

IPSOA

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale
societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XXXVII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

1/2018

► edicolaprofessionale.com/lesocieta

Società consortili: scopo e disciplina

**CEDU e sanzioni in materia di abusi
di mercato e violazioni tributarie**

***Massime notarili e orientamenti
professionali***

**Trasferimento della sede sociale
dall'Italia all'estero**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Diritto societario

Angelo Busani
Marco Lamandini
Renato Rordorf
Vincenzo Salafia
Alberto Toffoletto

Diritto dei mercati finanziari

Paolo Giudici

Valutazioni e bilancio

Mauro Bini

Diritto penale commerciale

Carlo Enrico Paliero

Processo, arbitrato e mediazione

Ilaria Pagni

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCE MILANO



CORPORATE COUNSEL

*C'è chi gestisce il rischio.
E chi lo previene.*

Y54FACL

La **funzione legale e compliance** è determinante per il successo delle imprese. Con un ruolo giuridico e manageriale, i **Corporate Counsel** e i **Risk Manager** sono chiamati a cogliere tempestivamente le opportunità per il proprio business e a prevenire i rischi in un contesto sempre più complesso, globalizzato e di evoluzione tecnologica.

Wolters Kluwer lavora da sempre

al fianco delle aziende con **soluzioni integrate** in grado di rispondere a 360° alle esigenze di informazione, informatizzazione e aggiornamento professionale, migliorando l'organizzazione e l'efficienza delle Direzioni legali e di compliance.

Per non correre rischi, affidati a Wolters Kluwer.

[#rischilegali](#)

Scopri di più su
corporatecounsel.it



DIRITTO SOCIETARIO

Trasformazione transfrontaliera	TRASFORMAZIONE TRANSFRONTALIERA IN EUROPA: PRIME CONSIDERAZIONI SU POLBUD di <i>Nicola de Luca, Andrea Gentile e Fabio Schiavottello</i>	5
Diritto di recesso	MODIFICAZIONE DEI <i>QUORUM</i> DELIBERATIVI E DIRITTO DI RECESSO Cassazione Civile, Sez. I, 1° giugno 2017, n. 13875 commento di <i>Giorgio Maria Zamperetti</i>	13
Società consortili	ANCORA SULLO SCOPO E SULLA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ CONSORTILI Cassazione Civile, Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7473 commento di <i>Lorenzo De Angelis</i>	21
Società a responsabilità limitata	DIRITTO DI ISPEZIONE DEL SOCIO DI S.R.L. SULLA DOCUMENTAZIONE DELLA SOCIETÀ CONTROLLATA Tribunale di Milano, Sez. impresa B, 27 settembre 2017 commento di <i>Maria Paola Ferrari</i>	41

DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

Contratti di investimento	CONTRATTI DI COLLOCAMENTO DI STRUMENTI FINANZIARI FUORI SEDE Tribunale di Ravenna 12 ottobre 2017, n. 975 commento di <i>Vincenzo Salafia</i>	51
Società quotate	NOMINA DELL'AMMINISTRATORE DI MINORANZA E TUTELA CAUTELARE Tribunale di Firenze, Sez. III, 3 aprile 2017 commento di <i>Marilena Filippelli</i>	55

PROCESSO, ARBITRATO E MEDIAZIONE

Società in house	LA SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i> : DALLA NATURA GIURIDICA AL RIPARTO DI GIURISDIZIONE di <i>Francesco Eugenio Rizzi</i>	71
-------------------------	--	-----------

DIRITTO PENALE COMMERCIALE

Violazioni tributarie e abusi di mercato	CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E SISTEMI SANZIONATORI IN MATERIA DI ABUSI DI MERCATO E DI VIOLAZIONI TRIBUTARIE: <i>LA QUIETE DOPO LA TEMPESTA?</i> di <i>Andrea Francesco Tripodi</i>	80
---	--	-----------

MASSIME E ORIENTAMENTI PROFESSIONALI

TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE DALL'ITALIA ALL'ESTERO a cura di <i>Angelo Busani</i>	93
---	-----------

