



Università
Ca'Foscari
Venezia

Dottorato di ricerca

in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Scuola di dottorato Interateneo in Scienze Giuridiche

(A.A. 2010 - 2011)

***Titolo: La libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea:
“stato dell'arte” e prospettive per il futuro***

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: Diritto societario, IUS/04

Tesi di dottorato di Alessandro Maria Gonzato, matricola 955451, 23° ciclo

Direttore della Scuola di dottorato

Tutore del dottorando

Prof.ssa Carmelita Camardi

Prof.ssa Giuliana Martina

INDICE

INTRODUZIONE: “Armonizzazione” e “concorrenza” tra ordinamenti nel diritto societario europeo.	p. 6
---	------

CAPITOLO I

Le società nel diritto comunitario.

1. Le fonti del diritto societario.	p.13
1.1 <i>Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e la libertà comunitaria di stabilimento delle società. Campo di applicazione soggettiva e materiale della disciplina.</i>	p. 20
1.2 <i>Le direttive comunitarie in materia societaria e loro attuazione.</i>	p. 24
1.3 <i>L'interferenza fiscale al principio della libertà di stabilimento</i>	p. 33
1.4 <i>La mobilità delle società in Europa: proposta di quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede sociale.</i>	p. 35
1.5 <i>Direttiva quadro 2005/56/CEE del 26 ottobre 2005 sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali e il recepimento con D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 108.</i>	p. 39
2. I modelli sovranazionali.	p. 44
2.1 <i>Il Gruppo europeo di interesse economico.</i>	p.45
2.2 <i>La Società europea: la costituzione, gli obiettivi e i tratti salienti della disciplina comunitaria.</i>	p. 51
2.2.1 <i>La disciplina del trasferimento sede nella SE.</i>	p. 54
2.2.2 <i>Riesame dello Statuto della Società Europea.</i>	p. 56
2.3 <i>La Società cooperativa europea.</i>	p. 59
2.4 <i>La proposta di statuto della Società Privata Europea</i>	p. 63

2.5	<i>La Fondazione Europea</i>	p. 66
-----	------------------------------	-------

CAPITOLO II

Le società nel diritto internazionale privato.

1.	Concorrenza tra ordinamenti societari e conflitto di leggi.	p. 68
2.	Il riconoscimento e il trattamento delle società straniere come problema di diritto internazionale privato.	p. 69
2.1	<i>Il trasferimento transnazionale della sede sociale.</i>	p. 72
3.	La lex societatis nel diritto internazionale privato italiano.	p. 77
3.1	<i>La posizione della giurisprudenza italiana nei riguardi del trasferimento di una società italiana all'estero.</i>	p. 80
3.2	<i>Il trasferimento della sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia.</i>	p. 84
3.3	<i>"Delle società costituite all'estero", artt. 2507-2510 del Codice civile.</i>	p. 88

CAPITOLO III

Concorrenza tra ordinamenti e il diritto alla scelta della lex societatis più favorevole alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia europea.

1.	Il caso Daily Mail.	p.95
1.1	<i>Le argomentazioni della Corte.</i>	
2.	Il caso Centros.	p.100
2.1	<i>Le argomentazioni della Corte.</i>	
2.2	<i>La portata innovativa della sentenza Centros e i suoi riflessi sul fenomeno della concorrenza tra ordinamenti.</i>	
3.	Il caso Uberseering e il riconoscimento transnazionale della personalità giuridica.	

3.1 <i>Le argomentazioni della Corte.</i>	p. 109
4. Il caso Inspire Art.	p. 112
4.1 <i>Le argomentazioni della Corte.</i>	p. 115
5. Il caso Cartesio.	p. 117
5.1 <i>Le argomentazioni della Corte.</i>	p. 121

La libertà di stabilimento come strumento per scegliere
l'ordinamento più favorevole.

CAPITOLO IV

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto speciale delle banche.

4.1 La licenza unica come presupposto per la realizzazione della libertà di stabilimento.	p. 123
4.1.1 <i>La seconda direttiva CEE in materia bancaria e il recepimento nell'ordinamento nazionale.</i>	p. 126
4.2 Le succursali delle banche, stabilimento a titolo secondario.	
4.2.1 <i>Le succursali di banche italiane.</i>	p. 129
4.2.2 <i>La disciplina privatistica nelle succursali di banche italiane</i>	p. 133
4.2.3 <i>Le succursali di banche comunitarie.</i>	p. 135
4.2.4 <i>Le succursali di banche extra-comunitarie</i>	p. 137

CAPITOLO V

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto speciale delle assicurazioni private.

5.1 La legge applicabile al contratto di assicurazione nelle direttive CE.	
5.1.1 <i>Le direttive CE in materia assicurativa.</i>	p. 138

5.2 Attività delle imprese italiane all'estero.	
5.2.1 <i>L'attività assicurativa in regime di stabilimento in altri Stati dell'Unione europea.</i>	p.146
5.3 Attività delle imprese estere in Italia.	
5.3.1 <i>L'attività assicurativa delle imprese estere in Italia.</i>	p.148
5.4 Il trasferimento del portafoglio nell'impresa assicurativa.	p.149

CAPITOLO VI

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto delle Società di Intermediazione Mobiliare

6. Il principio dell'home country control nelle SIM, SGR e SICAV.	
6.1 <i>La licenza unica come strumento di mobilità all'interno dello spazio europeo.</i>	p.151
6.2 <i>L'attività transfrontaliera delle Società di Gestione del Risparmio (SGR) e delle Società di Investimento a Capitale Variabile (SICAV)</i>	p.156

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	p.160
----------------------------------	--------------

BIBLIOGRAFIA	p.168
---------------------	--------------

INTRODUZIONE

“Armonizzazione” e “concorrenza” tra ordinamenti nel diritto societario europeo.

La libertà di stabilimento, insieme con la libertà di prestazione dei servizi, è il principale strumento concepito dal diritto comunitario al fine di promuovere lo svolgimento dell'attività delle società commerciali in territori di Stati membri diversi da quello di origine.

L'interpretazione della portata di tale libertà, delineata nelle sue linee essenziali, negli articoli 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*ex artt. 43 e 48 TCE*) è stata in passato piuttosto incerta, ed ha pertanto costituito oggetto di numerosi interventi, talvolta in senso restrittivo, da parte della Corte di Giustizia europea. Riferita alle società, essa si dovrebbe caratterizzare, nella sua accezione primaria, come diritto a trasferire, senza restrizioni non previste dal Trattato stesso, la sede sociale da un Paese membro ad un altro. Nella sua applicazione pratica, tuttavia, il principio si è dovuto scontrare con numerosi ostacoli di varia natura, opposti dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

Anche a causa di queste difficoltà, la libertà di stabilimento si è spesso concretizzata attraverso il ricorso alla sua accezione secondaria, consistente nel diritto ad aprire agenzie, filiali o succursali – cosiddetti “stabilimenti secondari¹” – nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine. Il ricorso a questa seconda modalità di esercizio, comportante una presenza meno intensa della struttura sociale, è stato il modo in

1 Sullo stabilimento secondario delle società S. LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata.*, 2005, pp. 376 e ss.

cui la libertà di stabilimento si è meglio esplicata, almeno fino al 1999. A partire da quella data, infatti, grazie all'ormai celebre sentenza "Centros"², la Corte di Giustizia è sembrata avere aperto, pur tra non poche difficoltà, scenari di maggiore libertà.

Già nel Trattato di Roma vi era la consapevolezza che, per realizzare pienamente la libertà di stabilimento, occorreva eliminare o comunque mitigare gli ostacoli che derivavano dalla diversità degli ordinamenti nazionali, non solo nel diritto societario in senso stretto, ma in generale in tutte le aree rilevanti per l'esercizio delle varie attività commerciali. Ancora oggi, con riguardo al primo aspetto, l'art. 50 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea attribuisce alle istituzioni comunitarie uno specifico potere di emanare direttive in procedura di codecisione, volte a rafforzare l'armonizzazione delle legislazioni e prassi nazionali sia in senso negativo che positivo, anche assicurando una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali, al fine di raggiungere un'equivalenza di protezione. Nel corso degli anni le istituzioni comunitarie hanno fatto ampio uso delle possibilità offerte da questa base giuridica. L'attività di armonizzazione degli ordinamenti societari nazionali che ne è conseguita è stata intensa.

In principio, il disegno concepito dalla Comunità europea per il diritto societario era ampio ed ambizioso: esso si incentrava su tre punti nodali, che ben emergevano dagli atti comunitari (direttive e regolamenti) già emanati o in preparazione. Era stato ideato, in primo luogo, un sistema compiuto del diritto azionario; ad esso si accompagnava la creazione di un sistema di pubblicità concepito per tutte le società di capitali a responsabilità limitata; era stata, infine, progettata la creazione – per regolamento – di una serie di "forme societarie" transnazionali (gruppo europeo di interesse economico, associazione europea, cooperativa europea, mutua europea). Solo una parte di questo programma è stata realizzata; e gli atti comunitari che l'hanno in parte concretizzato si collocano pressoché tutti nel primo ventennio dall'entrata in vigore del Trattato di Roma³.

Questa attività di armonizzazione, concepita come complementare alla libertà di

2 Sentenza 9 marzo 1999, in causa C-217/1997, *Raccolta*, 1999, pp. I-1484 e ss.

3 M. CASOTTANA- A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, per un censimento degli atti emanati o programmati in materia societaria.

stabilimento, ha infatti subito, dagli anni '80 in poi del secolo scorso, un deciso rallentamento, per varie ragioni: da un lato i forti ostacoli frapposti al varo di alcune importanti direttive, le cui proposte più volte sono state riviste (si pensi alle proposte o agli avanzi progetti della V direttiva sull'organizzazione delle società per azioni implicante il problema della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa; della IX direttiva sui gruppi; della X decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere; della XIII sull'OPA e della XIV sul trasferimento della sede sociale all'estero). Dall'altro lato, ha pesato su questa "stasi" anche la difficile interpretazione della portata del "principio di sussidiarietà" previsto dall'art. 5 del Trattato CE, che ha portato a forti contrasti nella delineazione del suo perimetro applicativo e all'opposizione o alla resistenza di alcuni Paesi membri all'attuazione delle direttive (manifestatasi, addirittura, nell'introduzione di norme in contrasto con le regole comunitarie).

Ma la domanda che più ha acceso il dibattito e che << ha costretto ad interrogarsi – dapprima in Germania, dopo anche in Italia – su una "crisi di legittimità" o, se si preferisce, sulla "sensatezza" del processo di armonizzazione del diritto societario europeo⁴>> va ricondotta alla constatazione che la "globalizzazione" dell'attività di impresa e l'internazionalizzazione dei mercati finanziari non solo hanno inciso fortemente sulla struttura delle società per azioni, ma soprattutto hanno condotto all'emergere di un rapporto di "concorrenza tra ordinamenti" che travalica gli Stati membri della Comunità europea e che è quindi insuscettibile di essere temperato attraverso un'armonizzazione che coinvolga esclusivamente questi ultimi. Pertanto, oggi, quel che ci si chiede è se l'idea di un'armonizzazione del diritto societario non debba ormai considerarsi superata da questa "concorrenza" tra legislazioni, ritenuta da taluni "necessaria"⁵. A sostegno di questa tesi, sta la constatazione che, oltre al fatto che per circa due terzi la disciplina contenuta nel diritto azionario dei singoli paesi risulta solo parzialmente armonizzato e con notevoli differenze anche nei settori oggetto di

4 G.B. PORTALE, *Tra "deregulation" e crisi del diritto azionario comunitario*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, pp. 373 e ss.

5 G.B. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 97; A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2007.

armonizzazione, per la prima volta nella storia della comunità europea, anche per merito della giurisprudenza della Corte di Giustizia (con la sentenza “Centros” prima e poi anche con la sentenza “Uberseering”), si è aperta la strada alla concorrenza tra ordinamenti nazionali. Con la recente sentenza “Cartesio” la Corte di Giustizia aggiunge ulteriori elementi al fine di qualificare il fenomeno del trasferimento di sede sociale all'interno dell'Unione. Nel caso di specie i giudici comunitari hanno sfumato le posizioni giurisprudenziali precedenti affermando una distinzione tra il trasferimento di sede che comporta il cambio di legge applicabile, in quanto la società cambia la propria nazionalità nel momento del trasferimento della sede sociale, e il trasferimento che non comporta il cambio di legge applicabile e pertanto la società mantiene la propria nazionalità. Nel primo caso, lo stato di partenza non può porre limitazioni al trasferimento, il quale è sottoposto all'accettazione dello stato membro di arrivo, in quanto la disciplina dello Stato membro di partenza non è più applicabile; nel secondo caso, lo Stato di partenza può proibire il trasferimento dal momento in cui la società sia ancora soggetta alla propria legge nazionale.

In altre parole, <<il processo di armonizzazione centralizzata, proposto dall'alto, è sempre più mal visto e sembra lasciare il posto gradualmente alla convinzione che alla convergenza tra norme si arriverebbe meglio, quasi naturalmente, a seguito della competizione tra ordinamenti o alla cd. “competizione nel mercato delle regole” >>.

Per completezza, tuttavia, va fatto notare come parte della dottrina, pur convinta della necessità ed utilità di una concorrenza tra ordinamenti anche all'interno dell'Unione europea, è altrettanto convinta della conciliabilità tra “armonizzazione” e “competizione”: si tratterebbe solo, essa sostiene, di trovare corretti limiti all'armonizzazione e nuove strade per realizzarla.

Questo studio si propone di approfondire il problema della mobilità delle società azionarie all'interno del territorio dell'Unione europea e della disciplina loro applicabile, affrontando contemporaneamente, il problema della convergenza tra i diritti societari europei.

E' possibile sin d'ora anticipare che le conclusioni a cui arriveremo ci indurranno a

mantenere un punto di vista più favorevole alla soluzione della competizione tra ordinamenti in un contesto di armonizzazione cosiddetta “minima”.

A tali conclusioni si giungerà seguendo un percorso che analizzerà principalmente la normativa societaria comunitaria e la relativa giurisprudenza di quelle che definiremo “imprese comuni”, ossia di quelle imprese costituite in forma societaria e che hanno natura commerciale ed industriale, a cui sono indirizzate le direttive di armonizzazione del diritto societario, ponendole a confronto, sul tema della loro mobilità all'interno dell'Unione Europea, con il regime del tutto differente con cui il legislatore comunitario ha inteso disciplinare i soggetti societari di matrice bancaria, finanziaria ed assicurativa, che definiremo in seguito “imprese speciali”.

La libertà di stabilimento per tali soggetti è senz'altro limitata rispetto ai primi, in quanto è prevista solamente come apertura di filiali e succursali, realizzando uno stabilimento di tipo secondario. La struttura e le funzioni svolte da tali soggetti giuridici, che ricomprendono banche, assicurazioni, Sim, Sgr e Sicav, hanno differenti compiti all'interno del mercato unico rispetto alle imprese comuni e sono investiti di maggior rilievo per gli aspetti di vigilanza ai quali sono sottoposti. Tali divergenze non verranno analizzate, se non in via incidentale, nel presente lavoro; bensì la trattazione del tema della mobilità europea di tali enti risulterà utile al fine di delineare un quadro più completo del fenomeno ed, in particolare, permetterà di focalizzare la riflessione sugli aspetti di tecnica regolatoria utilizzati, traendo così elementi di interesse per poter valutare l'efficacia dimostrata dall'uno o dall'altro sistema di norme.

Ricapitolando, nel primo capitolo si tenterà di offrire un panorama, il più ampio possibile, della normativa comunitaria di armonizzazione del *diritto europeo* delle società, e, più in particolare, del quadro normativo vigente ed in fase di approvazione sulla mobilità delle società, attuata sia attraverso il trasferimento della sede sociale, sia attraverso forme diverse di mobilità come, ad esempio, le fusioni transfrontaliere. Inoltre, si procederà ad un'analisi dei principali strumenti giuridici e dei nuovi istituti, a valenza sovranazionale, caratterizzati da regole uguali per tutti gli Stati membri della Comunità, che l'Unione europea ha predisposto in alternativa allo strumento dell'armonizzazione degli ordinamenti

nazionali.

Nel secondo capitolo si offriranno alcuni spunti di riflessione con riferimento ai principi di diritto internazionali privato, posti in relazione al riconoscimento delle società e al loro trattamento in ambito internazionale; si farà peraltro accenno ai criteri utilizzati nell'Unione per identificare il legame di una società con il proprio ordinamento giuridico di appartenenza, ossia i criteri della “sede legale” e della “sede effettiva”. Seguiranno l'analisi della normativa nazionale che disciplina gli aspetti di diritto internazionale privato e le principali linee giurisprudenziali segnate dai Tribunali italiani. A completamento si commenteranno le norme del Codice civile sulle società costituite all'estero in relazione con gli obblighi imposti dall'ordinamento nazionale.

Il terzo capitolo sarà invece dedicato alla trattazione dei principi interpretativi fissati in materia dalla Corte di Giustizia Europea. Si analizzeranno in ordine cronologico le principali decisioni della Corte di Giustizia, dalle più remote alle più recenti fino ad approdare all'interpretazione fornita con la trattazione della causa “Cartesio” arrivata a sentenza nel dicembre del 2008. Nel riportare tale percorso giurisprudenziale si porrà attenzione agli aspetti che incidono sulla concorrenza tra ordinamenti all'interno dell'Unione.

Con il quarto, quinto e sesto capitolo la ricerca prenderà la strada dell'analisi del principio della libertà di stabilimento e dei suoi sviluppi applicativi con riferimento, rispettivamente, al diritto bancario, finanziario ed assicurativo. Si evidenzieranno le peculiarità distintive che accomunano tali discipline giuridiche rispetto alla normativa di armonizzazione societaria delle imprese comuni. In particolare, in evidenzierà la diversa tecnica legislativa e il diverso approccio regolatorio in materia, con l'introduzione da parte del legislatore comunitario dei concetti di passaporto unico all'interno dell'Unione e di vigilanza dello Stato di costituzione dell'ente. Tali innovazioni giuridiche verranno esaminate in modo distinto in ognuno dei tre capitoli dedicati, e verranno così approfonditi gli aspetti di stabilimento secondario che investono tali categorie di soggetti. Si analizzeranno in dettaglio alcuni aspetti concernenti l'apertura, da parte di soggetti nazionali, di succursali all'interno dell'Unione Europea e, viceversa, l'apertura da parte di

soggetti comunitari all'interno del territorio nazionale.

Seguiranno, infine, alcune conclusioni circa lo “stato dell'arte” della libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea e alcune riflessioni sui maggiori interrogativi ad oggi rimasti aperti, su possibili sviluppi normativi e giurisprudenziali. Tali elementi di valutazione forniranno l'occasione per esprimere alcune considerazioni sulle “prospettive per il futuro” del processo di armonizzazione del diritto societario e sull'evoluzione dei principali fattori di concorrenza tra ordinamenti comunitari.

Mi sento di esprimere, a margine di questa premessa, sinceri ringraziamenti a tutti coloro che hanno accompagnato questo mio ciclo di studi: penso innanzitutto alla Prof.ssa Carmelita Camardi, che, sin dall'inizio ha inciso, con l'apporto della sua lungimiranza, sulle mie scelte più importanti. Un ringraziamento speciale alla mia relatrice, Prof.ssa Giuliana Martina, la quale ha saputo farmi progredire, con pazienza infinita e preziosa disponibilità, nella ricerca giuridica. Ringrazio con affetto il collega ed amico Sebastien Gubel, per tutto quanto lui ha fatto per me. Un doveroso ringraziamento, infine, alle persone a me più care ed insostituibili, per il loro sostegno, che mai è mancato.

CAPITOLO I

Le società nel diritto comunitario.

1. Le fonti del diritto societario.

Attualmente, il diritto societario comunitario è in ampia parte derivato, costituito cioè dalle leggi nazionali di attuazione delle direttive. Scarne sono infatti le norme del Trattato riferite direttamente alle società.

Fondamentali sono l'art. 54 (*ex art. 48 Trattato CE*) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea "TFUE", mediante il quale viene esteso alle società, in via generale, il medesimo trattamento giuridico riconosciuto alle persone fisiche in materia di stabilimento⁶ e, in particolare, vengono riconosciuti gli stessi diritti degli articoli 49 (*ex*

6 L'art. 48 Trattato CE equipara, ai fini dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento, le società aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono, sempre ai sensi dell'art. 48 Trattato CE, 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 prefiggono scopi di lucro. G.B. PORTALE, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1, p. 195; BENAZZO-GHEZZI-PATRIARCA, *Verso un nuovo diritto societario: contributi per un dibattito*, Bologna, 2002. Sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia vedi: F. PERNAZZA, *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*, in *Società*, 2004, 373 e ss.; S. FORTUNATO, *Una recente sentenza della Corte di Giustizia in tema di libertà di stabilimento delle società*, in *Dir. Unione Eur.*, 2000, pp. 83 e ss.; L. GIULIANI THOMPSON, *Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e impr./Europa*, 2000, 229; S. FORTUNATO, *La mobilità transfrontaliera delle società nel diritto comunitario: il caso "Centros"*, osservazioni a Corte giust., 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Foro it.*, 2000, IV, 317.

art.43 TUE)⁷ e 50 (*ex art. 44 TUE*)⁸ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: in sostanza si tratta di quelle norme che garantiscono la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento.

Il Trattato che istituisce la Comunità Europea, nella versione antecedente quella in vigore a seguito degli accordi di Lisbona, affrontava la libertà di stabilimento delle società anche in un altro articolo, che incideva direttamente sulla tematica in esame; ci si riferisce alla disposizione contenuta nell'art. 293 del TCE⁹. Tale articolo è stato abrogato dal Trattato di Lisbona, ma ugualmente appare doveroso menzionarlo, in quanto gran parte delle considerazioni espresse della dottrina e delle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza si basavano su tale norma. Nella fattispecie l'art. 293 del Trattato CE sollevava il problema se la materia del trasferimento di sede e delle fusioni transfrontaliere fosse o meno sottratta alle competenze comunitarie e rientrasse tra quelle specifiche degli

7 L'art. 43 Trattato CE prevede la graduale soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. La soppressione si estende anche alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. Il secondo comma dell'art. 43 Trattato CE afferma poi che "la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 58, 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". Vedi S. MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le Società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Comm. e del dir. Gen. Obblig.*, 2000, pp. 849 e ss.

8 L'art. 44 Trattato CE affida al Consiglio, su proposta della Commissione e previo parere del Comitato economico e sociale e del Parlamento, l'adozione di un programma volto a sopprimere gradatamente le restrizioni ancora esistenti alla libertà di stabilimento.

9 Trattato sull'Unione Europea, *GUUE* C231 E/1 del 29 dicembre 2006, all'articolo 293, recitava: "*Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: — la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini, — l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità, — il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, — la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali*".

Stati membri. Ad oggi, con la definitiva abrogazione di tale articolo, è stata posta fine ai problemi interpretativi che avevano turbato gli operatori del diritto nel fornire chiara interpretazione e corretta applicazione della norma.

Rimandando al prossimo paragrafo per una trattazione più approfondita di tali norme, è opportuno porre l'attenzione sul fatto che nel Trattato ad oggi in vigore, ad eccezione degli articoli citati, non ne esistono altri direttamente rivolti alle società.

In effetti, l'azione comunitaria nel campo societario si è svolta fin dall'inizio attraverso l'utilizzo delle direttive di armonizzazione e dei regolamenti, che costituiscono la fonte più corposa del nuovo diritto societario comunitario¹⁰.

Le istituzioni comunitarie, infatti, sono intervenute in materia di diritto societario in due direzioni. Da una parte si è cercato di unificare le regole dando vita a forme di associazione e di cooperazione che trovano espressione soltanto a livello transnazionale, vale a dire di forme costituite da soggetti che appartengono a due o più Stati. Si tratta di forme di associazione svincolate dalle regole nazionali, sottoposte a norme comunitarie, di norma nelle forme di regolamenti, e quindi a norme uniche per tutti gli Stati membri. Tale sistema dovrebbe consentire di raggiungere più facilmente il consenso degli Stati che vogliono adottare un modello giuridico comune, in quanto non viene loro richiesta una revisione delle proprie regole e dei propri istituti giuridici nazionali.

Tuttavia, ad eccezione del regolamento sul Gruppo europeo di interesse economico¹¹, tutti gli altri tentativi di regolamentazione a carattere sovranazionale, hanno incontrato forti resistenze, superate solo negli ultimi anni.

Si può portare ad esempio, il progetto di società per azioni europea, presentato per la prima volta nel 1970 e approvato solo nel 2001, o il progetto di società cooperativa europea, presentato nel 1991 e approvato soltanto nel luglio 2003, e quelli tuttora in fase

10 Per una ricognizione delle fonti in materia societaria BENACCHIO - SIMONI (a cura di), *Repertorio di diritto civile e commerciale comunitario*, voce "Società", 2003.

11 Cfr. Il Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio, del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo di interesse economico (GEIE).

di discussione, come ad esempio il progetto di mutua europea, di associazione europea, di fondazione europea e, da ultimo quello sulla società privata europea¹².

Lo strumento del regolamento è stato utilizzato con successo anche per prevedere il corretto recepimento e l'applicazione uniforme dei principi contabili internazionali da parte di tutte le imprese comunitarie quotate a partire dal 2005¹³.

Dall'altra parte, la Comunità europea fin dagli anni '60, ha seguito la strada dell'*armonizzazione* delle discipline degli ordinamenti degli Stati membri attraverso un massiccio utilizzo dello strumento delle *direttive*. Tale processo di armonizzazione del diritto societario si è però fin qui svolto in maniera del tutto disarticolata e al di fuori di un preciso e organico piano generale di interventi.

Dagli anni '90, tuttavia, le istituzioni comunitarie hanno tentato di porre termine a tale metodo di intervento frammentario, adottando un approccio di tipo integrato, fissando obiettivi e priorità da raggiungere, nel breve, nel medio e nel lungo periodo.

Tra le iniziative che rientrano in questo tipo di approccio vi sono:

- a) *il piano d'azione per i servizi finanziari* (PASF), del 1999, che ha confermato gli obiettivi di carattere generale che dovrebbero orientare la politica in materia di servizi finanziari a livello di UE e che ha definito un quadro per la realizzazione di un mercato dei capitali integrato entro il 2005¹⁴;

12 I modelli inanzi citati saranno oggetto di trattazione approfondita nei successivi paragrafi, a cui si rimanda.

13 Cfr. Il Regolamento n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 luglio 2002 relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali (International Accounting Standard). Per una trattazione analitica sull'argomento si vedano L. DE ANGELIS, *Elementi di Diritto Contabile. Disciplina civilistica e principi contabili internazionali*, Giuffrè, Milano, 2011; A. GIUSSANI, *Introduzione ai principi contabili internazionali*, Giuffrè, Milano, 2009.

14 Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo denominata "La strategia dell'UE in materia di informativa finanziaria": la via da seguire (COM/2000/359 del 13 giugno 2000); per ulteriori riferimenti vedi BENACCHIO - SIMOMI (a cura di), *Repertorio di diritto civile e commerciale comunitario*. (COM/1 999/232 dell'11 maggio 1 999, non pubblicato in GUCE).

- b) la *strategia in materia di informativa finanziaria*, del 2000, rivolta ad assicurare un'informativa finanziaria di qualità elevata mediante l'adozione di un insieme di principi contabili e la messa a punto di un sistema che ne garantisca l'effettiva applicazione;
- c) la *comunicazione relativa alla responsabilità sociale delle imprese*, del 2002, che si occupa della dimensione sociale ed ambientale delle imprese¹⁵;
- d) il *piano d'azione per modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'UE*, del 2003, che interviene nei settori del governo societario, della salvaguardia e della modificazione del capitale sociale, dei gruppi di società e della ristrutturazione (fusioni e scissioni) societaria¹⁶;
- e) le *priorità in materia di revisione legale dei conti nell'UE*, del 2003¹⁷, a cui nel dicembre del 2008 ha seguito una risoluzione del Parlamento europeo con la quale si invitava la Commissione a presentare una proposta legislativa volta ad autorizzare l'esenzione le cosiddette microentità dall'ambito di applicazione della quarta direttiva contabile¹⁸. La Commissione ha presentato, nel febbraio 2009, una proposta di emendamento della quarta direttiva contabile volta a permettere l'introduzione per le microentità

15 Cfr la Comunicazione della Commissione relativa alla Responsabilità sociale delle imprese. Un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile (COM/2002/347 del 2 luglio 2002).

16 Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo per Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea - un piano per progredire (COM/2003/284 del 21 maggio 2003).

17 Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo per *Rafforzare la revisione legale dei conti nell'UE* (COM/2003/286 del 21 maggio 2003).

18 Quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lett. g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società. Da notare che con l'adozione dei principi regolamento (CE) n. 1606/2002 relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali (regolamento IAS) le società quotate (e quelle con titoli di debito quotati) sono tenute a presentare conti redatti secondo gli IFRS e sono pertanto esentate dalla maggior parte degli obblighi di cui alla quarta e alla settima direttiva sul diritto societario.

imprenditoriali sulla suddetta esenzione di specifici obblighi di revisione contabile, al precipuo fine di semplificare le incombenze amministrative e contabili in capo a quei soggetti per i quali le complesse norme in materia di informativa finanziaria ad essi applicate non sono proporzionate agli oneri generati, con conseguente ostacolo all'uso efficiente del capitale a fini produttivi. La proposta della Commissione sulle microentità rappresenta una parte della revisione complessiva della quarta e della settima direttiva sul diritto societario prevista dal corrente programma di lavoro legislativo che la Commissione ha in cantiere per l'anno corrente 2011.

f) il progetto di *Interconnessione dei registri delle società in Europa*, esplicitato dalla Commissione con la pubblicazione di un documento di consultazione (Libro Verde) nel novembre 2009¹⁹, nel quale vengono sottoposte a consultazione pubblica una serie di possibilità per garantire una piena interconnessione tra i registri nazionali. Sulla base del Libro Verde della Commissione e delle risposte alla consultazione pubblica, il Consiglio europeo ha adottato il 25 maggio 2010 una risoluzione con la quale invita la Commissione a procedere con lo studio e la messa in opera di una rete elettronica o di una piattaforma di reti elettroniche di collegamento dei registri delle società nazionali. Recentemente, il 24 febbraio 2011 è stata pubblicata una proposta di Direttiva²⁰ del Consiglio e del Parlamento con riferimento all'interconnessione dei registri delle società europee.

g) La Commissione ha in programma di esaminare entro maggio 2011 un documento di valutazione nel quale deve *valutare la Direttiva OPA*²¹ al fine

19 Commissione Europea, Libro Verde sull'interconnessione dei registri delle società, 4 novembre 2009, disponibile in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0614:FIN:IT:PDF>

20 La proposta di Direttiva, *Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 89/666/CE, 2005/56/EC and 2009/101/EC as regards the interconnection of central, commercial and companies registers*, COM (2011) 79 final, del 24 febbraio 2011.

21 Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto, in GUCE L 142/12 del 30 marzo 2004.

di procedere al riesame, sulla scorta dell'esperienza acquisita durante la sua applicazione e, se necessario, di proporre una revisione che comprenda un esame delle strutture di controllo e barriere alle offerte pubbliche d'acquisto non coperte dalla direttiva vigente. A questo fine la Commissione sta svolgendo uno studio preliminare sugli effetti della direttiva.

h) il 30 aprile 2009 la Commissione ha pubblicato due raccomandazioni *sulla remunerazione degli amministratori delle società quotate e sulle politiche di remunerazione nel settore dei servizi finanziari*, accompagnate da una comunicazione della stessa data. Il 2 giugno 2010 la Commissione europea ha pubblicato un rapporto sul recepimento della raccomandazione 2009/385/EC²² il cui obiettivo politico è quello di assicurare che gli schemi di remunerazione degli amministratori siano allineati agli interessi di lungo periodo delle società quotate. Nel maggio del 2010 il Parlamento, con un rapporto di propria iniziativa, ha individuato tra le indicazioni della crisi finanziaria la necessità di tenere conto del collegamento tra le politiche di remunerazione societarie e la gestione del rischio di impresa al fine di assicurare meccanismi ottimali del governo societario. Per tali aspetti il Parlamento non ritiene sufficiente l'approccio seguito fino ad ora detto di *soft law* basato su raccomandazioni contenute in codici di autodisciplina in quanto non in grado di assicurare un'applicazione uniforme attraverso l'UE e auspica una proposta legislativa da parte della Commissione²³.

22 Commissione europea, *Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/385/EC Recommendation complementing Recommendation 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies*, 2 giugno 2010, e Commissione europea, Commission staff working document, *Accompany document to the Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/385/EC Recommendation complementing Recommendation 2004/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies*, 2 giugno 2010.

23 Parlamento europeo, *Resolution of 18 May 2010 on deontological questions related to companies' management (2009/2177(INI))*.

i) il *Rapporto Monti*, pubblicato il 9 maggio 2010 da Mario Monti su richiesta del Presidente della Commissione Barroso, propone una serie di priorità per il rilancio del Mercato interno anche in risposta alla recente crisi finanziaria. Il rapporto indica come priorità per il diritto societario la pronta approvazione della proposta della Commissione per lo statuto della Società Privata Europea al fine di permettere alle PMI europee di avere accesso alla stessa struttura societaria a prescindere dallo Stato membro di residenza²⁴.

1.1 Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e la libertà comunitaria di stabilimento delle società. Campo di applicazione soggettiva e materiale della disciplina.

Per assicurare alle società la stessa libertà di circolazione garantita dal Trattato di Roma alle persone ed ai capitali, il legislatore comunitario ha equiparato le società, di cui ha fornito una definizione sufficientemente ampia, alle persone fisiche cittadine degli Stati membri.

Per comprendere pienamente, dunque, la portata della libertà di stabilimento delle società di un Paese membro all'interno del territorio comunitario, bisogna fare necessariamente riferimento alla libertà di stabilimento delle persone fisiche così come disciplinata dall'art. 49 TFUE.

È stato giustamente osservato che il concetto di stabilimento non è direttamente definito dal trattato; l'art. 49 TFUE si limita, infatti, nel comma primo, a stabilire che *nel quadro delle disposizioni che seguono, vige il divieto per gli Stati membri di restringere la libertà di stabilimento sul territorio dei cittadini di un altro Stato membro* ed

²⁴ Il rapporto Monti è disponibile in:

http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf

estende poi tale divieto, *alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*. È solo il secondo comma dell'art. 49 TCE a tentare una qualificazione del concetto di libertà di stabilimento concretizzandone la fattispecie di realizzazione: la norma, infatti, prevede che *la libertà di stabilimento importi l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione in particolare di società ai sensi dell'art. 54 TFUE, comma secondo*. Infine l'art. 49 TFUE si chiude stabilendo che queste fattispecie di realizzazione della libertà di stabilimento dei cittadini di un altro Stato membro devono essere garantite dallo Stato membro ospitante *alle condizioni definite dalla sua legislazione nei confronti dei propri cittadini*. L'articolo, in altre parole, qualifica il divieto alla restrizione alla libertà di stabilimento come un obbligo di trattamento non discriminatorio rivolto agli Stati membri.

Prima di passare all'analisi dell'art. 54 TFUE, che estende la libertà di stabilimento alle società, è opportuno definire chiaramente il campo di applicazione dell'art. 49 TFUE con riferimento alle sole persone fisiche.

<< Preliminarmente, si osserva che lo *stabilimento* comporta una permanenza continuata e stabile nello Stato membro ospitante, tale da garantire una certa sistematicità delle attività economiche ivi svolte, a differenza delle attività di prestazione di servizi che possono essere anche solo occasionali²⁵>>. << In secondo luogo, occorre rilevare che l'art. 49 TFUE prevede che siano i cittadini di uno Stato membro diverso da quello di stabilimento ad essere titolari del diritto di stabilimento²⁶>>. E, com'è noto, l'acquisizione e il mantenimento della cittadinanza negli Stati membri, è materia di competenza nazionale, fuori perciò dall'ambito di competenza della Comunità europea.

Per quanto riguarda i modi di esercizio concreto della libertà di stabilimento si ritiene che alle persone fisiche sia garantita la c.d. *libertà di stabilimento primaria* – come richiamata dal secondo periodo del primo comma dell'art. 49 TFUE – e la c.d. *libertà di stabilimento secondaria* – come richiamata dal secondo periodo del primo

25 Cfr. CONTALDI, in TIZZANO, *Trattati della Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, *cit.*, p. 385.

26 Cfr. CONTALDI, in TIZZANO, *op. cit.*, p. 386.

comma dell'art. 49 TFUE²⁷.

Per quanto riguarda le persone giuridiche, la situazione è invece più complessa.

L'art. 48 TCE, estende l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 43 TCE alle società, prevedendo infatti che *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 della Comunità, sono equiparate ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Capo II, relativo appunto alla libertà di stabilimento, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri*. La norma prevede poi, al comma secondo, una definizione di società, specificando che *per società si intendono sia quelle di diritto civile e commerciale, ivi comprese le società cooperative, sia le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro*. Come si può subito notare, l'ambito d'applicazione soggettivo della norma è piuttosto ampio, dato che l'unico criterio di delimitazione è rappresentato dalle società che non si prefiggono scopi di lucro, ricomprendendo al suo interno un'ampia categoria di persone giuridiche e non, quali ad esempio le associazioni e le fondazioni.

Ma se l'ambito di applicazione soggettivo del secondo comma dell'art. 54 TFUE risulta chiaro, oscuro è l'ambito di applicazione soggettivo con riguardo al primo comma, in relazione cioè al diritto internazionale privato degli Stati membri ed in particolare alla questione relativa al riconoscimento delle società straniere e alla legge ad esse applicabile.

È noto, infatti, che <<nel diritto internazionale privato si distinguono tipicamente due principali criteri di collegamento, che identificano il diritto applicabile ad una società, e quindi il suo statuto personale, e che servono ad imputare la società ad un particolare ordinamento statale.

27 M. BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, 669 e ss.; GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs USA*, in *Riv. Eur. Dir. Priv.*, 2007, 133 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, II, 2000, 559 e ss.

Un primo criterio fa riferimento alla collocazione della sede reale della società, applicando il diritto dello Stato della sede effettiva (cd. *teoria della sede reale*) mentre un secondo criterio fa riferimento al luogo di incorporazione della società, applicando ad essa, dunque, il diritto dello Stato di costituzione (cd. *teoria dell'incorporazione*)²⁸>>.

Si è posta in dubbio, la conformità della prima teoria, quella della sede reale, con il combinato degli artt. 49 e 54 TFUE, specie quando si tratta di società non di nuova costituzione, ma trasferite da uno Stato membro a un altro. In tale ipotesi, è infatti necessario che sia trasferita la *sede sociale*, intesa, nel senso di *sede sociale effettiva* o, se si preferisce, *reale*. Una siffatta condizione comporta tuttavia una serie di difficoltà, atteso che, quantomeno in quegli Stati membri in cui è proprio il *criterio della sede sociale effettiva* a determinare la nazionalità della società, lo statuto giuridico della stessa può risultare incompatibile con il mantenimento della sua personalità giuridica. In tali condizioni, l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo principale (ovvero primaria) finisce per essere puramente teorico²⁹. Al riguardo, la stessa Corte di giustizia ha peraltro riconosciuto che gli artt. 49 e 54 TFUE non attribuiscono alle società di diritto nazionale alcun diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro, pur conservando la qualità di società dello Stato di costituzione. Pertanto, la diversità delle legislazioni nazionali – per quel che riguarda il criterio di collegamento previsto per le società, nonché la 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 – rappresenta un problema che non può trovare soluzione nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidato ad iniziative legislative o pattizie, al momento non ancora realizzatesi³⁰.

