



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI "M. FANNO"

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA

PROVA FINALE

"TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE E LEX SOCIETATIS"

RELATORE:

CH.MO PROF. ZAMUNER ENRICO

LAUREANDO/A: CAVESTRO LINDA

MATRICOLA N. 1164509

ANNO ACCADEMICO 2020 – 2021

*Al Prof. Zamuner Enrico per aver guidato la stesura di questo lavoro,
ai miei genitori per il sostegno,
a tutte le persone che hanno creduto in me,
un sincero grazie.*

INDICE

<i>Introduzione</i>	4
1. Le persone giuridiche e la loro legge regolatrice nel nuovo diritto internazionale privato	6
1.1 <i>La fattispecie</i>	7
1.2 <i>Le scelte legislative</i>	9
2. Profili giuridici del trasferimento della sede sociale all'estero	12
2.1 <i>Interessi pubblici e privati coinvolti</i>	12
2.2 <i>Cosa dice e non dice il diritto comunitario</i>	13
2.3 <i>Come funziona in Italia</i>	15
3. I trasferimenti della sede sociale all'interno dell'Unione Europea	17
3.1 <i>L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria</i>	17
3.2 <i>Trasferimento esclusivo della sede sociale: il caso Polbud</i>	21
Conclusioni	24
Bibliografia	26

INTRODUZIONE

Ad oggi è raro che un operatore economico si limiti a svolgere la sua attività senza interagire con l'estero; ciò è dovuto al fatto che il contesto in cui viviamo si sta sempre più aprendo all'idea di essere interdipendente, in primis dall'Unione Europea, e poi dal resto del mondo. L'argomento di cui si parlerà rientra tra le operazioni che caratterizzano un'impresa nel momento in cui decide di accettare la trasformazione, più o meno significativa, dei suoi processi sotto aspetti legali, finanziari, organizzativi e strategici.

Il trasferimento della sede sociale, inteso come spostamento del centro degli affari, in uno Stato diverso da quello in cui la società è nata, rappresenta un tema tutt'ora dibattuto per le sue peculiarità in termini di regolamentazione: a livello comunitario, infatti, esso è riconosciuto come esercizio della libertà di stabilimento nel mercato interno però manca una normativa sovranazionale per quanto riguarda la legge applicabile alla società dopo questa operazione, la c.d. *lex societatis*. Ragion per cui le legislazioni nazionali si sono trovate a compiere scelte autonome in merito e hanno predisposto discipline differenti per stabilire il diritto da applicare a situazioni, come quella in esame, che presentano uno o più elementi di estraneità rispetto ad un certo ordinamento giuridico. In seguito si farà riferimento alla legge 31 maggio 1995, n. 218: *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*¹. Essa considera casi concreti che potrebbero trovare regolamentazione in più ordinamenti ed è quindi chiamata a risolvere i potenziali conflitti di legge, utilizzando criteri di collegamento di vario genere, i quali fanno da "ponte" tra una fattispecie e un determinato ordinamento giuridico. E' utile, ai fini di una maggiore comprensione dell'argomento, specificare che queste regole possono essere applicate solamente da un giudice italiano perché sono una branca della legislazione statale; a tale riguardo si parlerà dell'ordinamento del foro.

In Europa esistono due linee di pensiero per l'individuazione della *lex societatis*: la teoria dell'incorporazione e la teoria della sede effettiva. La prima valorizza il luogo in cui si è perfezionata la costituzione della società e la seconda attribuisce importanza al territorio in cui realmente le intenzioni diventano decisioni. Esse convivono entro i confini dell'Unione grazie all'azione svolta nel tempo della Corte di Giustizia, garante del diritto comunitario, che ne guida l'interpretazione e l'applicazione uniforme nei vari Stati Membri.

Questa tematica è interessante in corrispondenza del crescente fenomeno della delocalizzazione delle imprese perché il trasferimento della sede sociale può permettere di

¹.Punti di riferimento dell'ordinamento italiano in materia sono: il principio della residenza, il criterio della volontà delle parti e, nei limiti della salvaguardia dell'armonia statale, la ricerca dell'uniformità delle soluzioni internazionali.

gestire l'attuale crisi del sistema economico in maniera strategica. Nei capitoli che seguono si illustrerà il modo in cui vengono intese le società nel nuovo diritto internazionale privato italiano e cosa si intende per legge regolatrice. Lo scopo è quello di comprendere i meccanismi normativi che governano il fenomeno della modifica della sede statutaria, che a sua volta coinvolge l'assetto delle regole organizzative della società. Infine, attraverso l'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia, verrà messo in evidenza l'orientamento prevalente della Corte, i suoi sviluppi più recenti e l'impatto che esso ha nelle scelte imprenditoriali.

1. LE PERSONE GIURIDICHE E LA LORO LEGGE REGOLATRICE NEL NUOVO DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Il diritto societario, essenzialmente, si occupa delle questioni riguardanti la vita della società e il rapporto tra questa e coloro che ne fanno parte; sono norme giuridiche emanate a livello nazionale perciò non sono rare le differenze che, in questi termini, esistono tra gli ordinamenti. Quando una fattispecie non è totalmente riconducibile ad un'unica legislazione statale, sorge il problema di capire a quali altre norme potrebbe essere soggetta e in che modo queste si coordinano tra loro. E' comprensibile che si creino conflitti di leggi e, a volte, non è per niente immediata la soluzione da adottare.

Prima della legge 218/1995 non c'era un'espressa disciplina risoltrice di detti conflitti, perciò si faceva riferimento ad alcuni articoli del c.c. con riguardo alle società commerciali. La giurisprudenza aveva recepito le tesi che valorizzavano gli artt. 16 e 17 delle preleggi. Essi prevedevano il riconoscimento degli enti stranieri attribuendo efficacia, nell'ordinamento italiano, al diritto in base al quale l'ente era venuto ad esistenza e la soggezione di quest'ultimo alla propria legge nazionale, in base alla norma di stato e capacità delle persone.² Con la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in breve "la Legge"³, il legislatore ha dedicato una specifica norma di conflitto alle società per l'individuazione della loro *lex societatis* quando svolgono l'attività, in tutto o in parte, al di fuori dei confini nazionali. A questo fine, è stato formulato l'art. 25, l. 31 maggio 1995 n.218, rubricato "Società ed altri enti": unica norma del capo III del Titolo III, sul diritto applicabile alle persone giuridiche. Esso, come le altre disposizioni contenute in questa legge, non verrà direttamente applicato nell'ambito di una procedura di arbitrato internazionale⁴ che si svolga all'interno dell'ordinamento italiano; in questo caso l'organo arbitrale, in mancanza di una manifestazione di volontà delle parti, potrà utilizzare la Legge oppure definire un proprio sistema di conflitto per regolare la controversia.

² L'art. 17 delle preleggi, ora abrogato, faceva richiamo alla legge dello Stato al quale le persone appartengono, con ciò implicitamente postulando l'ambiguo concetto di nazionalità. Su questo tema si esprime Pederzini, 2020. *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere* in Percorsi di diritto societario europeo. Torino: Giappichelli. P. 9.

