

**TEMPO E SPAZIO
NELLA DIMENSIONE
GIURIDICA
ECONOMICA E SOCIALE**

a cura di
GUIDO CANAVESI

TEMPO E SPAZIO NELLA DIMENSIONE GIURIDICA ECONOMICA E SOCIALE



EDITORIALE SCIENTIFICA



euro 16,00

TEMPO E SPAZIO
NELLA DIMENSIONE GIURIDICA,
ECONOMICA E SOCIALE

A cura di

GUIDO CANAVESI

Editoriale Scientifica
Napoli

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-738-4

Sommario

GUIDO CANAVESI, <i>Introduzione</i>	7
GUIDO CANAVESI, <i>Il tempo nel sistema pensionistico: l'essenziale dimensione intergenerazionale</i>	9
FRANCESCA SCATURRO, <i>Lo spazio delle infrastrutture di trasporto</i>	23
MONICA STRONATI, <i>Tempo e spazio: alcune suggestioni storico-giuridiche</i>	39
LAURA VAGNI, <i>Riflessioni sparse sul diritto di accesso allo spazio urbano nell'era digitale</i>	57
LORENZO SCILLITANI, <i>Dimensioni temporali e spaziali della giuridicità</i>	79
CHRISTOPH TEICHMANN, ALESSIO BARTOLACELLI, <i>Trasferimento della sede sociale all'estero e trasformazione transfrontaliera all'interno dell'Unione Europea</i>	93
ANDREA FRANCESCO TRIPODI, <i>L'applicabilità della normativa sulla responsabilità da reato degli enti alle società estere prive di articolazioni organizzative in Italia</i>	129
TIZIANA MONTECCHIARI, <i>Spazio e tempo nella dimensione carceraria: genitori detenuti e la tutela dei figli minori</i>	155
MASSIMILIANO ZAMPI, ANDREA TASSI, <i>Il fattore spazio temporale nell'accertamento del reato di guida in stato di alterazione da alcool e droghe. Problematiche tossicologico forensi e processuali</i>	185

ROBERTO PESARESI, *'Finis vitae longissimus' e l'usufrutto dei municipes* 209

ARIANNA MACERATINI, *Spazio e tempo nella Teoria dei sistemi di Niklas Lubmann* 219

Trasferimento della sede sociale all'estero e trasformazione transfrontaliera all'interno dell'Unione Europea

Christoph Teichmann - Alessio Bartolacelli***

SOMMARIO: 1. Premessa terminologica: la sede e il suo trasferimento. – 2. Il fondamento normativo della libertà di trasferimento della sede sociale nell'Unione Europea. – 3. Lo stato dell'arte relativo al trasferimento della sede sociale all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione: la sentenza *Cartesio*. – 4. *Segue*. La sentenza *Vale*. – 5. *Segue*. La sentenza *Polbud*. – 6. Un caso di trasformazione transfrontaliera dalla Germania all'Italia. – 7. Conclusioni

1. Premessa terminologica: la sede e il suo trasferimento

Quando si discorre di trasferimento della sede sociale all'estero è innanzitutto necessario avere chiara la nozione di sede sociale. Essa, in verità, ha una pluralità di differenti significati.

Il termine “sede”, infatti, ha una pluralità di declinazioni tra loro diverse e non sempre sovrapponibili¹. La sede della società, infatti, può essere definita come “statutaria”, per indicare quella che, all'interno dei documenti genetici della società, è indicata come sede della stessa. In ragione del fatto che tali documenti sono sovente soggetti, per le società, all'iscrizione presso il registro delle imprese, alla sede statutaria corrisponde la nozione di “sede legale”, che ha la propria traduzione in inglese come “*registered office*”. Ma la sede può indicare anche il luogo in cui vengono *di fatto* assunte le decisioni da parte degli organi gestori della società, discorrendosi in questo caso di

* *Professore Ordinario di Diritto Commerciale, Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Germania.*

** *Professore Associato di Diritto Commerciale, Università degli Studi di Macerata.*

¹ Sul tema si v. per tutti M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle società*, 2010, 1254 ss.; ID., *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in M.V. BENEDETTELLI, M. LAMANDINI (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, Utet, Torino, 2017, *passim*; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, Milano, 2010, 139 ss.

“sede reale”. O ancora, il luogo in cui, *sulla base delle norme societarie applicabili*, si determina la volontà dell’ente da parte degli organi a ciò deputati: la “sede amministrativa”². Ciascuno di questi concetti è, perlomeno in via astratta³, indipendente dagli altri: una società potrebbe avere la propria sede legale in un luogo, assumendo le decisioni i suoi organi amministrativi in un altro, ed essendo ubicata l’unità produttiva principale in un terzo. Ciò che qui, tuttavia, rileva in particolare è la sede legale, o statutaria, e l’eventualità del suo trasferimento in un Paese diverso da quello d’origine.