Visto che, come si è detto, le società sono di fatto private della libertà di stabilimento cd. a titolo principale, ne consegue che è proprio attraverso la creazione di agenzie, succursali e filiali che esse si avvalgono della possibilità di stabilirsi in un

28 T. BALLARINO, *Profili internazionalprivatistici e profili penalistici*, op. cit., pp. 11 ss.

29 Cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2005, pp. 500-501.

30 *Daily Mail*, causa 81/1987, sentenza 27 settembre 1988, *Racc.* p. 5505, punti 23- 25.

altro Paese membro, dunque a titolo secondario³¹.

La compatibilità degli effetti internazionalprivatistici, e degli eventuali effetti negativi di diritto societario materiale derivanti dall'applicazione della teoria della sede reale con le disposizioni degli artt. 49 e 54 TFUE – o in altre parole, le conseguenze del cambio di legge applicabile causato dalla teoria della sede reale – è stata messa in discussione e superata dalla Corte di giustizia soltanto negli ultimi anni.

La libertà di stabilimento è quindi uno strumento fondamentale per le società se si considera che queste, proprio sulla base di tale principio, possono beneficiare di economie di scala, di riduzioni di costi amministrativi e finanziari, di un facile accesso ad opportunità di sviluppo della propria attività negli altri Stati Membri nonché di una più agevole cooperazione con imprese di altri paesi membri. Per ritrovare tale impostazione, basti riferirsi alle conclusioni dell'Avvocato *Colomer* nelle conclusioni presentate il 7 dicembre 2004 nella causa C-140/03, ha affermato che “*la libertà di stabilimento è parte essenziale del progetto politico dell'unità europea e si realizza attraverso la rimozione delle barriere che ostacolano l'accesso ai mezzi di produzione*” (punto 19)³².

1.2 Le direttive comunitarie in materia societaria e loro attuazione.

L'azione comunitaria nel campo del diritto societario si fonda su un *corpus normativo* costituito inizialmente da tredici direttive, parte delle quali in fase di attuazione, attorno alle quali sono andate sviluppandosi numerose altre norme di completamento e integrazione.

31 *Centros*, causa C-212/1997, sentenza 9 marzo 1999, *Racc.* pp. I-1459. *Kvaerner*, causa C-191/1999, sentenza 14 giugno 2001, *Racc.* pp. I-4447, punto 38.

32 Le conclusioni sono reperibili sul sito www.curia.eu.int

Esse costituiscono la parte più sostanziosa dell'opera di armonizzazione societaria ed hanno innovato profondamente gli istituti giuridici della maggior parte degli ordinamenti. Quello italiano, in particolare, ha dovuto emanare una serie di norme e di provvedimenti di attuazione che ha finito per determinare, in molti casi, una vera e propria rivoluzione nelle regole del diritto societario³³.

Partendo dal presupposto della necessità di realizzare il *mercato unico*³⁴, l'obiettivo che il legislatore comunitario si è proposto di raggiungere, tramite le direttive, consiste nell'*armonizzazione minima*. Questa, a sua volta, consiste nell'adozione da parte degli Stati membri di una serie di regole operative che possano realizzare un modello sufficientemente simile tra i diversi Paesi, tale da garantire l'esistenza del mercato unico e da impedire che le differenze di disciplina delle società, nei diversi Stati membri, costituiscano un fattore di distorsione della collocazione delle società in uno o in un altro Paese³⁵.

L'armonizzazione mira a ravvicinare, senza però renderle uniformi, le discipline delle società nei vari Stati membri, al fine di evitare conflitti che provocano la distorsione del confronto concorrenziale fra i soggetti economici operanti sul mercato e di rendere così effettiva la libertà di stabilimento delle società. Lo strumento del legislatore comunitario più idoneo a tal fine e, dunque quello maggiormente utilizzato, è stata la direttiva, perchè, obbligando i destinatari solo in ordine ai fini di raggiungere e non anche alle scelte delle

33 Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2004, p. 219

34 Cfr. D. CORAPI – B. DE DONNO, Le società, in *Il Diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Torino, 2006, pp. 1275 e ss.

35 Proprio la Commissione, nel Memorandum con cui ha riproposto la Società Europea nel 1988, affermava infatti: “nonostante l'armonizzazione, nella legislazione e nelle prassi amministrative nazionali continueranno a sussistere divergenze. Il coordinamento delle legislazioni nazionali non mira ad eliminare l'esistenza di ordinamenti giuridici diversi nei vari paesi della Comunità”.

modalità da seguire, introduce nei Paesi membri previsioni di contenuto equivalente³⁶.

Il livello minimo di armonizzazione di solito è posto da ciascuna direttiva; al di sopra di tale soglia, la libertà di scelta dei legislatori nazionali è di fatto condizionata dalle regole di mercato, che imporranno di adeguare la propria legislazione al modello più diffuso o a quello più conveniente per le proprie imprese, sulla base di valutazioni di politica legislativa orientate su strategie di tipo sociale o fiscale, ecc.

Per quanto riguarda le direttive “società” conviene darne un quadro generale:

La prima direttiva, n. 68/151/CEE del 9 marzo 1968³⁷, è diretta a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste negli Stati membri alle società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi. La direttiva, ispirata in gran parte al modello tedesco, riguarda tutte le società di capitali e si propone di offrire ai terzi contraenti ed ai soci una protezione dei loro interessi attraverso l’adozione di norme equivalenti su tutto il territorio della Comunità. La direttiva ha pertanto imposto un sistema generale ed uniforme di pubblicità degli atti sociali (atto

36 Il legislatore comunitario ha incontrato non poche difficoltà nel trasporre le direttive in questione nel proprio ordinamento. Le difficoltà che ci sono state non riguardavano solamente il settore societario, ma buona parte delle norme di recepimento comunitario, a tal punto che in passato vi sono state numerose condanne da parte della Corte di Giustizia per inadempimento degli obblighi derivanti dal Trattato CE. Ad oggi la situazione sembra notevolmente migliorata, anche sulla base di dotazioni di strumenti giuridici più adeguati. Uno per tutti, di particolare importanza, è la legge “La Pergola” (9 marzo 1989, n. 86) che prevede “norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”, come di recente modificata dalla legge 4 febbraio 2005, n. 11 recante norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

37 In *GUCE* L 65 del 14 marzo 1968, p. 8.

costitutivo e statuto, loro modifiche, nomina e cessazione delle funzioni di rappresentante della società, capitale sottoscritto, bilancio, trasferimento della sede, scioglimento, sentenza di nullità, nomina e poteri dei liquidatori, chiusura della liquidazione e cancellazione della società dal registro). Proprio in tema di pubblicità, di recente, la Commissione ha approvato una modifica della prima direttiva, introdotta dalla direttiva n. 2003/58/CE del 15 luglio 2003³⁸, al fine di incentivare l'uso delle nuove tecnologie in materia, prevedendo la disponibilità di atti societari via internet, i registri delle imprese informatici, l'obbligo di inserimento del numero di registro delle imprese anche sui siti Web.

La seconda direttiva, n. 1977/91/CEE del 13 dicembre 1976³⁹, modificata prima dalla direttiva n. 92/191/CEE del 23 novembre 1992⁴⁰ e più di recente dalla direttiva n. 68/2006/CE⁴¹. La normativa intende 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 applica alle società per azioni ed analoghe tipologie europee (cioè a non ristretta base azionaria) e detta norme sugli elementi minimi dello statuto sociale, sulla responsabilità dei promotori e soci e per le attività svolte prima della omologazione, sui conferimenti in natura; sulla misura minima, l'aumento e la riduzione del capitale sociale; sulla distribuzione di utili, sull'acquisto di azioni proprie; sulle garanzie da richiedere in caso di trasformazione di una società in s.p.a.

La terza direttiva, n. 1978/885/CEE del 9 ottobre 1978⁴², relativa alle fusioni delle società per azioni e la sesta direttiva, n. 1982/891/CEE del 17

38 In *GUCE* L 221 del 4 settembre 2003 p 13

39 In *GUCE* L 26 del 31 gennaio 1977, p. 1

40 In *GUCE* L 347 del 28 novembre 1992, p 64 ed attuata in Italia con il decreto legislativo 4 agosto 2008, n. 142 (in *GURI* del 15 settembre 2008, n. 216, p 3)

41 In *GUCE* L 347 del 28 novembre 1992, p 64 ed attuata in Italia con il decreto legislativo 4 agosto 2008, n. 142 (in *GURI* del 15 settembre 2008, n. 216, p 3)

dicembre 1982⁴³, relativa alle scissioni delle società per azioni. La loro emanazione è dovuta al ricorso sempre più frequente ad operazioni di fusione e scissione, rese necessarie per le imprese per lo più di medie e grandi dimensioni, per far fronte alla concorrenza dei grandi gruppi, spesso multinazionali. La terza direttiva prende in considerazione due forme di fusione: la “*fusione mediante incorporazione*”, l’operazione cioè 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 incorporata (art. 3); la “*fusione mediante costituzione di una nuova società*”, l’operazione cioè con la quale più società, tramite il loro scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad una società che esse costituiscono l’intero patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società (art. 19). Anche la sesta direttiva prevede due forme di scissione: mediante incorporazione di una società in due o più società esistenti (cap. I) o attraverso la costituzione di nuove società (cap. II). Caratteristica principale contenuta nelle due direttive è costituita dal *progetto di fusione (o di scissione)*, che deve essere predisposto dagli amministratori, reso pubblico e accessibile ai soci almeno un mese prima della data fissata per la riunione dell’assemblea che dovrà decidere sull’opportunità o meno del progetto. I due istituti della fusione e della scissione, data la loro somiglianza, presentano discipline analoghe anche con riguardo alla tutela dei soci di minoranza, dei creditori sociali e dei terzi in genere.

La quarta direttiva, n. 78/660/CEE del 25 luglio 1978⁴⁴ (poi modificata dalle direttive nn. 90/604/CEE⁴⁵, 90/606/CEE⁴⁶, 2001/65/CE⁴⁷,

42 In *GUCE* L 295 del 20 ottobre 1978, p. 36.

43 In *GUCE* L 378 del 31 dicembre 1982, p. 47.

44 In *GUCE* L 222 del 14 agosto 1978, p 11.

2003/38/CE⁴⁸, 2003/51/CE⁴⁹, 2006/46/CE⁵⁰), e la *settima direttiva*, n. 1983/349/CEE del 13 giugno 1983⁵¹, si applicano a tutte le società di capitali e riguardano rispettivamente il bilancio d'esercizio e quello consolidato o di gruppo. La normativa si propone di coordinare i metodi di valutazione per garantire la possibilità di confronto e l'equivalenza delle informazioni contenute nei conti annuali. A tale scopo, il bilancio deve fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale, di quella finanziaria e del risultato economico della società; deve essere costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico della società e dalla nota integrativa; deve ispirarsi ai principi di continuità della gestione, non modificabilità dei criteri di valutazione da un esercizio all'altro, prudenza, competenza, valutazione separata dell'attivo e del passivo. La quarta e la settima direttiva descrivono inoltre i criteri e le regole tecniche di redazione del bilancio ed inoltre individuano i soggetti obbligati alla redazione del bilancio consolidato⁵². Infine prevedono anche l'obbligo, per taluni tipi di società, di sottoporre i relativi conti al controllo di persone a ciò abilitate; è stata così emanata l'ottava direttiva.

45 In *GUCE* L 317 del 16 novembre 1990, p 57.

46 In *GUCE* L 317 del 16 novembre 1990, p 60.

47 In *GUCE* L 283 del 27 ottobre 2001, p 28.

48 In *GUCE* L 120 del 15 maggio 2003, p 22.

49 In *GUCE* L 178 del 17 luglio 2003, p 16.

50 In *GUCE* L 224 del 16 agosto 2006, p 1.

51 In *GUCE* L 193 del 18 luglio 1983, p 1.

52 Per quanto riguarda il bilancio consolidato delle banche ed altri istituti finanziari la normativa di riferimento è la direttiva n. 86/635/CEE dell'8 dicembre 1986, in *GUCE* L 60 del 3 marzo 1987, p 17. Di recente i regolamenti CE n. 1606/2002 e n. 1725/2003, come da ultimo modificati dai regolamenti CE n. 2238/2004 e n. 211/2005, hanno previsto l'applicazione in ambito comunitario dei principi contabili internazionali (IAS).

L'ottava direttiva, n. 1984/253/CEE del 10 aprile 1984⁵³, sull'abilitazione delle persone incaricate al controllo di legge dei documenti contabili. Essa viene applicata a tutte le società di capitali e indica i criteri fondamentali che gli Stati membri devono adottare ai fini della qualificazione dei soggetti incaricati del controllo dei conti. Deve trattarsi di persone fisiche o giuridiche in possesso dei necessari requisiti di onorabilità e abilitate all'esercizio di tale attività sulla base di un corso o di un esame di idoneità professionale dello stesso livello dell'esame finale di studi universitari (artt. 3 e 4).

La decima direttiva, n. 2005/63/CE del 26 ottobre 2005, prevede la possibilità di porre in essere la fusione di società di capitali stabilite nell'UE senza la previa dissoluzione di nessuna delle entità coinvolte attraverso l'applicazione delle previsioni nazionali sulle fusioni interne (armonizzate come abbiamo visto sopra dalla terza direttiva), in primo luogo relative al processo decisionale e alla protezione di creditori e *stakeholders* delle singole entità coinvolte nel progetto di fusione, e da previsioni della direttiva analoghe a quelle della Società europea relativamente alla nuova entità risultante dalla fusione⁵⁴. In particolare la decima direttiva contiene da un lato delle previsioni sulle partecipazioni dei lavoratori alla gestione della società con ampi riferimenti al regime della SE e dall'altro alcuni, sia pur limitati, aspetti di semplificazione⁵⁵. Rispetto alla possibilità offerta dallo Statuto SE di porre in essere fusioni transfrontaliere, la decima direttiva estende tale possibilità

53 In *GUCE* L 126 del 12 maggio 1984, p. 20.

54 Sulla disciplina italiana di recepimento della direttiva vedi RAFFAELLI DESSI', *Le fusioni transfrontaliere e il mercato*, in *Ferri jr e Stella Richter jr*, 251-287.

55 Gli aspetti di semplificazione, come sottolineato da diversi autori, in particolare M. ADENAS e F. WOOLRIDGE, *European Comparative Company Law*, Cambridge, Cambridge UP, 2009, riguardano le possibilità per i rappresentanti dei lavoratori e della società di concordare direttamente i termini della partecipazione dei lavoratori alla gestione e la possibilità per gli Stati membri di ridurre dalla metà ad un terzo la quota dei rappresentanti dei lavoratori nell'organo di amministrazione o supervisione della società.

ad altre forme societarie oltre che alle sole Società per Azioni.

L'undicesima direttiva, n. 1989/666/CEE del 21 dicembre 1989⁵⁶, collegata agli obblighi di pubblicità richiesti dalla prima direttiva, concerne la pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato. Un'impresa che voglia svolgere parte della propria attività anche in un altro Paese in un modo non occasionale, ma stabile e duraturo, può costituire una filiale, una succursale o un'agenzia. Devono pertanto formare oggetto di pubblicità l'indirizzo della succursale, l'attività esercitata, il registro presso il quale è iscritta la succursale, la denominazione ed il tipo della società principale, la nomina, la cessazione delle funzioni e le generalità delle persone che hanno il potere di impegnare la società nei confronti dei terzi, lo scioglimento e i documenti contabili (art. 2). L'elenco degli elementi della succursale che devono essere pubblicizzati è considerato tassativo ed esaustivo, come è stato ribadito dalla giurisprudenza comunitaria nel caso Inspire Art.

La dodicesima direttiva, n. 89/667/CEE del 21 dicembre 1989²⁹, sulle società a responsabilità limitata con socio unico e la tredicesima direttiva, n. 2004/25/CEE del 21 aprile 2004⁵⁷, sull'offerta pubblica di acquisto.

Le tre proposte di direttive presentate alla Commissione e non approvate dal Consiglio a causa dei diversi ostacoli frapposti da alcuni Paesi membri, sono:

La quinta direttiva sulla struttura delle società per azioni;

la nona direttiva sulla struttura dei gruppi societari;

In particolare, la nona direttiva sulla disciplina dei gruppi di imprese non si trova neppure allo stadio di proposta, mentre è ancora allo studio la quinta direttiva, adottata nel 1972 per coordinare le disposizioni in materia di struttura delle società per azioni ed i

⁵⁶ In *GUCE* L 395 del 30 dicembre 1989, p. 36.

⁵⁷ In *GUCE* L 142 del 30 aprile 2004, p 12.

poteri ed obblighi dei loro organi. I lavori sono stati bloccati fundamentalmente a causa del disaccordo sulla struttura della società per azioni e dalla questione della partecipazione dei lavoratori agli organi della società⁵⁸.

La Commissione, infatti, era orientata nel prevedere un sistema monistico (vale a dire un solo organo di amministrazione), ma che fosse compatibile con il sistema dualistico, nell'ambito del quale, dunque, ci fossero membri preposti esclusivamente alla gestione e membri dediti esclusivamente alla sorveglianza. Ed invero, nel sistema di *corporate governance* dualistico vi è un'interposizione fra l'assemblea e l'organo amministrativo di un organo intermedio (il consiglio di sorveglianza) che riunisce in sé alcune attribuzioni proprie, nel sistema ordinario, dell'assemblea dei soci e del collegio sindacale. Nel sistema monistico, invece, l'amministrazione e il controllo sono concentrati fra i componenti di un medesimo organo (il consiglio di amministrazione).

L'Italia e la Gran Bretagna si erano originariamente opposte a tale struttura, anche se ora per l'Italia tale opposizione non ha più ragione d'essere alla luce della recente riforma del diritto societario che ha introdotto, anche se in via facoltativa, proprio il sistema dualistico. Ciò, del resto, si inquadra nella nuova tendenza a separare completamente la proprietà dalla gestione della società nelle società per azioni. L'altro ostacolo, rappresentato dalla partecipazione dei lavoratori alla gestione della società, appare di non semplice soluzione poichè tale partecipazione è ammessa solo negli ordinamenti di alcuni paesi membri.

⁵⁸ Le norme relative al ruolo dei lavoratori nella Società Europea sono oggi oggetto della direttiva n. 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della Società Europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (in *GUCE* L n. 294 del 10 ottobre 2001, p. 22), trasposta in Italia con il Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 188, in *G.U.* del 21 settembre 2005, n. 220, p. 12.

1.3 L'interferenza fiscale al principio della libertà di stabilimento.

Proprio per la stretta connessione con l'armonizzazione del diritto delle società, in sede comunitaria si è intervenuto anche nel settore fiscale, al fine di rendere chiare le implicazioni delle attività societarie in materia e conseguentemente di favorire le sinergie tra le imprese nel mercato unico. Ed invero, solo con un regime fiscale di favore le società sono realmente indotte ad utilizzare le notevoli possibilità di crescita e sviluppo loro offerte dal sistema comunitario.

E così la direttiva n. 90/934/CEE⁵⁹ si è occupata del regime fiscale delle fusioni e scissioni tra diversi Stati membri (come recentemente modificata dalla direttiva n. 2005/19/CE)⁶⁰ e la direttiva n. 90/435/CEE della tassazione dei dividendi tra società madre e figlia in un altro Stato membro⁶¹. Con la direttiva n. 2005/19/CE, in particolare, il legislatore comunitario, constatando che il trasferimento della sede sociale è un modo di esercitare la libertà di stabilimento di cui agli articoli 49 e 54 del TFUE, è poi intervenuto con una normativa basata sulla “neutralità fiscale” dell'operazione. Infatti, al sesto considerando della direttiva 2005/19/CE⁶² relativa al regime fiscale comune da applicarsi alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, stabilisce che *“il trasferimento della sede sociale è un modo di esercitare la libertà di stabilimento di cui agli articoli 43 e 48 del Trattato ... La decisione della società di riorganizzare la sua attività mediante un trasferimento della sede sociale non dovrebbe essere ostacolata da norme fiscali discriminatorie nè da*

59 In *GUCE* L 110 del 30 aprile 2004, p 30.

60 In *GUCE* L 58 del 4 marzo 005, p 19.

61 In *GUCE* n. 7 L 225 del 20 agosto 1990, p 6, di recente modificata dalla direttiva n. 2003/123/CE del Consiglio del 22 dicembre 2003, in *GUCE* L 7 del 13 gennaio 2004, p 41.

62 Direttiva n. 2005/19/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005 che modifica la direttiva n. 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicarsi alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, in *GUUE* L n. 58 del 4 marzo 2005, p. 19 ss.

restrizioni, svantaggi o distorsioni derivanti da disposizioni fiscali nazionali incompatibili con il diritto comunitario”.

Nessuna restrizione si rinviene nella disciplina fiscale relativa alle imposte indirette gravanti nel caso di spostamento della sede legale o della sede effettiva di una società di capitali; difatti la direttiva 2008/7/CE del 12 febbraio 2008 obbliga gli Stati membri ad esonerare tali spostamenti da ogni forma di imposizione indiretta.

Al contrario, l'imposizione diretta che grava sul trasferimento della sede legale o della sede effettiva di una società di capitali (c.d. *Exit Tax*), considerando che tale forma di prelievo si basa sul presupposto che il trasferimento della sede venga considerato equivalente ad una liquidazione, pone un reale disincentivo per gli operatori che volessero avvalersi della mobilità dell'impresa all'interno dell'Unione⁶³.

Infatti, prendendo ad esempio il caso italiano, l'imposizione prevista nei casi di trasferimento di sede sociale all'estero dall'art. 166 del TUIR è norma fortemente dissuasiva sotto l'aspetto finanziario atteso che si devono anticipare le imposte senza aver realizzato nessuna plusvalenza.

Il pregiudizio all'esercizio di una libertà garantita dal Trattato per le società o anche per il singolo imprenditore di potersi trasferire in un altro Stato comunitario è reale e consequenzialmente la violazione delle norme comunitarie è palese.

A questo riguardo è utile ricordare che la stessa Corte di Giustizia ha reiteratamente dichiarato che costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio della libertà di stabilimento⁶⁴.

63 A. RIGHINI, *Alcune problematiche fiscali del trasferimento della sede all'estero*, in *Il Fisco*, 4/2005, pp. 6735 ss.; A. RIGHINI, *Accertamenti fiscali e trasferimenti di sede all'estero: una via di fuga?*, in *Boll. Trib.*, 11/2010, pp. 838 ss.; A. RIGHINI, *Il trasferimento di sede all'estero: valore fiscale dei beni trasferiti ed iscrizione nel Registro delle Imprese*, in *Il Fisco*, n. 9/2008, pp. 1 ss.

64 In tal senso, sentenze: 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, punto 22; 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punto 31; 13 marzo 2008, causa C-248/06, Commissione/Spagna, punto 21 e 4 dicembre 2008, causa C-330/07, Jobra, punto 19.

Questo ostacolo è stato superato solo riguardo allo spostamento di sede realizzato da una società europea o attraverso una fusione transfrontaliera, in applicazione della direttiva 90/434/CEE (modificata dalla direttiva 2005/19/CE) e solo riguardo alle attività e passività che non escono dalla giurisdizione fiscale dello stato di provenienza. Anche accogliendo il punto di vista di quei commentatori secondo i quali la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia sembra aver reso le *exit taxes* illegittime⁶⁵, il recepimento di questo principio giurisprudenziale da parte degli Stati membri potrebbe avere come conseguenza di permettere un esteso *forum shopping* fiscale, talmente esteso da ricadere nella sanzione pure pronunciata dalla Corte nella sua giurisprudenza recente⁶⁶.

Una soluzione potrebbe venire in un prossimo futuro da una definizione a livello comunitario di una “base imponibile societaria consolidata”, alla quale al momento corrisponde una recentissima proposta di direttiva⁶⁷ avanzata dalla Commissione europea, che permetta di contemperare la necessità di rimuovere gli ostacoli fiscali alla libertà di stabilimento con il divieto che la libertà di stabilimento abbia esclusivamente contenuti di *forum shopping* fiscale.

1.4 La mobilità delle società in Europa: proposta di quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede sociale.

Attualmente gli atti normativi europei che affrontano la problematica della mobilità delle società in Europa, intesa come modifica della legge applicabile e trasferimento della sede statutaria, sono due.

65 L. CERIONI, *Harmful Tax Competition Revisited: Why not a Purely Legal Perspective under EC Law?*, in *European Taxation*, luglio 2005, pp. 267 ss.

66 G. FUHRICH, *Exit Taxation and ECJ Case Law*, in *European Taxation*, gennaio 2008, pp. 10 ss.

67 COM(2011) 121 def. Proposta di Direttiva del Consiglio relativa ad una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, Bruxelles, 16 marzo 2011.

Un primo atto è la proposta di un progetto per una direttiva sul trasferimento della sede sociale (quattordicesima direttiva), mentre un secondo atto, recentemente approvato, è la direttiva quadro 2005/56/CEE del 26 ottobre 2005⁶⁸, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

Per quanto riguarda il primo atto, la prima proposta di progetto di direttiva sul trasferimento della sede sociale (*registered office*) con cambio di legge applicabile risale al 1997⁶⁹. Secondo il memorandum esplicativo che accompagna la direttiva, scopo della stessa è quello di “*rendere effettivo il diritto di stabilimento delle società in Europa consentendo ad esse di trasferire la propria sede statutaria da uno Stato membro all’altro mantenendo la personalità giuridica, al fine ultimo di rendere possibile la mobilità delle società in Europa*”⁷⁰. Dunque, diritto di stabilimento e diritto alla mobilità delle società sembrano acquistare un significato coincidente.

L’art. 1 della proposta di direttiva prevede, quindi, che la direttiva si applichi alle società con personalità giuridica costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l’amministrazione centrale all’interno della Comunità quando esse trasferiscono la loro sede sociale (*registered office*) da uno Stato membro ad un altro.

L’art. 2, invece, specifica cosa debba intendersi per sede sociale (*registered office*). La definizione è data sulla base della netta distinzione fra Stati membri che applicano la teoria della sede reale e quelli che applicano la teoria dell’incorporazione. Per i primi il *registered office* è il luogo dove la società ha la sua amministrazione centrale ed è registrata, mentre per i secondi il *registered office* è il luogo dove la società è stata iscritta

68 In *GUEE* 25 novembre 2005, n. 310.

69 il testo in inglese del progetto di proposta è reperibile sul sito http://www.ecgi.org/mobility/official_documents:htm.

70 Vedi il paragrafo III. 2 del memorandum esplicativo che accompagna la direttiva.

quando si è costituita.

L'impianto regolativo della direttiva è quindi basato su questa distinzione⁷¹. Essa, infatti, parte dal presupposto che il Trattato CE non impone agli Stati membri un criterio di collegamento particolare e, quindi, neanche un obbligo di scelta tra la teoria della sede e quella dell'incorporazione.

Tale impostazione del problema si basa sul c.d. *principio di sussidiarietà* secondo il quale la scelta del criterio di collegamento appartiene agli Stati membri.

Ne deriva che trasferimento della sede statutaria ha due diversi significati in relazione al criterio di collegamento utilizzato: il contemporaneo trasferimento della sede sociale e della sede amministrativa, nei Paesi che applicano la teoria della sede reale, mentre nel caso di Stati membri che seguono la teoria della incorporazione, il trasferimento della sede sociale implica il solo trasferimento di questa.

Il resto della proposta di direttiva si concentra sugli aspetti tecnici del trasferimento, proponendo misure di coordinamento dei diritti societari degli Stati membri giustificati sulla base dell'art. 44, comma secondo del Trattato CE (ora art. 50, comma secondo, TFUE).

Proseguendo sulla strada dell'adozione di una direttiva in tema di trasferimento della sede sociale con cambio di legge applicabile, la Commissione europea ha proposto una serie di consultazioni pubbliche sul progetto di direttiva, l'ultima delle quali risalente al febbraio 2004.

Seguendo le linee esplicative della consultazione si rileva che la Commissione ritiene, ora, opportuno preparare due distinti atti normativi: uno relativo al trasferimento della sede sociale con cambio di legge applicabile e l'altro, invece, riferito al trasferimento

⁷¹ Cfr. LOMBARDO S., *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, pp. 376 ss.

della sede reale.

Tale esigenza era argomentata soprattutto con la constatazione che il trasferimento della sede reale era possibile, al momento dell'emanazione della proposta di direttiva, sulla base della giurisprudenza della Corte, mentre non lo è il trasferimento della sede sociale con cambio di legge applicabile, ragion per cui, in questo caso, si richiede un intervento normativo specifico. Tale intervento, inoltre, risulta prioritario mentre l'opportunità della realizzazione di una direttiva sul trasferimento della sede reale si verificherà anche sulla base degli sviluppi giurisprudenziali degli anni successivi.

Ora, anche se i propositi della Commissione europea, in relazione alla quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede sociale con cambio di legge applicabile, si basano sugli artt. 43 e 48 del Trattato CE (ora artt. 49 e 54 TFUE), non è stato ancora affermato chiaramente dalla Corte di Giustizia Europea che la libertà di stabilimento, come disciplinata dai due articoli, comporti un cambio di legge applicabile. Pertanto, l'intervento normativo sebbene auspicabile, potrebbe non corrispondere del tutto alla *ratio* originaria della libertà di stabilimento, ove si consideri che gli artt. 43 e 48 Trattato CE non comportino una mobilità delle società con legge applicabile, fattispecie per la quale sarebbe invece stata originariamente prevista più propriamente la legislazione pattizia *ex art. 293* Trattato CE, ora abrogata.

In definitiva, dunque, ciò che la Commissione assume implicitamente, nello spirito della proposta di direttiva, è che l'ambito di applicazione degli artt. 49 e 54 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea possa ora essere comunque dilatato fino a ricomprendervi il trasferimento di sede sociale con cambio di legge applicabile.

1.4 Direttiva quadro 2005/56/CEE del 26 ottobre 2005 sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali e relativo recepimento con D. Lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

Il secondo atto europeo che, come accennato al paragrafo precedente, affronta la complessa problematica della mobilità delle società in Europa, è la direttiva quadro sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali 2005/56/CEE del 26 ottobre 2005⁷². la cosiddetta Decima Direttiva⁷³ di armonizzazione societaria.

Tale normativa consegue un importante obiettivo in materia di diritto societario, ovvero la semplificazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi, attraverso l'eliminazione degli ostacoli e dei costi amministrativi posti dalle contrastanti regole nazionali⁷⁴.

Tale normativa permette di analizzare le problematiche relative al diritto di stabilimento primario, in quanto nelle operazioni *cross-boarder* quale è la fusione transfrontaliera si pongono all'attenzione le implicazioni sul trasferimento della sede sociale.

72 In *GUUE* 25 novembre 2005, n. 310.

73 Già nel 1984, la Commissione aveva presentato una proposta di decima direttiva relativa alle fusioni transfrontaliere di società per azioni, in relazione alla quale, tuttavia, non è mai stato raggiunto un accordo in seno al Parlamento europeo. Tale ritrosia ad affrontare l'argomento derivava in buona parte dal timore che le imprese comunitarie si sarebbero servite dello strumento delle fusioni transfrontaliere per sottrarsi agli obblighi loro imposti dai regimi relativi alla partecipazione dei lavoratori in vigore in alcuni stati membri. Questa situazione di stallo è durata fino all'adozione, nell'ottobre del 2001, del regolamento sullo statuto della Società europea (Regolamento CE 2157/2001 del Consiglio, dell'ottobre 2001) e della direttiva che lo completa per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, (Direttiva 2001/86/CEE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *GUCE* L 294 del 10 novembre 2001).

74 Cfr. N. AL NAJJARI – S. PERON, *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali, uno sguardo d'insieme*, in *Contratto e impresa*, Europa, 2005, p. 708.

Risulta quindi di tutta evidenza come le fusioni internazionali siano strettamente legate al diritto di stabilimento⁷⁵.

Tale dettato normativo ha quindi lo scopo di facilitare le fusioni tra società appartenenti a Paesi diversi della Comunità, in modo di evitare eventuali restrizioni contenute nelle disposizioni nazionali in materia.

Per quanto riguarda il suo campo d'applicazione, la direttiva riguarda tutte le fusioni di società di capitali che appartengono a Stati membri diversi, che siano costituite in conformità alla legislazione di un Paese membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nella Comunità.

Tuttavia, la fusione transfrontaliera è legittima solo a condizione che almeno due delle società partecipanti all'operazione siano soggette alla legislazione di stati membri diversi e che la normativa nazionale consenta tale tipo di fusione per tali società (artt. 1 e 4). La nuova disciplina riguarda solo le piccole e medie imprese che vogliono operare in più di uno Stato membro, ma non in tutta l'Unione europea, e quindi meno inclini a volersi costituire come Società europee.

L'importanza della nuova procedura per le fusioni transfrontaliere – realizzate sia per incorporazione che per costituzione di una nuova società – sta nel fatto che essa si fonda sul principio di base, secondo il quale ogni società partecipante resta soggetta alle disposizioni e alle formalità vigenti nello Stato membro in cui ha la sede statutaria; e questo, in particolare, per quanto riguarda il processo decisionale relativo alla fusione, la protezione dei creditori, degli obbligazionisti, dei possessori di titoli diversi dalle azioni, dei soci di minoranza e dei lavoratori. La direttiva non pregiudica, tuttavia, l'applicazione della legislazione sul controllo delle concentrazioni fra imprese, sia a livello comunitario che a livello degli Stati membri. In sostanza, dunque, ciò che implicitamente la direttiva adotta a base del suo impianto regolativo è la c.d. teoria dell'incorporazione, ponendosi in linea con l'orientamento seguito, in materia di libertà di stabilimento, dalla

⁷⁵ Sul punto vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nella causa C-411/03, presentate il 7 luglio 2003 e reperibili sul sito www.curia.eu.int, in particolare ai punti 18-42.

giurisprudenza della Corte di giustizia. È opportuno, infatti, rilevare come la fusione transfrontaliera possa rappresentare un importantissimo strumento di mobilità per le società comunitarie e quindi, in definitiva, rappresenta anche una fondamentale espressione della libertà di stabilimento garantita dal Trattato⁷⁶.

Esaminando invece le disposizioni principali della procedura di fusione transfrontaliere, si rinvencono adempimenti e formalità posti dalla direttiva a tutela degli interessi dei soci e dei terzi coinvolti.

In primis, sussiste l'obbligo in capo all'organo di amministrazione o direzione di ogni società partecipante alla fusione di redigere un progetto comune di concentrazione transfrontaliera, i cui contenuti minimi sono fissati dalla direttiva stessa, salvo diverso accordo delle società su ulteriori punti. Successivamente, tale progetto verrà sottoposto all'approvazione dell'assemblea generale e pubblicato in conformità delle norme dello Stato membro alla cui legislazione ciascuna società è soggetta⁷⁷. Inoltre insieme al progetto e almeno un mese prima della data dell'assemblea generale, l'organo di direzione o di amministrazione di ciascuna società partecipante alla fusione deve redigere una relazione, destinata ai soci, nella quale vengono illustrati e giustificati gli aspetti economici della fusione, spiegandone le conseguenze per i soci, i creditori ed i lavoratori (art. 7); la relazione può essere eventualmente corredata da un parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori. Infine, la direttiva richiede l'elaborazione a livello nazionale di una relazione (art. 20) sul progetto comune da parte di uno o più esperti indipendenti – persone fisiche o giuridiche – per ciascuna delle società partecipanti e ciò sempre al fine di tutelare l'interesse dei soci e della regolarità dell'operazione.

Una volta approvato il progetto comune da parte dell'assemblea generale di

76 In tal senso vedi N. AL NAJIRI – S. PERON, *op. cit.*, p. 715 e ss., che concordano che le società devono essere libere di scegliere, senza ostacoli di sorta, il luogo dove esercitare la propria attività. Detti autori hanno osservato, altresì, che il timore legato a tale libertà di scelta, causa del blocco dell'originaria proposta del 1984 in tema di fusioni transfrontaliere, è sempre stato legato al tema della partecipazione dei lavoratori alla società.

77 Cfr. Sentenza *Centros*, di cui si tratterà al capitolo III. Si rileva, inoltre, che la direttiva in tema di fusioni transnazionali prevede che ogni società che partecipa ad una fusione è soggetta, per le operazioni di fusione, alle disposizioni della legislazione nazionale di cui essa è soggetta (art. 4).

ciascuna società (art. 9), il controllo della compiutezza e della legittimità del processo decisionale di ogni società che partecipa alla fusione va effettuato dall'autorità nazionale competente per ciascuna di tali società, che rilascia un certificato attestante a titolo definitivo la regolarità dell'operazione (c.d. certificato preliminare alla fusione) (art. 10).

La nuova disciplina sancisce, ai fini della certezza del diritto, che la data a partire dalla quale la fusione transfrontaliera acquista efficacia è determinata dalla legislazione dello Stato membro cui è soggetta la società derivante dalla fusione transfrontaliera e da quella data non sarà nemmeno più possibile dichiarare nulla la fusione (art. 11).

Infine, per quanto concerne il controverso problema della partecipazione dei lavoratori, il criterio generale adottato dalla direttiva quadro è quello dell'applicazione della normativa nazionale, ove esistente, dello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società risultante dalla fusione. Tuttavia, la nuova normativa prevede l'applicazione della procedura di negoziazione contemplata dallo statuto della Società europea⁷⁸ se:

- almeno una delle società che partecipano alla fusione ha un numero medio di lavoratori, nei sei mesi precedenti la pubblicazione del progetto di fusione transfrontaliera, superiore ai 500 ed è gestita secondo il regime di partecipazione previsto dalla direttiva sulla Società europea;
- oppure se la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione transfrontaliera non prevede un livello di partecipazione dei lavoratori almeno identico a quello attuato nelle società che partecipano alle fusione di cui trattasi o non contempla, per i lavoratori di stabilimenti della società derivante dalla fusione transfrontaliera situati in altri Stati membri, diritti di partecipazione identici a quelli di cui godono i lavoratori impiegati nello Stato membro in cui è situata la sede sociale

⁷⁸ Regolamento CE n. 2157/2001 del Consiglio, dell'ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea, in *GUCE* L 294 del 10 novembre 2001; vedi inoltre Direttiva 2001/86/CEE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *GUCE* L 294 del 10 novembre 2001.

della società derivante dalla fusione.

Solo con il Decreto Legislativo 30 maggio 2008, n. 108⁷⁹ è stata recepita all'interno dell'ordinamento nazionale la disciplina contenuta nella direttiva 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere nelle società di capitali.

Il recepimento della Decima direttiva da parte dei vari Stati appartenenti alla UE armonizza dunque le procedure applicabili all'interno dell'Unione Europea, designa la legge applicabile nel caso si configurassero dei conflitti tra normative dei vari ordinamenti coinvolti nella procedura di fusione e, pertanto, rende finalmente possibili tali operazioni di concentrazione transnazionale che fino a questo momento risultavano inattuabili a causa della difficoltà di conciliare le divergenti procedure dettate nei vari ordinamenti.

⁷⁹ In *G.U.* n. 140 del 17 giugno 2008

2. I modelli sovranazionali.

Per avvicinare le diverse esperienze nazionali in relazione ad una determinata fattispecie giuridica o ad un determinato istituto giuridico, il legislatore comunitario può intervenire seguendo due percorsi differenti: o armonizzando la disciplina giuridica già esistente nei singoli ordinamenti oppure creando strumenti giuridici e istituti nuovi, a valenza sovranazionale, caratterizzati da regole uguali per tutti i gli Stati membri della Comunità.

Il primo sistema viene applicato, di norma mediante l'utilizzo dello strumento delle direttive, quando ricorre la necessità di armonizzare alcune regole degli Stati la cui diversità potrebbe nuocere all'unificazione del mercato comunitario.

Il secondo sistema viene invece impiegato al fine di favorire un'integrazione maggiore tra le imprese europee attraverso la reciproca collaborazione e il reciproco scambio di progetti, di idee, di conoscenze. Ecco allora istituti nuovi come il *Gruppo europeo di interesse economico*, la *Società europea*, l'*Associazione europea*, la *Cooperativa europea*, la *Mutua europea* e la *Fondazione europea*, regolati in via principale da norme comunitarie e in via sussidiaria dalle norme interne applicabili per analogia⁸⁰.