OSSERVATORIO

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Carbone Vincenzo e Romilda Giuffrè</i>	109
GIURISPRUDENZA DI MERITO a cura di <i>Alessandra Stabilini</i>	111
CONSOB a cura di <i>Angelo Busani e Giampaolo Grasso</i>	115

FISCALE

a cura di *Massimo Gabelli*

118

EUROPEO

a cura di *Davide Scavuzzo*

123

INDICI

Indice Autori, Indice Cronologico, Indice Analitico

127

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

F. Annunziata, P. Biavati, C. Consolo, L. De Angelis, G. Fauceglia, G. Ferri, G. Guizzi, F.P. Luiso, V. Meli, S. Menchini, F. Mucciarelli, A. Pericu, A. Perrone, C. Piergallini, S. Rossi, L. Salvaneschi, L. Stanghellini, G.M. Zamperetti

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale
societaria e fiscale

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)
Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 452 del 28
novembre 1981

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o
telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.005 (02) 82476.570
telefax (02) 82476.079
e-mail: redazione.lesocieta.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o
telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano telefono
(02) 824761 - telefax (02) 82476.799 Servizio
risposta automatica:
telefono (02) 82476.999

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono
rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro
60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo
raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 -
Edificio B3 20142 Milano.

Servizio Clienti: tel. 02 824761
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di
abbonamento l'estensione on line della rivista,
consultabile all'indirizzo

www.edicolaprofessionale.com/lesocieta
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo:
www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio -
dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione € 268,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione: 250 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio -
dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione € 536,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di
sottoscrizione: € 250,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del
20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla
rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters
Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine
via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei Missaglia
n. 97 - Edificio B3 20142 Milano o via fax al n. 02-
82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni
Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare

fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

— Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 -
Edificio B3 20142 Milano

oppure

— Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della
rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso
all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano, o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Trasformazione transfrontaliera

Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud

di Nicola de Luca, Andrea Gentile e Fabio Schiavottiello

Con la sentenza Polbud, la Corte di Giustizia UE ha affermato che il trasferimento della sede legale di una società da uno Stato membro ad un altro, finalizzato a far assumere alla società, senza perdita della personalità giuridica, il tipo previsto nello Stato membro di destinazione, ove consentito dallo Stato di origine, è legittimo anche qualora la società intenda mantenere la sede effettiva nel paese di origine. Gli Autori si interrogano sulla portata di tale pronuncia, in particolare chiedendosi se la stessa - pur in mancanza di una Quattordicesima direttiva in materia di trasferimento transfrontaliero della sede - costituisca affermazione per via giurisprudenziale dell'istituto della trasformazione transfrontaliera all'interno dell'UE.

Premessa

Le riflessioni che proponiamo qui di seguito originano da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE, emanata nel caso di una società polacca denominata Polbud (1), che si inserisce nel filone di pronunce in materia di libertà di stabilimento primario (2). Con la sentenza Polbud, la Corte di Giustizia UE ha affermato che il trasferimento della sede legale di una società da uno Stato membro ad un altro, finalizzato a far assumere alla società, senza perdita della personalità giuridica, il tipo previsto nello Stato membro di destinazione, ove consentito dallo Stato di origine, è legittimo anche qualora la società intenda mantenere la sede effettiva nel paese di origine. Sulla scorta di tale affermazione, ci interrogheremo sulla portata di tale pronuncia, in particolare chiedendoci se la stessa - pur in mancanza di una quattordicesima Direttiva in materia di trasferimento transfrontaliero della sede - costituisca affermazione per via giurisprudenziale dell'istituto della trasformazione transfrontaliera all'interno dell'UE.

Il caso

La Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o., in liquidazione (Polbud) era una società a responsabilità limitata di diritto polacco, costituita ed avente sede legale ed effettiva a Łąck (Polonia). L'assemblea straordinaria dei soci di Polbud decise, in conformità con quanto previsto dalle leggi polacche, di trasferire la sede legale in Lussemburgo. Al riguardo, la legge sul diritto internazionale privato polacca sembra privilegiare il criterio dell'incorporazione. Ed infatti, l'art. 19, par. 1, dell'*Ustawa - Prawo prywatne międzynarodowe* (legge sul diritto internazionale privato), del 4 febbraio 2011, consente il trasferimento della sede di una società polacca in un altro Stato senza che ciò comporti la perdita della personalità giuridica acquistata in Polonia: più esattamente, è previsto che la personalità giuridica acquisita nello Stato della sede precedente è conservata qualora ciò sia previsto dalla legge di ciascuno degli Stati interessati; in ogni caso, con riferimento ai trasferimenti transfrontalieri di sede nell'ambito dell'UE e, più in generale, dello Spazio economico europeo, è previsto che il