Il tema ha un rilievo fondamentale soprattutto in quanto la sede, nelle sue diverse accezioni, è l’elemento che di regola il legislatore utilizza come criterio selettivo per l’applicazione del proprio diritto nazionale ad una data società. In altri termini, per identificare quella che si può definire la “nazionalità” della società, ossia il Paese il cui diritto societario le è applicabile, si deve di norma fare riferimento a dove sia ubicata la sede. Il punto è che, a fronte di alcuni Paesi che considerano necessario verificare solamente l’ubicazione della sede statutaria (che determina anche il luogo di registrazione, perlomeno per quanto riguarda i Paesi appartenenti all’Unione europea⁴), ve ne sono altri che richiedono che, perché una società possa essere assoggettata al proprio ordinamento, siano ubicati nel territorio dello Stato sia la sede statutaria, sia quella amministrativa o quella reale. La scelta relativa a quali criteri debbano essere rispettati da una determinata società per potersi dire soggetta ad un dato ordinamento – definiti comunemente come “criteri di collegamento” – spetta liberamente a ciascuno Stato, ed in genere si rifà ad una delle due teorie più utilizzate, note come teoria della incorporazione, e teoria della sede reale.

Gli Stati che adottano nel proprio diritto internazionale privato la

² E ciò a tacere, ancora, del c.d. COMI (*Center of Main Interest*), conosciuto dalla legislazione in materia di crisi; o del centro principale degli affari, che indica il luogo in cui la società “conduce prevalentemente la propria attività imprenditoriale” (M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, op. cit., 1256).

³ La ragione dell’astrazione sarà meglio intesa nel momento in cui *infra* si affronterà il tema della teoria della sede reale in contrapposizione alla teoria della sede statutaria.

⁴ Direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti di diritto societario (di qui innanzi solo “Direttiva codificata”), artt. 4, 14 e 16.

teoria dell'incorporazione riconoscono come assoggettate al proprio ordinamento le società che abbiano posto nel territorio dello Stato la propria sede statutaria, e siano quindi iscritte nel proprio Registro delle imprese in virtù di ciò, in quanto questo costituisce il punto finale del processo di venuta ad esistenza della società in quanto tale – incorporazione⁵. Al contrario, gli Stati che preferiscono la teoria della sede reale pongono attenzione al fatto che sia ubicata nello Stato quella che, ai sensi del diritto nazionale, è la sede reale della società. Questo non significa, soprattutto nei Paesi dell'Unione europea, che non si attribuisce rilievo alla iscrizione nel Registro delle imprese dello Stato; al contrario, l'iscrizione nel registro della sede statutaria è comunque necessaria⁶, ma nei Paesi che adottano la teoria della sede reale di fatto si richiede, rispetto a quelli che seguono la teoria dell'incorporazione, che non solamente il luogo di incorporazione della società sia situato nel territorio dello Stato, ma anche la sua sede reale⁷. E non può che concordarsi con l'idea che, quale che sia la teoria prescelta, allo Stato di registrazione corrisponde la *lex societatis* applicabile⁸.

Con riferimento al trasferimento della sede all'estero, deve ancora preliminarmente essere sottolineato come l'intervento della società su di un mercato estero possa avvenire attraverso modalità anche diverse, e sovente assai meno impattanti sulle dinamiche societarie. In particolare, l'impresa è legittimata dal diritto europeo⁹ ad aprire in un diverso Paese dell'Unione uffici di rappresentanza, oppure una agenzia, o una succursale¹⁰. Si tratta, in tutti e tre i casi menzionati, di stabilire una articolazione territoriale societaria sprovvista di una autonoma rilevanza in termini di personalità giuridica: ogni affare compiuto dall'agenzia, dall'ufficio di rappresentanza, o dalla succursale è direttamente imputabile alla società che ha costituito l'articolazione territoriale. Peraltro, la società potrebbe pure stabilire all'estero una propria filiale,

⁵ Con il *caveat* che si sta qui discorrendo delle sole società di capitali, essendo per quelle personali differente il sistema di riferimento.

⁶ V. *supra*, nt. 4.

⁷ Cfr., ad esempio, F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, op. cit., 186 nt. 16

⁸ *Ivi*, 238.

⁹ V. *infra*, § 2.