<< La caratteristica principale e comune a tutti questi istituti consiste nel fatto che possono essere utilizzati esclusivamente nell'ambito di un rapporto tra imprese appartenenti a Stati diversi. Sono nuove figure e forme associative che si giustificano solo se ad esse partecipano due soggetti non appartenenti al medesimo Stato. Un'altra particolarità consiste nel fatto che la loro disciplina è contenuta non in

80 << La società, l'associazione, la cooperativa, la mutua avranno pur sempre una propria nazionalità corrispondente al luogo in cui si trova la sede e l'amministrazione centrale, e saranno sottoposte, oltre che alle norme comunitarie, alle disposizioni della loro legge nazionale in quanto espressamente richiamate dal regolamento o in quanto applicabili in via sussidiaria, in caso di lacuna del regolamento >>, G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'unione europea*, op. cit., p. 269, nota 124.

direttive bensì in *regolamenti*. Infatti, l'intenzione del legislatore comunitario non è di armonizzare le diverse regole dei Paesi membri ma di dare vita ad istituti nuovi con caratteristiche originali, ad istituti diversi da quelli nazionali che rimangono ugualmente in vigore, più o meno armonizzati tra di loro grazie alle direttive societarie, ed applicati nei rapporti interni, vale a dire tra soggetti dello stesso Stato⁸¹>>

Gli istituti creati dalla comunità invece possono essere impiegati solo nel caso in cui il rapporto di collaborazione viene instaurato tra imprese o soggetti appartenenti a Paesi membri diversi e non si sostituiscono mai a quelli nazionali, ma al contrario si pongono sempre al loro fianco.

2.1 Il Gruppo europeo di interesse economico.

Il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE)⁸² è stato elaborato allo scopo di offrire alle imprese e agli altri soggetti economici della Comunità, uno strumento innovativo, istituzionalmente vocato a favorire l'integrazione tra imprese appartenenti a diversi Stati membri. Rappresenta, pertanto, uno strumento di cooperazione economica transnazionale che tenta di rimuovere gli ostacoli al riguardo frapposti dalla diversità delle singole legislazioni nazionali.⁸³

81 G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'unione europea*, op. cit., p. 269.

82 C. CATALDO, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Impresa*, 1995, p. 505.; A. MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XVII, Padova, 1994; A. BALDINI CONFALONIERI, *Considerazioni sulla nascita di un Geie: il controllo e l'efficacia dell'iscrizione, la soggettività del gruppo, la sua autonomia patrimoniale e la sua causa mutualistica*, in *Giur. It.*, 2993, IV, p. 350.

83 Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. I, Torino, 2004, pp. 275 ss.

Il Geie è stato introdotto e disciplinato a livello comunitario con il Regolamento del Consiglio n. 2137/85/CEE del 25 luglio 1985⁸⁴ ed è entrato in vigore in tutti i Paesi il 1° luglio 1989.

Anche se il Regolamento fornisce solo una cornice normativa di diretta applicazione da parte degli Stati membri lasciando spazio al legislatore nazionale, attraverso esplicito rinvio, di integrarne il contenuto in modo specifico, la maggior parte delle norme è inderogabile dagli ordinamenti nazionali e la loro interpretazione è di competenza della Corte di Giustizia. Ciascun legislatore nazionale ha tuttavia provveduto ad emanare specifiche norme integrative, applicabili ai gruppi con sede centrale nello Stato, per disciplinare tutti quei punti per i quali il regolamento espressamente rinvia agli ordinamenti nazionali (ad esempio, per le forme di pubblicità del Geie) o per i quali consente di scegliere tra diverse alternative da esso indicate. A tale proposito, il legislatore italiano ha emanato il d. lgs. 23 luglio 1991, n. 240, contenente norme integrative al regolamento CEE 2137/85, applicabili a tutti i Geie costituiti o aventi la sede nel territorio italiano.

Fonti della disciplina applicabile al Geie in quanto soggetto, quindi, sono rappresentate dai due provvedimenti, regolamento comunitario e decreto legislativo nazionale, ai quali si aggiungono le disposizioni contenute nell'atto costitutivo.

<< Il decreto italiano di attuazione è molto breve e consta di soli 13 articoli contro i 43 del regolamento 2137/85, segno che la scelta del nostro legislatore è stata quella di ricorrere il meno possibile alle opzioni concesse e utilizzare invece, nella più larga misura, le norme del Regolamento. Resta però il fatto che il massiccio rinvio del regolamento alle norme nazionali non potrà giovare all'uniformazione della disciplina del Geie né creare le condizioni migliori per un'effettiva parità di trattamento degli operatori economici; è molto probabile infatti che la maggior parte dei Geie si costituirà o stabilirà la propria sede in quei Paesi ove le norme in materia fiscale, tributaria, o del lavoro saranno più

⁸⁴ In *GUCE* L 199 del 31 luglio 1985 e pubblicato in Italia nella *Gazzetta ufficiale* al n. 209-bis del 5 settembre 1985.

favorevoli >>⁸⁵. E ciò manifesta la presenza attuale di profondi limiti nella politica comunitaria di armonizzazione, a vantaggio invece di una forse più auspicabile politica di concorrenza tra gli ordinamenti, che si risolve nella creazione di condizioni legislative più favorevoli ad attirare il trasferimento di imprese straniere.

Il Regolamento comunitario, tuttavia, introducendo questo importantissimo istituto di carattere sovranazionale, sebbene non di tipo societario, ha tentato di colmare il *gap* creatosi tra la c.d. teoria dell'incorporazione e quello della sede effettiva, attraverso l'assimilazione di entrambi i criteri di collegamento. Da un lato infatti, il principio dell'incorporazione si rinviene nell'art. 2 reg., secondo il quale, *“la legge applicabile al contratto di gruppo [...] e al funzionamento interno del gruppo, è la legge nazionale dello Stato in cui si trova la sede stabilita dal contratto di gruppo”*. Dall'altro lato invece, l'art. 12 Reg. stabilisce, con riferimento all'art. 2 Reg., che *“la sede menzionata nel contratto del gruppo deve essere situata nella Comunità economica europea. La sede deve essere fissata: o nel luogo in cui il gruppo ha l'amministrazione, oppure nel luogo in cui uno dei membri del gruppo ha l'amministrazione centrale o, se si tratta di una persona fisica, l'attività a titolo principale, purché il gruppo vi svolga un'attività reale”*. Questa norma riflette la teoria della sede reale. Pertanto, qualora avvenga un trasferimento del Gruppo in un altro Stato membro, sia la sede statutaria (*“registered office”*) sia la sede dell'amministrazione centrale dovranno essere trasferite congiuntamente. Ciò comporterà un cambio della legge applicabile, ma dal trasferimento non ne discenderà né lo scioglimento del Gruppo né la necessaria costituzione di una nuova persona giuridica, permettendo che la personalità giuridica del Gruppo trasferitosi risulti del tutto inviolata.

Analizzando le disposizioni principali della disciplina applicabile, si rileva che il procedimento di costituzione del Geie passa attraverso diverse fasi: il contratto di costituzione deve essere innanzitutto redatto per iscritto a pena di nullità (art. 2 d. lgs. 240/1991) ed in esso devono essere indicati almeno la denominazione del gruppo (proceduta

85 G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'unione europea, op. cit.*, p. 273.

o seguita dall'espressione "gruppo europeo di interesse economico" o dalla sigla "Geie"), la sede, che deve essere situata nell'Unione europea, l'oggetto, il nome dei membri ed infine la durata, che può essere anche a tempo indeterminato come prevede l'art. 5 reg.

Il contratto poi è soggetto all'iscrizione nel registro delle imprese e a successiva pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica e di questa pubblicazione deve essere data comunicazione nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità Europee (art. 11 Reg.).

Eventuali atti compiuti in nome del gruppo prima dell'iscrizione rendono responsabili illimitatamente e solidalmente coloro che li hanno posti in essere, qualora il gruppo non assuma, dopo l'iscrizione, gli obblighi che derivano da tali atti (art. 9,2° comma, Reg.). Per quanto riguarda invece la struttura del Geie, parti del contratto costitutivo possono essere soltanto persone fisiche o giuridiche che svolgono un'attività economica (art. 4, 1° comma, Reg.), ma non necessariamente deve trattarsi di imprenditori⁸⁶. E' invece necessario che almeno due membri abbiano l'amministrazione centrale e/o esercitino la loro attività economica in Stati diversi della Comunità (art. 4, 2° comma, Reg.).

<< Al pari dei consorzi di cooperazione con attività esterna, il Geie è un organismo associativo a rilievo esterno. Ha infatti la capacità, a proprio nome, di essere titolare di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, ed è dotato anche di capacità processuale (art. 1, 2° comma, Reg.). Costituisce quindi un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici distinto dai suoi membri⁸⁷>>.

Particolare è anche il fine del Gruppo, che è quello di agevolare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri, di migliorare o di aumentare i risultati della loro attività. Per tale ragione il gruppo non ha tra i propri scopi quello di realizzare profitti per se stesso. La sua attività deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima. Il Geie non è dunque uno strumento per esercitare un'attività economica, ma uno strumento per esercitare un'attività ausiliaria a quella dei partecipanti e diretta a migliorare e coordinare l'attività dei

⁸⁶ Cosa che invece è prevista per i consorzi di cooperazione con attività esterna.

⁸⁷ F. GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. I, op. cit. p. 276.

membri stessi⁸⁸.

Tuttavia è necessario precisare che, se è vero che il Geie non deve mirare al raggiungimento di utili, nessuna norma né del Regolamento né del decreto d'attuazione vieta che dalla sua attività il Geie possa anche realizzare un reddito. Anzi, l'art. 21 del Regolamento parla espressamente di profitti e dispone che questi, in quanto *“risultanti dalle attività del gruppo sono considerati come profitti dei membri e ripartiti tra questi secondo la proporzione prevista nel contratto di gruppo o, nel silenzio del contratto, in parti uguali”*⁸⁹.

Il Geie non deve necessariamente essere dotato di un capitale minimo a garanzia dei terzi, ma a fronte di tale vantaggio, il regolamento ha però prescritto la responsabilità illimitata e solidale dei membri per tutte le obbligazioni contratte dall'amministratore in nome e per conto del Gruppo. La responsabilità dei membri si estende anche alle obbligazioni concernenti atti estranei agli scopi del Gruppo o comunque agli atti *ultra vires* degli amministratori.

I nuovi membri rispondono per le obbligazioni anteriori al loro ingresso, salvo patto contrario opponibile ai terzi solo se ritualmente iscritto e pubblicato. Dopo la fuoriuscita dal Gruppo, o dopo il suo scioglimento, i membri continuano a rispondere per un termine massimo di cinque anni dalla pubblicazione dello scioglimento (artt. 34 e

88 Così si legge nel 5° considerando: *“Considerando che il gruppo si differenzia da una società soprattutto per il suo scopo che è soltanto quello di facilitare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri per permettere loro di migliorare i propri risultati; che a causa di tale carattere ausiliario, l'attività del gruppo deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e non sostituirsi ad essa e che, in tale misura, per esempio, il gruppo stesso non può esercitare nei confronti dei terzi libere professioni e che la nozione di attività economica deve essere interpretata nel senso più largo”*.

89 A. BALDINI CONFALONIERI, *Il Geie: disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Utet, 1999, p. 149, riconosce la compatibilità della distribuzione degli utili con il carattere ausiliario del Geie e precisa che essa deve essere valutata nel caso concreto, esaminando l'assetto contrattuale del Geie e precisa che essa deve essere valutata nel caso concreto, esaminando l'assetto contrattuale e l'attività esercitata dal gruppo in rapporto a quella dei membri: infatti, se dovesse emergere uno scopo lucrativo, ossia di investimento finanziario, il gruppo potrebbe essere soggetto a scioglimento.

35 Reg.).

Se esercita un'attività commerciale, il Geie può fallire⁹⁰.

Per quanto riguarda la struttura organizzativa interna, con l'intento di semplificare il più possibile, l'art. 16, n. 1, Reg., stabilisce due soli organi obbligatori: l'assemblea degli associati e l'amministratore (o gli amministratori). Nulla vieta che lo statuto possa prevedere altri organi.

In assemblea ciascun membro dispone di un voto, tuttavia, il contratto può attribuire più voti a taluni membri, a condizione che nessuno di essi disponga della maggioranza dei voti (art. 17, n. 1, Reg.). Le decisioni sono prese a maggioranza, salvo alcuni casi in cui è richiesta espressamente dall'art. 17 Reg. l'unanimità (modificazioni dell'oggetto, proroga della durata, ecc.).

L'amministratore rappresenta il Gruppo nei confronti dei terzi ed impegna la responsabilità del Gruppo stesso anche se i suoi atti non rientrano nell'oggetto⁹¹. <<Il regolamento comunitario ha infine introdotto nel nostro ordinamento un'altra importante novità che riguarda la possibilità di attribuire ad una persona giuridica la funzione di amministratore a condizione che sia designata una o più persone fisiche in qualità di rappresentanti (art. 19, n. 2 Reg. e art. 5 d. lgs. n. 240/91)>>⁹².

90 Tuttavia, secondo il decreto d'attuazione, la responsabilità illimitata dei membri è regolata dall'art. 151 della l. fall. (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267); ciò significa che i membri non falliscono per il solo fatto del fallimento del Gruppo, nonostante si tratti di membri illimitatamente responsabili e che il curatore può eventualmente chiedere ai membri, con l'autorizzazione del giudice delegato, il versamento delle somme necessarie per estinguere le passività del Geie >>. Vedi M. DI LAURO, *Responsabilità patrimoniale e insolvenza del Geie*, in *Dir. Fall.*, *op. cit.* p. 531.

91 A meno che il Gruppo non provi che il terzo sapeva o non poteva non sapere che l'atto superava tali limiti (art. 20 reg.).

92 G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'unione europea*, *op. cit.*, p. 279-280.

2.2 La Società europea: la costituzione, gli obiettivi e i tratti salienti della disciplina comunitaria.

Dopo un lungo e tormentato *iter* normativo, il regolamento della Società europea segna la nascita⁹³ del secondo istituto, dopo il GEIE, disciplinato per intero da norme comunitarie uniformi per tutti i Paesi membri.

La Società europea (SE) è un nuovo tipo societario, predisposto dall'Unione europea al fine di consentire la configurazione, accanto a società di diritto nazionale, di società che possano operare senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione.

La disciplina base della Società europea è articolata su più "fonti": il Regolamento (CE) 2157/2001 dell'ottobre 2001 recante lo statuto della Società europea, la Direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della SE, l'autonomia contrattuale delle parti⁹⁴ (ove contemplata dal Regolamento) e, in via sussidiaria, le disposizioni in materia di società per azioni previste dalla legislazione degli Stati membri in cui ha sede la SE nelle materie non disciplinate dal Regolamento.

Così per esempio, è lasciata agli ordinamenti nazionali la disciplina della pubblicità degli atti, della tutela dei creditori e degli azionisti, dell'acquisto di azioni proprie,

93 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 e ss.; A. GUACCERO, *La Società europea a confronto con la società per azioni italiana a seguito dell'attuazione delle direttive CEE*, in *gius. Civ.*, 5, 1993, II, p. 238; R. CAFARI PANICO, *Il Regolamento della società europea e le fusioni transfrontaliere*, in U. DRAETTA - F. POCAR. (a cura di), *La società europea, problemi di diritto societario comunitario*, op. cit., p. 29 e ss.; G.F. CAMPOBASSO, *La società europea*, in *Diritto delle società*, Torino, 2004, 2, cap. XIV, p. 240 e ss.

94 In *GUCE*, L 294, 10 novembre 2001.

dell'insolvenza, dello scioglimento e di altri momenti rilevanti nella vita della Società europea.

<< Tramite la costituzione di una società europea, società di capitali di paesi diversi possono fondersi, superando gli ostacoli posti dall'assenza di una disciplina delle fusioni transfrontaliere. Oppure, possono assoggettarsi ad una direzione unitaria, dando vita ad un gruppo in cui la società europea assume il ruolo di controllante (SE holding). Infine, possono creare una società controllata in comune (SE affiliata). La Società europea ha quindi anche la funzione di favorire la nascita di imprese di dimensioni comunitarie >>⁹⁵. Ad oggi, con l'emanazione di una specifica disciplina contenuta all'interno della Direttiva 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere, la portata applicativa dello strumento giuridico Società Europea si vede parzialmente ridotta con riferimento alle operazioni di aggregazione societaria all'interno del mercato unico europeo.

Con riguardo allo scopo principale della SE, il legislatore comunitario, in sede di formulazione della norma, è stato indotto a prescrivere requisiti molto rigidi in relazione ai soggetti che possono dare vita a questa figura. La SE può anche essere definita come una società per azioni di “secondo grado”, dal momento che alla costituzione possono partecipare soltanto due o più persone giuridiche, società ed enti, istituiti secondo le regole di diritto di uno degli Stati membri e aventi sede sociale e amministrazione centrale in almeno due Stati membri diversi. Non possono costituire la SE le persone fisiche.

Inoltre, l'atto costitutivo può assumere soltanto una delle seguenti forme previste dal Regolamento:

– *fusione* di società per azioni (purchè almeno due di esse siano soggette alla legge di Stati membri differenti);

⁹⁵ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *La società europea*, in *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, op. cit., 2, cap. XIV, p. 241.

– *costituzione di un SE holding* tra società per azioni e/o società a responsabilità limitata (purchè almeno due di esse siano soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero controllino da almeno due anni una società affiliata soggetta alla legge di altro Stato membro o una succursale situata in un altro Stato membro);

– *trasformazione di una società per azioni esistente* (purchè controlli da almeno due anni una società affiliata soggetta alla legge di altro Stato membro);

– *costituzione di una SE filiale comune* (purchè almeno due di esse siano soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero controllino da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro). Per quanto non diversamente previsto dal Regolamento, il procedimento di costituzione è regolato dalla legislazione nazionale applicabile alle società per azioni dello Stato in cui la società europea stabilisce la sua sede (art. 15 reg.). Esso si conclude con l'iscrizione della società in un registro, che per le società europee con sede in Italia è il registro delle imprese.

L'iscrizione determina l'acquisto della personalità giuridica da parte della società.

Per quanto riguarda il capitale minimo di una SE esso è fissato in 120.000,00 euro; le azioni potranno essere sia nominative che al portatore, a condizione che quest'ultime siano interamente liberate e inoltre la SE potrà emettere anche obbligazioni.

Le norme relative all'amministrazione riflettono quanto già stabilito nella proposta di quinta direttiva in materia societaria e viene lasciata alle parti contraenti la libertà di scelta del modello secondo lo schema del sistema dualista (organo di direzione affiancato da un organo di controllo) o del sistema monista (organo di amministrazione unico).

Le numerose altre norme che riguardano l'organizzazione e l'attività della società europea non aggiungono altro di particolarmente rilevante rispetto a quanto già previsto negli ordinamenti nazionali, salvo alcune varianti di poco conto⁹⁶.

⁹⁶ Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, op. cit., p. 280 e ss.

2.2.1 La disciplina del trasferimento della sede della SE.

Come si è avuto modo di accennare preliminarmente, uno degli obiettivi principali del Regolamento 2157/2001 è quello di consentire alcune operazioni che, seppur prese in considerazione dal Trattato di Roma, sono ancora oggi di fatto molto difficili per le società nazionali. Il riferimento è soprattutto alle fusioni internazionali e al trasferimento della sede sociale senza estinzione della società.

L'art. 293 del Trattato CE, ora abrogato con l'entrata in vigore del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea in seguito agli accordi di Lisbona del 2007, prevedeva infatti che gli stati avviassero tra loro, per quanto occorre, negoziati rivolti a garantire a favore dei loro cittadini, tra l'altro, "*il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse*". Tuttavia, nessun accordo era mai stato concluso nelle succitate materie, come pure non era mai stato adottato alcun atto derivato in virtù di altre basi giuridiche⁹⁷.

Per altro verso, nel quadro della libertà di stabilimento, le società trovano molti ostacoli a trasferire la propria sede, o perchè ciò non è propriamente consentito dalla legislazione nazionale, la quale esige che non solo la sede legale ma anche la sede reale sia ubicata sul territorio dello Stato, o perchè ciò è reso difficile dalle normative fiscali che equiparano la fattispecie del trasferimento a quella dello scioglimento e l'assoggettamento alla stessa misura di imposizione prevista per quest'ultima⁹⁸.

97 Attualmente, quanto al trasferimento di sede, esiste solo un progetto della Commissione di *proposta* di XIV direttiva in materia societaria che riprende a grandi linee le garanzie contenute nel regolamento SE.

98 In proposito, la Corte di giustizia nel caso *Daily Mail* ha escluso che le norme del Trattato

In questo contesto pertanto << è molto significativo l'art. 8 del Regolamento, il quale sancisce nel primo paragrafo che la sede sociale della SE può essere trasferita in un altro Stato membro, senza che ciò dia luogo a scioglimento o alla costituzione di una nuova persona giuridica. Perché ciò si realizzi, le disposizioni successive dell'art. 8 stabiliscono che l'organo di direzione o di amministrazione deve elaborare un progetto di trasferimento, soggetto alla pubblicità di cui all'art. 13, e che esso deve comprendere una serie di informazioni a tutela dei soci e dei creditori sociali >>⁹⁹. In seguito, l'assemblea degli azionisti deciderà sul trasferimento, non prima che siano trascorsi due mesi dalla pubblicazione del progetto, e soprattutto un organo giurisdizionale o un'altra autorità competente dello Stato membro della sede sociale della SE rilascerà un certificato attestante l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento (art. 8.8). L'iscrizione nel registro dello Stato della nuova sede potrà avvenire solo previa presentazione di tale certificato (artt. 8.9 e 8.10).

È necessario sottolineare però che il presupposto che ha reso possibile questa disciplina risiede nel rigido requisito richiesto dall'art. 7, ai sensi del quale la sede sociale deve coincidere con quella amministrativa. Ogni trasferimento di sede ai sensi dell'art. 8 deve essere quindi accompagnato da un contestuale trasferimento di sede amministrativa. Ciò è affermato in maniera esplicita anche dall'art. 64 del regolamento, il quale, al paragrafo 2, sanziona severamente l'eventuale omessa regolarizzazione di una situazione di violazione dell'art. 7, ordinando che lo Stato membro in cui ha sede "irregolarmente" la SE adotti misure necessarie a

CE in tema di stabilimento siano idonee ad attribuire alle società, costituite secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale nello stesso, il diritto di trasferire la sede dell'amministrazione in altro stato membro mantenendo la qualità di società dello Stato di origine. E' pertanto compatibile con il diritto comunitario una legislazione nazionale che eventualmente subordini il permanere di tale qualità alla circostanza che la sede della società resti situata nel territorio dello Stato; sul punto vedi sentenza 27 settembre 1988 (*Daily Mail*) *cit.*, specie punti 24 e 25.

99 A. MALATESTA, *IL Regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria*, in *La società europea, op. cit.*, p. 15.

garantire che la stessa sia liquidata.

Alla luce di questa disciplina, le legislazioni fiscali degli stati che trattano di trasferimento di sede alla stessa stregua di una dissoluzione dovrebbero essere modificate.

In relazione a ciò tuttavia può sorgere un problema, che potrebbe condurre a produrre effetti limitativi e perversi, derivante da una norma dell'art. 8.14 del Regolamento; esso infatti consente alla legge di uno Stato membro di prevedere, per le SE registrate in esso, che un trasferimento di sede sociale che comporti un cambiamento della legge applicabile non abbia effetto se un'autorità competente dello Stato suddetto vi faccia opposizione per motivi di interesse pubblico.

La norma purtroppo sembra costituire un compromesso di fronte ai timori di quegli stati, fondati sul criterio della sede reale, preoccupati delle conseguenze derivanti da un cambiamento di legge applicabile. Anche se l'opposizione sembra in ogni caso avere un carattere di eccezionalità, non si può escludere che possa essere utilizzato da alcuni Stati membri come uno strumento di limitazione di un certo rilievo. Se, ad esempio, la "coerenza dei regimi fiscali" viene invocata come motivo di interesse pubblico si potrebbe profilare il rischio di una vanificazione quasi totale della norma sul trasferimento di sede.

2.2.2 Riesame dello Statuto della Società Europea (SE)

Nel mese di novembre 2010 la Commissione ha presentato un rapporto¹⁰⁰ sui primi anni di applicazione dello Statuto della Società Europea secondo quanto previsto dall'art. 69 del regolamento SE, fornendo un'ampia analisi descrittiva dei punti di successo e i punti di

100 COM(2010) 676, *Relazione dell'Unione Europea al Parlamento e al Consiglio, Applicazione del regolamento (CE) n. 2157 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società Europea (SE)*, Bruxelles, 17 novembre 2010.

criticità in una disciplina su cui la Commissione ha espresso l'intenzione di ritornare attraverso una proposta di emendamento dello Statuto SE. In preparazione del rapporto, la Commissione aveva già pubblicato, nel dicembre 2009 i risultati dello studio esterno sui primi anni della Società Europea, commissionato alla società di revisione Ernst & Young¹⁰¹.

La relazione della Commissione sullo stato di applicazione della Società Europea all'interno del mercato unico ha permesso di stilare un primo bilancio sulle qualità e sulle difficoltà incontrate nei primi anni di sperimentazione del Regolamento SE, basandosi sui dati empirici riportati nello studio Ernst&Young, i cui risultati sono stati recentemente esaminati nel corso di una conferenza organizzata dalla Commissione a Bruxelles il 26 maggio 2010.

Lo studio esterno ha concluso che gli obiettivi originari dello Statuto della SE sono stati in una certa misura raggiunti, ma vi è spazio per un ulteriore miglioramento. La società europea ha consentito alle imprese di dimensioni europee di trasferire la sede sociale oltre confine, di migliorare il processo di riorganizzazione e ristrutturazione, nonché di scegliere tra varie strutture amministrative, preservando al tempo stesso i diritti dei lavoratori al coinvolgimento e tutelando al tempo stesso gli interessi degli azionisti di minoranza e dei terzi.

In particolare, la possibilità di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro è considerata un incentivo fondamentale, oltre che un vero e proprio vantaggio comparativo della SE rispetto alle società nazionali. In assenza di una direttiva in merito al trasferimento transfrontaliero della sede sociale di un'impresa, la SE continua ad essere l'unica forma societaria che consente alle società di trasferire la propria sede sociale in un altro Stato membro, senza dover ricorrere alla liquidazione. Questa possibilità pare essere particolarmente interessante per le holding. In realtà, sono poche

101 ERNST & YOUNG, *Report drawn up following call for tender from the European Commission, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, 9 dicembre 2009.

le SE che hanno trasferito la propria sede sociale (49 alla data del 25 giugno 2010)¹⁰².

Con riguardo agli aspetti legati alla localizzazione della sede sociale della SE, i partecipanti alla consultazione pubblica che precede la pubblicazione del rapporto, secondo quanto riportato nello stesso, ritengono che il requisito per cui la sede sociale e l'amministrazione centrale di una SE devono essere situate nello stesso Stato membro (o, in alcuni Stati membri, devono avere la stessa ubicazione) costituisca un ostacolo pratico¹⁰³.

Lo statuto prevede una sanzione severa (liquidazione) nel caso in cui non ottemperi a questo requisito. Dopo l'adozione dello statuto della SE si sono registrati sviluppi significativi che hanno modificato l'approccio alla questione relativa alla sede delle società. In particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha aperto la strada all'accettazione del principio di separazione tra la sede sociale e l'amministrazione centrale nell'UE¹⁰⁴.

Inoltre, molte parti interessate sostengono che il principio della sede effettiva sia di difficile applicazione pratica in un mondo moderno in cui non è facile determinare l'ubicazione delle sedi operative di una società internazionale, ossia del luogo in cui vengono prese le decisioni strategiche.

Il principio secondo cui il diritto societario è definito dalle leggi del paese in cui è situata la sede sociale della SE, è chiaro e facilmente individuabile. Inoltre, la possibilità di separare la sede sociale e l'amministrazione centrale della SE potrebbe rappresentare un elemento interessante per la semplificazione della struttura del gruppo¹⁰⁵ e segnare un passo avanti verso una migliore collimazione dell'unità

102 In realtà, lo statuto della SE prevede che l'amministrazione centrale sia trasferita contemporaneamente alla sede sociale, riducendo così il vantaggio dell'operazione.

103 Cfr. articolo 69, lettera a), del regolamento SE.

104 Cfr. cause *Centros* (C 212/97), *Überseering* (C 208/00), *Inspire Art* (C 167/01), *SEVIC* (C 411/03) e *Cartesio* (C 210/06).

105 La SE potrebbe registrare le proprie affiliate in uno Stato membro, assoggettando dunque l'intero gruppo a un unico regime di diritto societario, sebbene le amministrazioni centrali di

economica e giuridica dei gruppi aziendali all'interno dell'UE. Lo studio esterno sostiene la tesi della separazione, che è supportata anche dalle imprese, ma osteggiata anche da altri soggetti interessati, come ad esempio alcuni Stati membri e sindacati. Questi temono, tra l'altro, che la possibilità di separare la sede sociale e l'amministrazione centrale possa complicare l'applicazione dei controlli fiscali, a causa della mancanza di trasparenza delle informazioni relative alle società registrate in altri Stati membri.

In generale sulle qualità dimostrate dalla Società Europea nei suoi dieci anni di applicazione, vi sono l'immagine europea e il carattere soprannazionale, mentre la possibilità di ricorrere alla SE per effettuare una fusione transfrontaliera era considerata un fattore importante fino all'entrata in vigore della direttiva fusioni transfrontaliere.

2.3 La Società cooperativa europea.

Un ulteriore strumento a carattere sovranazionale elaborato dalla Comunità europea, allo scopo di promuovere l'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri, in materia societaria, è rappresentato dalla società cooperativa europea.

La normativa comunitaria, dopo aver dedicato un complesso di previsioni settoriali alle cooperative, ha consacrato nel Regolamento (CE) n. 1435/2003, approvato dal Consiglio il 22 luglio 2003, lo statuto della società cooperativa europea (SCE), unitamente alla Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003, recante norme relative al *coinvolgimento*, *l'informazione*, la *consultazione* e la *partecipazione* dei lavoratori dipendenti nella SCE¹⁰⁶.

ciascuna affiliata siano situate in altri Stati membri dove verrebbero di fatto condotte le attività.

¹⁰⁶ Pubblicati nella *G.U.* del 18 agosto 2003, n. L 2007.

<< Obiettivo del Regolamento è l'istituzione di un quadro giuridico uniforme nel cui ambito le società cooperative e le altre entità e persone fisiche dei vari Stati membri siano in grado di programmare e di eseguire la riorganizzazione delle loro attività sotto forma cooperativa a livello comunitario. In un'ottica di internalizzazione del modello cooperativo la nuova normativa ha inteso dotare tutte le cooperative di strumenti giuridici idonei a facilitare lo sviluppo delle loro attività transnazionali affinché le cooperative possano operare in condizione di parità rispetto alle altre forme di imprese¹⁰⁷>>.

Le nuove Società cooperative europee sono destinate ad esercitare la loro attività nell'ambito del mercato interno con una personalità, una regolamentazione ed una struttura unica; possono ampliare le loro operazioni transfrontaliere senza dover creare una rete di filiali. Rilevante, inoltre, appare il fatto che le cooperative di più paesi possono d'ora in poi fondersi sotto forma di SCE; una cooperativa nazionale che abbia in uno Stato membro diverso da quello in cui ha la sede può essere trasformata in cooperativa europea senza passare per lo scioglimento.

Anche la disciplina della Società cooperativa europea è articolata su più fonti: il Regolamento comunitario, lo statuto interno stabilito con l'accordo dei partecipanti e, in via sussidiaria, le norme in materia previste dalla legislazione dello Stato membro in cui la Cooperativa ha la sede.

Oggetto principale della SCE è *“il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci”* e non la retribuzione di un investimento in

¹⁰⁷ G. RACUGNO, *La società cooperativa europea*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2006, cit., p. 316.

capitale.

La SCE può essere costituita (art. 2):

- da almeno cinque persone fisiche residenti in almeno due Stati membri;
- da almeno cinque persone fisiche e giuridiche di diritto pubblico o privato, che abbiano la sede sociale in almeno due Stati membri diversi o siano soggette alla legge di almeno due Stati membri diversi;
- da società, ai sensi dell'art. 48. secondo comma del Trattato, e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro che siano soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi, mediate fusione di due o più cooperative, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri diversi;
- mediante trasformazione di una cooperativa, ma a condizione che abbia da almeno due anni uno stabilimento o una filiale soggetti alla legge di un altro Stato membro.

Possono partecipare alla costituzione di una SCE anche enti giuridici la cui amministrazione centrale non si trovi all'interno della Comunità, a condizione che siano costituiti in base alla legge di uno Stato membro, abbiano nel medesimo la sede sociale e presentino un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro.

La costituzione della SCE presuppone un capitale minimo sottoscritto di almeno 30.000,00 euro, che non può essere ridotto nemmeno per effetto del rimborso delle quote dei soci che cessano di farne parte.

<< Per quanto concerne lo statuto, emergono, rispetto alla nostra legislazione nazionale, alcune significative differenze, tra le quali in particolare:

- il requisito della forma costituito dalla *scrittura privata*,

– la possibilità di una cooperativa a *responsabilità illimitata*¹⁰⁸>>.

Il trasferimento della sede sociale (art. 7 reg.), che non dà luogo allo scioglimento della SCE né alla costituzione di una nuova persona giuridica, presuppone un progetto elaborato dall'organo gestorio e la tutela dei soci e delle ragioni dei creditori. Una regolamentazione in parte simile disciplina la trasformazione della SCE in cooperativa soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui ha la sede sociale (art. 76 reg.).

Un ruolo fondamentale al fine dell'inserimento della SCE nei diversi Stati membri assume l'art 9, rubricato *Principio di non discriminazione*, secondo il quale “una SCE è trattata in ciascuno Stato membro come una cooperativa costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale”.

Per quanto invece concerne la struttura degli organi, all'assemblea¹⁰⁹ si accompagna un organo di direzione affiancato da un organo di vigilanza (sistema dualistico) o un organo di amministrazione (sistema monastico), a seconda della scelta adottata nello statuto.

Anche la disciplina degli utili e dei ristorni è rimessa all'autonomia statutaria (art. 65 reg.), mentre la redazione dei conti annuali e consolidati, come pure il relativo controllo e pubblicità, è sottoposta alle disposizioni dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale (art. 68 reg.) in applicazione delle disposizioni comunitarie esistenti.

108 Il comma 3 dell'art. 1 stabilisce infatti che “salvo diversa disposizione dello statuto della SCE al momento della costituzione di tale SCE, ciascun socio risponde soltanto nei limiti del capitale sottoscritto”. G. RACUGNO, *La società cooperativa europea*, op. cit., p. 319.

109 Nella quale vige il principio del voto capitario (art. 59 reg.), con possibilità che lo statuto preveda che un socio disponga di un numero di voti in base alla sua partecipazione alle attività della cooperativa diverse dalla partecipazione al capitale sociale: tale attribuzione non può superare cinque voti per socio o, se inferiore, il trenta per cento del totale dei diritti di voto. Lo statuto può prevedere assemblee settoriali o separate.

2.4 La proposta di statuto della Società Privata Europea.

Un altro progetto legislativo annunciato dal piano d'azione del 2003 riguarda l'introduzione di uno statuto della Società privata europea (SPE), una nuova forma giuridica a livello comunitario destinata a rispondere in primo luogo alle esigenze delle PMI che operano in più di uno Stato membro. Nel giugno 2008 la Commissione Europea ha adottato una Proposta di Regolamento del Consiglio avente ad oggetto lo statuto della Società privata europea¹¹⁰.

L'obiettivo della Proposta è di favorire la competitività delle piccole e medie imprese (PMI)¹¹¹ facilitandone lo stabilimento e l'operatività nel mercato unico, in particolare attraverso la rimozione di alcuni ostacoli allo sviluppo della loro operatività transfrontaliera¹¹².

La Proposta è caratterizzata dalla scelta di operare un rinvio il più possibile limitato alle legislazioni nazionali al fine di assicurare uniformità statutaria a prescindere dall'ubicazione della sede. La Proposta contiene previsioni su alcuni aspetti fondamentali quali la formazione della società e i suoi rapporti con i terzi; stabilisce inoltre il contenuto minimo dell'atto costitutivo e dello statuto lasciando la sostanza di questi punti alle decisioni dei fondatori. Altri aspetti, come la responsabilità limitata degli azionisti, il capitale sociale, la denominazione sociale avrebbero invece un trattamento uniforme in tutti gli Stati UE, così come gli aspetti di rilievo per i terzi come la procedura di

110 COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a European Private Company Statute, /*COM/20080396 final */*, di seguito *Proposta*. La proposta è accompagnata da un'analisi di impatto (*Impact Assessment*): *Commission Staff working document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE), /* SEC(2008) 2098 */*, di seguito *Impact Assessment*.

111 Secondo una definizione generale adottata dalla Commissione le piccole e le medie imprese sono quelle con meno di 250 dipendenti: *Impact Assessment*, 4.

112 La proposta, basata sull'art. 308 Trattato CE (ora art. 352), deve essere approvata dal Consiglio all'unanimità e dal Parlamento. Al momento il Consiglio sta esaminando la Proposta a livello di gruppo di esperti.

costituzione, la trasparenza degli atti societari, la distribuzione dei dividendi e la protezione degli azionisti di minoranza. Quanto alla legislazione nazionale, alla SPE si applicherebbero soltanto le norme relative alla legislazione del lavoro, fiscale, contabile e fallimentare, e in generale quelle previsioni per le quali vi sia un rinvio esplicito nel Regolamento.

Le principali caratteristiche della Proposta SPE individuano un modello societario basato sulla semplificazione e la flessibilità dell'organizzazione interna. Secondo la Proposta della Commissione la SPE sarebbe caratterizzata dagli aspetti che seguono:

- responsabilità limitata e capitale diviso in azioni; la SPE potrebbe essere formata *ex nihilo*, anche da una singola persona fisica (art. 3.1), o dalla trasformazione, fusione o divisione di società esistenti, senza bisogno di un preventivo scioglimento della società (art. 5);
- la SPE sarebbe regolata dalle norme direttamente applicabili alla Proposta e dallo statuto senza alcun rinvio alla legislazione dello stato UE della sede legale. Quest'ultima rilevarebbe soltanto nei punti specificati dalla Proposta, in primo luogo diritto del lavoro, insolvenza e legislazione fiscale (art. 4);
- la sede legale dovrebbe essere situata all'interno dell'Unione europea e potrebbe essere trasferita in ogni altro Stato UE senza che sia necessario procedere alla preventiva dissoluzione della società o creazione di nessun'altra entità giuridica (art. 7 e 35-38);
- non sarebbe richiesta l'esistenza di un collegamento transfrontaliero, né soggettivo (come detto la formazione della SPE da parte anche di un solo socio fondatore sarebbe permessa), né oggettivo (nessun requisito di attività transfrontaliera);
- il regime del capitale sarebbe molto semplificato, con un capitale minimo di 1 euro e la distribuzione di dividendi condizionata soltanto al requisito che successivamente alla distribuzione le attività siano uguali alle passività (artt. 19-21);
- libertà contrattuale sarebbe pure riconosciuta alla SPE in termini di organizzazione

interna e definizione dei diritti degli azionisti, comprese le garanzie per gli azionisti di minoranza: il diritto degli azionisti di approvare una serie di decisioni fondamentali, diritto di informazione, diritto di accesso a vari documenti societari, diritto di sottoporre domande per iscritto (artt. 26-30);

- la responsabilità del *management* sarebbe basata sul principio del dovere di diligenza previsto da norme imperative (*mandatory ordinary duty of care*) (art. 31).

