

Alcune incoerenze nell'attuale disciplina sullo stabilimento delle società*

Some inconsistencies in the current regulation of the right of establishment of companies

GIANLUCA CONTALDI

*Professore ordinario di diritto dell'Unione europea
nell'Università degli studi di Macerata*

Recibido: 01.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9320

Resumo: In una recente sentenza, la Corte di giustizia ha nuovamente affrontato il problema della libertà di stabilimento delle società e del rapporto che questa presenta con le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato. Benché la decisione non costituisca una novità, essa pone con urgenza il problema della tutela dei soggetti che rischiano di essere pregiudicati da uno spostamento della sede all'estero ovvero dal cambiamento della legge applicabile, quali i creditori, i soci di minoranza e i lavoratori.

La situazione si è complicata ulteriormente, perché, a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Polbud* e della direttiva 2019/2121, esistono ora due diverse modalità di esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società. Dette diverse modalità, seppure nettamente distinte dal punto di vista giuridico, risultano scarsamente coordinate proprio sotto il profilo della tutela dei soggetti che avevano fatto affidamento su un determinato assetto giuridico della società. Per risolvere l'aporia, il legislatore dell'Unione dovrebbe intervenire completando l'armonizzazione normativa del settore ovvero con l'adozione di un regolamento (c.d. Roma V) sulla legge applicabile alle società.

Parole chiave: Libertà di stabilimento delle società, diritto internazionale privato delle società, incorporation, esigenze imperative.

Abstract: In a recent ruling, the Court of Justice once again addressed the issue of the freedom of establishment of companies and its relationship with national rules of Private International law. Although the decision is nothing new, it urgently raises the issue of the protection of persons who may be affected by a transfer of the seat abroad or by a change in the applicable law, such as creditors, minority shareholders and employees.

The situation has become even more complicated because, following the ruling of the Court of Justice in the *Polbud* case and Directive 2019/2121, there are now two different ways for companies to exercise their right of establishment. These different modes, although clearly distinct from a legal point of view, are poorly coordinated precisely from the point of view of the protection of those who had relied on a particular legal asset of the company. In order to resolve this aporia, the European Institutions should intervene by completing the regulatory harmonisation of the sector or by adopting a regulation (so-called Rome V) on the law applicable to companies.

Keywords: Freedom of establishment of companies, rules of private international law on companies, incorporation, mandatory provisions.

*Il presente scritto è in onore del Prof. Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

Sommario: I. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Edil Work 2*. II. La giurisprudenza della Corte di giustizia sullo stabilimento secondario delle società. III. La trasformazione transfrontaliera alla luce della direttiva 2019/2121. IV. La tutela di soci di minoranza, creditori e lavoratori in ipotesi di stabilimento secondario ovvero di trasformazione transfrontaliera. V. La proposta del rapporto Letta di creazione di un ventottesimo regime normativo. VI. La perdurante necessità dell'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in materia societaria.

I. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Edil Work 2*

1. Con la decisione nel caso *Edil Work 2*, la Corte di giustizia dell'Unione europea è tornata sul tema del rapporto intercorrente tra libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto¹. La fattispecie esaminata dalla Corte è caratterizzata da una concatenazione di eventi appositamente studiati per trarre vantaggio delle differenze normative intercorrenti tra gli ordinamenti nazionali. Nella specie, una società italiana, che aveva quale unico cespite patrimoniale un castello situato in Italia², aveva deciso, nel corso del 2004, di spostare la sede statutaria in Lussemburgo. Con apposita delibera assembleare, l'ente aveva, infatti, trasferito la sede in detto Stato membro ed aveva al contempo assunto la forma di una società a responsabilità limitata prevista dall'ordinamento lussemburghese³. Successivamente, nel 2010, un'assemblea straordinaria nominò amministratrice la signora S.B., che contestualmente conferì l'incarico di mandatario, con pieni poteri, al signor F.F., estraneo ai componenti del consiglio di amministrazione. Tale conferimento di poteri, pur legittimo secondo la legge lussemburghese, si poneva in contrasto con il disposto dell'art. 2381 del codice civile italiano. Detta disposizione vieta, infatti, l'attribuzione di poteri gestori a soggetti esterni all'organo direttivo. In tale veste, il signor F.F., sfruttando i poteri attribuiti, trasferisce l'immobile ad un'altra società, la quale, a propria volta, lo conferisce ad una terza società, da lui stesso controllata⁴.

2. La società lussemburghese, a seguito di un apparente ripensamento dell'amministratrice⁵, contesta la validità del primo trasferimento del cespite, sul presupposto che il conferimento di poteri al mandatario fosse illegittimo, per violazione del citato art. 2381 c.c. Il diritto italiano si applicherebbe alla fattispecie per effetto del disposto dell'art. 25 della legge n. 218/95, legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Detta previsione, come è noto, utilizza, quale criterio di collegamento in materia societaria, quello dell'*incorporation*⁶. Tuttavia, l'applicazione della legge del luogo

¹ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, ECLI:EU:C:2024:348. Per il commento v. F.M. MUCIARELLI, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nasce da errori, equivoci e curiosi fatti di cronaca rosa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2024, p. 936 ss.; G. DEMONTIS, *Trasferimento della sede sociale all'estero, legge applicabile e libertà di stabilimento: la Corte di giustizia si pronuncia sull'articolo 25 l.n. 218/95*, in *Dir. comm. int.*, 2024, p. 778 ss.

² L'immobile, noto con la denominazione di Castello di Tor Crescenza, è una struttura rinascimentale, di origine militare, costruita attorno ad una torre di guardia situata nella campagna a nord di Roma. L'immobile non ha, invero, mai assolto a funzioni militari, dal momento che già nel corso del XVI secolo (quando assunse la forma attuale) era adibito a residenza di campagna. Al giorno d'oggi, l'attività imprenditoriale consiste essenzialmente nella locazione dell'immobile per eventi privati e set cinematografici (v. il sito: <https://www.castelloditorcrescenza.it/>).

³ La costituzione di società rientra in quelle ipotesi che, dal punto di vista del diritto internazionale privato, vengono definite "ibride", nel senso che vengono create con il necessario intervento di autorità pubbliche prive di natura giurisdizionale. Il ruolo dell'autorità consiste, infatti, solo nell'accertare che l'accordo concluso dai privati sia conforme alla legge (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, in C. VON BAR, O.L. KNÖFEL, U. MAGNUS, H.P. MANSSEL, A. WUDARSKI (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, 2024, p. 101 ss., 107 s.).

⁴ Da una visura societaria risulterebbe che la soc. *Edil Work 2* sia attualmente nullatente: il cespite sarebbe stato oggetto di un ulteriore trasferimento ad un quarto ente.

⁵ Il ripensamento era verosimilmente legato alle vicende personali intercorrenti tra la sig.ra S.B. ed il Sig. F.F. Le cronache dell'epoca riportarono alcuni episodi, variamente interconnessi con le vicissitudini della proprietà del castello (v. *Castello di Tor Crescenza, storia di amanti e schiaffi tra nobili*, consultabile al sito <https://www.ilfattoquotidiano.it/2013/12/07/castello-di-tor-crescenza-storia-di-amanti-e-schiaffi-tra-nobili/804753/>).

⁶ Art. 25, primo comma, l. 218/95: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova

di costituzione non è incondizionata, dal momento che, nella seconda parte, questa è esclusa nel caso in cui «la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». In tale ultima ipotesi, si applica, per l'appunto, la legge italiana. Sulla base della formulazione della disposizione di conflitto, non sussistevano, pertanto, dubbi che la società lussemburghese fosse soggetta al diritto italiano, dal momento che l'oggetto principale della società (nella specie: l'unico oggetto dell'attività imprenditoriale) era costituito dal cespite immobiliare situato in Italia.

3. Secondo la Corte, l'applicazione della legge italiana, ad una società costituita secondo il diritto lussemburghese, costituirebbe tuttavia una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento, dal momento che l'ente «potrebbe essere assoggettato, *cumulativamente*, tanto al diritto lussemburghese quanto al diritto italiano»; e tale applicazione cumulativa potrebbe «rendere più difficile la gestione di tale società»⁷.

4. La soluzione si presta indubbiamente a critiche. Innanzitutto non è chiaro perché l'applicazione cumulativa di due diverse leggi nazionali rappresenti necessariamente un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento, dal momento che questa eventualità, in assenza di armonizzazione europea, appare quasi una conseguenza naturale del carattere di transnazionalità della fattispecie⁸.

È poi opportuno porre in rilievo che non è affatto certo che si verteva in un'ipotesi di applicazione cumulativa di due diverse leggi nazionali al medesimo ente. In materia societaria, infatti, il diritto lussemburghese, a differenza del sistema di diritto internazionale privato italiano, segue il criterio della sede⁹. Da ciò discende la conseguenza che entrambi gli ordinamenti in gioco (tanto quello lussemburghese, quanto quello italiano) verosimilmente concordavano circa l'applicazione alla fattispecie della legge italiana¹⁰. In questo contesto, non ricorrerebbe, pertanto, quella restrizione alla libertà di stabilimento determinata dall'applicazione cumulativa di due leggi nazionali ad un medesimo ente.

5. A prescindere da questi rilievi, è tuttavia evidente che, al di là di talune affermazioni di principio rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia, le libertà costitutive del mercato interno in-

l'oggetto principale di tali enti». In dottrina v. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, vol. 14, Torino, 1997, 142 ss.; M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, 64 ss.; A. SANTA MARIA, *Società - Diritto internazionale privato*, in *Enc. giur.*, vol. 24, Roma, Giuffrè, 1998, 3 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 351 ss.; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia societaria*, Bari, Cacucci, 2004, p. 31 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 161; S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione Europea*, Torino, 2016, p. 17 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 6a ed., Torino, 2023, p. 66 ss.; S. TONOLO, *Società e persone giuridiche*, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, 5 a ed., Torino, 2024, p. 147.

⁷ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, cit., par. 34.