³ Definizione data da Benedettelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc., p. 40 ss.

⁴ Nel diritto internazionale è uno dei mezzi di soluzione pacifica dei contrasti tra atteggiamenti soggettivi, in ordine ad un determinato conflitto di interessi, tra due o più Stati. Secondo la Convenzione dell'Aia (1907), l'arbitrato "ha per oggetto il regolamento di liti fra Stati per opera di giudici di loro scelta e sulla base del rispetto del diritto. Il ricorso all'arbitro implica l'impegno di assoggettarsi in buona fede alla pronuncia."

1.1 La fattispecie

Il dato normativo in esame, l'art. 25 della Legge, prende in considerazione "Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa", cioè qualsiasi entità diversa dalle persone fisiche alla quale un ordinamento dia la possibilità di essere titolare di diritti e di doveri nell'ambito di un rapporto giuridico. Rientrano in questa categoria: gli enti a scopo di lucro e quelli che ne sono privi, le persone giuridiche ma anche i soggetti non dotati di personalità, gli enti collettivi e le società uni personali. Dunque rileva l'esistenza di un'organizzazione, alla quale è associato un significato che va oltre la sfera individuale. Quanto appena detto permette di giustificare la scelta del legislatore di trattare la *lex societatis* in maniera diversa rispetto alla *lex contractus*; quest'ultima si individua mediante le disposizioni del Regolamento "Roma I"⁵. Esso dispone esplicitamente l'esclusione dal suo campo d'applicazione delle questioni inerenti la legge regolatrice degli enti descritti poc'anzi⁶, la quale è trattata nella legge 218/1995.

Detto ciò può venir spontaneo pensare alla nozione di "costituzione" in due diversi modi: attività contrattuale formale al fine del riconoscimento dell'ente giuridico come tale, oppure momento in cui si esprimono i "valori meta individuali"⁷ che da lì in poi lo caratterizzeranno in maniera univoca. La seconda descrizione del momento costitutivo fa al caso nostro perché individua un centro interpersonale diverso dai singoli portatori di interessi; in questo modo rileva l'insensibilità dell'ente rispetto alle vicende giuridiche di coloro che ne fanno parte. La fattispecie contemplata nella disposizione di conflitto in esame può così definirsi: "valutazione che un certo ordinamento dà di una certa formazione sociale attraverso la produzione di una disciplina speciale"⁸, quest'ultima è distinta da quella che si applica ai soci, ai membri in generale e agli organi.

La disciplina italiana di diritto internazionale privato annovera i profili che la legge applicabile generalmente tocca. Si tratta di alcune caratteristiche tipiche degli enti giuridici, che interessano la loro esistenza in considerazione dell'adeguamento continuo che questi sono chiamati a realizzare, in relazione alle varie circostanze ed interessi coinvolti.⁹ A riguardo è doveroso fare una breve panoramica sui temi di competenza della *lex societatis*.

⁵ Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali civili e commerciali.

⁶ L'articolo 1 alla lettera f) di detto regolamento recita "le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, su aspetti quali la costituzione, tramite registrazione o altrimenti, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche e la responsabilità personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica".

⁷ Così si esprime il Consiglio Nazionale del Notariato nello studio n. 1185/3, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 Ottobre 1996.

⁸ Benedettelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc., p. 46.

⁹ Il secondo comma dell'art. 25, l. 218/1995, dispone: "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

- a) La riconducibilità dell'ente, sulla base delle sue caratteristiche, ad uno dei "tipi" con i quali un certo ordinamento classifica i fenomeni associativi od istituzionali.
- b) L'esistenza o meno di diritti dell'ente sulla sua denominazione, ragione sociale o altro segno distintivo; i requisiti che questi devono avere; il modo in cui possono essere trasferiti e gli aspetti riguardanti la loro disponibilità.
- c) I fatti relativi alla creazione dell'ente¹⁰, alle modifiche della sua struttura organica e alla sua estinzione (nelle operazioni di trasferimento della sede statutaria all'estero oppure nelle operazioni di fusione tra società soggette a leggi di Stati diversi, si applica il terzo comma dell'articolo in analisi perché contiene una norma di diritto internazionale privato materiale).
- d) La capacità di compiere atti giuridici, la capacità di essere titolare dei relativi diritti e doveri e le limitazioni a queste due attitudini.
- e) I procedimenti che permettono la formazione della volontà interna dell'ente, in sostanza il modo con cui devono operare i soggetti che ne fanno parte.
- f) Le modalità con le quali le intenzioni dell'ente vengono esternate.¹¹
- g) Le vicende acquisitive, modificative ed estintive della sfera di situazioni giuridiche facenti capo ai soggetti che, per lo statuto dell'ente, hanno una posizione istituzionale¹².
- h) Il modo in cui l'ente risponde delle proprie obbligazioni: esclusivamente con i beni aziendali oppure coinvolgendo anche quelli dei soci; e le relative conseguenze per i terzi.
- i) Gli effetti degli atti e dei comportamenti posti in essere dalle figure istituzionali oppure dai responsabili dell'amministrazione, del controllo o di altre funzioni organiche quando il loro operato è contrario alle norme che definiscono l'ente.

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".

¹⁰ Con un esempio, proposto da Benedettelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc., p. 50-51, è comprensibile la differente competenza della *lex societatis* e della *lex contractus*: "Ad esempio, si può immaginare che le parti di un contratto di società sottopongano questo ad una legge diversa da quella dell'ordinamento nell'ambito del quale esse intendono che la società venga costituita, e sarà la *lex contractus* in tal modo richiamata [...] a disciplinare il rapporto contrattuale così stabilito [...]. Questione del tutto diversa è poi che tale contratto sia idoneo a procurare le utilità che le parti vogliono conseguire attraverso la sua stipulazione, giacché sarà necessariamente la *lex societatis* a stabilire se la manifestazione di autonomia negoziale in esso contenuta possa rilevare anche nell'ambito dell'ordinamento di costituzione dell'ente e presenti le caratteristiche, di forma e di contenuto, previste per la creazione di questo".

¹¹ La rappresentanza dell'ente può creare problemi dal punto di vista operativo quando è regolata in maniera differente dalla *lex societatis* rispetto a quanto dispone la legge che regola l'atto che il rappresentante compie. Per ulteriori approfondimenti si rimanda allo studio n. 1185/3 del Consiglio Nazionale del Notariato, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 ottobre 1996, p. 9 ss.

¹² Attinente ai principi e agli aspetti fondamentali.

Si tratta di un elenco non esaustivo perché l'entità dei fenomeni appena descritti non è identificabile a priori, ma solamente dopo che l'ente è divenuto centro autonomo d'imputazione di situazioni giuridiche e soggetto alla disciplina che l'ordinamento d'origine prevede per la sua formazione sociale.

