfrontaliera alla fusione interna. Infatti, la fusione transfrontaliera non è ammessa quando sia coinvolta una società di un tipo al quale il diritto nazionale non consente di fondersi con

⁸²⁹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *G.U.U.E.* L 310 del 25/11/2005, p. 1 ss. La c.d. “decima direttiva” è stata successivamente oggetto di modifica ad opera della Direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che modifica le direttive del Consiglio 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE e la direttiva 2005/56/CE per quanto riguarda gli obblighi in materia di relazioni e di documentazione in caso di fusioni e scissioni, in *G.U.U.E.* L 259 del 2/10/2009, p. 14 ss.

⁸³⁰ Cfr. Piano d'azione della Commissione “Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea”, COM(2003) 284, *cit.*, part. 3.4.

⁸³¹ Cfr. considerando nn. 1, 2 e 3, direttiva 2005/56/CE.

altre società di diritto nazionale e nemmeno nei casi in cui il diritto di uno Stato membro consenta alle autorità nazionali di opporsi, per motivi di interesse pubblico, alla corrispondente fusione di diritto interno.⁸³²

A norma dell'art. 1 la direttiva si applica alle fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno dell'Unione, a condizione che almeno due di esse siano soggette al diritto di due Stati membri diversi. Tali operazioni sono altresì denominate "fusioni transfrontaliere". Come si deduce facilmente da quanto precede, fondamentale condizione di applicabilità della disciplina contenuta nella direttiva 2005/56/CE è il carattere transfrontaliero dell'operazione, il quale discende dall'assoggettamento delle società partecipanti all'operazione alle leggi di almeno due Stati membri diversi. L'ambito di applicazione spaziale della normativa armonizzata è poi definito dalla richiesta della sussistenza di un collegamento delle società coinvolte con l'ordinamento dell'Unione europea. A tal fine si impone il duplice requisito (corrispondente a quanto prescritto dall'art. 54, par. 1, TFUE, per il godimento della libertà di stabilimento) della loro costituzione in conformità alla legislazione di uno Stato membro e la collocazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro d'attività principale all'interno dell'Unione. Sono escluse le società che non rispettino il suddetto duplice requisito.⁸³³

La nozione di "fusione" è ripresa da quella già contenuta della III direttiva società sulle fusioni interne. Più precisamente, il regime si applica alle tre ipotesi solitamente note come fusione propria, fusione per incorporazione e fusione per incorporazione di società interamente posseduta. Alla luce delle definizioni contenute nella direttiva i tratti distintivi dell'operazione, comunque denominata, sono tre e, segnatamente, lo scioglimento senza

⁸³² Cfr. art. 4, direttiva 2005/56/CE.

⁸³³ In argomento v. G. RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, in Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 1-2007/A, p. 10, il quale sostiene che in merito al primo dei due requisiti, ossia la costituzione secondo il diritto di uno Stato membro, alle società costituite conformemente al diritto di uno Stato membro si debbano equiparare le società inizialmente costituite secondo la legislazione di uno Stato terzo e successivamente assoggettate all'ordinamento di uno Stato membro per effetto di apposita decisione adottata unitamente a quella di trasferimento della sede sociale in uno Stato membro dell'Unione e presa nel rispetto sia della *lex societatis* originaria sia della nuova *lex societatis*. specularmente, dovrebbe essere esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva 2005/56/CE la società inizialmente costituita in conformità della legge di uno Stato membro e poi emigrata in uno Stato terzo il cui diritto la regola in qualità di *lex societatis*.

liquidazione delle società incorporate o fuse e, per l'effetto, il trasferimento del loro intero patrimonio all'incorporante o alla società appositamente costituita, nonché l'assegnazione ai soci della società incorporata o delle società partecipanti alla fusione di partecipazioni al capitale sociale della società incorporante o della risultante dalla fusione.⁸³⁴

Quanto all'ambito di applicazione *ratione personae*, la nozione di "società di capitali" rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina uniforme comprende in primo luogo le società indicate nell'art. 1, direttiva n. 68/151/CEE, ossia per quanto riguarda l'ordinamento italiano le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata.⁸³⁵ Una formula di chiusura completa l'ambito di applicazione personale includendo nella nozione di società di capitali rilevante ai fini dell'applicazione della decima direttiva qualsiasi "società dotata di capitale sociale e avente personalità giuridica, che possiede un patrimonio distinto il quale risponde, da solo, dei debiti della società e che è soggetta in virtù della sua legislazione nazionale alle condizioni di garanzia previste dalla direttiva 68/11/CEE per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi".⁸³⁶ La presenza del capitale sociale e l'attribuzione della personalità giuridica con patrimonio distinto, il principio della responsabilità per i propri debiti e l'assoggettamento, in base al diritto nazionale, alle forme di tutela dei soci e dei terzi prescritte dalla prima direttiva società sono quindi le caratteristiche che contraddistinguono le società soggette alla disciplina sulle fusioni transfrontaliere.⁸³⁷ Per espressa previsione, la direttiva non si applica, a prescindere dalla sussistenza di tali tratti

⁸³⁴ Cfr. art. 2, par. 2, direttiva 2005/56/CE. Dal tenore letterale della norma citata e dal riferimento alla "estinzione senza scioglimento" è stata dedotta una presa di posizione del legislatore europeo circa l'annosa questione della natura giuridica della fusione: v. R. DESSI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Riv. dir. comm.le*, 2009, p. 171 ss., spec. p. 189 ss. Il dibattito sulla natura giuridica della fusione in Italia è assai risalente. Senza voler ricostruire qui i termini di una discussione che presenta notevoli sfaccettature, si ricorda che secondo la tesi più risalente, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, la fusione sarebbe assimilabile alla successione a titolo universale. Le modifiche introdotte nel testo dell'art. 2504-bis dalla riforma del diritto societario effettuata dal legislatore italiano nel 2003 hanno indotto tuttavia a nuove riflessioni e convinto parte della dottrina rivedere la qualificazione della fusione nel senso di una modifica statutaria. Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione a proposito della fusione per incorporazione statuendo che trattasi non di una vicenda estintiva bensì di una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo: cfr. Cass. (s.u), ord. 8 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 417 ss. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura giuridica della fusione v. per tutti A. BERLOTTI, *Fusioni*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e Lavoro – III*, 17, Torino, 2010, p. 441 ss.

⁸³⁵ Si badi che la direttiva 68/151/CEE è stata abrogata dalla Direttiva 2009/101/CE a cui ogni riferimento deve essere inteso.

⁸³⁶ Cfr. art. 2, par. 1, lett. b), direttiva 2005/56/CEE.

⁸³⁷ Sulla norma di chiusura e sui problemi interpretativi che possono da essa sorgere in merito al controllo della ricorrenza delle caratteristiche indicate rispetto a società nazionali non incluse nell'elenco di cui alla direttiva 68/151/CEE v. G. RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento cit.*, p. 7 e s.

distintivi, alle fusioni transfrontaliere che coinvolgono società aventi per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico. Gli Stati membri hanno invece la facoltà di escludere le società cooperative dall'ambito di applicazione soggettivo della decima direttiva.⁸³⁸

4.3. *La norma di conflitto di cui all'art. 4, par. 1, lett. b) della direttiva.*

La direttiva 2005/56/CE presenta due anime. Essa si differenzia dall'impostazione internazionalprivatistica classica e si compone di due anime, consentendo di realizzare l'operazione di fusione mediante la combinazione di norme di conflitto da un lato e regole materiali dall'altro.⁸³⁹ Per facilitare le fusioni transfrontaliere il legislatore europeo ha previsto che, laddove la direttiva non disponga diversamente, le società partecipanti alla fusione rimangano ognuna soggetta al diritto che sarebbe applicabile in caso di fusione nazionale.⁸⁴⁰ Così l'art. 4, par. 1, lett. b), della direttiva stabilisce che una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera debba rispettare le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale cui è soggetta. Come a dire che la legge applicabile alle fusioni transfrontaliere è, per gli aspetti non regolati direttamente dalla disciplina uniforme, è la *lex societatis* di ciascuna società coinvolta.

Oltre alla norma di conflitto appena citata, sono molti altri i casi in cui le disposizioni della direttiva, nel regolare alcuni aspetti dell'operazione, fanno espresso rinvio alla legislazione nazionale degli Stati interessati, quelli il cui diritto regola le società partecipanti e la società derivante dalla fusione transfrontaliera. Così la fase decisionale, nonché la protezione dei soci di minoranza, dei creditori sociali e dei lavoratori, sono regolati dalla legge dello Stato membro di ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera, mentre la fase finale di attuazione della fusione sarà regolata dalla legge applicabile alla società

⁸³⁸ Cfr. art. 3, direttiva 2005/56/CE.

⁸³⁹ In questo senso v. J. HEYMANN, *Note*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006 *cit.*, p. 677, S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere cit.*, p. 362.

⁸⁴⁰ Cfr. considerando n. 3, direttiva 2005/56/CE.

derivante dell'operazione, salvo ovviamente quanto prescritto direttamente dalla direttiva n. 2005/56/CE. L'armonizzazione minima realizzata dalle disposizioni della decima direttiva lascia, dunque, ampio spazio al diritto degli Stati membri, semplificando assai i problemi internazionalprivatistici a cui le fusioni internazionali davano solitamente luogo.⁸⁴¹

4.4. *Le norme minime in materia di fusioni transfrontaliere.*

Senza entrare troppo nei dettagli preme qui di dar conto brevemente di quale siano gli aspetti direttamente regolati dalle disposizioni comuni e quali invece siano rimessi ai diritti nazionali e di tratteggiare la procedura di fusione transfrontaliera come delineata dalla direttiva 2005/56/CE.

La disciplina contenuta nella decima direttiva si fonda essenzialmente sull'equiparazione delle fusioni transfrontaliere alle fusioni nazionali e le norme sostanziali uniformi sono in buona parte ricalcate sulle disposizioni già contenute nella direttiva 68/151/CEE relativa alle fusioni interne.⁸⁴² Si configura così una procedura che si compone di tre fasi, preparatoria, decisionale ed esecutiva della fusione e dei suoi effetti.⁸⁴³ Detta procedura si articola in linea di massima nei seguenti passaggi: la redazione di un progetto di fusione comune, l'approvazione della fusione da parte degli organi di ciascuna delle società partecipanti alla fusione (generalmente le assemblee dei soci), la predisposizione di due relazioni per ciascuna società, una a cura degli organi amministrativi delle società coinvolte ed una ad opera di esperti, un controllo preventivo della fusione effettuato dall'autorità preposta nello Stato membro di ciascuna società e un controllo da parte delle autorità dello

⁸⁴¹ Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, G. RESCIO, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello Schema di legge di recepimento della X Direttiva elaborato per conto del Consiglio Nazionale del Notariato e delle massime del Consiglio notarile di Milano)*, in *RDS*, 2009, p. 742 ss., spec. p. 746.

⁸⁴² Così v. M. SIEMS, *The European Directive* cit., p. 174. Le principali differenze rispetto alla disciplina delineata nella III direttiva consistono nell'obbligo di stipulazione del progetto di fusione transfrontaliera per atto pubblico (se così dispone il diritto a cui sono soggette una o più società partecipanti), l'ampliamento delle informazioni e indicazioni prescritte per la pubblicazione del progetto di fusione, il regime delle nullità e la rimessione della determinazione della data a partire dalla quale la fusione transfrontaliera diviene efficace al diritto dello Stato membro dell'incorporante o della risultante dalla fusione. *Amplius* v. A. SANTA MARIA, *Dir. comm. eur. cit.*, p. 226 e s.

⁸⁴³ Per tale suddivisione v. G. RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento* cit., p. 13 ss.

Stato della risultante dalla fusione e, infine, la stipulazione degli atti di approvazione dell'operazione, mediante atto pubblico.

Il progetto comune di fusione transfrontaliera deve essere redatto a cura degli organi di amministrazione di ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera. La direttiva stabilisce le indicazioni che devono comparire obbligatoriamente in tale progetto, ma tale è il contenuto minimo dell'atto.⁸⁴⁴ Si ritiene infatti che ciascuno Stato membro possa prescrivere l'inserimento di ulteriori informazioni.⁸⁴⁵

Una volta redatto secondo le prescrizioni, il progetto di fusione dovrà essere pubblicato, secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro (a norma dell'art. 3 della direttiva 68/151/CEE), al più tardi un mese prima dell'assemblea generale che deve decidere al riguardo. Le modifiche apportate alla decima direttiva nel 2009, hanno introdotto per alcuni casi predeterminati una forma semplificata di pubblicazione del progetto di fusione attraverso i siti internet delle società coinvolte nella fusione o mediante una piattaforma elettronica centrale predisposta da ciascuno Stato membro.⁸⁴⁶ La direttiva fissa poi, fatti salvi gli altri requisiti imposti dallo Stato membro il cui

⁸⁴⁴ A norma dell'art. 5 della direttiva 2005/56/CE il progetto di fusione deve obbligatoriamente contenere le seguenti informazioni: a) la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società che partecipano alla fusione e quelle previste per la società derivante dalla fusione transfrontaliera; b) il rapporto di cambio dei titoli o delle quote rappresentativi del capitale sociale ed eventualmente l'importo del conguaglio in contanti; c) le modalità di assegnazione dei titoli o delle quote rappresentativi del capitale sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera; d) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione; e) la data a decorrere dalla quale tali titoli o quote rappresentativi del capitale sociale danno diritto alla partecipazione agli utili, nonché ogni modalità particolare relativa a tale diritto; f) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società che partecipano alla fusione si considerano, dal punto di vista contabile, compiute per conto della società derivante dalla fusione transfrontaliera; g) i diritti accordati dalla società derivante dalla fusione transfrontaliera ai soci titolari di diritti speciali o ai possessori di titoli diversi dalle quote rappresentative del capitale sociale o le misure proposte nei loro confronti; h) tutti i vantaggi particolari eventualmente attribuiti agli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera nonché ai membri degli organi di amministrazione, di direzione, di vigilanza o di controllo delle società che partecipano alla fusione; i) l'atto costitutivo e lo statuto della società derivante dalla fusione transfrontaliera; j) se del caso, informazioni sulle procedure secondo le quali sono fissate a norma dell'articolo 16 le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società derivante dalla fusione transfrontaliera; k) informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società derivante dalla fusione transfrontaliera; l) la data della chiusura dei conti delle società partecipanti alla fusione utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera. Per un confronto con le indicazioni richieste per le fusioni interne secondo quanto disposto dalla direttiva 68/151/CEE sulla quale è modellata la regolamentazione delle fusioni transfrontaliere v. G. RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento* cit., p. 13 e s.

⁸⁴⁵ Depone in questo senso in particolare l'avverbio "almeno" riferito alle informazioni elencate dal primo paragrafo dell'art. 5 della direttiva quali obbligatorie. La norma infatti recita "Tale progetto comprende *almeno...*" (corsivo aggiunto), chiaramente indicando che gli elementi di seguito indicati rappresentano le informazioni minime da inserire nel progetto di fusione: cfr. art. 5, par. 1, direttiva 2005/56/CE.

⁸⁴⁶ Cfr. art. 6, parr. 1 e 2, direttiva 2005/56/CE. La direttiva 2009/109/CE ha introdotto l'obbligo per ogni Stato membro di predisporre un'apposita piattaforma elettronica centrale volta alla pubblicazione delle informazioni rilevanti.

diritto è applicabile alla società partecipante alla fusione, anche l'ulteriore obbligo di pubblicare sulla Gazzetta ufficiale di detto Stato membro alcune informazioni tra quelle obbligatoriamente incluse nel progetto, segnatamente concernenti le società partecipanti (forma, denominazione e sede statutaria, nonché registro presso il quale sono iscritte con indicazione del numero di iscrizione) e le indicazioni di interesse per i creditori e i soci di minoranza (modalità di esercizio dei loro diritti).⁸⁴⁷ Non è previsto però alcun termine per quest'ultima pubblicazione, ma è ragionevole ritenere che, riguardando anche i diritti dei creditori e dei soci di minoranza, debba intervenire prima del momento a partire dal quale detti diritti possono essere esercitati e comunque in tempo utile per consentire ai soggetti interessati di informarsi adeguatamente. Il che vuol dire che la pubblicazione nelle Gazzette ufficiali dovrà avvenire comunque prima dell'iscrizione della delibera di approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea dei soci, momento che segna il decorso del termine per gli eventuali diritti di opposizione o di recesso in capo ai creditori sociali e ai soci di minoranza.⁸⁴⁸

Accompagna il progetto di fusione una relazione redatta dall'organo di direzione o di amministrazione di ognuna delle società partecipanti alla fusione. La relazione, destinata ai soci, deve non solo illustrare e giustificare gli aspetti giuridici ed economici della fusione transfrontaliera ma anche spiegare le conseguenze dell'operazione per i soci, i creditori e i lavoratori. La direttiva prescrive che tale relazione venga messa a disposizione dei soci e dei rappresentanti dei lavoratori almeno un mese prima dell'assemblea. Alle legislazioni nazionali si fa invece riferimento in relazione ad un eventuale parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori, da allegare alla relazione, ove prescritto.⁸⁴⁹ È prevista, inoltre, la presentazione di una relazione di esperti indipendenti, anch'essa destinata ai soci, da rendere disponibile secondo la stessa tempistica della relazione degli amministratori. Di regola dovrebbe essere redatta una relazione per ciascuna società, ma la direttiva consente, a determinate condizioni, la presentazione di un'unica relazione scritta destinata ai soci di tutte le società partecipanti. Il contenuto minimo obbligatorio di questa relazione è disciplinato

⁸⁴⁷ Cfr. art. 6, par. 3, direttiva 2005/56/CE.

⁸⁴⁸ Così G. RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento* cit., pp. 14-15.