⁸ Questo assunto può avere senso solo ove si attribuisca al principio del mutuo riconoscimento un carattere totalizzante, come sembra in effetti orientata a fare la Corte di giustizia, nel senso che, per effetto di detto principio, la fattispecie deve produrre nel paese di destinazione solo ed esclusivamente gli effetti che la stessa determina nell'ordinamento di origine (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 115).

⁹ Più precisamente, l'art. 1300-2 della legge 10 agosto 1915, sulle società commerciali, stabilisce che: «Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché de Luxembourg, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger». La norma, anche se formulata in maniera unilaterale, è generalmente considerata quale disposizione bilaterale di conflitto, da parte della giurisprudenza. Essa fa riferimento al luogo di amministrazione principale, che si presume coincidente, fino a prova contraria, con la sede statutaria (v. F. BENYAHIA, *Rattachement de la société en commandite spéciale au droit luxembourgeois*, in *JurisNews - Droit des sociétés*, 2019, p. 405 ss.; G. CUNIBERTI, *Droit international privé luxembourgeois*, vol. 1, 2eme éd., Luxembourg, 2024, p. 210 ss.).

¹⁰ V. l'osservazione del Prof. Cuniberti nel blog di EAPIL (The European Association of Private International Law): «The obvious flaw in the CJEU's decision is that Luxembourg also applies the real seat theory. So the company was not going to be subject to both Luxembourg and Italian law, but only to Italian law (the only possible exception could be if the location of the real seat was unclear, as there is a presumption under Luxembourg PIL that it coincides with the registered seat)» (consultabile al sito <https://eapil.org/2024/05/29/a-conflict-of-laws-rule-for-companies-at-last-the-cjeu-in-edil-work-2/>). Sul piano dell'ordinamento italiano, entrerebbe comunque in funzione il rinvio indiretto, di cui all'art. 13, primo comma, lett. b, della l. 218/95, che consentirebbe di rendere applicabile la legge italiana.

cidano profondamente sulle norme di diritto internazionale privato nazionali¹¹. Come è noto, in materia societaria, i meccanismi normalmente diffusi si fondano su due principi tra di loro difficilmente conciliabili¹²: il primo è il criterio, originario dei sistemi di *common law*, dell'*incorporation*. Gli ordinamenti che si basano su tale principio stabiliscono quali siano le società nazionali sulla base della legge che ne ha concretamente disciplinato il procedimento costitutivo¹³. I sistemi giuridici appartenenti al secondo gruppo sono invece soliti determinare l'appartenenza delle società ad un determinato ordinamento sulla base del luogo in cui si trova la "sede effettiva" (c.d. *Sitztheorie*)¹⁴.

È, allo stato, opinione diffusa che il criterio della sede, tuttora impiegato da una pluralità di ordinamenti nazionali¹⁵, risulti oggi recessivo rispetto al sistema dell'*incorporation*¹⁶, proprio perché il primo finisce per subire, molto più del secondo, i condizionamenti discendenti dall'operatività del principio del mutuo riconoscimento¹⁷. D'altro canto, anche nella stessa dottrina italiana, antecedente all'affermazione della Corte, era sostanzialmente pacifico che l'art. 25, primo comma, della legge italiana di diritto internazionale privato, nella parte in cui rendeva applicabile la legge interna alle società validamente costituite in altri Stati membri, laddove queste avevano in Italia la sede ovvero l'oggetto principale dell'amministrazione, fosse incompatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸.

¹¹ D'altro canto, è pacifico che «the principle of mutual recognition operates as a principle of European international public policy... because it prevents the application of the conflict rules of the State of destination» (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 104).

¹² In astratto si può anche ipotizzare un terzo criterio, oltre ai due menzionati nel testo, che è quello della *lex mercatus*, ovvero della legge del mercato nel quale la società si trova in concreto ad operare. Questo ulteriore orientamento, che allo stato è assolutamente minoritario rispetto agli altri due menzionati nel testo, presenta, tuttavia, il vantaggio di considerare l'ente inserito in un determinato contesto socio-economico, che è sovente caratterizzato dall'applicazione di regole giuridiche privatistiche e pubblicistiche (v. S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, Catania, 2008, p. 13 ss.; L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 397, 2019, spec. cap. III, p. 401 ss.).

¹³ Dal punto di vista testuale, il citato art. 25, legge 218/95, fa riferimento al criterio del "luogo di costituzione" («Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente... sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione»). Non vi sono dubbi, nella dottrina italiana, che il termine "luogo" identifichi non un luogo fisico, ma l'ordinamento che, in concreto, ha disciplinato il procedimento costitutivo dell'ente. È inoltre opportuno segnalare che tale apparente discrasia tra formulazione della disposizione e la sua interpretazione letterale potrebbe presto risolversi, dal momento che è attualmente pendente un disegno di legge che riformula la disposizione in questione in modo maggiormente conforme alla sua interpretazione. Detto disegno di legge prevede infatti che: «le parole "nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione" sono sostituite dalle seguenti: "in base al quale sono stati costituiti"» (v. il Disegno di legge contraddistinto con il n. m_dg.LEG.07/11/2024.0011092).

¹⁴ È bene avvertire che anche sul significato da attribuire al termine "sede" non sussiste uniformità di opinioni e le varie legislazioni tendono in alcuni casi a privilegiare la sede effettiva, in altri la sede sociale risultante dallo statuto ovvero dal registro. È infatti pacifico che, nella prassi commerciale, le società di capitali abbiano abitualmente tre sedi, che possono anche non coincidere: la sede sociale, risultante dall'atto costitutivo (ed eventualmente spostata in seguito con delibera assembleare straordinaria); la sede amministrativa, dove la società è correntemente gestita e dove si trovano gli organi direttivi e, infine, la sede di quotazione, che è il luogo nel quale la sede è quotata sul mercato dei capitali (v. A. POMELLI, *Dall'arbitraggio regolamentare all'arbitraggio sistemico: il vero gioco (e rischio) delle migrazioni societarie in Olanda*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 337 ss., 340-342).

¹⁵ V. il rapporto commissionato dalla Commissione europea, C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Study on the Law Applicable to Companies. Final Report*, Bruxelles, 2016, p. 134 s. Secondo gli autori, alcuni Stati europei seguono tuttora il criterio della sede (Austria, Belgio, Lussemburgo, Grecia, Portogallo), mentre molti altri, pur adottando il criterio dell'*incorporation*, hanno introdotto diversi temperamenti che consentono di applicare la legge del foro, nel caso in cui l'ente straniero presenti collegamenti rilevanti, quali la sede effettiva, con il territorio dello Stato (Bulgaria, Ungheria, Paesi Bassi, Estonia, Italia, Spagna, Croazia, Francia).

¹⁶ V., ad es., M. MENJUQ, *Droit international et européen des sociétés*, 4ème éd., France, 2016, p. 139, secondo il quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha determinato una situazione «très favorable» per le società che si costituiscono negli Stati membri che adottano il criterio dell'*incorporation*. Per la medesima ragione, l'*Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris*, in un rapporto presentato nel corso del 2021, ha suggerito al legislatore francese di abbandonare del tutto il criterio della sede a favore di quello dell'*incorporation*, in quanto più adatto a favorire gli investimenti (*Rapport sur le rattachement des sociétés*, 31 marzo 2021; il rapporto è reperibile sul sito della Banca di Francia: <https://www.banque-france.fr>).

¹⁷ V. le sentenze della Corte, 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering BV*, ECLI:EU:C:2002:632, punto 82; 25 aprile 2024, causa C.276/22, *Edil Work 2*, cit., punti 29-32.

¹⁸ V. T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, Torino, Utet, vol. 9, t. 1, 99; Id., *Diritto internazionale privato*, cit., p. 363; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, cit., p. 79; F.C. VILLATA, "Materia societaria" e riforma del

6. Questa conclusione, fondata sull'osservazione della prevalente giurisprudenza della Corte, risulta cionondimeno scarsamente convincente alla luce dell'evoluzione del diritto materiale europeo. Il ricorso al criterio della sede, nel diritto internazionale privato comparato, viene infatti tradizionalmente giustificato dall'esigenza di proteggere le categorie dei soggetti che entrano in contatto con un determinato ente e che potrebbero essere all'oscuro della sua legge regolatrice; o, più semplicemente, che avevano fatto conto su un determinato assetto giuridico e che potrebbero venire pregiudicati da un mutamento della sede ovvero della legge regolatrice dell'ente, quali, in particolare, i creditori sociali, i lavoratori e, infine, i soci di minoranza o dissidenti¹⁹. Pertanto, possiamo anche accettare che, nel funzionamento del mercato interno, uno dei due criteri di collegamento risulti maggiormente efficiente per consentire una libera circolazione delle società; ma ciò non significa che vengano meno le esigenze di tutela delle predette categorie.

7. La salvaguardia degli interessi dei soggetti che hanno fatto affidamento su un dato assetto empirico e giuridico dell'ente è, invero, presente nella motivazione della Corte di giustizia, ma questo non giustifica, comunque, un'applicazione incondizionata della legge del paese della sede. Nel caso in esame, infatti, l'ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento sarebbe rappresentato dall'estensione indiscriminata della legge italiana a tutti gli aspetti concernenti il funzionamento degli organi societari. Secondo la Corte, infatti, «se l'articolo 25, paragrafo 1, seconda frase, della legge n. 218/1995 dovesse essere interpretato nel senso di implicare che qualsiasi atto di gestione di una società validamente costituita secondo il diritto di un altro Stato membro ma che svolge la parte principale delle sue attività in Italia debba essere assoggettato alla normativa italiana, non sarebbe possibile verificare l'esistenza, in un caso concreto, di un rischio di lesione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza o dei lavoratori. (...) Ciò considerato, una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo»²⁰.