1.2 Le scelte legislative

La norma di conflitto contenuta nell'art. 25 della riforma è il risultato di un approccio consapevole al dibattito tra i principi della Grundstheorie, teoria dell'incorporazione, e quelli della Sitztheorie, teoria della sede effettiva.¹³ A livello pratico, con i primi viene utilizzato il criterio di collegamento del luogo di costituzione, con la conseguenza che l'ente continua ad esistere giuridicamente anche al di fuori dei confini dello stato d'origine; mentre i secondi fanno prevalere il territorio nel quale esso realmente opera, attraverso attività amministrative e direzionali, per individuare il sistema di norme da applicare. Da un punto di vista politico, si può dire che quando un ordinamento si ispira alla teoria della costituzione adotta un approccio aperto¹⁴ e lo fa perché vuole permettere la concorrenza normativa, cioè l'ampliamento delle possibilità di scelta per i privati in ambito internazionale. Al contrario, adottando un approccio protettivo viene richiesto un legame di tipo reale con il territorio, per l'individuazione del diritto applicabile; questo rende evidente l'intenzione di tutelare i valori propri della lex fori, cioè della legge dell'ordinamento del foro. In Europa utilizzano il criterio del luogo dell'incorporazione l'ordinamento britannico, irlandese, danese, finlandese e svedese; ricorrono, invece, a quello della sede effettiva l'ordinamento austriaco, francese, belga, lussemburghese, tedesco e greco.

Dopo questa premessa si può illustrare il passo in avanti che il legislatore italiano ha fatto, contemperando il principio della costituzione con quello della sede. Il primo comma dell'art. 25 della legge 218/1995 dispone che gli enti giuridici “[...] 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”.¹⁵ Il primo periodo del suddetto comma vale soltanto nel caso in cui l'ente giuridico sia stato costituito all'estero e la sua sede amministrativa oppure

¹³Righini, 2006. *Il trasferimento transazionale della sede sociale*. Disponibile su: <https://www.studiorighini.it/eu-it/il-trasferimento-transazionale-della-sede-sociale.aspx>. Data di accesso: 07/02/2021, p. 758-759. Questa pubblicazione riporta quanto detto da Mucciarelli: “La Grundstheorie, nasce in Inghilterra, dove i giudici inglesi del XIX secolo mossi da intenti di natura puramente imperialistica, si preoccupano di estendere l'applicazione del diritto inglese dell'impresa anche ai Paesi lontani ove operavano le società incorporate in patria. [...] La Sitztheorie, nasce invece in Francia, verso la metà del XIX secolo, con scopi difensivi, ed in particolare per impedire la fuga delle società francesi verso l'Inghilterra o il Belgio”.

¹⁴ Esso è finalizzato alla salvaguardia dei valori giuridici che uno Stato estero ha ritenuto opportuno “creare”.

¹⁵ Si tratta di una norma che determina il diritto materiale, cioè la legge nazionale o straniera che, secondo l'ordinamento italiano, è corretto applicare alla fattispecie in esame.

l'oggetto principale siano ubicati in uno Stato diverso e non in Italia. Il secondo periodo, invece, viene applicato quando la costituzione è avvenuta fuori dai confini italiani però all'interno di questi c'è la sede amministrativa oppure viene svolta concretamente l'attività per il raggiungimento dell'oggetto sociale. Quanto appena descritto risponde alla tipica funzione della norma di diritto internazionale privato, cioè porre sullo stesso piano la legge italiana e quella straniera astrattamente applicabile alla fattispecie, senza rinunciare alla soddisfazione di esigenze nazionalistiche.

In via di principio, questa norma stabilisce la competenza della "legge di costituzione dell'ente", però opera in modo particolare in quanto il giudice italiano è chiamato ad individuare qual è o quali sono gli ordinamenti interessati alla disciplina di una certa formazione sociale. La ricerca sarà agevolata se ci sono atti formali che esprimono la legge alla quale l'ente è assoggettato. Un esempio è l'atto costitutivo con il quale le volontà vengono ufficializzate; l'obiettivo è capire se questo è idoneo a produrre la costituzione. Oltre all'ordinamento che determina lo statuto, sono importanti anche gli ordinamenti che autonomamente vogliono creare lo stesso "tipo" di ente ai sensi della propria legge, oppure intendono assoggettare certi enti stranieri alle proprie disposizioni perché ciò darà luogo ad un concorso di leggi.¹⁶ In via di eccezione, alcuni enti stranieri "disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione" (primo comma dell'art. 25) sono soggetti alle norme imperative italiane, per quanto concerne gli aspetti amministrativi e le questioni relative al loro oggetto. La restante parte organizzativa rimane di competenza della loro legge originaria. Il motivo è la presenza nell'ordinamento italiano di norme che tutelano importanti interessi pubblici, per esempio quelle in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese. A tal proposito, nell'art. 17 della legge 218/1995, il legislatore italiano statuisce che disposizioni di questo tipo "debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera". In effetti questa norma appare incoerente con il principio di protezione dei valori giuridici stranieri, perciò l'articolo appena citato deve essere interpretato in senso restrittivo: di volta in volta è necessaria la verifica dell'effettiva lesione di un elemento dell'ordine pubblico italiano.

Il terzo comma dell'art. 25 risulta essere una norma di conflitto materiale perché obbliga ad effettuare una duplice valutazione quando si tratta di trasferimento della sede statutaria in altro Stato oppure di fusione di enti con sedi in Stati diversi. Queste due operazioni "[...] hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati

¹⁶ Per i criteri di risoluzione del concorso di leggi si rimanda a Benedetelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc., p. 74 ss.

interessati”.¹⁷ Si tratta di un requisito da soddisfare affinché le vicende societarie in questione siano riconosciute e possano produrre effetti all’interno dell’ordinamento italiano, a prescindere dalla *lex societatis*. L’operatore giuridico, nell’applicare questa disposizione, deve analizzare il senso delle varie norme coinvolte e gli interessi materiali dei quali esse sono portatrici, con l’obiettivo di contemperare al meglio i valori giuridici in concorso.

¹⁷ Sono da considerare i seguenti ordinamenti: quello dello Stato nel quale è stabilita la sede statutaria, quelli degli Stati degli enti coinvolti nella fusione e quello dello Stato la cui legge regolatrice è stata individuata mediante l’applicazione del primo comma dell’articolo.

2. PROFILI GIURIDICI DEL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL'ESTERO

Il contesto economico europeo, fin dalla sua nascita, ha promosso la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. E' comprensibile, quindi, che anche la mobilità transfrontaliera delle imprese sia legittimata a livello sovranazionale. Ce lo conferma il TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea)¹⁸ agli artt. 49 e 54. Esso provvede a definire la libertà di stabilimento all'interno dei confini comunitari, sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche. In questo capitolo l'obiettivo è capire come le società possono esercitare tale diritto in assenza di una disciplina europea armonizzata che regoli l'esclusivo trasferimento della sede sociale. La compatibilità dei suddetti articoli con quanto disposto dagli Stati Membri, in termini di diritto internazionale privato e di diritto sostanziale, è oggetto di numerosi dibattiti sia a livello dottrinale che giurisprudenziale.