¹⁰ Con riferimento alla pubblicità relativa alle succursali di società di altri Stati membri si v. la Direttiva codificata, artt. 29 ss.

con ciò intendendosi che viene ad essere costituita un'apposita società, ad esempio – ma non necessariamente – interamente partecipata dalla società costituente che ne sarebbe in tal caso unico socio, strutturata secondo uno dei tipi societari previsti dall'ordinamento dello Stato di costituzione della filiale e quindi retta dal diritto societario di quest'ultimo. In questo caso, tale società è, sotto il profilo giuridico, autonoma dalla società “madre” che la ha costituita, da sola o in concorso con altri¹¹; a quest'ultima non sono imputabili in via diretta¹¹ gli atti compiuti dalla filiale; in tutti i casi considerati, in ragione del fatto che non si modifica l'ubicazione della sede della società che costituisce agenzia, ufficio di rappresentanza, succursale o filiale all'estero, si discorre di libertà di stabilimento *secondaria*¹².

Il fenomeno del trasferimento della sede sociale all'estero si pone al vertice della scala di complessità crescente rispetto all'ingresso della società in un mercato diverso da quello di origine. Mentre i ricordati istituti sin qui menzionati non implicano per la società alcun tipo di modifica strutturale nel regime legale nazionale a cui essa è soggetta¹³, il trasferimento di sede legale all'estero può comportare una trasformazione transfrontaliera, e dunque una alterazione del diritto applicabile che passa da quello del Paese di origine a quello dello Stato di destinazione (libertà di stabilimento *primaria*).

Ciò premesso, ci si deve ora concentrare proprio sul tema del trasferimento di sede e dei suoi rapporti con la trasformazione transfrontaliera. A chiarire il prosieguo della trattazione, è opportuno segnalare che ci si occupa qui del solo trasferimento della sede legale e statutaria, e non di quello – pure foriero di grande interesse – della sede reale¹⁴.

¹¹ E quanto alla via indiretta, dipenderà dalle norme, nel Paese della filiale, in materia di superamento del velo della personalità giuridica. A riguardo si v., da ultimi, D. BRULOOT, L. DE MEULEMEESTER, C. VAN DER ELST, *Veil Piercing and Abuse of the Corporate Form*, in *Abuse of Companies*, H.S. BIRKMOSE, M. NEVILLE, K.E. SØRENSEN (eds), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 159 ss.

¹² In tema di libertà di stabilimento primaria e secondaria, si v. E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in ID (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, 3a ed., Giappichelli, Torino, 2016, 96 s.

¹³ E nel solo caso della filiale, anzi, a tale regime giuridico nazionale si aggiunge, senza sostituirlo, ed in relazione alla sola filiale, il regime nazionale cui la filiale è assoggettata.

¹⁴ Per la distinzione si v., ad esempio, S. CRESPI, *La mobilità delle società*

E, ancora, che si limita l'indagine alla sola Unione europea, senza quindi considerare i trasferimenti di sede e le trasformazioni internazionali extraeuropee.

Nella prassi¹⁵, la legittimazione al trasferimento della sede legale all'estero passa – come si potrà osservare nei paragrafi che seguono in tema di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in materia di libertà di stabilimento – attraverso la decisione da parte della società che intende trasferire la sede di modificare pure la propria forma giuridica, adottandone una propria del Paese in cui si intende porre la sede sociale. È questo il caso in cui il trasferimento della sede sociale da un Paese all'altro assume i contorni di una trasformazione, in quanto tale classicamente intesa come operazione straordinaria alla pari di fusioni e scissioni¹⁶.

Nell'ipotesi di cui qui si discorre, l'operazione di trasformazione sarà caratterizzata da una dimensione internazionale in ragione della diversità degli ordinamenti giuridici coinvolti all'inizio ed alla fine dell'operazione: per tale ragione si discorre di trasformazione *transfrontaliera*.

Se, infatti, la trasformazione di carattere domestico (ossia quando sia la forma societaria di partenza che quella di destinazione siano frutto del medesimo diritto nazionale) determina la continuità di organizzazione aziendale e rapporti giuridici per l'ente dal momento in cui era organizzato secondo una data forma societaria a quello in cui viene ad essere strutturato secondo una forma diversa, sempre nota al diritto nazionale, nel caso di trasformazione transfrontaliera ciò accade passando da una forma societaria prevista dall'ordinamento nazionale "A" verso una forma societaria prevista dall'ordinamento nazionale "B", dove l'ordinamento "A" è detto *di origine* e l'ordinamento "B" *di destinazione*.

nell'Unione europea, Giappichelli, Torino, 2016, 100 ss.

¹⁵ Ciò in quanto, in linea meramente teorica, potrebbe pure darsi la possibilità di uno Stato che accetti di iscrivere nei propri registri anche società che abbiano posto la propria sede legale in un diverso Paese.