In altri termini, l'art. 25 della legge di riforma del diritto internazionale privato risulta incompatibile con il funzionamento del mercato interno solo perché conduce ad un'applicazione generalizzata del diritto italiano; ma la Corte non esclude affatto che talune disposizioni materiali possano comunque trovare applicazione, laddove esse rispondano al noto test *Gebhard*²¹. In questo modo, tuttavia, la tutela delle categorie sopra ricordate (creditori, soci di minoranza e dipendenti), finisce per dipendere da un confronto, che deve essere condotto caso per caso, tra la legge del paese di costituzione e quella del paese di destinazione della società. Questa soluzione, come è evidente, determina una frammentazione

sistema italiano di diritto internazionale privato tra (improcrastinabili) esigenze di coordinamento e di modernizzazione, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2019, p. 79 ss., 93; S. TONOLO, *Società e persone giuridiche*, cit., p. 152. Secondo M. BENEDETTELLI, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in M. BENEDETTELLI, M. LAMANDINI (a cura di), *Diritto societario europeo ed internazionale*, Milano, 2017, p. 1 ss., 15, tuttavia, la funzione della seconda parte dell'art. 25, l. 218/95 era solo quella di rendere applicabili a società straniere «alcune norme di diritto interno in virtù dei particolari contatti che tali società hanno con la comunità nazionale».

¹⁹ Le due teorie rispondono ad obiettivi sociali ed economici diversi. I sistemi che seguono la teoria della sede si propongono l'obiettivo di tutelare le categorie deboli nei loro rapporti con l'ente (lavoratori, creditori, soci di minoranza), sottoponendo tutte le società che operano sul proprio territorio alla legge del foro. In qualche modo tutelano l'apparenza e l'affidamento indotto dal fatto che una società opera in un determinato contesto territoriale. Al contrario, la tesi dell'*incorporation* mira sia a favorire l'operatività all'estero delle società nazionali, le quali possono liberamente costituire succursali e filiali, sia ad attirare investimenti stranieri (v. S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 63 s.).

²⁰ Sentenza della Corte, 25 aprile 2024, causa C276/22, *Edil Work 2*, cit., punti 42-43.

²¹ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, punto 37, secondo cui i «provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo». Con specifico riferimento alle società, v. le sentenze della Corte del 9 marzo 1999, in causa C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126, punto 34; del 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512, punto 133. Applicando questi principi al caso *Edil Work 2*, è in effetti dubitabile che l'art. 2381 cod. civ. italiano (che era la disposizione la cui applicazione veniva invocata dalla parte attrice) assolva alla tutela di interessi pubblici, dal momento che esso sembra proteggere eminentemente gli interessi privati dei manager (per rilievi critici sul punto v. MUCCIARELLI, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento*, cit., par. 4).

nel funzionamento del mercato interno ed una notevole incertezza circa l'assetto giuridico che accompagna un trasferimento societario da uno Stato membro all'altro.

Ma soprattutto, ciò che risulta contraddittorio è che le predette categorie di soggetti fruiscono di un diverso standard di tutela, a seconda delle modalità con le quali la società esercita il proprio diritto di stabilimento. Per chiarire perché i risultati ai quali perviene la Corte di giustizia possano risultare contraddittori è opportuno distinguere due ipotesi, chiaramente diverse sul piano teorico, ma che, come vedremo, possono anche condurre a risultati pratici analoghi. La prima è quella della società costituita e regolarmente stabilita in uno Stato membro che, tuttavia, intende esercitare la propria attività in un paese dell'Unione europea diverso, attraverso la costituzione di una succursale (quindi, mediante uno stabilimento secondario). La seconda è quella di una società che intende trasferirsi, con la sede principale, in un diverso Stato membro (c.d. trasferimento primario). Analizziamo separatamente dette fattispecie.

II. La giurisprudenza della Corte di giustizia sullo stabilimento secondario delle società

8. La prima modalità di stabilimento delle società consiste nell'apertura di filiali o succursali in Stati membri diversi da quello di origine. Si tratta di una modalità di esercizio del diritto che si è progressivamente affermata in via prevalentemente giurisprudenziale. L'apporto della Corte di giustizia è stato, d'altro canto, fondamentale, dal momento che le disposizioni del Trattato lasciavano adito a talune discrasie. Il diritto primario, infatti, menziona gli enti collettivi in varie disposizioni, la lettura congiunta delle quali presenta profili contraddittori. Innanzitutto l'art. 49 TFUE, nel prevedere un diritto di stabilimento per le persone fisiche e giuridiche, stabilisce che esso importa l'accesso alle attività non salariate «nonché la costituzione e la gestione di imprese ed in particolare di società». Sulla base della formulazione, detta disposizione dovrebbe essere suscettibile di produrre effetti diretti, senza necessità di normative nazionali di attuazione.

In secondo luogo l'art. 50, par. 2, lett. g), affida alle istituzioni europee il compito di emanare direttive finalizzate a rendere equivalenti le garanzie che sono richieste alle società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi. Tale previsione, pertanto, prende atto della necessità di assicurare un'adeguata tutela ai soggetti che entrano in contatto con le persone giuridiche che operano nel mercato unico, al fine di evitare che costoro ricevano pregiudizio a causa dei contenuti divergenti degli ordinamenti nazionali. Il processo di armonizzazione è tuttora in corso di evoluzione²². Ai fini del prosieguo del discorso, è opportuno avvertire che si è ancora lontani dalla realizzazione di una completa armonizzazione dei diritti societari nazionali, con la conseguenza che l'operatività concreta del diritto di stabilimento subisce, tuttora, i limiti determinati dall'esistenza di una pluralità eterogenea di ordinamenti degli Stati membri.

²² Le direttive che le istituzioni europee hanno adottato nel corso degli anni possono essere suddivise in tre gruppi principali. Nel primo di questi rientrano tutte tra le direttive in tema di *assetto della società*, ivi inclusa la struttura e la costituzione dell'ente: al riguardo è opportuno menzionare la prima direttiva, in materia di nullità della società (direttiva 68/51, in GU, L 65/68), la terza in materia di fusioni (78/855, in GU, L 295/78): entrambe dette direttive sono ora sostituite dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, in GUUE L 169 del 30/06/2017, p. 46–127. Particolarmente innovativa è stata poi la direttiva 89/667 (in GU, L 395/89; successivamente abrogata dalla direttiva 2009/102/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, in materia di diritto delle società, relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, in GUUE L 258 del 01/10/2009, p. 20–25), che ha introdotto la possibilità di costituire società a responsabilità limitata aventi un unico socio, aprendo così anche ad individui singoli la strada del ricorso allo strumento societario, in tal modo consentendo agli operatori commerciali di svolgere attività economiche attraverso il rischio del solo capitale conferito. Nel secondo gruppo rientrano tutte le direttive concernenti il *bilancio* delle società ovvero le operazioni commerciali compiute da tali enti: in questo ambito è opportuno ricordare la settima, riguardante il bilancio consolidato (83/349, in GUCE, L 193/83, successivamente abrogata dalla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, in GUUE L 182 del 29/06/2013, p. 19–76) e la direttiva 2004/25 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto (in GU, L 142, 30 aprile 2004, p. 12). Nel terzo gruppo devono invece includersi le direttive concernenti la creazione di *modelli intesi a favorire la cooperazione tra società o tra professionisti* situati in Stati membri diversi. Lo strumento al riguardo più risalente è il GEIE (Gruppo europeo di interesse economico), istituito con reg. n. 2137/1985 del Consiglio del 25 luglio 1985, in GUCE, L 199, 31 luglio 1985, p. 1, che consente di creare una struttura di coordinamento tra liberi professionisti situati in Stati membri diversi.

9. In terzo luogo, l'art. 54 stabilisce che le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e che abbiano la sede, l'amministrazione centrale o il centro di attività in uno Stato membro sono, ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento, equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza di un paese comunitario.

Il punto cruciale, come è ovvio, verte sul significato che si ritiene ragionevole attribuire a tale ultima disposizione. Sul piano dell'esegesi letterale la norma in questione sembra assolvere ad una funzione di carattere marginale: ovvero quella di "individuare" gli enti che possono fruire dei diritti di stabilimento. Essa, tuttavia, assolve a tale funzione attraverso un rinvio agli ordinamenti nazionali. Secondo la Corte, infatti, spetta agli Stati membri stabilire quali sono le società che risultano costituite secondo il loro diritto nazionale e che, conseguentemente, possono fruire della libertà di stabilimento garantita dal Trattato²³. In altri termini, gli Stati sono liberi, nel novero delle ipotesi previste dalla disposizione pattizia, di "scegliere" il criterio di collegamento che consente di stabilire l'ordinamento di appartenenza delle persone giuridiche e degli enti collettivi.

10. Se spetta agli Stati membri stabilire quali società godono del diritto di stabilimento, compete pur sempre a costoro prevedere quali siano le condizioni per spostare liberamente la sede ovvero per aprire una filiale o una succursale in un diverso Stato membro, mantenendo la personalità acquisita sulla base dell'ordinamento di origine e conservando, al contempo, la medesima legge regolatrice. Il ruolo che presenta, in relazione alla libertà di stabilimento delle società, il diritto nazionale dello Stato di origine era in definitiva chiaro fin dalle prime sentenze della Corte. La Corte di giustizia aveva, infatti, già affermato detto principio nel noto caso *Daily Mail*²⁴. Si tratta di una decisione piuttosto nota, perché in essa è stato affermato un principio che costituisce una sorta di diffusa idea di fondo, specie nella dottrina di lingua francese, della portata normativa attribuita all'art. 54 TFUE. In particolare secondo la Corte, «le società sono enti creati da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento». Dal momento che sussistono profonde divergenze tra i vari ordinamenti sia per quanto concerne i criteri di collegamento impiegati, sia per quanto riguarda le norme materiali regolatrici degli enti giuridici, non sarebbe possibile far discendere dall'art. 54 un diritto di stabilimento primario.

