



**Collana della
Rivista di Diritto Societario**

*Diretta da N. Abriani, M. Benedettelli, L. Calvosa, V. Cariello, L. Enriques, G. Ferri jr
G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, M. Lamandini, R. Pennisi, M. Perrino, P. Piscitello
D. Regoli, G.A. Rescio, D.U. Santosuosso, M. Speranzin, L. Stanghellini, U. Tombari*

Luca Boggio

Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell'Unione Europea



Giappichelli

Capitolo 1

Il problema della mobilità transfrontaliera delle società nell'Unione Europea

Sommario: 1.1. Le differenze e le comunanze tra le discipline societarie nazionali nell'Unione Europea: prime considerazioni introduttive su problemi ed opportunità. – 1.2. Le società quali enti strumentali creati da “un” diritto nazionale nell'evoluzione del diritto dell'Unione Europea: qualche cenno di ulteriore introduzione al tema. – 1.3. Le società quali enti creati da “un” diritto nazionale: il ruolo problematico del diritto internazionale privato rispetto al reciproco riconoscimento nell'ambito dell'Unione Europea. – 1.4. L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea e il declinante rilievo del diritto internazionale privato nazionale: necessità di una nuova indagine sulle società come creazioni degli ordinamenti giuridici di fronte allo sviluppo della mobilità intracomunitaria. – 1.5. Le società come *fictiones iuris* verso una definitiva ricostruzione concettuale nell'evoluzione del diritto derivato e nell'interpretazione giudiziale? – 1.6. Il (parziale) consolidamento del quadro legale a seguito della Direttiva UE n. 2121/2019 e le non secondarie ambiguità residue. – 1.7. Il piano dell'indagine.

1.1. Le differenze e le comunanze tra le discipline societarie nazionali nell'Unione Europea: prime considerazioni introduttive su problemi ed opportunità

Le società sono enti strumentali allo svolgimento di un'attività, ai quali gli ordinamenti giuridici attribuiscono normalmente un grado più o meno rilevante di soggettività. Tradizionalmente ne dovevano essere parte almeno due persone, fisiche o giuridiche, che così davano vita ad un'organizzazione dei loro rapporti oltre che delle risorse utili al compimento dell'attività programmata; oggi, non è più necessariamente così. In ogni caso, da secoli la generalità degli ordinamenti giuridici europei ha introdotto norme volte a regolare la costituzione, l'attività e la cessazione delle società. Molte sono state e sono le similitudini tra le legislazioni degli Stati europei, ma assai numerose e significative anche le differenze. Si può dire che ciascuno Stato abbia creato le proprie forme giuridiche in funzione di meglio adattare alle realtà ed alle necessità economico-sociali presenti sul territorio nazionale, nonché, soprattutto nei decenni più recenti, alle esigenze di sviluppo

dell'interscambio con l'estero e all'emergere del fenomeno della "globalizzazione", utilizzandole anche come strumento di attrazione di investimenti stranieri sul proprio territorio e quindi di promozione della crescita interna.

La progressiva caduta di molte barriere commerciali, valutarie, culturali, linguistiche ha via via aperto la strada a sempre maggiori confronti tra le regole applicate in ciascun ordinamento e così indirizzato i legislatori nazionali a ricercare – per le società esistenti sul proprio territorio – forme organizzative sempre più evolute ed appetibili tanto per gli operatori economici nazionali così come per quelli provenienti da altri paesi. Siffatte aperture a soluzioni diverse, la comparazione tra i modelli nazionali e quelli altrui, la ricerca degli operatori delle condizioni "ambientali" più favorevoli alla gestione profittevole e con meno rischi hanno spinto i legislatori nazionali ad "importare" direttamente o, quantomeno, ad ispirare le riforme delle discipline dedicate alle società a soluzioni praticate al di là delle proprie frontiere, creando opportunità nuove, ma anche ponendosi nella condizione di dover coordinare in misura sempre crescente con le previsioni di altri ordinamenti la regolamentazione delle società ammesse ad operare come tali sul proprio territorio.

L'evoluzione appena descritta ha trovato terreno fertile nell'ordinamento comunitario/eurounitario in quanto finalizzato ad ampliare gli ambiti di cooperazione tra gli Stati membri in funzione della creazione del "mercato unico" o del "mercato interno", che dir si voglia. Infatti, le differenze di regolamentazioni e la carenza di raccordi tra ordinamenti è stato ed è fattore critico per il superamento delle barriere tra Stati membri, anche se, d'altro canto, la stessa esistenza di differenze – nella misura in cui mettano a disposizione degli operatori economici più efficienti forme di sviluppo delle attività in almeno talune parti del territorio dell'Unione Europea – è stata giudicata un fattore positivo; ciò sul presupposto che il rischio di "fuga" verso le soluzioni maggiormente idonee alla produzione di profitto possa dare impulso a riforme indirizzate ad accogliere le medesime soluzioni o altre similmente efficienti nelle legislazioni che, altrimenti, non le ammetterebbero. Tenendo conto di ciò, ma anche con l'intento di creare le condizioni per favorire il raggiungimento di adeguati livelli di sviluppo in ogni parte dell'Unione, le istituzioni comuni hanno progressivamente operato negli anni in funzione di realizzare un più alto grado, se non di uniformità, quantomeno di armonizzazione delle discipline societarie nazionali.

In questo studio si dà conto dell'evoluzione intervenuta negli ultimi decenni e dei profondi cambiamenti in ordine alla concezione stessa delle società come creazioni delle legislazioni di singoli Stati, facendo emergere quanto oggi essa sia superata nell'ambito delle Unione Europea, che è un "*ordinamento di nuovo genere*" – come scritto ormai decenni fa dalla Corte di giustizia¹ – poiché presenta

¹ La Corte di giustizia, in realtà, s'era spinta sin dal 1963 ben oltre la mera qualificazione in ter-

caratteristiche del tutto peculiari prima ignote nel panorama del diritto internazionale. Come si crede di poter dimostrare la peculiarità dell'ordinamento dell'Unione Europea ha effetti tanto decisivi nella ricostruzione del fondamento del fenomeno societario da condurre a concepire appunto diversamente – rispetto al passato – le vicende relative alla mobilità transfrontaliera delle società all'interno del mercato dell'Unione.

Insomma, il quadro che nei decenni è emerso, è evolutivo e di perenne tensione tra la protezione di interessi nazionali e la crescita del mercato stesso, in ragione dei rischi e, ad un tempo, delle opportunità che l'apertura di canali di comuni-