¹⁶ Con la considerazione ulteriore che, per le fusioni, la disciplina dell'operazione transfrontaliera deriva dalla cit. Direttiva (UE) 2017/1132, artt. 118 ss., mentre la scissione è oggi regolamentata al nuovo Capo IV (artt. 160-*bis* ss.) della medesima Direttiva codificata introdotto dalla Direttiva (UE) 2019/2121 del 27 novembre 2019.

Come si vedrà¹⁷, tale considerazione permane anche per il caso in cui il passaggio da una forma all'altra non determini un cambiamento sostanziale del tipo sociale astrattamente inteso. Con ciò si intende che, mentre è naturale ritenere che si versi in un caso di trasformazione nel momento in cui la società si modifichi, ad esempio, da s.n.c. a s.p.a. di diritto italiano, si potrebbe essere tentati di pensare che non altrettanto debba avvenire nel momento in cui si passi, ad esempio, da una società di tipo azionario retta dal diritto italiano (s.p.a.) ad una società parimenti di tipo azionario, ma retta da un ordinamento differente a quello italiano (*société anonyme* francese, o *sociedad anónima* spagnola, o *Aktiengesellschaft* tedesca, a mero titolo esemplificativo). Così non è. Ciò che rileva nella trasformazione transfrontaliera è proprio il mutamento della *lex societatis* applicabile, che si deve ritenere essere sempre, per presunzione *iuris et de iure*, tanto impattante sulle situazioni soggettive dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'operazione (almeno) quanto lo è un cambiamento di forma giuridica della società interno ad un dato ordinamento.

Ciò premesso, si può iniziare la trattazione.

2. Il fondamento normativo della libertà di trasferimento della sede sociale nell'Unione Europea

All'interno dei Trattati della UE, il tema della libertà di stabilimento delle società trova collocazione in particolare negli artt. 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Ai sensi dell'art. 49 sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento di cittadini di uno Stato membro in un differente Stato membro. Il secondo paragrafo specifica che l'estensione della libertà di stabilimento è da valutarsi rispetto all'accesso "alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini".

D'altra parte, l'art. 54 è specificamente dettato con riferimento alle società. Ai sensi del secondo paragrafo, per società ai fini della libertà

¹⁷ Si osservino, in particolare, i casi esaminati *infra*, § 4 e 6.

di stabilimento devono essere intese “le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”. Come il primo paragrafo della disposizione citata chiarisce, tali società, necessariamente caratterizzate da uno scopo di lucro – ma con definizione che pure contempla esplicitamente il fenomeno delle società cooperative, dogmaticamente non riconducibile alle società lucrative, perlomeno in Italia¹⁸ – devono essere costituite “conformemente alla legislazione di uno Stato membro” ed avere “la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione”; in tale caso la società è equiparata, ai fini di quanto previsto per la libertà di stabilimento, alle persone fisiche, secondo la disciplina dell’art. 49 TFUE¹⁹.

Se questa è la disciplina rispetto alla libertà di stabilimento, resta comunque evidente che essa deve trovare applicazione non solamente allorquando si dia lo stabilimento di una *nuova* attività economica in uno Stato membro, ma anche quando l’attività, già svolta all’interno di un Paese dell’Unione, viene ad essere *trasferita*, in tutto o in parte, in un altro Paese.

L’applicazione alle società dell’art. 49 TFUE sulla mobilità delle persone fisiche non è tuttavia di completa immediatezza. Mentre, infatti, per le persone fisiche è del tutto naturale discorrere di cittadinanza, non altrettanto immediato è il concetto di nazionalità applicabile ad una società.

In primo luogo, già l’art. 54(1) TFUE chiarisce come la sussistenza del concetto di società sia basato sulle disposizioni del diritto nazionale di ciascuno Stato membro. Che un ente sia da qualificarsi in termini societari, in altre parole, dipende da se ciò è possibile in conformità con il diritto nazionale. E ancora, è il diritto nazionale che stabilisce i requisiti perché una società possa dirsi appartenente a quell’or-

¹⁸ Si v. per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 9a ed., M. CAMPOBASSO (a cura di), Utet, Torino, 2015, 25.

¹⁹ Salvo talune limitazioni da ritenersi legittime sulla base di quanto previsto dalla sentenza Corte di Giustizia delle Comunità Europee 30 novembre 1995, causa C-55/94, R. *Gebhard contro Ordine degli avvocati e procuratori di Milano* (di qui innanzi: “Sentenza Gebhard”). Tali limitazioni sono legittime quando hanno carattere non discriminatorio, sono fondate su ragioni imperative di interesse pubblico, sono idonee allo scopo perseguito e proporzionate al raggiungimento di tale scopo.

dinamento. Infine, siccome il problema del trasferimento di sede coinvolge per sua stessa natura perlomeno due ordinamenti, le valutazioni sin qui ricordate devono essere condotte sia con riferimento allo Stato di origine, che allo Stato di destinazione.