2.1 Interessi pubblici e privati coinvolti

La sede sociale risulta dall'atto costitutivo della società. Quest'ultima nasce con una forma giuridica prevista dalla legislazione civile dello Stato nel quale è iscritta. In tal modo si individua l'ordinamento che ne regola la costituzione e il funzionamento. La sede in questione è importante per i requisiti di pubblicità nei confronti dei terzi, lo è altrettanto perché rappresenta il punto di riferimento per l'imputazione delle varie situazioni giuridiche delle quali la società è titolare. La decisione di spostarla ha, generalmente, il fine di cambiare la *lex societatis* e modificare alcuni valori giuridici concreti che interessano l'esistenza della società (per esempio il capitale minimo necessario per la costituzione, l'autonomia patrimoniale, gli standards di diligenza del personale, le opzioni giudiziarie). In Europa, quanto appena descritto è plausibile perché gli Stati Membri disciplinano a loro piacere alcuni aspetti di diritto societario e creano disparità legislative più o meno favorevoli: ecco che i soci tendono a cercare anche all'estero il "vestito" che meglio potrebbe essere indossato dalla loro impresa. I vantaggi che si possono conseguire mediante il trasferimento della sede sociale sono compensati dai costi tipici dell'entrata in un territorio straniero. Quest'ultimi possono essere causati dalle differenze culturali e linguistiche, dalle asimmetrie informative oppure dall'insufficiente familiarità con l'ambiente sociale, economico e legale di destinazione. E' compito degli organi sociali competenti valutare se i benefici superano i costi e quale può essere il valore aggiunto che questo progetto può fruttare.

¹⁸ Stipulato tra gli Stati Membri, pone le basi dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, fissandone gli obiettivi, e costituisce i diversi organi istituzionali, disciplinandone le procedure.

Permettere un'operazione del genere e così la modifica della legge regolatrice, darebbe la possibilità agli Stati Membri che aderiscono alla teoria dell'incorporazione di offrire il loro diritto societario alle società interessate, anche quando esse desiderano continuare a svolgere la loro attività economica altrove. Si tratta della concorrenza normativa, chiamata anche "shopping tra ordinamenti giuridici": le legislazioni concorrenti perseguono l'obiettivo di predisporre una normativa in materia di società capace di attrarre investimenti e capitali dall'estero. Questo fenomeno è sicuramente vantaggioso per lo sviluppo delle economie nazionali, però è giusto considerarlo anche in termini di tutela degli interessi privati coinvolti (diritti degli azionisti e dei terzi, per esempio). Il legislatore potrebbe incappare in un eccessivo ribasso degli standards necessari per operare all'interno dei suoi confini, e con ciò causare il deterioramento della qualità delle imprese.

Per realizzare una sana concorrenza normativa è necessario che le società siano libere di spostare la propria sede e di scegliere la legislazione che ritengono più adatta alle loro esigenze. In Europa, fino a qualche anno fa, tutto ciò poteva definirsi un "mito" perché la teoria della sede effettiva, caratteristica di alcuni ordinamenti giuridici, creava ostacoli alla mobilità transfrontaliera delle imprese. Ancora oggi buona parte della dottrina si interroga sul motivo per cui questa circostanza non sia stata sostanzialmente regolata a livello sovranazionale, visti gli sviluppi dell'internazionalizzazione.

2.2 Cosa dice e non dice il diritto comunitario

Il diritto societario è stato oggetto in Europa di un processo di armonizzazione attraverso direttive disciplinanti solo alcuni aspetti della vita delle società, lasciandone altri nelle mani dei legislatori degli Stati Membri. Essi, pur cercando di conformarsi ai principi e agli obiettivi comunitari, creano norme in maniera autonoma dando così origine a disparità legislative. Il trasferimento della sede legale all'estero rientra tra le materie che non trovano un'unica "soluzione europea". Esso continua ad essere trattato intensamente dagli studiosi del diritto, allo scopo di definirne almeno le linee guida teoriche, in quanto le situazioni reali che si possono creare sono infinite se si pensa all'attuale ambiente sociale ed economico. Il problema di fondo consiste nel fatto che alcuni ordinamenti permettono la continuità giuridica¹⁹ dopo lo spostamento della sede sociale, mentre altri no. Se l'ordinamento di uno degli Stati interessati all'operazione nega tale continuità, la società deve sciogliersi e ricostituirsi ex novo nello Stato d'arrivo. Una scelta del genere potrebbe essere giustificata dalla necessità di tutelare i creditori i quali, altrimenti, si troverebbero ad interagire con un

¹⁹ La società mantiene i diritti, i doveri e i rapporti in corso di esecuzione sia sotto il profilo sostanziale che processuale.

soggetto avente sede all'estero e regolato da una nuova legge. L'estinzione della società, però, deve essere intesa anche come limite alla libertà imprenditoriale nell'ambito del mercato comunitario. I diversi interessi in gioco necessitano di essere contemperati e la visione che i singoli Stati Membri hanno a riguardo è piena di sfumature, per questo sarebbe necessaria una disciplina armonizzata posta dal legislatore europeo.

Un tentativo, per la risoluzione del problema, era stato fatto con la XIV direttiva sul diritto societario. Essa avrebbe dovuto migliorare l'efficienza e la posizione competitiva delle società esistenti all'interno dell'Unione Europea, assicurando: pari opportunità commerciali, certezza legale in merito al trasferimento transfrontaliero della sede statutaria e promozione dell'integrazione nello Stato d'arrivo. Inizialmente era considerata un progetto di punta, poi la Commissione Europea ha ritenuto l'esatto opposto. Le ragioni di questa deludente mossa furono spiegate attraverso delle analisi relative al valore aggiunto che la direttiva avrebbe apportato, rispetto a quanto già deducibile dalla legislazione comunitaria vigente: non si sarebbero ottenuti sviluppi sulla possibilità per le società di spostare la loro sede legale oltre i confini nazionali.²⁰

Sono importanti, invece, due iniziative europee per gli spunti di riflessione che offrono in merito alla mobilità transfrontaliera delle imprese all'interno del mercato unico. I riferimenti normativi in questione sono il Regolamento sullo statuto della Società Europea²¹ e una Direttiva²² su alcuni aspetti di diritto societario. Il primo regola la c.d. SE, cioè una forma di società costituita sul territorio dell'Unione Europea e soggetta ad un unico regime piuttosto che a differenti normative statali. La sua disciplina consente di trasferire la sede sociale da un Stato membro ad un altro, senza che ciò comporti lo scioglimento della società. Tuttavia, tale possibilità è condizionata all'eventuale spostamento della sede direzionale, se questa non è già localizzata nello Stato di destinazione di quella sociale. Della seconda fonte comunitaria citata, rileva la parte concernente le fusioni transfrontaliere. Essa permette alle società di costituire all'estero una sede secondaria destinata a diventare, dopo la c.d. "fusione a valle"²³, una nuova entità giuridica che assume i diritti e gli obblighi delle due estinte. Entrambe le normative descritte, pur non riuscendo a dare una svolta al problema del mero trasferimento della sede sociale, dovrebbero indurre a ritenere che il diritto europeo sia propenso a garantire anche una mobilità societaria di questo tipo. Al momento, però, coloro che vogliono mettere in atto un'operazione del genere, per ottenere i risultati desiderati, devono affidarsi al "diritto

²⁰ Johan Meeusen, 2017. *Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?*. Journal of Private International Law, vol. 13, p. 298.