Secondo i termini della proposta i soci fondatori avrebbero piena discrezionalità nello scegliere l'organizzazione interna della società. Una tale flessibilità ha lo scopo di permettere a gruppi societari transfrontalieri l'accesso ad economie di scala, permettendo l'adozione della struttura di governo societario per tutte le SPE costituite in Stati UE diversi. Al principio della libertà contrattuale sono ispirati in generale i profili di organizzazione interna al fine di permettere agli azionisti di adattare la struttura societaria alle proprie specificità imprenditoriali¹¹³. Secondo la Commissione, risparmi rilevanti in termini di spese di consulenza legale potrebbero essere realizzati se lo stesso gruppo di SPE scegliesse lo stesso schema di organizzazione interna e lo statuto e l'atto costitutivo.

Il modello SPE supera la necessità dello spostamento della sede legale in quanto rende largamente inapplicabili i modelli societari nazionali lasciando all'autonomia statutaria il compito di disegnare i profili organizzativi della SPE, compreso di fatto anche il suo regime del capitale. Inoltre, la proposta SPE consente, contrariamente alla SE, di localizzare la sede legale in un altro Stato comunitario rispetto alla sede effettiva.

La proposta SPE rappresenta un nuovo tornante nell'approccio delle istituzioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento societaria. L'obiettivo di facilitare l'operatività transfrontaliera delle piccole e medie società viene perseguito in questo caso

¹¹³ Come osservato da CLARK, *Corporate Law*, Aspen, 1986, 24 s., tipicamente i proprietari di una PMI sono coinvolti direttamente nella gestione societaria. Essi hanno quindi bisogno di uno statuto societario che permetta ad esempio di limitare la trasferibilità delle azioni, liquidare il proprio investimento nella società nel caso emergano circostanze personali, e di adattare i propri diritti e obblighi tenendo conto che essi sono allo stesso tempo investitori e amministratori o dipendenti dell'impresa.

con nuove modalità, in quanto viene escluso il rinvio al diritto nazionale e si lascia ampio spazio all'autonomia statutaria¹¹⁴, nella direzione del modello statunitense indirizzato alle piccole e medie società, quello della Limited Liability Company (LLC). Più in fondo, la proposta SPE è anche figlia di una riconsiderazione del processo legislativo che ha portato all'adozione delle direttive di armonizzazione negli anni '70 e '80, con il salvataggio di alcuni contributi (soprattutto in materia di trasparenza) ma anche riconsiderazione dell'utilità di altri, in primo luogo i vincoli al regime del capitale contenuti nella seconda direttiva.

Il negoziato SPE è al momento in corso. Non è chiaro se la proposta della Commissione verrà accettata dal Consiglio e dal Parlamento oppure se, come sembrano prefigurare alcuni commentatori, la grande flessibilità del modello proposto verrà limitata con rinvii agli ordinamenti degli Stati membri.

2.5 La Fondazione Europea.

Nel febbraio 2009 la Commissione europea ha pubblicato un documento di consultazione sulla possibile presentazione di una proposta di statuto europeo della fondazione accompagnato da uno studio di fattibilità. Lo studio identifica quattro ostacoli civilistici all'operatività transfrontaliera delle fondazioni: il regime in vigore nei vari stati membri per il riconoscimento delle fondazioni straniere; il riconoscimento dei trust; il trasferimento della sede effettiva in un altro Stato membro; il trasferimento della sede legale in un altro Stato membro. Vi sarebbero inoltre barriere derivanti dalla legislazione fiscale nazionale concernenti tra l'altro la tassazione delle fondazioni domestiche e straniere e dei contributi a fondazioni domestiche e straniere versati da residenti e da non residenti. La consultazione ha mostrato un gran interesse da parte del mondo del *non profit* per la

¹¹⁴ Il progetto di regolamento rinvia alla legislazione degli Stati membri soltanto per quanto riguarda gli aspetti di diritto fiscale, del regime contabile, dell'insolvenza e del trattamento dei lavoratori.

fondazione europea a fronte di una certa freddezza da parte di alcune autorità nazionali e associazioni di categoria, che hanno espresso perplessità quanto alla rilevanza in particolare delle barriere civilistiche. Punti dibattuti sono poi risultati la possibilità per le fondazioni di diritto nazionale di adottare il nuovo statuto europeo e se e in quale misura il nuovo statuto debba rinviare alle previsioni delle legislazioni nazionali¹¹⁵.

Anche sulla base delle risposte alla consultazione la Commissione sta predisponendo l'*impact assessment* volto a verificare l'esistenza delle condizioni per la presentazione di una proposta legislativa.

115 Il testo della consultazione insieme ad una sintesi delle risposte ricevute è disponibile in:
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_fr.htm>.

CAPITOLO II

Le società nel diritto internazionale privato.

1. Concorrenza tra ordinamenti societari e conflitto di leggi.

Parlare di concorrenza fra diritti in un sistema politico, come quello comunitario, nel quale gli organismi comunitari mantengono, come elemento strutturale e funzionale alla propria identità costituzionale, ampie competenze normative in capo agli Stati membri significa far emergere immediatamente una problematica di conflitto di leggi: problematica già sottesa all'attribuzione ad enti collettivi, dotati di personalità giuridica, quali le società commerciali, di diritti di circolazione in seno al mercato unico¹¹⁶, ma che si accentua quando tra questi diritti viene incluso anche quello ad una sorta di *optio legis societatis*, la cui soluzione a favore dell'applicazione della legge dell'uno o dell'altro Stato membro, finisce inevitabilmente per incidere sulla stessa effettività dei diritti societari nazionali¹¹⁷. Per tutelare, infatti, la facoltà dei privati di scegliere tra i differenti modelli normativi vigenti nei vari Stati membri mediante i quali svolgere un'attività d'impresa in forma organizzata o collettiva, bisogna prima di tutto tutelare anche la facoltà degli stessi Stati membri di rendere tali modelli normativi disponibili a tutti gli operatori economici che vogliano avvalersene. Nei vari ordinamenti societari dei Paesi membri, però, la costituzione di enti collettivi si affianca spesso alla protezione di categorie di soggetti portatori di interessi deboli, protezione garantita di norma attraverso disposizioni contenute nella

116 Cfr. M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 2001, pp. 569 ss..

117 Cfr. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Il Corr. giuridico*, 2003, pp.145 ss.

stessa *lex societatis* che hanno di solito natura di norma imperativa e che definiscono il proprio ambito d'applicazione sulla base di criteri obiettivi di collegamento, inderogabili dall'autonomia negoziale. Tali criteri di collegamento differiscono poi da Stato a Stato e ciò crea le premesse per conflitti, positivi o negativi, di competenza nella disciplina di un medesimo ente in situazioni caratterizzate da elementi di estraneità; ma nell'Unione Europea, in linea di principio, i diritti societari degli Stati membri sono tutti su un medesimo piano di parità e tutti dunque meritevoli di protezione nella medesima misura.

2. Il riconoscimento e il trattamento delle società straniere come problema di diritto internazionale privato.

La localizzazione delle attività produttive in mercati che offrono approvvigionamenti molto competitivi, sia in termini di materie prime ma soprattutto di manodopera, o in ordinamenti con sistemi fiscali meno onerosi, rappresenta oggi una delle principali risposte che le imprese approntano per affrontare i mercati globalizzati, dove la concorrenza con le economie dei Paesi emergenti è sempre più forte.

Ma se la “delocalizzazione”, ovvero lo spostamento da un Paese ad un altro, attuata attraverso la costituzione di nuove società all'estero, non presenta particolari problemi o ostacoli giuridici, qualora invece sia realizzata con un trasferimento diretto della sede sociale, in uno Stato membro diverso da quello d'origine, pone non pochi delicati problemi, a causa dei conflitti esistenti tra i diversi ordinamenti dei Paesi coinvolti¹¹⁸.

La continuità giuridica di una società trasferitasi in uno Stato membro diverso da quello d'origine, il suo riconoscimento nello Stato di destinazione ed in quello

¹¹⁸ Cfr. A RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 756 ss.

d'origine, nonché la normativa applicabile alla società che si trasferisce (cd. *lex societatis*), sono infatti, tutte questioni che dipendono dagli ordinamenti giuridici vigenti nei Paesi coinvolti dal trasferimento (Stato di partenza e Stato di arrivo), ed in particolare dal tipo di collegamento e riconoscimento delle società che gli Stati adottano¹¹⁹.

Ai fini del presente lavoro, è opportuno chiarire, già dal principio, quali siano i significati e le differenze tra i concetti di “*sede legale*” e quello di “*sede effettiva*”.

Chiariamo che con la nozione di “*sede sociale*” (ovvero “*legale*” o “*statutaria*”), si deve intendere quella risultante dall'atto costitutivo, o primo statuto, della società, costituita secondo uno dei tipi previsti dalla legislazione civile dello Stato membro nel cui registro viene iscritta. E' la sede che ha prevalenza rispetto alle altre, per i requisiti di pubblicità nei confronti di terzi.

Per “*sede effettiva*” (ovvero *operativa*) invece, si dovrebbe intendere quella dalla quale provengono gli impulsi volitivi e decisionali inerenti all'attività svolta. È la sede dell'amministrazione della società, e può anche non coincidere con la sede amministrativa. La “*sede dell'attività principale*” è infine il luogo ove è svolta la concreta attività imprenditoriale per il raggiungimento dell'oggetto sociale.

In linea teorica, se nello Stato di partenza si adotta, quale criterio di collegamento e riconoscimento delle società, quello dell'incorporazione, per cui le società sono riconosciute e disciplinate sempre in base alla legge dello Stato nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione, allora in questi Paesi il trasferimento all'estero delle società è ammissibile, mentre non lo è se il Paese adotta il criterio della sede effettiva, per il quale le società sono riconosciute esclusivamente in ragione del loro collegamento con il territorio.

¹¹⁹ In generale in Europa adottano il criterio della sede legale: Danimarca, Irlanda, Paesi Bassi, Regno Unito, Malta, Svezia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Finlandia, Ungheria, Cipro, Germania. Diversamente di propongono per l'adozione del criterio della sede effettiva i seguenti paesi: Belgio, Spagna, Francia, Lituania, Portogallo, Grecia, Lettonia, Polonia, Estonia, Austria, Slovenia, Lussemburgo. L'Italia, diversamente, adotta un criterio cosiddetto “misto”, nato dall'applicazione congiunta dei due criteri precedenti.

Diciamo in linea teorica, in quanto la possibilità effettiva del trasferimento deve essere poi verificata, oltre che con gli eventuali temperamenti del criterio che gli Stati adottano nella pratica, anche alla luce del regime adottato nello Stato di arrivo, ed ecco perché si parla di possibili conflitti tra gli ordinamenti. Se nello Stato di arrivo vige il principio dell'incorporazione, il trasferimento potrebbe essere ammesso, mentre se vige il principio della sede effettiva, potrebbe non esserlo.

A ciò va aggiunta l'incertezza (ed il potenziale conflitto) derivante dalle molteplici definizioni del concetto di “*sede*” che ciascun ordinamento giuridico nazionale potrebbe adottare. Si pensi al caso di una società avente due sedi (statutaria ed amministrativa) localizzate in due Stati membri diversi che, pur adottando quale criterio territoriale quello della sede, utilizzano differenti definizioni della stessa. L'effetto potrebbe essere quello che entrambi i Paesi (o viceversa nessuno dei due) potrebbero rivendicare la soggezione della società alla disciplina del proprio ordinamento giuridico¹²⁰.

Pertanto, qualora si volessero delineare dei principi di diritto generale che regolano la fattispecie del trasferimento delle società in ambito internazionale, non potrebbe che trarsi un quadro puramente teorico e, con ogni probabilità, avulso dalle reali situazioni rinvenibili all'interno dei vari Paesi, anche perché, come accennato, sono molti gli Stati che temperano il principio di collegamento adottato, introducendo dei correttivi che rendono il sistema ibrido, contemperando il principio della sede con quello dell'incorporazione, o viceversa. Dunque, stante l'inquadramento generale della problematica a livello teorico, l'indagine sulla possibilità o meno di effettuare il trasferimento della sede di una società da uno Stato membro ad un altro, non può prescindere dall'indagine della reale normativa vigente nei Paesi interessati.

120 CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, 5, p. 952 con richiamo a FIMMANÒ, *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*, nota a d. Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 574 ss.

2.1 Il trasferimento transnazionale della sede sociale. (*Sede legale e sede effettiva*).

In linea di principio la possibilità, o meno, che un ordinamento ammetta il trasferimento della sede delle sue società, è subordinata al principio di collegamento territoriale che quello Stato adotta.

Da questo collegamento dipende sia il riconoscimento stesso delle società nell'ambito di quell'ordinamento, che la relativa legge applicabile (cd. *lex societatis*).

Come in più occasioni già ricordato, la materia è caratterizzata da una profonda divisione tra la c.d. *teoria della sede effettiva (Sitztheorie)* e la c.d. *teoria della costituzione o incorporazione (Grundungstheorie)*¹²¹.

Secondo la c.d. *teoria dell'incorporazione o costituzione*, le società sono collegate esclusivamente all'ordinamento nel quale sono costituite. Di conseguenza nei Paesi che adottano tale principio, le società assumono la nazionalità in modo permanente, risultando irrilevante qualunque eventuale vicenda territoriale successiva. In questi sistemi, la legge regolatrice delle società sarà quindi sempre quella dello Stato di costituzione e, per ovvie ragioni, in questi stessi Paesi, i soggetti giuridici stranieri dovrebbero essere riconosciuti secondo le norme dello Stato di origine¹²².

<< Secondo la *teoria della sede reale o effettiva* le società sono invece collegate al luogo in cui è situata la loro sede effettiva. Questi ordinamenti si fondano sull'idea che le società debbano avere un legame reale con lo Stato del cui sistema giuridico pretendono l'applicazione. Se tale legame viene meno, o perché le società trasferiscono la

121 Cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, tomi II e III, 2003 e WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 4, p. 729 ss.

122 In tal senso tra i tanti v. BENEDETTELLI, "*Mercato*" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 724 ss.

loro *sede effettiva*, o perchè non esiste *ab origine* (società straniera), alle società non è più permesso “qualificarsi” secondo il diritto dell’ordinamento di origine ma è necessario un procedimento di riqualificazione (o “ricostituzione”) nello Stato in cui collocano la *sede effettiva* >>¹²³.

I Paesi che adottano tale criterio di collegamento non riconoscono dunque gli enti che non hanno un collegamento territoriale effettivo nello Stato e pertanto negano il riconoscimento delle società che appartengono a giurisdizioni diverse rispetto a quella in cui è stabilita la *sede reale*.

Dall’analisi svolta discende che dall’adozione di uno o dell’altro di tali criteri di collegamento deriva il diverso approccio che gli Stati riservano alla fattispecie del trasferimento all’estero delle società.

Negli ordinamenti che aderiscono alla *teoria dell’incorporazione*, il trasferimento della *sede legale* della società non presenta un problema dal punto di vista giuridico. Le società costituite conformemente alla legislazione di tali ordinamenti sono libere di trasferire la loro sede in un altro ordinamento senza incorrere nello scioglimento. Di conseguenza in questi Paesi la fattispecie del trasferimento deve essere considerata una mera modifica statutaria. In generale, in forza di tale teoria, una società non può sottrarsi alla giurisdizione dell’ordinamento nel quale è costituita. Pertanto la società “emigrante” rimane sempre assoggettata alla legge dello Stato di costituzione e le norme dell’ordinamento domestico operano anche quando la società svolge la sua attività esclusivamente in un Paese straniero.

Negli ordinamenti che aderiscono invece alla *teoria della sede reale* o *effettiva*, la fattispecie del trasferimento dovrebbe ritenersi anche estintiva, perché lo Stato, come accennato, non riconosce più un ente senza collegamento con il suo

123 A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, op. cit., p. 759.

territorio¹²⁴. Per cui in questi paesi, l'emigrazione delle società comporta uno scioglimento ed una successiva ricostituzione nello Stato di arrivo, mentre l'immigrazione, e quindi il riconoscimento delle Società straniere, potrebbe essere sia negato, con la necessità quindi di ricostituire *ex novo* le società ivi trasferite, previo il rispetto

di determinati obblighi informativi e dell'adattamento dell'atto costitutivo alle norme vigenti nel territorio¹²⁵. In altre parole, in questi ordinamenti l'intera disciplina del soggetto è rimessa all'ordinamento del foro, e poiché la costituzione della società non è avvenuta secondo tale disciplina, bensì secondo il diritto del paese di costituzione, l'ordinamento non la considera come validamente costituita e pertanto non la riconosce, oppure la riconosce ma la qualifica come società di fatto¹²⁶; in entrambi i casi non vi sarebbe soluzione di continuità.

Ora, se questi sistemi (*incorporazione e sede effettiva*) venissero adottati dagli Stati in maniera "pura", cioè senza alcun correttivo, l'effetto che si determinerebbe in sede di trasferimento, in capo alla società immigrante/emigrante nei rispettivi Paesi coinvolti (di arrivo e di partenza), dipende proprio dalla combinazione, o incontro, di tali sistemi.

124 Tra gli ordinamenti degli Stati membri che adottano in maniera rigida il principio della sede effettiva, segnaliamo la Germania, dove l'emigrazione delle società comporta anche il loro scioglimento. Viceversa la società estera immigrante, secondo l'interpretazione "tradizionale" della giurisprudenza tedesca, non è riconosciuta, mentre secondo un'interpretazione più moderna, è riqualificata come società di fatto (e quindi se ne nega sempre il riconoscimento della personalità giuridica). MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, p. 564. Nel corso degli ultimi anni, a seguito delle sentenze *Centros*, *Uberseering* ed *Inspire Art* anche la Suprema Corte tedesca (BGH) pare ridimensionare la *Sitztheorie* a favore della *Grundungstheorie*, non solo a favore delle società europee. In tal senso si collocano le sentenze della BGH del 14 marzo 2004 e del 5 luglio 2004, rispettivamente commentate in notizie della *Riv. Soc.*, 2005, p. 953 e p. 1593.

125 WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, *op. cit.*, p. 734.

126 Così MUCCIARELLI, *La libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, *op. cit.*, p. 564.

In linea di principio, se il trasferimento avviene:

- tra Paesi che adottano entrambi il *principio dell'incorporazione*, non dovrebbero sussistere problemi per la fattibilità del trasferimento. La continuità giuridica garantita dal sistema dell'incorporazione del Paese di partenza consente alla società trasferita di continuare ad essere regolata in entrambi i Paesi (partenza e arrivo), secondo il diritto dello Stato originario di costituzione. Nel Paese d'arrivo, infatti, la vigenza del principio dell'incorporazione non fa sorgere la necessità di una ricostituzione della società, poiché, in linea di massima sarà riconosciuto lo statuto originario e sarà applicata la disciplina del luogo nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione¹²⁷;
- da Paese che adotta il *principio dell'incorporazione*, ad un Paese che adotta invece il *principio della sede effettiva*, si avrà che per lo Stato di partenza, la società continuerà ad esistere secondo il proprio diritto originario, mentre per lo Stato di arrivo, sarà necessario per il riconoscimento della società, una sua ricostituzione. La società ivi ricostituita sarà poi regolata dalle norme vigenti in tale Paese. In linea teorica, in seguito al trasferimento, si potrebbe dunque avere una società con doppia nazionalità e soggetta ad entrambi gli ordinamenti (cd. società “bipolide”) ¹²⁸;
- tra Paesi che adottano entrambi il *principio della sede effettiva*, il trasferimento della sede dovrebbe determinare uno scioglimento nello Stato di partenza ed una necessaria ricostituzione nello Stato d'arrivo secondo le norme ivi applicabili. << Si avrebbe in tale ipotesi una discontinuità assoluta nella vita della società >> ¹²⁹;

127 In tal senso anche la giurisprudenza italiana (Trib. Verona, 5 dicembre 1996), la quale afferma che “*il principio cd. dell'incorporazione, vigente nei paesi anglosassoni, non comporta, in linea di principio, la perdita automatica della nazionalità di provenienza in capo alla società incorporata, che viene accolta nell'ordinamento senza imporre quegli oneri e formalità di tipo civilistico, che caratterizzano invece l'ordinamento italiano, continuando la società a vivere secondo la legge dello Stato di provenienza*”.

128 Cfr. MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, 3, p. 654; TBALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, Padova, 1999, pp. 62 e 99, che prende atto di una possibile condizione di doppia nazionalità per le società.

129 Il trasferimento del centro dell'amministrazione può dare luogo allo scioglimento della società

– da Paese che adotta il principio della *sede effettiva* a Paese che segue il sistema dell'*incorporazione*, in quest'ultimo caso il trasferimento della sede porterebbe nel primo paese (di partenza) allo scioglimento della società, mentre nello Stato di arrivo si dovrebbe avere, almeno in via teorica, il riconoscimento secondo la legislazione dello Stato di costituzione. Ma avendo lo Stato di costituzione determinato di fatto lo scioglimento della società, si dovrebbe a questo punto accettare la necessaria ricostituzione della società nello Stato di arrivo, in quanto diversamente si avrebbe una società apolide¹³⁰.

In realtà, come già accennato, si deve ribadire che gli Stati, anche se adottano uno dei due sistemi o criteri di collegamento indicati, nella pratica, lo temperano con eccezioni e particolarismi che finiscono per inquinare il meccanismo teorico di funzionamento e rendono di fatto poco plausibile la classica proposta¹³¹.

Pertanto in sede di trasferimento della sede all'estero, si dovrà sempre indagare la disciplina realmente vigente nei Paesi coinvolti.

quando il trasferimento avviene verso un Paese che a sua volta adotta il criterio della sede, nel qual caso è pacifico che ha luogo un mutamento dello statuto della società. Così T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 691.

130 WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc., op. cit.*, p. 730.

131 << Occorre precisare ancora che la situazione vigente nei vari Paesi può presentarsi ulteriormente complicata se gli ordinamenti accolgono anche il cd. *principio del rinvio*. Per cui uno Stato che adotta teoricamente il principio dell'*incorporazione*, potrebbe, di fatto, applicare il principio della sede a seguito del rinvio internazionale privatistico imposto dall'ordinamento >> PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit., III, 1, 2003, p. 121.

3. La *lex societatis* nel diritto internazionale privato italiano.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'ammissibilità del trasferimento transfrontaliero delle società (da e per l'estero) deve tener conto, oltre che della disciplina di diritto positivo¹³² di cui all'art.25¹³³ della l. 31 maggio 1995, n. 218¹³⁴ e agli artt. 2507 ss. c.c.¹³⁵, anche dei principi di diritto comunitario, naturalmente qualora il trasferimento coinvolga (quale Stato di arrivo o partenza) uno Stato membro dell'UE.

In base al nostro diritto internazionalprivatistico (*ex art. 25, comma 1, l. n. 218*

132 La quale si completa con le norme contenute nelle Convenzioni internazionali che l'Italia ha ratificato.

133 Art. 25, L. n. 218 del 1995: << 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.*

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.

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 >>.

134 La legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato.

135 Le norme del codice, Capo X del titolo V del libro V, dall'art. 2507 all'art. 2510, si applicano alle società costituite all'estero che istituiscono in Italia una sede secondaria. Ipotesi questa differente dai trasferimenti di sede sociale la cui disciplina deve essere rinvenuta nella l. n. 218 del 1995. Per il coordinamento di queste di disposizioni (codice civile e l. n. 218 del 1995) vedi MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 2003, p. 29.

del 1995)¹³⁶ le società sono regolate dalla legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, salvo l'applicazione necessaria della legge italiana, qualora le società localizzano in Italia la sede o l'attività principale dell'impresa.

Il criterio di collegamento adottato dal legislatore italiano è un criterio cosiddetto "misto", contempera così il *criterio dell'incorporazione*, in base al quale il luogo di costituzione è il criterio guida per accertare la soggezione, o meno, delle società alla legislazione domestica, con quello *della sede*, prevedendo l'applicazione della normativa nazionale a quelle società che pur costituite all'estero, abbiano in Italia la *sede amministrativa*, ovvero *l'oggetto principale della loro attività*¹³⁷.

Pertanto una società sarà soggetta alla legge italiana quando è costituita in Italia, oppure quando, costituita all'estero, abbia in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale della sua attività¹³⁸. In quest'ultima ipotesi, la scelta del nostro legislatore, pur senza comportare la nazionalizzazione del soggetto estero (avendo l'Italia optato per il criterio del luogo di costituzione), rende operanti quelle norme di applicazione necessaria che una società svolgente attività economica nel nostro Paese è tenuta ad

136 Sulla riforma del diritto internazionale privato italiano di cui alla legge 31 maggio 1995, n. 218 vedi, tra gli altri, P. MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1996; S. M. CARBONE – P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000; P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Diritto internazionale privato*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007.

137 L'Italia ha scelto una teoria dell'incorporazione temperata: se in linea di principio la novella del 1995 prevede che lo statuto delle società viene determinato secondo la teoria dell'incorporazione, l'articolo 25 della novella impone l'applicazione del diritto italiano ai soggetti aventi in Italia la sede amministrativa, con la conseguenza che si pone il problema se queste società assumono così nazionalità italiana, ed in caso di risposta negativa, quanta parte della disciplina societaria italiana si applichi alla società estera. Cfr. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento*, *op.cit.*, 563 ss.

138 In realtà, anche prima dell'introduzione dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 si dava rilevanza al luogo di incorporazione alla luce dei principi sottesi agli artt. 16 e 17 disp. att. c.c. Il legislatore della riforma ha scelto tale criterio ritenendolo il più diffuso e mirando ad armonizzare con i Paesi anglosassoni. Si rileva, tuttavia, come il diritto internazionale italiano non sia in grado di risolvere il problema del trasferimento della sede all'estero. Cfr. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, CEDAM, 2008, p. 124 ss.

osservare.

Per quanto concerne poi la possibilità del trasferimento della *sede legale* in un altro Stato, l'art. 25, comma 3, ne dispone l'ammissibilità solo se posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati.

Dalla disposizione, può quindi trarsi che il trasferimento di società italiana all'estero è di per sé legittimo, ma deve essere valutato con riferimento all'ammissibilità nell'ordinamento del Paese ospitante.

Dunque in Italia, il *trasferimento della sede sociale*, a differenza di ciò che accade negli ordinamenti che adottano il criterio della sede "puro", non comporta l'estinzione della società, con contestuale costituzione di una nuova persona giuridica nello Stato di destinazione¹³⁹, né un automatico riconoscimento della continuità giuridica della società, poiché gli effetti dello stesso sono subordinati alla verifica di compatibilità delle disposizioni dell'ordinamento giuridico italiano con quello dello Stato di destinazione.

<< È evidente che non potrà aversi continuità della società nel caso in cui, ad esempio, la società italiana deliberi il trasferimento della sede legale in uno Stato che esclude la legittimità di una tale operazione, prescrivendo in ogni caso la costituzione di un nuovo soggetto in conformità alle proprie leggi dettate per le società straniere. In tale caso la delibera di trasferimento dovrà ritenersi inefficace per l'ordinamento italiano>>¹⁴⁰

<< Qualora invece le discipline normative degli Stati coinvolti siano compatibili, il trasferimento della sede si realizzerà mediante la modifica, nel rispetto delle prescrizioni imposte dal codice civile, dello statuto da parte della società italiana >>¹⁴¹.

139 CAVALLARO, *op.cit.*, p. 954, rileva che in caso contrario non si capirebbe il senso della disposizione che prevede il rispetto delle disposizioni normative contenute negli ordinamenti degli Stati di provenienza e destinazione del soggetto trasferito.

140 DAL SOGLIO, *Il trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag. 560.

141 CAVALLARO, *op. cit.*, p. 956.

Diverso è il discorso, in ambito europeo, dove il principio della libertà di stabilimento, così come evolutosi nella giurisprudenza comunitaria, dovrebbe permettere il trasferimento della *sede legale*, con sue peculiarità.

In particolare, dal punto di vista italiano, le società comunitarie costituite in un altro Stato membro, anche se trasferiscono in Italia la *sede dell'amministrazione* o l'*oggetto principale* della loro attività saranno sempre regolate dalla legge del Paese di costituzione, in deroga all'art. 25, comma 1° seconda parte, che quindi, come evidenziato da attenta dottrina¹⁴² si deve ritenere implicitamente abrogato, così come le disposizioni contenute nell'art. 25, comma 3°, poiché in ambito europeo il trasferimento della sede non può ritenersi condizionato.

3.1 La posizione della giurisprudenza italiana nei riguardi del trasferimento di una società italiana all'estero.

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza italiana in materia, anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 218¹⁴³, si deve osservare che si registrano posizioni divergenti nei riguardi del *trasferimento di una società italiana all'estero*. Da brevi richiami ad alcune sentenze emanate, si comprende come lo stato

142 Si esprimono per l'implicita abrogazione della seconda parte del comma 1° dell'art. 25, l. n. 218 del 1995, MUNARI, *op. cit.* p. 39, con rinvio a BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2001, p. 619; PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 148; AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. internazionale*, 2003, p. 700.

143 Per un'elencazione della giurisprudenza anteriore, CAPOTORTI – STARACE, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato – Aspetti di interesse notarile*, a cura Ieva, vol. X, 2001, p. 161.

dell'interpretazione giurisprudenziale abbia contribuito ad ingenerare incertezze circa il reale trattamento di queste operazioni.

Per il *Tribunale di Alessandria*¹⁴⁴, << è illegittima la deliberazione che, a seguito del trasferimento della *sede legale* all'estero, stabilisce di convertire la società in un tipo societario diverso da quelli regolati dalle leggi italiane. Qualora un atto sociale abbia contenuto complesso e si presenti soltanto in parte contrastante con disposizioni di legge, non è possibile disporre l'omologazione parziale con riferimento ai punti ritenuti legittimi >>.

Per la *Corte d'appello di Torino*¹⁴⁵, << è illegittimo che a seguito del trasferimento all'estero della sede sociale, la società italiana si trasformi in un tipo non contemplato dall'ordinamento nazionale. Nulla osta all'omologazione parziale di un verbale di assemblea straordinaria ove le deliberazioni contrarie a legge o allo statuto sociale non siano indissolubilmente collegate alle altre >>.

Per il *Tribunale di Verona*¹⁴⁶, << il trasferimento della *sede sociale* all'estero (nel caso di specie, in Inghilterra) pure legittimo, non può determinare la perdita della nazionalità italiana e quindi il venire meno degli obblighi e dei controlli previsti dall'ordinamento italiano sulla via delle società di capitali. La società deve pertanto rimanere assoggettata, anche per il futuro, alla iscrizione, al deposito e alla pubblicità degli atti previsti dalla legge italiana >>.

<< La scelta del Tribunale di Verona si pone sulla scia di decisioni di altri tribunali italiani precedenti alla legge di riforma del diritto internazionale privato, per i quali,

144 Trib. Alessandria, 19 agosto 1995, in *Giur. Comm.*, 1996, II, p. 41

145 Corte App. Torino, 1° dicembre 1995, in *Giur. Comm.*, 1996, II, p. 415.

146 Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 574.

il principio dell'incorporazione vigente nei Paesi di tradizione anglosassone, non comporta la perdita automatica della nazionalità di provenienza >>¹⁴⁷.

Per il *Tribunale di Udine*¹⁴⁸, << è ammissibile il trasferimento all'estero della sede di una società costituita in Italia ai sensi dell'art. 25, comma 3°, l. n. 218 (la società trasferita all'estero continua ad essere regolata dalla legge italiana) >>.

Per la *Corte d'appello di Trieste*¹⁴⁹, che respinge il ricorso per l'omologazione di una delibera di assemblea in cui unitamente al trasferimento all'estero della *sede sociale*, si adottavano una serie di ulteriori delibere finalizzate alla perdita della nazionalità italiana e quindi, in definitiva, alla sua estinzione quale soggetto giuridico nell'ordinamento italiano, la disciplina dei trasferimenti della *sede statutaria* in altro Stato ex art. 25, l. n. 218 del 1995 implica << l'assoggettamento alla legge nazionale del Paese in cui si è perfezionato il procedimento di sua costituzione, nel senso che tutte le vicende societarie restano necessariamente regolate dalla legge nazionale (nel caso in esame, dunque, da quella italiana), principio questo rispetto al quale il trasferimento della sede sociale all'estero previsto dal comma 3° non può implicare una deroga al mantenimento dello statuto personale alla società dalla legge dello Stato di origine >>... pertanto osserva la Corte << non è condivisibile l'assunto secondo cui i soci possano liberamente decidere di sottoporre ad una diversa legge regolatrice i rapporti derivanti dal contratto di società, facendo acquisire alla società stessa una nuova nazionalità e così rescindendo ogni collegamento con l'ordinamento giuridico nel quale essa era stata originariamente incorporata...>> così conclude la Corte, << in tale ordine di idee non può certo dubitarsi che la delibera di trasferimento della sede sociale all'estero, comportante la perdita della nazionalità italiana, si configuri a tutti gli effetti, ed in particolare rispetto alla previsione dell'art. 25, comma 2°, lett. c), quale vera e propria estinzione della società, proprio perché, dal punto di vista dell'ordinamento

147 FIMMANÒ, *op. cit.*, p. 578.

148 Trib. Udine, 8 dicembre 1997, in BELLAGAMBA - CARITI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rass. Giur.*, Milano, 2000, p. 145.

149 Corte App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. not.*, 2000, p. 167.

giuridico italiano, da cui la società stessa ha avuto legittimazione costitutiva e che è deputato a disciplinarne il funzionamento, tale “denazionalizzazione” avrebbe implicazioni ancor più drastiche... >>.

Per il *Tribunale di Monza*¹⁵⁰, infine, << il trasferimento della *sede legale* di una società dall'Italia ad uno Stato estero, se conforme alle leggi italiane e alle leggi dello Stato di destinazione e se effettivo, vale a dire accompagnato dal trasferimento dell'*oggetto principale* dell'attività e del *centro decisionale* delle scelte riguardanti l'impresa sociale, determina il difetto di giurisdizione del giudice italiano >> e nella specie del tribunale investito della denuncia *ex art. 2409 c.c.*

Lo scenario variegato dell'interpretazione giurisprudenziale appare proprio in queste ultime e più recenti sentenze, dove è evidente il contrasto tra la posizione del tribunale di Verona (che propende per una sostanziale continuità della società) e quello di Monza (che invece fa discendere da un trasferimento “efficace”, il venir meno della giurisdizione italiana).

Mentre per quel che riguarda il *trasferimento in Italia della sede di società estere*, si possono indicare ancora le posizioni del *Tribunale di Roma*¹⁵¹, per il quale << la società costituita all'estero che stabilisca la propria sede nel territorio dello Stato deve sottoporre l'atto costitutivo e lo statuto al controllo del tribunale in sede di omologazione >>, e il *tribunale di Pordenone*¹⁵², che stabilisce che << la delibera di una società anonima, con *sede legale* in Lussemburgo e *sede operativa* (ovvero amministrativa) in Italia, di trasferire la propria *sede legale* in Italia, può essere omologata quando lo statuto sia conforme alla normativa italiana >>. In quest'ultimo caso il Tribunale omologava la deliberazione con la quale una società costituita in Lussemburgo decideva di trasferire la sede sociale ed amministrativa in Pordenone, passando dal tipo di società anonima a quello (italiano) della società per azioni. Nel caso in esame, il Tribunale esentava i soci dal versamento dei

150 Trib. Monza, 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 558.

151 Trib. Roma, 10 luglio 1987, in *Foro it.*, 1987, c. 2592.

152 Trib. Pordenone, 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, p. 67.

tre decimi, in quanto la fattispecie veniva qualificata come un trasferimento con trasformazione, anziché come una costituzione *ex novo* di società.

3.2 Il trasferimento della sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia.

Dal delineato quadro normativo ed interpretativo, in relazione al trasferimento all'estero della *sede sociale* di società italiana, e viceversa di trasferimento in Italia di società estera, discendono varie possibili situazioni, a seconda che il trasferimento coinvolga Paesi europei o meno.

Qualora il trasferimento avvenga nell'ambito dell'Unione europea, dalle considerazioni fatte, nei paragrafi precedenti, circa l'evoluzione normativa ed interpretativa del diritto europeo, si dovrebbe poter dire che i trasferimenti di società di capitali europee in Italia, e viceversa di società italiane in Paesi aderenti all'Unione europea, debbano avvenire in continuità e, salvi gli obblighi di registrazione esistenti, le società dovrebbero essere regolate secondo le norme del paese di costituzione¹⁵³.

<< Di conseguenza non sarà necessario, né consentito, adeguare, all'atto di trasferimento, lo statuto sociale alle disposizioni imperative della legge italiana, come invece è necessario laddove a trasferire la sede in Italia sia una società extracomunitaria >>¹⁵⁴.

153 Questa è la soluzione indicata anche dalla giurisprudenza italiana (Trib. Verona, 5 dicembre 1996) nel caso di trasferimento della sede dall'Italia, all'Inghilterra. Ma qui la continuità è stata riconosciuta non perché il trasferimento è avvenuto all'interno dell'Unione europea, ma perché il Paese di destinazione essendo di tradizione anglosassone adotta il principio dell'incorporazione.

154 PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 378 con rinvii a C.N.N.(estensore Barone), *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere* (7 settembre 2001), in *Studi e materiali*, I, Milano, 2002, p. 301; PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in

Dunque alle società comunitarie che si trasferiscono nel nostro Paese, sarà riconosciuta la continuità giuridica e saranno sempre regolate dalla normativa interna (italiana).

Se invece il trasferimento coinvolgesse un Paese extracomunitario, per valutare l'ammissibilità del trasferimento nel (o dal) nostro Paese, si deve indagare il regime vigente nel paese di origine (o destinazione).

Nel caso di un trasferimento di una società estera nel nostro Paese, avremo che, se il Paese di origine applica il sistema dell'incorporazione, fermo restando la continuità giuridica riconosciuta da entrambi i Paesi alla società, si avrebbe l'applicabilità dell'ultimo periodo del comma 1° dell'art. 25 che comporterebbe, oltre alla necessaria iscrizione nel registro delle imprese italiano, anche l'adeguamento dello statuto sociale alle disposizioni inderogabili della legge italiana, ferma restando la regolare costituzione all'estero della società¹⁵⁵.

<< L'adeguamento necessario della società "straniera" alla disciplina italiana è ammissibile in quanto non pregiudica l'identità e la continuità delle società >>¹⁵⁶.

Qualora invece il Paese di origine applicasse il criterio di collegamento della sede effettiva, lo stesso importerebbe lo scioglimento della società e quindi in Italia dovrebbe avvenire la sua ricostituzione. Il fatto che lo Stato di provenienza segue il principio della sede effettiva, fa sì che non si consegua quanto richiesto dalla normativa italiana per l'ammissibilità del trasferimento, vale a dire l'ammissibilità per entrambi gli Stati coinvolti, pertanto il trasferimento di fatto non si realizza.

Vita not., 2002, p. 586.

155 Se la società straniera dovesse considerarsi nulla per i nostri parametri, tale sanzione riguarderebbe la sua configurazione quale società, per così dire, nazionalizzata, ma non la sua giuridica esistenza, in quanto la società resterebbe in vita quale società straniera, con l'unica sanzione della responsabilità illimitata sia della società straniera sia di chi ha agito in suo nome ex art. 2509 bis c.c. Commissione del notariato, studio n. 3310, 2 maggio 2001, *Trasferimento all'estero della sede sociale*.

156 ANGELICI, Voce: "Società costituite o operanti ancora all'estero", in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1988, pp. 7 ss.

È stato osservato¹⁵⁷ che « nel caso in cui l'ordinamento di provenienza imponga l'estinzione o la dissoluzione della società nello Stato di arrivo, la fattispecie traslativa sarà anche estintiva e la dissoluzione dell'ente estero sarà anche ricostituzione, e di conseguenza la società sarà assoggettata esclusivamente alla legge dello Stato di stabilimento, senza possibilità di incorrere nell'acquisizione di una doppia nazionalità.