(1) Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, causa C-106/16 - Pres. Lenaerts - Rel. Jürimäe - Avvocato Generale Kokott (conf.) - Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o., in liquidazione, in questa *Rivista*, 2017/12, 1321, con nota di F.M. Mucciarelli, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*

(2) Per una rassegna, sia permesso rinviare a Stagno d'Alcontres e de Luca, *Le società*, I, *Le società in generale. Le società di persone*, Torino, 2015, 112 ss.; de Luca, *European Company Law. Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 85 ss.

trasferimento della sede non comporta la perdita della personalità giuridica.

La particolarità del caso di specie era data dal fatto che Polbud, pur spostando la sede legale in Lussemburgo, avrebbe mantenuto la sede effettiva in Polonia.

La legge societaria polacca prevede che in caso di trasferimento della sede all'estero la società si scioglie [art. 270 *Kodeks spółek handlowych* (codice delle società commerciali), del 15 settembre 2000], o meglio si estingue, dato che lo scioglimento della società si determina dopo il compimento della liquidazione, al momento della cancellazione dal registro di commercio (art. 272 *KSH* polacco). Pertanto, la Polbud depositò un'istanza di avvio della procedura di liquidazione presso il tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese e venne perciò nominato il liquidatore. Non è ben chiaro per quale motivo solo due anni dopo l'assemblea dei soci adottò una delibera che mutava la denominazione della Polbud in Consoil Geotechnik Sàrl, con sede legale in Lussemburgo, e che attuava la delibera della Polbud di trasferimento della sede legale in Lussemburgo per rendere applicabile alla stessa il diritto lussemburghese, senza perdita della personalità giuridica. Sennonché, presentata successivamente istanza di cancellazione dal registro delle imprese polacco, questa venne rifiutata. Il registro polacco, infatti, seguendo la propria prassi in materia di cancellazione a seguito di liquidazione, invitò i richiedenti a produrre documentazione incoerente con il trasferimento della sede, tra cui: la delibera dell'assemblea con indicazione del nome del custode dei libri sociali e dei documenti dell'impresa disciolta; i bilanci della fase di liquidazione, sottoscritti dal liquidatore e dal soggetto incaricato della tenuta della contabilità; la delibera dell'assemblea dei soci che approvava il rapporto sulle operazioni di liquidazione. Polbud si oppose a tali richieste e la cancellazione venne perciò rifiutata.

Contro il rifiuto di cancellazione dal registro di commercio, Polbud propose impugnazione davanti all'autorità giudiziaria polacca che, tuttavia, ne confermò la correttezza. Giunta la controversia davanti alla Cassazione polacca, questa sollevò questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, riferendole tre quesiti, di cui il principale è il terzo, e cioè "se gli articoli 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che le restrizioni alla libertà di stabilimento

includono l'ipotesi in cui una società, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato senza cambiare la sede dello stabilimento principale che rimane nello Stato di costituzione". A tale quesito la Corte ha dato soluzione affermativa, significativamente innovando l'*acquis communautaire* in materia.

I precedenti

I Trattati europei pongono un'equiparazione tra i *cittadini persone fisiche*, aventi la nazionalità di uno degli Stati membri, e le *società* "costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione" (art. 54 T.F.U.E.); a tali fini, per società, si intendono tutte quelle previste dal diritto civile o commerciale, incluse le cooperative e le altre persone giuridiche, ad eccezione di quelle che si prefiggono uno scopo ideale (art. 54, comma 2, T.F.U.E.). Nella prospettiva dei Trattati europei, l'equiparazione tra persone fisiche e società è funzionale alla realizzazione della *libertà di stabilimento*, specialmente per la "costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società... [da parte di tutti i cittadini dell'Unione] alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini" (art. 49 T.F.U.E.).