Da detta decisione emerge un elemento che contraddistinguerà la giurisprudenza successiva. Sembra infatti possibile rilevare una propensione a fornire una lettura limitativa del disposto del citato art. 54 TFUE: in particolare la Corte menziona solo una modalità di attuazione del diritto di stabilimento, consistente nella costituzione di filiali o succursali²⁵, mentre non tratta estensivamente la questione, di primaria importanza per l'attuazione della libertà di stabilimento, della possibilità di trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro, mantenendo tuttavia inalterato lo *status* giuridico acquisito sulla base dell'ordinamento di origine. Tale lettura limitativa, in astratto, costituisce una circostanza

²³ Sentenza della Corte 16 dicembre 2008, causa C210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punto 110: «Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione». V. anche le sentenze del 25 ottobre 2017, C106/16, *Polbud*, EU:C:2017:804, punto 34 e del 25 aprile 2024, causa C.276/22, *Edil Work 2*, cit., punto 26.

²⁴ Sentenza della Corte 27 settembre 1988, causa 81/87, ECLI:EU:C:1988:456, punto 19.

²⁵ Si ritiene abitualmente che il diritto dell'Unione europea non contenga una nozione univoca di succursale. D'altro canto, la stessa undicesima direttiva (direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, in GU L 395 del 30.12.1989, p. 36-39; poi abrogata dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, cit.), non forniva una nozione di succursale. Gli autori sono tuttavia concordi nel senso di ritenere che la nozione stessa debba essere interpretata in maniera estensiva, in modo da comprendere qualunque tipologia di struttura societaria alla quale si è soliti fare ricorso nella prassi commerciale, in modo da consentire la massima estensione possibile del diritto di stabilimento secondario. In dottrina v. A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 169 ss.; L. ENRIQUES, *Società costituite all'estero*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 2007, p. 37.

piuttosto singolare: vertendosi in tema di libertà fondamentali per la realizzazione del mercato interno, dovrebbe, semmai, prevalere una linea interpretativa di segno opposto.

11. Ad ogni buon conto, l'impostazione giurisprudenziale non subisce variazioni di rilievo nella giurisprudenza successiva, fino al noto caso *Centros*²⁶. Nella specie si trattava di una società costituita nel Regno Unito da una coppia di coniugi danesi al solo fine di operare, tramite una sede "secondaria", in Danimarca; tale marchingegno era stato probabilmente concepito allo scopo di eludere le norme danesi in materia di conferimento del capitale sociale. Le autorità danesi si erano, tuttavia, rifiutate di iscrivere nel registro delle imprese la società *Centros* come sede secondaria di una società inglese, dal momento che tale tentativo rappresentava, dal loro punto di vista, una sorta di frode alla legge. Secondo i giudici di Lussemburgo, «il diniego, da parte di uno Stato membro, di registrazione della succursale di una società costituita in conformità al diritto di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede per il motivo che la succursale è destinata a consentire a tale società di svolgere l'intera sua attività economica nello Stato di accoglienza ... è incompatibile con gli artt. (49 e 54 TFUE), in quanto impedisce qualsiasi attuazione del diritto al libero stabilimento secondario». Questa sentenza quindi, nonostante le peculiarità del caso, non sembra attribuire un diritto allo stabilimento primario, ponendosi, *formalmente*, in linea di continuità rispetto alla lettura limitativa discendente dalla decisione *Daily Mail*.

Tuttavia, non può sfuggire che la stessa valutazione della Corte, nella misura in cui fa discendere dall'art. 54 l'esistenza di un mero diritto allo stabilimento secondario, appare parzialmente contraddetta nei fatti. Nel caso *Centros* siamo, infatti, a ben vedere di fronte a una società costituita in uno Stato membro, che tuttavia decideono di aprire una succursale in un diverso paese, anche se questa si presenta come *l'unica sede operativa*. In altri termini, è verosimile che, nell'ordinamento di origine la società *Centros* avesse lasciato solo un punto di contatto, privo di effettivo rilievo nella gestione concreta dell'ente²⁷.

12. Il fatto è che il concetto di stabilimento primario si adatta bene alle persone fisiche. Al contrario è una nozione che, rispetto alle società, finisce per rispondere ad un concetto assai vago. Si identifica infatti tale fattispecie con l'ipotesi di un ente, costituito secondo una determinata legge, che decide di spostare la sede effettiva all'estero, conservando, tuttavia, la sede sociale sul territorio del paese di costituzione e mantenendo, conseguentemente, lo statuto giuridico originario. Questa ipotesi, che già risulta alquanto indefinita sulla base del Trattato istitutivo, è resa invero ulteriormente problematica dal fatto che su di essa incidono i diversi criteri di collegamento impiegati e le disposizioni materiali presenti nei sistemi giuridici nazionali. È infatti possibile che gli Stati membri consentano alle società costituite secondo la propria legge di stabilire – o di spostare in un momento successivo – la sede all'estero²⁸.

La lettura che la Corte fornisce dell'art. 54, che viene appunto condotta prevalentemente sul piano del diritto dell'Unione europea, risulta incompleta nella misura in cui trascura di considerare la molteplicità di effetti che tale ordinamento determina al momento del suo impatto con i sistemi giuridici nazionali. Per consentire un effettivo trasferimento della sede occorre, pertanto, qualcosa di più, che l'ordinamento sovranazionale non può, in assenza di una completa armonizzazione delle norme materiali e di conflitto, realizzare. Occorre, infatti, che le norme di diritto internazionale privato dello Stato di origine siano disposte ad attribuire pieno valore alla modifica consistente nel trasferimento della sede all'estero. È necessario, in altri termini, che le norme di conflitto nazionali dello Stato di origine accettino il trasferimento della sede all'estero, mantenendo intatta la propria personalità giuridica acquisita e

²⁶ Sentenza della Corte 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459, punto 30. Questo caso appare un vero proprio *turning point* nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v. l'editoriale di L. ENRIQUES, *A venticinque anni da Centros: il punto su concorrenza tra ordinamenti e migrazioni societarie*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 303 ss.

²⁷ Emerge dalla sintetica espositiva in fatto che nel Regno Unito si trovava solo «la sede [sociale, ndr.] della società è nel Regno Unito, con domicilio presso un amico del signor Bryde» (ovvero del marito della coppia che aveva costituito la società *Centros*): v. Corte 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 3.

²⁸ Come avviene per l'ordinamento inglese, per quello olandese e per quello italiano: cfr., rispettivamente, Corte giustizia 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, cit.; 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, ECLI:EU:C:2011:785; 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft*, ECLI:EU:C:2012:440. È opportuno chiarire che, sul punto, l'ordinamento italiano, è stato parzialmente modificato (v. i riferimenti *infra*, nota 39).

che, contestualmente, le disposizioni materiali che disciplinano il funzionamento delle società si limitino a prescrivere che gli enti che emigrano conservino solo un tenue legame (di natura eminentemente formale) con l'ordinamento di origine²⁹. Per questo, detta fattispecie, pur presentandosi come un mero stabilimento secondario, può, sul piano empirico, assumere quasi i connotati di un vero e proprio stabilimento primario.

13. Una volta stabilita la rilevanza delle norme sostanziali e di conflitto di origine statale, il problema da superare diviene quello della loro funzionalità nella prospettiva di una maggiore integrazione comunitaria. Sembra, infatti, evidente che le società che provengono da uno Stato che accoglie il criterio della sede siano in qualche modo svantaggiate rispetto a quelle costituite in un ordinamento che, attraverso il ricorso al criterio dell'*incorporation*, consente alle persone giuridiche di trasferire all'estero la propria sede mantenendo intatta la personalità validamente acquisita³⁰. I sistemi che si fondano sulla sede per la determinazione della legge regolatrice dell'ente, infatti, difficilmente consentono il trasferimento all'estero della persona giuridica: tale fenomeno dovrebbe, dal punto di vista di questi ordinamenti, essere assimilato ad un mutamento della legge applicabile, con conseguente trasformazione dello statuto giuridico dell'ente. Un problema siffatto tende viceversa a non porsi nei sistemi che si ispirano al criterio del luogo di costituzione: detti ordinamenti rendono infatti possibile il mantenimento della disciplina originaria indipendentemente dai mutamenti che intervengono nella struttura societaria.

14. La circostanza che, in materia societaria, vi siano due sistemi di conflitto che si fondano su principi tra di loro non compatibili è tuttavia, in parte, risolto attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. L'operatività concreta del principio del mutuo riconoscimento implica infatti che la legge dello Stato membro di provenienza, almeno per le società c.d. *in entrata*, assuma un ruolo centrale nella configurazione della fattispecie. L'applicazione del principio in questione alla materia societaria comporta, in concreto, che il legislatore nazionale e l'interprete non possano prescindere dal fatto che un determinato ente esiste, sia dotato di un'autonoma capacità e svolga talune attività all'interno dell'ordinamento di un altro Stato membro³¹.

15. L'assenza di principi comuni in tema di "nazionalità" delle società può peraltro determinare l'insorgenza di discrasie di vario genere ed in particolare di conflitti positivi tra i sistemi giuridici nazionali. Può infatti accadere che determinate società siano considerate come enti appartenenti ad una pluralità di ordinamenti, ciascuno dei quali valuta la medesima fattispecie dal proprio esclusivo punto di vista. In questo contesto potrebbero addirittura sussistere dubbi, in capo agli operatori, su quale sia in concreto la legge regolatrice di un determinato ente³².

In assenza di criteri uniformi è dubitabile se esistano strumenti per risolvere simili conflitti di competenza. Al riguardo è stato sostenuto che si potrebbe individuare un principio implicito nel funzionamento del Trattato istitutivo che riconosca ai privati la libertà di sottoporsi al sistema giuridico che

²⁹ Sentenza della Corte 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, cit., punto 110: «(u)no Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione».

³⁰ V. la sentenza della Corte 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512.

³¹ Discende, infatti, dall'operatività del principio del mutuo riconoscimento «l'obbligo corrispettivo di qualsiasi altro Stato membro in cui le [società] intendano trasferire la sede, intraprendere un'attività, o aprire una filiale, di riconoscerne la personalità e la capacità giuridica anche quando la legge applicata alla creazione degli enti in questione nel Paese di origine non è quella che sarebbe designata all'uso dalle pertinenti norme di conflitto del Paese di ricevimento» (v. A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 319 ss., 357; A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 103).