⁸⁴⁹ Cfr. art. 7, direttiva 2005/56/CE.

mediante rinvio alla direttiva sulle fusioni interne. I soci di ciascuna delle società partecipanti all'operazione possono, infine, rinunciare all'esame del progetto comune di fusione transfrontaliera da parte di esperti indipendenti o alla relazione di esperti.⁸⁵⁰

La fase decisionale si conclude con la delibera, generalmente da parte dell'assemblea generale di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, di approvazione del progetto comune. Si noti che all'assemblea è attribuita dalla disciplina uniforme la possibilità di subordinare la realizzazione dell'operazione all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori alla società risultante dalla fusione.⁸⁵¹ La direttiva nulla dispone circa le modalità della decisione che saranno rimesse al diritto che regola ciascuna delle società partecipanti all'operazione transfrontaliera.

Le regole uniformi contenute nella decima direttiva prescrivono due tipi di controllo, il primo preliminare alla fusione ed avente ad oggetto gli adempimenti procedurali incombenti a ciascuno società che partecipa all'operazione, il secondo successivo e concernente la realizzazione della fusione. Il controllo preventivo delle autorità nazionali dello Stato membro di ognuna delle società coinvolte (designate secondo le norme interne) deve riguardare la legittimità del procedimento seguito e concretizzarsi in un certificato che attesti in modo definitivo l'adempimento regolare degli atti e delle formalità preliminari alla fusione. L'ulteriore controllo della legittimità delle procedura relativa alla realizzazione della fusione transfrontaliera da parte delle autorità nazionali indicate come competente dal diritto dello Stato membro che regola ciascuna delle partecipanti.⁸⁵²

La determinazione del momento determinante dell'efficacia della fusione transfrontaliera è rimesso, ancora una volta, alla legislazione dello Stato membro cui è soggetta l'incorporante o la risultante dalla fusione, così come al diritto degli Stati membri di ciascuna società partecipante all'operazione è fatto rinvio per la determinazione delle modalità di pubblicizzazione della fusione transfrontaliera nei rispettivi registri pubblici in cui esse erano iscritte. La direttiva stabilisce però una forma di coordinamento tra detti registri,

⁸⁵⁰ Cfr. art. 8, direttiva 2005/65/CE.

⁸⁵¹ Cfr. art. 9, direttiva 2005/65/CE. È previsto che la legislazione di uno Stato membro possa non richiedere l'approvazione del progetto da parte dell'assemblea generale, ma consideri sufficiente una decisione dell'organo amministrativo, se sono soddisfatte le condizioni poste dall'art. 8 della direttiva 78/855/CEE.

⁸⁵² Cfr. rispettivamente artt. 10 e 11, direttiva 2005/65/CE. Sui controlli di legittimità *amplius* v. R. DESSI, *op. cit.*, p. 195 e s.

imponendo direttamente un obbligo di notifica immediata dell'avvenuta fusione transfrontaliera e della sua efficacia da parte del registro di iscrizione della società derivante dalla fusione ai registri delle società coinvolte e prevedendo che la cancellazione delle iscrizioni non può aver luogo se non dopo tale notifica.⁸⁵³

Gli effetti della fusione transfrontaliera sono direttamente regolati dalle norme contenute nella decima direttiva. Le fusioni transfrontaliere coperte dalla direttiva 2005/56/CE, a partire dal momento in cui divengono efficaci ai sensi del diritto nazionale che regge la società derivante dall'operazione, comportano tre ordini di effetti: in primo luogo il trasferimento dell'intero patrimonio (attivo e passivo) dell'incorporata all'incorporante o delle società partecipanti alla società di nuova costituzione risultante dalla fusione transfrontaliera, secondariamente l'assunzione da parte dei soci dell'incorporata o delle partecipanti della qualità di soci dell'incorporante o della risultante e, infine, l'estinzione dell'incorporata o delle società partecipanti. Inoltre, la direttiva prescrive il trasferimento alla società risultante dalla fusione dei diritti e degli obblighi delle società che prendono parte alla fusione derivanti dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro in essere al momento in cui la fusione diviene efficace.⁸⁵⁴

Il legislatore europeo è intervenuto direttamente anche semplificando il procedimento dettato dalle disposizioni armonizzate nel caso di fusione transfrontaliera per incorporazione di società interamente posseduta, a cui si aggiunge (a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva 2009/109) anche l'ipotesi di fusione transfrontaliera per incorporazione di società posseduta in misura pari o superiore al 90%, qualora ciò sia previsto dal diritto regolatore dell'incorporante o dell'incorporata.

La direttiva affronta, poi, la delicata questione della tutela degli interessi dei lavoratori, motivo dell'ostilità tedesca nei confronti della proposta di X direttiva e non solo.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Cfr. art. 13, direttiva 2005/56/CE.

⁸⁵⁴ Cfr. art. 14, direttiva 2005/56/CE. La norma prevede che qualora, in caso di fusione transfrontaliera di società a cui si applica la direttiva, il diritto di uno Stato membro prescriva formalità particolari per l'opponibilità ai terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni apportati dalle società partecipanti alla fusione, tali formalità siano adempiute dalla società derivante dall'operazione.

⁸⁵⁵ Per un approfondimento sulla questione della partecipazione dei lavoratori v. M. PANNIER, *The EU Cross Border Merger Directive – A new Dimension for Employee Participation and Company Restructuring*, in *EBLR*, 2005, p. 1424 ss. Sul punto v. anche A. CARDUCCI ARTENISIO, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/CE in*

Il principio generale fissato dalla direttiva in materia è quello dell'applicazione alla società derivante dalla fusione delle disposizioni eventualmente vigenti in materia di partecipazione dei lavoratori nello Stato membro ove è situata la sede sociale.⁸⁵⁶ Invero la maggior parte degli Stati membri non conosce l'istituto della cogestione né discipline simili. Al ricorrere di determinate condizioni fissate dall'art. 16, par. 2, della direttiva, è previsto un correttivo alla regola generale, correttivo che si attua per mezzo del principio "del prima e del dopo" già vigente in relazione alla SE. Ciò significa che se i lavoratori hanno beneficiato di un regime di partecipazione prima della fusione, continueranno a beneficiarne anche a seguito di tale operazione (eccetto il superamento di determinate soglie). A tal proposito un'apposita negoziazione dovrà procedere parallelamente alla procedura di fusione, oppure, in assenza di detta negoziazione, si applicheranno le regole stabilite nella direttiva 2001/86/CE.⁸⁵⁷

Da ultimo, per garantire stabilità alle fusioni transfrontaliere si prevede che non sia più possibile pronunciare la nullità di una fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia secondo quanto previsto dal diritto nazionale che regola la società derivante dall'operazione.⁸⁵⁸

In conclusione, giova ricordare che per effetto della sovrapposizione di vari momenti dell'attività legislativa e interpretativa delle istituzioni dell'Unione europea All'intero di detto ordinamento giuridico sovranazionale coesistono, al momento in cui si scrive, tre "regimi" relativi alle fusioni transfrontaliere, sedimentati in tempi diversi. Il "regime", per così dire, più generale è quello costituito dai principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *SEVIC*: esso si applica a tutte le società e, più in generale, a tutti gli altri enti beneficiari della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 54, TFUE. Le fusioni transfrontaliere di queste società sono consentite in virtù del riconoscimento di tale operazione come una delle possibili e molteplici modalità di esercizio della libertà di stabilimento, ma la loro regolamentazione è in

materia di fusioni transfrontaliere, in *Giur. comm.le*, 2008, I, p. 1194 ss., spec. p. 1216 ss., A. UGLIANO, *op. cit.*, p. 608 ss., M. MENJUCQ, *Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux*, in *Sem. Jur. - Éd. gén.*, n. 1, 11 Janvier 2006, act. 1, p. 3. Per un giudizio negativo sulla procedura prescritta in tema di partecipazione dei lavoratori v. 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. com. sc. int.*, 2006, p. 623 ss., spec. p. 630.

⁸⁵⁶ Cfr. art. 16, par. 1, direttiva 2005/56/CE.

⁸⁵⁷ Cfr. art. 16, parr. 3 e 4, direttiva 2005/56/CE.

⁸⁵⁸ Cfr. art. 17, direttiva 2005/56/CE.

concreto rimessa alle legislazioni nazionali, circostanza che potrebbe concretamente mettere a rischi la realizzabilità dell'operazione.

A questo regime generale se ne aggiunge un altro speciale rappresentato dalla disciplina contenuta direttiva 2005/56/CE a cui sono assoggettate tutte le società di capitali (ad esclusione delle cooperative e delle società che hanno ad oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico). L'adozione di una regolamentazione uniforme semplifica l'effettuazione delle fusioni transfrontaliere, specialmente riducendone i costi, a tutto beneficio della mobilità societaria nell'Unione europea,⁸⁵⁹ sebbene il suo ambito di applicazione sia limitato alle sole società di capitali ed escluda, quindi, società diversa ma comunque beneficiarie della libertà di stabilimento, quali le società di persone.

Infine, un terzo regime è rappresentato dalle disposizioni contenute nel regolamento (CE) n. 2157/200 concernenti la creazione di una SE mediante fusione, le quali sembrano applicarsi al solo momento genetico di una SE e sono, per giunta, limitate alle sole società per azioni. Si ritiene che i rapporti tra questi diversi regimi debbano essere regolati secondo il principio di specialità nell'ordine in cui sono esposti, sebbene qualche difficoltà di coordinamento sia comunque immaginabile.

5. (segue) L'attuazione della direttiva 2005/56/CE negli ordinamenti nazionali.

5.1. L'attuazione della direttiva n. 2005/56/CE nell'ordinamento italiano.

Il termine per la trasposizione della direttiva 2005/56/CE negli ordinamenti interni degli Stati membri era il 15 dicembre 2007, due anni dopo la sua entrata in vigore. Il legislatore italiano ha provveduto a darle attuazione, solo dopo l'avvio di una procedura di

⁸⁵⁹ Così T. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, p. 72, P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 490, il quale però sottolinea anche l'esigenza della previsione delle dovute cautele a favore dei socie dissenzienti, dei creditori e dei lavoratori.

infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, con il decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, recante attuazione della direttiva 2005/56/CE.⁸⁶⁰

Il decreto si applica alle fusioni tra una o più società costituite secondo il diritto italiano e una o più costituite conformemente alla legge di un altro Stato membro dell'Unione europea, dalle quali risultino una società italiana o una società di un altro Stato membro (intendendosi d'ora in avanti con l'espressione "società di un altro Stato membro" una società regolata dal diritto di un altro Stato membro). Parimenti, il decreto si applica alle fusioni a cui partecipino società che non abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale all'interno dell'Unione europea, ma solo a condizione di reciprocità, e cioè purché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia ugualmente prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti all'operazione. Nei casi di fusione transfrontaliera tra una società italiana e una società di uno Stato terzo in cui non sia rispettata la condizione di reciprocità, il decreto richiede comunque il rispetto di una serie di disposizioni che costituiscono una sorta di nocciolo duro e la cui applicazione si impone per il solo fatto che dette operazioni coinvolgano una società italiana.⁸⁶¹

L'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina di recepimento della decima direttiva effettuata dal legislatore italiano unilateralmente è in linea con la giurisprudenza *SEVIC* che impone agli Stati membri di consentire le fusioni transfrontaliere a tutte le società beneficiarie della libertà di stabilimento ed è da attribuire alla volontà di evitare disparità di trattamento e problemi di compatibilità con le norme del trattato sulla libertà di stabilimento.⁸⁶² Tuttavia, tale estensione presenta delle criticità, laddove non distingue la

⁸⁶⁰ Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *G.U.R.I.* n. 140 del 17/6/2008, entrato in vigore il 2 luglio 2008. Il decreto legislativo fu adottato su Legge delega 6 febbraio 2007, n. 13 (c.d. "legge comunitaria 2006"), in *G.U.R.I.* n. 40 del 17/2/2007 - Suppl. Ordinario n. 41. Nel frattempo, la Commissione europea avviò procedure di infrazione per mancato adempimento della X direttiva nei confronti dell'Italia e di altri dieci Stati membri (Belgio, Grecia, Spagna, Francia, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia e Slovenia).

⁸⁶¹ Cfr. art. 2, d.lgs. n. 108/2008. Sulla questione della definizione dell'ambito di applicazione *ratione personae* del decreto v. M. V. BENEDETTELLI, G. RESCIO, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008* cit. p. 743 e s.

⁸⁶² Sui profili di possibile incompatibilità di un regime sulle fusioni internazionali differenziato per le società di capitali da un lato e per le altre società e le persone giuridiche beneficiarie della libertà di stabilimento dall'altro v. P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 487. Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, G. RESCIO, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008* cit., pp. 743-744, secondo i quali l'allineamento dell'ambito di applicazione della normativa di recepimento a quello della direttiva

disciplina a seconda che le società partecipanti siano beneficiarie della libertà di stabilimento oppure no rischia di essere deviante rispetto all'intento del legislatore. Come osservato in dottrina ciò potrebbe condurre a dimenticare che le due differenti ipotesi debbono essere interpretate secondo i diversi parametri interpretativi propri del rispettivo contesto e l'eccessiva rigidità della condizione formale di reciprocità potrebbe concretizzarsi in un ostacolo alla libertà di stabilimento.⁸⁶³

Sono del tutto escluse dall'applicazione della disciplina del d.lgs. n. 108/2008 le fusioni transfrontaliere che coinvolgono società di investimento a capitale variabile (Sicav) costituite ai sensi dell'art. 43, d.lgs. 58/1998, c.d. TUF, società cooperative a mutualità prevalente ai sensi dell'art. 2512 c.c. e società di tipo diverso (c.d. fusioni eterogenee), laddove la legge applicabile ad una di esse non consenta di procedere a analoga fusione interna. Allo stesso modo esula dall'ambito di applicazione della disciplina di attuazione il trasferimento di parte dell'azienda.⁸⁶⁴

La normativa italiana di recepimento della decima direttiva muove dal principio, emergente dalla direttiva stessa, della tendenziale parificazione della fusione transfrontaliera alla fusione interna, salvo quanto diversamente previsto dal diritto dell'Unione europea e dal diritto nazionale per tener conto delle peculiarità discendenti dal carattere internazionale della fattispecie.⁸⁶⁵ Così, in attuazione di quanto previsto dall'art. 4, par. 1, lett. b), direttiva n. 2005/56/CE, l'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 218/2008, dispone che, salvo quanto espressamente disposto dal decreto stesso, alle società italiane partecipanti a fusioni transfrontaliere si applichino le norme di cui al titolo V, capo, X, sezione II del libro V del codice civile, ossia

avrebbe dato luogo a due regimi differenziati (uno "agevolato" risultante dall'armonizzazione europea, l'altro di diritto comune, più complesso e di difficile applicazione), la cui diversità avrebbe sollevato problemi di compatibilità sia con l'art. 49, TFUE, sia con l'art. 3, Cost. V. inoltre, P. BERTOLI, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *RDIPP*, 2010, p. 35 ss., spec. p. 40.

⁸⁶³ Così v. M. V. BENEDETTELLI, G. RESCIO, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008* cit. pp. 744-745.

⁸⁶⁴ Cfr. art. 3, d.lgs. n. 108/2008. Per una dettagliata analisi delle società che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina di attuazione e, segnatamente, di quelle che ricadono nella formula di chiusura sulla definizione di società di capitali, ripresa nel decreto dall'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 2005/56/CE, v. P. MENTI, *Attuazione della dir. 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, in *NLCC*, 2009, p. 1309 ss., spec. p. 1314 ss.

⁸⁶⁵ Dal considerando n. 3 e dall'art. 4 della direttiva 2005/56/CE si ricava il principio della tendenziale parificazione tra la fusione transfrontaliera e la fusione interna, salvo quanto necessario a tener conto delle peculiarità discendenti dagli elementi di internazionalità presenti nella fattispecie transfrontaliera. Sul punto v. G. RESCIO, M. V. BENEDETTELLI, *Relazione accompagnatoria allo Schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria 2005/56/CE*, in *RDS*, 2009, p. 946 ss., spec. p. 947, M. SIEMS, *The European Directive* cit., p. 174.

gli artt. 2501 ss. La medesima disposizione prevede che, in caso di conflitto tra le leggi applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera, debba esser data prevalenza alla legge applicabile alla società incorporante o risultante dalla fusione e ciò sulla base della considerazione che la direttiva sembra esprimere un certo favore nei confronti di detta legge.⁸⁶⁶ L'art. 3, c. 3, d.lgs. n. 108/2008 opera una forma di coordinamento tra la disciplina di recepimento della X direttiva e la norma di conflitto italiana concernente le società, precisando che una fusione transfrontaliera attuata in conformità del suddetto decreto soddisfa il requisito di cui all'art. 25, c. 3, legge n. 218/1995. Tale specificazione mira ad evitare un riesame di quanto già accertato dalle competenti autorità straniere in sede di controllo del corretto svolgimento della procedura e della legittimità della fusione.⁸⁶⁷

Il decreto modula poi l'applicazione del diritto italiano in funzione degli interessi da tutelare. Così esclude l'applicazione del diritto italiano alle ipotesi di *leveraged buy out* quando la società partecipante alla fusione, il cui controllo è oggetto di acquisizione, è regolata dal diritto di un altro Stato membro, ma fa invece salva l'applicazione di alcune norme italiane volte a salvaguardare interessi pubblici ritenuti irrinunciabili. In particolare si impone l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2112, c.c., e all'art. 47, legge 29 dicembre 1990, n. 428, che prescrivono il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda e alcuni obblighi informativi a favore delle rappresentanze sindacali, nonché la disciplina di CONSOB, Banca d'Italia ISVAP, Autorità garante della concorrenza e del mercato e Ministero dell'Economia e delle Finanze, come regolate nei rispettivi testi normativi di riferimento.⁸⁶⁸ È fatta salva anche la disciplina della costituzione della SE

⁸⁶⁶ Sembrerebbe deporre in questo senso la rilevanza attribuita nelle disposizioni della X direttiva a detta legge nella fase di realizzazione della fusione transfrontaliera. Sul punto v. M. V. BENEDETTELLI, G. RESCIO, *Il Decreto Legislativo n. 108/2008* cit., p. 747, i quali sottolineano come il principio di prevalenza della legge della risultante dalla fusione sia stato ritenuto maggiormente in linea rispetto ad altri, quali il principio del *favor* per l'ordinamento più liberale, con la giurisprudenza *SEVIC* che, affermando il diritto alla "libera circolazione dei modelli societari" in una prospettiva di concorrenza tra ordinamenti, lascia sì ai privati la scelta della *lex societatis* in base alla quale organizzare la propria impresa, ma presuppone anche che ciascuno Stato membro resti sovrano nel definire il contenuto della propria *lex societatis*, anche con riguardo alle procedure necessarie alla realizzazione delle fusioni.