Come si nota agevolmente leggendo l'art. 54 T.F.U.E., il legislatore europeo non opera una scelta univoca sul criterio di collegamento in base al quale definire la nazionalità della società (e cioè: il luogo di costituzione ovvero l'ubicazione della sede sociale, dell'amministrazione centrale o del centro di attività principale), che resta appannaggio esclusivo delle legislazioni nazionali. Alcune di queste adottano il *principio dell'incorporazione* (ad es., l'Italia, il Regno Unito e l'Olanda), altre quello della *sede effettiva* (ad es., la Germania, l'Austria, la Spagna, il Belgio e la Francia) (3). La neutralità del Trattato sul punto ha fatto sì che emergessero dubbi di conformità di alcune disposizioni del diritto nazionale con il diritto europeo: dubbi sui quali la Corte di Giustizia è stata chiamata a fornire la propria interpretazione.

Le pronunce guida della Corte europea (i cc.dd. *leading cases*) possono essere utilmente suddivise in due gruppi: da una parte, le pronunce che hanno precisato i principi comunitari in materia di diritto

(3) In argomento, Biscaretti di Ruffia e Gambaro, *Delle Società costituite all'estero Artt. 2507-2510*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2013,

19 s.; nonché Mucciarelli, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 56 ss.

di *stabilimento primario*; dall'altra parte, le pronunce che hanno assicurato la piena attuazione del diritto di *stabilimento secondario*. Quelle che interessano maggiormente in questa sede sono quelle relative al diritto di stabilimento primario; ma interessa anche una di quelle in materia di stabilimento secondario, evocata anche nella motivazione della sentenza Polbud (*Centros*).

Il primo caso posto davanti alla Corte di Giustizia è noto come *Daily Mail* (4). Una società di diritto inglese intendeva trasferire la sede dell'amministrazione centrale nei Paesi Bassi al dichiarato scopo di assoggettarsi alla più favorevole disciplina tributaria olandese, ma non aveva ricevuto la necessaria autorizzazione governativa (inglese), sicché si rivolse alla Corte di Giustizia lamentando un contrasto tra diritto inglese, che permetteva di rifiutare l'autorizzazione alla variazione di sede, e la libertà di stabilimento (primario).

La Corte di Giustizia affermò che - data la neutralità del Trattato riguardo ai criteri di collegamento per l'applicazione dello *ius societatis* - quando una società è costituita in un ordinamento che adotta il criterio dell'incorporazione, e che pur consente il trasferimento della sede in un paese terzo conservando la nazionalità, la stessa resta soggetta alle leggi del paese di costituzione. Poiché le società sono *creature dell'ordinamento giuridico*, le stesse sono soggette ai limiti che legittimamente quel medesimo ordinamento giuridico pone.

Una sostanziale correzione del principio emerso nel caso *Daily Mail* in materia di diritto di stabilimento primario si ebbe nel caso *Überseering* (5).

Si trattava di una società di diritto olandese - ordinamento nel quale vige il criterio dell'incorporazione - che aveva convenuto in giudizio una società tedesca davanti ad un tribunale tedesco. Su eccezione della convenuta, la corte tedesca aveva disconosciuto la capacità processuale della società olandese perché questa, essendo stata acquisita da soci tedeschi ed avendo di fatto trasferito l'amministrazione centrale in Germania - paese dove invece vige il criterio della sede effettiva - senza tuttavia avere rispettato le

formalità per divenire una società tedesca, non poteva più considerarsi capace di agire in giudizio.

La Corte di Giustizia fu chiamata a stabilire se la norma tedesca, che pone nella sede effettiva il criterio di collegamento per la determinazione della nazionalità delle società, potesse considerarsi legittima alla luce del diritto europeo di stabilimento. La Corte concluse che allorché una società, costituita conformemente alla normativa di uno Stato membro sul cui territorio essa ha la sede sociale, esercita la sua libertà di stabilimento in un altro Stato membro, le norme del Trattato impongono a quest'ultimo di rispettare la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale che questa società possiede in forza del diritto del suo Stato di costituzione. In altri termini, nonostante la neutralità del Trattato al riguardo, la Corte esclude che nel caso di conflitto tra criteri di collegamento potesse prevalere quello della sede effettiva, qualora ciò si traducesse nel disconoscimento di una società che l'ordinamento di un altro Stato membro considera esistente.