³² Come potrebbe avvenire nell'ipotesi in cui una società provenga da un ordinamento che segue il criterio dell'*incorporation*, ma si trovi ad operare principalmente in un sistema giuridico che predilige il criterio della sede (intesa come sede effettiva): entrambi gli ordinamenti avrebbero infatti vocazione ad applicarsi per la regolamentazione del medesimo ente (v. C. GERNER-BUEERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation*, cit., p. 9).

considerano più idoneo alla soddisfazione delle proprie esigenze. Secondo questa tesi il meccanismo distributivo tra i vari ordinamenti si fonderebbe sul potere degli individui di costituire la società secondo la legge che giudicano maggiormente opportuna sulla base di proprie personali valutazioni³³.

La tesi è ben motivata ed appare sicuramente apprezzabile alla luce dei principi liberistici che caratterizzano il Trattato. Ci sembra tuttavia esatto ritenere che la sussunzione di questa facoltà attribuita ai privati alla stregua di un vero e proprio principio normativo di soluzione dei conflitti positivi in materia societaria sia una valutazione eccessiva. L'esistenza di un mercato comune, infatti, chiaramente consente agli individui di godere di maggiori opzioni, alla stessa stregua in cui costoro possono scegliere lo Stato nel quale produrre una determinata merce per poi rivenderla in un paese diverso ovvero conseguire una certa qualificazione professionale che, successivamente, decidono di sfruttare altrove usufruendo dei diritti di matrice europea. Tale potere, più che un vero e proprio principio distributivo, sembra corrispondere ad una mera libertà di fatto connaturata all'esistenza di uno spazio economicamente integrato.

16. Anche secondo questa linea di pensiero, può tuttavia accadere che, pure in presenza di disposizioni di diritto internazionale privato che consentano ad una società di spostare la propria sede all'estero mantenendo intatta la personalità giuridica acquisita, si ravvisino degli ostacoli di diritto materiale nell'ordinamento di origine.

Può ad esempio avvenire che, pur consentendo la migrazione della sede, le norme sostanziali del paese la cui legge regola la vita dell'ente, imponga il completamento di formalità eccessivamente gravose e tali da precludere in via di fatto lo spostamento.

Il diritto dell'Unione europea, d'altro canto, subisce in questa materia una sorta di limite funzionale: il principio del mutuo riconoscimento può infatti incidere sulle condizioni imposte dalla legislazione dello Stato membro ospite; ma non può, ovviamente, intervenire su quella dello Stato membro di origine. Se l'ostacolo alla mobilità della sede è rappresentato, non dalla normativa dello Stato membro ospite, ma dalle disposizioni materiali dello Stato di origine, l'ordinamento sovranazionale può, in certe ipotesi, intervenire attraverso il principio del trattamento nazionale, prescrivendo che lo Stato membro di origine non possa imporre condizioni più rigorose per lo svolgimento di un'operazione societaria transnazionale rispetto a quelle previste per la realizzazione della medesima operazione al proprio interno³⁴.

A prescindere, tuttavia, da questa ipotesi, peraltro non frequente nella prassi, la regolamentazione delle condizioni per l'uscita delle società rientra, in linea di principio, nella competenza di ogni Stato membro. Ne consegue che, pur nel funzionamento del mercato interno, gli Stati membri possano mantenere talune restrizioni, determinate dall'esistenza del criterio di collegamento adottato ovvero da disposizioni materiali che impongano particolari condizioni, alle società che intendano trasferire la propria sede all'estero, mantenendo, tuttavia la personalità e la disciplina giuridica originaria³⁵.

Un superamento di questo assetto frammentato, che – come si è visto – risulta fortemente tributario delle norme di conflitto e di quelle materiali dell'ordinamento di provenienza, può in realtà avvenire solo attraverso l'attività armonizzatrice delle istituzioni europee, come è, in parte, avvenuto con l'introduzione dell'istituto della trasformazione transfrontaliera.

III. La trasformazione transfrontaliera alla luce della direttiva 2019/2121

17. Al fine di regolamentare il fenomeno delle società che migrano da un determinato Stato membro per dirigersi verso un ordinamento diverso, accettando conseguentemente le prescrizioni del

³³ M. BENEDETTI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 605 ss.; Id., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in LIGUSTRO, SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 615 ss.; Id., *Introduzione al diritto internazionale privato*, cit., p. 20.

³⁴ V. la sentenza della Corte 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, punto 43.

³⁵ Così E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, 3a ed., Torino, 2016, p. 95 ss., 123.

nuovo sistema giuridico, il legislatore europeo ha adottato la direttiva 2019/2121, concernente la disciplina della trasformazione, fusione e scissione internazionale delle società³⁶.

Nella specie con detto atto normativo, il legislatore sovranazionale ha introdotto un istituto nuovo, denominato “trasformazione transfrontaliera”, che nella sostanza dà attuazione ad una soluzione prefigurata dalla Corte di giustizia nel caso *Polbud*³⁷. Questa consiste nella possibilità di trasferire la sede sociale, da uno Stato membro all'altro, senza procedere allo scioglimento o alla liquidazione dell'ente – conservando, quindi, la personalità giuridica acquisita nello Stato membro di partenza – ma trasformandosi in una delle forme di società di capitali previste dalla legislazione dello Stato membro di destinazione³⁸.

Il vantaggio principale di tale operazione è che la stessa è, almeno in parte, disciplinata da norme armonizzate a livello europeo. Essa, inoltre, consente agli enti di mantenere la personalità giuridica acquisita nello Stato membro di origine, preservando i rapporti giuridici ed economici costituiti nel corso degli anni ed evitando di porre in essere procedimenti di scioglimento e di successiva ricostituzione, che verosimilmente condurrebbero ad una dispersione del patrimonio societario e delle relazioni commerciali acquisite³⁹.

18. Per effettuare la trasformazione transfrontaliera, la direttiva stabilisce una specifica procedura che deve essere posta in essere, in primo luogo, nello Stato membro di origine. Detta procedura mira all'ottenimento di un *certificato preliminare*, che rappresenta il documento idoneo a dimostrare che sono state espletate tutte le formalità necessarie nello Stato membro di origine e che, pertanto, ricorrono i presupposti giuridici per procedere alla trasformazione dell'ente in una struttura giuridica disciplinata in un nuovo ordinamento.

In sintesi, gli amministratori della società devono predisporre il progetto di trasformazione, nel quale devono esplicitare la tipologia di società che intendono costituire nello Stato membro ospite, nonché allegare una bozza dell'atto costitutivo, che risulterà a seguito della trasformazione.

Tale progetto deve essere accompagnato da una relazione nella quale il Consiglio di amministrazione precisa le conseguenze della trasformazione ed i mezzi di tutela esperibili da parte dei soci dis-

³⁶ Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, in GU, L 321 del 12.12.2019, p. 1–44 (i riferimenti normativi, nelle note che seguono, saranno direttamente alle disposizioni della direttiva modificata: ovvero la n. 2017/1132). In dottrina v. F. GARCIMARTÍN, E. GANDÍA, *Cross-Border Conversions in the EU: the EU Commission Proposal*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, p. 15 ss.; M. MENUJOCQ, *Les transformations transfrontalières*, in B. FRANÇOIS (cur.), *La mobilité des sociétés dans l'Union européenne*, Paris, 2020, 182 ss.; B. LECOURT, *Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés!*, in *Rev. soc.*, 2020, 338 ss.; L. BOGGIO, *Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell'Unione europea*, Torino, 2022; C. TEICHMANN, *Cross-Border Mergers, Demergers, Transformations*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *Il diritto societario europeo: quo vadis?*, Milano, 2023, p. 175 ss.; F. MAGLIULO, *L'attuazione della Direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 2023, 526 s.; ID., *La nuova trasformazione transfrontaliera fra Gründungstheorie e Sitztheorie*, Studio 44-2023/I, a cura del Consiglio nazionale del notariato; A. BUSANI, *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, in *Le società*, 2023, p. 446 ss.

³⁷ V. la sentenza della Corte 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud*, cit., punti 43-44.

³⁸ L'art. 86 *ter*, par. 1, n. 2, direttiva 2017/1132, definisce la trasformazione transfrontaliera come: «l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, pur conservando la propria personalità giuridica, muta il tipo in cui è iscritta nello Stato membro di partenza in uno dei tipi di società elencati nell'allegato II previsti per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale». È stato posto correttamente in rilievo che l'art. 86 *ter*, della direttiva 2019/2121 prevede esclusivamente l'obbligo di trasferimento della sede sociale; ma questo trasferimento non deve essere necessariamente accompagnato anche da quello della sede effettiva, che può pertanto essere localizzata anche in un altro ordinamento (v. N. DE LUCA, “Almeno” la sede sociale. *Diritto europeo e criteri di collegamento delle società*, in *Corporate Governance*, 2024, p. 387 ss.).

³⁹ È opportuno chiarire che il legislatore italiano, al momento dell'attuazione della direttiva, ha avuto cura di precisare che il trasferimento all'estero della sede statutaria può avvenire solo con il procedimento previsto per la trasformazione transfrontaliera (art. 2510 *bis* cod. civ., disposizione introdotta dal d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, Attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere). In dottrina v. C. RINALDO, *Le trasformazioni transfrontaliere*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1399 ss., 1431; ID., *Per una ricostruzione sistematica della trasformazione transfrontaliera. Prime riflessioni*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 407 ss.; N. DE LUCA, *Prime riflessioni sul nuovo art. 2510-bis c.c., in materia trasferimento della sede all'estero. Veramente l'Italia abbandona il criterio dell'incorporazione?*, in *Riv. dir. soc.*, 2024, p. 243 ss.).

senzienti e dei dipendenti. Detto documento deve essere inoltre esaminato da un esperto indipendente, il quale redige una relazione, al fine di attestare la convenienza dell'operazione.