Un punto di chiara evidenza, tuttavia, è che già dalla lettura della disciplina primaria fornita dal TFUE risulta come l'intera questione della determinazione della nazionalità della società non sia in alcun modo di competenza del diritto dell'Unione, che si limita a rinviare alla disciplina nazionale di riferimento. La determinazione della nazionalità della società avverrà, dunque, sulla base del diritto internazionale privato degli Stati membri coinvolti nella vicenda²⁰.

3. Lo stato dell'arte relativo al trasferimento della sede sociale all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione: la sentenza *Cartesio*

Questo essendo il quadro normativo primario di riferimento, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) offre diverse decisioni che ci consentono di verificare in che maniera la previsione legale contenuta essenzialmente negli artt. 49 e 54 TFUE sia stata declinata dal diritto vivente dell'Unione.

Le pronunzie giurisprudenziali che maggiormente sono di interesse in tema di trasferimento della sede sociale all'estero sono tre²¹: si tratta dei casi *Cartesio*, *Vale* e *Polbud*.

Nei fatti di causa del caso C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*²², la società di diritto ungherese *Cartesio*, validamente costituita

²⁰ Rifacendosi con ciò a quanto già esposto *supra*, § 1, in tema di criteri di collegamento.

²¹ Assai di più, naturalmente, le pronunce in materia di libertà di stabilimento *tout court* considerata: per un esaustivo panorama, sia pure non aggiornato alla sentenza *Polbud*, si v. E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, *op. cit.*, 98 ss.

²² Sentenza CGCE, 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* (di qui innanzi: "Sentenza *Cartesio*"), con commenti di M.B. DELI, F. PERNAZZA, in *Società*, 2009, 1393 ss.; P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, 614 ss.; S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede*

nel maggio 2004 ai sensi dell'ordinamento magiaro, decide nel novembre dell'anno successivo un trasferimento della sede sociale da Baja, in Ungheria, a Gallarate, in Italia. A tale fine, presenta, secondo le norme ungheresi, domanda presso il *Bács-Kiskun Megyei Bíróság* (Tribunale regionale di Bács-Kiskun), in veste di *Cégbíróság* (Tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese), "al fine di formalizzare il trasferimento della sua sede" e "pertanto di modificare l'iscrizione relativa alla sua sede nel registro delle imprese"²³. Tale richiesta di modifica della iscrizione nel registro delle imprese era dal Tribunale competente respinta, nel gennaio 2006, sulla base della argomentazione che "la legge ungherese in vigore non consente a una società costituita in Ungheria di trasferire la sua sede all'estero continuando al contempo a essere soggetta alla normativa ungherese quale legge regolatrice"²⁴.

Nonostante il diritto internazionale privato ungherese prevedesse all'epoca che "la legge regolatrice delle persone giuridiche è la legge dello Stato nel cui territorio sono registrate"²⁵, lasciando intendere una adesione piena alla teoria dell'incorporazione da parte dell'Ungheria, il luogo di registrazione doveva tuttavia coincidere con quello in cui si trovava la sede direttiva²⁶. A fronte di ciò, la legittimità di una società secondo il diritto ungherese vedeva la compresenza necessaria della sede direttiva nel medesimo luogo in cui era stata operata l'iscrizione nel registro delle imprese, essendo proprio l'ubicazione della sede direttiva il criterio dirimente per identificare il Tribunale competente per l'iscrizione nel Registro. Peraltro, la richiesta formulata da *Cartesio* era dovuta in ragione della previsione per cui ogni trasferimento di sede diviene efficace solamente dopo una apposita decisione in tale sen-

delle società: la sentenza Cartesio, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 869 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, op. cit., 105 ss.

²³ Sentenza *Cartesio*, §23

²⁴ Sentenza *Cartesio*, § 24.

²⁵ Art. 18, c. 2, *nemzetközi magánjogról szóló 1979. évi 13. törvényerejű rendelet* (decreto legge n. 13 del 1979 relativo al diritto internazionale privato), cit. dalla sentenza in discorso al § 20.

²⁶ Ciò derivava dalla applicazione congiunta degli artt. 11, c. 2 e 16, n. 1 della *cégnyelvántartásról, cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény* (legge CXLV del 1997, sul registro delle imprese, sulla pubblicità delle società e sui procedimenti giudiziari in materia commerciale), come citati dai §§ 13 e 16 della sentenza in discorso.

so da parte del Tribunale del Registro di origine²⁷; per quanto la norma si riferisca esplicitamente ai soli trasferimenti interni all'Ungheria, è stata applicata da *Cartesio* anche per il caso del trasferimento transfrontaliero, non essendo disponibile alcuna altra previsione legale.