Un'ulteriore precisazione dei principi in materia di diritto di stabilimento primario si avrà nei casi *Cartesio* e *Vale* (6), i quali pongono, a parti invertite, questioni relative al trasferimento della sede di società ungheresi in Italia e italiane in Ungheria.

Nel caso *Cartesio*, una società di diritto ungherese intendeva trasferire la sede in Italia, pur mantenendo la nazionalità ungherese: il diritto ungherese, a differenza di quello italiano, non consente che la sede legale sia collocata all'estero, mantenendo l'applicazione del diritto ungherese. La questione posta alla Corte era dunque se il diritto degli Stati membri può impedire il trasferimento della sede di una società, che resti soggetta all'ordinamento di incorporazione, in altro Stato membro.

La Corte - ritornando al principio espresso nel caso *Daily Mail* - ritenne che le norme del Trattato non ostano alla possibilità che uno Stato membro impedisca ad una società costituita in forza delle proprie leggi, di trasferire la sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo *status* di società

(4) Corte di Giustizia UE 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail*, in *Raccolta*, 1988, 5483, nonché, in precedenza, Corte di Giustizia UE 10 luglio 1986, causa C-79/85 *Segers*, in *Raccolta*, 1986, 2375.

(5) Corte di Giustizia UE 5 novembre 2000, causa C-208/00 *Überseering*, in *Raccolta*, 2002, I, 9919; nonché in *Corr. giur.*, 2003, 307, con nota di Colangelo, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*; in questa *Rivista*, 2003, 893, con nota di Allotti e Pernazza, *Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*; in *Giur. it.*, 2003, 703, con nota di Coscia, *La teoria della sede effettiva o Sitztheorie e la libertà di*

stabilimento societario; in *Notariato*, 2003, 347, con nota di Licini, *La sentenza überseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?*

(6) Corte di Giustizia UE 16 dicembre 2008, causa C-201/06 *Cartesio*, in *Raccolta*, 2008, I, 09641; nonché in questa *Rivista*, 2009, 1389, con nota di Deli e Pernazza, *Trasferimento della sede delle società tra libertà di stabilimento e norme internazionalprivatistiche*; in *Giur. Comm.*, 2009, II, 614, con nota di Manzini e Mucciarelli, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*.

soggetta al diritto nazionale dello Stato in cui è stata costituita.

Viceversa, nel caso *Vale* (7), una società a responsabilità limitata di diritto italiano chiese ed ottenne di essere cancellata dal registro delle imprese di Roma, per trasferire la propria sede sociale e la propria attività in Ungheria, cessando quella in Italia. Contestualmente la stessa approvava un nuovo statuto conforme al diritto ungherese e chiedeva l'iscrizione nel registro delle imprese di Budapest. Le autorità ungheresi negavano l'iscrizione adducendo che, ai sensi della normativa ungherese applicabile alle società, una società costituita e registrata in Italia, sebbene adotti uno statuto conforme alla legge ungherese, non può essere riconosciuta come soggetto che dà corso ad una trasformazione e non può come tale ottenere l'iscrizione nel registro delle imprese.

Investita della questione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che contrasta con il diritto di stabilimento primario una normativa nazionale che, pur prevedendo per le società di diritto interno la facoltà di trasformarsi, non consente, in generale, la trasformazione di una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro in società di diritto nazionale. In altri termini, secondo la Corte, lo Stato membro ospitante applica legittimamente ad una trasformazione transfrontaliera le disposizioni del proprio diritto nazionale relative alle trasformazioni interne, in materia di costituzione e funzionamento di una società, nonché in materia di bilanci e di inventario del patrimonio. Tuttavia, i principi di equivalenza e di effettività ostano a che lo Stato membro ospitante possa impedire alle società costituite conformemente al diritto nazionale di un altro Stato membro di risultare come danti causa di una trasformazione transfrontaliera.