mini di “novità” dell'ordinamento comunitario. L'affermazione di principio, infatti, non si fermava al fatto che “*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale*”, ma, sulla base del preambolo del Trattato, aveva chiarito che esso s'indirizza, oltre che ai governi, anche ai “*popoli*” allorché – nella versione al tempo vigente che costituiva solo il primo passo di un lungo percorso che ha poi condotto all'adozione dei trattati istitutivi dell'Unione Europea – sanciva l’“*instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini*”, facendo sì che i cittadini degli Stati membri, come questi ultimi, siano “*soggetti*” di diritto ai quali l'ordinamento comunitario si rivolge; dunque, “*le norme comunitarie si dirigono direttamente ai privati, agli Stati ed agli organi della Comunità, investendoli di diritti ed obblighi ed attribuendo loro una soggettività di diritto comunitario*” (così RONZITTI, *L'art. 12 del trattato istitutivo della C.e.e. ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Foro it.*, 1964, IV, 102). Perciò, già nel previgente ordinamento comunitario anche i cittadini erano titolari di “*diritti soggettivi*” e, cioè, di posizioni giuridiche “*giustiziabili*”, quindi individualmente rilevanti e azionabili dinanzi alla Corte stessa ed ai giudici nazionali come giudici della Comunità (tutti i virgolettati – salve le affermazioni di Ronzitti – sono tratti da Corte giust., 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU: C:1963:1, in *Racc.*, 1963, 22 s.). Sulla portata di quelle affermazioni rispetto alla ricostruzione del rapporto tra ordinamento comunitario e cittadini, tra i tanti, si segnalano in anni recenti P. PESCATORE, *Van Gend en Loos. 3 February 1963 – A View from Within*, in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, a cura di Poiarés Maduro e Azoulai, Portland, 2010, 5 s.; DE WITTE, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, *ivi*, 11 ss.; MAYER, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, *ivi*, 20 s., ove, in particolare, la prospettazione della “*European Law as the overarching legal order within a community of law, which at the same time is taken up and complemented by the Member States' respective legal orders, forming a non-unitary, multilevel system of public power*”; CHALMERS-BARROSO, *What Van Gend en Loos stands for*, in *Int. J. Const. Law*, 2014, 108 ss.; RASMUSSEN, *Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment*, *ivi*, 139 ss.; WEILER, *Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy*, *ivi*, 2014, 94 ss. Il rapporto tra organi dell'Unione e quelli nazionali sarebbe riassumibile in termini di “*interpenetrazione funzionale*” secondo CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, 12. Si tratta di un fenomeno che riecheggia l'idea di uno “*sdoppiamento funzionale*” degli organi degli Stati membri che, per realizzare gli obbiettivi sanciti con i Trattati, si fanno attuatori, nei diversi ruoli, del diritto dell'Unione (l'elaborazione dell'idea dello “*sdoppiamento funzionale*” nel campo del diritto internazionale pubblico si deve a SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, 1, Paris, 1932, 54 ss., sulla cui attualità di rinvia a A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dédoulement fonctionnel) in International Law*, in *Eur. Journ. Int'l Law*, 1990, 210 ss.).

cazione con altri ordinamenti può comportare. Regimi ispirati ad una maggiore “autarchia societaria” possono, infatti, garantire più alti gradi di controllo su chi e come operi in un determinato territorio nazionale; i medesimi regimi, però, indeboliscono le capacità di quello stesso mercato nazionale non solo in termini di attrazione – o anche soltanto di conservazione della presenza – di operatori economici in un panorama mondiale nel quale altri ordinamenti creano condizioni di migliore esercizio delle attività sia favorendo incrementi d'efficienza che il contenimento dei rischi connessi con le attività economiche. Competizione tra ordinamenti e protezione degli interessi “locali” sono elementi fondamentali dell'evoluzione delle discipline societarie di cui i legislatori nazionali hanno finito per dovere tenere conto. Sono, ad un tempo, fattore di nuove discrasie, ma anche di convergenza verso soluzioni condivise.

1.2. Le società quali enti strumentali creati da “un” diritto nazionale nell'evoluzione del diritto dell'Unione Europea: qualche cenno di ulteriore introduzione al tema

Necessario punto di partenza dell'indagine sono le fondamentali affermazioni contenute nella storica sentenza nota come *Daily Mail*², nel contesto della cui motivazione è esposta una concezione (delle fonti) del fenomeno societario che ha influenzato per decenni la successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale a livello europeo.

Prima di affrontare quelle fondamentali affermazioni è opportuno ricordare, riprendendo il cenno in apertura del precedente paragrafo, il carattere strumentale delle società, delle quali è permessa la creazione in funzione del perseguimento degli scopi consentiti dai singoli ordinamenti. Cioè, le società sono un mezzo che le persone fisiche – direttamente o indirettamente – possono utilizzare per svolgere un'attività economica nella misura in cui tale svolgimento risponda ad esigenze lecite nell'ordinamento in cui è loro concesso di operare. Da decenni è superata la concezione antropomorfica delle persone giuridiche e questo vale anche per le società. Le stesse sono ricostruite come il risultato di una serie di regole che disciplinano le relazioni delle persone fisiche che vi partecipino, con le situazioni giuridiche, costituendo forme di imputazione di quelle situazioni giuridiche regolate sotto taluni profili dagli ordinamenti “come se” si trattasse di persone fisiche. Le società sono variamente definite – ad esempio – come “strumento concettuale che

² Il riferimento è a Corte giust., 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, ECLI:EU:C:1988:456, punto 19 commentata da SCHMITTHOFF, *Daily Mail Loses in the European Court*, in *Journ. Bus. Law*, 1988, 454 s. e da F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Dir. com. sc. int.*, 1990, 50 ss.

permette di ricondurre agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo”³ oppure come “forme nuove di diritti e di rapporti giuridici che più non corrispondono a quelli tradizionali elaborati nell’ambito del diritto comune”⁴ o, ancora, come mezzo diretto a “creare un diaframma stagno fra i soci da una parte, e l’attività da essi svolta colle relative imputazioni dall’altra”⁵. Al di là dei dibattiti che la ricostruzione della società in rapporto al concetto di persona giuridica ha stimolato nel tempo, ciò che è fondamentale mettere in evidenza è la circostanza che gli studiosi, comunque, convergono sul fatto che le società sono *fictiones juris* ovvero modalità di riassumere in termini semantici un insieme di regole di relazione tra persone fisiche o delle persone fisiche con le cose. Ai fini dell’indagine che si esporrà nelle prossime pagine, l’acquisizione di questo dato concettuale è sufficiente per mettere in luce che, se la società come istituto è il portato di un insieme di regole che appunto ne definiscono gli effetti, esse sono creazioni di ordinamenti giuridici e “esistono” nella misura in cui ordinamenti giuridici prevedano ciò⁶.

Del tutto congruente con l’approccio appena descritto al fenomeno societario è il punto di partenza del ragionamento esposto nella citata sentenza *Daily Mail*, punto di partenza che non è smentito dall’indagine che si dipana in questo studio. Tuttavia, si mette in luce come, per le particolari caratteristiche attuali dell’ordinamento dell’Unione Europea e per la relazione che detto ordinamento intrattiene con quelli nazionali dei singoli Stati membri, le conclusioni – in termini di ricostruzione dell’istituto societario – ai giorni nostri debbono essere ben diverse da quelle esposte nella motivazione di tale sentenza, nella quale si leggeva che, “*diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridi-*

³ V. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 562, secondo il quale, tra le altre, la responsabilità limitata delle persone giuridiche societarie sarebbe un “privilegio” costituente eccezione rispetto al diritto comune della responsabilità patrimoniale.

⁴ Tale è la conclusione in G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d’impresa*, Milano, 1967, 134.

⁵ Così D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, 160, nota 76 (ripubblicato ad oltre vent’anni di distanza dopo essere stato, a suo tempo, incluso negli *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, 241 ss.), riconducendo la personalità giuridica delle società alla figura dei cc.dd. simboli incompleti, come tali, meritevoli sul piano della disciplina di un trattamento solo simile e, quindi, non identico a quello riservato alle persone fisiche.

⁶ Le ricadute comuni in termini effettuali delle diverse ricostruzioni del fenomeno societario esposte dagli AA. citt. alle note precedenti sono riprese, in campo internazionalprivatistico, da BENEDETTI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, 46 s.; ID., *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 887.

co nazionale” con la conseguenza che “*esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento*”⁷.