⁸⁶⁷ Così v. G. RESCIO, M. V. BENEDETTELLI, *Relazione accompagnatoria* cit., p. 947.

⁸⁶⁸ Cfr. art. 4, commi 3, 4, 5, d.lgs. n. 108/1998. Sono fatti la disciplina e i poteri di CONSOB, Banca d'Italia ISVAP, Autorità garante della concorrenza e del mercato e Ministero dell'Economia e delle Finanze, previsti dai decreti legislativi n. 385/1993, c.d. TUB, n. 58/1998, c.d. TUF, n. 209/2006, codice delle assicurazioni private, e dalle leggi n. 287/1990 in materia di tutela della concorrenza e del mercato e n. 474/1994 in materia di c.d. società privatizzate.

mediante fusione.⁸⁶⁹

L'ossatura del procedimento di fusione è delineata dalla direttiva 2005/56/CE. Preme qui indicare le soluzioni che il legislatore ha accolto negli spazi lasciati alla competenza del diritto nazionale, vuoi per il rinvio ad esso effettuato dalle disposizioni di detta direttiva vuoi per le opzioni consentite al legislatore nazionale rispetto ad alcuni aspetti.

In primo luogo si segnala la scelta di introdurre una forma di tutela a favore dei soci di minoranza che si sono espressi contro l'approvazione del progetto di fusione. Il socio non consenziente ha diritto di recedere dalla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera quando la risultante dell'operazione sia una società di altro Stato membro. Le modalità di recesso sono determinate dalle norme del codice civile applicabili alle società da cui si recede, fatte salve le altre cause di recesso prevista dalla legge o dallo statuto.⁸⁷⁰

Quanto al progetto comune, oltre alle informazioni prescritte dalla direttiva, esso deve contenere l'ulteriore indicazione della data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione, laddove la legge della società derivante dalla fusione non consenta di individuare tale momento con precisione sin dall'inizio.⁸⁷¹ Per la determinazione delle modalità di pubblicazione del progetto comune il decreto attuativo fa espresso rinvio alla disciplina della fusione interna che, prescrive il deposito del progetto per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione, iscrizione che deve intervenire almeno trenta giorni prima della data prevista per la decisione, salvo rinuncia al termine espressa con consenso unanime dei soci. Colmando la lacuna dell'art. 6 par. 2, della direttiva che prescrive l'obbligo di pubblicare determinate informazioni nella Gazzetta ufficiale di ciascuno Stato membro senza tuttavia indicare un termine o fare rinvio alle legislazioni nazionali, il decreto attuativo estende il termine prescritto per la pubblicità

⁸⁶⁹ Cfr. art. 4, c. 6, d.lgs. n. 108/1998.

⁸⁷⁰ Cfr. l'art. 5 del d.lgs. n. 108/2008. Sul punto v. *Decreto Legislativo 20 maggio 2008, n. 108 e Schema di progetto di Decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria 2005/56/CE*, in *RDS*, 2009, p. 932 ss., spec. p. 936 e G. RESCIO, M. V. BENEDETTELLI, *Relazione accompagnatoria* cit., p. 948, ove si proponeva l'attribuzione del diritto di recesso al socio non consenziente a prescindere dal mutamento degli elementi identificativi del tipo sociale o dello Stato di ubicazione della sede sociale. Similmente dal punto di vista della subordinazione del diritto di recesso al socio non consenziente la legislazione spagnola di attuazione della direttiva: v. *infra* par. 5.2.4.

⁸⁷¹ Cfr. art. 6, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 108/2008. Non è stato invece introdotto l'obbligo di precisare nel progetto comune di fusione la legge regolatrice delle società partecipanti e della derivante dalla fusione come proposto dagli autori dello schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva: a tal proposito v. G. RESCIO, M. V. BENEDETTELLI, *Relazione accompagnatoria* cit., p. 950.

nel registro delle imprese a quella nella Gazzetta ufficiale.⁸⁷²

Della relazione degli esperti possono essere incaricati revisori contabili o società di revisione iscritte presso il Ministero della giustizia o presso l'apposito albo nel caso in cui la società italiana partecipante alla fusione sia ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati. Se la risultante dalla fusione è una società per azioni o in accomandita per azioni o società di altro Stato membro di tipo equivalente tali esperti sono nominati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione.⁸⁷³ Per la delibera di approvazione del progetto comune di fusione il legislatore italiano rinvia a quanto prescritto dalla direttiva e dalle norme sulle fusioni interne.⁸⁷⁴

Si individua nel notaio l'autorità chiamata a effettuare sia i controlli preventivi che danno luogo al certificato preliminare alla fusione, sia quelli successivi relativi alla legittimità della fusione transfrontaliera.⁸⁷⁵ L'atto di fusione, elemento imprescindibile del procedimento di fusione per il diritto italiano, deve risultare da atto pubblico. Se la società derivante dalla fusione è una società retta dal diritto italiano sarà il notaio a redigere l'atto di fusione mediante atto pubblico, diversamente sarà l'autorità dello Stato membro il cui diritto regolerà la risultante a redigere l'atto, che verrà poi depositato presso il notaio italiano per la pubblicazione. Si ricorda che in caso di contrasto tra le normative nazionali circa l'autorità e le formalità necessarie alla conclusione dell'atto di fusione dovrebbe prevalere quanto previsto dalla legge della risultante dalla fusione.⁸⁷⁶

Il legislatore italiano fa dipendere l'efficacia della fusione transfrontaliera la cui società risultante sia italiana dall'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese competente in relazione alla società derivante. Se la società derivante dalla fusione è una società italiana entro trenta giorni dalla sua conclusione l'atto di fusione, unitamente ai certificati preliminari e all'attestazione del controllo di legittimità della fusione, deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede ciascuna della

⁸⁷² Cfr. art. 7, d.lgs. n. 108/2008, il quale fa espresso rinvio all'art. 2501-ter, commi 3 e 4, c.c. per la pubblicità da farsi mediante il registro delle imprese e fissa il termine di trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione transfrontaliera.

⁸⁷³ Cfr. art. 9, d.lgs. n. 108/2008.

⁸⁷⁴ Cfr. art. 10, d.lgs. n. 108/2008.

⁸⁷⁵ Cfr. artt. 11 e 13, d.lgs. n. 108/2008.

⁸⁷⁶ Cfr. art. 12, d.lgs. n. 108/2008.

società italiane partecipanti alla fusione e la risultante. Se invece la derivante è una società retta dal diritto di un altro Stato membro il medesimo adempimento è prescritto entro trenta giorni dall'espletamento del controllo di legittimità.⁸⁷⁷ Con riferimento agli effetti della fusione transfrontaliera e all'invalidità il decreto attuativo riprende esattamente le disposizioni della direttiva, introducendo tuttavia il risarcimento del danno spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione transfrontaliera per l'effetto di una operazione realizzata in violazione delle norme che la regolano.⁸⁷⁸

5.2. *L'attuazione della direttiva n. 2005/56/CE in altri Stati membri.*

Entrata in vigore il 15 dicembre 2005, la direttiva n. 2005/56/CE doveva essere trasposta negli ordinamenti interni nei due anni successivi, entro il 15 dicembre 2007. Alcuni Stati membri hanno dimostrato grande solerzia, altri hanno addirittura subito una procedura di infrazione per mancata trasposizione della direttiva (su venticinque Stati allora membri dell'Unione europea, ben dieci hanno subito l'iniziativa della Commissione). Ora, senza pretese di completezza e di esaustività, s'intende piuttosto, in una prospettiva di più ampio respiro, dar conto dell'approccio dei legislatori degli altri Stati membri alla trasposizione interna alle disposizioni della direttiva 2005/56/CE e delle differenti soluzioni adottate, rispetto al legislatore italiano, all'interno degli spazi che la direttiva stessa ha riservato al diritto di ciascuno Stato membro. Ci si riferisce, specialmente, alla questione della definizione dell'ambito di applicazione delle discipline di attuazione, alle scelte in materia di tutela degli azionisti di minoranza non consenzienti e dei creditori, all'indicazione delle autorità preposte ad effettuare i controlli di legittimità prescritti dalla direttiva e al momento determinante per l'efficacia della fusione transfrontaliera.

Quanto poi alla procedura semplificata in caso di fusione per incorporazione di società interamente posseduta il legislatore italiano fa uso dell'opzione lasciatagli dalla direttiva e

⁸⁷⁷ Cfr. artt. 14, e 15 d.lgs. n. 108/2008.

⁸⁷⁸ Cfr. artt. 16 e 17, d.lgs. n. 108/2008.

estende la semplificazione alla fusione per incorporazione di società posseduta per quota pari o superiore al 90%.

Infine, la questione della partecipazione dei lavoratori è disciplinata attraverso il rinvio, parziale e con la previsione di alcune modifiche, alla disciplina introdotta dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188 con riguardo al regolamento istitutivo della SE in recepimento della direttiva 2001/86/CE, salvo la possibilità di applicare gli accordi tra le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società partecipante alla fusione transfrontaliera che sia gestita in regime di codeterminazione nei sei mesi antecedenti alla pubblicazione del progetto comune e abbia almeno 500 dipendenti.

5.2.1. *La modifica del Umwandlungsgesetz tedesco.*

La Germania fu tra gli Stati più pronti nel dare attuazione alla direttiva sulle fusioni transfrontaliere. La proposta legislativa a firma del *Bundesministerium der Justiz* per la trasposizione della direttiva risale al 13 febbraio 2006. Tale atto riguardava però solamente la parte di diritto societario, escludendo invece la questione delicata della *Mitbestimmung*.

Il progetto constava di cinque articoli (a fronte dei venti del d.lgs.108/2008) volti a modificare principalmente l'esistente *Umwandlungsgesetz – UmwG*, nel quale sono stati poi inseriti i §§ da 122a-122l, vigenti dal 25 aprile 2007.⁸⁷⁹ Le questioni relative alla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle società sono state invece affrontate separatamente nel *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – MgVG* del 21 dicembre 2006, ovvero la legge sulla partecipazione dei lavoratori in una fusione transfrontaliera.⁸⁸⁰

La filosofia che ha ispirato la disciplina tedesca di recepimento della direttiva

⁸⁷⁹ La legge di recepimento della direttiva ha introdotto una apposita sezione sulle fusioni transfrontaliere nel libro II del *Umwandlungsgesetz*. Sul punto v. P.D. BELTRAMI, *Progetto di legge recante modifiche all'Umwandlungsgesetz tedesco*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1176 e s., spec. p. 1177, P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 486, K. CH. JAENECKE, A. VOGEL, *Germany*, in G. ARNÒ, G. FISCHETTI (a cura di), *Le fusioni transfrontaliere*, Milano, 2009, p. 115 ss., spec. p. 116.

⁸⁸⁰ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3332), das durch Artikel 11 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479) geändert worden ist.

assomiglia a quella che ha mosso anche il legislatore italiano. In forza del § 122a, *Abs.* 2, *UmwG*, alle società tedesche che partecipino ad una fusione transfrontaliera si applicano, in linea di principio, le norme generali sulla fusione interna, integrate laddove il carattere transfrontaliero della fattispecie lo richiede. Il provvedimento di recepimento tedesco non contiene alcuna novità rispetto alla direttiva quanto all'ambito di applicazione oggettivo, dal momento che le nuove norme tedesche si applicano alle fusioni transfrontaliere e cioè alle fusioni in cui almeno una delle società partecipanti sia soggetta alla legge di un altro Stato membro dell'Unione europea (o dello SEE).⁸⁸¹ A differenza di quanto poi fatto dal legislatore italiano quello tedesco ha preferito mantenere anche l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina di attuazione pressoché allineato a quello della direttiva. La nuova normativa tedesca, infatti, si applica alle sole società di capitali ai sensi dell'art. 2, par. 1, direttiva 2005/56/CE, escluse le società cooperative e la società che hanno ad oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico.⁸⁸² Non sono però assoggettate alla nuova disciplina tutte le società rientranti nella nozione di società di capitali della direttiva, ma solo a quelle che beneficiano della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 49 e 54, TFUE, ossia quelle costituite in conformità al diritto di uno Stato membro e aventi in uno Stato membro dell'Unione europea, la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale.⁸⁸³

Come sottolineato da accorta dottrina, la limitazione dell'ambito di applicazione soggettivo alle sole società di capitali solleva dubbi di compatibilità con la libertà di stabilimento. Si è suggerito al legislatore tedesco un ripensamento circa l'opportunità di estendere l'ambito di applicazione della disciplina sulle fusioni transfrontaliere e, nel frattempo, alle società al momento escluse da detta normativa di trasformarsi in società di

⁸⁸¹ Cfr. § 122a, *MgVG*.

⁸⁸² Cfr. § 122b, *MgVG*. Di fatto le società rientranti nell'ambito di applicazione delle normativa nazionale di recepimento della direttiva comprendono la *Aktiengesellschaft (AG)*, la *Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)* e la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*. Il legislatore tedesco, come quello italiano, ha esercitato la facoltà, attribuita agli Stati membri dall'art. 3, par. 2, direttiva 2005/56/CE, di escludere le società cooperative.

⁸⁸³ Sono escluse dunque le società rette dalla legge di uno Stato membro ma costituite in base alla legge di uno Stato terzo così come le società costituite in uno Stato membro poi trasferitesi, conformemente a quanto prescritto dal diritto del luogo di costituzione, in uno Stato terzo.

capitali prima di procedere ad una fusione transfrontaliera.⁸⁸⁴

Quanto alla procedura di fusione essa ricalca evidentemente quella delineata dalla decima direttiva. Si segnalano alcune soluzioni originali previste dal legislatore tedesco negli spazi che la disciplina europea lascia ai diritti nazionali. In particolare, con riferimento alla relazione degli amministratori di ciascuna società partecipante alla fusione (art. 7, direttiva 2005/56/CE), la normativa tedesca prevede una limitazione alla notizie in essa contenute laddove imponga di omettere fatti che, se resi, possano causare uno svantaggio serio alle società coinvolte nell'operazione.⁸⁸⁵ In merito all'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea dei soci si prescrivono maggioranze qualificate.⁸⁸⁶

La disciplina tedesca di attuazione prevede forme di tutela per i soci che si sono opposti alla decisione di fusione e per creditori della società partecipante all'operazione. In particolare, la società tedesca partecipante alla fusione che a seguito della fusione non sia più soggetta al diritto tedesco deve offrirsi di acquistare le azioni dei soci di minoranza che si sono opposti alla delibera di approvazione del progetto di fusione transfrontaliera dietro adeguato corrispettivo. Inoltre i medesimi soci hanno diritto a chiedere, a determinate condizioni, anche un risarcimento sotto forma di un pagamento in denaro aggiuntivo. I creditori della società tedesca che per effetto della fusione si sottrae all'ordinamento tedesco invece possono chiedere che sia fornita idonea garanzia dei loro crediti se, in un periodo di due mesi dalla pubblicità delle condizioni di fusione, siano in grado di provare in maniera attendibile che il soddisfacimento delle loro pretese sarebbe danneggiato dall'operazione. Se la società in questione rimane soggetta al diritto tedesco il termine è di sei mesi dalla data in cui l'operazione diviene efficace.⁸⁸⁷

La fusione diviene efficace dal momento della sua iscrizione nel registro delle imprese tedesco competente, iscrizione che dev'essere pubblicata a cura del giudice tenentario del registro stesso.⁸⁸⁸

⁸⁸⁴ Così P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco* cit., p. 487.

⁸⁸⁵ Cfr. § 122e, § 8, *Abs. 2, MGVG*. Sul punto v. K. CH. JAENECKE, A. VOGEL, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁸⁶ Cfr. §§ 50, 65, *UmwG*, rispettivamente riguardanti la *GmbH* e la *AG*.

⁸⁸⁷ Cfr. rispettivamente §§ 122h, 122i, *UmwG*. Per maggiori dettagli v. K. CH. JAENECKE, A. VOGEL, *op. cit.*, p. 118.

⁸⁸⁸ Cfr. § 122l, *UmwG*.

5.2.2. *La modifica del Code de commerce francese.*

La trasposizione della decima direttiva nell'ordinamento francese è avvenuta tramite la *Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008*, che ha introdotto apposite disposizioni nel *Code de Commerce* per quanto riguarda la disciplina più squisitamente societaria e nel *Code du travail* con riferimento alla questione della partecipazione dei lavoratori alla società risultante dalla fusione.⁸⁸⁹

La società francesi che possono procedere ad una fusione transfrontaliera sono limitate, per espressa previsione normativa, alle *sociétés anonymes (SA)*, *sociétés en commandite par actions (SCA)*, *sociétés européennes (SE)* registrate in Francia, *sociétés à responsabilité limitée (SARL)* e *sociétés par actions simplifiées (SAS)*.⁸⁹⁰ Qualche dubbio è sorto in merito all'applicabilità della disciplina sulla fusione transfrontaliera alle forme unipersonali di società di capitali, quali l'*entreprise à responsabilité (EURL)* e la *société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)*.⁸⁹¹ Escluse invece sono le società cooperative e le società che hanno per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico.

La nozione di fusione transfrontaliera cui fa riferimento la normativa francese di attuazione è perfettamente coincidente con quella contenuta nella decima direttiva.⁸⁹² Le fusioni transfrontaliere che vedano coinvolta una società francese sono regolate in primo luogo dalla disciplina speciale inserita dalla legge di recepimento della decima direttiva e, in seconda battuta, dalle norme riguardanti le fusioni interne a cui è fatto espresso rinvio dall'art. L. 236-25 del *Code de commerce*.