Ciò che sin da questo momento appare evidente è l'intento della società *Cartesio* di modificare l'ubicazione della sua sede direttiva²⁸, portandola dall'Ungheria all'Italia, senza modificare la propria veste giuridica. In altri termini, *Cartesio* desiderava continuare ad essere considerata una società di diritto ungherese, ma con la propria sede direttiva ubicata in Italia. Questa la ragione per il respingimento della richiesta di *Cartesio* da parte del Tribunale ungherese.

A fronte di tale diniego, *Cartesio* proponeva appello contro tale decisione dinanzi allo *Szegedi Ítéltábla* (Corte d'appello di Szeged). Nell'appello era da *Cartesio* sollecitata ai giudici del rinvio la richiesta di proporre una questione pregiudiziale alla CGUE in ragione del fatto che le norme ungheresi avrebbero violato il diritto dell'Unione nel momento in cui imponevano "alle società ungheresi di scegliere l'Ungheria per stabilirvi la sede"²⁹. Il giudice del rinvio, pure già prospettando una ipotesi di risoluzione della controversia sulla base dell'*acquis communautaire* dell'epoca³⁰, riteneva comunque che la risoluzione della questione non potesse prescindere dalla interpretazione del diritto comunitario; faceva in tale maniera ingresso nella vicenda la CGUE.

La Corte, nel decidere la questione, reitera i principi che già erano alla base di una altra celebre propria decisione, per quanto piuttosto

²⁷ Cfr. art. 34, n. 1 della citata legge CXLV del 1997: "Ogni trasferimento della sede di una società in un luogo che rientra nella circoscrizione di un altro tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese dev'essere registrato, in quanto modifica, presso il tribunale nella cui circoscrizione rientra la sede precedente. Quest'ultimo giudice esamina le domande di modifica anteriori al cambiamento di sede e dispone il trasferimento", cit. dalla sentenza in discorso, § 19.

²⁸ Ma in realtà non solamente, essendo oggetto di trasferimento anche l'intera attività d'impresa: cfr. E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali op. cit.*, 117, sulla scorta anche delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro che discorrevano di trasferimento di "sede operativa" (§ 3).

²⁹ Sentenza *Cartesio*, § 26.

³⁰ Si vv. i §§ 34 ss. della sentenza in esame.

risalente, ossia la sentenza nel caso *Daily Mail*³¹. In essa, la Corte ribadiva come principio di diritto che le società “esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento”³² e che “le legislazioni degli Stati membri presentano 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. Talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l’amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, ragion per cui lo spostamento dell’amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale”³³.

Nella sentenza *Cartesio*, resa nel dicembre del 2008, la Corte richiama esplicitamente i punti riportati della sentenza *Daily Mail*, nonché, come deciso dalla una propria ulteriore sentenza, resa nel caso *Überseering*, che una società, costituita in conformità con le leggi di uno Stato membro, ha la facoltà “di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa gode nell’ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita. Essa ne ha concluso che uno Stato membro ha la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sede effettiva di quest’ultima al di fuori del suo territorio affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Stato membro”³⁴.

³¹ Sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC v. The Queen* (di qui innanzi: “Sentenza *Daily Mail*”), su cui si v. T. BALLARINO, *Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, 669 ss., oltre a F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, op. cit., 93 ss.

³² Sentenza *Daily Mail*, § 19.

³³ Sentenza *Daily Mail*, § 20.

³⁴ Sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, cit. dalla sentenza *Cartesio* al § 107. Su tale caso si v., almeno, V. ALLOTTI, F. PERNAZZA, *Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*, in *Società*, 2003, 903; S. LOMBARDO, *La*

Sulla base di tali considerazioni, la CGUE risolve la questione interpretativa posta dal caso *Cartesio* stabilendo che il diritto europeo deve essere interpretato nel senso che è da ritenersi legittima la “normativa di uno Stato membro che impedisce ad una società costituita in forza del diritto nazionale di tale Stato membro di trasferire la propria sede in un altro Stato membro conservando al contempo il suo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro a norma della cui legislazione è stata costituita”³⁵. È pertanto legittimo il rifiuto opposto dal Tribunale ungherese di consentire al trasferimento in Italia di *Cartesio*, accompagnato dal mantenimento della sua soggezione al diritto magiaro.