Il progetto e, eventualmente, la relazione dell'esperto indipendente devono essere pubblicati nel registro delle imprese del luogo nel quale si trova la sede sociale, con un congruo anticipo rispetto alla data nella quale si svolgerà l'assemblea per l'approvazione dell'operazione. L'assemblea approva, quindi, il progetto con la maggioranza prevista per le operazioni straordinarie, purché sia pari ad almeno due terzi del capitale sociale.

Una volta completato il procedimento, un notaio o altro pubblico ufficiale abilitato stila il certificato preliminare di trasformazione, da trasmettere all'autorità competente dello Stato membro di destinazione, con il quale attesta che sono state rispettate tutte le formalità necessarie e che il procedimento di trasformazione può essere completato e produrre effetto nello Stato membro di destinazione⁴⁰.

Come è evidente, questa operazione, pur consentendo all'ente di mantenere la personalità giuridica acquisita nell'ordinamento di origine, determina, sul piano della regolamentazione positiva, una netta cesura rispetto alla società preesistente. Essa, pertanto, non si pone necessariamente in contrasto con la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Daily Mail* e con l'affermazione, in essa contenuta, secondo la quale le società sono enti che esistono in base ad un determinato ordinamento giuridico, quanto piuttosto in linea di continuità con la stessa, dato che essa mira pur sempre a mantenere un contatto tra la società ed un determinato sistema giuridico nazionale di riferimento⁴¹.

19. In questo contesto, il problema maggiore, è quello di apprestare adeguati strumenti di tutela per le categorie che rischiano di essere maggiormente pregiudicate dall'operazione. Queste sono le medesime contemplate dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza sul diritto di stabilimento secondario esaminata nel paragrafo precedente: ovvero i soci di minoranza, i creditori e, infine, i dipendenti, che avevano fatto affidamento su un certo assetto giuridico, oltre che su una determinata localizzazione dell'attività.

Per quanto riguarda i soci dissenzienti, costoro possono recedere dal rapporto societario e hanno diritto ad alienare la propria quota alla società stessa. In caso di disaccordo sul valore della liquidazione offerta dalla società, i soci possono rivolgersi all'autorità giudiziaria (ovvero ad appositi procedimenti arbitrali) per consentire di addivenire ad una valutazione oggettiva del valore della quota di partecipazione.

I creditori, nel caso in cui ritengano che la trasformazione leda le loro prerogative, entro tre mesi dalla pubblicazione del progetto nel registro delle imprese, possono rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di ottenere che questa stabilisca, a carico della società, l'obbligo di costituire garanzie adeguate. In questo caso, tuttavia, l'accoglimento dell'azione è subordinato alla dimostrazione del pregiudizio, almeno potenziale, che discenderebbe dalla trasformazione. Inoltre, costoro hanno diritto, fino al termine di un periodo di due anni dal completamento del procedimento, a promuovere le azioni a tutela del proprio credito nello Stato membro di origine.

20. I dipendenti, diversamente dalle altre due categorie, non vantano diritti di natura sostanziale. Essi, infatti, hanno essenzialmente diritto ad essere compiutamente informati, in conformità alle disposizioni normative in materia di informazione dei lavoratori e di partecipare alle deliberazioni dell'organo direttivo secondo modalità analoghe a quelle che spettavano loro prima della trasformazione⁴²; ma, a

⁴⁰ Da questo momento in poi, la fattispecie verrà disciplinata attraverso l'applicazione della legge dello Stato membro di destinazione: spetta, pertanto, a detta legge stabilire quale sia l'autorità competente a ricevere il certificato preliminare e provvedere alle iscrizioni nel registro delle imprese (F. MUCCIARELLI, *L'ambito di applicazione del decreto legislativo sulle operazioni transfrontaliere e internazionali e il mutamento di legge applicabile alle società*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 397 ss.).

⁴¹ Fatta, ovviamente, eccezione per la personalità giuridica già acquisita sulla base dell'ordinamento giuridico di origine (v. BOGGIO, *Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell'Unione europea*, Torino, 2022, spec. p. 63 ss.; C. RINALDO, *Le trasformazioni transfrontaliere*, cit., p. 1435).

⁴² Si tratta, soprattutto, dei diritti previsti dalle direttive 2002/14/CE, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, in GUUE L 80 del 23.3.2002, pag. 29 e 2009/38/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in GUUE L 122 del 16.5.2009, p. 28-44 (entrambi i testi normativi sono stati modificati dalla direttiva (UE) 2015/1794 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015).

fronte di dette prerogative procedimentali, non possiedono strumenti effettivi per opporsi o per contrastare la trasformazione e, ciò che evidentemente interessa maggiormente tale categoria, la conseguente rilocalizzazione della sede sociale in un altro Stato membro. Si tratta, in definitiva, di un'evidente dis-crasia nel funzionamento del mercato interno: mentre gli operatori economici, infatti, vantano un diritto pieno di spostarsi verso il territorio dello Stato membro che risulta più vantaggioso dal punto di vista giuridico o economico (anche in termini di minore costo del lavoro o di tassazione inferiore⁴³), i lavoratori non possono frapporre i propri diritti e l'aspettativa ad una certa localizzazione del rapporto, al fine di contrastare tale diritto alla mobilità transfrontaliera⁴⁴.

IV. La tutela di soci di minoranza, creditori e lavoratori in ipotesi di stabilimento secondario ovvero di trasformazione transfrontaliera

21. In sintesi, le due ipotesi esaminate nei precedenti paragrafi sono chiaramente distinte sul piano teorico. Nel primo caso (par. II) siamo in presenza di una società costituita in uno Stato membro che mira ad esercitare un diritto di stabilimento secondario attraverso l'apertura di una succursale in un secondo paese. In questa ipotesi, pertanto, la società non intende né modificare la propria legge regolatrice, né spostare la sede principale. Il tipo di legame che la società intende mantenere con l'ordinamento del paese di origine finisce, conseguentemente, per dipendere dalle norme sostanziali e di conflitto di detto ordinamento.

Nella seconda ipotesi (par. III), invece, siamo in presenza di una società che, assai probabilmente, intende trasferire la propria sede principale, accettando, di conseguenza, le norme sostanziali e di conflitto del nuovo ordinamento, pur mantenendo la personalità giuridica acquisita sulla base del sistema giuridico di origine.

22. Il punto, tuttavia, è che le due ipotesi considerate, pur nettamente distinte sul piano teorico, possono in concreto produrre risultati assai simili, specie laddove le disposizioni di conflitto e le norme materiali dell'ordinamento di origine consentano di conservare solo un tenue legame con l'ordinamento di origine. Può infatti bene accadere che i contatti che l'ordinamento di origine mantiene con le proprie società siano estremamente flebili, facendo assomigliare la fattispecie della apertura di succursali quasi ad uno stabilimento primario, come si è verificato nel caso *Centros*. Il fatto di conservare solo un tenue legame con l'ordinamento di origine, d'altronde, non incide in maniera negativa sulla possibilità di fruire di una delle libertà circolatorie previste dal Trattato e, conseguentemente, sull'operatività del principio del mutuo riconoscimento⁴⁵. In questa situazione, tuttavia, il diritto dell'Unione europea non prevede

⁴³ È opportuno rilevare che, in astratto, la direttiva consente alle autorità dello Stato membro di origine di rifiutare il rilascio del certificato preliminare nel caso in cui abbiano il sospetto che l'operazione di trasformazione «è effettuata per scopi abusivi o fraudolenti, comportando la o essendo diretta all'evasione o all'elusione del diritto dell'Unione o nazionale, ovvero per scopi criminali» (art. 86 *quaterdecies*, par. 8, direttiva 2017/1132).

⁴⁴ Il contrasto tra la libertà di stabilimento delle società ed il diritto dei lavoratori a preservare il posto di lavoro in un dato luogo è affrontato in talune leggi nazionali. Tra queste, è opportuno segnalare quella francese e quella italiana: v., rispettivamente, per la Francia, la l. n. 824, del 29 marzo 2014, c.d. *Loi Florange*; per l'Italia, il d.l. 87/2018 ed i commi 224-238, della legge n. 234, del 31 dicembre 2021 e, infine, il d.l. 144/2022, c.d. *aiuti ter*. Nella sostanza, le leggi emanate in questi paesi impongono alle imprese che intendono chiudere taluni stabilimenti produttivi (con conseguente soppressione dei posti di lavoro) una serie di cautele procedimentali, quali quello di avviare una serie di consultazioni con le parti sociali e con gli enti pubblici coinvolti, la cui finalità è quella di ridurre il più possibile l'impatto sociale della chiusura ovvero del trasferimento della sede, eventualmente anche cercando un acquirente sul mercato ed imponendo sanzioni alle imprese che delocalizzano l'attività produttiva prima del decorso dei termini legislativamente previsti (invero alquanto prolungati) per la conclusione del procedimento. Anche in questo caso, tuttavia, l'obbligo del rispetto della disciplina europea sui licenziamenti collettivi, finisce per imporre alle imprese determinate cautele di carattere procedurale, esaurite le quali, l'impresa può liberamente procedere ad effettuare i licenziamenti e spostare l'attività produttiva in un diverso sito. In dottrina v. P. LOKIEE, *La Loi Florange o il licenziamento come extrema ratio*, in *LavoroDirittiEuropa*, 4/2021, p. 1 ss.; D. MEZZACAPO, *I licenziamenti "per delocalizzazione" dopo il c.d. decreto aiuti ter*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, I, p. 495 ss.; V. NUZZO, *Delocalizzazioni e chiusure di stabilimenti: i nuovi limiti all'iniziativa economica privata tra scelte legislative e prospettive possibili*, ivi, p. 518 ss.

⁴⁵ È pacifico, infatti, che «a legal situation created in Member State with which it has no objective links should not be

particolari strumenti per tutelare le categorie deboli, perché apparentemente, non essendo mutata né la legge regolatrice, né la sede statutaria, non ricorrerebbero specifiche esigenze di tutela dei soggetti che avevano riposto un certo affidamento su una data situazione fattuale e giuridica. E l'ordinamento del paese ospite interverrà eminentemente per salvaguardare i nuovi creditori ed i soggetti che entrano in contatto con la società, i quali potrebbero essere all'oscuro della circostanza che l'ente è disciplinato da una legge diversa da quella del luogo nel quale agisce⁴⁶.