Sul presupposto che le “persone giuridiche”, gli “enti morali”, ma, più in generale, i “soggetti collettivi” (ivi compresi i patrimoni soggettivizzati) siano soggetti di diritto equiparabili per molti aspetti – ma non sotto ogni profilo – alle persone fisiche, la Corte di giustizia ritenne nel quadro del diritto comunitario al tempo vigente che gli estensori del Trattato avessero rimesso il potere di regolare – e qui si consenta la descrizione in termini antropomorfici – nascita, vita ed estinzione delle società *esclusivamente* agli ordinamenti nazionali che attribuivano a ciascuna di esse la capacità di agire come soggetti distinti dalle persone fisiche costituenti o partecipanti⁸. Per questo, negli anni e con riferimento alle società, gli interpreti hanno spesso sottolineato la competenza dei singoli Stati membri della Comunità Europea, prima, e dell'Unione Europea, dopo, nello stabilire le regole facenti parte del c.d. statuto personale delle società ossia di quel complesso normativo destinato a disciplinare l'esistenza e il funzionamento di queste ultime.

Chiaramente, il *self-restraint* derivante dalla posizione assunta dalla Corte di giustizia – certamente conforme alla logica della sussidiarietà che informa i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e quelli degli Stati membri – trovava un fondamento nelle versioni ormai superate dei Trattati⁹ ed, in particolare, nella scelta di riservare il riconoscimento delle società, quali “creature” dei singoli ordinamenti nazionali, ad accordi pattizi tra gli Stati membri successivi alla sottoscrizione del Trattato istitutivo del 1957¹⁰. Ciò, tuttavia, apriva il campo alla necessità di trovare appunto accordi tra gli Stati idonei a non ostacolare la creazione del mercato unico con regole – soprattutto di diritto internazionale privato sul riconoscimento delle società – che si frapponessero allo sviluppo intracomunitario delle attività economiche. Pertanto, nel primo decennio dopo il Trattato di Roma fu elaborata una Convenzione, che, pur sottoscritta dai sei Stati membri fondatori,

⁷ Il riferimento è, nuovamente, a Corte giust., 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 19.

⁸ Si rinvia sempre al punto 19 della sentenza *Daily Mail* che, a distanza di quindici anni, è stato ripreso e criticato da BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 673; WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, *ibidem*, 742; meno recentemente, sempre in senso critico, in particolare BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, 34; cui *adde* TROIANELLO, *Lo stabilimento delle società nell'unione europea*, Napoli, 2009, 111 ss.

⁹ Sul punto v. SANTA MARIA-BISCARETTI DI RUFFIA, *Le società estere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 54 ss.

¹⁰ Riguardo all'invito a trattare contenuto nel Trattato di Roma del 1957 v. SANTA MARIA-BISCARETTI DI RUFFIA, *Le società estere*, cit., 54.

non entrò mai in vigore¹¹. Dunque, il riconoscimento delle società sembrò restare questione rimessa al diritto internazionale privato dei singoli Stati membri.

Estesasi la Comunità originaria con conseguente incremento delle difficoltà di trovare un idoneo coordinamento tra le esigenze poste dal riconoscimento reciproco delle società e sviluppatasi una preferenza della Commissione per l'utilizzo di strumenti "interni" al diritto comunitario¹², con le revisioni dei Trattati s'è infine giunti alla versione frutto del Trattato di Amsterdam – entrata in vigore il 1° gennaio 1999 – che ha costituito la base per affermare la riconduzione delle discipline di diritto internazionale privato all'interno del diritto comunitario¹³ e poi a quello di Lisbona che ha eliminato gli originari riferimenti¹⁴ all'utilizzo degli strumenti convenzionali per disciplinare il riconoscimento delle società¹⁵. La

¹¹ Si tratta della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 avente ad oggetto il reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche nella Comunità, in ordine al contenuto della quale si rinvia, in particolare, a CEREXHE, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la Communauté économique européenne*, in *Rev. Mar. Comm.*, 1968, 578 ss.; DIEU, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans les Communautés Européennes*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1968, 532 ss.; GOLDMAN, *Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales signée à Bruxelles le 29 février 1968 (article 220 troisième alinéa du traité de Rome, instituant la Communauté économique européenne)*, in *Rev. Mar. Comm.*, 1969, 712 ss.; SANTA MARIA, *Problemi interpretativi della Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche*, in *Comunicazioni e studi*, XIII, 1969, 291 ss.; G.M. UBERTAZZI, *Riconoscimento e stabilimento delle società nella Comunità Economica Europea*, in *Riv. soc.*, 1970, 532 ss.; DROBNIG, *La Convenzione CEE sul riconoscimento reciproco delle società e delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, 513 ss.; MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, 57 ss.; SIMONETTO-MASCHIO, *Reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche nell'ambito della CEE*, Padova, 1978, *passim*; TIMMERMANS, *The Convention of 29 February 1968 on the Mutual Recognition of Companies and Firms. A Few Comments from the European Law Point of View*, in *Neth. Int. Law Rev.*, 1979, 357 ss.; cui *adde*, più recentemente ma molto sinteticamente, SANTELLA, *Prospettive del diritto societario europeo*, in *RDS*, 2010, 772; MAGRI, *La Convenzione di Bruxelles sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche nella CEE del 1968*, in *Tratt. soc. pers.*, diretto da F. Preite, II, Assago, 2015, 2901 ss. In ordine alla ragione della mancata ratifica da parte del Regno dei Paesi Bassi v. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, cit., 33.

¹² Così SANTA MARIA-BISCARETTI DI RUFFIA, *Le società estere*, cit., 55.

¹³ In proposito, tra gli altri, L.S. ROSSI, *Verso una parziale comunitarizzazione del Terzo Pilastro*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 248 ss.; BASEDOW, *The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2000, 687 ss.; POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 873 ss.; S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, Torino, 2016, 28.

¹⁴ Contenuti negli artt. 220 Tratt. CEE e 293 Tratt. CE.

¹⁵ V., ancora, S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, cit., 29, la quale dedica specifica attenzione al tema dello sviluppo delle competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato delle società.

scelta di questa nuova impostazione rispondeva al mutato sentire in ordine al grado di cooperazione tra Stati membri da realizzarsi per mezzo dell'Unione ed, in particolare, all'opportunità che, con lo sviluppo del mercato interno, l'esercizio di un maggior numero di competenze, se non direttamente, fosse almeno più strettamente coordinato dalle istituzioni comuni. Queste competenze comprendevano anche quelle incidenti sulla regolamentazione delle imprese esercitate in forma societaria in ragione del fatto che gli Stati membri avevano deciso di rimettere agli organi comuni il coordinamento sia in materia internazionale-privatistica che giudiziaria¹⁶, settori di grande rilievo anche per le problematiche connesse con la disciplina delle società e della loro mobilità transfrontaliera.