Tra gli aspetti lasciati dalla direttiva alla competenza delle leggi degli Stati membri, occorre menzionare l'assenza nella normativa francese di norme specifiche sulla tutela dei

⁸⁸⁹ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, in *J. O.*, 04/07/2008. In particolare la citata legge ha introdotto nel *Code de commerce* gli artt. da L. 263-25 a L. 263-32 e nel *Code du travail* gli artt. da L. 2371-1 a L. 2375-1. Successivi decreti d'applicazione hanno arricchito la disciplina contenuta nel *Code de commerce* degli artt. da R. 636-13 a R. 636-20.

⁸⁹⁰ Cfr. art. L. 236-25, *Code de commerce*. L'elencazione espressa da parte del legislatore francese dei tipi societari ammessi alla fusione transfrontaliera è intesa ad escludere ogni dubbio in merito all'applicabilità della disciplina dell'istituto alle SE e alle SARL. Sul punto v. T. MASTRULLO, *La transposition en droit français de la directive sur le fusions transfrontalières: une avancée et des regrets*, Europe, 2009, étude 8, p. 3 e s., par. 6.

⁸⁹¹ Sul punto v. T. MASTRULLO, *La transposition en droit français cit.*, p. 3, par. 5, favorevole ad una loro inclusione nell'ambito di applicazione della disciplina sulle fusioni transfrontaliere. *Contra v. A. LECOURT, La transposition en France des fusions transfrontalières: entre innovations et espoirs déçus*, in *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 806 ss., spec. p. 809.

⁸⁹² Cfr. art. L. 236-25, *Code de commerce*.

soci di minoranza non consenzienti rispetto alla delibera di approvazione della fusione.⁸⁹³ Mancano anche specifiche norme di tutela dei creditori, tutela che assumerà le forme previste dal diritto comune francese.

Quanto alle autorità incaricate di effettuare i controlli, il controllo preventivo volto all'emissione del certificato preliminare alla fusione è affidato al cancelliere del *Tribunal de commerce* del luogo ove la società francese partecipante alla fusione è registrata, mentre il controllo di legittimità può essere svolto alternativamente ancora dal medesimo cancelliere o da un notaio (soluzione quest'ultima già accolta dal diritto francese in relazione alla SE).⁸⁹⁴

Vale la pena infine di accennare alla particolare disciplina della determinazione del momento in cui una fusione transfrontaliera diviene efficace secondo il diritto francese. Quest'ultimo distingue il momento in relazione al tipo di fusione. In caso di fusione con costituzione di nuova società, l'operazione diventa efficace dalla data della registrazione di tale società; nell'ipotesi di fusione per incorporazione la determinazione di tale data è rimessa alle determinazioni contenute nell'atto di fusione.⁸⁹⁵

5.2.3. *Il Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007 del Regno Unito.*

La direttiva 2005/56/CE è stata recepita nel Regno Unito mediante il *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*, entrato in vigore il 15 dicembre 2007. La normativa inglese ricalca l'ambito di applicazione oggettivo della direttiva 2005/56/CE. Quanto a quello soggettivo essa si applica a tutte le società, escluse le *companies limited by guarantee without share capital* e le società in liquidazione.⁸⁹⁶

⁸⁹³ Sul punto v. T. MASTRULLO, *La transposition en droit français* cit., pp. 6-7, il quale si rammarica di tale lacuna, temendone gli effetti negativi sulla disciplina delle fusioni transfrontaliere.

⁸⁹⁴ Cfr. rispettivamente artt. L. 236-29 e L. 236-18, *Code de commerce*.

⁸⁹⁵ Cfr. art. L. 236-31, *Code de commerce*. L'ipotesi della fusione transfrontaliera con costituzione di nuova società è regolata come previsto anche per le fusioni interne, mentre nel caso della fusione per incorporazione è data rilevanza al carattere convenzionale dell'operazione. Si badi che la volontà privata è limitata: non è consentito fissare una data anteriore ai prescritti controlli di legittimità né successiva alla data di chiusura dell'esercizio della società beneficiaria in corso nel momento della realizzazione dell'operazione.

⁸⁹⁶ Cfr. sec. 3 (1), *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*. Più precisamente la disciplina inglese di attuazione si applica a tutte le *private e public companies with a share capital*, incluse le *unlimited companies* ma escluse le "*companies*

In generale, la normativa inglese appare piuttosto fedele al dettato delle disposizioni della direttiva da cui non si discosta mai troppo, salvo qualche precisazione legata alla peculiarità del sistema e salva la disciplina della partecipazione dei lavoratori che appare regolata in maniera molto dettagliata.⁸⁹⁷

Negli ambiti lasciati dalla direttiva alla competenza dei diritti nazionali, si segnalano i seguenti aspetti. Anzitutto, i controlli preventivi per l'emissione del certificato preliminare alla fusione ed anche quelli successivi sulla legalità dell'operazione sono affidati all'autorità giudiziaria.⁸⁹⁸ Sempre in tema di indicazioni di soggetti competenti in relazione a alcuni aspetti della procedura, va menzionato il fatto che la relazione degli esperti è invece affidata a soggetti, nominati dagli amministratori della società del Regno Unito che partecipa alla fusione o dall'autorità giudiziaria o dall'autorità competente di un altro Stato membro. Gli esperti devono soddisfare i requisiti prescritti per la nomina a *statutory auditor* per tutte le società partecipanti alla fusione.⁸⁹⁹

Per quanto riguarda questione delle informazioni ai soci, si segnala che nella relazione dell'organo amministrativo o direttivo della società partecipante alla fusione debbono comparire ulteriori informazioni specifiche per il caso in cui la fusione transfrontaliera incida sui diritti degli obbligazionisti.⁹⁰⁰

In materia di termini è prevista l'anticipazione del termine per la messa a disposizione della relazione ai rappresentanti dei lavoratori ad almeno due mesi prima della data dell'assemblea generale e la fissazione di un termine pari ad almeno un mese prima della citata assemblea affinché il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori giunga in tempo per poter essere allegato alla relazione degli amministratori.⁹⁰¹ La delibera di approvazione

limited by guarantee without share capital" e le società in liquidazione. La normativa inglese non contiene invece alcuna disposizione riguardante le società cooperative e le società che hanno ad oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico.

⁸⁹⁷ Tutta la *Part 4* del *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007* è dedicata alla regolamentazione della partecipazione dei lavoratori: cfr. secs. 22-56.

⁸⁹⁸ Cfr. rispettivamente sec. 6 e sec. 16, *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*

⁸⁹⁹ Cfr. sec. 9, *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*.

⁹⁰⁰ Cfr. sec. 8(3)-(4), *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*.

⁹⁰¹ Cfr. sec. 8(5)-(6), *Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007*.

del progetto di fusione deve essere adottata a maggioranza qualificata.⁹⁰²

Peculiare appare la previsione di un'assemblea dei creditori che può essere convocata dall'autorità giudiziaria su istanza di qualsiasi creditore della società del Regno Unito che partecipa alla fusione, della società stessa o del *administrator* se la società è sottoposta a procedura di *administration*.⁹⁰³ La possibilità di convocare un'eventuale assemblea dei creditori è stata introdotta per allineare il livello di tutela dei creditori previsto per le fusioni transfrontaliere a quello già prescritto per le fusioni interne.⁹⁰⁴

Infine, va menzionata una particolarità in merito alla determinazione dell'efficacia della fusione transfrontaliera. Il diritto inglese prevede che sia il giudice chiamato ad effettuare il controllo di legittimità sull'operazione a fissare, nel provvedimento con cui si pronuncia sull'esito dei suddetti controlli, la data a partire dalla quale si producono gli effetti della fusione transfrontaliera con la precisazione che tale data deve essere stabilita almeno di ventun giorni la data del provvedimento stesso.⁹⁰⁵

5.2.4. *La modifica del Código de sociedades mercantiles spagnolo.*

Con la *Ley 3/2009 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, già menzionata nella presente trattazione a proposito della disciplina del trasferimento della sede sociale all'estero, il legislatore spagnolo ha dato attuazione alla direttiva 2005/56/CE.⁹⁰⁶

L'ambito di applicazione della *Ley 3/2009* è perfettamente allineato a quello della

⁹⁰² Cfr. sec. 13, Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007. Una maggioranza qualificata è richiesta anche per la delibera dell'assemblea dei creditori che approva le condizioni della fusione transfrontaliera: cfr. sec. 14, Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007.

⁹⁰³ Cfr. sec. 11, Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007. L'assemblea riunisce solitamente tutti i creditori ma può anche riguardare solo i creditori di una certa classe se la richiesta viene da un creditore di una determinata classe.

⁹⁰⁴ Sul punto v. S. HOLMES, *United Kingdom*, in G. ARNÒ, G. FISCHETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 169 ss., spec. p. 173.

⁹⁰⁵ Cfr. sec. 16(2), Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007.

⁹⁰⁶ Per gli estremi del provvedimento indicato si rinvia *infra*, cap. III, par. 2.4. Già in ritardo rispetto alla scadenza del termine del 15 dicembre 2007 per la trasposizione del diritto dell'Unione europea, il *Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* risale al 30 maggio 2008. Si segnala che la *Ley 3/2009* contiene anche le regole concernenti la partecipazione dei lavoratori, ma dette disposizioni vanno a modificare l'esistente *Ley 31/2006, de 18 octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europea*.

decima direttiva, sia dal punto di vista oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo. La normativa spagnola, infatti, si applica alle fusioni transfrontaliere, tali intendendosi quelle che coinvolgono società soggette alla legislazione di Stati membri differenti, tra società di capitali, di cui almeno una spagnola, costituite in conformità al diritto di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno dell'Unione europea. Sono escluse le società che hanno per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico e pure le società cooperative.⁹⁰⁷

Le fusioni transfrontaliere sono regolate in primo luogo dalle disposizioni specifiche contenute nel capitolo II del titolo II della legge 3/2009 (artt. 54 ss.) e, in via suppletiva, dalle norme disciplinanti le fusioni interne. È interessante notare che il legislatore spagnolo ha sfruttato la facoltà concessagli dall'art. 4, par. 1, lett. b), della direttiva 2005/56/CE, prevedendo espressamente che il governo spagnolo possa opporsi per ragioni di interesse pubblico a una fusione transfrontaliera (nella misura in cui ciò è consentito in relazione alle fusioni interne) quando almeno una delle società partecipanti sia spagnola.⁹⁰⁸

Un'altra opzione concessa dalla direttiva (all'art. 4, par. 2) è stata accolta dalla *Ley 3/2009* che contiene infatti disposizioni volte ad assicurare un'adeguata protezione ai soci di minoranza che si sono opposti alla fusione. Tale protezione si realizza mediante l'attribuzione di un diritto di recesso ai soci di minoranza che si sono espressi contro l'approvazione del progetto di fusione transfrontaliera nei casi in cui la società risultante dalla fusione abbia la propria sede in un altro Stato membro.⁹⁰⁹

La normativa spagnola di attuazione si discosta dalla disciplina della direttiva in alcuni casi per rinforzare i meccanismi informativi necessari a garantire un uso corretto della fusione transfrontaliera, specialmente in relazione all'introduzione dell'obbligo di menzionare nel progetto di fusione i vantaggi che derivano a esperti, membri degli organi di amministrazione e direzione, di vigilanza e controllo delle società partecipanti alla fusione nonché le

⁹⁰⁷ Cfr. artt. 54 e 56, *Ley 3/2009*. L'art. 54, par. 2 specifica che le società spagnole autorizzate a prendere parte ad una fusione transfrontaliera sono le *sociedades anónimas, comanditarias por acciones e de responsabilidad limitada*. Sull'ambito di applicazione della normativa spagnola v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *op. cit.*, p. 600.

⁹⁰⁸ Cfr. art. 58, *Ley 3/2009*. La facoltà attribuita alle autorità nazionali di opporsi ad una fusione transfrontaliera deve essere esercitata nella misura in cui sia strettamente necessaria per preservare interessi pubblici che si presumono a rischio: così v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *op. cit.*, p. 602.

⁹⁰⁹ Cfr. art. 62, *Ley 3/2009*.

informazioni sul procedimento di coinvolgimento dei lavoratori nella determinazione dei loro diritti nella società risultante dalla fusione.⁹¹⁰

Anche la legge spagnola fissa per la pubblicazione del progetto di fusione nel *Boletín Oficial* lo stesso termine (di almeno un mese prima della data prevista per la delibera) già prescritto dalla direttiva per la pubblicità da effettuarsi presso i registri nazionali delle società coinvolte. Quanto alla decisione di approvazione del progetto di fusione si segnala che anche nell'ordinamento spagnolo essa è rimessa alla delibera dell'assemblea dei soci delle società partecipanti da adottarsi con la maggioranza qualificata prevista per le modifiche statutarie, mentre i controlli di legittimità prescritti dagli artt. 10 e 11 della direttiva sono rimessi al *Registrador Mercantil*.⁹¹¹

⁹¹⁰ Cfr. art. 67, *Ley 3/2009*. *Amplius* sugli accresciuti obblighi informativi contenuti nella disciplina spagnola in confronto a quanto disposto dalla direttiva 2005/56/CE v. M. GARDENES SANTIAGO, D. SANCHO VILLA, C. UPEGUI VILLEGAS, *op. cit.*, p. 603 ss.

⁹¹¹ Cfr. artt. 61 e 64, *Ley 3/2009*.

BIBLIOGRAFIA

ARTICOLI E MONOGRAFIE

ADAM, R., TIZZANO, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010 (rist. ampl. e agg.)

AL NAJJARI, N., PERON, S., *Le fusioni transfrontaliere di Società di capitali: uno sguardo d'insieme*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2005, p. 708 ss.

AMBROSIANI, F., *Società europea e fusione internazionale*, in DRAETTA, U., POCAR, F., *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 61 ss.

AMERASINGHE, C.F., *Interpretation of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention*, in LILLICH, R.B., BROWER (eds.), C.N., *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, New York, 1996, p. 223 ss.

ANDENAS, M., *The New European Company Law*, in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, p. 68 ss.

ANDERSEN, P. K., ENGSIG SORENSEN, K., *Free movement of companies from a Nordic Perspective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, p. 54 ss.

ANDENAS, M., WOOLDRIDGE, F., *European Company Law*, Cambridge, 2009

ANGELICI, C., *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 111 ss.

ANGELICI, C., *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, in *Giur. comm.le*, 1994, I, p. 621 ss.

ANGELICI, C., *Appunti sul «riconoscimento» delle società costituite all'estero*, Milano, 1982

ANZILLOTTI, D., *Corso di diritto internazionale*, 1918

- ARMINJON, P., *La fraude à la loi en droit international privé*, in *JDI*, 1928, p. 409 ss.
- AUDIT, B., *Droit international privé*, Paris, 2008
- AUDIT, B., *La fraude à la loi*, Paris, 1974
- AUDIT, M., *Régulation du marché intérieur et libre circulation de lois*, in *JDI*, 2006, p. 1333 ss.
- AUTENNE, A., NAVEZ, E.-J., Cartesio – *Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisitée*, in *Cahier de droit européen*, 2009, p. 91 ss.
- AZZOLINI, C., *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1993, p. 893 ss.
- BACHMANN, G., *Introductory Editorial: Renovating the German Private Limited Company*, in *German Law Journal*, Special Issue, September 2008, p. 1063 ss.
- BALESTRA, R., *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1991
- BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale privato italiano*, in CICU, A., MESSINEO (diretto da), F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, XLV, Milano 1974, p. 141 ss.
- BALLARINO, T., *La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 721 ss.
- BALLARINO, T., *Les règles de conflit sur le sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarque su deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2003, p. 373 ss.
- BALLARINO, T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *Riv. soc.*, 2003, p. 679 ss.
- BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1999
- BALLARINO, T., *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien*, in *Rev. crit. d.i.p.*, Paris, 1996, p. 21 ss.

- BALLARINO, T., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in COLOMBO, G. E., PORTALE (diretto da), G. B., *Trattato delle società per azioni*, Vol. IX, Torino, 1994, pp. 1 ss.
- BALLARINO, T., *Le direttive comunitarie sull'armonizzazione del diritto delle società*, in DRAETTA (coord. scient.), U., *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 1 ss.
- BALLARINO, T., *Rinvio (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1005 ss.
- BALLARINO, T., BONOMI, A., *Materie escluse dal campo di applicazione della convenzione di Roma*, in BALLARINO, T., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*. *Lectio Notarum*, Milano, 1994, p. 87 ss.
- BARATTA, R., *Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status*, in *IPrax*, 2007, p. 4 ss.
- BARENTS, R., *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, in *CMLR*, 1993, p. 85 ss.
- BARIATTI, S., *Sulla riforma degli articoli 25 e 57 della legge n. 218/1995*, in *È ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995?*, in *RDIPP*, 2011, p. 650 ss.
- BARIATTI, S., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, 2003, p. 671 ss.
- BARIATTI, S., *Art. 1, Oggetto della legge*, in BARIATTI (a cura di), S., *Legge 31 maggio 1995 n 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 877 ss.
- BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford, New York, 2010
- BASEDOW, J., *The Communitarisation of Private International Law*, in *RabelsZ*, 2009, p. 455 ss.

- BASEDOW, J., *La mobilité des sociétés en Europe, œuvre de la jurisprudence?*, in VOGEL (sous la direction de), L., *Droit GLOBAL Law, Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, 2005/1-2005/2, Paris, 2006, p. 89 ss.
- BASEDOW, J., *The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in CMLR, 2000, p. 687 ss.
- BASEDOW, J., *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in *RabelsZ*, 1995, p. 1 ss.
- BASILE, M., FALZEA, A., *Persona giuridica (diritto privato)*, in MORTATI, C., SANTORO-PASSARELLI, G., *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss.
- BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, Paris, 1993
- BEHRENS, P., *From “Real Seat” to “Legal Seat”: Germany’s Private International Company Law Revolution*, in HAY, P., et al. (eds.) *Resolving International Conflicts*. Liber Amicorum Tibor Várady, Budapest, New York, 2009, p. 45 ss.
- BEHRENS, P., *Case C-411/03, SEVIC Systems AG*, in CMLR, 2006, p. 1669 ss.
- BEHRENS, P., *Centros and the Proper Law of Companies*, in FERRARINI, G., HOPT, K., WYMEERSCH, E., *Capital Markets in the Age of Euro*, The Hague, 2002, p. 503 ss.
- BEHRENS, P., *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss.
- BEHRENS, P., *Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *IPRax*, 1989, p. 354 ss.
- BEHRENS, P., *Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*, in *ZGR*, 1978, p. 499.
- BEITZKE, G., *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1967, p. 1 ss.
- BEITZKE, G., *Zur Anerkennung von Handelsgesellschaften im EWG-Bereich*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1968, p. 91 ss.