Simili principi erano stati espressi anche nel caso *Sevic* (8), relativo ad una fusione transfrontaliera che aveva preceduto il recepimento della Decima direttiva.

In sintesi, sulla base dell'evoluzione del diritto europeo da *Daily Mail* a *Vale*, in materia di diritto di stabilimento primario, può affermarsi che:

a) il Trattato non esprime una preferenza sui criteri di collegamento per la determinazione della nazionalità delle società, risultando con esso compatibili sia quello dell'incorporazione sia quello della sede effettiva, quest'ultimo tuttavia se e nella misura in cui non si risolva nel negare la capacità di una società che ne è provvista secondo l'ordinamento di un altro Stato

membro (*Überseering*); né tale conclusione può essere superata (come ha ipotizzato il BGH tedesco) con una trasformazione "di fatto" secondo un modello dell'ordinamento del Paese di destinazione;

b) gli ordinamenti degli Stati membri non possono impedire il trasferimento della sede effettiva di una società costituita secondo il diritto nazionale in un altro Stato membro, ma possono prevedere che questo determini perdita della nazionalità (*Cartesio*);

b') qualora l'ordinamento di origine consenta il trasferimento transfrontaliero della sede, senza che ciò determini perdita della nazionalità, lo stesso resta legittimamente la fonte di regolazione dell'ente e può porre limitazioni all'operatività transfrontaliera (*Daily Mail*);

b'') qualora al trasferimento della sede effettiva all'estero consegua (automaticamente o per volontà dell'ente) la perdita della nazionalità dello Stato di costituzione e questo non imponga lo scioglimento e la liquidazione dell'ente, l'ordinamento dello Stato di destinazione, pur potendo stabilire le regole per l'acquisto della propria nazionalità, non può discriminare, a parità di condizioni, soggetti che provengono da un altro ordinamento europeo (*Sevic* e *Vale*). Su questo complesso di principi è intervenuta la sentenza *Polbud*.

Per comprenderne la portata va tuttavia aggiunto un cenno su un caso di stabilimento secondario, il noto caso *Centros*, ove la Corte si trovava a decidere se fosse legittimo il rifiuto del registro di commercio danese di iscrivere la sede secondaria di una società costituita nel Regno Unito da cittadini danesi, sul rilievo che tale società non svolgeva alcuna attività nel Paese di costituzione, ma solo in quello ove intendeva collocare la sede secondaria. In questa occasione, la Corte chiarì che la libertà di stabilimento include il diritto di costituire una società in uno Stato membro che lo consente anche al solo scopo di approfittare della sua *lex societatis*, considerata più favorevole di quella dello Stato membro ove sarà svolta attività.

I nuovi principi espressi

Le conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia nel caso *Polbud* partono dal rilievo che è pacifico e non contestato che il trasferimento di sede legale non era finalizzato ad una delocalizzazione delle attività di *Polbud*, ma solo - e dichiaratamente - a sottrarre *Polbud* all'applicazione del diritto polacco in favore

(7) Corte di Giustizia UE 12 luglio 2012, causa C-378/10 *Vale*, in *GUCE*, 2012, n. 220, 10.

(8) Corte di Giustizia UE 13 dicembre 2005, causa C-411/03 *Sevic*, in *Raccolta*, 2005, I, 10805.

di quello lussemburghese. In altri termini, Polbud non aveva alcuna intenzione di trasferire in Lussemburgo la sede effettiva, ma solo quella legale.

Secondo la Corte tale intento non solo è legittimo, ma è garantito dalla libertà di stabilimento.

A tale conclusione si perviene soprattutto attraverso la confutazione dell'avverso argomento formulato dal governo austriaco, secondo cui la libertà di stabilimento non può essere invocata quando il trasferimento non è motivato dall'esercizio di un'attività economica effettiva attraverso l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante. Va notato incidentalmente che in Austria vige il criterio della sede effettiva.