²¹ Regolamento (CE) n. 2157/2001.

²² Direttiva (UE) n. 2017/1132.

²³ La società madre (sede principale) viene incorporata nella società figlia (sede secondaria).

vivente”, cioè all’opinione consolidata della giurisprudenza comunitaria e della dottrina che la studia.

2.3 Come funziona in Italia

Nel nostro Paese, come in tutti gli ordinamenti moderni, gli enti giuridici esistono ed operano perché il legislatore li valuta degni di avere proprie regole e quindi consente loro di agire in autonomia, sempre nel rispetto di determinati limiti. Mediante l’utilizzo del luogo di costituzione, come criterio di collegamento, il diritto internazionale privato italiano riconosce gli enti costituiti all’estero sulla base di una legge straniera, al fine di tutelare l’integrità del loro statuto. In questo modo, esso permette alle diverse legislazioni nazionali di essere poste sullo stesso piano nel momento in cui i privati devono scegliere quale di esse adottare per la costituzione del “tipo” di ente giuridico più adatto al perseguimento dei loro obiettivi. In aggiunta, l’ordinamento italiano attraverso l’art. 13 della legge 218/1995, dedicato alla tecnica del rinvio, non si oppone al fatto che l’ordinamento di costituzione possa a sua volta richiamare norme straniere per disciplinare specifici profili dello statuto dei propri enti.²⁴

Per quanto concerne il trasferimento della sede legale all’estero si può, innanzitutto, dire che deriva dalla volontà dei soci di modificare l’assetto delle regole organizzative della società. Esse si individuano proprio sulla base del luogo in cui la suddetta sede è ubicata, quindi trasferendola si può ottenere l’assoggettamento ad una nuova *lex societatis*. Viene utilizzato il condizionale perché l’efficacia di questa operazione è subordinata alla sua compatibilità con quanto dispongono gli ordinamenti “interessati”: quello che disciplina l’esercizio dell’autonomia privata, quello dello Stato dal quale la sede legale verrebbe spostata, quello dello Stato d’arrivo ed eventuali altri ordinamenti con i quali la società si trova ad avere contatti. Se questi adottano la teoria dell’incorporazione, la società emigrante rimane sempre soggetta alla legge dello Stato di costituzione mentre quella immigrante non viene influenzata dal diritto dello Stato d’arrivo, salvo alcuni casi specifici. Invece, se essi seguono la teoria della sede effettiva, la società che migra all’estero deve sciogliersi per poi ricostituirsi nuovamente oltre i confini e quella che migra all’interno del territorio nazionale può essere costretta ad operare allo stesso modo oppure ad adempiere a certi obblighi ivi vigenti.

In linea generale, il terzo comma dell’art. 25 della l. 31 maggio 1995 n.218, richiede che le leggi dello Stato di provenienza e quelle dello Stato di destinazione della sede sociale permettano tale spostamento. L’esito dell’operazione, poi, cambia a seconda delle varie norme di conflitto e di diritto sostanziale prese in considerazione. Dalla disposizione in esame

²⁴ Si rimanda a Benedetelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc., p. 71 ss.

si capisce che il trasferimento della sede legale di una società italiana all'estero è ammesso, senza la liquidazione dei rapporti giuridici pendenti; ciò va integrato con quanto dispone la legge straniera coinvolta a riguardo. Potrebbero verificarsi situazioni diverse:

- 1) Il Paese d'arrivo non consente la continuità dei rapporti giuridici, quindi la società deve estinguersi e ricostituirsi all'estero.
- 2) Il Paese d'arrivo consente la continuità dei rapporti giuridici, ma impone alla società italiana di adeguarsi alla propria legge nazionale.
- 3) Il Paese d'arrivo, oltre a consentire l'ingresso in regime di continuità di rapporti giuridici, permette di mantenere la soggezione alla legge dello Stato di costituzione.

Il caso descritto al punto 2), definito comunemente “trasformazione internazionale”, merita un'attenzione particolare perché si colloca su un piano equilibrato: non è richiesta l'estinzione della società nello Stato di partenza se essa adotta una forma giuridica disciplinata dallo Stato di destinazione.²⁵

Relativamente allo spostamento della sede statutaria in Italia, il meccanismo della “doppia applicazione” delle leggi degli Stati interessati è il medesimo. Se la legge regolatrice straniera della società permette tale operazione senza l'obbligo di estinzione e successiva ricostituzione, è da considerare il ridimensionamento che il legislatore italiano fa al principio dell'incorporazione, nella seconda parte del primo comma dell'art. 25. Questo correttivo rende il nostro sistema di diritto internazionale privato ibrido²⁶: è disposto che si applica la legge italiana alla società costituita all'estero che in Italia ha la sede dell'amministrazione oppure il suo oggetto principale, inteso come attività essenziale per il raggiungimento degli scopi primari. In questo caso, dal punto di vista applicativo, la società straniera dovrà sottoporsi ad un “adeguamento necessario”²⁷ consistente nel deposito dell'atto costitutivo e della relativa documentazione presso un notaio italiano. Egli ha il compito di dimostrare la “nuova vita” della società, conforme al diritto nazionale. E' richiesto anche l'adempimento degli obblighi pubblicitari previsti dal nostro ordinamento.

²⁵ Si rimanda allo studio n. 283-2015/I del Consiglio Nazionale del Notariato, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale* approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 26 novembre 2015 e dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, p. 6.

²⁶ Esso contempera il principio dell'incorporazione con quello della sede effettiva.

²⁷ Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 3310, *Trasferimento all'estero della sede sociale* approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 2 maggio 2001, p. 3.

3. I TRASFERIMENTI DELLA SEDE SOCIALE ALL'INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA

Se confrontata con la libertà delle persone fisiche di circolare all'interno dell'Unione Europea, la mobilità transfrontaliera delle imprese risulta essere stata promossa in maniera diversa e perciò essersi sviluppata lentamente. Sin dalla metà degli anni '80, essa ha incontrato più di qualche ostacolo per poter caratterizzare il mercato interno, come previsto originariamente, ed è stata oggetto di una serie di sentenze della Corte di Giustizia UE. Si tratta della libertà di stabilimento, che l'art. 54 del TFUE garantisce alle “[...] società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.” Esse possono esercitare un'attività economicamente rilevante in qualsiasi Stato Membro (stabilimento primario) ed aprire centri secondari di attività, quali “[...] agenzie, succursali o filiali [...]”²⁸, in un Paese comunitario diverso da quello d'origine (stabilimento secondario). Per poter avvalersi di detta libertà, le società devono soddisfare due requisiti: essere “[...] costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro” ed avere “[...] la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione [...]”.²⁹

La delocalizzazione, cioè lo spostamento in altri Paesi dei processi produttivi o solo di alcune fasi di essi, è l'esercizio della libertà di stabilimento per eccellenza e per questo non incontra ostacoli giuridici. Discorso diverso va fatto per il trasferimento della sola sede legale, al fine di ottenere un cambiamento della legge regolatrice della società. I delicati problemi che riguardano questa operazione sorgono a causa dei conflitti di legge tra gli ordinamenti degli Stati coinvolti. Le pronunce della Corte di Giustizia hanno “regolato” vari casi concreti, attraverso l'interpretazione degli artt. 49 e 54 del TFUE. Tendenzialmente il movimento intraeuropeo delle società è stato promosso, però, non si può ancora parlare di una completa libertà al di fuori dei confini nazionali.