BEITZKE, G., *Parere legale relativo all'art. 220, capoverso 3 del trattato di Roma, parte prima: il riconoscimento della personalità giuridica delle società di commercio straniera*, 1962, doc. 4598/4/62-I

BEITZKE, G., *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, München & Berlin, 1928

BELTRAMI, P. D., *Progetto di legge recante modifiche all'Umwandlungsgesetz tedesco*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1176 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1251 ss. e in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 615 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *Società ed altri enti*, in BARATTA (a cura di), R., *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 450 ss.

BENEDETTELLI, M. V., RESCIO, G., *Il Decreto Legislativo n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello Schema di legge di recepimento della X Direttiva elaborato per conto del Consiglio Nazionale del Notariato e delle massime del Consiglio notarile di Milano)*, in *RDS*, 2009, p. 742 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *Le fusioni transfrontaliere*, in ABBADESSA, P., PORTALE, G. B., (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Francesco Campobasso*, vol. 4, Torino, 2007, p. 365 ss.

BENEDETTELLI, M. V., «*Centro degli interessi principali*» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *RDIPP*, 2004, p. 499 ss.

BENEDETTELLI, M. V., «*Mercato*» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, p. 699 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *RDIPP*, 2001, p. 569 ss.

BENEDETTELLI, M. V., «*Corporate governance*», mercati finanziari e diritto internazionale

privato, in *RDIPP*, 1998, p. 713 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss.

BENEDETTELLI, M. V., *Art. 25, Società ed altri enti*, in BARIATTI, S., (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1108 ss.

BERGE, J.-S., *Le droit d'une «communauté de lois»: le front européen*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 113 ss.

BERNARD, N., *Discrimination and free movement in EC law*, in *ICLQ*, 1996, p. 82 ss.

BERTOLI, P., *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *RDIPP*, 2010, p. 35 ss.

BERTOLI, P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005

BERTOLOTTI, A., *Fusioni*, in RESCIGNO, P., (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e Lavoro – III*, 17, Torino, 2010, p. 441 ss.

BISCOTTINI, G., *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova, 1964

BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de la sede social*, Madrid, 1997

BLANQUET, F., *Enfin la société européenne «la SE»*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 65 ss.

BODENES-CONSTANTIN, A., *La codification du droit international privé français*, Paris, 2005

BOELE-WOELKI, K., VAN OOIK, R. H., *The Communitarization of Private International*

Law, in *YbPIL*, 2002, p. 1 ss.

BONAVICINI, G., *L'attuazione in Italia del gruppo europeo di interesse economico*, in DRAETTA, U. *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 67 ss.

BONOMI, A., *Norme di applicazione necessaria*, in BARATTA, R., (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 233 ss.

BOSCHIERO, N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996

BOSCHIERO, N., *Art. 16, Ordine pubblico*, in BARIATTI, S., (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1046 ss.

BOSCHIERO, N., *Art. 17, Norme di applicazione necessaria*, in BARIATTI, S., (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n 218 . Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, p. 1062 ss.

BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, Oxford - New York, 2008

BROCHES, A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*, in *Recueil des Cours*, 1972/II, t. 136, p. 336 ss.

BROGGINI, G., *La riforma del diritto internazionale privato - Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano - 28 ottobre 1995*, Milano, 1996

BROGGINI, G., *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in GAJA, G., (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 283 ss.

BROGGINI, G., *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, in *Festschrift zum 65. (fünfundsechzigsten) Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, Bern, 1990, p. 263 ss.

BROGGINI, (a cura di), G., *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano 1990

BROGGINI, G., *La codification de droit international privé en Suisse. Rapport présenté par Gerardo Broggin*, Basel, 1971

- BUCHER, A., *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, p. 13 ss.
- BUCHER, A., BONOMI, A., *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, 2001
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, Paris, 2010
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé, Tome II, Partie spéciale*, Paris, 2010
- BURGSTALLER, M., *Nationality of Corporate Investors and International Claims against Investor's Own State*, in *The Journal of World Investment & Trade*, December 2006, p. 857 ss.
- BUXBAUM, R. M., *Is There a Place for a European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?*, in *RabelsZ*, 2010, p. 1 ss.
- CABRAL, P., CUNHA, P., "Presumed innocent": *companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, p. 157 ss.
- CAFARI PANICO, R., *Il regolamento della società europea e le fusioni transfrontaliere*, in DRAETTA, U., POCAR, F., *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 29 ss.
- CAFARO, S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 292 ss.
- CANNIZZARO, E. *Esercizio di competenze e discriminazioni a rovescio*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 359 ss.
- CANNIZZARO, E., *Producing «Reverse Discrimination» through the exercise of EC Competences*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 29 ss.
- CAPELLI, F., *La direttiva CE n. 2005/56 sulle fusioni societarie transfrontaliere e gli effetti giuridici che essa è in grado di produrre*, in *Dir. com. sc. int.*, 2006, p. 623 ss.
- CAPOTORTI, F., *Il problema del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità*

economica europea, in *Riv. Socc.*, 1966, p. 969 ss.

CAPOTORTI, F., *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e si suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di Mario Marano, Napoli 30/31-3-1990*, Milano, 1991, p. 27 ss.

CAPOTORTI, F., Art. 58, in QUADRI, R., MONACO, R., TRABUCCHI, A., *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, I, Milano 1965, p. 447 ss.

CAPOTORTI, F., *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *RDIPP*, 1965, p. 623 ss.

CAPOTORTI, F., *Il problema del reciproco riconoscimento*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 969 ss.

CAPOTORTI, F., *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte speciale: la capacità*, Bari, 1966

CAPOTORTI, F., *Il diritto di stabilimento delle società nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *RDIPP*, 1965, p. 5 ss.

CAPOTORTI, F., *Sulla continuità delle società di «persone» che trasferiscono la sede in un altro Stato*, in *RDI*, 1958, p. 607 ss.

CAPOTORTI, F., *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953

CARBONE, S. M., *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *RDIPP*, 2007, p. 27 ss.

CARBONE, S. M., *La Corporate Governance della "Società europea" nel Reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 133 ss.

CARBONE, S. M., *Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 457 ss.

CARBONE, S. M., *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in

RDIPP, 1991, p. 885 ss.

CARDUCCI ARTENISIO, A., *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.le*, 2008, I, p. 1194 ss.

CARRARA, C., *Il caso Centros Ltd. C. Erhvervs – Og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internationalprivatistico della sede effettiva*, in *Il diritto fallim. e delle socc. comm.li*, 2001, p. 827 ss.

CASTELLI, C., NAPOLITANO, G., *Il «Gruppo europeo d'interesse economico» (GEIE)*, in *Dir. com. sc. int.*, 1986, p. 475 ss.

CATH, I. G. F., *Freedom of Establishment of Companies: A New Step Towards Completion of the Internal Market*, in *Yearbook of European Law*, 1986, p. 246 ss.

CAVAGLIERI, A., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1933

CECCHERINI, A., *La società cooperativa europea*, in *NLCC*, 2003, p. 1295 ss.

CERIONI, L., *The Barriers to the International Mobility of Companies within the European Community: A Re-reading of the Case-Law*, in *Journal of Business Law*, 1999, p. 59 ss.

CERVINO, G., *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede dell'impresa. Profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione europea. L'esempio Granducato di Lussemburgo – Italia*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1873 ss.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Faciliter le transfert des sièges sociaux au sein de l'Union européenne (Examen de la proposition de 14eme Directive)*, 20 mai 1999

CHERVET, G., *Theorie des actions populaires. Droit français. Des sociétés commerciales en droit international privé*, Paris, 1886

CLERICI, R., *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 112 ss.

- COLANGELO, M., *La «Società europea» alla prova del mercato comunitario delle regole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 147 ss.
- COLANGELO, G., *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 307 ss.
- COLLINS, L., (gen. ed.), *Dicey, Morris & Collins. The Conflict of Laws*, 14th ed., London, 2006-
- CONDINANZI, M., *Libertà di stabilimento*, in STROZZI, G., (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2006, p. 169 ss.
- CONDINANZI, M., NASCIMBENE, B., *Libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, t. I, p. 330 ss.
- CONETTI, G., TONOLO, S., VISMARA, F., *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano. Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 2001
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986
- CONTALDI, G., *Ordine pubblico*, in BARATTA, R., (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 273 ss.
- CORAPI, D., *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in DRAETTA, U., (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 99 ss.
- COSCIA, G., *Il riconoscimento delle società straniere*, Milano, 1984
- COSCIA, G., *Le materie escluse dalla convenzione di Roma. Il diritto delle società*, in BALLARINO, T., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*. *Lectio Notarum*, Milano, 1994, p. 160 ss.
- CRAIG, P., *The Evolution of the Single Market*, in BARNARD, C., SCOTT, J., *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 1 ss.

- CRESPI, S., *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *RDIPP*, 2009, p. 869 ss.
- CRESPI, S., *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: il caso SEVIC*, in *RDIPP*, 2007, p. 345 ss.
- DABORMIDA, R., *Lo statuto per una società cooperativa europea*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1838 ss.
- DAMMANN, L., WYNAENDTS, R., NADER, L., *La renaissance inattendue de la théorie du siège réel*, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 574 ss.
- DANIELE, L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 355 ss.
- DANIELE, L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006
- DANIELE, L., *Art. 14, TCE*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 242 ss.
- DAVÌ, A., *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *RDI*, 1990, p. 556 ss.
- DE COCCI, B., *Diritto di recesso per cambiamento dell'oggetto sociale e fusione per incorporazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 38 ss.
- DE LA MARE, T., DONNELLY, C., *Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis*, in CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 363 ss.
- DE NOVA, R., *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano, 1957, p. 381 ss.
- DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *La synthèse du droit international privé*, second volume Paris, 1897
- DE VITA, A., *Ritenuto inammissibile il trasferimento di società all'estero - Commento alla sentenza della Corte d'appello di Baviera 7 maggio 1992*, in *Le società*, 1993, p. 139 ss.
- DEAKIN, S., *Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law*, in

- ESTY, D. C., GERADIN (eds.), D., *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford-New York, 2001, p. 190 ss.
- DELLA CHÀ, A., *Challenge of Internal Rules on Grounds of Reverse Discrimination: An Open Issue*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 145 ss.
- DESSÌ, R., *Le fusioni transfrontaliere*, in *Riv. dir. comm.le*, 2009, p. 171 ss.
- DICKINSON, A., *European Private International Law: Embracing New Orizons or Mourning the Past?*, in *JPIL*, 2005, 197 ss.
- DIENA, G., *Principi di diritto internazionale*, II, Milano - Roma - Napoli, 1928
- DIVERIO, D., *La base giuridica del Regolamento relative allo statuto della società europea*, in DRAETTA, U., POCAR, F., (a cura di), *La società europea, Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 51 ss.
- DRAETTA, U., *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *RDIPP*, 2004, 565 ss.,
- DRAETTA, U., *Il GEIE e la prassi del commercio internazionale*, in DRAETTA, U., (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 119 ss.
- DRAETTA, U., *La società europea e il federalismo «strisciante» del diritto comunitario*, in DRAETTA, U., POCAR, F., (a cura di), *La società europea, Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p 1 ss.
- DROBNIG, U., *Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, p. 687 ss.
- DROBNIG, U., *La convenzione della C.E.E. sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche*, in *RDIPP*, 1973, p. 513 ss.
- DROBNIG, U., *Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines E.W.G.-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften*, in *ZHR*, Band 129, 1967, p. 92 ss.
- DROBNIG (ed.), U., *The Conflict of Laws. A comparative Study by Ernst Rabel*, vol. 2, Ann Arbor, 1960

- DUINTJER TEBBENS, H., *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1994, p. 451 ss.
- DUTOIT, B., *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, 2005
- DYRBERG, P., *Full free movement of companies in the European Community at last?*, in *Eur. Law Review*, 2003, p. 528 ss.
- EBKE, W. F., *Centros – Some Realities and Some Mysteries*, in *Am. J. Comp. L.*, 2002, p. 623 ss.
- EBKE, W., *The “Real Seat” Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, in *The International Lawyer*, 2002, p. 1015 ss.
- EBKE, W., *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil de EuGH*, in *Juristenzeitung*, 1999, p. 656 ss.
- EDWARDS, V., *Secondary Establishment of Companies – The Case Law of the Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 221 ss.
- EDWARDS, V., FARMER, P., *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards*, in ARNULL, A., EECKHOUT, P., TRIDIMAS, T., (eds.), *Continuity and Change in the EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 205 ss.
- EHLERMANN, C.D., *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 220 ss.
- EHLERMANN, C. D., *The Internal Market Following the Single European Act*, in *CMLR*, 1987, p. 361 ss.
- ENGSIG SORENSEN, K., *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *CMLR*, 2006, p. 443 ss.
- ENRIQUES, L., *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 375 ss.

ENRIQUES, L., GELTER, M., *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, in *Tulane Law Review*, 2007, p. 577 ss.

F. MOSCONI, *Articolo 13*, in *RDIPP*, 1995, p. 956 ss.

FALLON, V. M., *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 31 ss.

FALLON, M., *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 9 ss.

FALLON, M., MEEUSEN, J., *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *YbPIL*, 2002, p. 61 ss.

FEDOZZI, P., *Appunti sul progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDIPP*, 1931, p. 9 ss.

FENGHI, F., SANTA MARIA (a cura di), A., *La riforma delle società di capitali in Italia, Studi e dibattiti, Atti del convegno internazionale di studio sulla riforma delle società per azioni*, vol. II, Milano, 1968, p. 879 ss.

FERRARI, F., *E.U. Corporate Tax Law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un paese membro ad un altro*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 399 ss.

FIMMANÒ, F., *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione - Commento al decreto del Tribunale di Verona 5 dicembre 1996*, in *Le società*, 1997, p. 574 ss.

FOIS, P., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplexità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in BARIATTI, S., VENTURINI, G., (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano 2009, p. 343 ss.

FRANCESCHELLI, R., *Fusione con trasferimento della sede all'estero e diritto di recesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 142 ss.

FRANCESKAKIS, PH., *Lueurs sur le droit international de sociétés de capitaux. L'arrêt Barcelona Traction de la Cour internationale de justice*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1970, p. 609 ss.

FRANCQ, S., *Note de jurisprudence*, in *JDI*, 2009, p. 685 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Cross-Border Listed Companies*, in *Recueil des Cours*, 2007, t. 328, p. 9 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *La sentencia “Überseering” y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro*, in *Revista de derecho mercantil*, 2003, p. 663 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión Facilitadora*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2001, p. 107 ss., spec. p. 108 ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE*, in *Revista de derecho mercantil*, 1999, p. 645 ss.

GARDENES SANTIAGO, M., SANCHO VILLA, D., UPEGUI VILLEGAS, C., *La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2009, t. IX, p. 595 ss.

GESELL, H., RIEMER, P., *“Outbound” Cross-border Mergers Protected by Freedom of Establishment*, in *ECFR*, 2007, p. 308 ss.

GESSLER, E., *Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich*, in *Der Betrieb*, 1967, p. 324 ss.

GESTRI, M., *Abuso del diritto e frode alle legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003

GESTRI, M., *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *RDI*, 2000, p. 71 ss.

GNES, M., *La scelta del diritto. – Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004

- GOLDMAN, B., *Le projet de convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales*, in *RabelsZ*, 1967, p. 201 ss.
- GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, Paris, 1994
- GROSSFELD, B., *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, in *RabelsZ*, 1967, p. 1 ss.,
- GUERRA, M. P., *Les fusions des sociétés en droit italien*, in *Rapports au Colloque international de droit européen*, Bruxelles, 1962, p. 95 ss.
- GUILLAUME, F., *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich, 2001
- GUILLAUME, F., *The Law Governing Companies in Swiss Private International Law*, in *YbPIL*, 2004 p. 251
- GUYENOT, J., *Le groupement d'intérêt économique*, Paris, 1973
- HALBHUBER, H., *National Doctrinal Structures and European Law*, in *CMLR*, 2001, p. 1385 ss.
- HANSEN, J. L., *A New Look at Centros – from a Danish Point of View*, in *EBLR*, 2002, p. 85 ss.
- HANSEN, J. L., *Full Circle: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, in ANDENAS, M., ROTH, W-H., *Services and Free Movement in the EU Law*, Oxford, 2002, p. 197 ss.
- HATZOPOULOS, V., *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *CMLR*, 2000, p. 43 ss.
- HAUSMANN, R., *The German Council for Private International Law*, in *EuLF*, 2005, p. 124 e s.
- HEINI, A., *Zu einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes über das Personalstatut ausländischer juristischer Personen (Ungültigkeit einer liechtensteinischen Stiftung)*, in

IPRax, 1984, p. 166 ss.

HEYMANN, J., *Note a sentenza*, in *Rev.crit. d.i.p.*, 2006, p. 667 ss.

HEYMANN, J., *Note*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2009, p. 548 ss.

HIEZ, D., *Droit comparé des coopératives européennes*, Bruxelles, 2009

HIRSCH, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht/Boston/London, 1993

HIRT, H., *Freedom of Establishment, International Company Law and Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd*, in *EBLR*, 2004, p. 1189 ss.

HJI PANAYI, C., *Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 123 ss.

HOLMES, S., *United Kingdom*, in ARNÒ, G., FISCHETTI (a cura di), G., *Le fusioni transfrontaliere*, Milano, 2009, p. 169 ss.

HONORATI, C., *The Law Applicable to Unfair Competition*, in MALATESTA, A., (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The Rome II Proposal*, Milano, 2006, p. 127 ss.

HOPT, K., *Company Law in the European Union: Harmonisation and/or Subsidiarity?*, in *International and comparative corporate law journal*, 1999, p. 41 ss.,

HOPT, K., *L'entreprise et le droit européen. Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise*, in *Revue des sociétés*, 2001, p. 301 ss.