In altri termini, mentre nella trasformazione transfrontaliera la tutela delle categorie "deboli" si fonda essenzialmente su norme armonizzate per l'incidenza del diritto dell'Unione europea, nel caso dell'apertura di uno stabilimento secondario, realizzato in conformità alla giurisprudenza *Centros*, la tutela dei soggetti deboli finisce per dipendere da un confronto, caso per caso, tra la legge del paese di origine e quella del paese di destinazione e dalla circostanza che le norme del nuovo ordinamento siano necessarie e sufficientemente proporzionali da trovare applicazione.

Fino ad arrivare a vere e proprie discrasie, come può ad esempio accadere per creditori sociali e per i soci dissenzienti. I creditori possono infatti chiedere adeguate garanzie e continuare ad agire sul territorio dello Stato di origine anche quando la società abbia rescisso qualunque legame con detto sistema giuridico. Parimenti, i soci dissenzienti, nel caso della trasformazione transfrontaliera (quindi, in ipotesi di stabilimento primario) si vedono attribuito un diritto di recesso pieno e alla conseguente liquidazione della propria quota; del quale, al contrario, non godono in ipotesi di stabilimento secondario, anche nel caso in cui il legame fattuale che la società conserva con l'ordinamento di origine ziveste un carattere meramente formale.

23. In conclusione, siamo in presenza di due situazioni che, dal punto di vista pratico, possono risultare piuttosto simili, ma che finiscono per essere soggette a regole integralmente diverse. È evidente che questo assetto determina un forte grado di disomogeneità ed una notevole frammentazione nel funzionamento del mercato interno. In questo scenario, potremmo finanche assistere ad una sorta di effetto *Delaware* (dal nome del paese degli Stati Uniti d'America che ha la legislazione più permissiva), caratterizzato dalla circostanza che gli operatori economici tenderanno a localizzarsi nei paesi che presentano la legislazione societaria o fiscale più favorevole⁴⁷; e che, magari, contengono anche minori clausole di protezione dei lavoratori e dei creditori sociali⁴⁸. La concorrenza tra ordinamenti, che spesso è vista come uno dei vantaggi che discende dal funzionamento del mercato interno, in materia societaria potrebbe risolversi in una vera e propria concorrenza al ribasso, con notevole pregiudizio delle categorie maggiormente bisognose di protezione.

In questo contesto, è necessario che intervenga il legislatore, cercando di risolvere la discrasia riscontrata. Detta questione potrebbe essere affrontata sia sul piano del diritto materiale, sia sul piano del diritto internazionale privato.

V. La proposta del rapporto Letta di creazione di un ventottesimo regime normativo

24. Da lungo tempo, il legislatore europeo persegue l'obiettivo di creare strumenti societari che siano regolati dall'ordinamento sovranazionale e che, in quanto tali, possano prescindere dai legami che

penalised» (v. A.L. CALVO CARAVACA, *Mutual Recognition as a Method in European Private International Law*, cit., p. 111).

⁴⁶ Ed in tale ipotesi, l'applicazione delle disposizioni del paese ospite è subordinata al consueto test di proporzionalità e necessità. V. i riferimenti *supra*, nota 21.

⁴⁷ In genere, le migrazioni societarie, nell'ordinamento dell'Unione europea, sono dirette soprattutto verso il sistema giuridico olandese. Questo è dovuto ad una pluralità di ragioni che vanno da una legislazione più favorevole al management societario alla fiscalità più conveniente. V., in generale, L. ENRIQUES, *Migrazioni societarie in Olanda e voto maggiorato*, 9 marzo 2023, disponibile al sito <https://fchub.it/migrazioni-societarie-in-olanda-e-voto-maggiorato/>.

⁴⁸ C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation on the Law Applicable to Companies*, Law Working Paper, n. 549/2020, consultabile al sito https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/geuernerbeurlemucciarellischustersiemsfinal_0.pdf, p. 12, rilevano, tuttavia, che tra gli Stati membri intercorrono maggiori distanze, sul piano linguistico, culturale ed economico, che renderebbero difficilmente replicabile il modello del Delaware in Europa.

gli stessi presentano con taluni ordinamenti nazionali: questa soluzione, in astratto, potrebbe in effetti eliminare i ravvisati rischi di una concorrenza verso il basso, ravvisati nel precedente paragrafo.

Già nel rapporto Monti del 2010, si proponeva di istituire una sorta di società privata europea, che avrebbe consentito alle società di accedere più facilmente al mercato unico. Secondo detto rapporto, infatti: «Occorre progredire ulteriormente verso l'adozione di uno statuto della società privata europea, che consentirebbe agli imprenditori di costituire la propria impresa nella stessa forma a prescindere dal fatto che svolgano la propria attività commerciale nel loro Stato membro o in un altro»⁴⁹.

25. Un'analogia soluzione è stata successivamente ipotizzata anche nel rapporto che il Prof. Letta ha presentato nel corso del 2024. Si può, per l'appunto, leggere in detto rapporto che sarebbe funzionale all'instaurazione di uno spazio giuridico maggiormente armonizzato la creazione di una sorta di ventottesimo regime commerciale (che, pertanto, si andrebbe ad aggiungere alle legislazioni dei ventisette Stati membri), che le imprese sarebbero libere di adottare, in luogo della normativa nazionale di uno degli Stati membri, per facilitare lo svolgimento di operazioni transfrontaliere nel mercato interno⁵⁰.

L'idea di fondo, nell'attesa di riuscire a dare vita ad un vero e proprio codice commerciale europeo, sarebbe pertanto quella di creare una sorta di regime giuridico aggiuntivo rispetto a quelli previsti dagli ordinamenti nazionali dei paesi membri, al quale le imprese potrebbero fare ricorso per creare una struttura che consentirebbe di spostarsi agevolmente da uno Stato all'altro, senza passare per procedure articolate che si svolgono secondo gli ordinamenti nazionali coinvolti.

In sostanza, si tratterebbe di un'ulteriore struttura a carattere sovranazionale, che andrebbe ad aggiungersi alla c.d. Società europea⁵¹. Solo che, a differenza di quest'ultima, non realizzerebbe una sovrastruttura concepita per permettere alle società esistenti di porre in essere uno strumento di cooperazione tra enti stabiliti in Stati membri diversi, ma darebbe vita ad una vera e propria struttura di base, alla quale parteciperebbero direttamente degli individui.

26. Il suggerimento del Prof. Letta è indubbiamente brillante. Lo stesso, tuttavia, appare assai farraginoso sul piano pratico. Un'impresa dovrebbe decidere, fin dal momento della sua costituzione, se vuole operare prevalentemente sul mercato nazionale ovvero direttamente sul mercato interno europeo. Le cose, tuttavia, non funzionano abitualmente in questo modo. Di regola, gli operatori economici danno vita ad una società con un piccolo apporto di capitale. Poi, man mano che il fatturato cresce, decidono di ampliare il giro di affari e cercano di offrire i propri beni e servizi anche all'estero. In questa situazione, gli oneri burocratici, anziché semplificarsi, si complicherebbero ulteriormente, perché si costringerebbero gli operatori a mutare l'assetto giuridico originario verso la nuova struttura disciplinata dal diritto europeo. In altri termini, non si semplificherebbero affatto i passaggi procedurali, ma verosimilmente questi si aggraverebbero ulteriormente.

⁴⁹ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea - Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, p. 105 (il rapporto, dal quale è desunta la citazione inserita nel testo, è tratto dal dossier preparato in occasione dell'audizione del Prof. Monti al Senato italiano, del 25 novembre 2010, ed è consultabile sul sito di detta istituzione (<https://www.senato.it>)).

⁵⁰ Più dettagliatamente, la creazione di un ventottesimo regime giuridico rappresenterebbe un passaggio intermedio rispetto alla creazione di un codice commerciale europeo, sulla tipologia dello Uniform Commercial Code statunitense: «A European Code of Business Law would be a transformative step towards a more unified Single Market, providing businesses with a 28th regime to operate within the Single Market. It would directly address the current patchwork of national regulations, acting as a key to unlock the full potential of free movement within the EU. (...) An initial step involves the systematic codification of the existing legal framework. However, merely codifying existing laws will not suffice to realise a truly integrated European market. It is essential to complement the codification process with innovative elements and new European tools designed to meet the needs of European enterprises. Such innovations must include the establishment of a Simplified European Company to provide a more adaptable legal structure for businesses. (...) Therefore, a European Business Code would provide economic players with a 28th regime to aid their Europeanisation, making the Single Market the natural horizon for business development» (E. LETTA, *Much more than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all citizens*, aprile 2024, p. 108 s. Il rapporto è consultabile al sito <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>).

⁵¹ Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), GU L 294 del 10.11.2001, p. 1–21.

Al punto che è prevedibile che la stessa proposta, se fosse tradotta in atti normativi concreti, non troverebbe un effettivo riscontro in pratica. Ma soprattutto, anche laddove venisse recepita in uno specifico regolamento, come è appunto avvenuto per la Società europea, questa non consentirebbe di fornire un'adeguata tutela proprio delle categorie "deboli", ovvero di quei soggetti – creditori, soci dissenzienti, lavoratori – che rischiano di essere maggiormente pregiudicati dai fenomeni di migrazione transfrontaliera. Lo stesso statuto della società europea risulta, proprio su questo aspetto carente, perché rimette all'ordinamento del paese nel quale si trova la sede sociale la tutela delle categorie maggiormente pregiudicate dai cambiamenti ai quali non partecipano, tra cui rientrano, per l'appunto, i creditori sociali ed i lavoratori⁵².

In altri termini, per essere soddisfacente, la proposta stessa dovrebbe essere accompagnata dall'armonizzazione anche degli aspetti esterni alla gestione societaria strettamente intesa, altrimenti la stessa non risolverebbe il problema, al quale si è fatto cenno, del diverso standard di tutela di dette categorie.