3.1 L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria

Dall'analisi dell'art. 25 della legge 218/1995 è emersa la necessità, per l'ordinamento italiano, che il trasferimento della sede statutaria all'estero sia ammesso da tutti gli Stati che, in qualche modo, hanno un legame con la società interessata: così l'operazione realizzerà gli

²⁸ Articolo 49, TFUE.

²⁹ Articolo 54, TFUE.

effetti attesi.³⁰ Il meccanismo della norma di conflitto italiana può essere derogato dagli artt. 49 e 54 del TFUE, se interpretati in una certa maniera, e questo vale anche per le discipline previste da tutti gli altri Stati Membri. Alcune sentenze della Corte di Giustizia lo dimostrano. In uno dei suoi primi interventi, *Daily Mail and General Trust*³¹, la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità della normativa inglese sulla residenza fiscale, agli articoli del Trattato inerenti la libertà di stabilimento. Detta disciplina prevedeva una specifica autorizzazione per il trasferimento della sede amministrativa in un altro Stato membro; al contrario, garantiva il diritto di spostare liberamente il domicilio alle persone fisiche. In questo caso, era necessario stabilire se l'equiparazione delle società alle persone fisiche, disposta dall'art. 54, fosse operante o meno. A riguardo, la Corte affermò che il requisito dell'autorizzazione era valido in quanto, a differenza di una persona fisica, la società è creata da un ordinamento che ne disciplina anche il funzionamento. Da questa posizione, la dottrina ha tratto che le norme di conflitto nazionali conserverebbero piena vigenza, per cui lo spostamento intraeuropeo delle società potrebbe essere ostacolato dai singoli ordinamenti. In conclusione "pur dandosi atto della sovranità degli Stati Membri in materia di trasferimento della sede sociale all'estero, [...] si inizia a porre un dubbio sulla legittimità delle legislazioni nazionali che impediscono a società straniere di trasferire la sede nel loro territorio in regime di continuità di rapporti giuridici".³²

Dieci anni dopo, in *Centros*³³, la Corte ha argomentato sulla libertà di stabilimento perché chiamata a giudicare una mancata iscrizione nel registro delle imprese danese, di una società costituita nel Regno Unito. In questo caso, la sede sociale localizzata nel territorio inglese aveva lo scopo di sottoporre la società alla disciplina ivi vigente, pur svolgendo l'attività in Danimarca. Con la sentenza venne dichiarata la conformità dell'iscrizione nel registro di commercio danese agli artt. 49 e 54 del TFUE. L'interpretazione di questi fu' data affermando la possibilità per le società, costituite validamente in uno Stato membro (principio del mutuo riconoscimento³⁴), di esercitare la loro attività esclusivamente in un altro Stato membro, con l'obiettivo di approfittare della legge regolatrice dell'ordinamento di costituzione considerata

³⁰ Tale condizione, essendo disposta da una norma italiana, deve fare un "passo indietro" nel caso di contrasto con il diritto europeo. Gli Stati Membri delegano parte della loro sovranità alle istituzioni sovranazionali, accettando la superiorità delle regole da queste disposte.

³¹ Sentenza del 27 settembre 1988, causa 81/87.

³² Studio n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale* approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 26 novembre 2015 e dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, p. 8.

³³ Sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97.

³⁴ Esso era stato previsto dal Trattato CE all'art. 293. Quest'ultimo disponeva che gli Stati Membri avviassero tra loro dei negoziati per garantire il reciproco riconoscimento delle società e quindi il mantenimento della personalità giuridica, in caso di trasferimento della sede da un Paese ad un altro. Tuttavia, questa previsione non si è concretizzata per effetto della mancata entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles (1968) sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

più favorevole. Nella pronuncia si osserva che quanto appena detto “ non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi”.

La successiva sentenza della Corte di Giustizia riguardava il caso *Uberseering*³⁵: il Tribunale e la Corte d’Appello tedesche avevano negato la capacità di stare in giudizio ad una società iscritta nel registro delle imprese olandese, le cui azioni erano state integralmente acquistate da cittadini tedeschi. La questione da risolvere era relativa alla compatibilità del codice di procedura civile tedesco con la libertà di stabilimento europea. Esso disponeva che la capacità processuale delle società si determinasse secondo il loro statuto personale, disciplinato dal diritto dello Stato della sede amministrativa (in questo caso la Germania per effetto dell’acquisto delle quote). La società in questione, quindi, non essendosi iscritta nel registro delle imprese tedesco non poteva stare in giudizio. La Corte, in merito, ha statuito che l’autorità tedesca competente doveva riconoscere la società di diritto olandese e non poteva negare la sua capacità processuale, altrimenti avrebbe violato la libertà di stabilimento disposta dal Trattato. Le norme di quest’ultimo impongono allo Stato membro di destinazione della sede di rispettare lo “status di società validamente costituita in un altro Stato membro”.³⁶ Altro caso da menzionare è quello relativo alla *Inspire Art Ltd*³⁷, una società inglese operante esclusivamente in Olanda. Il dubbio era sulla compatibilità della normativa olandese riguardante le “società formalmente straniere”, come quella in questione, al principio della libertà di stabilimento. La Corte si è espressa affermando che gli artt. 49 e 54 non permettono alle legislazioni nazionali di imporre obblighi specifici alle società straniere che vogliono stabilirsi nel loro territorio e mantenere la sede principale in un altro Stato Membro, in quanto tale modus operandi non presume l’esistenza di un comportamento abusivo.

*Cartesio*³⁸ è la sentenza con la quale viene affrontato esplicitamente il tema del trasferimento della sede statutaria. La causa riguardava una società di diritto ungherese intenzionata a trasferire la sua amministrazione centrale in Italia continuando, però, ad essere soggetta alla normativa ungherese. Un’ operazione del genere non era ammessa dalle leggi vigenti in Ungheria, perché la sede amministrativa consisteva nel criterio di collegamento utilizzato per considerare le società costituite ai sensi del diritto ungherese. Su questo punto la Corte di Giustizia ha affermato la facoltà degli Stati Membri di decidere detto criterio e, se questo non

³⁵ Sentenza del 5 novembre 2002, causa C-208/00.

³⁶ Righini, 2006. *Il trasferimento transazionale della sede sociale*. Disponibile su: <https://www.studiorighini.it/eu-it/il-trasferimento-transazionale-della-sede-sociale.aspx>. Data di accesso: 07/02/2021, p. 768. Questa pubblicazione riporta quanto detto da Lombardo.

³⁷ Sentenza del 30 Settembre 2003, causa C-167/01.