HOPT, K., *The European Company (SE) under the Nice Compromise: Major Breakthrough or Small Coin for Europe?*, in *Euredia*, 2000, p. 465 ss.

IANNUZZI, M., *Spunti di riflessione per il legislatore societario italiano nel memorandum della Comunità europea sulle concentrazioni*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1023 ss.

IVALDI, P., *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Com. e Studi*, vol. XXII, Milano, 2002,

p. 233 ss.

JACOBS, F. J., *The Evoution of the European Legal Order*, in *CMLR*, 2004, p. 303 ss.

JAENECKE, K. CH., VOGEL, A., *Germany*, in ARNÒ, G., FISCHETTI (a cura di), G., *Le fusioni transfrontaliere*, Milano, 2009, p. 115 ss.

JAQUET, J.-M., DELEBEQUE, PH., CORNELOUP, S., *Droit du commerce international*, Paris, 2010

JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, in M. ANDENAS, W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 141 ss.

JAYME, E., KOHLER, CH., *Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPrax*, 2001, p. 501 ss.

JESSERUN D'OLIVEIRA, H. V., *La codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence*, in *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de. Jean Georges Sauveplanne*, Deventer-Boston, 1984, p. 117 ss.

KEGEL, G., SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht*, München, 2004,

KIENINGER, E. M., *Niederlassungsfreiheit als Rechtswhalfreiheit*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1999, p. 724 ss.

KIENINGER, E. M., *The Law Applicable to Corporations in the EC*, in *RabelsZ*, p. 607 ss.

KIENINGER, E. M., *The Legal Framework of a Regulatory Competition based on Company Mobility: EU and US compared*, in *Germ. Law Rev.*, 205, p. 740 ss.

KINDLER, P., *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in BARIATTI, S., VENTURINI, G., (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p 549 ss.

KINDLER, P., *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *RDIPP*, 2006, p. 657 ss.

KINDLER, P., *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 11, par. 103 ss.

- KINDLER, P., *Niederverlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?*, in *NJW*, 1999, p. 1993 ss.
- KLEINER, C., *Transfert international du siège sociale en droit international privé*, in *JDI*, 2010, p. 315 ss.
- KLEYNEN, G., *Les incidences comptables et fiscales des fusions sans liquidation*, in *Journal de droit fiscal*, 1993, p. 275 ss.
- KOHLER, CH., *La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international privé*, in *Travaux Comité français dr. int. pr.*, 1993-1994, p. 71 ss.
- KOROM, V. E., METZINGER, P., *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in Cartesio Case C-210/06*, in *ECFLR*, 2009, p. 125 ss.
- KOVAR, R., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 485 ss.
- LAGARDE, P., *La reconnaissance. Mode d'emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481 ss.
- LAGARDE, P., *Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 2004, p. 225 ss.
- LAGARDE, P., *Rapport de synthèse*, in FUCHS, MUIR WATT, H., PATAUT, E., (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 283 ss.
- LAGARDE, P., *Note*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2003, p. 524 ss.
- LANG, A., *Art. 14*, in POCAR, F., (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 131 ss.
- LANG, G. A., *La fraude à la loi en Droit international privé suisse*, Lausanne, 1984
- LAUTERFELD, M., *"Centros" and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the "Real Seat" Approach toward Pseudo-foreign Companies in German International Company and Insolvency Law*, in *EBLR*, 2001, p. 79 ss.

- LAZARUS, C., *L'expérience française: le groupement d'intérêt économique (GIE)*, in DRAETTA, U., (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 127 ss.
- LECOURT, A., *La transposition en France des fusions transfrontalières: entre innovations et espoirs déçus*, in *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 806 ss.
- LEVER, J., *Case 81/87, The Queen v. H. M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust PLC. Comment*, in *CMLR*, 1989, p. 327 ss.
- LICINI, C., *Persone giuridiche*, in IEVA, M., (a cura di), *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, p. 133 ss.
- LOMBARDO, S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering» tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, p. 456 ss.
- LOOIJESTIJN-CLEARIE, A., *Centros Ltd – A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?*, in *ICLQ*, 2000, p. 621 ss.
- LOUSSOUARN, Y., *Les vicissitudes de la codification du droit international privé français, Liber amicorum Georges. A. L. Droz.*, The Hague/Boston/London, 1996, p. 191 ss.
- LOUSSOUARN, Y., *Le droit d'établissement des sociétés*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229 ss.
- LOUSSOUARN, Y., *La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1974, p. 235 ss.
- LOUSSOUARN, Y., *La convention de La Haye sur la reconnaissance des personnes morales étrangères*, in *Travaux du Comité français de droit international privé (1958-1959)*, Paris, 1960, p. 67 ss.
- LOUSSOUARN, Y., *Rapport*, in *La codification du droit international privé*, Paris 1956
- LOUSSOUARN, Y., *Le Conflit de Lois en Matière de Sociétés*, Paris, 1949

- LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P., DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *Droit international privé*, Paris, 2007
- LUZZATTO, R., *Anstalt-impresa fiduciaria*, in IRTI, N., (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, III, Milano, 1981, p. 79 ss.
- LUZZATTO, R., AZZOLINI, C., *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sez. comm.le*, XIV, Torino, 1998, p. 136 ss.
- LUZZATTO, R., in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, p. 420 ss.
- LUZZATTO, R., *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.le*, 1976, II, p. 58 ss.
- LUZZATTO, R., *La convenzione CEE sulla fusione delle società*, in *Il diritto delle società nella Comunità economica europea*, Padova, 1975, p. 101 ss.
- LUZZATTO, R., *Persona giuridica (diritto internazionale privato)*, in MORTATI, C., SANTORO-PASSARELLI, G., *Enc Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 281 ss.
- LUZZATTO, R., *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in BARIATTI, S., VENTURINI, G., (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber *Fausto Pocar*, Milano 2009, p. 613 ss.
- MALATESTA, A., *Rinvio*, in BARATTA, R., (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 422 ss.
- MALATESTA, A., *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *RDIPP*, 2007, p. 293 ss.
- MALATESTA, A., *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla Società europea*, in *RDIPP*, 2001, p. 613 ss.
- MALATESTA, A., *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *RDIPP*, 2000, p. 945 ss.
- MARENCO, G., *The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-law of the Court*, in *Yearbook of European Law*, 1991, p. 111 ss.

- MASTRULLO, T., *La transposition en droit français de la directive sur le fusions transfrontalières: une avancée et des regrets*, Europe, 2009, étude 8, p. 1 ss.
- MASTRULLO, T., *Note*, in *Gazette du Palais*, 2009, p 12 ss.
- MAYER, P., HEUZE, V., *Droit international privé*, Paris, 2010
- MAYER, P., *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 ss.
- MAZEUD, H., *De la nationalité des Sociétés*, in *JDI*, 1928, p. 30 ss.
- MCCLEAN, D., BEEVERS (eds.), K., *The Conflict of Laws*, 7th ed., London, 2009
- MELIN, F., *Déplacement de siège social dans la Communauté européen*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n. 8, 19 Février 2009, p. 1208 ss.
- MENJUCQ, M., *Les possibilités de transfert de siège sociale au sein de la Communauté européenne*, in *Sem. Jur. – Éd. gén.*, n. 7, 11 Février 2009, p. II-10027 ss.
- MENJUCQ, M., *Droit international et europeen des sociétés*, Paris, 2008
- MENJUCQ, M., *Adoption de la directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux*, in *Sem. Jur. – Éd. gén.* n°1, 11 Janvier 2006, act. 1
- MENJUCQ, M., *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 499 ss.
- MÉNJUCQ, M., *Note*, in *JDI*, 2004, p. 10036
- MENJUCQ, M., *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans la continuité de l'arrêt Centros*, in *Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n. 12, 30 mars 2003, p. 520 ss.
- MENJUCQ, M., *Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2000, p. 137 ss.
- MENJUCQ, M., *Note a Cour de cassation, 1re Ch. civ.*, 8 décembre 1998, in *Rev. crit. d.i.p.*,

1999, p. 284 ss.

MENJUCQ, M., *Transfert international de siège social: état du droit positif*, in *Sem. Jur. Entr. Aff.*, 1999, p. 1617 ss.

MENTI, P., *Attuazione della dir. 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*, in *NLCC*, 2009, p. 1309 ss.

MICHAELS, R., *EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory*, in *JPIL*, 2006, p. 195 ss.

MIGLIAZZA, A., *I problemi di diritto internazionale relativi alla creazione di una società commerciale europea*, in *RDIPP*, 1970, p. 761 ss.

MIOLA, M., *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. socc.*, 2003, p. 322 ss.

MONACO, R., *L'efficacia della legge nello spazio*, in VASSALLI, F., (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, I, t. 4, Torino, 1964, p. 126 ss.

MONTI, M., *A New Strategy for the Single Market: At the service of Europe's Economy and Society*, 9 maggio 2010, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf

MORELLI, G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1982

MORTELMANS, K., *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what's in a Market*, in *CMLR*, 1998, p. 101 ss.

MOSCONI, F., *Articolo 16*, in *RDIPP*, 1995, p. 979 ss., pubblicato anche in POCAR, F., TREVES, T., CARBONE, S.M., GIARDINA, A., LUZZATTO, R., MOSCONI, F., CLERICI, R., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* Padova, 1996, p. 78 ss.

MOSCONI, F., *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1997

MOSCONI, F., *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil de Cours*, 1989, t. 217, p. 9 ss.

MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C. *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 2007

- MUCCIARELLI, F., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010
- MUCCIARELLI, F., *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.le*, 2006, II, p. 417 ss.
- MUCCIARELLI, F., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.le*, 2000, II, p. 553 ss.
- MUIR WATT, H., *L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 545 ss.
- MUNARI, F., *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 913 ss.
- MUNARI, F., *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 127 ss.
- MUNARI, F., *Art. 13, Rinvio*, in BARIATTI, S., (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n 218. Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1018 ss.
- NATHAN, Dr. K.V.S.K., *The ICSID Convention. The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, The Netherlands, 2000
- NIBOYET, J.-P., *Existe-t-il vraiment une Nationalité de Sociétés?*, in *Rev. dr. int. pr.*, 1927, p. 402 ss.
- NICOLIN, S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, 2005
- OLIVER, P., ROTH, W.H., *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *CMLR*, 2004, p. 407 ss.
- OFFERHAUS, J., *La septième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé*, in *JDI*, 1951, p. 1070 ss.,
- PANNIER, M., *The EU Cross Border Merger Directive – A new Dimension for Employee Participation and Company Restructuring*, in *EBLR*, 2005, p. 1424 ss.

PAPADOPOULOS, T., *EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment*, in *Eur. Law Rev.*, 2011, p. 71 ss.

PARRA-ARANGUEN, G. E., *Codification in America with Particular Reference to the Third Specialized Inter-American Conference on Private International Law (La Paz, 1984)*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Robert Ago*, t. IV, Milano, 1987, p. 22 ss.

PARRA-ARANGUEN, G. E., *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982

PATAUT, E., *Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés: un pas de plus*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 491 ss.

PEDRAZZI, M., *Art. 2*, in POCAR, F., (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 88 ss.

PEPY, A., *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920

PERRIN, J.-F., *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, Genève, 1969

PERRIN, J.-F., *Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique*, in DOMINICE, CH., PATRY, R., REYMOND, C., (Recueil édité par), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 141 ss.

PERRONE, A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. socc.*, 2001, p. 1292 ss.

PESCATORE, P., *Some Critical Remarks on the «Single European Act»*, in *CMLR*, 1987, p. 9 ss.

PICONE, P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in PICONE, P., (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss.

PICONE, P., *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *RDI*, 1996, p. 289 ss.

PICONE, P., *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in GAJA, G., (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 173 ss.

PICONE, P., *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *RDI*, 1990, p. 637 ss.

PICONE, P., *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1986-II, t. 197, p. 229 ss.

PICONE, P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986

PICONE, P., *Il rinvio all'«ordinamento competente» nel diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, 1981, p. 309 ss.

PICONE, P., *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treuunternehmen» nell'ordinamento italiano*, in *Com. e Studi*, XV, Milano, 1978, p. 83 ss.

PICONE, P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998,

PICONE, P., *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *RDIPP*, 1996, p. 289 ss.

PIPKORN, J., *Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte Unique Européen*, in *Recueil de Cours de l'Académie de droit européen*, 1990-I, t. 1, p. 189 ss.

POCAR, F., *The "Communitarization" of Private International Law and its Impact on the External Relations of the European Union*, in MALATESTA, A., BARIATTI, S., POCAR (eds.), F., *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 3 ss.

POCAR, F., *Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire*, in *RDIPP*, 2002, p. 585 ss.

POCAR, F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict*

of law revolution»?, in *RDIPP*, 2000, 873 ss.

POCAR, F., *L'incidenza della convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale sul nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del diritto internazionale privato italiano. Convegno Roma 11-12 aprile 1996*, Napoli, 1997, p. 229 ss.

POCAR, F., *Mercato interno e ed Atto Unico europeo*, in VALENTI (a cura di), A. M. V., *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, vol. I, p. 59 ss.

POCAR, F., *I principi generali del diritto internazionale privato nella legge di riforma*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996

POCAR, F., *Sull'attività del GEIE costituito tra liberi professionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 387 ss.

POIARES MADURO, M., *Harmony and Dissonance in Free Movement*, IN ANDENAS, M., *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 41 ss.

PORTALE, G. B., "Armonizzazione" e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corr. giur.*, 2003, p. 95

PRESTI, G., *Le fonti della disciplina e l'organizzazione interna della società cooperativa europea*, in *Giur. comm.le*, 2005, I, p. 774 ss.

PRETO, A., DESOGUS, C., *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2006, p. 234 ss.

QUATTROCCHIO, L., *Registro delle imprese*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sez. comm.le*, vol. XII, Torino, 1996, p. 283 ss.

RABEL, E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, vol. 2, Ann Arbor, 1960

RADICATI DI BROZOLO, L., *L'influence sur le conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1993, p. 401 ss.

RAMMELOO, S., *The 14th EC Company Law Directive on the Cross-Border Transfer of the Registered Office of Limited Liability Companies - Now or Never?*, in *Maastricht Journal*, 2008, p. 35 ss.

RAMMELOO, S., *At Long Last: Freedom of Establishment for Legal Person in Europe Accomplished*, in *Maastricht Journal*, 2004, p. 379 ss.

RAMMELOO, S., *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastrich Journal*, 2003, p. 169 ss.

RAMMELOO, S., *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, 2001

REICH, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law*, in *CMLR*, 1992, p. 861 ss.

REINDL, A., *Companies in the European Community are the Conflict-of-law Rules Ready for 1992*, in *Michigan J. Int. Law*, 1990, p. 1270 ss.

RESCIO, G., *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/Ce in materia di fusione transfrontaliera*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio 1-2007/A

RESCIO, G. A., *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. socc.*, 2003, p. 965 ss.

RESCIO, G., BENEDETTELLI, M. V., *Relazione accompagnatoria allo Schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria 2005/56/CE*, in *RDS*, 2009, p. 946 ss.

REYMOND, C., *Sociétés étrangères en Suisse: exit fraus legis*, in DOMINICE, CH., PATRY, R., REYMOND, C., (Recueil édité par), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main*, 1993, p. 173 ss.

RIGAUX, F., *Les personnes morales en droit international privé*, in *Annales de Droit et de Sciences Politiques*, t. XXIV n° 4, Louvain, p. 241 ss.

ROCCHI, E., *Verso un modello europeo di cooperativa?*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 679 ss.

RØNFELDT, T., WERLAUFF, E., *Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Division, Directly Applicable under the EC Treaty's*

Freedom of Establishment, in *Eur. Comp. Law*, 2006, p. 125 ss.

ROSSI, L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *RDIPP*, 2004, p. 63 ss.

ROSSI, L. S., *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano, 1990

ROSSOLILLO, G., *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002

ROTH, W.-H., *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *ICLQ*, 2003, p. 177 ss.

ROUSSOS, A., *Realising the Free Movement of Companies*, in *EBLR*, 2001, p. 7 ss.

SACERDOTI, G., *I caratteri del GEIE e il suo impiego nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.le*, 1992, p. 880 ss.

SANCHO VILLA, D., *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, 2001

SANDERS, P., *Vers un société anonyme européenne?*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 1163 ss.

SANDROCK, V. O., *Die multinationalen Korporationen*, in *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft fuer Voelkerrecht*, 1978, p. 168 ss.

SANDROCK, V. O., *Ein amerikanisches Lehrstueck fuer das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften*, in *RabelsZ*, 1978, p. 227 ss.

SANTA MARIA, A., *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008

SANTA MARIA, A., *Articolo 25*, in *RDIPP*, 1995, p. 1036 ss., pubblicato anche in POCAR, F., TREVES, T., CARBONE, S.M., GIARDINA, A., LUZZATTO, R., MOSCONI, F., CLERICI, R., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 134 ss.

SANTA MARIA, A., *Spunti di riflessione sulla nuova riforma di diritto internazionale privato in materia di società e di altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1093 ss.

SANTA MARIA, A., *Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale delle*

società, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mauro Giuliano*, Padova, 1989, p. 805 ss.

SANTA MARIA, A., *L'attuazione negli ordinamenti interni delle direttive comunitarie in materia di società*, in *Giur. comm.le*, 1980, I, p. 923 ss.

SANTA MARIA, A., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970 (rist. inalterata 1974)

SANTA MARIA, A., *Problemi interpretativi della convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche*, in *Com. e studi*, Milano, 1969, p. 293 ss.

SANTA MARIA, A., *La fusione di società soggette a leggi regolatrici diverse nel progetto preliminare di convenzione della Comunità economica europea*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 581 ss.

SANTAGATA, A., *La fusione tra società*, Napoli, 1964

SANTELLA, P., *Prospettive del diritto societario europeo*, in *RDS*, 2010, p. 770 ss., spec. p. 784 ss.

SBOLCI, L., *La libera circolazione delle merci*, in STROZZI, G., (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2006

SCHINDLER, C. PH., *Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up!*, in *ECFR*, 2006, p. 109 ss.