L'evolversi appena ricordato è stato, tuttavia, fonte di frizione tra l'ordinamento comunitario/eurounitario e le legislazioni nazionali, perché le sovrapposizioni che ne sono derivate hanno determinato contenziosi approdati dinanzi alla Corte di giustizia e condotto a decisioni che hanno ulteriormente orientato lo sviluppo del diritto comunitario/eurounitario in una dimensione più estesa, non senza qualche incertezza nelle ricostruzioni operate dalla Corte stessa¹⁷. Se il trasferimento formale e diretto di competenze alle istituzioni comuni è stato fonte di contrasti, ancor di più lo sono state le possibili sovrapposizioni che via via sono emerse e che non sempre sono state regolate premiando il già menzionato principio di sussidiarietà, poiché, per taluni aspetti, la Corte di giustizia ha trovato nei Trattati elementi per orientarsi verso l'attrazione della disciplina a livello della Comunità e, poi, dell'Unione, sottraendo agli Stati membri ulteriori possibilità di incidere sulla regolamentazione delle situazioni concrete. Il diritto di stabilimento delle società è al centro di questo processo attrattivo, che nei decenni s'è sviluppato e che, in ragione dei poteri della Corte, ormai costituisce la base ineludibile non solo di ricostruzione della portata del quadro normativo, ma anche per la estrapolazione dei concetti alla base di tale quadro. Tutto ciò, come accennato più sopra, finisce per influenzare anche l'individuazione dell'essenza del fenomeno societario e, di conseguenza, la ricostruzione delle stesse società come istituti di diritto europeo. Ma qui già si anticipa una conclusione che dovrà essere oggetto di dimostrazione attraverso l'esposizione contenuta nelle pagine del presente studio.

¹⁶ A riguardo v., tra i tanti, BRUNEAU, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes*, in *J.C.P.*, ed. gen. 2000, I, 266 ss.; DE CESARI-MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, 41 ss.; in proposito anche S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, cit., 28 ss.

¹⁷ Di tali incertezze si dà conto nel prosieguo di questo lavoro ed, in particolare, nel Capitolo 4.

1.3. Le società quali enti creati da “un” diritto nazionale: il ruolo problematico del diritto internazionale privato rispetto al reciproco riconoscimento nell’ambito dell’Unione Europea

Se si dà per presupposto che le società siano regolate solo dal diritto nazionale degli Stati membri, la loro mobilità transfrontaliera è prima di tutto un problema diritto internazionale privato, in quanto il superamento del confine nazionale – mediante l’esercizio di attività organizzative endosocietarie o la creazione di strutture distinte all’estero – introduce elementi di estraneità suscettibili di chiamare in causa l’applicazione di regole proprie di altri ordinamenti nazionali con le conseguenti necessità di coordinamento e di soluzione dei conflitti tra le medesime.

Dato per assodato che tutte le società, come le persone giuridiche e gli altri soggetti diversi dalle persone fisiche, siano creazioni degli ordinamenti giuridici e, perciò, insieme di regole a governo dei rapporti – diretti o indiretti – tra persone fisiche, le modificazioni che investano ciascun insieme di regole prescelto per disciplinare il soggetto creato in funzione di svolgere una determinata attività pone il problema se, mutando in tutto o in parte quelle regole, si sia ancora dinanzi al medesimo soggetto. Le variazioni possono, ovviamente, essere l’effetto dell’applicazione del diritto internazionale privato.

Lo studio in questa prospettiva delle società operanti e mobili nel contesto del territorio europeo pone, quindi e innanzi tutto, il problema della perdurante soggettività delle società che intendano sfruttare norme giuridiche previste dalle legislazioni di altri Stati membri perché ritenute più funzionali alla nascita o allo sviluppo di attività economiche nel mercato unico. La questione è se possa esserci continuità della titolarità della struttura organizzativa e, di conseguenza, del centro di imputazione dei rapporti economici stipulati per lo svolgimento dell’attività. L’eventuale discontinuità costituirebbe un fattore di diseconomie, poiché comporterebbe attività volte alla liquidazione della struttura organizzata e alla conclusione/interruzione dei relativi rapporti economici, salvo che le regole legali non consentano fenomeni successori o di trasferimento “automatico” ad altro soggetto del complesso delle situazioni giuridiche facenti capo a chi subisce le modificazioni delle regole applicabili. Il ricorso volontario a regole previste dall’ordinamento giuridico di un altro Stato membro presuppone l’ammissibilità di tale mutamento di regime giuridico sia secondo la legge dello Stato che prima regolava il soggetto (e, cioè, dello Stato “di provenienza”) che secondo la legge dello Stato scelto (ossia lo Stato “di destinazione”) e pone un problema di diritto internazionale privato in relazione al trasferimento del soggetto-società da un ordinamento all’altro.

Ritorniamo però indietro di qualche passo, alla seconda metà degli anni ’80 del Novecento ed, in particolare, al quadro concettuale fissato nella decisione che può essere considerata non soltanto espressiva della *summa* originaria, ma anche il punto di partenza di ogni indagine sulla soggettività di diritto comunitario delle

società e sulla disciplina della loro mobilità nei confini, prima, della Comunità e, oggi, dell'Unione Europea.

Vigente dal Trattato del 1957 quel *self-restraint*, al quale s'è fatto cenno nel paragrafo precedente¹⁸, agli Stati membri era concesso di determinare in via esclusiva le condizioni di riconoscimento delle società che venissero in contatto con i rispettivi ordinamenti e, pertanto, di stabilire se e su quali presupposti le società stesse potessero modificare le regole ad esse applicabili finanche attraverso l'assoggettamento alla disciplina societaria di un altro Stato membro. In ragione di siffatta impostazione, le discipline nazionali applicabili alle società mantenevano differenze anche significative. Rileggere le affermazioni della Corte di giustizia in quel degli anni '80 e con particolare riferimento al diritto di mobilità transfrontaliera è utile a tracciare il quadro.

Statuiva la Corte “*il Trattato ha tenuto conto di tali differenze fra le legislazioni nazionali*”, tanto che “*l'art. 220 del Trattato ha previsto, ove necessaria, la conclusione di convenzioni fra gli Stati membri, in particolare per garantire la conservazione della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese all'altro*”, e “*nel definire, all'art. 58, le società che possono godere del diritto di stabilimento, esso ha posto sullo stesso piano la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro d'attività principale come criteri di collegamento*”¹⁹. Di fatto – secondo i giudici di Lussemburgo – ci si trovava dinanzi ad un approccio neutrale del diritto comunitario che, però, aveva finito per determinare una situazione nella quale “*le legislazioni degli Stati membri presenta[va]no notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento al territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento*”²⁰. Dunque, i singoli Stati membri avevano il potere di stabilire liberamente se una società potesse – attraverso modifiche di parti del proprio statuto – sottoporsi o sottrarsi in tutto o in parte alla propria legislazione nazionale e ciò sia in sede di costituzione che durante la vita di ciascuna società. In sostanza, alle discipline interne agli Stati membri era riconosciuto il potere di utilizzare il diritto internazionale privato per incidere sull'esistenza – ossia sulla permanenza in vita – delle società che intendessero costituirsi in uno Stato membro o trasferirsi da uno all'altro²¹.

¹⁸ *Self-restraint* che – come accennato nel par. 1.2 – era confermato dall'idea della necessità di un'apposita Convenzione per disciplinare il riconoscimento delle società.

¹⁹ I virgolettati sono tutti tratti da Corte giust., 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 21.

²⁰ L'osservazione è contenuta in Corte giust., 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 20.

²¹ La Corte di giustizia constatava che “*talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territo-*

Se, almeno, fossero state adottate regole di diritto internazionale privato omogenee tra gli Stati membri, si sarebbe potuta comunque realizzare un'armonia tra legislazioni in ordine alla collocazione di una società entro i confini di un determinato territorio e all'ammissibilità della mobilità in tutti i casi concretamente ipotizzabili. Invece, per effetto dell'adozione di criteri di collegamento dedicati alle società differenti da un ordinamento all'altro la scelta di neutralità della Corte di giustizia s'era rivelata fonte di potenziali conflitti tra leggi applicabili e, in concreto, di incertezza nei rapporti intracomunitari, non essendo riconosciuti – ad esempio – gli effetti di trasferimenti di sede legale non accompagnati da quello del centro direttivo dell'impresa.