³⁸ Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-210/06.

viene rispettato, di impedire che una società domestica conservi tale status. La libertà di stabilimento, però, non permette agli Stati Membri di ostacolare la trasformazione transfrontaliera di una società. Detto fenomeno si sostanzia nella conversione in un “tipo” societario regolato dall’ordinamento dello Stato di destinazione della sede legale; questo deve accettare la “nuova” esistenza della società, senza imporle lo scioglimento e la costituzione ex novo nel suo territorio. La Corte di Giustizia ritiene queste conclusioni in linea con quanto disposto dagli articoli del Trattato, perché imporre l’estinzione di una società, già costituita conformemente al diritto di uno Stato membro, è da considerarsi una restrizione alla libertà di stabilimento. Quest’ultima sarebbe ammessa solo per motivi di ordine pubblico, cioè se lo statuto della società che ha operato il trasferimento non fosse conforme alla legge nazionale dello Stato d’arrivo.

Un’altra causa rilevante è *Vale*³⁹. Essa riguardava una società italiana intenzionata a trasferire sede sociale e attività in Ungheria. La questione è nata nel momento in cui l’autorità ungherese competente si è rifiutata di iscriverla nel registro delle imprese nazionale perché la normativa vigente non permetteva il trasferimento della sede sociale in Ungheria, da parte di una società costituita all’estero. La medesima, però, consentiva alle società di diritto ungherese di trasformarsi. La pronuncia della Corte ha condannato il contenuto discriminatorio della suddetta legge, affermando che le regole inerenti le conversioni interne devono essere applicate ugualmente ed effettivamente anche alle operazioni dello stesso tipo che presentino elementi di estraneità; nel caso in questione la costituzione della società era avvenuta ai sensi del diritto italiano.

Con queste ultime due sentenze, la Corte di Giustizia ha impattato sull’utilizzo della norma di conflitto italiana contenuta nell’art. 25 della Riforma (l. 31 maggio 1995, n.218), che legittima la trasformazione internazionale. Questa disciplina è derogata dall’interpretazione degli artt. 49 e 54 TFUE: il giudice italiano è obbligato a non applicare la legge straniera che prevede l’estinzione e la successiva ricostituzione della società, in caso di trasferimento della sede sociale e modifica della *lex societatis*. Un altro esempio dell’importante ruolo che hanno le pronunce della Corte in materia, lo si può riscontrare dalla situazione tedesca. La Germania è fortemente legata al principio della sede effettiva, per l’individuazione della legge regolatrice di una società non completamente domestica. La giurisprudenza tedesca, che prima negava la trasformazione transfrontaliera in mancanza di un legame reale con il territorio, dopo le

³⁹ Sentenza del 12 luglio 2012, causa C-378/10.

conclusioni sul caso Vale ha cambiato orientamento e ha dimostrato la tendenza ad adeguarsi ai principi comunitari.⁴⁰

3.2 Trasferimento esclusivo della sede sociale: il caso Polbud

Con la sentenza C-106/16 del 25 ottobre 2017, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata, interpretando gli artt. 49 e 54 TFUE, alla luce di alcune vicende riguardanti la società polacca Polbud. Questa, attraverso una delibera dei soci in seduta straordinaria, aveva deciso di trasferire solamente la sede legale in Lussemburgo e mantenere l'attività economica effettiva in Polonia. Tale decisione era conforme alle disposizioni di diritto internazionale privato polacco. Esse prevedevano che la personalità giuridica, acquisita nello Stato di costituzione, si conservasse anche dopo un'operazione del genere, se ciò fosse previsto dalla legge degli altri Stati interessati. La società presentò istanza al tribunale competente per avviare la procedura di liquidazione, prevista dalla legge polacca in caso di trasferimento della sede all'estero, e ottenne la nomina del liquidatore. Due anni dopo, la Polbud deliberava la modifica della sua denominazione e attuava lo spostamento previsto mediante iscrizione nel registro delle imprese lussemburghese, con l'obiettivo di assoggettarsi alla relativa *lex societatis*. Successivamente, chiese la cancellazione dal registro di commercio polacco, però, tale richiesta non fu accolta in mancanza della documentazione necessaria ai fini della liquidazione. La società replicò affermando che lo scioglimento non era avvenuto e che essa continuava ad esistere come società di diritto lussemburghese, a seguito del trasferimento della sede legale; poi propose impugnazione davanti all'autorità giudiziaria polacca. Quest'ultima, in più gradi di giudizio, confermò la correttezza del respingimento. Tuttavia, la Cassazione polacca sollevò questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, per ottenere l'interpretazione degli articoli del Trattato inerenti la libertà di stabilimento e capire se questi, in base alle circostanze del caso, permettevano o meno la cancellazione dal registro delle imprese polacco.

Si parla di una trasformazione transfrontaliera perché l'intenzione della Polbud era di adottare la propria forma giuridica (società a responsabilità limitata), però, disciplinata dalla legge lussemburghese, e così cambiare gli assetti organizzativi. La riuscita di questa operazione dipendeva sia dall'ordinamento dello Stato d'origine che da quello dello Stato d'arrivo. Mentre quest'ultimo non dava problemi, utilizzando come criterio di collegamento la sede sociale per ritenere la società costituita ai sensi della sua legge; la normativa polacca ne

⁴⁰ Si rimanda allo studio n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale* approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 26 novembre 2015 e dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016, p. 13.

subordinava la cancellazione dal registro delle imprese alla liquidazione e allo scioglimento. “Il giudice del rinvio si chiede se, in un contesto siffatto, trovi applicazione la libertà di stabilimento (terza questione), se sussista una restrizione (prima questione) e se essa possa eventualmente essere giustificata (seconda questione)”.⁴¹

Il ragionamento fatto dalla Corte di Giustizia iniziava con la valutazione della società e della trasformazione transfrontaliera. La prima venne intesa come costituita conformemente alla legislazione polacca e, quindi, rientrando nella fattispecie dell'art. 54; la seconda, invece, non si poteva direttamente considerare come stabilimento in un altro Stato membro, perché l'intenzione espressa dai soci non riguardava la delocalizzazione delle attività. La nozione di “stabilimento” interpretata in maniera estensiva⁴², permise di rispondere alla terza questione in questo modo: com'era possibile costituire una società in un determinato Stato membro, per sottoporla alla relativa legge regolatrice, pur esercitando l'attività esclusivamente in un altro Stato membro; altrettanto possibile doveva essere il trasferimento della sede legale per lo stesso scopo, alle condizioni poste dalla legislazione dello Stato d'arrivo. Constatato che si trattava dell'esercizio della libertà di stabilimento, la Corte rispose alla prima questione ritenendo il diniego di cancellazione della Polbud dal registro delle imprese polacco una restrizione a detta libertà, perché ostacolante l'efficacia della trasformazione transfrontaliera. Un impedimento tale sarebbe stato ammesso solo per motivi di interesse generale, come la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori; invece, la legislazione polacca lo considerava un modo per evitare l'aggiramento della legge interna. E' certo che nessuno può abusare della normativa europea a tal fine, però, la Corte ritenne che imporre la liquidazione e lo scioglimento della società fosse “un'inammissibile presunzione generale dell'esistenza di una pratica abusiva”⁴³. Far estinguere la società come persona giuridica, non risulta nemmeno idoneo a tutelare gli interessi dei suddetti gruppi perché comporta la perdita della controparte contrattuale per i creditori sociali, la risoluzione dei rapporti di lavoro per i dipendenti e l'obbligo per i soci di minoranza di rifarsi sull'attivo residuo della liquidazione.