SCHÖN, W., *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, in *ECFR*, 2006, p. 122 ss.

SCHREUER, CH. H., *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states*, Cambridge, 2001

SCHREUER, CH., *Access to ICSID dispute settlement for locally incorporated companies*, in WEISS, F., DENTERS, E., de WAART (eds.), P., *International Economic Law with a Human Face*, The Hague, 1998, p. 497 ss.

SCOLES, E. F., HAY, P., BORCHERS, P. J., SYMEONIDES, S. C. , *Conflict of Laws*, St. Paul, MN, 2004, spec. p. 18 ss.

SERRA, A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in RESCIGNO, P., (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. III, Torino, 1985, p. 346 ss.

SIEHR, K., *The Impact of international Conventions on National Codifications of Private International Law*, in E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz, The Hague/Boston/London, 1996, p. 405 ss.

SIEMS, M., *SEVIC: Beyond Cross-border Mergers*, in *EBOR*, 2007, p. 307 ss.

SIEMS, M., *The European Directive on Cross-Border Mergers: An international Model?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 167 ss.

SIEMS, M., *Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century*, in *Eur. Law Rev.*, 2002, p. 47 ss.

SIMONETTO, E., *Delle società, della trasformazione e della fusione*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja-Branca*, Bologna, 1971, p. 376 ss.

SONNENBERGER (Hrsg.), H. J., *Vorschläge und Bericht zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2007

SONNENBERGER, H. J., *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 10, par. 162 ss.

STEVANATO, D., *Le riorganizzazioni internazionali di imprese*, in UCKMAR, V., (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 367 ss.

STONE SWEET, A., *The European Court of Justice*, in CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 122 ss.

STUYCK, J., *The European Court of Justice as a motor of private law*, in TWIGG-FLESNER, CH., (ed.), *European Union Private Law*, Cambridge, 2010, p. 101 ss.

SYMEONIDES, S. C., *The American Choice of Law Revolution, Past, Present and Future*, Leiden, 2006

- SYMEONIDES, S. C., *The American Choice of law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, in *Recueil des Cours*, 2003, t. 298, p. 1 ss.
- SZYDŁO, M., *Case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008*, nyr, in *CMLR*, 2009, p. 703 ss.
- TEICHMAN, CH., *Influence, mangement and control in the European Private Company*, in NEVILLE, M., ENGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and the SMEs*, København, 2010, p. 351 ss.
- TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Padova, 2010
- TIMMERMANS, CH., *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum europäischen Gesellschaftsrecht*, Bonn, 2003
- TIMMERMANS, CH., *Methods and Tools for Integration*, in BUXBAUM, R., HERTIG, G., HIRSCH, A., HOPT, K., *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin, New York, 1991, p. 129 ss.
- TIZZANO, A., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del diritto comunitario*, in BARIATTI, S., VENTURINI, G., (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 925 ss.
- TIZZANO, A., *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *F.I.*, 1989, IV, c. 80
- TRAVERS, M., *La nationalité des sociétés*, in *Recueil des Cours*, 1930-III, t. 33, p. 4 ss.
- TREVES, T., *Articolo 17*, in *RDIPP*, 1995, p. 986 ss., pubblicato anche in POCAR, F., TREVES, T., CARBONE, S.M. , GIARDINA, A., LUZZATTO, R., MOSCONI, F., CLERICI, R., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 134 ss.
- TREVES, T., *Il caso Zeiss*, in *RDIPP*, 1967, p. 437 ss.
- TRYFONIDOU, A., *Further steps on the road to convergence among the market freedoms*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, p. 36 ss.
- UBERTAZZI, G. M., *Riconoscimento e stabilimento delle società nella Comunità economica*

europa, in *Riv. soc.*, 1970, p. 526

UCKMAR, V., CORASANITI, G., DE' CAPITANI DI VIMERCATE, P., *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009, p. 115 ss.

UGLIANO, A., *The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement*, in *EBLR*, 2007, p. 585 ss.

VAGUE, M., *Le Groupement européen d'intérêt économique et le professions juridiques et comptables*, in *Rev. Marché comm.*, 1992, p. 406 ss.

VIGNAL, T., *Note*, in *JDI*, 2009, p. 889 ss.

VILLATA, F. C., *Spunti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 77 ss.

VILLATA, F. C., *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Padova, 2008, p. 89 ss.

VISMARA, F., *La legge applicabile alle società e alle attività degli amministratori nell'integrazione europea*, in *RDIPP*, 2010, p. 635 ss.

VISMARA, F., *Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso Cartesio)*, in *Dir. com. sc. int.*, 2009, p. 235 ss.

VISMARA, F., *Prime applicazioni giurisprudenziali delle norme attuative dell'undicesima direttiva comunitaria in tema di società*, in *RDIPP*, 1995, p. 87 ss.

VITELLINO, G., *Brevi riflessioni su alcuni aspetti dell'incidenza dei principi di libera circolazione sulle norme di diritto internazionale privato*, in FOIS, P., CLERICI, R., (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea. Atti del Convegno di Studi di Alghero 3-4 ottobre 2003*, Padova, 2007, p. 129 ss.

VITTA, E., *Memoriale e progetto di legge*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986 p. 3 ss.

VITTA, E., *Corso di diritto internazionale privato*, Torino, 1976

- VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973
- VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, I, Milano, 1972
- VOSSESTEIN, G. J., *Cross-border Transfer of Company Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment. Some Considerations on the Court of Justice's Cartesio Judgment*, in *Eur. Comp. Law*, 2009, p. 155 ss.
- VRELLIS, S., «Abus» et «fraude» dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in AZZI, T., (sous la direction de), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 633 ss.
- VRELLIS, S., *The EC Court Case Law on the Right of Establishment of Companies and its Impact on the Law Applicable to Legal Persons*, in ARKNA, S., YONGALIK, A., (eds.), *Liber Amicorum/Festschrift für Tuğrul Ansay, zum 75. Geburtstag / In Honour of his 75th Birthday*, The Netherlands, 2006, p. 461 ss.
- WERLAUFF, E., *The Main Seat Criterion in a New Disguise – An acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion?*, in *EBLR*, 2001, p. 2 ss.
- WILDERSPIN, M., LEWIS, X., *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 2002, p. 1 ss.
- WOOLCOCK, S., *Competition Among Rules in the European Union*, in D. G. MAYES (ed.), *The evolution of the Single European Market*, Cheltenham, 1997, p. 66 ss.
- WOOLDRIDGE, F., *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *EBLR*, 2003, p. 227 ss.
- WOUTERS, J., *Private International Law and Companies' Freedom of Establishment*, in *EBOR*, 2001, p. 101 ss.
- WOUTERS, J., *Fiscal Barriers to Companies' Cross-Border Establishment in the Case-Law of the EC Court of Justice*, in *YbPIL*, 1994, p. 73 ss.
- WYMEERSCH, E., *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, in *EBOR*, 2007, p. 161 ss.
- WYMEERSCH, E., *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, in

CMLR, 2003, p. 661 ss., pubblicato anche in italiano con il titolo *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 723 ss.

WYMEERSCH, E., *Centros: A landmark decision in the European Company Law*, Working Paper 1999-15, Gent, 1999

ZONCA, S., *Convenzione di Roma del 1980 e diritto delle società*, in SACERDOTI, G., FRIGO, M., *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993, p. 101 ss.

ZONCA, S., *La legge regolatrice delle società e le convenzione di Roma*, in BALLARINO, T., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*. *Lectio Notarum*, Milano, 1994, p. 301ss.

TESTI NORMATIVI E PROPOSTE LEGISLATIVE

Unione europea

Direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni, in *G.U.U.E.* L 110 del 29/4/2011, p. 1 ss.

Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* L 177 del 4/7/2008, p. 6 ss.

Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *G.U.U.E.* L 199 del 31/7/2007, p. 40 ss.

Decima direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005,

relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *G.U.U.E.* L 310/1 del 25/11/2005, p. 1 ss.

Tredicesima direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto, in *G.U.U.E.* L 142 del 30/04/2004, p. 12 ss.

Dodicesima direttiva 89/667/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in materia di diritto delle società relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, in *G.U.C.E.* L 232 del 2/09/1999, p. 34 ss.

Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *G.U.U.E.* L 210 del 18/08/2003, p. 1 ss.

Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 23 luglio 2003 che completa lo statuto della Società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.U.E.* L 207 DEL 18/08/2003, p. 25 ss.

Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in *G.U.C.E.* L 294 del 10/11/2001, p. 1 ss.

Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.C.E.* L 294 del 10/11/2001, p. 22 ss.

Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.* L 12 del 16/1/2001, p. 1 ss.

Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in *G.U.C.E.* L 160 del 30/6/2000, p. 1 ss.

Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da

applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi, in *G.U.C.E.* L 225 del 20/8/1990, p. 1 ss.

Direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, in *G.U.U.E.* L 310 del 25/11/2009, p. 34 ss.

Undicesima direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, in *G.U.C.E.* L 395 del 30/12/1989, p. 36 ss.

Regolamento (CEE) n. n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico, in *G.U.C.E.*, L 199 del 31/07/1985, p. 1 ss.

Ottava direttiva 84/253/CEE del Consiglio del 10 aprile 1984 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili, in *G.U.C.E.* L 126 del 12/05/1984, p. 20 ss.

Direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio e abroga la direttiva 84/253/CEE del Consiglio, in *G.U.U.E.* L 157 del 9/6/2006, p. 87 ss.

Direttiva 2008/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, che modifica la direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, per quanto riguarda le competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *G.U.U.E.* L 81 del 20/3/2008, p. 53 ss.

Settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, in *G.U.C.E.* L 193 del 18/07/1983, p. 1 ss.

Quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, in *G.U.C.E.* L 222 del 14/08/1978, p. 11 ss.

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, in *G.U.C.E.* L 378 del 31/12/1982, p. 47 ss.

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, in *G.U.C.E.* L 295 del 20/10/1978, p. 36 ss.

Seconda direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, in *G.U.C.E.* L 26 del 31/01/1977, p. 1 ss.

Prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, 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, in *G.U.C.E.* L 65 del 14/03/1968, p. 8 ss.

Direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 48, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, in *G.U.U.E.* L 258 del 1/10/2009, p. 11 ss.

Proposta di regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società privata europea (SPE), COM(2008) 396 def. del 25/06/2008

Bozza di proposta di quattordicesima direttiva: bozza di proposta pubblicata in *G.U.C.E.* C

138, del 5/5/1997, e altresì riprodotto in *Dir. comm. int.* 1999, p. 415 ss. (lo studio affidato nel 1993 dalla Commissione europea alla K.P.M.G. in J. WOUTERS, H. SCHEIDER, *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Antwerpen, 1995, p. 363 ss.)

Nona direttiva: un primo testo non formalizzato in “proposta” della Commissione: cfr. doc. XI/215/77 R, rev. 3, pubblicato anche in *Riv. socc.*, 1985, pp. 1040 ss. e 1071 ss.

Proposta modificata di *quinta direttiva* ai sensi dell’art. 54, paragrafo 3, lettera g) del trattato CEE, concernente la struttura della società per azioni nonché i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali, COM(72)887 def., in *G.U.C.E.* C 131, del 13/12/1972, p. 49 ss.; ripresentata nel 1983: v. COM(83) 185 def., in *G.U.C.E.* C 240 del 9/9/1983; e di nuovo nel 1992 una terza proposta: v. COM(90) 629 def., in *G.U.C.E.* C 7 del 11/1/1991, p. 4 ss.

Proposta di decima direttiva del Consiglio basata sull’articolo 54, paragrafo 3 lettera g) del Trattato, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni, COM(84) 727 def. del 8/1/1985, in *G.U.C.E.* C 23 del 25.1.1985, p. 11 ss.

Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, in vigore dal 1° aprile 1991 (doc. 80/934/CEE, in *G.U.C.E.* L 266 del 9/10/1980)

Italia

Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in G.U.R.I. n. 140 del 17/6/2008, entrato in vigore il 2 luglio 2008. Il decreto legislativo fu adottato su legge delega 6 febbraio 2007, n. 13 (c.d. “legge comunitaria 2006”), in G.U.R.I. n. 40 del 17/2/2007, Suppl. Ordinario n. 41 ss.

Decreto legislativo 17 gennaio 2003, Riforma organica della disciplina delle società di

capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, in *G.U.R.I.* n. 17 del 22/1/2003, Suppl. Ordinario n. 8

Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, c.d. T.U.F., in *G.U.R.I.* n. 71 del 26/3/1998, Suppl. Ordinario n. 52

Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 31 maggio 1995 n. 218, in *G.U.R.I.*, Suppl. ordinario n. 68 al n. 128 del 3/06/1995

Legge 29 dicembre 1993, n. 580, Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le camere di commercio hanno sede in ogni capoluogo di provincia e circoscrizione territoriale corrispondente di norma a quella della provincia o dell'area metropolitana, in *G.U.R.I.* n. 7 del 11/1/1994, Suppl. Ordinario

Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante attuazione della direttiva del Consiglio 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli altri scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, in *G.U.R.I.* n. 9 del 13/1/1993

Decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, recante norme per l'applicazione del regolamento n. 2137/85, in *G.U.R.I.* n. 182 del 5/8/1991

Decreto legislativo 16 gennaio 1991, n. 22, Attuazione delle direttive n. 78/855/CEE e n. 82/891/CEE in materia di fusioni e scissioni societarie, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69, in *G.U.R.I.* n. 19 del 23/1/1991

D.P.R. del 10 febbraio 1986, n. 30, in *G.U.R.I.* n. 40 del 18/02/1986

D.P.R. del 19 dicembre 1969, n. 1127, in *G.U.R.I.* n. 35 del 10/02/1970

Legge di adattamento alla Convenzione di Bruxelles del 1968 del 28 gennaio 1971, n. 220, in

G.U.C.E. n. 113 del 06/05/1971

Altri Stati

Francia

Loi n. 66-537 du 24 juillet sur les sociétés commerciales, in J.O. 26/07/1966, p. 6402 ss.

Ordonnance n. 67-821 du 23 septembre 1967 instituant le GIE, in J.O. 28/09/1967, p. 9537 ss.

Loi n. 2008-649 du 3 juillet 2008, in J.O. n. 155 del 4/07/2008

Spagna

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el derecho internacional privado de sociedades, in B.O.E., Núm. 82, Sábado 4 de abril de 2009, Sec. I., p. 31928 ss.

Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Polonia

Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Legge del 4 febbraio 2011, Diritto internazionale privato)

Regno Unito

Companies (Cross-Border Merger) Regulation 2007

Germania

Legge di ratifica tedesca della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle

società e delle persone giuridiche, in *Bundesgesetzblatt*, 1972 II, p. 369 ss.

Zivilprozessordnung – *ZPO*

MoMiG *Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*, 2008

Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, del 07/01/2008, disponibile sul sito del *Bundesministerium de Justiz* www.bmj.de

Umwandlungsgesetz – *UmwG* – del 28 ottobre 1994, in *Bundesgesetzblatt*, 2004, I, p. 3214 ss.

Svizzera

Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato

GIURISPRUDENZA

Unione europea

Sentenza della Corte del 20 novembre 2011, *Aldona Malgorzata Jany e altri c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-268/99, in *Racc.*, p. I-8615 ss.

Sentenza della Corte del 10 giugno 2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) e Principado de Asturias (C-*

571/07), cause riunite C-570/07 e 571/07, in *Raccolta*, p. I-04629 ss.

Sentenza della Corte del 26 marzo 2009, *Commissione c. Italia*, causa C-326/07, in *Raccolta*, p. I-2291 ss.

Sentenza della Corte del 22 dicembre 2008, *Commissione c. Austria*, causa C-161/07, in *Raccolta*, p. I-10671 ss.

Sentenza della Corte (Grande sezione) 16 dicembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, causa C-210/06, in *Raccolta*, p. I-9641 ss. (il rinvio pregiudiziale pubblicato in *G.U.U.E.* C 165 del 15/7/2006)

Sentenza della Corte del 19 giugno 2008, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-319/06, in *Raccolta*, p. I-4323 ss.

Sentenza della Corte del 28 febbraio 2008, *Deutsche Shell GmbH c. Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, causa C-293/06, in *Racc.*, p. I-1129

Sentenza del 25 ottobre 2007, *Maria Geurts e Dennis Vogten c. Administratie van de BTW, registratie en domeinen e Belgische Staat*, causa C-464/0, in *Racc.*, p. I-9325 ss.

Sentenza della Corte del 13 dicembre 2007, *Commissione c. Italia*, causa C-465/05, in *Raccolta*, p. I-11091 ss.

Sentenza della Corte del 14 dicembre 2006, *Denkavit Internationaal BV e Denkavit France SARL c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, causa -175/00, p. I-11949 ss.

Sentenza della Corte del 7 settembre 2006, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, causa C-470/04, in *Racc.*, p. I-7409

Sentenza della Corte del 5 novembre 2005, *Überseering BV c. Nordic Costruction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, causa C-208/00, in *Racc.*, p. 9919 ss.

Sentenza della Corte del 13 dicembre 2005, *Sevic Systems AG*, causa C-411/03, in *Racc.*, 2005, p. 10805 ss.

Sentenza della Corte (seduta plenaria) del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-200/02, in *Raccolta*, p. I-9925 ss.

Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-299/02, in *Racc.*, p. I-9761 ss.

Sentenza della Corte del 29 aprile 2004, *Commissione c. Portogallo*, causa C-171/02, in *Racc.*, p. I-5645 ss.

Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, causa C-167/01, in *Racc.*, p. I-10155 ss.

Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Racc.*, p. I-9919 ss.

Sentenza della Corte del 13 aprile 2000, *C. Baars c. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, causa C-251/98, in *Racc.*, p. I-2287 ss.

Sentenza della Corte del 9 marzo 2000, *Commissione c. Belgio*, causa C-355/98, in *Raccolta*, p. I-1221 ss.

Sentenza della Corte del 9 settembre 1999, *RI.SAN Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA*, causa C-108/98, in *Racc.*, p. I-5219 ss.

Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Procedimento penale a carico di Florus Ariël Wijzenbeek*, causa C-378/97, in *Racc.*, p. 6207 ss.