Di quanto appena esposto la Corte prendeva effettivamente atto nei passi della sentenza *Daily Mail* che si sono riportati. Tuttavia, sul piano pratico ciò poteva finire e finiva per creare impedimenti insormontabili alla mobilità transfrontaliera; infatti, rappresentava un fattore di sicuro ostacolo allo sviluppo del mercato unico ed all'attuazione delle libertà fondamentali sancite nei Trattati, in particolare, sotto il profilo della localizzazione e della rilocalizzazione di una società in altro Stato membro, fosse essa direzionale-operativa o anche solo "giuridica"²². Nell'ottica del menzionato *self-restraint*, si trattava di un prezzo che la Comunità doveva pagare al ruolo che gli Stati membri intendevano mantenere sul governo dei (principali) soggetti economici.

1.4. L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea e il declinante rilievo del diritto internazionale privato nazionale: necessità di una nuova indagine sulle società come creazioni degli ordinamenti giuridici di fronte allo sviluppo della mobilità intracomunitaria

Quell'originario approccio di *self-restraint* adottato dal diritto comunitario, ancora confermato negli anni '80 con la sentenza *Daily Mail*, resistette nella giurisprudenza della Corte di giustizia fino alla fine degli anni '90, anche se, in realtà, il rilievo concesso al diritto internazionale privato degli Stati membri per fissa-

rio, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale. Altre legislazioni riconoscono alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune, come nel Regno Unito, sottopongono detto diritto ad alcuni limiti e gli effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro, in special modo sul piano fiscale" (così Corte giust., 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 20).

²² Per "rilocalizzazione solo giuridica" s'intende l'ipotesi di una società che trasferisca in altro Stato membro la sola sede legale con l'effetto di mutare la legge regolatrice dello statuto personale della società, mantenendo invariata la collocazione della sua struttura direzionale ed operativa.

re le condizioni di riconoscimento delle società nell'ambito della Comunità nel tempo si andava via via riducendo irrimediabilmente per effetto della sempre più intensa opera di normazione a livello comunitario in materia di società e della prevalenza dello stesso diritto comunitario su quelli nazionali²³.

Nel corso del tempo divenne sempre più evidente che talune regole interne a ciascuno Stato membro – sempre meno libere in ragione dell'espansione della disciplina societaria comunitaria – si configuravano come ostacoli concreti all'esercizio delle libertà fondamentali e, tra queste, specialmente la libertà di stabilimento, che avrebbe invece dovuto garantire il pieno diritto delle società a trasferirsi da uno Stato membro all'altro, così come concesso alle persone fisiche, stante l'equiparazione sotto questo profilo contenuta dai Trattati²⁴.

Grazie all'approccio di *self-restraint* adottato a livello di Comunità sin dalla sua fondazione molti Stati membri avevano potuto mantenere facilmente regole restrittive soprattutto attraverso le discipline materiali e/o di diritto internazionale privato, queste ultime pure con criteri di collegamento diversi. In tal modo, tendevano a perpetuare ostacoli alla libera rilocalizzazione di una società al di là dei confini dello Stato di origine appunto sfruttando la riserva a favore dei diritti nazionali, confermata ancora con la sentenza *Daily Mail*.

È in questo contesto che s'è realizzata a partire dal 1999 un'opera di progressiva "costruzione" giurisprudenziale di un più ampio ambito di applicazione della libertà di stabilimento²⁵, al quale è corrisposta, per converso, la altrettanto pro-

²³ L'affermazione esposta nel testo si fonda su una considerazione di natura sostanziale nel senso che, se è vero che formalmente nulla era mutato per quanto concerneva il potere degli Stati membri di scegliere i criteri di diritto internazionale privato in virtù dei quali assoggettare – in tutto o in parte – lo statuto personale delle società al proprio diritto materiale, è parimenti un dato di fatto che l'incessante opera di armonizzazione – come sottolineato nel prosieguo ed, in particolare, nel Capitolo 3 – comprimendo progressivamente gli spazi di autonomia dei medesimi Stati membri nel determinare proprio il contenuto di quel diritto materiale. In concreto, ciò ha condotto ad una crescente svalutazione della rilevanza delle (libere) scelte degli Stati sul piano del diritto internazionale privato.

²⁴ V., per tutti, CORAPI-DE DONNO, *Le società*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2000, 1028 ss.

²⁵ Il vero spartiacque fu segnato dalla nota sentenza *Centros*, che, secondo i più, legittimò la concorrenza tra ordinamenti nella regolamentazione delle società, sebbene in quel caso non fosse stata posta in discussione la legittimità di un trasferimento di sede in altro Stato membro, ma quella della sola costituzione in uno Stato membro con l'intenzione di operare sin dal principio in via esclusiva in un altro Stato membro (si tratta di Corte giust., 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126, sulla quale si ritorna più volte in questo studio). Successivamente, numerose sentenze della Corte, delle quali si darà adeguatamente conto nel Capitolo 2, ripresero i principi contenuti in quella prima sentenza sviluppandone la portata e giungendo con la recente sentenza *Polbud* a consacrare la legittimità della mobilità della sede legale di una società verso un altro Stato membro, pur in difetto del trasferimento contestuale della sede effettiva e, cioè, della sua organizzazione direzionale ed operativa (cfr. Corte giust., 25 ottobre 2017, C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804).

gressiva compressione degli spazi di intervento sulla regolamentazione delle società concessi da parte degli Stati membri. Riconoscimento della capacità giuridica in altro Stato membro, facoltà di “abbandonare” uno Stato membro per operare – in via esclusiva, se del caso – da un altro o per assoggettarsi semplicemente alla regolamentazione vigente in quest’ultimo, diritto alla continuità dei rapporti già esistenti nello Stato di provenienza sono solo i principali problemi con i quali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dovuto confrontarsi negli anni in occasione dei giudizi nei quali la vera materia del contendere era la possibilità dell’uso transfrontaliero delle società. Grimaldello fondamentale per rompere gli equilibri tradizionali e realizzare un nuovo ordinamento europeo delle società s’è rivelata la libertà di stabilimento. In assenza di una disciplina comune o pattizia sul riconoscimento delle società e sui criteri di collegamento internazionalprivatistici, i giudici del Lussemburgo hanno, caso dopo caso, riconosciuto nuovi ambiti di esercizio della libertà di stabilimento e, quindi, del diritto a stabilirsi – *ab origine* o successivamente – in uno Stato membro diverso da quello di provenienza della maggioranza dei soci, utilizzando le strutture societarie a cavallo dei confini nazionali. In sostanza, la libertà di stabilimento sancita dai Trattati anche a favore delle società ha finito per rappresentare lo strumento per superare quei confini senza dovere passare dalla procedura di liquidazione del soggetto societario, perché fino a quel momento tale era stata l’unica alternativa²⁶. Evitare di liquidare la società in uno Stato membro e di ricostituirla un’altra in un altro, alla quale conferire beni e rapporti giuridici dismessi nello Stato di provenienza, è l’obbiettivo al quale i giudici di Lussemburgo hanno via via garantito realizzazione.