La Corte di Giustizia afferma che, come è possibile costituire una società in un determinato Stato membro per esercitare attività esclusivamente in un altro Stato membro attraverso il diritto di stabilimento secondario (principio che emerge da *Centros*), parimenti deve reputarsi consentito trasferire la sede legale in un altro Stato membro pur mantenendo la sede effettiva nello Stato di origine. Nelle parole della Corte, la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, rientra nella libertà di stabilimento, quand'anche detta società svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro. Ciò non impedisce di adottare misure idonee ad evitare l'elusione di alcune disposizioni interne reputate di ordine pubblico, ma il fatto di stabilire la sede, legale o effettiva, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro, al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa, non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento (principi espressi in *Centros* e *Inspire Art* a proposito del capitale minimo).

Con la conseguenza che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, ogni Stato membro ha la facoltà di definire il criterio di collegamento richiesto perché una società possa ritenersi costituita secondo la legislazione nazionale dello stesso. Ma, nell'ipotesi in cui una società disciplinata dal diritto di uno Stato membro si trasformi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, soddisfacendo le condizioni che la legislazione di quest'ultimo prevede affinché essa

possa esistere nel suo ordinamento giuridico, detta facoltà, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme relative alla libertà di stabilimento, non può giustificare che detto Stato membro, imponendo, segnatamente, per una simile trasformazione transfrontaliera, condizioni più restrittive di quelle che disciplinano la trasformazione di una società all'interno dello Stato membro in questione, impedisca o dissuada la società in parola dal procedere a tale trasformazione transfrontaliera.

Prime considerazioni a margine del caso

Com'è noto, sin dal 1997 si discute all'interno delle istituzioni dell'UE sull'opportunità di adottare una nuova direttiva (la c.d. Quattordicesima) sul trasferimento transfrontaliero della sede. Uno degli obiettivi di tale direttiva sarebbe quello di assicurare la possibilità di trasformazione transfrontaliera, e cioè la possibilità che qualsiasi società costituita secondo l'ordinamento di un dato Stato membro dell'UE trasferisca la sua sede in altro paese membro allo scopo di sottoporsi al diritto dello Stato membro di destinazione, senza dover procedere a scioglimento e liquidazione.

Tra i principali ostacoli alla libertà di stabilimento delle società, concause della necessità di un sistema più agevole, vi è, evidentemente, l'assoluta mancanza di un sistema proprio dell'UE, armonizzato per tutti gli Stati membri, con riguardo ai trasferimenti transfrontalieri. È stato evidenziato che i tre *escamotages* attualmente utilizzabili per ottenere il medesimo risultato della trasformazione transfrontaliera sono infatti costosi, lunghi o burocraticamente stressanti. Il risultato può essere infatti ottenuto: a) attraverso la costituzione di una SE (*Societas Europaea*) o SCE (*Societas Cooperativa Europaea*), o il trasferimento della sede di una SE o SCE già costituita; b) attraverso una fusione transfrontaliera inversa in società costituita anche *ad hoc* (Direttiva 2005/56/CE); o, infine, c) attraverso scioglimento, liquidazione e ricostituzione nel paese di destinazione (9).

Nonostante la rilevata esigenza di una disciplina armonizzata, il percorso verso una possibile quattordicesima direttiva dell'UE ha origini lontane e non risulta mai concluso. Già tra il 1997 ed il 2002 la Commissione dell'Unione Europea iniziò a sottoporre la questione della trasformazione transfrontaliera prima a

(9) V. ad es. Ballester e del Monte, *European Added Value Assessment. Directive on the cross-border transfer of a company's registered office - 14th Company Law Directive. An*

assessment accompanying the European Parliament's Legislative own Initiative Reports, reperibile in <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>.

consultazioni pubbliche e poi ad un gruppo di esperti. Questi stesero un report prodromico all'Action Plan della Commissione dell'anno 2003 sulla modernizzazione del diritto societario, che tuttavia non andò in porto. Fu menzionata nuovamente nel 2005 come elemento cardine per il completamento del mercato interno nel programma Crescita e Impiego di Lisbona, con cui si diede inizio ad un nuovo processo di consultazioni pubbliche, anche queste senza sbocco. In seguito, la questione fu portata di nuovo e più concretamente alla luce nelle *Parliamentary Resolutions* del 2006, dopo le quali venne istituita una ulteriore commissione di esperti che lavorò fino all'anno successivo alla redazione ed analisi di un *Impact Assessment Report* nel merito. Neanche tale relazione ha condotto alla stesura di una proposta di direttiva, sebbene emerga dal *Report* l'inopportunità che alla funzione legislativa si sostituisca la Corte di Giustizia, colmando le lacune della legislazione attuale. Anche le consultazioni che si sono svolte nel 2013 non hanno determinato nuovo impulso.