Anche nel caso di trasferimento di una società italiana in un paese extraeuropeo, dal momento che lo Stato italiano riconosce continuità alla società che ha trasferito la propria sede all'estero, occorrerà vedere il trattamento riservato dallo Stato di destinazione.

Se quest'ultimo applica il sistema dell'incorporazione, la società continuerà ad essere regolata per entrambi i Paesi secondo il diritto dello Stato italiano, con il mantenimento quindi dello statuto italiano e l'applicazione della disciplina italiana in quanto quella del luogo nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione.

Se invece il Paese di destinazione applica il sistema della sede effettiva si potrebbe obiettare l'inefficacia per l'ordinamento italiano del trasferimento, sulla base dell'art. 25, comma 3°, che ammette il trasferimento solo se riconosciuto da entrambi gli Stati. Così visto che il sistema della sede effettiva, non riconosce il trasferimento in quanto richiede la costituzione dell'ente nello Stato di arrivo, per la normativa italiana, il dettato dell'art. 25, comma 3°, non sarebbe soddisfatto e quindi il trasferimento non sarebbe possibile.

L'ipotesi teorizzata della costituzione di società con doppia nazionalità, ovvero di società cd. *bipolide*, nel caso di trasferimento da uno Stato che adotta il sistema dell'incorporazione ad un altro che adotta invece quello della sede, non troverebbe quindi mai realizzazione in Italia, poiché la delibera di trasferimento sarebbe inefficace¹⁵⁸ in quanto non conforme al 3° comma dell'art. 25.

¹⁵⁷ MARGIOTTA, *op. cit.*, 2004, pp. 654 ss.

¹⁵⁸ DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 560.

Altra dottrina parla invece¹⁵⁹ in questa ipotesi di un trasferimento con mutamento della legislazione applicabile e della nazionalità e non di scioglimento dell'originaria società e costituzione di una nuova, così come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca.

Conformemente viene sostenuto¹⁶⁰ che qualora una società italiana si trasferisca in un Paese che adotta il criterio della sede, pur essendo riconosciuta la continuità del soggetto giuridico, al trasferimento si accompagnerà un mutamento della legislazione applicabile alla società, cioè le vicende societarie saranno regolate dalle normative vigenti nel paese di destinazione.

Per l'ipotesi di trasferimento a titolo principale dall'Italia ad un altro paese UE, ai sensi degli artt. 2437 e 2473 c.c., è previsto il diritto di recesso per il socio rispettivamente di una società per azioni e di una società a responsabilità limitata dissenziente dalla delibera di trasferimento della sede sociale all'estero¹⁶¹.

Anche tali norme potrebbero ritenersi in contrasto con la libertà di stabilimento, in quanto la *ratio* delle stesse è quella di ritenere il trasferimento della sede sociale all'estero come una operazione straordinaria che penalizza il socio residente. In realtà tale concezione appare del tutto inconciliabile con il mercato unico e con il ruolo che in esso le società

159 FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in *Società*, 1997, p. 577.

160 CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra normativa civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 956.

161 Si rileva che, secondo la legge societaria spagnola, in caso di trasferimento della sede all'estero è necessaria una delibera dell'assemblea a maggioranza qualificata con l'obbligo di garantire un'ampia *disclosure*. In Portogallo, per il trasferimento all'estero, è richiesto che la decisione sia approvata dall'assemblea a maggioranza qualificata. In Francia, in teoria, è permesso trasferire la sede sociale all'estero in virtù di una delibera dell'assemblea con un *quorum* costitutivo della maggioranza del capitale sociale e con un *quorum* deliberativo dei due terzi del capitale presente, ma solo nel caso in cui la Francia abbia concluso una convenzione internazionale con il Paese di destinazione circa il mantenimento della personalità giuridica.

ricoprono.¹⁶²

In sostanza, nell'attuale fase di integrazione europea e, in particolare, nell'ambito del mercato comune non sembra che il trasferimento della sede da uno Stato membro ad un altro possa configurare uno dei radicali mutamenti delle “basi essenziali” della società che, come noto, sono state poste dal legislatore italiano a fondamento del diritto di recesso¹⁶³.

3.3 “Delle società costituite all'estero”, artt. 2507-2510 del codice civile italiano.

Le norme del codice civile italiano, Capo XI¹⁶⁴ del titolo V del libro V, dall'art. 2507 all'art. 2510, si applicano alle *società costituite all'estero* che istituiscono in Italia una *sede secondaria*. Ipotesi questa differente dai *trasferimenti di sede sociale* la cui disciplina deve essere rinvenuta, come abbiamo già avuto modo di vedere, nella l. n. 218 del 1995.

Il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, di riforma della disciplina delle società di

¹⁶² Già nel 1968 autorevole dottrina (R. Franceschelli) riteneva poco conciliabile con lo spirito del mercato comune il recesso del socio dissenziente in caso di trasferimento della sede sociale all'estero. In particolare, l'Autore ha affermato che l'insieme delle norme relative al diritto di stabilimento, nonché lo spirito del Trattato CE, lascerebbero poco spazio alle argomentazioni di “nazionalismo giuridico”, che sono alla base della prevenzione contro il trasferimento della sede sociale all'estero. (vedi R. FRANCESCHELLI, *Fusione con trasferimento della sede all'estero e diritto di recesso*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, p. 143 e ss.

¹⁶³ Vedi G. GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 1993, VI, p. 133, il quale osserva che la norma italiana in questione ha risentito degli effetti del contesto economico dell'epoca (1942) influenzato fortemente da spinte nazionalistiche e protezionistiche.

¹⁶⁴ La materia del Capo XI ha ricevuto importanti modifiche ad opera della l. 31 maggio 1995, n. 218, contenente la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

capitali e cooperative, non ha modificato in maniera sostanziale la disciplina delle società costituite all'estero, ma di fatto il legislatore della riforma si è limitato a riordinare la materia e a riprodurre le norme vigenti essenzialmente invariate.

L'attuale art. 2508 corrisponde, dunque, al precedente 2506, l'art. 2509 al precedente 2507, l'art. 2509 *bis* al precedente art. 2508 mentre l'art. 2510 rimane invariato anche nella numerazione.

L'unica eccezione è rappresentata dall'introduzione dell'art. 2507¹⁶⁵ che introduce una nuova disposizione in materia di società costituite all'estero e concreta anche l'unica innovazione apportata nel capitolo XI dalla riforma societaria, oltre alla puntualizzazione dell'intitolazione di quest'ultimo¹⁶⁶.

(La legge delega n. 366/01 contiene infatti soltanto un generico richiamo alla necessità del rispetto della normativa comunitaria nell'art. 1, comma 2°, senza riferimenti a profili di diritto internazionale privato¹⁶⁷ né specificazioni per la disciplina delle società costituite all'estero, la cui introduzione non viene motivata nella relazione di accompagnamento del decreto legislativo).

Il richiamo *per relationem* alle norme comunitarie compiuto dal legislatore, ribadisce un principio generale già recepito da tempo dal nostro ordinamento. Le norme comunitarie contenute nel Trattato (CE), nei Regolamenti e nelle Direttive, nonché nelle pronunce della Corte di Giustizia, nel nostro ordinamento hanno, infatti, il valore di "fonti" di rango superiore, per cui, in caso di contrasto con una norma interna, quest'ultima verrà disapplicata a favore dell'applicazione della norma comunitaria.

165 L'art. 2507 c.c. dispone che "*L'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee*".

166 Nel titolo XI non appare più il richiamo alle società operanti all'estero, visto il mancato inserimento di norme ad esse riferite a seguito dell'abrogazione dell'art. 2509 operata dall'art. 73 della l. 218/95; Cfr. F. PERNAZZA, *Commento agli artt. 2507-2510 c.c.*, in *Società di capitali: commentario* (a cura di) G. Nicolini, A. Stagno d'Alcontres, 2004, pp. 2014 e ss.

167 La lacunosità della riforma sul punto è stata segnalata *in primis* da G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giu.*, 2003, p. 145 e ss.

La disciplina, qui esaminata, sulle società costituite all'estero va dunque integrata alla luce del rinvio operato dall'art. 2507 c.c. alle disposizioni comunitarie in materia.

Tuttavia tale disposizione non deve trarre in inganno; essa, infatti, rappresenta << palesemente una norma "pedagogica", una norma cioè la cui esclusiva funzione è di ricordare agli operatori giuridici l'esistenza di altri precetti, già vigenti per forza propria, rilevanti in materia. Si tratta però, evidentemente, di cattiva pedagogia, in quanto il diritto comunitario interessa tanto le società costituite all'estero (in un altro Stato membro) quanto le società nazionali, ed i suoi principi possono quindi rilevare (non solo per gli artt. 2508-2510 c.c., ma anche) con riguardo a tutte le altre disposizioni della riforma >>¹⁶⁸. Pertanto, tutta la disciplina societaria italiana deve tenere bene a mente le norme primarie di diritto comunitario ed in particolare quelle di cui agli artt. 43 e 48, primo comma, del Trattato CE, dove si tutela la libertà dei cittadini di uno Stato membro di stabilirsi nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi attività d'impresa, e si estende tale libertà alle società commerciali quando queste siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e abbiano la sede sociale ovvero l'amministrazione centrale ovvero il centro di attività principale all'interno della Comunità.

L'art. 2508¹⁶⁹ (che riproduce esattamente il precedente art. 2506, così come

168 M. BENEDETTELLI, "Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 700.

169 L'art. 2508 c.c. dispone che "1. Le società costituite all'estero, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile, sono soggette, per ciascuna sede, alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali. Esse devono inoltre pubblicare, secondo le medesime disposizioni, il cognome, il nome, la data e il luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri. Ai terzi che hanno compiuto operazioni con la sede secondaria non può essere opposto che gli atti pubblicati ai sensi dei commi precedenti sono difformi da quelli pubblicati nello Stato ove è situata la sede principale. Le società costituite all'estero sono altresì soggette, per quanto riguarda le sedi secondarie, alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni. Negli atti e nella corrispondenza delle sedi secondarie di società costituite all'estero devono essere contenute le indicazioni richieste dall'art. 2250; devono essere altresì indicati l'ufficio del

modificato dall'art. 2 del d. lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, di attuazione della XI Direttiva¹⁷⁰ in materia di pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato membro) si riferisce alle società straniere che abbiano la sede e l'oggetto fuori dal territorio italiano, ma che abbiano localizzato in Italia una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile.

Questa disposizione, allo stesso modo dell'art. 25, l. n. 218/95, si trova in contrasto con gli artt. 43 e 48 del Trattato CE, laddove prevede l'applicazione, a società soggette alla *lex societatis* di un altro Stato membro, della legge italiana in tema di pubblicità degli atti sociali¹⁷¹.

<< La soluzione auspicata dalla dottrina¹⁷² è quella di un'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza interna della nozione di società costituita all'estero, che ricomprenda anche le società con la sede amministrativa e l'oggetto dell'attività di impresa in Italia >>¹⁷³. Quanto al senso da attribuire a “*sede secondaria*”, questa va interpretata nel senso di *succursale*, così come definita dalla corte di Giustizia, cioè organo privo di personalità giuridica autonoma ma istituito e diretto da una società principale.

registro delle imprese presso la quale è iscritta la sede secondaria e il numero di iscrizione”.

170 Direttiva n. 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.

171 I citati obblighi pubblicitari, già previsti nella direttiva comunitaria in materia, consistono nel provvedere al deposito presso il registro delle imprese, individuato in ragione della localizzazione della sede secondaria, della delibera costitutiva della sede secondaria, dell'atto costitutivo e dello statuto dell'ente nonché della nomina del rappresentante preposto alla sede secondaria eventualmente contenuta nella stessa delibera istitutiva. Tali documenti, debitamente legalizzati o muniti di apostille ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1965, al fine del deposito presso il Registro delle imprese, devono essere tradotti in italiano con traduzione giurata presso il Tribunale e poi depositati presso un notaio.

172 Tra gli altri BERLINGUER, *op. cit.*, p. 509.

173 A. MAFFEI ALBERTI, *Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003*, n.6 aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, cit. p. 2614.

Le forme di pubblicità previste dalla legge hanno, in questo caso, la funzione di rendere noto ai terzi il vincolo organico tra la società estera e la sede italiana. Allo stesso modo la società è legittimata ad agire in luogo della sede secondaria e ad impugnare le sentenze rese nei confronti di quest'ultima.

Riguardo al requisito della “*rappresentanza stabile*”, in dottrina si osserva che quello che rileva, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, è sempre l'impresa nella sua globalità e perciò in questo senso va considerata l'attività svolta dalla persona incaricata all'esercizio della sede secondaria.

Anche l'art. 2509¹⁷⁴ c.c., per quanto non direttamente modificata dalla riforma societaria, deve essere coordinata con il richiamo al diritto comunitario introdotto dal nuovo art. 2507.

La dottrina si è interrogata se la disposizione in esame si riferisca alle società costituite all'estero che abbiano localizzato in Italia una sede secondaria con rappresentanza stabile o anche alle società che siano soggette al diritto italiano per avere in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa *ex art. 25 l. n. 218/95*¹⁷⁵.

L'opinione prevalente è favorevole alla prima soluzione, anche in accordo con il recente orientamento comunitario secondo il quale le società costituite in uno stato membro, pur se regolate dal diritto italiano, conservano il loro statuto personale in base al diritto d'origine.

La norma risponde all'esigenza di garantire i soci ed i terzi rispetto alle difficoltà che potrebbero incontrare nell'individuazione e nell'interpretazione della disciplina applicabile alla società straniera. Alle società straniere di tipo diverso da quelle nazionali, si applica pertanto la normativa dettata, per le società per azioni, in materia di pubblicità

174 L'art. 2509 c.c. dispone che “*Le società costituite all'estero, che sono di tipo da quelli regolati in questo codice, sono soggette alle norme della società per azioni, per ciò che riguarda gli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese e la responsabilità degli amministratori*”.

175 Cfr. F. ABATE, *op. cit.*, pp. 571 ss.

degli atti sociali e di responsabilità degli amministratori.

Alle società straniere di tipo corrispondente al tipo nazionale e soggette alla legge italiana, sono, al contrario, applicabili le norme interne relative allo stesso tipo, oltre a quelle di carattere generale cd. di applicazione necessaria a norma dell'art. 17 l. n. 218/95¹⁷⁶.

<< Questa indagine spetta all'interprete il quale dovrà valutare in concreto, caso per caso, quando la società straniera appartenga ad un tipo assimilabile ai tipi di società disciplinate dal nostro ordinamento, o quando vada applicato l'articolo in esame >>¹⁷⁷.

Anche il nuovo art. 2509 *bis*¹⁷⁸, che sostituisce il precedente art. 2508 del codice civile italiano, non è stato interessato dalla riforma delle società.

L'ambito di applicazione della norma va individuato alla luce di quanto previsto dai precedenti articoli 2508 e 2509; la norma è volta infatti a stabilire una sanzione per il caso di inosservanza dell'obbligo di iscrizione della società nel registro delle imprese, dato che la stessa sanzione non sembra possa riguardare la successiva mancata iscrizione di altri atti, pur se soggetti ad iscrizione.

La sanzione è costituita dalla responsabilità illimitata e solidale¹⁷⁹ posta a carico dei soggetti che agiscono per conto di società straniere, situazione che si protrae fino a quando non avvenga l'iscrizione della società.

Infine l'art. 2510¹⁸⁰ c.c., che è rimasto invariato, non essendo stato modificato dalla

176 Cfr. F. ABATE, *op. cit.*, p. 571 ss.

177 A. MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2615.

178 L'art. 2509 bis c.c. dispone che “*Fino all'adempimento delle formalità sopra indicate, coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali*”.

179 La responsabilità illimitata e solidale riguarda ogni soggetto che agisca in nome della società, indipendentemente dal rapporto sulla base del quale ha agito.

180 L'art. 2510 c.c. dispone che “*Sono salve le disposizioni delle leggi speciali che vietano o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri*”.

riforma societaria, si riferisce, secondo l'opinione prevalente, alle sole società di diritto italiano e rappresenta una disposizione di scarso interesse dato che si limita a rinviare a leggi speciali che stabiliranno il loro ambito di applicazione. Tuttavia è importante rilevare come tale disposizione, introducendo in materia una riserva di legge, di fatto pone una limitazione all'emanazione di disposizioni in fonti subordinate o in provvedimenti amministrativi che introducono discriminazioni basate sulla nazionalità.

E' interessante notare che, in caso di istituzione di più sedi secondarie in uno Stato della Comunità, le società soggette alla legislazione di un altro Paese membro possono attuare la pubblicità dell'atto costitutivo, dello statuto e dei bilanci nel registro delle imprese di una sola delle sedi secondarie, depositando semplicemente negli altri registri soltanto l'attestazione dell'eseguita pubblicità (art. 101-*quater* disposizioni di attuazione al codice civile)¹⁸¹.

¹⁸¹ Disposizione inserita nelle disposizioni attuative al codice civile con l'articolo 5, D. Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516 di recepimento della XI direttiva CE in materia societaria.

CAPITOLO III

Concorrenza tra ordinamenti e il diritto alla scelta della *lex societatis* più favorevole alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

1. Il caso *Daily Mail*.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee, nel celebre caso *Daily Mail*¹⁸², affrontò il problema del trasferimento della sede amministrativa, invertendo in un certo senso il filone interpretativo fino ad allora espresso nei suoi precedenti interventi (caso *Commissione c/Francia*¹⁸³ e caso *Segers*¹⁸⁴).

182 Sentenza 27 settembre 1988, causa n. 8 1/87, in *Società*, 1990, p. 297.

183 Sentenza del 28 gennaio 1986, causa n. 279/83, in *Raccolta delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1986, p. 273. Nel caso, si decise su un ricorso presentato dalla Commissione contro la Repubblica francese, perché questa non aveva esteso alle succursali ed alle agenzie costituite in Francia dalle società assicuratrici di altri Stati membri, il credito d'imposta di cui godevano le corrispondenti società francesi. La Corte, con la sentenza 28 gennaio 1986, stabilì che alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro, con sede o centro dell'attività principale nella Comunità, deve essere riconosciuto il diritto di svolgere la propria attività in altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti alle società nazionali.

184 Sentenza 4 dicembre 1986, causa n. 205/84, in *Raccolta delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1986, p. 2375, ed in *Foro it.*, 1987, IV, c. 313. Il caso *Segers*, riguardava un cittadino olandese, dirigente di una società di diritto olandese, con sede nei Paesi Bassi, al quale a seguito della trasformazione della società in un'affiliata di una private company limited by share inglese, venne comunicato che non poteva più continuare ad usufruire delle prestazioni di malattia contemplate dalla normativa olandese sull'assicurazione

Il caso nasceva dal fatto che una holding inglese, la Daily Mail and General Trust P.L. C., proprietaria del tabloid da cui prende il nome, aveva chiesto l'autorizzazione a trasferire la propria sede della direzione nei Paesi Bassi con lo scopo, non nascosto, di vendervi i valori mobiliari di cui era proprietaria e di riscattare col ricavato parte delle proprie azioni, senza dover pagare le imposte cui queste operazioni sarebbero state soggette in Gran Bretagna. Secondo la legge inglese, che segue il sistema dell'incorporazione, una società con sede legale nel Regno Unito può stabilire la sede e l'amministrazione centrale in uno Stato estero conservando la personalità giuridica e la nazionalità britannica. L'ordinamento olandese, che segue lo stesso principio, le avrebbe consentito di tenere le sedute del consiglio d'amministrazione nei Paesi Bassi e di locarvi immobili per l'amministrazione (ciò che Daily Mail chiedeva) senza la pretesa di "nazionalizzare" la società.

Al trasferimento però si opponeva il fisco britannico per il timore di perdere i proventi delle imposte dovute da Daily Mail¹⁸⁵.

Dopo una lunga e infruttuosa trattativa col fisco, *Daily Mail* si rivolse alla *High Court of Justice* inglese sostenendo che gli articoli 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato CE le davano il diritto di trasferire la sede della direzione in un altro stato membro.

obbligatoria, perché non poteva più considerarsi un lavoratore dipendente dell'impresa olandese. La Corte europea adita in merito alla contestazione sorta, stabilì nella sentenza 4 dicembre 1986, che la società, costituita secondo diritto di un altro Stato membro, a norma del (previgente) art. 52 del Trattato, ha diritto di svolgere la propria attività commerciale nei Paesi Bassi, allo stesso modo delle società di diritto olandese, e che questa equiparazione comprende il diritto d'isciversi ad un determinato regime previdenziale.

185 << Secondo la legge inglese la residenza fiscale è individuata dal luogo in cui si trova la sede dell'amministrazione >> T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 670.

La complessità del caso indusse la corte inglese a rivolgersi alla Corte di giustizia delle comunità europee sottoponendole due quesiti pregiudiziali: a) possono gli articoli 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato consentire ad un Paese membro di impedire il trasferimento di sede dal proprio territorio a quello di un altro Stato membro?; b) si può applicare alle società commerciali la direttiva 73/148 del 21 maggio 1973 relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità?

1.1 Le argomentazioni della Corte.

Il secondo quesito, relativo all'applicabilità alle società commerciali della direttiva 73/148 sulle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri, viene liquidato dalla Corte in maniera piuttosto sbrigativa, affermando che la direttiva del Consiglio fa espressamente riferimento al diritto di cambiare domicilio solo a favore delle persone fisiche. Quello che invece ha suscitato più scalpore, ed è stato oggetto di numerose critiche, è stato l'orientamento seguito dalla Corte in relazione al primo quesito che, con la sentenza 27 settembre 1988, ha dato ragione all'amministrazione fiscale inglese.

Dopo aver osservato che le società esercitano il diritto di stabilimento nella Comunità, aprendo agenzie e succursali o costituendo filiali in altri Stati membri, come espressamente previsto dall'art. 52 (ora 43), primo comma, secondo periodo, del Trattato CE, la Corte risponde, per quanto riguarda la prima questione, che << dagli artt. 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato non può evincersi 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 dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite >>¹⁸⁶.

Per giungere a questo risultato e porre in disparte il principio di trasferire liberamente la sede riconosciuto *prima facie* dall'art. 58 (ora 48), laddove equipara le società alle persone fisiche ai fini del diritto di stabilimento, la Corte fa ricorso ad argomentazioni di teoria del diritto¹⁸⁷.

Essa ci ricorda, infatti, che << diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo Stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento >>. Queste, continua la Corte, << presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento con il territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento. Talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la *sede reale*, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul territorio, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale. Altre legislazioni invece riconoscono alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune come il Regno Unito, sottopongono tale diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno stato membro all'altro e in special modo sul piano fiscale >>.

186 Per una lettura più approfondita delle argomentazioni della Corte in relazione alla sentenza "Daily Mail" si veda: S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2003, p. 538.

187 Cfr. T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 673.

<< Secondo il Trattato – continua ancora la Corte – la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente modalità, di un trasferimento della sede, *legale* o *reale*, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro ad un altro costituisce un problema, la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo essere invece affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi >>.

Pertanto è da ritenere che le suddette norme sulla libertà di stabilimento << allo stato attuale del diritto comunitario non conferiscono ad una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale in detto Stato membro, il diritto di trasferire la sede della direzione in un altro Stato membro >>.

In conclusione, quindi, allo stato attuale del diritto comunitario, le condizioni alle quali una società può trasferire la propria sede da un Paese membro ad un altro sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato ove essa è stata costituita e di quello ospitante.

Da questo orientamento, la dottrina¹⁸⁸ ha tratto che, in tema di trasferimento della sede sociale, le norme di conflitto nazionali, conserverebbero piena vigenza, per cui il trasferimento delle società in ambito comunitario, potrebbe risultare ostacolato dai singoli ordinamenti nazionali.

Infatti, sebbene da una parte la Corte abbia prima affermato che il diritto di stabilimento sarebbe esercitabile per il tramite di una succursale o di una sede secondaria, dall'altra ha, di fatto, sancito il riconoscimento del diritto di uno Stato membro di limitare il trasferimento all'estero della sede di una società, facendo ricorso a motivazioni di ordine pubblico (nel caso di specie fiscali).

Ma infine, ciò che è ancora più utile osservare, è come la sentenza faccia un

188 BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 359 e MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 573. Contro tale interpretazione PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 354.

esplicito riferimento allo << stato attuale del diritto comunitario >>, pertanto, per ritenere ancora valido l'orientamento giurisprudenziale espresso in *Daily Mail*, ci si deve chiedere, dopo più di vent'anni dall'emissione della sentenza, se lo stato del diritto comunitario sia rimasto ancora immutato.

Ciò che tuttavia può dirsi sicuramente mutato è l'evoluzione dell'indirizzo giurisprudenziale stesso della Corte sull'interpretazione del principio della libertà di stabilimento.

2. Il caso *Centros*.

Con la decisione *Centros*¹⁸⁹, senza esplicitamente richiamare il precedente caso *Daily Mail*, la Corte di giustizia è tornata sul problema del contrasto tra norme imperative di uno Stato membro e libertà riconosciute dalle norme primarie comunitarie, o meglio, sul problema del contemperamento tra il diritto di stabilimento e le difformità degli ordinamenti societari nazionali¹⁹⁰.

In questo caso però, rispetto al suo precedente intervento, la Corte sceglie la soluzione opposta, dando prevalenza alle libertà comunitarie.

Per quanto riguarda i fatti, il cd. caso *Centros* riguardava due coniugi

189 Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 533.

190 Per la dottrina si veda: A. DELLA CHA, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of justice*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, pp. 925-939; T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc. op. cit.*, 2003, p. 675 e ss.; M.V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, pp. 569-620; PERNAZZA F., *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*, in *Società*, 3, 2004, pp. 373 ss; PERRONE A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 1921.

danesi, che avevano acquisito una società a responsabilità limitata nel Regno Unito poco tempo dopo la sua costituzione, con un ridottissimo (e non versato) capitale sociale, al solo scopo di aprire successivamente una succursale in Danimarca, con la quale svolgere un'attività di *import-export* in vini, evitando così la soggezione alla severa disciplina danese sul capitale sociale minimo. A norma del suo atto costitutivo, *Centros* aveva come oggetto sociale l'esercizio di attività in numerosi settori commerciali, incluso quello creditizio¹⁹¹. Tuttavia, nelle intenzioni dei soci, avrebbe dovuto soltanto svolgere l'attività di *import-export* di vini e, in pratica, non aveva mai operato dal giorno della sua costituzione.

La sede della società si trovava situata presso il domicilio di un amico dei due coniugi *Bryde*, nel Regno Unito.

Dando un breve sguardo alla legislazione societaria danese, essa prevede che una società a responsabilità limitata stabilita in uno Stato membro può operare in Danimarca mediante succursali stabilite sul territorio nazionale e gestite da uno o più amministratori titolari del potere di agire in suo nome. Tuttavia, per operare, la succursale deve richiedere la registrazione presso il registro delle società; se tale registrazione viene rifiutata, alla succursale non è permesso proseguire la sua attività.

Inoltre, sempre secondo l'ordinamento societario danese, le società a responsabilità limitata costituite in Danimarca, devono disporre di un capitale iniziale minimo di 200.000 corone danesi (al fine di rafforzare la solidità finanziaria di tali società per prevenire i rischi di bancarotta fraudolenta e tutelare le ragioni dello Stato e degli altri creditori pubblici).

191 Cfr. T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc. op. cit.*, 2003, p. 675 e A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e impresa, op. cit.*, p. 759.

La legge danese non prevede invece la dotazione di un capitale iniziale minimo per le società comunitarie che richiedono la costituzione di una succursale nel territorio nazionale, tuttavia, la prassi seguita in tali casi dal registro delle società era quella di verificare se la costituzione all'estero della società istante non costituisse un mezzo per eludere le norme danesi sul conferimento del capitale sociale minimo.

A fronte del rifiuto alla registrazione, opposto dalla competente autorità danese e della conseguente vicenda giudiziale, la Corte suprema della Danimarca aveva sollevato questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, in ordine alla compatibilità del rifiuto di registrazione, con la libertà di stabilimento.

Tale vicenda giudiziale diede così l'opportunità alla Corte di Giustizia, come si diceva poc'anzi¹⁹², di dare l'avvio ad un'evoluzione dell'indirizzo giurisprudenziale della Corte stessa, in relazione all'interpretazione e all'individuazione della portata del principio della libertà di stabilimento.

2.1 Le argomentazioni della Corte.

La Corte di Giustizia, rifacendosi ad una precedente sentenza (caso Segers), afferma nitidamente che << il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a quest'ultimo Stato membro di negare a tale società di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento >>¹⁹³.

192 Vedi Capitolo I, *paragrafo 1.1*, della presente tesi.

193 Sentenza *Centros*, punto 29

Il registro danese delle società, per giustificare l'obbligo di avere un capitale sociale minimo, aveva affermato che lo stesso nasceva dall'esigenza di tutelare i creditori della società, sia pubblici che privati.

Tuttavia, anche in relazione a questa argomentazione, la Corte ha avuto buon gioco nel ricordare la propria giurisprudenza, secondo cui «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»¹⁹⁴. «Queste condizioni non sono soddisfatte in questo caso: in primo luogo perché la prassi del registro danese non servirebbe a proteggere i creditori neppure se Centros avesse svolto attività nel Regno Unito, perché in questo caso la succursale avrebbe dovuto sicuramente essere registrata e i creditori si sarebbero trovati comunque privi di garanzie»¹⁹⁵. In secondo luogo, osserva ancora la Corte, «la Centros si presenta come società di diritto inglese e non danese – entrambi i paesi basati sul principio dell'incorporazione – di guisa che i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta ad una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata e possono fare riferimento ad una normativa comunitaria determinata a loro tutela»¹⁹⁶.

Dunque, si può osservare come il contrasto tra il principio comunitario della

194 Sentenza *Centros*, punto 34

195 Sentenza *Centros*, punto 35; cfr. T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc, op. cit.*, p. 678.

196 Sentenza *Centros*, punto 36.

libertà comunitaria e la legge danese sulle società a responsabilità limitata¹⁹⁷ viene risolto dalla Corte di Giustizia sancendo la superiorità del diritto comunitario e disapplicando la norma danese.

La Corte infatti conclude affermando che << gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato >>¹⁹⁸.

197 << il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri – dichiara la Corte (punto 27) – è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato >>.

198 Per una lettura più approfondita delle argomentazioni della Corte in relazione alla sentenza “Centros” si veda: S. BARIATTI, *op. cit.*, p. 540-541.

2.2 La portata innovativa della sentenza *Centros* e i suoi riflessi sul fenomeno della concorrenza tra ordinamenti.

La sentenza *Centros* è stata oggetto di molteplici letture sotto diversi punti di vista: in chiave di politica societaria, in chiave tecnico-giuridica ed infine in chiave di concorrenza tra norme imperative nazionali e diritto comunitario. In particolar modo, in relazione al tema della *sede sociale* e della *concorrenza regolamentare* essa è diventata un punto di riferimento imprescindibile, specialmente << per coloro che scorgono in *Centros* una legittimazione, nello spazio giuridico comunitario, di un fenomeno di concorrenza tra diritti societari il cui risultato potrebbe essere la ricerca ostinata della legge più facile >>¹⁹⁹.

La Corte, infatti, pone chiaramente, un principio di importanza fondamentale, quando afferma in modo lapalissiano che gli imprenditori attivi sul mercato comune possono scegliere tra le legislazioni societarie degli Stati membri ai fini della costituzione di una società commerciale, e che tale facoltà di scelta costituisce di per sé una situazione di vantaggio desumibile dalle norme primarie del Trattato sulla libertà di stabilimento; con il corollario di escludere che contro di essa si possa utilizzare l'eccezione della frode alla legge o quella dell'abuso di diritto²⁰⁰.

Le uniche legittime restrizioni che la libertà di stabilimento può subire sono, infatti, quelle elencate dall'art. 46, comma 1°, del Trattato – disposizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica – in quanto

199 T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc, op. cit.*, p. 680; cfr. G. COLANGELO, *Uberseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, (nota a Corte di giustizia Comunità europea, 5 novembre 2002, n. 208/2000, *Uberseering BV c. Nordic Construction Co. Baumangement GmbH*), in *Corriere giur.*, 2003, pp. 309-3 11.

200 Così M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Rivista di d.i.p. e proc.*, op. cit., p. 589 e A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 1292.

accompagnate, come abbiamo visto, da tre condizioni:

- che i provvedimenti restrittivi nazionali si applichino in modo non discriminatorio;
- che essi siano giustificati da motivi imperativi di ordine pubblico;
- che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andando oltre quanto necessario per il suo raggiungimento²⁰¹.

Ne discende che tale rinvigorito diritto di stabilimento:

- configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e, quindi, azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie;

– sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo Stato di incorporazione altri contatti, se non la scelta operata al momento della costituzione;

– fa sì che uno Stato membro possa ostacolare il pieno godimento di tale diritto soltanto in via eccezionale, quando vanti un'esigenza imperativa alla tutela dei propri preminenti interessi pubblicistici²⁰².

Di conseguenza, rappresenta una nota significativa, questa volta però in chiave di concorrenza tra norme comunitarie e norme nazionali in materia societaria, l'inclusione, in materia di libertà di stabilimento, dei criteri generali suddetti per valutare la compatibilità con le norme del Trattato delle restrizioni ad una libertà fondamentale.

E proprio l'introduzione di tale tipo di esame presuppone il riconoscimento

201 C. AMATUCCI, *L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Innovazione e diritto*, 5, 2005.

202 M. BENEDETTELLI, "Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Rivista delle società*, *op. cit.*, p. 701.

dell'efficacia immediata delle norme sul libero stabilimento e, implicitamente, anche l'abbandono della riserva contenuta nell'art. 293 del Trattato.

<< Alla luce di ciò >> osserva l'avvocato generale Dàmaso RuizJarabo Colomer nelle sue conclusioni per il terzo caso oggetto del presente studio (*Uberseering*) << il diritto europeo continua a non incidere direttamente sulla capacità degli Stati membri di organizzare liberamente le rispettive norme di conflitto, salvo imporre il rispetto dei suoi principi >>.

Per quanto riguarda, infine, la lettura in chiave tecnico giuridica, essa vede in *Centros* << l'omologazione di una forma di trasferimento *de facto* della sede amministrativa, il superamento di *Daily Mail* e l'espressione di un obbligo per gli Stati membri di riconoscere una società straniera "stabilita" sulla base di tutti e tre i criteri previsti dall'art. 48 del Trattato, vale a dire sede sociale, amministrazione centrale e centro di attività principale >>²⁰³.

3. Il caso *Uberseering* e il riconoscimento transnazionale della personalità giuridica.

La "diversità" di *Uberseering*²⁰⁴ rispetto a *Daily Mail* e *Centros* consiste soprattutto nel fatto di non porre un problema di concorso tra libertà comunitarie e norme imperative di uno Stato membro, ma bensì di fare riferimento al riconoscimento transnazionale della personalità giuridica di una società dopo la sua

203 BALLARINO, *op. cit.*, p. 680

204 CGCE 5 novembre 2002, causa C-208/00, in *Corriere giur.*, 2003, pp.305-307.

costituzione²⁰⁵.

Il caso portato di fronte alla Corte di giustizia, coinvolgeva, come ricorrente, la società a responsabilità limitata *Uberseering Bv*, costituita nei Paesi Bassi ed iscritta dal 1990 nel registro delle imprese olandese, la quale a seguito del suo trasferimento della sede effettiva in Germania (avvenuto in forza del diritto tedesco in corrispondenza dell'acquisizione, nel 1995, della società da parte di due soggetti tedeschi), si era vista negare in sede di un contenzioso civile innanzi alle corti tedesche (Tribunale e Corte d'appello), per motivi trascurabili in questa sede, la capacità processuale in Germania.

Secondo il codice di procedura tedesco, infatti, hanno capacità processuale le persone in possesso della capacità giuridica, la quale, nel caso delle società, si determina secondo il loro statuto personale disciplinato dal diritto dello stato in cui si trova la sede amministrativa principale.

Di conseguenza, la *Uberseering By*, non essendosi iscritta nel registro delle società tedesco, non aveva acquistato per lo Stato tedesco la capacità processuale, ed allo stesso tempo, essendosi stabilita in Germania, aveva perso la capacità "olandese".

La questione giunta di fronte alla Corte Suprema di Cassazione, era da questa rinviata alla Corte di giustizia affinché la stessa si esprimesse in via pregiudiziale su due questioni:

1) << se gli artt. 43 e 48 del Trattato debbano essere interpretati nel senso che si

205 In dottrina cfr. S. LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata.*, 2005, pp. 376 ss.; M. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 701 ss.; G. COLANGELO, *Uberseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corriere giur.*, *op. cit.*, pp. 309-311; DELLA CHÀ, *op. cit.*, p. 4; C. LICINI, *La sentenza Uberseering: un tentativo di riscrivere il d. i.p. per le società comunitarie?*, in *Notariato*, 2003; A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 767-768; A. PERRONE, *op. cit.*, p. 1292.

pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società, il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale di una società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato dove detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato, comporta che la società di cui trattasi non può più fare valere in giudizio in tale Stato i propri diritti *ex con tractu* >>.

Ed in caso di soluzione affermativa della prima questione:

2) << se la libertà di stabilimento delle società (artt. 43 e 48 CE) implichi che la capacità giuridica e la capacità processuale debbano essere valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società è stata costituita >>.

3.1 Le argomentazioni della Corte.

Preliminarmente, la Corte rileva che << le norme dello Stato dove la società ha trasferito la sede effettiva non sfuggono, allo stato attuale del diritto comunitario, all'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento >>. Nello specifico, gli articoli 293 e 44 del Trattato, previsti al fine di facilitare la realizzazione della libertà di stabilimento, rispetto a tale realizzazione hanno solo carattere sussidiario e la mancanza di convenzioni non possono limitarla²⁰⁶. Infatti, secondo la Corte, << a *Uberseering*, come società costituita secondo il diritto dei Paesi Bassi, deriva tutela, in forza di questa sua costituzione originaria, secondo il combinato disposto dagli articoli 43 e 48 del Trattato CE (direttamente applicabili dalla fine del periodo transitorio) >>²⁰⁷. Soprattutto, *Uberseering*, deve essere trattata dall'ordinamento tedesco come società di diritto olandese e deve poter fruire, come tale, della libertà di stabilimento. << In questo contesto, dunque, il

²⁰⁶ Vedi punti 54 e 59 della sentenza *Uberseering*.

²⁰⁷ Sentenza *Uberseering*, punto 60.

requisito della ricostituzione in Germania equivarrebbe alla negazione stessa del diritto di stabilimento >>²⁰⁸.

La Corte precisa ancora che in talune circostanze, se pur si possono giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, in ogni caso gli obiettivi perseguiti non possono giustificare la negazione della capacità giuridica, ossia dello *status* di società validamente costituita in un altro Stato membro: tale negazione equivarrebbe alla negazione stessa della libertà di stabilimento. Quindi, la Corte ritiene che lo Stato d'arrivo non ha il potere di negare né la capacità giuridica né la capacità processuale alle società.

Per quanto concerne invece la seconda questione pregiudiziale, la Corte di giustizia afferma che lo Stato membro di stabilimento deve rispettare la capacità processuale che la società possiede in forza del diritto dello Stato membro di costituzione.

Ed è proprio sulla base di questa decisione della Corte di giustizia, che la Suprema Corte tedesca ha infine riconosciuto *Uberseering* secondo lo statuto originario di diritto olandese.