Il problema della mobilità transfrontaliera all’interno dell’Unione Europea fino ad oggi è stato però affrontato dagli interpreti senza la dovuta chiarezza sotto il profilo del rapporto tra ordinamento UE ed ordinamenti nazionali e ciò ossequio ai principi esposti nella sentenza *Daily Mail*. Recependo e rielaborando i risultati dell’evoluzione giurisprudenziale, nonché prendendo a modello soluzioni adottate per le due forme societarie di diritto eurounitario introdotte tra il 2001 ed il 2003²⁷, la recente Direttiva UE n. 2121/2019 diretta ad armonizzare i diritti nazionali in materia di talune operazioni straordinarie (fusioni, scissioni e trasformazioni transfrontaliere) ha introdotto importanti elementi di novità non soltanto sul piano della disciplina societaria materiale, ma anche dei rapporti tra ordinamenti, ponendo di conseguenza in discussione gli assetti ricostruttivi consolidati.

²⁶ Infatti, ancora nel caso della legislazione polacca dichiarata in contrasto con il TFUE dalla Corte di giustizia nel caso *Polbud*, era prevista la liquidazione come condizione di ammissibilità per il trasferimento della sede legale in altro Stato membro (cfr. *infra* quanto esposto in ordine alla decisione citata nel par. 2.17 e nelle relative note a piè di pagina).

²⁷ Il riferimento è alla Società Europea (la SE di cui al Reg. CE n. 2157/2001) ed alla Società Cooperativa Europea (la SCE di cui al Reg. CE n. 1435/2003) alle quali si dedica specifica attenzione dal Capitolo 3 in poi.

Ciò richiede di indagare oggi il quadro giuridico delineato dal diritto eurounitario con attenzione ai tasselli normativi sopravvenuti ed anche attraverso la lente offerta da quell'evoluzione giurisprudenziale; ciò per comprenderne la portata e individuare principi e regole utili ad affrontare questioni ancora irrisolte pur dopo la promulgazione della Direttiva in parola. Oggi, la mobilità transfrontaliera intraunionale non dovrebbe postulare mai la liquidazione della società con cessazione della stessa nell'ordinamento dello Stato membro di provenienza e reincorporazione in quello di destinazione, senza continuità, perciò, del soggetto titolare dei rapporti esistenti. Ma, come si cerca di chiarire *infra*, non si tratta di un risultato già esplicitamente acquisito²⁸.

1.5. Le società come *fictiones iuris* verso una definitiva ricostruzione concettuale nell'evoluzione del diritto derivato e nell'interpretazione giudiziale?

La profonda evoluzione subita dal diritto comunitario/eurounitario delle società nei decenni ed i nuovi campi di intervento di quest'ultimo proprio in materia societaria impongono di verificare se non sia possibile una ricostruzione del fenomeno dei soggetti titolari di un'attività economica nell'Unione Europea diversa da quella emergente dalla sentenza *Daily Mail* che ha segnato oltre tre decenni di giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹. Ciò, a maggior ragione, dopo la promulgazione della Direttiva UE n. 2121/2019 – per la cui attuazione non è ancora scaduto il termine³⁰ – che è intervenuta per regolare trasformazioni, fusioni e scis-

²⁸ Fuori degli ambiti di applicazione della Direttiva e dei due Regolamenti citati alla nota precedente permangono dubbi in ordine alla tipologia di fenomeno che si verificherebbe in capo ai due soggetti succedutisi nei due diversi ordinamenti (quello di provenienza e quello di destinazione). Sarebbe una successione in senso proprio? Se sì, di che genere (analoga a quella ereditaria, *sui generis* come in caso di cancellazione al termine della liquidazione, ecc.)? Oppure si tratterebbe di un fenomeno analogo alla fusione o alla scissione? È chiaro che la riconduzione ad un istituto piuttosto che all'altro ha rilievo – almeno parziale – sul piano della disciplina applicabile ai beni ed ai rapporti giuridici esistenti e ciò sia in capo alla società estinta nell'ordinamento di provenienza che in capo alla società costituita nell'ordinamento di destinazione. Un esempio su tutti è quello dei rapporti processuali: in caso di distinzione di soggetti, si dovrebbe ipotizzare una forma di successione; diversamente, la continuità consentirebbe la prosecuzione senza interruzioni del processo nei confronti della società una volta iscritta nello Stato membro di destinazione. Ma su questo aspetto si ritornerà più ampiamente nei Capitoli 4 e 6.

²⁹ Come messo in luce in SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, 27, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia ha portato il diritto UE ben oltre le soluzioni delineate nella Convenzione di Bruxelles, mai entrata in vigore, alla quale si è fatto riferimento nel precedente par. 1.2.

³⁰ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, i legislatori nazionali avranno tempo sino al 31 gennaio 2023.

sioni transfrontaliere, modificando ed integrando le previsioni contenute nella precedente Direttiva UE n. 1132/2017 destinata a disciplinare molti aspetti della vita delle società di capitali europee e, soprattutto, le società dei tipi capitalistici più evoluti (società per azioni, *société anonyme*, *aktiengesellschaft*, *sociedad anonima*, *public company limited by shares*, *aktiebolag*, ecc.)³¹.

Il diritto di stabilimento è al centro di tale indagine, in quanto strumento necessario per garantire la possibilità di esercitare un'attività economica dovunque nel territorio dell'Unione e ciò senza incontrare ostacoli allorché si valichino le frontiere tra gli Stati membri, neppure in ragione delle modificazioni che il “contatto” con un altro Stato membro può comportare nello statuto personale della società interessata. Di ciò si dà chiaramente atto proprio nella citata Direttiva n. 2121/2019, allorché è ribadito che “*la libertà di stabilimento è uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione*” e “*comprende il diritto per una società costituita in conformità con la normativa di uno Stato membro di trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro*”³².

Rispetto all'esercizio diretto da parte delle persone fisiche, i giudici dell'Unione Europea si sono trovati spesso a dover superare ostacoli dovuti al fatto che le società sono creazioni del diritto, ossia *fictiones juris*, come tali conformate dagli ordinamenti che le istituiscono e che, di conseguenza, possono condizionarne l'esistenza oltre che le attività organizzative. In sostanza, le società si sono spesso ritrovate prigioniere degli ordinamenti di origine, i quali – per utilizzare un'espressione certamente colorita – hanno esercitato e tendono ad esercitare ancora oggi il potere di vita e di morte sulle stesse. Sotto questo profilo la libertà di stabilimento può incontrare ostacoli sconosciuti alle persone fisiche le quali per questo corrono, es-

³¹ Infatti, solo una parte delle disposizioni della Direttiva UE n. 1132/2017 si applica anche agli altri tipi capitalistici indicati nell'Allegato II alla Direttiva medesima (es.: *société en commandite par actions*, *société de personnes à responsabilité limitée*, *société par actions simplifiée*, *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, *sociedad comanditaria por acciones*, *sociedad de responsabilidad limitada*, *companies incorporated with limited liability*, ecc.). Tuttavia, le disposizioni relative alle trasformazioni transfrontaliere (art. 86-bis ss.) si applicano anche alle società indicate nel citato Allegato II come previsto dall'art. 86-ter, n. 1.