Se pure, al fine di raggiungere tale decisione, sarebbe stata sufficiente l'applicazione dei principi di diritto elaborati nella sentenza *Daily Mail*, nella sentenza *Cartesio* è tuttavia possibile riscontrare elementi di novità alquanto rilevanti, all'interno delle motivazioni. In particolare, la Corte inserisce nelle motivazioni un *obiter dictum*, in quanto tale non volto alla risoluzione del caso in discorso, destinato ad anticipare alcune pronunzie successive, come si vedrà. Si occupa, infatti, il giudice europeo, non già (solamente) del caso di trasferimento all'estero della sede sociale senza modifica del regime legale nazionale applicabile – ovvero quanto richiesto in via pregiudiziale dalla Corte ungherese nel caso *Cartesio* – ma anche della eventualità in cui tale trasferimento dovesse, invece, implicare un mutamento dell'ordinamento di riferimento, prefigurando una differente soluzione del caso³⁶. In altri termi-

libertà comunitaria di stabilimento dopo il caso Überseering: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 457 ss.

³⁵ Sentenza *Cartesio*, § 125, n. 4.

³⁶ Sentenza *Cartesio*, §§ 109 ss.: “[...] conformemente all’art. 48 CE, dal momento che il diritto comunitario non ha fornito un’uniforme definizione delle società autorizzate a beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile a una società, la questione se l’art. 43 CE si applichi a una società che invoca la libertà fondamentale sancita da tale norma – analogamente, d’altronde, a quella se una persona fisica sia un cittadino di uno Stato membro che, a tale titolo, può beneficiare di tale libertà – costituisce una questione preliminare che, allo stato attuale del diritto comunitario, può trovare risposta solo nel diritto nazionale applicabile. Quindi, soltanto qualora risulti che tale società beneficia effettivamente della libertà di stabilimento tenuto conto delle condizioni enunciate dall’art. 48 CE occorre accertare se detta società si trovi di fronte a una restrizione di tale libertà ai sensi dell’art. 43 CE.

ni, ove la legislazione di un Paese membro impedisse ad una società costituita validamente per la legge di tale Paese di trasferire la sede sociale in un diverso Stato membro, fermo restando il rispetto da parte della società delle norme di questo con riferimento alla costituzione di una società, questa normativa sarebbe contraria ai principi europei, a meno che non ricorrano ragioni imperative di interesse pubblico per impedire tale trasferimento.

4. Segue. *La sentenza Vale*

Quattro anni dopo la sentenza resa nel caso *Cartesio*, la CGUE si trova nel luglio 2012 a trattare nuovamente di un trasferimento di sede

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.

111 Tuttavia, una siffatta ipotesi di trasferimento della sede di una società costituita a norma della legislazione di uno Stato membro in un altro Stato membro senza cambiamento del diritto cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita.

112 Infatti, in quest'ultimo caso, la facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta.

113 Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE".

sociale che interessa Ungheria e Italia, sia pure a parti invertite. Si tratta del caso *VALE Építési kft.*, deciso appunto nel luglio 2012³⁷.

I fatti di causa vedono la presenza di una s.r.l. italiana, *VALE Costruzioni*, iscritta nel 2000 nel Registro delle imprese a Roma, che decide nel 2006 per un trasferimento della sede sociale in Ungheria, con modifica della denominazione in *VALE Építési* e la scelta della forma giuridica della *kft.*, ossia del corrispondente ungherese della s.r.l. italiana. La *VALE Costruzioni* nel febbraio 2006 chiede ed ottiene la cancellazione dal Registro delle imprese italiano, per trasferimento in Ungheria, e nel novembre 2006 i suoi soci approvano lo statuto della *VALE Építési kft.* Nel gennaio 2007, un rappresentante di *VALE Építési kft.* richiede al *Fővárosi Bíróság* (Corte di Budapest), in veste di *cégbíróság* (Tribunale commerciale), l'iscrizione di *VALE Építési kft.* nel Registro delle imprese ungheresi, come avente causa di *VALE Costruzioni s.r.l.* Ciò determina, in altre parole, che si richiedeva alla Corte ungherese di riconoscere in *VALE Építési kft.* il risultato di una trasformazione transfrontaliera di *VALE Costruzioni s.r.l.*

Il *Fővárosi Bíróság* respinge la domanda di registrazione. *VALE Építési* propone appello, ma pure in secondo grado il giudice ungherese (*Fővárosi ítélőtábla*: Corte d'appello regionale di Budapest) conferma il rigetto, sulla base del fatto che, nel parere di tale organo giudicante, la normativa ungherese applicabile alle società impedirebbe che una società costituita e registrata in Italia possa trasferire la propria sede sociale in Ungheria e quindi farsi registrare in tale Paese nella forma richiesta. In particolare, non sarebbe possibile iscrivere nel Registro delle imprese ungherese la *VALE Costruzioni* come dante causa di *VALE Építési*, in quanto la legge ungherese solamente riconosce la