Dunque, i principi che si possono trarre dall'orientamento giurisprudenziale che la Corte ha seguito, prima in *Centros* e poi in *Uberseering*, argomentando sulla base della libertà di stabilimento, sono:

a) le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro debbono essere automaticamente riconosciute da parte di ogni altro Stato membro in cui le stesse intendono trasferire la propria sede effettiva, indipendentemente dal fatto che svolgono o meno un'attività economica nello Stato di costituzione. Pertanto è legittimo che una società si costituisca in un Paese membro, ed eserciti la propria attività in un altro (*Centros*);

²⁰⁸ Sentenza *Uberseering*, punto 82.

b) le società validamente costituite all'estero, devono essere riconosciute dagli altri Paesi, i quali non possono né imporre una riqualificazione delle società straniere tale per cui alle stesse non sia riconosciuta la personalità giuridica e processuale (*Uberseering*), né, come si avrà modo di vedere nel caso *Inspire Art*, possono imporre l'applicazione di una normativa speciale.

In definitiva, ciò che avviene in *Uberseering* è la ripresa sostanziale della "filosofia di *Centros*" garantendo alla società un riconoscimento completo da parte dell'ordinamento tedesco sulla base del suo statuto di diritto olandese. La Corte conferma, dunque, che si applica il principio di collegamento dello Stato membro di costituzione e non dello Stato d'arrivo e ribadisce inoltre il concetto che è possibile utilizzare una forma societaria di un Paese membro che segue la teoria dell'incorporazione per svolgere attività di impresa in un diverso Stato membro.

Quella in esame rappresenta senza dubbio una decisione molto importante che consente di desumere dal combinato disposto degli artt. 43 e 48 del Trattato, una sostanziale limitazione della sfera di operatività della teoria della sede reale.

La Corte ha, non solo confermato l'impostazione liberale della sentenza *Centros*, ma anche recuperato il caso *Daily Mail*, nel senso di un coerente ancoraggio di tale decisione con la nuova impostazione ed interpretazione sistematica delle previsioni rilevanti del Trattato. Si deve constatare necessariamente, quindi, che la teoria della sede reale esce molto indebolita dalla sentenza *Uberseering*.

4. Il caso *Inspire Art*.

Con la sentenza del 30 settembre 2003 (C-167/01), cd. sentenza *Inspire Art*²⁰⁹, la Corte di Giustizia aggiunge un nuovo importante tassello in tema di libertà di stabilimento delle società e concorrenza tra ordinamenti societari che ha visto nei precedenti *Centros* e *Uberseering* i passaggi fondamentali.

Il caso vede contrapporsi la società di diritto inglese *Inspire Art Ltd*, con sede a *Folkestone (UK)*, ma operante esclusivamente tramite succursale nei Paesi Bassi, e la *Kaamer van Koophandel* di Amsterdam, circa la compatibilità degli obblighi imposti in Olanda alle “società formalmente straniere”, con il principio della libertà di stabilimento ex art. 43 e 48 del Trattato CE²¹⁰.

La *Inspire Art Ltd* era stata costituita in Regno Unito per godere dei vantaggi derivanti, rispetto alla normativa olandese, dalla normativa inglese relativa alla costituzione e al funzionamento delle società²¹¹.

In Olanda, infatti, vi è una legge sulle “società formalmente straniere” (WFBV)²¹², conseguenziale all’adozione della law of incorporation, che impone alle società di capitali aventi personalità giuridica costituita conformemente ad un diritto diverso da quello olandese di iscriversi nel registro delle imprese come “società formalmente straniere”.

209 CGCE 30 settembre 2003, causa C-381/98, in Raccolta, 2003, p. I-9305.

210 Cfr. A. RIGHINI, *op. cit.*, p. 768 e F. PERNAZZA, *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori: il caso Inspire Art.*, in *Società, op. cit.*, pp. 373 ss.

211 << Tra questi vantaggi vi è il fatto che il diritto inglese, fino ad un ammontare di EURO 18 000, non è prescritta la liberazione integrale delle azioni; il fatto poi che la costituzione è più veloce e non è previsto alcun controllo preliminare alla costituzione. Inoltre vigono disposizioni meno severe per le modifiche statutarie, il trasferimento di quote e la pubblicità >> T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 688.

212 *Wet op de formeelbuitenlandse vennootschappen*, legge sulle società formalmente straniere del 17 dicembre 1997, in *Staatsblad* 1997, p. 697.

Da tale qualificazione derivano, secondo legge, due ordini di conseguenze:

in primo luogo, le società “formalmente straniere” sono tenute a pubblicizzare tale qualificazione, attraverso l’integrazione con tale locuzione della loro denominazione nel registro delle imprese, nonché una serie di dati attinenti alla loro struttura ed organizzazione;

in secondo luogo, per le società “formalmente straniere” la WFBV impone obblighi specifici concernenti, tra l’altro, i valori minimi del capitale e dei fondi propri, la tenuta e la conservazione della contabilità e la redazione dei bilanci secondo la disciplina olandese, nonché la responsabilità solidale degli amministratori per le obbligazioni sociali fintanto che la società non è iscritta nel registro di commercio olandese o il capitale e i fondi propri sono inferiori ai minimi prescritti, e la responsabilità degli stessi nei confronti dei terzi, in analogia con quanto disposto dal Burgerlijk Wetboek, in caso di falso in bilancio²¹³.

L’accertamento della sussistenza dei presupposti di tale qualificazione giuridica viene effettuato d’ufficio dalla camera di commercio e industria olandese competente che, nel caso in esame, ha ritenuto che essi ricorreranno ed ha pertanto ordinato alla società di integrare l’iscrizione con la locuzione “società formalmente straniera”.

Avverso tale provvedimento, la *Inspire Art ltd.*, ha proposto ricorso innanzi al *Kantongerecht di Amsterdam*, che, riconosciuta la ricorrenza dei presupposti di applicazione della disciplina di cui al WFBV, ha sottoposto alla Corte Europea di Giustizia le due seguenti questioni pregiudiziali²¹⁴:

213 Ai sensi dell’art. 4 WFBV il capitale minimo deve essere pari a quello previsto per le società olandesi a responsabilità limitata ed il valore dei fondi propri non deve essere inferiori al capitale. Vedi PERNAZZA, *op. cit.*, p. 373, note 2-3.

214 Sentenza *Inspire Art*, punti 39 e 52.

<< 1) Se il combinato disposto degli artt. 43 CE e 48 (nuova numerazione) del Trattato che istituisce la Comunità europea, debba essere interpretato nel senso che ai Paesi Bassi è fatto divieto di introdurre, attraverso la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* del 17 dicembre 1997, disposizioni speciali, come i menzionati artt. 2 e 5 della citata legge, per l'apertura nei Paesi Bassi di una succursale di una società, costituita nel Regno Unito allo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi rispetto alle imprese costituite conformemente al diritto olandese (il quale contiene disposizioni più severe di quelle del diritto del Regno Unito in tema di costituzione e di versamenti), allorché la legge olandese desuma lo scopo di tale società dalla circostanza che essa esercita la sua attività del tutto, o quasi del tutto, nei Paesi Bassi senza peraltro avere alcun effettivo legame con lo Stato cui appartiene il diritto conformemente al quale è stata costituita.

2) Se – nell'ipotesi in cui dall'interpretazione dei predetti articoli dovesse risultare l'incompatibilità con essi della normativa contenuta nella *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* – l'art. 46 del Trattato CE²¹⁵ debba essere interpretato nel senso che gli artt. 43 CE e 48 lasciano impregiudicata l'applicabilità della normativa olandese contenuta nella *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, in quanto le sue disposizioni risultano giustificate dai motivi richiamati dal legislatore olandese²¹⁶ >>.

215 Ricordiamo che l'art. 46, 1° comma, del Trattato CE dispone che: "Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

216 << È opportuno sottolineare come la normativa olandese (WFBV) sia stata emanata allo scopo di limitare, attraverso l'imposizione di obblighi più penetranti alle società formalmente straniere, il ricorso a forme societarie straniere per l'esercizio di imprese puramente olandesi tutelando coloro che hanno rapporti con la società, al fine di salvaguardarli da eventuali pregiudizi >> cfr. C. LICINI, *La sentenza Uberseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?*, in *Notariato*, 2003, pp. 355 ss.

4.1 Le argomentazioni della Corte.

Premettendo che i punti salienti della sentenza cd. *Inspire Art* devono, necessariamente, essere letti alla luce dei principi e dell'orientamento già seguito dalla Corte di Giustizia nei suoi precedenti interventi in materia di libertà di stabilimento, in particolare alla luce di *Centros* ed *Uberseering* dai quali trae importanti corollari, essi possono essere così riassunti:

- 1) il diritto di stabilimento garantisce il diritto di scegliere lo Stato membro preferito per la costituzione di una società e operare con una succursale – diritto di stabilimento secondario – in un altro Stato membro²¹⁷;
- 2) una disciplina come il WFBV quale normativa di diritto materiale che integra la disciplina internazionalprivatistica correggendone gli effetti, altera potenzialmente il diritto di stabilimento ed è quindi oggetto di esame da parte della Corte in relazione alla sua compatibilità con il Trattato²¹⁸.
- 3) la succursale è sottoposta alle misure pubblicitarie stabilite dalla *undicesima direttiva* che hanno carattere esaustivo. Le eventuali sanzioni previste dall'art. 12 della direttiva devono comunque essere applicate nel rispetto dei principi dell'art. 10 del Trattato CE²¹⁹;
- 4) l'art. 46 del Trattato CE non trova applicazione²²⁰;
- 5) la disciplina del capitale sociale minimo non rispetta l'esame delle quattro condizioni ed i creditori possono fare alternativamente affidamento sulla disciplina di *disclosure*²²¹;

²¹⁷ Sentenza *Inspire Art*, punti 95, 96 e 97.

²¹⁸ Sentenza *Inspire Art*, punti 99 e 100.

²¹⁹ Sentenza *Inspire Art*, punti da 61 a 63.

²²⁰ Sentenza *Inspire Art*, punti 131.

6) per giustificare le limitazioni alla libertà di stabilimento occorre dimostrare caso per caso l'esistenza di un abuso²²².

Pertanto, << alla luce delle considerazioni che precedono – conclude la Corte – le questioni pregiudiziali devono essere risolte come segue:

– L'art. 2 dell'undicesima direttiva osta ad una normativa nazionale, come la WFBV, che preveda, a carico di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro, obblighi di pubblicità non previsti dalla detta direttiva.

– Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale, come la WFBV, che subordina l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo secondario in tale Stato, da parte di una società costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro, a determinate condizioni, relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori, stabilite dal diritto nazionale per la costituzione di società. I motivi per cui la società è stata costituita nel primo Stato membro, nonché il fatto che essa eserciti la sua attività esclusivamente, o quasi, nello Stato membro di stabilimento, non la privano, salvo che sia dimostrata caso per caso l'esistenza di un abuso, del diritto di avvalersi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato CE >>²²³.

221 Sentenza *Inspire Art*, punti 133, 134 e 135.

222 Sentenza *Inspire Art*, punto 143.

223 Sentenza *Inspire Art*, punto 143.

5. Il caso Cartesio

La Corte di Giustizia si è pronunciata, con sentenza emessa il 16 dicembre 2008, sulla questione interpretativa posta dal rinvio pregiudiziale azionato dal tribunale d'appello ungherese in relazione al caso della società di diritto ungherese Cartesio Oktato és Szolgáltató bt (“Cartesio”). La società, sulla base della libertà di stabilimento concessa in ambito comunitario, rivendicava la possibilità di trasferire, a titolo principale, la sede legale in Italia senza cambiamento di legge applicabile, rimanendo quindi assoggettata all'ordinamento nazionale ungherese. La decisione della Corte di Giustizia, con sentenza C-210/06 del 18 dicembre 2008 ha permesso di riaprire la discussione sull'esercizio della libertà di stabilimento, circa la possibilità per uno Stato membro di impedire il trasferimento in un altro Stato dell'Unione della sede di una società costituita secondo il proprio diritto nazionale.

Nei fatti, la società in accomandita semplice ungherese aveva chiesto al registro delle imprese competente, di inserire l'indicazione della propria sede operativa in Italia, mantenendo lo status giuridico di società ungherese. Il tribunale regionale rifiutava la registrazione, affermando che la legge ungherese non permette alle società sottoposte al diritto nazionale, di trasferire la propria sede operativa in un altro Stato. Contro tale decisione la Cartesio proponeva impugnativa dinanzi alla Corte d'Appello, la quale proponeva alla Corte di Giustizia quattro questioni pregiudiziali:

- 1) se nella fattispecie di trasferimento sede descritta sono applicabili le norme del diritto comunitario, o in mancanza di armonizzazione della normativa nazionale, sia applicabile esclusivamente il diritto nazionale
- 2) se una società ungherese possa chiedere il trasferimento della sua sede in un altro Stato dell'Unione invocando il diritto comunitario ed eventualmente a quali condizioni

- 3) se i principi sanciti negli articoli 43 e 48 del Trattato CE debbano interpretarsi nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che effettua una distinzione di diritti tra le società in funzione dello Stato in cui tali società hanno posto la sede
- 4) se gli articoli 43 e 48 del Trattato CE si debbano interpretare nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che impedisce ad una società ungherese di trasferire la propria sede in un altro Stato dell'Unione Europea.

5.1 Le conclusioni della Corte

La Corte, con la sentenza emessa sul caso Cartesio, ha voluto consolidare una costante giurisprudenza su un punto: il diritto nazionale applicabile a una società che voglia beneficiare del diritto primario di stabilimento va individuato in base ai criteri di collegamento fissati dagli ordinamenti degli Stati membri.

Se vogliamo inserire una nota critica, la Corte avrebbe potuto colmare la lacuna normativa che essa stessa ha identificato, nel caso Cartesio così come in altri casi, attraverso lo strumento ermeneutico applicato al Trattato o alla normativa derivata citata dalla Commissione²²⁴. Non lo ha fatto, anche in questo operando su una linea di costante rispetto delle prerogative degli Stati nazionali.

Lungi dall'apparire statica e improduttiva di sviluppi, La Corte lancia dei richiami abbastanza chiari tanto al legislatore nazionale che a quello comunitario, rintracciabili ai punti 114 e 129 della motivazione, nel primo dei quali si legge che “le

²²⁴ Un segnale in tal senso poteva già rinvenirsi nel caso *Uberseering*.

iniziative legislative e pattizie nel settore (...) non hanno finora riguardato la disparità tra le legislazioni nazionali rilevata in tali sentenze e quindi non l'hanno ancora abolita” e nel secondo che “l'applicazione *mutatis mutandis* della normativa comunitaria alla quale si riferisce la Commissione (...) non può comunque ottenere l'atteso risultato in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale”.

Va ricordato come la Corte si riconosca – in particolare nell'inciso “allo stato attuale del diritto comunitario” - la prerogativa di mutare giurisprudenza.

Non si può ignorare ciò che “in positivo” è stato affermato dalla Corte in merito alla portata del diritto di stabilimento primario. Nella motivazione viene identificata l'ipotesi di trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto applicabile, << *ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita*>>, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta. Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione della libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE.

Chi nella dottrina ha voluto dare una lettura “a contrario” ha rilevato inoltre che <<*la Corte accoglie un orientamento in grado di legittimare il trasferimento di sede senza la perdita della nazionalità di origine anche quando la società non ha alcun legame effettivo con lo Stato di cui la nazionalità si tratta*>> per cui <<*se lo*

Stato membro d'origine ammette un trasferimento del genere, lo Stato membro di destinazione è obbligato, almeno in linea di principio, a riconoscere la natura straniera di questa società e la relativa sottoposizione alla legge di quello Stato>>.²²⁵

La Corte nel presente caso in realtà non afferma espressamente tale obbligo a carico dello Stato di destinazione; l'obbligo è da considerarsi pertanto implicito nel ragionamento della stessa Corte, con riferimento ai punti 117 e 122 della motivazione e in virtù della giurisprudenza richiamata.

In conclusione la sentenza Cartesio chiarisce che l'esercizio della libertà di stabilimento primario non può essere negato dallo Stato di origine salvo che non si pretendano il mantenimento della nazionalità e, quindi, la sottoposizione a quel diritto nazionale, e, se riconosciuto dallo Stato di origine anche senza perdita della nazionalità, lo Stato di destinazione è obbligato a riconoscere tale status alla società trasferita.

Pertanto una società potrà:

- *sempre* trasferire la propria sede da Stato membro a Stato membro senza mantenimento della nazionalità del proprio Stato di origine, e ciò senza necessità di scioglimento e ricostituzione;
- trasferire la propria sede da Stato membro a Stato membro senza necessità di

²²⁵ LEANDRO A., “Società: se c'è un trasferimento della sede il Paese d'origine può revocare la nazionalità” in Guida al diritto n. 3/2009, p. 106. La Corte nel caso in commento in realtà non afferma espressamente tale obbligo a carico dello Stato di destinazione ma esso è da considerarsi implicito nel suo ragionamento – con particolare riferimento ai punti 107 e 112 della motivazione – e in virtù della giurisprudenza espressa nel caso Uberseering.

scioglimento e ricostituzione della nazionalità *con* mantenimento della nazionalità del proprio Stato di origine *se e solo se* tale diritto le è riconosciuto dallo Stato di origine stesso. E in questo caso lo Stato di destinazione dovrà necessariamente riconoscerla come società sottoposta al diritto dello Stato di origine che ha sede nel proprio territorio.

6. La libertà di stabilimento come strumento per scegliere l'ordinamento più favorevole.

Tali importanti sviluppi giurisprudenziali (*Centros, Uberseering, Inspire Art, Cartesio*), dei quali si è trattato, hanno rappresentato delle decisioni importantissime in quanto, in esse, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto ai privati, appunto, in qualità di beneficiari della libertà di stabilimento, *il diritto di scegliere fra le leggi societarie degli Stati membri quella più idonea per la costituzione di un ente collettivo in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali sul mercato unico*, ed ha precisato che:

a) questo diritto configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e quindi azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie;

b) esso sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo Stato d'incorporazione altri contatti se non appunto la *optio legis* operata al momento della costituzione dell'ente;

c) uno Stato membro può ostacolare il pieno godimento di tale diritto, ma

soltanto in via eccezionale, quando possa cioè vantare un' << esigenza imperativa >> alla tutela di propri preminenti interessi pubblicistici e la misura adottata a tal fine sia non discriminatoria, razionale in vista dell'obiettivo perseguito, necessaria e proporzionata.

Si tratta di quella che viene comunemente definita “dottrina *Centros*”²²⁶; dottrina ripresa e confermata, come abbiamo visto, nella pronuncia sul caso *Uberseering* e nelle recenti conclusioni dell'Avvocato generale Alber nel caso *Inspire Art*, ma già implicita nella meno nota decisione del 1986 (causa *Segers*) , nonché, nonostante le apparenze, nella famosa e criticatissima sentenza *Daily Mail*.

<< Se il Trattato, quindi, non prevede esplicitamente una concorrenza tra ordinamenti per il diritto societario, l'esercizio del diritto di stabilimento, in esso garantito, ha la conseguenza pratica di dar luogo ad una possibile “domanda” per tipi societari esteri e quindi, in presenza di offerta da parte degli Stati membri che applicano la teoria dell'incorporazione, ad una corrispondente “offerta” di tali tipi societari >>²²⁷.

226 Cfr. M. BENEDETTELLI, “Mercato” comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, *op. cit.*, p. 701; G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Bari, 2004, pp. 48 – 56.

227 S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il “caso Uberseering”*: tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003., p. 456.

CAPITOLO IV

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto speciale delle banche

Le fonti e la disciplina applicabile alle succursali

4.1 La licenza unica come presupposto per la realizzazione della libertà di stabilimento.

All'interno dell'articolo 14 del Testo Unico bancario ritroviamo la disciplina regolante l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Occorre pertanto indagare l'evoluzione a cui il regime autorizzativo dell'attività bancaria è stato sottoposto a partire dalla legge bancaria del 1936-38 (di seguito abbreviata l.b.), al fine di comprendere quale sia il punto di partenza della libertà di stabilimento nel nostro ordinamento, e, ovviamente, le implicazioni circa lo stabilimento di succursali in altri Stati dell'Unione.

Nella l.b. la disciplina autorizzativa era contenuta nell'art. 28, il quale conferiva poteri pienamente discrezionali alla Banca d'Italia sia in ordine all'accesso all'attività bancaria, sia in ordine allo sviluppo degli intermediari autorizzati all'accesso. In questo modo si veniva a configurare un controllo da parte dell'autorità di vigilanza sia sull'articolazione territoriale, sia sullo statuto dell'ente, esaltando un'impostazione basata sul controllo pregnante del mercato del credito. Il regime indicato nella l.b. presupponeva quindi un'ampia discrezionalità, oltre all'assoggettamento ad un sistema di doppia autorizzazione: la prima alla costituzione dell'intermediario creditizio, la seconda e successiva autorizzazione all'inizio delle operazioni.

Una forte scossa a tale regime autorizzativo è stata provocata dalla I direttiva CEE²²⁸ e dal conseguente D.P.R. n. 350 del 1985. Il legislatore, con tale disposizione, muta radicalmente l'atteggiamento finora rivolto all'accesso al mercato creditizio e restringe fortemente l'ambito di discrezionalità fino a quel momento posto in capo all'autorità di vigilanza. Infatti, nella nuova formulazione, la I direttiva configura l'autorizzazione come un "atto dovuto", una volta che il soggetto che si propone di iniziare ad esercitare l'attività bancaria rispetti i requisiti previsti; una volta riscontrata l'esistenza di tali condizioni, l'impresa deve essere autorizzata. In un regime così strutturato viene meno il potere direttivo del mercato fino ad allora esercitato dall'ente preposto alla vigilanza. Sulla base della I direttiva, e diversi anni dopo, il D.P.R. n. 350 del 1985 modificava la disciplina dell'autorizzazione all'attività bancaria riproponendo lo schema della direttiva, ma non abrogando l'art. 28 della l.b. e permettendo invece di mantenere il sistema della doppia autorizzazione, sebbene la prima autorizzazione da preventiva divenga successiva.

La II direttiva CEE²²⁹ in materia bancaria mantiene come presupposto la disciplina della I direttiva, completandola e precisandola in alcuni punti. Per certi versi rimangono inalterati alcuni dei capisaldi fissati nella I direttiva quali l'autorizzazione successiva alla costituzione e l'autorizzazione come "atto dovuto" se vengono rispettati i requisiti di legge. La II direttiva invece innova rispetto alla normazione precedente apportando limitazioni e vincoli relativamente al capitale sociale²³⁰, alla qualità dei soci e al controllo sull'organizzazione interna degli intermediari. A seguito di questi nuovi orientamenti

228 Direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977 (denominata Prima direttiva e concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio), in *GUCE* n. L 322 del 17/12/1977.

229 Direttiva 89/646/CEE del Consiglio del 15 dicembre 1989, in *GUCE* n. L 386 del 30 dicembre 1989 (denominata Seconda Direttiva concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE)

230 L'articolo 4 della II direttiva stabilisce una soglia minima per il capitale sociale senza peraltro precisare se si tratti di capitale sottoscritto o di capitale versato e consente ai vari stati membri di specificare per determinate categorie di enti creditizi un limite minimo di capitale inferiore, motivando però tale scelta agli comunitari preposti.

legislativi in tema di autorizzazione si può intravedere una maggiore apertura ad una valutazione per l'autorizzazione con profili più ampi di discrezionalità. Tale impostazione verrà amplificata con la direttiva 95/26/CE²³¹ e ancora riconfigurata con l'adozione della direttiva 2007/44/CE²³².

In particolare la direttiva 1995/26/CEE si proponeva l'intento di rendere trasparente, ai fini di vigilanza, la struttura dei gruppi bancari e finanziari internazionali, trasparenza perseguita sia in sede di autorizzazione all'esercizio dell'attività, potenziando gli strumenti di accertamento sugli assetti organizzativi e proprietari dell'impresa, sia rafforzando la collaborazione fra autorità di vigilanza ed introducendo per i revisori dei conti l'obbligo di segnalazione di irregolarità gestionali all'organo di controllo. Le innovazioni più significative si registrano nella disciplina dell'autorizzazione. Il rilascio del provvedimento di autorizzazione si arricchisce di ulteriori requisiti: da un lato, si vuole garantire il radicamento dell'impresa in un dato ordinamento, prescrivendo che condizione per l'autorizzazione è la coincidenza fra sede legale e sede amministrativa²³³; dall'altro lato, si rafforza e si amplia il campo d'indagine sulla compagine azionaria dando rilevanza ai cosiddetti “stretti legami”²³⁴. Ne derivano le nuove condizioni per l'autorizzazione che il D.Lgs. n. 333/1999 ha introdotto all'articolo 14, comma 1 del Testo Unico Bancario (rispettivamente alle lettere *a-bis* e *f*). In sede di recepimento, nel decreto citato,

231 Direttiva 95/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 1995, che modifica le direttive 77/780/CEE e 89/646/CEE relative agli enti creditizi, le direttive 73/239/CEE e 92/49/CEE relative alle assicurazioni diverse dalle assicurazioni sulla vita, le direttive 79/267/CEE e 92/96/CEE relative alle assicurazioni sulla vita, la direttiva 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento e la direttiva 85/611/CEE in materia di taluni organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) al fine di rafforzare la vigilanza prudenziale. In GUCE n. L 168 del 18 luglio 1995.

232 Direttiva 2007/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, in GUCE n. L 247/1 del 21 settembre 2007.

233 Art. 3, par. 2, *direttiva cit.*

234 Art. 2, par. 1, *direttiva cit.*

relativamente alla prima delle due condizioni, il riferimento comunitario alla “amministrazione centrale” viene tradotto in “direzione generale”, e ciò in ragione del ruolo che nell'ambito organizzativo riveste il direttore generale, ruolo che emerge anche dall'espressa considerazione del direttore generale nell'ambito della condizione autorizzativa relativa agli esponenti aziendali. Tale seconda condizione si esplica nel vaglio di idoneità dei soggetti del gruppo bancario e altri soggetti relativamente alla possibilità che essi possano ostacolare l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. Il profilo di pericolosità emerso e l'introduzione di apposita condizione autorizzativa persegue, dunque, la finalità di prevenire la costituzioni di banche che, in virtù di particolari rapporti di partecipazione, possano, una volta autorizzate, rivelarsi non adeguatamente controllabili. Ulteriore elemento per la disciplina in parola è rappresentato dall'art. 13, par. 2, in materia di vigilanza prudenziale, anche senza fare espresso riferimento alla configurazione di una condizione per l'autorizzazione. Tale norma impone che ogni banca predisponga delle strutture organizzative e delle procedure di gestione delle informazioni idonei a dare trasparenza alla propria struttura.

Questi, per sommi capi, i riferimenti normativi sulla cui base la legislazione di recepimento della II direttiva CEE si poteva attuare. In realtà, come si leggerà meglio nel prossimo paragrafo, la normativa nazionale di riferimento opera scelte diverse rispetto alle indicazioni della direttiva, modificando il regime di autorizzazione come configurato nel D.P.R. 350/85 senza abrogare lo stesso e senza operare scelte aderenti al diritto comunitario; scelte addirittura non chiarite nella loro matrice e nelle cause generatrici.

4.1.1 La seconda direttiva CEE in materia bancaria e il recepimento nell'ordinamento nazionale.

La seconda direttiva comunitaria in materia di bancaria (direttiva 15 dicembre 1989, n. 646 citata) è nata allo scopo di creare forme di coordinamento della nostra legislazione bancaria con quelle degli altri Stati membri, fornendo agli stessi una strumentazione

giuridica che consentisse di superare una situazione d'*impasse* che, negli primi anni novanta, sembrava caratterizzare il rapporto degli Stati membri con la Comunità. L'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario con la seconda direttiva banche consisteva nella realizzazione dell'integrazione dei mercati finanziari²³⁵. Avendo all'orizzonte l'unificazione monetaria e la creazione di un mercato unico monetario, la seconda direttiva in materia bancaria, definita in dottrina come la “pietra angolare di tutto l'edificio comunitario”²³⁶, mira a rimuovere le barriere che, sul piano giuridico, si interpongono alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi in campo finanziario. Il provvedimento comunitario intende rispondere quindi ad una logica di liberalizzazione del mercato e di deregolamentazione degli intermediari finanziari; a tal fine si procede alla cosiddetta armonizzazione minimale tra le legislazioni dei paesi membri. Ai fini della sua realizzazione, si fa ricorso allo strumento del mutuo riconoscimento²³⁷, secondo il quale si addiviene al riconoscimento della piena validità della autorizzazione rilasciata ad un ente creditizio dall'autorità competente nel proprio paese di origine. E' consentito, quindi, ad ogni ente creditizio di svolgere secondo il diritto e sotto la vigilanza delle autorità del paese di appartenenza (c.d. principio dell'*home country control*) una o più delle attività che figurano nell'elenco allegato alla direttiva.

Il recepimento della seconda direttiva comunitaria, dando attuazione al principio del mutuo riconoscimento, avrebbe consentito agli enti creditizi comunitari di stabilire succursali nel territorio del nostro Paese senza che fosse necessaria l'autorizzazione della Banca d'Italia. Per evitare che gli enti creditizi nazionali si trovassero nei confronti di quelli degli altri paesi in condizioni di inferiorità istituzionale nella realizzazione della propria

235 *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Cacucci Editore, Bari, 1993.

236 Cfr. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sulla seconda direttiva comunitaria*, in *Banca impresa società*, 1991, p. 419.

237 Sotto l'impulso dell'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza “Cassis de Dijon” (cfr. Corte Gius. Cee 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 290).

articolazione territoriale, diventava inevitabile consentire loro la stessa libertà. Fermi restando peraltro i vincoli della vigilanza prudenziale posti a tutela della sana e prudente gestione degli stessi.

Ed è questa la soluzione introdotta nel nostro ordinamento dal Decreto Legislativo n. 481/1992 e recepita dal T.U.. L'art. 15, 1° comma di quest'ultimo provvedimento legislativo recita infatti “*che le banche italiane possono stabilire succursali nel Territorio della Repubblica e degli altri Stati comunitari*”.

Viene così codificato il principio che l'apertura di nuove succursali da parte delle banche italiane rientra nell'esercizio del loro diritto di iniziativa economica. E questo diritto viene loro riconosciuto anche con riferimento alle succursali da stabilire negli altri Paesi della Comunità, nel presupposto di una sufficiente armonizzazione degli ordinamenti e per non privare banche italiane di una libertà operativa riconosciuta agli enti creditizi comunitari²³⁸.

Il termine “succursale, già presente nella legge bancaria del 1936-1938, prima della trasfusione nel Testo Unico, è di derivazione comunitaria. La succursale trova infatti la sua definizione nell'articolo 1, comma 2, del Testo Unico che la definisce come <<sede di attività che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di un ente creditizio e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l'attività della banca>>²³⁹.

Per una più stretta identificazione delle attività bancarie che possono rappresentare una succursale, le istruzioni di vigilanza emanate per gli enti creditizi comunitari hanno precisato che sono da escludere gli uffici di rappresentanza che non effettuano l'attività

238 Si veda, tra gli altri, i seguenti autori che si sono espressi sul punto: A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2010; A. ANTONUCCI, *Diritto della banche*, Giuffrè Editore, Milano, 2009; sub artt. 15-18, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario Commentario*, A. Giuffrè, Milano, 2010; F. VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1987; F. SACCOMANNI, *Nuove regole e mercati finanziari*, Relazione alla SSPA, Roma, 2009.

239 La definizione di succursale, contenuta nell'articolo 1, co. 2, Testo Unico Bancario, riproduce l'art. 1 della Prima Direttiva di coordinamento bancario (dir. 77/780/CEE).

tipica bancaria, ma che diversamente svolgono solo attività promozionale²⁴⁰.

Alcuni dubbi interpretativi erano invece stati sollevati, prima della loro liberalizzazione, dalla qualificazione di P.O.S. (Point of sale) e A.T.M. (Automatic Teller Machines) come sportelli bancari; a tale riguardo sono state inizialmente espresse diverse opinioni contrarie alla loro assimilazione a succursali bancarie in quanto carenti di personale nello svolgimento dell'attività bancaria²⁴¹. Successivamente, con l'emanazione da parte di Banca d'Italia, la nozione di succursale viene integrata specificando che in tale categoria vi rientrano anche gli sportelli ad operatività particolare come quelli stagionali, saltuari, di cassa mercati autorizzati e di cassa cambiali, mentre non vi rientrano, confermando la linea interpretativa precedente, le apparecchiature di *home banking*, gli sportelli senza personale bancario (ATM o POS), gli uffici amministrativi e i punti operativi temporanei presso fiere, mercati mostre e altre manifestazioni a carattere occasionale²⁴².

4.2 Le succursali delle banche, stabilimento a titolo secondario

4.2.1 Le succursali di banche italiane

L'articolo 15 citato esordisce occupandosi dell'apertura di succursali da parte di banche italiane e disciplina il caso dell'apertura di succursali in Italia, in uno Stato comunitario e in uno Stato extracomunitario.

Nel caso in cui una banca italiana intenda aprire una succursale in Italia, la norma afferma che tale possibilità è garantita e libera, sancendo così il principio di libertà decisionale nella scelta di localizzazione, in diretta derivazione dal principio costituzionale

240 BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi*, Cap LV (dicembre 1992).

241 Sul punto v. P. D'ONOFRIO, A. MAGLIOCCO, *Codice commentato della banca*, I, Milano, 1990.

242 Sul punto v. TAR Campania, 7 marzo 2006, n.247, in *Foro Amm.*, TAR, 2006, III, 1087; Cass. 8 giugno 2006, n. 13350, in *Rep. Foro.it*, 2006, voce Banca, Credito e Risparmio, n. 144, e in *Mass.*, 2006, 1100.

di libera iniziativa economica (co. 1 art. 15). Questa libertà è comunque limitata, in particolare incontra tre limiti:

- il principio non trova applicazione alle banche di credito cooperativo, per i limiti di operatività territoriale intrinseci in tale tipologia di istituto bancario;
- secondo le istruzioni di vigilanza, l'applicazione non riguarda quegli istituti operanti da meno di un anno e le banche in amministrazione straordinaria;
- il terzo importante vincolo è rappresentato dalla riserva che il legislatore attribuisce alla Banca d'Italia; l'istituto di vigilanza può vietare l'apertura di sportelli per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca, che ne potrebbero compromettere la sana e prudente gestione²⁴³.

Precisa infatti lo stesso 1° comma dell'art. 15 del T.U.B. che “la Banca d'Italia può vietare lo stabilimento di una nuova succursale per motivi attinenti all'adeguatezza delle strutture organizzative o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca”²⁴⁴.

Come appare evidente, il potere di veto della Banca d'Italia non può essere motivato né con ragioni attinenti alla struttura del mercato, in quanto tale, né tanto meno con ragioni di politica economica stabilite dalle autorità di governo, potendo trovare la propria giustificazione solo in motivi attinenti alla “sana e prudente” gestione della banca; nel senso che, in considerazione della struttura organizzativa della stessa e della sua situazione economico, finanziaria e patrimoniale, l'apertura della succursale in questione potrebbe compromettere la sana e prudente gestione della medesima.

Tale elemento di discrezionalità rimane sotto il profilo sostanziale ancora abbastanza incerto nella sua applicazione, malgrado le istruzioni regolamentari di vigilanza

243 V. MEZZACAPO, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001.

244 Sottolinea che il T.U. <<ancora esclusivamente a criteri microeconomici di vigilanza prudenziale la possibilità che le banche italiane stabiliscano succursali sia in Italia che in altri Stati comunitari>> anche A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, III ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 207.

forniscano chiarimenti attraverso gli aspetti procedurali legati all'autorizzazione e al relativo divieto in relazione al potenziale pregiudizio alla sana e prudente gestione della banca.

Quanto alla procedura da seguire, la Banca d'Italia²⁴⁵ ha previsto una procedura semplificata, basata sul silenzio assenso, per l'apertura di succursali di banche italiane in Italia: l'apertura può effettuarsi decorsi 60 giorni dalla ricezione della comunicazione della Banca d'Italia, che può sospenderne l'attuazione per i motivi previsti dall'art. 15, 1° comma, T.U.. Nell'ipotesi di apertura di banche italiane in Paesi comunitari, le Istruzioni distinguono tra succursali di primo e di secondo impianto²⁴⁶.

La riferita disciplina regolamentare di vigilanza è stata modificata con provvedimento 21 marzo 2007²⁴⁷, ai dichiarati fini di “razionalizzazione degli adempimenti e sostanziale liberalizzazione dell'attività”. Due le innovazioni più significative: da un lato, l'introduzione della possibilità di ricorrere a una comunicazione aggregata in un “progetto di sviluppo territoriale”, che riguarda la programmazione dello sviluppo della rete territoriale, su orizzonti temporali di norma non superiori a due anni”; d'altro lato, la modifica dell'impostazione “basata su un procedimento di tipo autorizzativo e su un meccanismo di silenzio-assenso”.

245 BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, titolo III, cap. II, sez. 2, pp. 4-5.

246 Nel primo caso la banca dovrà inviare una comunicazione preventiva unitamente ad una serie di informazioni riguardanti la succursale. Entro 60 giorni la Banca d'Italia inoltra la comunicazione e le informazioni all'autorità del Paese ospitante. La banca interessata potrà impiantare la succursale dopo aver ricevuto apposita comunicazione da parte dell'autorità di tale Paese o, comunque, decorsi 60 giorni dalla notifica delle notizie da parte della Banca d'Italia. Per l'apertura delle succursali di secondo impianto il termine si riduce a 30 giorni. Entro tale termine l'autorità del Paese ospitante può indicare le condizioni in cui, per motivi di interesse generale, deve uniformarsi la succursale nello svolgimento della sua attività. L'istruzione può ulteriormente essere vietata dalla Banca d'Italia per i motivi di cui all'art. 15, 1° comma, T.U. Su questi profili vedi V. CALANDRA BUONAURA, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI E C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti in Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, Cedam, 2001, p. 83 e V. MEZZACAPO, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, II ed., Padova, Cedam, 2001, tomo I, pp. 120 ss.

247 BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, Circolare n. 229 del 21 aprile 2007.

Per quanto riguarda l'apertura di succursali di banche italiane in un altro Stato comunitario, articolo 15, comma 1, T.U. detta gli identici criteri appena visti per le succursali in Italia, ma non si sofferma su aspetti procedurali, dove invece trova ancora applicazione l'articolo 19 della II direttiva a cui si rifanno le istruzioni della Banca d'Italia. Ciò che viene qui disciplinato si riferisce al lato “in uscita” della libertà di stabilimento. La procedura prevista nelle istruzioni di vigilanza predisposte da Banca d'Italia²⁴⁸ si compie con la notifica all'autorità competente del paese ospitante da parte della Banca d'Italia, che in tal modo autorizza l'istituzione della succursale. Tuttavia, anche in questo caso vale la limitazione in forza della quale la Banca d'Italia può vietare l'apertura di una succursale. In tal senso è necessario che il provvedimento chiarisca gli aspetti tecnici che lo motivano e illustri i problemi che la banca o il gruppo bancario debbono risolvere per procedere allo stabilimento di succursali. L'operatività del principio comunitario della libertà di stabilimento trova un ulteriore vincolo, di stretta derivazione europea, circa la sua operatività, ossia vale per l'attività bancaria e per le attività comunque ammesse al mutuo riconoscimento come indicate all'art. 1, co. 2, lett. f, e nell'allegato I della direttiva 2006/48/CE²⁴⁹. Se una banca italiana intendesse aprire una succursale in uno stato comunitario al fine di esercitare attività non ammesse al mutuo riconoscimento, si applicherebbe la disciplina generale in materia di mercato comune con l'obbligo per la banca di attivare procedure informative, direttamente e contemporaneamente, con entrambe le Autorità di vigilanza interessate, nella fattispecie la Banca d'Italia e l'Autorità del Paese

248 “Nel caso in cui una banca intenda aprire una succursale in uno Stato comunitario per la prima volta, la banca deve darne comunicazione alla Banca d'Italia, la quale provvede a notificare le informazioni ricevute all'Autorità del Paese ospitante entro 90 giorni e ne informa la banca interessata, che potrà provvedere all'apertura della succursale decorsi 60 giorni dalla trasmissione della notifica della Banca d'Italia all'Autorità del Paese ospitante. Nel caso in cui, invece, la banca italiana già insediata in uno Stato comunitario intenda aprirvi altre succursali, la procedura è la stessa, ma i termini si accorciano tutti a 30 giorni. Se è poi previsto l'attività di intermediazione mobiliare, la Banca d'Italia deve darne comunicazione anche alla Consob”, BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, Circolare n. 229 del 21 aprile 2007.