VI. La perdurante necessità dell'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in materia societaria

27. Una strada più semplice, rispetto a quella della creazione di figure societarie disciplinate direttamente dall'ordinamento sovranazionale, potrebbe essere quella dell'armonizzazione delle norme di conflitto tra gli Stati membri.

Tralasciando il progetto di Convenzione di Bruxelles del 1968, ormai non più attuale⁵³, è opportuno trattare, seppure brevemente, di due proposte elaborate da gruppi di accademici e dirette ad invitare la Commissione a formulare un'apposita proposta di regolamento in materia⁵⁴.

28. La prima di queste è un progetto, elaborato da parte del *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, anche conosciuto come progetto Sonnenberger, dal nome del principale curatore, e pubblicata in un volume collettaneo del 2007, nella collana del Max-Planck-Institut⁵⁵.

Secondo questo testo, le società sono regolate dalla legge dello Stato nel quale si trova il registro nel quale sono iscritte; nel caso in cui manchi l'iscrizione, esse sono comunque disciplinate «dalla legge dello Stato in base alla quale sono organizzate» (art. 2, par. 2, del progetto).

Pure a fronte del generale accoglimento del criterio dell'incorporazione, la proposta prevedeva tuttavia diversi temperamenti volti a tutelare i terzi che, in buona fede, avevano fatto affidamento sul fatto che l'ente fosse soggetto una legge diversa. Così, in via esemplificativa, la società non può invocare le limitazioni alla capacità di agire dei propri organi discendenti dalla legge del luogo di costituzione, se agisce in uno Stato nel quale tali limitazioni non sono previste, a meno che, sulla falsariga dell'analogia regola contenuta nel regolamento Roma I, il terzo non ne fosse a conoscenza o lo avesse colpevolmente ignorato (art. 3, par. 2, del progetto). Parimenti, per quanto concerne la pubblicità ed i requisiti formali,

⁵² Il regolamento istitutivo della società europea, infatti, disciplina solo gli aspetti interni; ed al contempo precisa che, per tutto quanto non espressamente previsto, la società è disciplinata dal diritto dello Stato membro nel quale si trova la sede (v. art. 3, par. 1, e 9, par. 1, lett. c, del regolamento 2157/2001, cit.).

⁵³ Nella specie, l'art. 220 del Trattato CEE (abrogato dal Trattato di Lisbona), aveva previsto la conclusione di convenzioni fra gli Stati membri, per garantire «il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro». L'unico tentativo di dare attuazione a detta disposizione fu rappresentato dalla firma a Bruxelles di una convenzione nel corso del 1968. Detta Convenzione non ha, tuttavia, mai raggiunto il numero di ratifiche necessarie (su detto progetto v. A. SANTA MARIA, C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le società estere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, 2015, p. 56 ss.).

⁵⁴ Tutti gli autori che se ne sono occupati ipotizzano che un'eventuale regolamentazione europea dovrebbe essere contenuta in un regolamento, adottato in base all'art. 81 TFUE (C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Making the Case for a Rome V Regulation*, cit., p. 14).

⁵⁵ H. J. SONNENBERGER (ed.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tubingen, 2007. Il progetto di regolamento riportato nel testo è ivi pubblicato in varie versioni linguistiche (tedesco, inglese, francese, italiano).

si prevede che, in linea di principio, l'ente debba applicare sia le disposizioni della legge del paese di origine, sia quelle del paese nel quale si trova la sede ovvero del luogo nel quale l'atto è compiuto.

Per quanto poi concerne il mutamento della legge applicabile, l'art. 7, par. 2, del progetto stabilisce che siano adempiute tutte le formalità previste dalla precedente legge regolatrice a tutela dei soci dissenzienti; e che i creditori debbano essere invitati ad insinuare i propri crediti, facendo loro presente l'imminente cambiamento di legge applicabile.

Come si può agevolmente vedere, pertanto, il progetto utilizza il principio dell'incorporazione, quale criterio di collegamento principale in materia societaria, ma accompagna tale soluzione con una serie di cautele specificamente previste per proteggere i terzi che entrano in contatto con la società. In questo modo tale progetto, pur prediligendo un criterio di collegamento che è certamente più funzionale alla realizzazione della libertà di stabilimento, introduce diversi temperamenti in funzione della salvaguardia dei diritti dei soggetti che avevano riposto fiducia su un determinato assetto giuridico e fattuale della società. Quale critica, si può porre in rilievo che sarebbe opportuno che il progetto preveda anche ulteriori disposizioni per tutelare i lavoratori, che si trovano chiaramente in una posizione diversa da quella dei terzi e dei soci dissenzienti rispetto all'operazione di mutamento della legge regolatrice. Ma è anche vero che detto progetto considerava il cambiamento della legge regolatrice alla stregua di un fenomeno diverso dal semplice spostamento della sede: in altri termini, il cambiamento della legge applicabile poteva essere o no accompagnato dallo spostamento della sede. In definitiva, i lavoratori sono maggiormente pregiudicati dalla chiusura di uno stabilimento produttivo o dallo spostamento all'estero dell'attività sociale, più che dai semplici mutamenti nella regolamentazione giuridica di un dato ente. In questo contesto, si spiega verosimilmente perché i redattori del progetto decisero di non occuparsi specificamente della salvaguardia dei diritti dei lavoratori.

29. Il secondo progetto che è opportuno menzionare, è quello elaborato dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato, nel corso della riunione svoltasi a Milano nel 2016⁵⁶. Tale seconda proposta, figurativamente denominata regolamento "Roma V", fa, del pari, riferimento alla legge del luogo di incorporazione; ma al contempo – sulla falsariga del progetto Sonnenberger – circoscrive l'applicazione di tale legge con una serie di contemperamenti in vista delle prerogative dei terzi.

Tra questi è opportuno menzionare, innanzitutto, la regola sopra riportata in materia di capacità per la tutela dei terzi in buona fede: nel caso in cui la società agisca in un ordinamento diverso da quello che ne disciplina il funzionamento, la stessa non può invocare i limiti alla propria capacità di agire che discendono dalla sua legge regolatrice.

In secondo luogo, l'art. 8, in tema di mutamento della legge applicabile, prevede espressamente che la legge precedente al cambiamento si applichi «to measures for the protection of minority shareholders, creditors and employees of the company». Evidentemente questa previsione va al di là della giurisprudenza della Corte, dal momento che rimette integralmente la tutela di queste categorie al sistema giuridico di origine, anche dopo il cambiamento della legge regolatrice, accompagnato o meno dal trasferimento all'estero della sede. Nella sostanza: il mutamento di legge applicabile non può in alcun incidere sui diritti dei terzi, dei soci di minoranza e, infine, dei dipendenti. Quindi, non vi è spazio per l'applicazione delle norme imperative del paese ospite, creando in tal modo un clima di maggiore certezza giuridica⁵⁷.

30. Entrambe le proposte alle quali abbiamo fatto riferimento in questo paragrafo, presentano molti pregi: il primo è quello di rendere oggettivamente individuabile, nel funzionamento del mercato interno, la legge regolatrice dell'ente. Sotto questo profilo, il criterio dell'*incorporation* è indubbiamente adatto a conferire certezza giuridica, in quanto la legge applicabile non subisce alcuna conseguenza per effetto dello spostamento di sede in un diverso Stato membro. Detto criterio, laddove venisse unifor-

⁵⁶ La proposta è pubblicata sul sito del GEDIP ed è reperibile al seguente link: <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2016/09/Company-law-3rd-draft.pdf>. Per il commento v. F. GARCIMARTÍN, *The Law Applicable to Companies in the European Union. A Proposal by the European Group for Private International Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 949 ss.

⁵⁷ A meno che non siano norme di applicazione necessaria del foro o di paesi terzi (cfr. art. 10, del Progetto GEDIP).

memente recepito da tutti gli Stati membri, è inoltre conoscibile da tutti ed è immune dalle valutazioni di carattere discrezionale, che possono discendere dalle varie modalità che contraddistinguono il criterio della sede (che portano, alle volte, a preferire la sede statutaria; oppure, in altri casi, a privilegiare il collegamento con un dato ordinamento della sede effettiva ovvero di quella amministrativa). Soprattutto poi, come si è visto, rappresenta un criterio di collegamento idoneo a facilitare l'esercizio della libertà di stabilimento. Ma, al contempo, la scelta della legge del luogo di costituzione è accompagnata da una serie di temperamenti tendenti a salvaguardare le prerogative delle categorie di soggetti che entrano abitualmente in contatto con una determinata società e che richiedono l'introduzione di specifiche cautele.

31. Nessuna delle proposte menzionate in questo paragrafo è stata, tuttavia, coltivata dalla Commissione europea, la quale ha preferito limitare il proprio campo di azione all'adozione della direttiva sulla trasformazione transfrontaliera⁵⁸. In questo modo, tuttavia, l'incertezza circa le modalità di protezione dei soggetti che avevano fatto affidamento su un determinato assetto giuridico e fattuale dell'ente risulta fortemente avvertita. In detto contesto, caratterizzato da una forte incertezza e da una notevole disomogeneità, risultano favoriti gli operatori economici di maggiori dimensioni e che dispongono delle più estese risorse economiche, i quali sono in grado di operare su una pluralità di sistemi giuridici e possono conseguentemente trarre profitto delle differenze normative fra gli ordinamenti degli Stati membri. Non sembrano, pertanto, affatto scongiurati i rischi di una concorrenza al ribasso, determinata dalla naturale propensione delle società multinazionali a stabilirsi negli ordinamenti che presentano maggiori vantaggi dal punto di vista fiscale ovvero sul piano di una regolamentazione giuridica meno restrittiva.

⁵⁸ V. il documento *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, COM/2018/241 final, p. 20: «given that the instances in which clarity is most needed, namely specific issues related to the law applicable to limited liability companies in cross-border situations, will be addressed in the proposed legislation on cross-border conversions, mergers and divisions, it was decided *not to propose a specific legislative act on conflict-of-laws* at this point in time» (corsivo aggiunto).