³² Le affermazioni riportate nel testo si possono leggere nel *considerando* n. 2 Direttiva cit. e fanno seguito a quanto riportato nella *Relazione* che accompagnava la Proposta di Direttiva ov'era scritto che “*la proposta si basa sull'articolo 50 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che rappresenta la base giuridica per la competenza dell'Unione europea ad agire nel settore del diritto societario. In particolare, l'articolo 50, paragrafo 2, lettera f), prevede la graduale soppressione delle restrizioni relative alla libertà di stabilimento, e l'articolo 50, paragrafo 2, lettera g), prevede misure di coordinamento per proteggere gli interessi tanto dei soci quanto dei terzi*” [v. il documento COM/2018/241 final – 2018/0114 (COD) del 28 aprile 2018 pubblicato all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0241&from=EN> (ultimo accesso il 30 dicembre 2022)].

se stesse, il pericolo di non potere esercitare pienamente – proprio attraverso la partecipazione a società – la libertà di stabilimento loro garantita dal Trattato. Sol tanto una corretta ricostruzione del fenomeno societario negli ordinamenti dell'Unione e degli Stati membri può assicurare che si realizzi invece il massimo grado possibile di tale libertà. Fondamentale è l'intervento compiuto appunto con la Direttiva UE n. 2121/2019, poiché affronta problemi spesso alla base delle restrizioni opposte dagli ordinamenti nazionali alla mobilità transfrontaliera delle società europee³³. Tuttavia, neppure con tale direttiva possono dirsi chiaramente risolte tutte le questioni connesse con la mobilità intra-europea delle società come si espone nel Capitolo 6.

1.6. Il (parziale) consolidamento del quadro legale a seguito della Direttiva UE n. 2121/2019 e le non secondarie ambiguità residue

Pur limitando per ora l'indagine a qualche cenno preliminare d'introduzione, è opportuno evidenziare che la Direttiva UE n. 2121/2019 ha preso le mosse dalla constatazione che si “*le disposizioni sulle fusioni transfrontaliere costituiscono una pietra miliare verso un migliore funzionamento del mercato interno per le società e il relativo esercizio della libertà di stabilimento*”, ma non senza aggiungere che “*la valutazione di queste disposizioni tuttavia ha mostrato che tali norme devono essere modificate*” e che è “*inoltre opportuno regolamentare la trasformazione e la scissione transfrontaliere, dal momento che la direttiva (UE) 2017/1132 prevede soltanto norme sulla scissione delle società per azioni sul piano nazionale*”³⁴. Pur trattandosi di una disciplina di armonizzazione mini-

³³ Questo è certamente uno degli scopi fondamentali della Direttiva, come si può evincere dal *considerando* n. 5. Riguardo all'influenza delle restrizioni nazionali sull'esercizio effettivo della libertà di stabilimento nel contesto ante Direttiva v. DEL TAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas*, in *Rev. Dir. Soc.*, 2019, 306.

³⁴ Così il *considerando* n. 1. Tra i primi studi sulla Direttiva in parola, pur se di diversa ampiezza e prospettiva sistematica, si segnalano – oltre al già citato saggio di DEL TAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea*, cit., 303 ss. – anche GARCIMARTÍN, *Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad*, 18 dicembre 2019, reperibile all'indirizzo <https://almacenederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad> (ultimo accesso il 28 dicembre 2022); ALEXANDROPOULOU, *Protection of Members and Creditors after the Mobility Directive: Challenges in the Implementation*, in *ERA-Forum*, 2021, 9 ss.; LECOURT, *Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés!*, in *Rev. soc.*, 2020, 338 ss.; DI SARLI(-CAVANNA), *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Le società*, a cura di Montalenti, in *Tratt. dir. priv. uur.*, diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2022, 643 ss.; ANDREEVA, *The evolution of the principle of freedom of establishment in the European Unión company law: the*

ma³⁵, il legislatore dell'Unione ha inteso fare un primo passo per porre rimedio a “l'assenza di un quadro giuridico per le trasformazioni e scissioni transfrontaliere” che “causa una frammentazione delle regole e un'incertezza del diritto” suscettibili non soltanto di costituire “un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento”, ma anche di “determina[re] una tutela non ottimale dei dipendenti, dei creditori e dei soci di minoranza nel mercato interno”³⁶. Ciò che con la Direttiva è stato ricercato è un equilibrio tra gli interessi in gioco, posto che il diritto dell'Unione Europea non può neppure rimanere cieco dinanzi a fenomeni di abuso della libertà di stabilimento ossia a trasferimenti in altri Stati membri finalizzati essenzialmente ad eludere l'applicazione di disposizioni eurounitarie o nazionali di tutela degli interessi di terzi, includendosi in tale categoria non solo lavoratori, enti previdenziali o amministrazioni fiscali³⁷, ma anche i soci delle società³⁸.

long path from centros to cross-border conversions Directive, in *Rev. gen. der. eur.*, 2022, *passim*; LEPETIĆ, *Creditor protection in cross-border conversions, mergers and divisions*, in *Anali PFB*, 2022, 713 ss.; PAPADOPOULOS, *The New Harmonized Protection of Creditors in Cross-Border Mergers*, in *Eur. Comp. Fin. Law Rev.*, 2022, 422 ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, *La protección de socios en las operaciones transfronterizas (A propósito de la transposición de la Directiva de 27 de noviembre de 2019)*, in *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros: libro homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, coordinato da Cañabate Pozo, Freire Costas, García Ruiz, Muñoz García, Sacristán Bergia e Vargas Vasserot, Las Rozas, 2022, 185 ss.; con riferimento al testo della proposta di Direttiva come modificata prima della sua approvazione, v. SCHMIDT, *Grenzüberschreitender Formwechsel. Verfahrens- und Registerrecht im Lichte des Company Law Package und die praktische Umsetzung*, Baden Baden, 2020, 190 ss. nonché i numerosi contributi pubblicati in *La mobilité des sociétés dans l'Union européenne*, diretto da François, Paris, 2020, 173 ss.

³⁵ Che tale sia la funzione della Direttiva appare chiaro dalla libertà lasciata agli Stati di introdurre norme più restrittive, ad esempio, a protezione dei soci (cfr. il *considerando* n. 17) e dei lavoratori (cfr. il *considerando* n. 11); tra i primi commentatori, in tal senso, WINNER, *Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions*, in *Eur. Comp. Fin. Law Rev.*, 2019, 47 s.; PAPADOPOULOS, *The New Harmonized Protection of Creditors in Cross-Border Mergers*, cit., 428 ss.; ESCRIBANO GÁMIR, *La protección de los derechos de crédito de los acreedores sociales en el Derecho español frente a las operaciones de reestructuración empresarial: La armonización de la Directiva UE 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, de movilidad transfronteriza*, in *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros: libro homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, cit., 406; tuttavia, qualche riserva in proposito è espressa da GARCIMARTÍN, *Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad*, cit., il quale sottolinea la necessità di contemperamento delle protezioni di soci, creditori e lavoratori con il principio di libertà di stabilimento; dubitativa anche LEPETIĆ, *Creditor protection in cross-border conversions, mergers and divisions*, cit., 726. Sul punto, *amplius*, alla nota 186, par. 3.12, nonché nel par. 4.10 con qualche puntualizzazione alle note 172 e 173 così come nel testo corrispondente.

³⁶ I passi riportati nel testo sono tratti dal *considerando* n. 5.

³⁷ Cfr., ad esempio, i *considerando* nn. 34 e 35. Sinteticamente, sugli scopi della Direttiva DI SARLI(-CAVANNA), *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, cit., 646 ss.