249 Direttiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio (rifusione), in *GUCE* n. L 177 del 30 giugno 2006.

ospitante.

Ben diversa la disciplina per quanto riguarda l'apertura di succursali di banche italiane in paesi extra-comunitari, per la quale il T.U.B., all'art. 15, co.2, continua a richiedere una previa autorizzazione, senza introdurre apposita delimitazione ai poteri discrezionali della Banca d'Italia nella sua concessione, come accade invece al co. 1 dello stesso articolo. Il maggior rigore si giustifica in ragione dell'esigenza di verificare nel Paese di insediamento l'esistenza di una legislazione e di un sistema di vigilanza adeguati e la possibilità di agevolare l'accesso alle informazioni. Queste esigenze impongono una valutazione che l'organo di vigilanza può fare caso per caso con conseguenti ampi margini di discrezionalità nella propria valutazione; peraltro tale valutazione non trova criteri già fissati dalla legge, né a livello di normativa primaria né a quello di normativa secondaria²⁵⁰.

4.2.2 La disciplina privatistica nelle succursali di banche italiane

Veniamo ora al piano dei rapporti privatistici che nascono all'interno di una succursale. Si vuole infatti analizzare la disciplina privatistica dell'articolazione territoriale dell'impresa bancaria tenendo presente la stessa fattispecie adottata con riferimento alla disciplina pubblicistica, ossia quella di succursale: intesa quest'ultima come <<*sede d'attività che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca e che effettua in tutto o in parte le operazioni dell'attività della banca*>>. La nozione di succursale appena riportata ha un significato così ampio che risulta funzionale all'esame dei variegati rapporti di diritto privato che gli enti pongono in essere con i terzi nell'esercizio della propria attività.

Le succursali, così definite, assumono anzitutto rilevanza nel diritto comune dell'impresa commerciale con riferimento alla disciplina della rappresentanza commerciale. Dovendo effettuare “direttamente”, in tutto o in parte, le operazioni bancarie ricomprese nell'attività dell'ente creditizio, la succursale presuppone una <<rappresentanza stabile>>.

250 ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, op.cit., pp. 207 ss.

indispensabile, appunto, per consentire loro di svolgere l'attività. Le succursali degli enti creditizi costituiscono dunque altrettanti <<sedì secondarie>> dell'impresa con rappresentanza stabile. Troveranno, per ciò stesso, applicazione le norme dettate dal Codice civile per consentire ai terzi di conoscere l'esistenza della sede secondaria medesima e di individuare le persone alle quali è attribuito il relativo potere di rappresentanza e i limiti che tale potere incontra (art. 2197 e 2299 Codice civile)²⁵¹.

Ma la rilevanza <<privatistica>> delle succursali delle banche va sicuramente oltre i limiti del diritto comune delle imprese commerciali. Esistono norme del diritto dei contratti e dei titoli di credito nonché norme speciali sui trasferimenti aziendali che attribuiscono una particolare rilevanza alle stesse. Se una parte della dottrina, facendo perno su queste norme, ha attribuito alle succursali delle banche una "particolare autonomia" sul piano patrimoniale, quando non una vera e propria soggettività giuridica, le norme "privatistiche" che prendono in considerazione che prendono in considerazione le succursali bancarie non sembrano confortare queste conclusioni. Rimane confermato, nella dottrina più recente²⁵², il convincimento che le succursali delle banche italiane, pur costituendo il punto di riferimento delle discipline speciali che, come tali, vanno oltre quella dettata dal diritto comune per la sede secondaria della imprese, non solo non vengono mai considerate come soggetti distinti dalla banca, ma non viene in alcun modo attribuita alcuna autonomia, sul piano patrimoniale ai rapporti che afferiscono alla loro gestione.

Si evidenzia come sotto questo profilo le norme privatistiche confermano la soluzione adottata in proposito dalla direttiva comunitaria e dal T.U. che considerano la succursale bancaria <<sprovvista di personalità giuridica>>.

251 Sul punto, con riferimento all'impresa bancaria, v. N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. VASSALLI, Torino, UTET, 1983, pp. 104 ss e P. ABBADESSA, *Su taluni aspetti della disciplina della rappresentanza riguardanti l'esercizio dell'attività bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. PORTALE, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 191 ss.

252 R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2007 e G. MOLLE, L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 2005.

4.2.3 Le succursali di banche comunitarie

I principi fissati dalla direttiva 89/646 e, dopo l'abrogazione di quest'ultima, dall'art. 41 della direttiva 2006/48 in tema di libertà di stabilimento e prestazione di servizi, hanno trovato attuazione nel Decreto Legislativo n. 481/1992 e poi nel T.U. del 1993; a quei principi dovranno, comunque, attenersi le autorità creditizie nella concreta attività di vigilanza (cfr. art. 6, 1° comma del T.U.). Così, con riferimento all'apertura di succursali, l'art. 15, 3° comma del T.U. ribadisce il principio secondo il quale <<le banche comunitarie possono stabilire succursali nel territorio della Repubblica>>.

Il diritto qui codificato è, appunto, riconosciuto alle banche secondo la definizione accolta dal T.U. e, coincidente con quella di ente creditizio adottata dalla direttiva: non potranno perciò beneficiarne gli enti che banche non siano (e sempre che non ricorrano le ipotesi previste dall'art. 18 per le società finanziarie ammesse al mutuo riconoscimento), anche se gli stessi fossero considerati banche nel loro ordinamento di origine.

Le banche poi dovranno potersi definire comunitarie, ossia avere <<sede legale e amministrazione centrale in un medesimo Stato comunitario diverso dall'Italia>> (cfr. art. 1, 2° comma, lett. b) del T.U.); non basterà che la banca abbia la sede legale in uno Stato membro, essendo necessario che in quello stesso Stato essa abbia anche l'amministrazione centrale²⁵³.

Naturalmente il diritto di stabilimento è circoscritto alle attività ammesse al mutuo riconoscimento; il che non significa che la succursale non possa svolgere altre attività (se consentite dall'autorizzazione del Paese d'origine), ma il relativo esercizio sarà sottoposto alle regole che disciplinano la circolazione dei servizi nell'ambito del mercato comune e dovrà, altresì, uniformarsi alle norme dettate dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 17 dello stesso T.U.. Il diritto di stabilimento ha come oggetto specifico “il primo insediamento” nel territorio della Repubblica, ossia quello che in passato abbiamo constatato definirsi la succursale di primo impianto (o di primo grado), essendo l'apertura delle successive

253 E. GALANTI, in GALANTI, (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Tratt. Dir. econ.* Diretto da Picozza e Gabrielli, V, Padova, 2008.

succursali da parte della banca comunitaria rimessa esclusivamente alla disciplina del Paese d'origine²⁵⁴.

Tuttavia, in conformità con quanto previsto dalla direttiva, la Banca d'Italia e la CONSOB, nell'ambito delle rispettive competenze, indicano, se del caso, all'autorità competente dello Stato comunitario e alla banca le condizioni alle quali, per motivi di interesse generale²⁵⁵, è subordinato l'esercizio dell'attività della succursale (cfr. art. 15, 3° comma, T.U.). Si tratta di un potere conservato alle autorità del Paese ospitante che dovrà essere esercitato con grande prudenza se non si vogliono frapporre ostacoli non giustificati alla formazione di un unico mercato bancario europeo. La dottrina aggiunge inoltre che i “motivi di interesse generale” non possono includere valutazioni attinenti alle attività già armonizzate, per le quali i motivi di interesse generale sono valutati *ex ante* a livello di fonti primarie comunitarie e nazionali²⁵⁶.

Sotto questo profilo è necessario tener presente che il principio del mutuo riconoscimento attuato dalla direttiva 646/89/CEE concerne esclusivamente lo statuto della succursale e la sua operatività nei Paesi ospitanti sotto il profilo della vigilanza e non coinvolge minimamente la disciplina delle operazioni. Questa resta affidata alle regole del diritto internazionale privato dei vari Paesi membri e alle convenzioni eventualmente intervenute tra gli stessi (si ricordi soprattutto la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla “legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”)²⁵⁷.

254 Con riferimento alla procedura di “primo insediamento”, <<il primo insediamento è preceduto da una comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità competente dello Stato d'appartenenza>>, evidentemente nel presupposto che la stessa abbia espresso il giudizio di adeguatezza preteso dall'art. 19, 3° comma della direttiva 89/646. La Banca d'Italia ha un breve periodo di tempo per organizzare l'attività di vigilanza sulla succursale di primo impianto di cui le è stata comunicata l'apertura: decorsi due mesi dalla comunicazione la succursale inizia l'attività (cfr. art. 15, 3° comma, T.U.).

255 Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, l'interesse generale è perseguibile soltanto mediante prescrizioni proporzionali e indispensabili alla tutela dell'interesse individuato.

256 P. MARCHETTI, *Osservazioni sull'attuazione della seconda direttiva CEE in materia creditizia*, in *Riv. Soc.*, 1993, II, 285.

257 Sul punto R. COSTI, *Tra mutuo riconoscimento, convenzioni internazionali e norme di*

4.2.4 Le succursali di banche extra-comunitarie

L'articolo 15 si occupa infine di regolare l'espansione territoriale in Italia delle banche extracomunitarie, o meglio, si occupa di regolare anche l'espansione territoriale in Italia di banche extracomunitarie già insediate nel territorio della Repubblica. L'insediamento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria è disciplinato dall'art. 14, co. 4, che impone alla banca extracomunitaria di richiedere l'autorizzazione alla Banca d'Italia, che la rilascerà sentito il Ministero degli affari esteri, tenendo conto delle condizioni di reciprocità e comunque previo accertamento in ordine alla sussistenza dei requisiti di capitale minimo, di un programma e del possesso di professionalità, onorabilità e indipendenza da parte degli esponenti aziendali²⁵⁸. Il quarto comma dell'art. 15 investe invece gli insediamenti successivi al primo e prevede comunque la necessità di un provvedimento autorizzativo, rilasciato, questa volta, dalla sola Banca d'Italia, senza ulteriori specificazioni, da ciò seguendone uno spazio di valutazione limitato solo dai suoi fini istituzionali.

diritto internazionale privato, in *Manuale per il 1993 e oltre*, a cura di G. VACIAGO, Milano, Edibank, 1991, pp. 159 ss. Sulla convenzione di Roma v. *Verso una disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti*, a cura di T. TREVES, Padova, Cedam, 1983. Sul rapporto tra norme di diritto internazionale privato (in particolare la Convenzione di Roma) e il concetto di interesse generale nella seconda direttiva bancaria, v. la *Comunicazione interpretativa della Commissione. Libera prestazione di servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria*.

²⁵⁸ Cfr. sul punto L. PICCHIO FORLATI, *Il trattamento di impresa bancaria di stati terzi nella Cee*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985.

CAPITOLO V

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto speciale delle assicurazioni private

5. La legge applicabile al contratto di assicurazione nelle direttive CE

5.1 Le direttive CE in materia assicurativa

I numerosi interventi del legislatore comunitario che si sono susseguiti negli anni in materia assicurativa hanno portato innovazioni significative sia per quanto riguarda la disciplina applicabile al contratto di assicurazione, sia per quanto riguarda la normativa relativa all'impresa. Si è trattato di interventi tesi sempre più a realizzare uno spazio giuridico europeo delle assicurazioni. Con essi il legislatore comunitario si è proposto di realizzare una duplice finalità, e cioè, da un lato, accentuare la tutela del contraente-assicurato, attraverso una maggiore uniformità della disciplina del contratto, dall'altro introdurre nuove norme in vista di un più efficace coordinamento delle condizioni di esercizio della attività assicurativa. Sintesi di questi due obiettivi è la creazione di un «mercato unico europeo delle assicurazioni» che possa consentire alle imprese comunitarie di operare con pari opportunità e che metta il cittadino europeo nella condizione di poter scegliere tra i prodotti offerti da tutte le imprese presenti sul territorio comunitario.

Il raggiungimento della così detta «europeizzazione» delle assicurazioni doveva perciò necessariamente passare dalla creazione di un mercato aperto per le imprese assicurative, in cui il diritto ad operare si estrinsecasse nella libertà di stabilimento e quindi

nella libertà di prestare i servizi assicurativi. In particolare, nella terminologia comunitaria, «libertà di stabilimento» indica il diritto di svolgere, in modo continuo e permanente, una determinata attività nel territorio di un altro Paese membro, alle stesse condizioni stabilite dalla legislazione di quello Stato (Paese ospite) per l'esercizio della medesima attività da parte dei propri cittadini. Il fondamento di tale libertà è costituito, come peraltro già esplicitato nel primo capitolo, dall'art. 49 (ex art. 43) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale prevede l'abbattimento delle restrizioni poste all'esercizio di attività in regime di stabilimento in uno Stato appartenente alla Comunità europea.

Con il termine «libertà di prestazione di servizi» si intende, invece, il diritto all'esercizio, in modo temporaneo, di una attività non dipendente in uno Stato membro da parte di un soggetto, persona fisica o giuridica, che ha la nazionalità ed è stabilito in un altro Stato membro, così come prevede l'art. 56 (ex art. 49 TCE), del citato TFUE²⁵⁹.

L'elemento distintivo delle due situazioni risiede nel carattere permanente o, viceversa, temporaneo dell'esercizio dell'attività in un altro Stato della Comunità. Anche in campo assicurativo, al fine di dare concreta attuazione ai principi di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione di servizi, si è proceduto attraverso l'emanazione di una serie di direttive generali intese a coordinare la legislazione degli Stati membri, così come disposto dall'art. 64 dello stesso trattato TFUE.

L'integrazione economica, obiettivo fondamentale del trattato di Roma, non poteva essere compiutamente realizzata senza un'adeguata e corrispondente armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri. La disciplina comunitaria in materia assicurativa è risultata costituita da tre successive serie di direttive, rispettivamente per il ramo danni e per il ramo vita, negli anni '70 le prime, le seconde alla fine degli anni '80, infine le terze nel 1992.

Il recepimento di tali direttive comunitarie ha, dunque, provocato negli anni un radicale cambiamento anche nella disciplina italiana del contratto di assicurazione, nonché nella disciplina dell'impresa assicurativa, che non è rimasta esclusa da tale

259 BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea*, Padova, 2010.

rinnovamento²⁶⁰. Una prima timida attuazione del programma di armonizzazione della condizione di accesso e di esercizio dell'attività assicurativa è iniziata con le direttive di «prima generazione»: la direttiva 73/239/CE del Consiglio, del 24 luglio 1973, in materia di assicurazione danni²⁶¹ e la direttiva 79/267/CE del Consiglio, del 5 marzo 1979, in materia di assicurazione vita²⁶².

Questi provvedimenti hanno segnato il primo passo verso la realizzazione dell'effettivo esercizio, all'interno del territorio comunitario, del diritto di stabilimento da parte delle imprese assicuratrici che hanno la loro sede sociale negli Stati membri della Comunità europea, con l'eliminazione degli ostacoli posti alla concreta attuazione di tale diritto.

Le difficoltà da superare erano rappresentate soprattutto dall'esistenza, nei vari Stati membri, di legislazioni di controllo largamente differenziate e tali da determinare, proprio per questo motivo, gravi distorsioni sul mercato assicurativo²⁶³.

Le due direttive sopra enunciate tendevano ad imporre agli Stati membri regole uniformi in materia di esercizio e di accesso all'attività assicurativa; il loro scopo consisteva sia nel fissare criteri uniformi per ottenere l'autorizzazione ad accedere all'attività assicurativa, sia nel facilitare la formazione di succursali o di agenzie in uno Stato diverso

260 Si vedano in argomento: G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazione*, in S. AMOROSINO e L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2006; DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2009; L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2010.

261 «Prima direttiva recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio della assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita», recepita in Italia con legge n. 295 del 10 giugno 1978.

262 «Prima direttiva recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardante l'accesso all'attività dell'assicurazione sulla vita e il suo esercizio», recepita in Italia con legge n. 742 del 22 ottobre 1986.

263 DE' COCCI, *Prime osservazioni sulla legge n. 742/86* (nuove norme per l'esercizio delle assicurazioni sulla vita), in *Assicurazioni*, 1986, p. 351.

da quello della sede²⁶⁴.

Ciò significava che ogni impresa di assicurazioni che già esercitasse l'attività in uno Stato membro e che avesse voluto svolgere la propria attività anche in un altro Stato, mediante agenzie o succursali, avrebbe dovuto essere in possesso di una duplice autorizzazione: una rilasciata dal Paese d'origine, al momento dell'inizio dell'attività, e l'altra rilasciata dal Paese ospitante, per poter aprire agenzie o succursali.

Era questo il principio fondamentale di entrambe le direttive, danni e vita, enunciato nei rispettivi art. 6, ove si afferma che: «ciascuno Stato membro subordina ad autorizzazione amministrativa l'accesso all'attività assicurativa diretta sul proprio territorio >>.

In definitiva, le prime due direttive erano riuscite ad armonizzare i presupposti e le condizioni necessari ad ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa, intendendo quindi disciplinare esclusivamente la libertà di stabilimento delle imprese di assicurazione all'interno della Comunità.

È, invece, solo attraverso l'emanazione delle direttive di «seconda generazione»>>, rispettivamente la 88/357²⁶⁵ del 22 giugno 1988 in materia di assicurazioni private contro i danni e la direttiva 90/619²⁶⁶ dell'8 novembre 1990 in materia di assicurazione sulla vita, che vengono parzialmente definite regole uniformi in tema di libera prestazione di servizi.

Grazie a queste seconde direttive, viene prevista la possibilità per le imprese di

264VOLPE PUTZOLU, *L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1991, p. 113.

265 «*Seconda direttiva recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE*» recepita nel nostro ordinamento con decreto legislativo n. 49 del 15 gennaio 1992.

266 «*Seconda direttiva che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la direttiva 79/267/CEE*» attuata con decreto legislativo n. 515 del 23 dicembre 1992.

offrire i propri prodotti in tutta la Comunità, anche senza avere sede, principale o secondaria, nel Paese di residenza degli assicurati. Tale libertà di prestazione dei servizi è stata parzialmente raggiunta indirizzandosi verso la strada dell'assoggettamento unicamente alle norme e al controllo del proprio Paese d'origine.

Queste seconde direttive non realizzano, tuttavia, una piena liberalizzazione nella prestazione dei servizi, perché operano ancora discriminazioni in ragione della natura del rischio da assicurare, garantendo differenti livelli di tutela ai contraenti assicurati.

Per quanto riguarda la direttiva relativa al ramo danni, la n. 88/357, si deve infatti sottolineare che essa all'art. 5 lett. d) introduce una distinzione basata sul concetto di <<grandi rischi>>²⁶⁷, i quali risultano gli unici ad avvalersi pienamente del regime della libera prestazione di servizi. Considerando che i contraenti dei <<grandi rischi>> sono meno bisognosi di tutela, la direttiva impone agli Stati di attenuare il controllo pubblico su tale categoria di rischi assicurati, in base al presupposto che, non sussistendo sostanziale disparità contrattuale tra assicurato e assicuratore, non c'è neppure la necessità di attivare un severo sistema di vigilanza che si aggiunga al controllo, già esercitato, da parte dello Stato della sede²⁶⁸.

Laddove, invece, come nei contratti che coprono <<rischi di massa>>²⁶⁹, è necessaria una maggiore attenzione alla tutela del contraente più debole, gli Stati mantengono la possibilità di stabilire condizioni di accesso e controlli più rigorosi sull'attività, esercitata nel proprio territorio, delle imprese che hanno sede in un altro Stato

267 I grandi rischi si riferiscono ai contratti stipulati per il trasporto aereo, marittimo e ferroviario, ai contratti del credito e cauzione quando il contraente eserciti attività industriale, commerciale o professionale ed abbia determinate dimensioni, ai contratti di responsabilità civile in generale se il contraente supera determinati requisiti minimi rapportati al valore dello Stato patrimoniale, all'importo netto del volume d'affari, al numero di dipendenti.

268 In argomento si veda G. PARTESOTTI – M- RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Cedam, Padova, 2000.

269 I rischi di massa sono quelli che l'impresa copre mediante contratti stipulati con persone fisiche o, comunque di valore non elevato.

membro²⁷⁰.

Nelle direttive convivono, perciò, due criteri di individuazione dell'autorità di vigilanza competente ad esercitare i controlli: il criterio dell'«Home Country Control» e dell'«Host Country Control», che rispettivamente individuano la competenza dell'autorità del Paese di origine dell'impresa o del Paese ospitante.

Per quanto riguarda, dunque, il campo dei «grandi rischi» si applica il primo criterio, mentre per i residui «rischi di massa» trova applicazione il secondo criterio.

Analogo criterio di discriminazione ai fini della differenziazione delle autorità competenti ad esercitare il controllo è adottato dalla seconda direttiva in materia di assicurazione sulla vita, la 90/619.

Ovviamente, in questo caso diventa difficile distinguere in funzione dell'oggettiva rilevanza del rischio, perché il tipo di rischio assicurato è omogeneo e non è di fatto predeterminabile nel suo valore economico, in quanto si tratta sempre del rischio di mortalità, cui poi possono affiancarsi altri tipi di rischio. Si individua quindi un altro criterio che costituisce l'indice della necessità di tutela del contraente: il criterio dell'assunzione dell'iniziativa contrattuale.

Esso si basa sulla distinzione tra contratti stipulati su iniziativa dell'assicurato e contratti stipulati su iniziativa dell'assicuratore²⁷¹.

Nel primo caso, quando si tratta di contratti stipulati su iniziativa dell'assicurato, verrebbe meno la necessità di una particolare tutela dello stesso, il quale ha avuto la

270 Questa distinzione tra «grandi rischi» e «rischi di massa» acquista significato nella direttiva danni di «seconda generazione», dapprima in tema di liberalizzazione dei servizi, e successivamente nelle disposizioni sulla legge applicabile al contratto di assicurazione contenute nelle direttive stesse, vedi ANTONUCCI, *L'assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1995, p. 32.

271 Secondo l'art. 13 della direttiva 90/619, l'iniziativa si considera presa dall'assicurato quando: il contratto viene sottoscritto da entrambe le parti nello Stato della sede dell'assicuratore, il contraente non è stato inizialmente contattato dall'assicuratore, o infine il contratto viene concluso tramite un mediatore di assicurazione. Al di fuori di queste ipotesi, il contratto si ritiene stipulato su iniziativa dell'assicuratore.

possibilità di scegliere liberamente il proprio contraente. Pertanto, non sono giustificate ulteriori restrizioni poste dagli Stati membri al libero esercizio dell'attività rispetto a quelle già poste in essere dallo Stato della sede.

Nel secondo caso, trattandosi di situazioni che richiedono una maggiore protezione per l'assicurato, lo Stato del luogo in cui viene fornito il servizio può imporre regole e discipline proprie, anche più severe, per l'esercizio dell'attività stessa. La direttiva 90/619 ha perciò ammesso che, per i contratti stipulati su iniziativa dell'assicuratore, l'esercizio dell'attività assicurativa possa essere subordinata ad una autorizzazione specifica del Paese ospitante, il quale mantiene anche il controllo dell'attività.

In ogni caso, tanto la seconda direttiva danni quanto la seconda direttiva vita non avevano portato a termine la liberalizzazione del mercato assicurativo. Ciò che mancava era una normativa sostanzialmente uniforme in tema di protezione del contraente assicurato. Soltanto quando gli Stati comunitari si fossero dotati di una normativa uniforme e tale da tutelare effettivamente l'assicurato, gli stessi non avrebbero più potuto impedire o rendere più difficoltoso l'esercizio dell'attività assicurativa in regime di prestazione dei servizi alle imprese aventi sede in un altro Stato membro.

Si è così resa necessaria una normativa comunitaria di completa armonizzazione delle legislazioni nazionali, per mezzo della quale l'opera di edificazione di un unico spazio assicurativo comunitario potesse compiere ulteriori passi in avanti. Ciò è avvenuto grazie all'approvazione, da parte degli organi comunitari, di un nuovo gruppo di direttive, conosciute come direttive di «terza generazione». Si tratta della direttiva 92/49 del 18 giugno 1992, per il ramo danni, attuata in Italia con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 175²⁷² e della direttiva 92/96 del 10 novembre 1992, per il ramo vita, attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 174²⁷³. Per superare le barriere poste dalle diverse legislazioni

272 Direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE, (terza direttiva assicurazione non vita), in *GUCE* 11 ottobre 1992, L 228, p. 1.

273 Direttiva 92/96/CEE del Consiglio del 10 novembre 1992 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita e che modifica le direttive 79/267/CEE e 90/619/CEE, (terza direttiva assicurazione vita), in

nazionali e, in particolare, dai diversi sistemi di vigilanza, queste direttive hanno consentito di applicare in via esclusiva il sistema dell'«Home Country Control» in tutta la Comunità, cioè della vigilanza rimessa integralmente alle autorità del Paese di origine dell'impresa.

A ciascuna autorità di vigilanza è pertanto attribuito il potere di concedere all'impresa di assicurazione la cosiddetta «licenza unica», che vale in tutti i Paesi comunitari, senza che vi sia più necessità di alcun intervento delle autorità di vigilanza dei Paesi ospitanti, che divengono così semplici destinatari delle informazioni, fornite dalle autorità di vigilanza del Paese di origine²⁷⁴.

In questo modo, così come osserva la dottrina²⁷⁵, lo strumento della «licenza unica» diviene l'espressione del grado di armonizzazione raggiunto dagli ordinamenti degli Stati membri in una determinata materia. È evidente, infatti, che la previsione di una licenza unica sia realizzabile soltanto quando i sistemi nazionali non siano più caratterizzati da divergenze, oppure quando tali divergenze siano considerate minime o assolutamente irrilevanti. La «licenza unica» è allora, allo stesso tempo, sia il presupposto essenziale affinché vi sia un effettivo spazio unico dotato di regole sufficientemente uniformi, sia la conseguenza dell'uniformità delle regole esistenti. Grazie a questo strumento, l'attività assicurativa è ormai esercitata in tutta la Comunità, in un'unica e vasta area priva di frontiere interne, ed è regolata da sistemi nazionali di controllo e di concessione delle autorizzazioni sostanzialmente equivalenti grazie alla loro omogeneità intrinseca.

Ciò comporta inoltre che alla concorrenza tra imprese si potrà affiancare una concorrenza tra sistemi diversi di controllo, poiché nessuno potrà impedire che un'impresa di assicurazione che intenda esercitare attività transnazionale si stabilisca nel Paese a controllo più flessibile, ed operi mediante filiali in un altro Paese.

GUCE 9 dicembre 1992, L 360, p. 1.

274 In argomento si prenda a riferimento il contributo di G. MARTINA, in PARTESOTTI – RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Cedam, Padova, 2000.

275 BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea*, Padova, 2010, p. 126.

Le direttive di terza generazione sono state attuate, nell'ordinamento nazionale, con i decreti legislativi 17 marzo 1995, n. 174 relativamente alle assicurazioni sulla vita, e dal e la decreto legislativo n. 175 per le assicurazioni diverse da quelle sulla vita; tali disposti normativi hanno anche sostituito le precedenti norme di attuazione delle direttive di prima generazione. Suddetti decreti legislativi (174 e 175) sono stati successivamente abrogati e la disciplina ivi contenuta è stata inclusa, con modificazioni, nel Codice delle assicurazioni private, approvato con decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209.

La disciplina contenuta nelle tre coppie di direttive confluite nel Codice delle Assicurazioni private aveva dapprima recepito le modifiche e le integrazioni di altre direttive comunitarie in tema di assicurazioni, specificatamente la direttiva n. 98/78 del 27 ottobre 1998, che ha introdotto norme di vigilanza <<supplementare>> per le imprese appartenenti ad un gruppo assicurativo, dalla direttiva n. 2001/17 del 19 marzo 2001, in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione, delle direttive 2002/12 e 2002/13, che hanno modificato la disciplina del margine di solvibilità, e della direttiva 2002/87 del 16 dicembre 2002, relativa alla vigilanza supplementare delle imprese appartenenti ad un conglomerato finanziario.

5.2 Attività delle imprese italiane all'estero

5.2.1 L'attività assicurativa in regime di stabilimento in altri Stati della Unione Europea

Le imprese italiane possono operare, in virtù dell'appartenenza ad uno stato membro dell'Unione Europea, sia in regime di stabilimento che in regime di libera prestazione di servizi all'interno del territorio dell'Unione.

Relativamente alla libertà di stabilirsi, per un'impresa italiana, nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione per svolgere la propria attività a mezzo di filiale o

succursale, è importante comprendere le condizioni che ne permettono l'accesso. In linea teorica, lo stabilimento in altri Stati membri di un'impresa autorizzata nello stato di origine è un diritto garantito dalla normativa comunitaria. Nella pratica, lo stato membro di origine dell'impresa può opporsi. Tali limitazione è legata al soddisfacimento di condizioni poste preventivamente per garantire l'attività d'impresa ed evitare che tale operazione pregiudichi la stabilità economico e finanziaria dell'impresa stessa; in altre parole vi sono interessi di mercato di carattere generale che lo stato di origine intende tutelare attraverso il controllo effettuato dei requisiti alla costituzione di una sede secondaria all'interno del territorio di un altro stato della comunità.

Per realizzare lo stabilimento secondario in un altro stato membro, la legge dispone che tale operazione sia subordinata alla comunicazione all'Isvap dello Stato membro di stabilimento presso il quale l'impresa intende operare con l'indirizzo della sede. La comunicazione all'istituto di vigilanza italiano deve essere corredata da un programma di attività relativo alla sede secondaria e dalla documentazione comprovante la nomina di un rappresentante generale della sede che sia in possesso dei prescritti requisiti di onorabilità e professionalità (art. 16 Codice delle Assicurazioni private).

L'Isvap, in risposta alla comunicazione e nel termine di 60 giorni, deve trasmettere la comunicazione all'Autorità di controllo dello stato membro di stabilimento unitamente alla certificazione che l'impresa possiede il margine di solvibilità, salvo il caso che la situazione finanziaria dell'impresa non sia sufficientemente stabile o il rappresentante generale non possieda i prescritti requisiti di onorabilità e di professionalità oppure la struttura organizzativa della sede secondaria sia inadeguata.

L'istituzione della sede secondaria presuppone l'assenso dell'autorità di controllo dello stato membro di stabilimento, ma se l'autorità non si pronuncia entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della documentazione spedita dall'Isvap l'assenso è presunto per il meccanismo del cosiddetto silenzio-assenso. Le successive modificazioni dei dati comunicati devono essere comunicate all'Isvap e all'autorità dello stato membro di stabilimento (art. 17 Codice delle Assicurazioni private).

5.3 L'attività delle imprese estere in Italia

5.3.1 L'attività assicurativa delle imprese estere con sede secondaria in Italia

L'esercizio dell'attività in Italia in regime di libertà di stabilimento è subordinato alla trasmissione all'Isvap, da parte dell'autorità di vigilanza dello stato di origine, di un certificato attestante che l'impresa possiede il margine di solvibilità, di un programma di attività con l'indicazione dei rischi e delle obbligazioni che l'impresa intende assumere e della struttura organizzativa della sede secondaria, nonché della documentazione comprovante la nomina di un rappresentante generale (art. 23 Codice della Assicurazioni).

Entro un termine di 30 giorni l'Isvap può indicare all'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine le condizioni che l'impresa deve osservare per motivi di interesse generale. L'inizio dell'attività è subordinato alla trasmissione all'impresa, da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine, delle condizioni che l'impresa deve osservare per motivi di interesse generale. L'inizio dell'attività è subordinato alla trasmissione all'impresa, da parte dell'Autorità di vigilanza dello stato membro di origine, della comunicazione dell'Isvap o, in caso di silenzio, alla scadenza del termine di 30 giorni sopra menzionato.

Il controllo sulla sede secondaria di imprese estere spetta all'Autorità dello stato membro di origine, la quale può svolgere ispezioni nei locali della sede secondaria, dopo averne dato informazione all'Isvap, che può partecipare all'ispezione.

Se l'impresa non dovesse rispettare le disposizioni imposte dalla normativa italiana, l'Isvap la invita a porre fine alle irregolarità. Qualora l'impresa non si conformi a tale invito, l'Isvap informa l'autorità di controllo dello Stato di origine. Potrebbe verificarsi il caso di un persistente stato di irregolarità, anche a seguito dell'invito dell'Autorità; nel qual caso l'Isvap può adottare misure idonee a porre fine alle irregolarità e, se necessario, vietare la stipulazione di nuovi contratti, dopo averne informato le predette autorità. I contratti stipulati in violazione di tale divieto sono nulli, ma l'azione di nullità può essere proposta

soltanto dall'assicurato. Se l'impresa ha uno stabilimento o possiede beni in Italia, le sanzioni amministrative previste dalle leggi italiane vengono applicate nei confronti dello stabilimento o dei predetti beni (art. 193 Codice delle Assicurazioni).

Su richiesta dell'Autorità di vigilanza competente, l'Isvap vieta all'impresa di compiere atti di disposizione sui beni esistenti in Italia e appone il vincolo su detti beni.

5.4 Il trasferimento del portafoglio nell'impresa assicurativa

Il trasferimento di portafoglio consiste nella cessione dell'insieme dei contratti assicurativi compresi nei rami di attività della società. Il trasferimento può essere di due tipi: a) trasferimento di intero portafoglio; b) trasferimento di parte del portafoglio.

Risulta rilevante osservare che, in ossequio dello stesso principio dell'*home country control*, valevole per la creazioni di sedi secondarie in altri paesi membri della comunità, anche per il trasferimento di portafoglio di contratti sottoscritti in regime di libero stabilimento o di libera prestazione di servizi effettuato da imprese con sede legale all'interno dell'Unione Europea, l'autorizzazione al trasferimento spetta all'autorità di vigilanza dello stato membro di origine²⁷⁶.

L'autorità di vigilanza del paese di origine, nella fattispecie l'Isvap, è competente nel rilasciare l'autorizzazione alle imprese che vogliano compiere un'operazione di trasferimento del portafoglio, previa verifica delle condizioni di solvibilità dell'impresa cessionaria, nel rispetto dell'interesse della massa dei creditori ceduti.

Rimangono esclusi dall'ambito di competenza sul rilascio dell'autorizzazione al trasferimento i contratti che, seppure stipulati da impresa italiana, riferiscano a sedi secondarie ubicate in stati situati extra-europei.

L'Isvap si pronuncia altresì circa il trasferimento di portafoglio della sede secondaria

²⁷⁶ Vedasi art. 12 terza direttiva danni e art. 14 direttiva 2002/83.

situata in Italia di un'impresa cosiddetta extra-UE²⁷⁷, in quanto ha la sede legale in uno stato terzo rispetto all'Unione.

Nell'ipotesi in cui il trasferimento preveda la cessione di portafoglio di una sede secondaria situata in uno stato membro o contratti stipulati in regime di libera prestazione di servizi, l'operazione è subordinata all'autorizzazione dell'autorità di vigilanza dello stato membro ove la sede secondaria è localizzata.

Un ulteriore caso in cui entrambe le autorità di vigilanza sono interessate all'operazione è quella in cui il cedente è un'impresa italiana che voglia trasferire il portafoglio ad una società di uno stato terzo, nel qual caso essa può essere effettuata solamente tramite il trasferimento dei contratti alla sede secondaria italiana della società cessionaria extra-ue, e con riferimento ai soli contratti stipulati in Italia e compresi nei rami di attività cui la cessionaria è autorizzata.

In generale, la cessione dei contratti legati al portafoglio comporta il cambiamento di legge applicabile. Per questo motivo è stata prevista una deroga alla disciplina generale²⁷⁸ del contratto: non è necessario il consenso dei contraenti ceduti per rendere effettivo il trasferimento di portafoglio²⁷⁹. Di conseguenza, l'operazione di trasferimento non è causa di risoluzione dei contratti.

Tuttavia la normativa di settore prevede per i contraenti ceduti la facoltà di recedere dal contratto entro un termine di 60 giorni che decorre dalla data di pubblicazione del provvedimento di approvazione del trasferimento a cura dell'Isvap. Tale facoltà è riservata esclusivamente ai contraenti ceduti tramite il trasferimento ad impresa avente sede legale in un altro stato membro o a favore di sedi secondarie di imprese italiane.

Nel caso di trasferimento totale del portafoglio l'impresa cedente decade dall'autorizzazione dell'esercizio dell'attività assicurativa.

277 Vedasi il testo normativo degli artt. 198 e 200 Codice delle Assicurazioni private.

278 Art. 1406 Codice civile.

279 Art. 2558 Codice civile.

CAPITOLO VI

L'applicazione del principio della libertà di stabilimento al diritto delle Società di Intermediazione Mobiliare, delle Società di Gestione del Risparmio e delle SICAV

6. Il principio dell'*home country control* nelle SIM, SGR e SICAV

6.1 La licenza unica come strumento di mobilità all'interno dello spazio europeo nelle SIM

Il Testo Unico Finanziario, ossia il Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, al Capo III, articolo 26, fornisce un quadro normativo che regola l'operatività transfrontaliera delle imprese di investimento.

Tale dettato normativo è frutto del recepimento di disposizione comunitarie, le direttive 93/3/CEE e 93/22/CEE, le quali avevano precedentemente delineato una cornice legislativa alla nozione di <<licenza unica>> per l'ambito dei servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, che a loro volta riproponevano quanto già fissato negli articoli 13 e 15 del Decreto EUROSIM.

Tale impostazione giuridica muove dalla volontà del legislatore di realizzare gli obiettivi posti con il Trattato CE di Maastricht e di porre le basi per l'integrazione dei

mercati comunitari al fine di costruire un unico mercato europeo²⁸⁰.

L'operatività transfrontaliera può realizzarsi nella forma dello stabilimento, di cui meglio si dirà in seguito, e nella forma della libera prestazione di servizi.

La licenza unica, come introdotta dall'articolo 8 della direttiva n. 93/22/CEE, stabilisce il principio dell'*home country control* secondo il quale spetta all'autorità di vigilanza del paese di origine autorizzare l'intermediario a svolgere la sua attività all'interno del territorio comunitario, nel rispetto ovviamente della limitazione concernente lo svolgimento di attività armonizzate, ossia ricomprese nel mutuo riconoscimento.

Diversamente dall'autorizzazione, l'operatività successiva resta assoggettata all'*host country control*, intesa come potestà in capo alla vigilanza del paese ospitante circa le regole di comportamento da adottare nello svolgimento di attività nello stesso. Tali regole sono difficilmente separabili dalle regole prudenziali; allo stesso modo di non facile distinzione risultano essere le competenze tra le diverse autorità coinvolte.

Al fine di trattare semplicemente il tema dell'operatività transfrontaliera delle imprese di investimento, viene utile ripartire il tema in due grandi aree, in relazione ai confini di operatività della licenza unica: - lo svolgimento di servizi finanziari ammessi al mutuo riconoscimento; - lo svolgimento di servizi finanziari non ammessi al mutuo riconoscimento e l'operatività extracomunitaria.

I servizi ammessi al mutuo riconoscimento all'interno dello spazio europeo sono quelli autorizzati nello stato di origine e contenuti in apposite tabelle allegate al T.U.F.²⁸¹, come previsto dall'articolo 1, co. 1, lett. s). Circa l'identificazione di quali siano i servizi ammessi al mutuo riconoscimento, la dottrina si è lungamente interrogata al fine di

280 A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2006, pp. 225 e ss. , e A. ANTONUCCI, *L'assicurazione tra impresa e contratto*, 3^a edizione, Bari, 1997, pp. 40 e ss.; S. AMOROSINO, *Commento all'art. 14, in Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2001, pp. 92 e ss.; FORTUNATO, in *L'EUROSIM*, a cura di Campobasso, Milano, 1997, p. 85 e ss.