Sentenza della Corte del 9 marzo 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459 ss.

Sentenza della Corte del 29 ottobre 1998, *Commissione c. Spagna*, causa C-114/97, in *Raccolta*, p. I-6717 ss.

Sentenza della Corte del 16 luglio 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, causa C-264/96, in *Racc.*, p. I-4695 ss.

Sentenza della Corte del 16 gennaio 1997, *Unità Socio-Sanitaria Locale n° 47 di Biella (USSL) c. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, causa C-134/95, in *Racc.*, p. I-195 ss.

Sentenza della Corte del 17 giugno 1997, *Sodemare SA C. Annu Azzurri Holding SpA*, causa C-70/95, in *Racc.*, p. I-3422 ss.

Sentenza della Corte del 20 giugno 1996, *Semeraro*, Cause riunite C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94, in *Racc.*, p. I-2975 ss.

Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e dei Procuratori di Milano*, causa C-55/94, in *Racc.*, p. I-4186 ss.

Sentenza della Corte del 31 marzo 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg*, causa C-19/92, in *Racc.*, p. I-1698 ss.

Sentenza della Corte del 20 ottobre 1993, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Corradina Baglieri*, causa C-297/92, in *Racc.*, p. I-5211 ss.

Sentenza della Corte del 7 luglio 1992, *Micheletti e al. c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, causa C-369/09, in *Raccolta*, p. I-4239 ss.

Sentenza della Corte del 26 febbraio 1992, *M. J. E. Bernini c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, causa 3/90, in *Racc.*, p. I-1098 ss.

Sentenza della Corte del 25 luglio 1991, *The Queen contro Secretary of State for Transport*,

ex parte *Factortame Ltd e al.*, causa C-221/89, in *Racc.*, p. I-3905 ss.

Sentenza della Corte del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, causa C-260/89, in *Raccolta*, p. I-2925 ss.

Sentenza della Corte del 3 ottobre 1990, *Procedimento penale contro Marc Gaston Bouchoucha*, causa C-61/89, in *Racc.* p. 1-3551 ss.

Sentenza del 5 ottobre 1988, *Udo Steymann c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-196/87, in *Racc.*, p. 6159 ss.

Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, causa 81/87, in *Racc.*, p. 5505 ss.

Sentenza della Corte del 7 luglio 1988, *Christopher Stanton e SA belge d'assurances "L'Étoile 105" c. Inasti (Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants)*, causa C-143/87, in *Racc.*, p. 3877 ss.

Sentenza della Corte del 21 giugno 1988, *Steven Malcom Brown c. The Secretary of State for Scotland*, causa 197/86, in *Racc.*, p. 3205 ss.

Sentenza della Corte del 12 febbraio 1987, *Commissione c. Belgio*, causa 221/85, in *Racc.*, p. 734 ss.

Sentenza della Corte del 3 luglio 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, causa 66/85, in *Racc.*, p. 2139 ss.

Sentenza della Corte del 10 luglio 1986, *D.H.M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen (associazione di categoria del personale bancario ed assicurativo, del commercio all'ingrosso e delle libere professioni)*, causa C- 79/85, in *Racc.*, p. 2382 ss.

Sentenza della Corte del 12 luglio 1984, *L'ordine degli avvocati del foro di Parigi c. Onno Klopp*, causa 107/83, in *Racc.*, p. 2972, ss.

Sentenza della Corte del 5 maggio 1982, *Gaston Schul Douane Expeditieur BV c. Ispetto dei tributi d'importazione e delle imposte di consumo di Roodendaal*, causa 15/81, in *Racc.*, p. 1410 ss.

Sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, *J. Knoors c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, causa 115/78, in *Racc.*, p. 399 ss.

Sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, *Pubblico Ministero c. Vincent Auer*, causa 136/78, in *Raccolta*, p. 437 ss.

Sentenza della Corte del 11 luglio 1974, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, causa 8/74, in *Racc.*, p. 837 ss.

Sentenza della Corte del 12 febbraio 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, causa 152/73, in *Racc.*, p. 153 ss.

Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, causa C-6/64, in *Raccolta*, p. 1129 ss., sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, causa C-106/77, in *Raccolta*, p. 629 ss.

Italia

Corte cost. 30 dicembre 1997 n. 443, in *RDI*, 1997, p. 530 ss.

Corte cost. 16 giugno 1995 n. 249 in *RDI*, 1995, p. 813 ss.

Cons. Stato 27 maggio 1918, *Arciconfraternita e Monte del SS: Sacramento dei nobili spagnoli di Napoli c. Ministeri dell'interno e degli affari esteri*, in *RDI*, 1919-1920, 391 (nota

di SALVIOLI)

Cass. (s.u.), ord. 16 febbraio 2006 n. 3368, in *RDIPP*, 2006, p. 1074 ss.

Cass. (s.u.), ord. 8 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 417 ss.

Cass (s.u.), ord. 28 luglio 2004 n. 14348, in *RDIPP*, 2005, p. 441 ss.

Cass. (s.u.), ord. 23 gennaio 2004 n. 1244, in *RDIPP*, 2004, p. 1381 ss., pubblicata anche in *Int'l Lis*, 2004/2005, p. 28 ss. con commento di L. PERILLI, *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 549, con nota di C. PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*, p. 553 ss.

Cass. civ. sez. lav. 4 ottobre 1988, n. 5359, in *Giust. civ. – Massimario*, 1988

Cass. civ. 16 giugno 1984, n. 3604

Cass. del 28 luglio 1977 n. 3352, in *Giurispr. it.*, 1978, p. 1076 ss.

Cass. 28 giugno 1961, n. 1563

Cass. 25 marzo 1958, n. 995, in *F.I. – Rep.*, 1958, p. 2498

Cass. 22 gennaio 1957, in *Giust. civ. – Massimario*, 1958, p. 47 ss.

3604, Cass. 5 aprile 1985, n. 2341

Cass. civ. n. 3175/1982.

Trib. Torino, 10 gennaio 2007, *S.p.r.l. Prima Idep – Fallimento s.r.l. Prima (contumace) – Consorzio Nazionale Bieticoltori (contumace)*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1697 ss.

Trib. Monza, sez. I civ., 5 aprile 2002 (decr.), in *Giur. comm.le*, 2003, II, p. 558 e s., con

commento di P. DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, ibidem, p. 559 ss., pubblicato anche in *Le società*, 2002, p. 1265 ss., con commento di E. FREGONARA a seguire.

Trib. Torino 14 dicembre 1955, *Fabrique de Crayons Koh – I – Noor L. e C. Hardmuth c. Koh – I – Noor Tuskarna L e C. Hardmuth Narodni Podnik – Impresa nazionale*, in *RDI*, 1958, 371

Trib. Genova, *AGIP e altri c. Ministero Finanze*, in *Giur. comp. d. i. pr.*, 1954, 27

Tribunale di Milano, sent. 10 giugno 1949, *I. G. Farbeindustrie A .G. e Compagnia Famaceutica C.O.F.A. c. Istituto Biochimico Pavese*, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 676 ss.

C. App. Bologna 28 aprile 1956, *Svit Impresa Nazionale e altri c. Soc. B. S. F. Stiftung, Ciperà, Bata e altri*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 142 o *RDI*, 1957, 264 (nota PAU)

C. App. Bari 12 aprile 1955, *Chiappellini c. Ditta Steinway & Sons*, in *Giust. civ. Mass. App.*, 1955, 41

Trib. Roma, 12 novembre 1999 (decr.), *Empire Entertainment s.r.l. e C. App. Roma*, 28 marzo 2000 (decr.), ric. *Soc. Inko*, entrambe in *F.I.*, 2000, I, c. 2963 ss. con nota di A. FRANGINI, e anche in *Riv. notariato*, 2000, p. 1294 ss. con trascrizione del ricorso del notaio rogante alla C. App. Roma a seguire. Il decreto del Tribunale di Roma è altresì pubblicato in *Giur. it.*, 2001, II, p. 323 ss., con nota di S. LUONI

C. App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. notariato*, 2000, II, p. 167 ss.

Trib. Verona, 5 dicembre 1996 (decr.), *Ric. Galvani Hotel s.r.l.*, in *Le società*, 1997, p. 574 ss. con commento di F. FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione - Commento al decreto del Tribunale di Verona 5 dicembre 1996*

Trib. Alessandria, 19 agosto 1995 (decr.) e C. App. Torino, 1 dicembre 1995 (decr.), in

NGCC, 1996, p. 855 ss. (con nota di A. SANTUS, *In tema di trasferimento della sede all'estero e omologazione parziale*, p. 857 ss.), e C. App. di Torino, in *RDIPP*, 1997, p. 685 e s.

Trib. Torino, 16 dicembre 1991, *Banque Dumenil Leblè s.s. e al. c. S.p.a. Dominion Trust Corporation Limited*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 811 ss.

Trib. Pordenone, 28 settembre 1990 (decr.), *Luxabel S.A.*, in *Foro pad.*, 1991, I, p. 187 ss.

C. App. Milano, 22 maggio 1974 (decr.), in *Giur. comm.le*, 1975, II, p. 832 ss.

Trib. di Roma, decr. 19 giugno 1968, *Abdullah Ali Resa c- Etablissement Unorient*, in *F.I.*, 1969, I, c. 256 ss.

C. App. Torino, 17 giugno 1958, *Koh-i-noor Tusckarna L. & C. Hardmuth Naodni Podnik c. Fabrique de crayons Hardtmuth L. & C. s.r.l.*, in *RDI*, 1958, p. 597 ss.

Altri Stati

Austria

ÖstOGH, Beschlüssen vom 15/7/1999, in *NZG*, 2000, p. 36 ss. e in *EuZW*, 2000, p. 156 ss., anche in *Juristenzeitung*, 2000, p. 199 ss.

Az. 6 Ob 123/99b e Az. 6 Ob 1124/99z, in *NZG*, 2000, p. 36 ss. e in *EuZW*, 2000, p. 156 ss.

Francia

Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 8 décembre 1998, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1999, p. 284, *note M. MENJUCQ*, p. 284

Cass. com. 9 mars 1993, in *Rev. Soc.*, 1993, p. 584.

Cass. com. 19 mai 1992, in *JDI*, 1992, p. 945, note KAHN

Cour de Cass. (ch. comm.), 9 avril 1991, *SPPP c. Soc. Intérpart*, in *Revue de sociétés*, 1991, p. 747 ss., note R. LIBCHABER

Cour Cass. (Ass. plén.), 21 déc. 1990, in *Rev. cit. d.i.p.*, 1992, p. 70, note DURANTON

Cass. com. 8 novembre 1988, in *JPC* 1989, II, p. 21230 note BARBIERI, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1988, p. 297, note JOBARD-BACHELLIER

Cass. com. 21 décembre 1987, in *Rev. soc.* 1998, p. 398, note SYNVET,

Tribunal de commerce de Paris, 4^e ch., 19 octobre 1982, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1984, SYNVET, note, p. 93

Cour de Cassation, 1^{re} ch. civ., 30 mars 1971, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1971, p. 541, note P. LAGARDE

Cour de Cassation 17 mai 1967, in *JDI*, 1967, p. 874, note Y. LOUSSOUARN

Cour d'appel de Paris, 3^e ch., 19 mars 1965, *Bakalian et Hadjithomas c. Banque ottomane*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1967, p. 85, note P. LAGARDE

Tribunal de conflits, 23 novembre 1959, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1960, p. 180, note Y. LOUSSOUARN

Cour de Cassation, 7 juillet 1949, *Compagnie de Cambodge c. Administration de l'Enregistrement*, in *Rev. crit. d.i.p.*, 1949, p. 78 ss., note Y. LOUSSOUARN

Cour de Cassation, 28 octobre 1941, in *Gaz. Pal.*, 1942, 18

Cour de cassation (Ch. civ.), 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont c. Prince de Bauffremont*.

Cass. Civ. 20 juin 1870, S. 70.1.373 (v. B&L p. 335, n. 6)

Cour de Bordeaux, arrêt 11 août 1857, D. 1859.2.60

Germania

LG München I, in *RIW*, 2000, p. 61 ss.

LG Potsdam, in *RIW*, 2000, p. 145 ss. (confermato da OLG Brandenburg, in *RIW*, 2000, p. 798 ss.)

OLG Frankfurt am Main, in *RIW*, 1999, p. 783 ss.

OLG München, 6 Mai 1986, in *NJW*, 1986, p. 2197

Reichsgericht in *RGZ*, vol. 117, pp. 215-217

BGH in *BGHZ*, vol. 97, pp. 269-272

Stati Uniti

Edagr v MITE corp., 457 U.S. 624 (1982)

CTS corp. v Dynamics Corp. of America, 481 U.S. 69, 87-94, 107 S.Ct. 1637, 1648-52, 95 L.Ed.2d 67 (1987).

Svizzera

Tribunal fédéral, Arrêt C. V. Inc. v. F. Inc. et autres, du 17 décembre 1991, ATF 117 II, (1991) 494

Tribunal fédéral, Arrêt Fondation X. contre Y et consorts, du 7 octobre 1982, ATF 108 II 398

Tribunale federale nel caso *Vernet et consorts* del 1950 (ATF 76 III 62)

DOCUMENTI

Report Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, 5 April 2011,

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf

Parlamento europeo – Commissione giuridica (Rel. Evelyn Regner), *Progetto di Relazione recante raccomandazioni alla Commissione su una 14a direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di sedi di società* (2011/2046(INI)) del 27/9/2011 (d’ora in avanti semplicemente “Progetto di relazione del 27/9/2011”).

Parlamento europeo:

- Risoluzione del 23 novembre 2010 sugli aspetti relativi al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto di famiglia e al diritto internazionale privato del Piano d’azione per l’attuazione del programma di Stoccolma, doc. P7_TA(2010)0426
- Risoluzione del 10 marzo 2009 recante raccomandazioni alla Commissione sul trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società, in *G.U.U.E. C 87 E* dell’1/4/2010, p. 5 ss.
- Risoluzione del 25 ottobre 2007 sulla società privata europea e sulla quattordicesima direttiva in materia di diritto societario a proposito del trasferimento della sede societaria, in *G.U.U.E. C 263 E* del 16/10/2008, p. 671 ss.,
- Risoluzione del 4 luglio 2006 sui recenti sviluppi e le prospettive in materia societaria, in *G.U.U.E. C 303 E* del 13/12/2006, p. 114 ss.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Un’area di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM(2009) 262 def. del 10/6/2009

Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una corsia preferenziale per la piccola impresa, Alla ricerca di un quadro fondamentale per la Piccola impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)*, COM(2008) 394 def. del 25/06/2008

SPEECH/07/441 del 28/06/2007, pronunciato a Berlino in occasione della *5th European Corporate Governance and Company Law Conference* e SPEECH/07/592 del 03/10/2007, pronunciato di fronte alla Commissione giuridica del Parlamento europeo a Bruxelles

Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707 del 12/12/2007

Risoluzione del Parlamento europeo sulla Società privata europea e sulla quattordicesima direttiva in materia di diritto societario (B6-0399/07) del giugno 2006

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, *Azioni comuni per la crescita e l'occupazione: il programma comunitario di Lisbona*, COM(2005) 330 def. del 20/07/2005

Piano d'azione della Commissione "Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea", COM(2003) 284

Parere del Comitato economico e sociale europeo "L'accesso alle PMI ad uno statuto di diritto europeo", in *G.U.C.E.* C 125 del 27/05/2002, p. 19 ss.

Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe del 04/11/2002

"Competitiveness Advisory Group", del giugno 1995, detto "Rapporto Ciampi" – First Report to the President of the Commission, the Prime Ministers and the Head of State

Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, signed at Luxembourg, 9 October 1978, *O. J. C* 59, 5 March 1979, c.d. *Schlosser Report*

Progetto di convenzione di Bruxelles del 1968, accompagnato dalla *Relazione* di B. Goldman, v. C. E. Bollettino, Suppl. n. 13/73; il testo del progetto è pubblicato in *Riv. soc.*, 1973, p. 978 ss.

Memorandum della Commissione delle Comunità europee *Politica industriale della Comunità* e la comunicazione della Commissione relativa al programma di politica industriale e tecnologia del 3 maggio 1973

Commissione delle Comunità europee *Memorandum sulle concentrazioni* del 1/12/1965, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1182 ss.

Rapporto del gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea, in *Riv. soc.*, 1967, p. 699 ss., spec. p. 700

Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, in *G.U.C.E.*, n. 2 del 15/01/1962, p. 36 ss.

Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, trattato aperto alla firma dei Ministri degli esteri degli Stati membri riuniti in Consiglio a Bruxelles il 29 febbraio 1968, in Bollettino C.E., Suppl., n. 2/69, p. 15 ss. (altresì in *RDIPP*, 1966, p. 403 ss. o *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 401 ss.)

Projet de Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés et fondations étrangères, in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes de la septième session tenue du 9 au 31 octobre 1951*, La Haye, 1952

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Documents de la septième session*

tenue du 9 au 31 octobre 1951, La Haye, 1952

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL redasse una bozza di *Statuto giuridico delle società nel diritto internazionale* che conteneva, tra le altre, anche alcune norme dedicate al riconoscimento e ai conflitti di leggi in materia societaria

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the Forty-Fifth Conference*, Lucern, 1952, p. 67 ss.

Report of the Forty-Sixth Conference, Edimburg, 1954, p. 364 ss.

Report of the Forty-Seventh Conference, Dubrovnik, 1956, p. 319 ss.

Report of the Forty-Eight Conference, New York, 1958, p. 629 ss.

Report of the Forty-Ninth Conference, Hamburg, 1960, p. 62 ss. (in appendice il testo di un progetto di convenzione “on Conflict of Laws relating to Companies”).

Note du Gouvernement français sur la création d'une société commerciale européenne, in *Riv. socc.*, 1966, p. 1091 ss.

Mémorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d'une société commerciale européenne e Rapport du groupe de travail intergouvernemental pour la société commerciale européenne, in *Riv. socc.*, 1967, p. 699 ss.

Collezione celerifera delle leggi, decreti, circolari, manifesti, e istituzioni pubblicati nell'anno 1853 ed altri provvedimenti anteriori, Torino, 1853, p. 602 ss.