³⁸ Ciò è reso assai chiaro al *considerando* n. 18. In ordine alla disciplina di prevenzione degli

Sul piano più strettamente normativo, come emerge dai *considerando* che precedono l'articolato³⁹, il legislatore UE ha inteso prendere chiaramente le mosse dalle posizioni espresse dalla Corte di giustizia in merito all'esercizio della libertà di stabilimento, sancendo – da un lato – l'ammissibilità del trasferimento anche "solo giuridico" delle società di capitali da uno Stato membro all'altro (ossia del trasferimento di sede legale senza modifica della collocazione dell'organizzazione direzionale ed operativa)⁴⁰ ma introducendo – dall'altro – strumenti di verifica che l'operazione non sia volta a pregiudicare specificamente taluni interessi meritevoli di protezione. Nel far ciò, peraltro, esplicita la presunzione che il trasferimento "solo giuridico" in altro Stato membro non possa considerarsi di per sé abusivo⁴¹; in altre parole, riduce le possibilità di frapporre ostacoli a ciò che espressamente qualifica come "trasformazione transfrontaliera", perché realizza una modifica dello statuto legale della società in occasione della ricollocazione dell'organizzazione sociale in quel medesimo Stato membro. D'altro canto, la Direttiva in parola dimostra la propensione – peraltro non nuova⁴² – a trattare i trasferimenti solo giuridici in modo più rigoroso rispetto a quelli contestuali alla materiale traslazione delle strutture organizzative della società stessa.

Senza qui anticipare più di quanto strettamente necessario all'introduzione ai problemi, che verranno trattati nei Capitoli seguenti, si osserva che, pur disciplinando in modo assai analitico molti aspetti dell'operazione di trasformazione transfrontaliera⁴³, lascia spazio ad una perplessità di fondo poiché – per un verso

abusi, mediante costituzione di *letter-box companies* o in altre forme, si rinvia a quanto più ampiamente si espone ai parr. 2.15, 4.9, 4.10, 5.4 e 6.4.6.

³⁹ In particolare, ai *considerando* nn. 2 e 3.

⁴⁰ Conf. DEL TAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea*, cit., 310 s.; LECOURT, *Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés!*, cit., 338 ss.

⁴¹ Infatti, si scrive che si "può considerare come indizio dell'assenza di abuso o frode il fatto che l'operazione transfrontaliera comporti per la società lo stabilimento della sede effettiva o del luogo dell'attività economica nello Stato membro in cui la o le società dovranno essere iscritte dopo l'operazione transfrontaliera" (v. il *considerando* n. 36, ultima parte), ma non che il trasferimento "solo giuridico" sia di per sé abusivo. Sul tema del carattere abusivo o meno del trasferimento "solo giuridico" in altro Stato membro v. *amplius* i parr. 2.17, 6.2 e 6.5.

⁴² Per la SE (società cooperativa europea di cui al Reg. CE n. 2157/2001) e la SCE (società cooperativa europea di cui al Reg. CE n. 1435/2003) è stata espressamente prevista la coincidenza dello Stato membro di sede legale con quello dell'amministrazione centrale e ciascuno Stato membro può, addirittura, "imporre alle SE registrate nel suo territorio l'obbligo di far coincidere l'ubicazione dell'amministrazione centrale con quella della sede sociale" (così l'art. 7, 2° per., Reg. CE n. 2157/2001 con previsione successivamente ripresa per la SCE dall'art. 6, 2° per., Reg. CE n. 1435/2003).

⁴³ Tanto che comporta l'inserimento nella Direttiva UE n. 1132/2017 di un *Capo* interamente dedicato alle *Trasformazioni transfrontaliere* e costituito da più di una ventina di disposizioni assai articolate.

– stabilisce espressamente che la “trasformazione transfrontaliera” è “*l’operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, trasforma, pur conservando la propria personalità giuridica, la forma giuridica in cui è registrata nello Stato membro di partenza in una delle forme giuridiche previste per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale*”⁴⁴, ma – per altro verso – solo per alcuni profili si esprime chiaramente in ordine alla continuità di titolarità dei rapporti giuridici preesistenti⁴⁵; infatti, oltre a persistere nel mantenere il riferimento ai requisiti di legittimità della costituzione⁴⁶ (e non delle operazioni di trasformazione “domestiche”)⁴⁷, per altri aspetti si limita a sancire di cosa sia titolare la società trasformata senza prendere posizione se ciò sia il frutto del mantenimento della medesima soggettività giuridica – come sembrerebbe – oppure di un’attribuzione o di un trasferimento comunque compatibili con una qualificazione in termini di appartenenza di detti rapporti giuridici alla società dopo la sua trasformazione⁴⁸. In altre

⁴⁴ Così, il nuovo art. 86-ter, n. 2, Direttiva UE n. 1132/2017 come prescritto dall’art. 1 Direttiva UE n. 2121/2019. V., a proposito del mantenimento della personalità giuridica originaria, DEL TAL TALENS, *Operaciones transfronterizas de sociedades en la Unión Europea*, cit., 310 s.

⁴⁵ Si veda, ad esempio, l’art. 86-novodecies, lett. b), ove si prescrive che “*i soci della società continuano a essere soci della società trasformata*”.

⁴⁶ V. l’art. 86-sexdecies, par. 1, comma 2, Direttiva UE n. 1132/2017 introdotto per effetto dell’art. 1 Direttiva UE n. 2121/2019.

⁴⁷ A differenza di altre disposizioni, modificate nel corso del procedimento di approvazione della Direttiva, è stato quindi mantenuto il testo della previsione dell’originaria Proposta di Direttiva (v. il documento *COM/2018/241 final – 2018/0114 (COD)* del 28 aprile 2018 pubblicato all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0241&from=EN>, ultimo accesso il 30 dicembre 2022) allorché il legislatore dell’Unione ha disciplinato il controllo di legalità della trasformazione transfrontaliera da parte dello Stato membro di destinazione. Questo, nonostante in sede di procedimento di adozione, siano stati eliminati i preesistenti riferimenti – certamente ancor più svianti – al “trasferimento” di rapporti tra il soggetto *ante*-trasformazione e quello *post*-trasformazione. Il testo della Proposta originaria descriveva, addirittura, la “società trasformata” come “*società neocostituita nello Stato membro di destinazione*” (cfr. l’art. 86-ter, n. 6 come formalizzato nell’art. 1 Proposta) ed individuava uno degli effetti dell’operazione così: “*l’intero patrimonio attivo e passivo della società che effettua la trasformazione transfrontaliera (...) è trasferito alla società trasformata e ha continuità in essa*” [cfr. l’art. 86-vicies, par. 1, lett. a) come formalizzato nell’art. 1 Proposta, sul quale MENJUCQ, *Les transformations transfrontalières*, in *La mobilité des sociétés dans l’Union européenne*, cit., 179 ss.]. Peraltro, il testo infine approvato contiene l’aggiunta di un “*se del caso*”, all’art. 86-quinquies, lett. c) – dopo la previsione che impone di “includere” nel progetto di trasformazione transfrontaliera “*almeno*” taluni “*elementi*”, tra i quali “*l’atto costitutivo della società nello Stato membro di destinazione*” – così rendendo poco comprensibile la portata dell’onere imposto e del conseguente ruolo giocato nell’operazione dalla stipulazione di un (nuovo) atto costitutivo “*nello Stato membro di destinazione*” e dalla redazione di uno “*statuto, se forma oggetto di un atto separato*”.

⁴⁸ S’intende fare riferimento al passo in cui si sancisce che “*l’intero patrimonio attivo e passivo*