281 Sezione A e B della tabella allegata al T.U.F., Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, come modificate a seguito dell'introduzione del Decreto Legislativo n. 164 del 17 settembre 2007.

inquadrate in maniera chiara tali servizi. Al nostro fine basti sapere che tali servizi trovano peraltro una definizione parzialmente diversa in tema di servizi e attività di investimento e di servizi accessori²⁸², motivo per cui non si può prescindere da un'analisi dei contenuti dell'attività svolta per poi verificare le condizioni di operatività transfrontaliera di tali società, su cui ora si cercherà di fornire un inquadramento.

Secondo l'articolo 26, co. 1, lett. a) citato, viene fissato nell'ordinamento nazionale il principio secondo il quale le Società di Intermediazione Mobiliare (di seguito denominate brevemente SIM) possono operare in un altro stato comunitario alle condizioni contenute nel regolamento emanato dalla Banca d'Italia, su cui aveva espresso parere precedentemente la Consob.

Tale regolamento, emanato dalla Banca d'Italia il 26 novembre 1996 ha avuto la funzione di adeguare il quadro normativo nazionale a quello comunitario; difatti il principio della licenza unica, la nozione di succursale e la procedura di stabilimento di succursali di imprese di investimento comunitarie contenute nel regolamento sono mutate in larghissima parte dalla normativa europea.

Partendo proprio dal dato normativo comunitario, e risalendo per differenza al dettato regolamentare, nei casi in cui quest'ultimo si discosti dal primo, si pone in evidenza come l'articolo 1, n. 8, direttiva 93/22/CEE (in seguito direttiva) definisca succursale <<una sede di attività che costituisce una parte, priva di personalità giuridica, di un'impresa di investimento e fornisce servizi di investimento per i quali l'impresa di investimento è stata autorizzata>>.

L'insediamento di una succursale, sia esso primo insediamento o insediamento successivo, viene assoggettato dalla direttiva ad una procedura autorizzativa di competenza dell'autorità di vigilanza del paese di origine. Secondo l'articolo 17, paragrafo 2, lettera b)

282 T.U.F., Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, al comma 5 “Per servizi ed attività di investimento si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto servizi finanziari... g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione” e al comma 6 “Per servizi accessori si intendono... g-bis) le attività e i servizi individuati con Regolamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentite la banca d'Italia e la Consob, e connessi alla prestazione di servizi di investimento o accessori aventi ad oggetto strumenti derivati”.

della direttiva infatti, al momento del primo insediamento, l'impresa sottopone a controllo anche un programma di attività della succursale che, tra l'altro, ne illustra la struttura organizzativa.

Risulta fondamentale quindi, per un'impresa che voglia procedere al primo insediamento in un altro stato comunitario, porre in essere una comunicazione preventiva²⁸³ che richiede la comunicazione del <<progetto>>. In altri termini la direttiva similmente propone la comunicazione di tale progetto di insediamento all'autorità competente del paese di origine²⁸⁴.

Tale comunicazione ha un contenuto minimo armonizzato, svolgendo prevalentemente un controllo di stabilità sulle imprese indicate, e attribuendo anche la relativa competenza, nel nostro ordinamento, alla Banca d'Italia. Vengono inoltre fornite, con riguardo al contenuto della comunicazione, le seguenti informazioni contenute nella comunicazione preventiva: a) lo stato in cui si intende insediare la succursale; b) un programma di attività che indichi il tipo di operazioni da effettuare e la struttura organizzativa della succursale; c) il recapito della succursale – ovvero della sede principale qualora la succursale si articoli in più sedi di attività; d) i nominativi dei dirigenti-responsabili della succursale.

Ripercorrendo per sommi capi l'iter procedurale instaurato da un'impresa di investimento al fine di ottenere la licenza che la autorizza a svolgere un'attività in regime di libero stabilimento, una volta che la comunicazione all'organismo di vigilanza è stata formalizzata, inizia a decorrere il termine di tre mesi²⁸⁵ attraverso il quale si sviluppa il procedimento, basato principalmente sulla valutazione dell'adeguatezza delle strutture patrimoniali e della situazione finanziaria dell'impresa di investimento²⁸⁶.

283 Sezione II, art. 1.1 del Regolamento Banca d'Italia 29 novembre 1996.

284 Art. 17, par. 1 Direttiva 93/22/CEE.

285 Novanta giorni, secondo il Regolamento Banca d'Italia 29 novembre 1996, sez. II, art. 1.1, co. 2.

286 Il regolamento soggiunge che le valutazioni in materia di organizzazione tengono conto delle maggiori difficoltà che le SIM possono incontrare nel garantire l'efficacia dei

Una volta completata la procedura autorizzativa, il risultato può produrre:

- ▲ un esito positivo; le autorità competenti del paese d'origine trasmettono alle autorità competenti del paese ospitante una comunicazione avente ad oggetto sia le informazioni fornite dall'impresa con la sua comunicazione che le notizie relative al sistema di garanzia che tutela i clienti della succursale.
- ▲ un esito negativo; l'autorità del paese d'origine rifiuta di trasmettere la comunicazione all'autorità del paese ospitante, rendendo note le ragioni del rifiuto all'impresa interessata, ragioni che palesemente siano riconducibili ai criteri di valutazione fissati nella stessa disposizione.

Secondo la normativa comunitaria, nel caso in cui si verificasse il rifiuto o la mancata risposta nel termine da parte dell'autorità di vigilanza, è impugnabile in sede giurisdizionale nel paese d'origine²⁸⁷. Sebbene tale disposto non sia replicato dalla fonte regolamentare interna, l'interpretazione prevalente porta a ritenere che tale assenza non compromette il carattere vincolante delle previsioni comunitarie, sulla base dell'assunto che il regolamento deve, ai sensi dell'art. 26, co. 2, T.U.B., dare attuazione alle disposizioni comunitarie.

6.2 L'attività transfrontaliera delle Società di Gestione del Risparmio (SGR) e delle Società di Investimento a Capitale Variabile (SICAV)

Le società di gestione del risparmio possono offrire all'estero sia il servizio di gestione collettiva del risparmio sia il servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento sia il servizio di consulenza in materia di investimenti, come stabilito

controlli interni di una succursale all'estero. Il regolamento invece si discosta invece dalla direttiva nella parte in cui prevede che il termine per la conclusione del procedimento possa subire una sospensione conseguente alla richiesta, da parte di Banca d'Italia, di informazioni aggiuntive.

²⁸⁷ Art. 17, par. 3, 3° cpv, in fine, Direttiva 93/22/CEE.

dall'art. 41 comma 1, D. Lgs. n. 58 del 1998, ossia Testo Unico della Finanza (TUF). Analogamente le SICAV possono offrire all'estero le proprie azioni, mediante il rinvio operato dall'art. 50, comma 1, TUB alla precedente disciplina delle SGR.

L'apertura di una succursale in un paese comunitario da parte di una SGR è sottoposta a due diversi trattamenti, in funzione della qualifica assunta dalla società di gestione, sia essa SGR armonizzata oppure SGR non armonizzata.

Il criterio secondo cui una SGR può ottenere la qualifica di “armonizzata”, per la quale potrà beneficiare di un maggior grado di libertà operativa all'interno del mercato unico, è quello del rispetto da parte degli organismi di investimento in valori mobiliari (OICVM) dalla stessa società gestiti, della specifica normativa comunitaria in materia²⁸⁸.

Gli organismi di investimento mobiliare di cui all'esame possono definirsi armonizzati quando soddisfano la normativa prevista nella direttiva 85/611/CEE²⁸⁹; tale impronta normativa è stata successivamente modificata dalle direttive 2011/107/CEE²⁹⁰ e 2001/108/CEE²⁹¹, le quali hanno trovato recepimento nell'ordinamento interno con il D. Lgs. n. 274 del 2003.

Per connessione con le società che gestiscono tali organismi, il legislatore impone di distinguere nell'ambito delle SGR quelle “armonizzate”, ossia rispettanti la disciplina comunitaria citata e quindi titolari del diritto al mutuo riconoscimento.

Le SGR armonizzate possono svolgere entrambi i tipi di gestione collettiva, ossia: il primo tipo prevede l'esercizio della promozione, dell'istituzione e dell'organizzazione di

²⁸⁸ Gli organismi di investimento collettivo mobiliare (OICVM) rappresentano una specie ricompresa nella più ampia categoria di “Organismi di Investimento Collettivo del risparmio” (OICR), il quali trovano una definizione all'art. 1, comma 4, lett. m) e j), D.Lgs. n. 58/98, Testo Unico della Finanza.

²⁸⁹ Direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), in *GUCE* L 375 del 31 dicembre 1985.

²⁹⁰ In *GUCE* L 41 del 13 febbraio 2002.

²⁹¹ In *GUCE* L 41 13 febbraio 2002.

fondi comuni e la gestione dei relativi patrimoni,²⁹² il secondo tipo vede invece solo la promozione, l'istituzione e l'organizzazione dei fondi ma non anche la gestione dei relativi patrimoni²⁹³.

La categorizzazione dinanzi presentata è propedeutica a meglio comprendere il diverso atteggiarsi della normativa verso soggetti armonizzati o non armonizzati, quando tali soggetti intendono operare in via transfrontaliera attraverso uno stabilimento secondario in un Paese membro.

Precisamente, l'apertura di una succursale in un paese comunitario da parte di una SGR armonizzata presuppone che l'inizio dell'attività sia preceduto dalla sola notifica di tale intenzione all'autorità del Paese membro ospitante da parte della Banca d'Italia. In questo caso la stessa Banca d'Italia, “per motivi attinenti all'adeguatezza della struttura organizzativa e della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della società di gestione del risparmio²⁹⁴, potrebbe rifiutarsi di effettuare la notifica di apertura di sede secondaria. L'apertura di succursale di SGR non armonizzate prevede invece l'assoggettamento alla disciplina propria del Paese ospitante lo stabilimento secondario.

L'apertura di una succursale di una società di gestione, che voglia offrire in un paese extracomunitario i propri servizi di gestione di portafogli sconta invece l'autorizzazione della Banca d'Italia. La normativa prevede un'analogia disciplina per regolare l'operatività all'estero dei soggetti SICAV, come previsto dall'art. 50, comma 1, del Testo Unico citato. L'offerta in Italia di quote di fondi comuni e di azioni si SICAV non italiani è diversamente disciplinata a seconda che si tratti di fondi e di SICAV armonizzati, ossia provenienti da società di gestione e SICAV comunitari e conformi alle norme sugli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, o non armonizzati.

Nella prima ipotesi l'offerta deve essere comunicata almeno due mesi prima del suo avvio sia alla Banca d'Italia sia alla Consob e può essere vietata con provvedimento

292 “Società gestrice”, nel linguaggio del Legislatore del D. Lgs. 58/98.

293 “Società promotrice”, nel linguaggio del Legislatore del D. Lgs. 58/98.

294 Cfr. Regolamento Banca d'Italia, 14 aprile 2005, titolo VI.

motivato sia dell'una sia dell'altra quando “il modulo organizzativo adottato non consenta di assicurare l'esercizio in Italia dei diritti patrimoniali” degli investitori; modulo organizzativo che fa perno su una convenzione tra l'offerente e una banca corrispondente con sede in Italia alla quale vengono affidati i compiti di esecuzione dei diritti connessi al collocamento e di supporto per l'esercizio dei diritti connessi con la quota di partecipazione e con le azioni oggetto dell'offerta.

Nella seconda ipotesi l'offerta deve essere autorizzata dalla Banca d'Italia, sentita la Consob, e l'autorizzazione può essere accordata a “condizione che i relativi schemi di funzionamento siano compatibili con quelli previsti per gli organismi italiani” e che, come già osservato, sono descritti dal Regolamento del Ministro dell'Economia e delle finanze 24 maggio 1999, n. 228, il quale fissa gli elementi inderogabili dei vari tipi di fondi e di modelli di gestione delle SICAV.

Il collocamento presso il pubblico presuppone che sia stata effettuata la pubblicazione del prospetto informativo, il quale serve a sollecitare gli investitori all'acquisto. La Banca d'Italia e la Consob hanno poteri informativi sull'emittente e sul collocatore e, nei confronti di quelli extracomunitari, anche poteri ispettivi. Inoltre sia la Banca d'Italia sia la Consob possono sospendere <<in via cautelare>> l'offerta qualora sussistano gli elementi che fanno presumere l'inosservanza delle norme alle quali l'organismo di investimento estero deve attenersi e possono vietare l'offerta quando la violazione sia accertata²⁹⁵.

Pertanto, nel caso in cui una società di gestione armonizzata non italiana violi le norme alle quali la stessa deve attenersi nell'esercizio della propria attività ed abbia una succursale in Italia, la Banca d'Italia e la Consob possono ordinare alla stessa di <<porre termine a tali irregolarità dandone comunicazione all'Autorità di Vigilanza dello Stato membro in cui la società ha sede legale per provvedimenti necessari>>. La Banca d'Italia e la Consob possono ordinare anche la chiusura della succursale quando: - manchino o risultino inadeguati i provvedimenti dell'autorità competente dello Stato in cui l'intermediario ha sede legale; - risultino violazioni delle norme di comportamento; - le

²⁹⁵ Come indicato all'art. 54, comma 1, D. Lgs. 58/98.

irregolarità commesse possano pregiudicare interessi di carattere generale; - nei casi di urgenza per la tutela degli interessi degli investitori.

Considerazioni conclusive

Il diritto di stabilimento veniva enunciato nel Trattato di Roma in linea di principio ma non veniva realizzato completamente in quanto il Trattato stesso lasciava agli Stati membri lo spazio di enucleare i criteri di individuazione della sede sociale e le modalità con le quali la sede, come definita dallo Stato membro di origine o destinazione, può essere trasferita.

Il presente lavoro, nei limiti di una trattazione che non ha pretese di esaustività, si pone l'obiettivo di tratteggiare l'evoluzione della libertà di stabilimento nella pratica societaria europea, illustrando le varie strade intraprese dal legislatore e dalla giurisprudenza europea al fine di permettere la piena mobilità delle società, siano esse, principalmente, le imprese societarie “comuni”, ossia quelle la cui disciplina di recepimento è contenuta nel Codice Civile, siano invece le imprese societarie cosiddette “speciali”, ossia le imprese bancarie, finanziarie ed assicurative, disciplinate nel diritto interno principalmente dalle norme contenute nel Testo Unico Bancario, nel Testo Unico della Finanza e nel Codice delle Assicurazioni Private.

Percorrendo un ideale sentiero di evoluzioni normative e giurisprudenziali, e partendo dalla libertà di stabilimento e dalle sue applicazioni che investono le società cosiddette “comuni”, si può notare come dapprima si sia tentata la strada di un accordo di convergenza tra Stati membri allo scopo di coordinare le rispettive norme di diritto internazionale privato e le norme sul conflitto di leggi, vale a dire quelle norme con le quali gli Stati membri disciplinano l'uscita e l'ingresso di una società nel proprio ordinamento giuridico. Il passo in avanti che si realizzava era di fatto limitato alla rinuncia da parte degli Stati membri della possibilità di impedire l'uscita di una società che rispettasse la legislazione dello Stato di partenza e di arrivo. I Paesi Bassi, ad esempio, in quel periodo ritenevano di avere la normativa societaria più flessibile per le società e si pensavano quindi potenzialmente beneficiari di un flusso migratorio verso il loro paese, flusso che non

sarebbe stato pienamente consentito dalla convenzione che lasciava agli altri Stati membri la possibilità di porre limitazioni all'uscita di società dal proprio ordinamento giuridico, ad esempio condizionando il trasferimento della sede legale al trasferimento anche della sede effettiva.

All'emersione del pericolo del *forum shopping* come elemento ostativo al raggiungimento di un accordo sulla libertà di stabilimento societaria seguì una risposta da parte delle istituzioni comunitarie che, adottando alla fine degli anni '60 un piano di armonizzazione sistematica del diritto societario, di fatto mirarono a ridurre al massimo gli effetti della concorrenza tra legislazioni nazionali e quindi a permettere l'adesione degli Stati membri al principio della piena mobilità delle società. Se questa scelta ha permesso un'ampia armonizzazione nel successivo decennio, essa non è stata in grado di superare le differenze fondamentali tra i diritti societari degli Stati membri (il cui numero intanto aumentava progressivamente) in primo luogo riguardo alla partecipazione obbligatoria dei lavoratori alla gestione e secondariamente con riguardo alla disciplina dei gruppi di società. Questa è la ragione principale per la quale tra tutti gli strumenti legislativi che in concreto potevano porre in essere il completamento della libertà di stabilimento soltanto alcuni di essi sono stati adottati (statuto della Società Europea, direttiva Fusioni Transfrontaliere), peraltro accompagnati da significative restrizioni in termini di disciplina della sede e di rispetto al regime di partecipazione obbligatoria dei lavoratori. La direttiva sul trasferimento della sede non è ancora stata adottata.

Negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha delineato una nuova strada per l'applicazione agli enti societari del diritto di stabilimento, incentrata principalmente sul mutuo riconoscimento degli ordinamenti nazionali e, con la sentenza *Cartesio* del 2008, sull'apertura verso forme meno vincolanti di "trasformazioni internazionali". La teoria è quella secondo la quale è ammissibile ritenere che le società costituite in uno Stato membro possano *trasformarsi* in società disciplinate dalla legge di altro Stato membro senza dover passare dallo scioglimento e senza che possano essere loro imposte eccessive limitazioni. Con tale orientamento giurisprudenziale, la Corte di Giustizia, pur confermando la sentenza *Daily Mail* con riferimento alle società che non

vogliono mutare *lex societatis*, stabilisce che tali trasferimenti sono ammissibili all'interno dell'Unione dal momento che rispettano il principio cardine del libero stabilimento degli enti giuridici societari.

Da ultimo, con la proposta di statuto della Società privata europea la Commissione ha scelto di aggirare gli ostacoli derivanti dalla diversità degli ordinamenti societari nazionali attraverso uno statuto societario europeo che esclude in molti ambiti l'applicabilità del diritto nazionale e lascia all'autonomia statutaria il compito di delineare l'organizzazione interna e il regime del capitale.

Un altro ostacolo alla libertà di stabilimento è rappresentato dall'assenza di una legislazione fiscale europea sufficientemente armonizzata allo scopo di prevenire opportunità per il *forum shopping* fiscale e al fine di superare le misure restrittive del trasferimento di sede sociale oggi adottate da molti Stati membri. L'obiettivo di contemperare la necessità di rimuovere gli ostacoli fiscali alla libertà di stabilimento con il divieto che la libertà di stabilimento abbia esclusivamente contenuti di *forum shopping* fiscale non è un obiettivo che sembra facilmente conseguibile, soprattutto se si considera come la tematica fiscale sia oggetto di forte interesse da parte delle amministrazioni degli Stati membri. Un importante segnale indirizzato al superamento dei vincoli posti dalla normativa fiscale interna di molti Stati membri è riscontrabile nelle intenzioni esposte nella recente informativa della Commissione Europea del 16 marzo 2011 nella quale si rinviene la proposta per l'introduzione di un sistema di regole facoltative per tutte le imprese comunitarie che intendano calcolare l'imposta sulle società partendo da una base imponibile consolidata comune.

Considerando ulteriori aspetti problematici sollevati nel corso del lavoro che si porta a conclusione, è necessario fare cenno anche all'esperienza statunitense in materia. Da tale esperienza si può ricavare l'assunto secondo il quale la piena libertà di stabilimento è raggiungibile solamente a condizione che i soggetti operino in un contesto nel quale non vi

siano radicali differenze tra gli ordinamenti societari statali. Negli Stati Uniti il diritto societario si articola in larga parte in norme dispositive e anche quando vi sono delle norme imperative le differenze fra gli Stati non sono così rilevanti come in Europa. Inoltre negli Stati Uniti la mobilità delle società non sembra essere legata ad opportunità di natura fiscale. La piena mobilità delle società è accettata perchè legata essenzialmente allo sfruttamento delle differenze nell'efficienza dei tribunali civili e di moderate differenze in termini di legislazione imperativa. D'altra parte, nell'Unione europea le potenzialità offerte da un pieno diritto di stabilimento in termini di risparmi di costi del capitale sono maggiori rispetto agli Stati a causa della grande diversità nell'efficienza degli ordinamenti giuridici nazionali. Inoltre, il temuto “effetto Delaware” - cioè la scelta sistematica da parte degli imprenditori di costituire le società nello Stato membro con la normativa societaria più favorevole e poi trasferire l'ente in un altro Paese mantenendo la nazionalità (e l'applicazione della legge) dello Stato di incorporazione ed eventualmente sfruttando gli ulteriori benefici offerti dalla normativa del Paese ospitante - non appare che in ambito comunitario possa essere considerata una *race to the bottom*, ma semmai sembra far venire alla luce una sana concorrenza tra sistemi normativi. Infatti, a seguito dell'armonizzazione del diritto societario negli Stati membri ad opera del diritto comunitario, malgrado si riscontrino ad oggi differenze nelle varie legislazioni nazionali di settore, in nessuno di essi vi è una normativa così fortemente favorevole rispetto alle altre che privi di un'adeguata tutela i terzi e i creditori. Tale affermazione deve essere temperata, al fine di mantenere un'analisi delle dinamiche europee il più possibile realista, con esperienze continentali che, in alcuni casi hanno dimostrato come il rischio di comportamenti opportunistici da parte degli operatori economici esista, talvolta a scapito di condizioni giuridiche maggiormente evolute ma allo stesso tempo troppo rigide ed onerose; pertanto ciò che è stato fino a poco prima affermato va osservato in un'accezione generale e in chiave prospettica.

Una seconda parte del lavoro svolto concerne l'approfondimento delle problematiche poste dalla ricerca nel campo della libertà di stabilimento nelle “imprese speciali”, ossia le imprese di matrice bancaria, finanziaria ed assicurativa. Tali soggetti

giuridici formano l'oggetto di una disciplina normativa che si distingue per forma e principi ispiratori rispetto alla disciplina delle imprese “comuni” ossia di quelle imprese operanti nei settori industriale e commerciale. Il trattamento specifico in materia di stabilimento che il legislatore comunitario ha riservato alle società bancarie, finanziarie ed assicurative si fonda prevalentemente nel preminente interesse di portata pubblicistica di cui tali soggetti si fanno espressione.

Le *imprese speciali* hanno infatti un ruolo centrale all'interno del cosiddetto ordine economico generale di uno Stato. Però, oltre ad affermare l'importanza di tali enti, ciò che questo ragionamento vuole mettere in luce è il diverso approccio adottato dal legislatore comunitario con riferimento alla libertà di stabilimento dei soggetti bancari, finanziari ed assicurativi. L'accento ricade quindi sulle sostanziali differenze di impostazione degli ordinamenti speciali, per i quali il legislatore comunitario ha inteso operare un'armonizzazione che forse minima non è più, ma che si può azzardare a definire “un'armonizzazione massima”, in quanto intende disciplinare molteplici ambiti della vita di tali enti, come riscontrabile dalla lettura di specifiche direttive volte ad indirizzare la regolamentazione a tutti i livelli e in numerosi ambiti applicativi, ivi compreso il sistema autorizzativo per l'apertura di filiali e succursali in Paesi membri, costruito al precipuo fine di permettere ad un “soggetto giuridico finanziario” – *latu sensu* - ubicato in uno Stato membro di stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine.

Per tali soggetti la libertà di stabilimento si esplica esclusivamente nella forma di stabilimento a titolo secondario, ossia solo attraverso l'apertura di filiali o succursali in Stati membri diversi da quelli in cui la società ha la propria sede sociale. Infatti, la disciplina sulla sede delle “imprese speciali”, sia nella normativa bancaria e finanziaria così come in quella assicurativa, prevede che la sede sociale e la sede amministrativa, o meglio sede di direzione generale (utilizzando la terminologia del legislatore), siano ubicate nel territorio dove la società è costituita, evitando così ogni possibile confusione circa l'assoggettamento al competente Istituto di Vigilanza di un unico Stato membro. Nel caso di soggetto stabilito in via principale in Italia, saranno competenti la Banca d'Italia, l'Isvap o la Consob, siano essi soggetti bancari, assicurativi o finanziari.

E' appena il caso di ricordare in questa sede che il regime regolatorio così accolto si basa su due pilastri. Il primo è il principio del passaporto unico, in forza del quale la costituzione in uno qualsiasi degli Stati membri (il cosiddetto Paese di origine, *country of origin*, talora indicato anche come *home country*) dà il diritto all'impresa in questione non più solo di stabilirsi in qualsiasi altro Stato membro a sua scelta (il cosiddetto Paese ospitante – *host country*), ma anche di ivi svolgere la propria attività in regime di libera prestazione di servizi transfrontalieri senza necessità di ottenere una nuova autorizzazione. A tal fine, l'impresa interessata a stabilirsi nello Stato membro ospite deve soltanto provvedere alla notificazione alle autorità dello Stato ospite in conformità alle indicazioni del diritto comunitario. Il secondo pilastro del sistema regolatorio è il principio della vigilanza del Paese di origine (*country of origin principle*), in forza del quale l'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui l'impresa abbia la sede ha l'esclusiva responsabilità per la supervisione prudenziale e finanziaria dell'impresa stessa, a prescindere dal concorso della autorità degli Stati membri ulteriori nei quali la medesima impresa svolga attività assicurativa in libertà di prestazione. Gli Stati membri ospiti mantengono una competenza residuale ad intervenire solo dove ciò sia richiesto dall'interesse generale, in altri termini un interesse di rango superiore per l'ordinamento.

Gli orientamenti finora proposti in tema di libertà di stabilimento hanno visto l'adozione di sistemi regolatori diversi con riferimento ai diversi soggetti destinatari della disciplina comunitaria. Si vuole evidenziare come l'armonizzazione minima, il mutuo riconoscimento e la competizione regolatoria siano tre direttrici fondamentali per la comprensione del fenomeno regolatorio che ha investito la libertà di stabilimento delle società comunitarie negli ultimi anni. Sotto questo profilo, il passaporto unico delle banche, come anche delle imprese assicurative e delle imprese di investimento, rappresenta davvero un salto di qualità ed effettivamente costituisce un *unicum* nel panorama normativo contemporaneo. Esso significa che le imprese che ne beneficiano sono assoggettate ad un regime regolatorio per così dire “portatile”, radicato nel sistema giuridico di origine ma che esse conservano nelle diverse giurisdizioni in cui operano. Si pongono quindi interrogativi circa la natura di tale sistema di regole basato su un progetto di “armonizzazione a largo raggio” coniugato con il mutuo riconoscimento dei soggetti costituiti in ciascuno degli Stati

membri, quando tale sistema si pone in relazione con l'approccio fondato sull'armonizzazione cosiddetta “minima” che invece segna da sempre l'evoluzione del diritto societario degli Stati membri di cui la disciplina della libertà di stabilimento fa parte. La deviazione presa dalle normative bancarie, assicurative e finanziarie, la quale ha impresso un'accelerazione improvvisa nella dinamica giuridica e ha creato una rottura con gli schemi del passato, sembra, ad una prima analisi, possa ricondursi alla pressione esercitata dai corposi interessi settoriali implicati. Ma pare anche significativo il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia Europea, che ha rivelato attraverso alcune importanti sentenze una marcata vocazione integrazionistica.

La Corte di Giustizia Europea, nello svolgere il fondamentale ruolo interpretativo dei principi contenuti nel Trattato sull'Unione Europea, ha costantemente innovato la disciplina societaria comunitaria con riguardo ai trasferimenti di sede, da taluni autori definiti come “trasformazioni internazionali” comunitarie. Tali operazioni, precludendo a questioni rilevanti in tema di legge applicabile, sono state oggetto di contrastanti orientamenti giurisprudenziali nel corso degli ultimi anni. Sono sorte inoltre continue dispute tra corti nazionali con riguardo ai criteri di giurisdizione e collegamento.

Per comprendere le ipotesi in cui le società possono mutare *lex societatis* occorre affrontare i criteri internazionalprivatistici riguardanti le società. La dottrina, a tal proposito, è solita distinguere i meccanismi di coordinamento tra ordinamenti in materia societaria in due raggruppamenti che riferiscono alla “teoria della sede reale” dal un lato e alla “teoria dell'incorporazione” dall'altro lato. Con riferimento alle società di capitali, entrambe sono accomunate dal principio sostanziale di coincidenza tra sede di registro della società e relativa legge applicabile del luogo di registro o costituzione. Peraltro, tanto in Stati membri che adottano la teoria della sede reale, ad esempio la Germania, quanto in Stati che, diversamente, applichino la teoria dell'incorporazione come avviene in Inghilterra, si possono rilevare disposizioni normative che vietano il trasferimento della sede in continuità dei rapporti giuridici, ossia senza che si verifichi lo scioglimento dell'ente stesso.

All'interno del quadro dell'Unione Europea, questo scenario sta lentamente mutando. La considerazione prende le mosse, in prima battuta, dalle innovazioni introdotte

dalla Direttiva sulle Fusioni Transfrontaliere la quale permette alle società di capitali di avvalersi di uno strumento utile a realizzare un'operazione transfrontaliera di *trasformazione* sociale. Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la recente sentenza *Cartesio* del dicembre 2008, afferma che i trasferimenti di sede con modifica dello statuto personale sono espressione della libertà di stabilimento e quindi, devono essere ammessi all'interno dell'Unione Europea. Sebbene confermi l'impostazione adottata con la sentenza *Daily Mail* del 1988 che legittimava la fattispecie per cui lo Stato membro di costituzione di una società poteva ostacolare il trasferimento della sede in altro Stato membro con mantenimento della nazionalità nello Stato di origine. La recente pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Cartesio* induce a pensare che le società possano beneficiare di una libertà di stabilimento che ha decisamente allargato la propria portata e i propri orizzonti.

Il cammino che il principio comunitario della libertà di stabilimento dovrà compiere nei prossimi anni sarà di certo non facile. Molti nodi rimangono ancora da sciogliere: basti pensare, tra l'altro, all'insieme di regole che, al fine di proteggere i soci di minoranza o i creditori delle società di capitali nelle operazioni di trasferimento di sede sociale all'estero, potrebbero rappresentare essi stessi degli ostacoli all'effettiva applicazione dello stesso principio comunitario. Allo stesso modo ci si dovrà confrontare con l'importante tema dell'adeguamento, da molte parti invocato, delle legislazioni fiscali alla nuova configurazione di tale fenomeno e che fino ad oggi è stato penalizzato attraverso un'imposizione che colpiva il trasferimento della sede sociale, non tenendo in considerazione le mutate condizioni del quadro giuridico e giurisprudenziale. Infine, ci si augura di poter assistere nel prossimo futuro a consistenti interventi in materia di diritto societario europeo, sia da parte del legislatore che da parte di tutti gli operatori del diritto, in quanto un'attenta riflessione sul ruolo svolto dalle società nel mercato unico, e più in generale, sul tipo di approccio regolatorio che si intende adottare, permetterebbe di far sì che si allontani sempre più la prospettiva di una *race to the bottom*, lasciando più ampio spazio, nel quadro dell'armonizzazione normativa, ad una sana concorrenza tra ordinamenti.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Diritto commerciale*, Monduzzi Editore, Bologna, 2010.

ADENAS M. e WOOLRIDGE F, *European Comparative Company Law*, Cambridge UP, Cambridge, 2009.

AL NAJJARI N. – PERON S., *Le fusioni transfrontaliere di società di capitali, uno sguardo d'insieme*, in *Contratto e impresa*, Europa, 2005, p. 708.

ALPA G., *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Bari, 2004, pp. 48 e ss.

AMATUCCI C., *L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Innovazione e diritto*, 5, 2005.

AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. internazionale*, 2003, p. 700.

ANTONUCCI A., *Diritto della banche*, Giuffrè Editore, Milano, 2009

ANTONUCCI A., *L'assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1995, pp. 32 e ss.

BALDINI CONFALONIERI A., *Considerazioni sulla nascita di un Geie: il controllo e l'efficacia dell'iscrizione, la soggettività del gruppo, la sua autonomia patrimoniale e la sua causa mutualistica*, in *Giur. It.*, 2003, IV, p. 350.

BALLARINO T., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, Cedam, Padova, 1999, pp. 62 a 69.

BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p.

691.

BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2003, p. 538.

BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti modelli regole*, Padova, 2008, p. 219 e ss.

BENAZZO P. – GHEZZI F. - PATRIARCA S., *Verso un nuovo diritto societario: contributi per un dibattito*, Il Mulino, Bologna, 2002.

BENEDETTELLI M., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 2001, pp. 569-578.

BENEDETTELLI M., “Mercato” comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. Soc.*, 2003, 4, p. 724.

CALANDRA BUONAURA V., in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI E C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti in Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, Cedam, 2001, p. 83

CAMARDI C., *Banca e mercato*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, Padova, 2010, pp. 17 e ss.

CAMPOBASSO G.F., *La società europea*, in *Diritto delle società*, Torino, 2004, 2, cap. XIV, p. 240 e ss.

CAPRIGLIONE F., *Commento agli artt. 13 a 16*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, a cura dello stesso autore, Padova, 1997, pp. 92 e ss.

CASSOTTANA M. - NUZZO A., *Lezioni di diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.

CATALDO C., *Il gruppo europeo di interesse economico(GEIE)*, in *Impresa*, 1995, p. 505 e ss.

COLANGELO G., *Uberseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, (nota a Corte di giustizia Comunità europea, 5 novembre 2002, n. 208/2000, *Uberseering BV c. Nordic Construction Co. Baumangement GmbH*), in *Corriere giur.*, 2003, pp. 309-311.

CONTALDI G., in TIZZANO A., *Trattati della Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 385 e ss..

CORAPI D. – DE DONNO B., *Le società*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di TIZZANO A., Torino, 2006, pp. 1275 e ss.

COSTI R., *Tra mutuo riconoscimento, convenzioni internazionali e norme di diritto internazionale privato*, in *Manuale per il 1993 e oltre*, a cura di G. VACIAGO, Milano, Edibank, 1991, pp. 159 e ss.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2007.

COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2010.

CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, pp. 952 e ss.

DAL SOGLIO, *Il trasferimento della sede all 'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, cit., pag. 560.

DE ANGELIS L., RONDINONE N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Giappichelli, Torino, 2008.

DE' COCCI, *Prime osservazioni sulla legge n. 742/86 (nuove norme per l'esercizio delle assicurazioni sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 1986, pp. 351 e ss.

DONATI - VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2009.

DRAETTA U., *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, pp. 1 e ss.

FARENZA L., *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2010.

FIMMANÒ, *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*, nota a d. Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, pp. 574 e ss.

FORTUNATO S., *Una recente sentenza della Corte di Giustizia in tema di libertà di stabilimento delle società*, in *Dir. Unione Eur.*, 2000, n. 1, pp. 83 e ss.

FORTUNATO S., *La mobilità transfrontaliere delle società nel diritto comunitario: il caso "Centros"*, osservazioni a Corte giust., 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Foro it.*, 2000, n. 7-8, IV, 317.

FORTUNATO S., in *L'EUROSIM*, (a cura di) CAMPOBASSO, Milano, 1997, pp. 85 e ss.

FRANCESCHELLI R., *Fusione con trasferimento della sede all'estero e diritto di recesso*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, p. 143 e ss.

GALANTI, (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Tratt. Dir. econ.* diretto da PICOZZA e GABRIELLI, V, Padova, 2008.

GIULIANI THOMPSON F., *Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, vol. 1, pp. 229 e ss.

LICINI C., *La sentenza Uberseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?*, in *Notariato*, 2003.

LEANDRO A., *"Società: se c'è un trasferimento della sede il Paese d'origine può revocare la nazionalità"* in *Guida al diritto* n. 3/2009, pp. 106 e ss.

LEVI G., *Sede secondaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2007, pp. 292 e ss.

LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Uberseering": tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003., p. 456.

LOMBARDO S., *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2005, pp. 376 e ss.

MAFFEI ALBERTI A., *Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n.6 aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, pp. 2614 e ss.

MARCHETTI P., *Osservazioni sull'attuazione della seconda direttiva CEE in materia creditizia*, in

Riv. Soc., 1993, II, 285.

MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, 3, pp. 654 e ss..

MARTINA G., *Il regime di autorizzazione*, in PARTESOTTI G. – RICOLFI M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Cedam, Padova, 2000, pp. 83 e ss.

MEZZACAPO V., in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001.

MOLLE G., DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 2005.

MONGIELLO A., *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XVII, Padova, 1999.

MUCCIARELLI F.M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, p. 564.

MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010.

MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 2003, p. 29.

PERNAZZA F., *Commento agli artt. 2507-2510 c.c.*, in *Società di capitali: commentario* (a cura di) G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pp. 2014 e ss.

PERNAZZA F., *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori*, in *Società*, 3, 2004, 373 s

PERRONE A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 1921.

PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 378.

PICCHIO FORLATI L., *Il trattamento di impresa bancaria di stati terzi nella Cee*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985.

PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, p. 586.

PLAIA A., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2007.

PORTALE G.B., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corriere Giuridico*, 2003, p. 97 e ss.

PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Il Corr. giuridico*, 2003, pp.145-148.

PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V. (a cura di), *Testo Unico Bancario Commentario*, A. Giuffrè, Milano, 2010.

RACUGNO G., *La società cooperativa europea*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2006, *cit.*, pp. 316 e ss.

RICOLFI M., *Attività assicurativa e competizione regolatoria*, in *Assicurazioni*, 2006, pp. 395 e ss.

RIGHINI A., *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 756 e ss.

SACCOMANNI F., *Nuove regole e mercati finanziari*, Relazione alla SSPA, Roma, 2009.

SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. VASSALLI, Torino, UTET, 1983, pp. 104 e ss.

TESAURO G., *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008, pp. 500 e ss.

TROINANIELLO P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2010.

VELLA F., *Le succursali di banche estere in Italia*, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè, Milano, 1987.

VOLPE PUTZOLU, *L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione*, in Assicurazioni, 1991, p. 113.

VOLPE PUTZOLU G., *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazione*, in S. AMOROSINO e L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2006.

WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in Riv. Soc., 2003, 4, pp. 729 e ss.

GIURISPRUDENZA (Corte di Giustizia)

Cadbury Schweppes plc, Cadbury Scweppes Oversead Ltd v. Commissioners od Ireland Revenue, C-196/04 [2006] ECR I-8031

CARTESIO Oktató és Szolgáltató, C-210/06 [2008] ECR I-09461

Cassis de Dijon, C-120/78 [1979] ECR 649

Centros Ltd v. Erhvervsog Selskabsstyrelsen, C-212/97 [1999] ECR I-1459

Commission v. Italy, C-3/88 [1989] ECR 4035

Commission v. UK, C-279/89 [1992] ECR I-5785

Commission v. Greece, C-305/87 [1989] ECR I-1461

Commission v. Ireland, C-93/89 [1991] R 4569

D.H.M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beropen, C-79/85, [1986] ECR I-2375

Eurofood IFSC Ltd, C-341/04 [2006] ECR I-1078

Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art, C-167/01, [2003] ECR I-1095

Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-446/03 [2005] ECR I-10837

SEVIC System AG, C-411/03, [2005] ECR I-10805

The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust plc, C-81/87 [1998] ECR II-5483

Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, C-208/00 [2002] ECR I-9919

GIURISPRUDENZA (ITALIA)

App. Torino, 1° dicembre 1995, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 1996, 855 ss.

App. Trieste, 9 ottobre 1999, *Riv. Not.*, 2000, 167 ss.

Trib. Alessandria, 19 agosto 1995, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1996, 855 ss.

Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Le società*, 1997, 574 ss.

Trib. Monza, (decr.) 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 558 ss.

Trib. Roma, 26 novembre 2003, in *Riv. dir. Int. priv. proc.*, 2004, 691 ss.