La sentenza analizzata rappresenta un'importante passo in avanti nell'evoluzione dell'indirizzo giurisprudenziale europeo. Si nota il superamento dell'idea di molti, tra i quali l'Avvocato Generale Kokott, secondo cui una società per potersi convertire in un “tipo” previsto da un ordinamento diverso da quello d'origine, debba necessariamente realizzare uno stabilimento effettivo, cioè svolgere l'attività economica oppure operare con questa intenzione

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 4 maggio 2017, causa *Polbud* C-106/16, p.5.

⁴² Presenza di una infrastruttura nello Stato ospitante che consenta l'esercizio di un'attività economica stabile e continuativa o, comunque, che presupponga un intento tale.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 4 maggio 2017, causa *Polbud* C-106/16, p. 10.

nel territorio in cui vuole spostare la sede legale. La Corte di Giustizia non ha accolto questa tesi anzi, ha esplicitamente affermato che spetta solo allo Stato di destinazione della sede determinare il modo in cui la società può trasformarsi in una persona giuridica soggetta al suo diritto nazionale. Inoltre, esso può adottare tutte le misure idonee ad evitare l'elusione delle disposizioni interne di ordine pubblico, se lo ritiene necessario. Sulla base di questa pronuncia, si può dire che la libertà di stabilimento comprende anche il trasferimento intraeuropeo della sede sociale, senza spostamento della sede effettiva, purché l'operazione avvenga secondo quanto emerge dall'interpretazione comunitaria più recente degli artt. 49 e 54 TFUE.

CONCLUSIONI

L'integrazione economica all'interno dell'Unione Europea è sempre più ricercata, perché i suoi benefici superano di gran lunga i costi, permettendo alle imprese presenti nel territorio di perseguire i loro obiettivi nel modo che ritengono più adeguato. Questo fenomeno interessa tutti gli operatori economici, soprattutto le società. Esse rappresentano la forma organizzativa più diffusa, grazie alle opportunità che offre la loro disciplina in termini di solidità e potenziali risultati. Nei paragrafi precedenti, si è spiegato il motivo per cui esistono disparità legislative in materia e la rilevanza che queste hanno nel contesto economico comunitario. L'assenza di un'unica soluzione europea su certi aspetti del diritto societario, ha contribuito al lento sviluppo della mobilità transfrontaliera delle società, limitando di fatto la suddetta integrazione in certe aree. L'attenzione è stata rivolta al trasferimento intraeuropeo della sede legale e alle sue conseguenze in termini di *lex societatis*. Questa operazione presenta più di qualche ambiguità, in quanto la sede statutaria è considerata il "luogo" al quale far riferimento per individuare le regole che definiscono e governano la società. Il suo riconoscimento oltre i confini dello Stato d'origine è importante perché permette la continuità giuridica, cioè il fatto che l'ente si mantenga tale sotto un altro ordinamento.

Nell'approfondire questa tematica, è stato analizzato il modo in cui il legislatore italiano, con la legge 218/1995, ha deciso di trattare il trasferimento della sede legale all'estero. Dalla riforma citata, è emersa l'apertura ai valori giuridici stranieri, in quanto l'efficacia dell'operazione è subordinata a ciò che gli ordinamenti degli Stati coinvolti dispongono in merito. Questa norma, unita a quella contenuta nel primo comma dell'art. 25, potrebbe tuttavia essere disapplicata se contraria ai principi comunitari. La libertà di stabilimento, garantita dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, prevede il diritto di stabilirsi in qualsiasi Stato Membro, sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche; con l'obbligo di rispettarne la legge nel senso più ampio. Il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia UE, nell'interpretazione di detto principio, è stato ed è tutt'ora importante perché alcuni ritengono possa sostituirsi al legislatore europeo, nel disciplinare il trasferimento della sede sociale. L'orientamento giurisprudenziale, emerso dalle sentenze illustrate, ha permesso di riflettere sull'esistenza di un effettivo diritto di cambiare la legge regolatrice della società spostando la sede legale. Il presupposto necessario perché ciò avvenga è, senz'altro, il fatto che lo Stato membro di destinazione riconosca la società. La Corte, in merito, ha esplicitamente affermato la facoltà dei legislatori nazionali di scegliere il criterio di collegamento che ritengono più adeguato a tal fine. Dunque, per l'effettività del trasferimento in esame, la società deve verificare che il requisito scelto dallo Stato d'arrivo sia la sede sociale, per poter "indossare"

la relativa *lex societatis*. Fermo restando il divieto di abuso della libertà di stabilimento per scopi non collegati alla realtà economica, le società possono scegliere la legge che regolerà il loro funzionamento. Tale libertà è stata riconosciuta solamente nel 2017, in occasione della sentenza Polbud, con la quale la Corte di Giustizia dichiara che il solo trasferimento della sede sociale da uno Stato membro ad un altro, al pari dell'apertura di una sede secondaria, è legittimo e garantito dal Trattato. Esso rappresenta una strategia il cui risultato potrebbe comunque essere raggiunto in altri modi, più onerosi, e ciò non è in linea con i principi della Comunità economica europea. In conclusione, "allo stato attuale del diritto comunitario", premessa di molte pronunce della Corte, si può affermare che alcuni Stati Membri, ostacolando l'esclusivo trasferimento della sede sociale all'estero, violerebbero il diritto europeo primario, cioè quanto disposto dal Trattato. Per il momento, e fino a quando non ci saranno ulteriori sviluppi a livello sovranazionale, questo è quanto l'Unione Europea promuove per la creazione di un mercato unico: la libera circolazione di tutti i fattori produttivi nel modo più efficiente ed efficace.

BIBLIOGRAFIA

L. 31 maggio 1995, n. 218.

Artt. 49 e 54 TFUE.

Benedettelli, 1997. *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. Soc.

Consiglio Nazionale del Notariato, 1996. Studio n. 1185/3, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*.

Consiglio Nazionale del Notariato, 2015. Studio n. 283-2015/I, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale*.

Consiglio Nazionale del Notariato, 2001. Studio n. 3310, *Trasferimento all'estero della sede sociale*.

Pederzini, 2020. *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere*, in Percorsi di diritto societario europeo. Torino: Giappichelli.

Johan Meeusen, 2017. *Freedom of establishment, conflict of laws and the transfer of a company's registered office: towards full cross-border corporate mobility in the internal market?*. Journal of Private International Law, vol. 13.

Righini, 2006. *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*. Disponibile su: <https://www.studiorighini.it/eu-it/il-trasferimento-transnazionale-della-sede-sociale.aspx>. Data di accesso: 07/02/2021.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 4 maggio 2017, *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:351.