Sennonché, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ci si può chiedere se veramente l'intervento del legislatore europeo in materia di trasferimento transfrontaliero della sede sia ancora necessario, o se piuttosto debba prendersi atto che il percorso seguito dalla Corte di Giustizia, attraverso le sue pronunce, da *Daily Mail* a *Polbud*, ha conclusivamente delineato i principi, anche in materia di trasferimento transfrontaliero di sede, che discendono dalle disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento nell'UE.

Per verificare tale ipotesi, è opportuno partire dalla questione relativa al trasferimento della sede effettiva, e cioè dello spostamento dell'amministrazione centrale o del luogo principale degli affari in uno Stato membro diverso da quello di costituzione. È indubbio che, in applicazione della libertà di stabilimento, per le società costituite in Stati membri che adottano il principio dell'incorporazione il trasferimento della sede effettiva in altro Stato membro deve essere consentito (*Centros* e *Inspire Art*). In questo caso, alla società potrà restare applicabile la *lex societatis* dello Stato membro di costituzione, se così è previsto o imposto dallo Stato membro di costituzione (*Daily Mail*). Con la conseguenza che lo Stato membro di destinazione, anche se adotta il principio della sede effettiva, non potrà disconoscere la personalità giuridica riconosciuta da quello di origine (*Überseering*) - né imporre significative integrazioni

normative (*Inspire Art*) - e non potrà imporre la reincorporazione secondo le regole del proprio ordinamento, se non quando le norme di diritto internazionale privato dello Stato membro di origine rinviino a quelle dello Stato membro di destinazione per stabilire se la società possa conservare la *lex societatis* dello Stato di origine (*Vale*). Al contrario, per le società costituite in Stati membri che adottano il principio della sede effettiva è possibile lo spostamento della sede effettiva in altro Stato membro solo se a questo si accompagna il cambiamento della *lex societatis* applicabile (*Cartesio*). Con la conseguenza, argomentabile da alcuni precedenti (*Sevic* e *Vale*), che lo Stato membro di destinazione dovrà consentire la reincorporazione (imponendo le proprie regole interne se non in contrasto con la libertà di stabilimento), riconoscendo la continuazione della persona giuridica oggetto di fusione o trasformazione transfrontaliera.

Quanto al trasferimento della sede legale ai fini della applicazione della *lex societatis* dello Stato membro di destinazione, può affermarsi che lo stesso, ove espressamente consentito dallo Stato membro di origine, è legittimo sia che si accompagni allo spostamento della sede effettiva (*Vale*), sia che la stessa permanga nello Stato membro di origine (*Polbud*).

Non riceve risposta espressa, viceversa, la questione se il trasferimento di sede legale, ai fini di un cambio di *lex societatis*, debba essere consentito in tutti gli Stati membri, a nulla rilevando se questi adottino il principio dell'incorporazione o della sede effettiva e se le società interessate possano mantenere la sede effettiva nello Stato membro di origine. In altri termini, il quesito da porsi è se, in un caso equivalente a quello di *Polbud*, ma verificatosi in un qualsiasi altro Stato membro dell'UE, la Corte avrebbe affermato un diritto al cambiamento della *lex societatis*, ferma restando la collocazione dell'amministrazione centrale e dell'attività d'impresa, fondato direttamente dal Trattato, dunque a prescindere dalle regole di diritto internazionale privato che quello Stato membro si sia dato.

La risposta al quesito non può prescindere dal rilievo che il risultato di cui è dubbio il raggiungimento attraverso uno spostamento transfrontaliero di sede legale può essere senz'altro conseguito attraverso la costituzione di una società nello Stato membro di destinazione e una fusione per incorporazione transfrontaliera (10) (o attraverso gli altri *escamotages* individuati nelle consultazioni relative alla proposta

(10) Dir. 2005/56/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, artt. 1, 4, 14.