³⁷ Sentenza 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft.*, di qui innanzi: “Sentenza VALE”. Su di essa: S. RAMMELOO, *Case C-378/10 VALE Epitesi Kft. judgment of 12 July 2012: Freedom of Establishment: Cross-Border Transfer of Company “Seat”: The Last Piece of the Puzzle?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012; T. BIERMEYER, *Shaping the Space of Cross-Border Conversions in the EU. Between Right and Autonomy: VALE*, in *Common Market Law Review*, 2013; J. LAU HANSEN, *The Vale Decision and the Court’s Case Law on the Nationality of Companies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2013, 6 ss.; D. GAROFALO, *Trasferimento della sede all'estero, mutamento della “lex societatis” e continuità dei rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto societario*, 2014, 60 ss.; L. AMBRUNO, *Il caso Vale Epítési: ossia della circolazione societaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, 1133 ss.

validità di operazioni di trasformazione in cui sia la società trasformanda sia quella trasformata siano soggette al diritto ungherese.

VALE Építési propone allora ricorso per cassazione presso la Corte Suprema (*Legfelsőbb Bíróság*), lamentando una violazione del diritto europeo da parte della legge ungherese, nel momento in cui viene ignorata “la differenza fondamentale tra, da un lato, il trasferimento internazionale della sede sociale di una società senza cambiamento del diritto nazionale applicabile e, dall’altro, la trasformazione internazionale di una società”³⁸, ossia proprio ciò che la CGUE evidenzia nel ricordato *obiter dictum* della sentenza *Cartesio*. La Corte Suprema ungherese non censura l’applicazione della legge di quello Stato operata dai Tribunali coinvolti nella vicenda, ritenuta anzi corretta, ma sottopone al giudice europeo una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della legislazione magiara con il diritto alla libertà di stabilimento sul punto della limitazione della legittimità di una operazione di trasformazione al solo caso in cui siano coinvolti solamente enti ungheresi, sottolineando a sua volta la diversità del caso *VALE Építési* rispetto a quello che aveva originato la sentenza *Cartesio*.

La Corte, nel suo approccio alla questione, nuovamente ribadisce i principi essenziali già espressi in *Daily Mail* e *Cartesio*, sottolineando la competenza esclusiva di ciascuno Stato membro nel decidere quali debbano essere le condizioni da soddisfare perché si abbia una società ai sensi della legislazione domestica³⁹; nonché ricorda che anche con riferimento al diritto internazionale privato non esiste, allo stato, nel diritto dell’Unione “un’uniforme definizione delle società che possono beneficiare del diritto di stabilimento in funzione di un unico criterio di collegamento idoneo a determinare il diritto nazionale applicabile ad una società”⁴⁰, rinviando quindi agli ordinamenti nazionali anche per la determinazione del criterio di collegamento.

Come seconda questione, e con importanza fondamentale ai fini che qui interessano, la CGUE evidenzia come, per suo costante orientamento, la trasformazione deve essere considerata come una operazione rientrante nell’ambito della libertà di stabilimento, e che non pregiudica la facoltà riconosciuta agli Stati membri di determinare li-

³⁸ Sentenza *VALE*, § 14.

³⁹ Sentenza *VALE*, § 27.

⁴⁰ Sentenza *VALE*, § 28, con citazione della sentenza del 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, punto 26 e giurisprudenza ivi citata.

beramente le condizioni per la venuta ad esistenza di un ente societario ai sensi della propria legge nazionale⁴¹.

La Corte, sulla scorta di proprie decisioni più risalenti, identifica la libertà di stabilimento, alla stregua del quale valutare il trasferimento della sede sociale all'estero di una società, come "l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante. Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata in tale Stato e l'esercizio quivi di un'attività economica reale"⁴². In tale senso, il trasferimento all'estero, per essere tutelato ai sensi della libertà di stabilimento, non può essere fittizio, ma deve avere ad oggetto lo spostamento da un Paese membro ad un altro di una "attività economica reale" esercitata attraverso un "insediamento effettivo" nello stato di destinazione⁴³. Nel caso di specie, non sono sollevati dubbi sul fatto che *VALE* intendesse realmente condurre in Ungheria una attività economica, per cui il caso in concreto rientrava effettivamente in una possibile restrizione della libertà di stabilimento.

Una volta premesso ciò, il cuore del giudizio della Corte verte sull'applicazione al caso concreto dei principi di equivalenza ed effettività. Quanto al primo profilo, che il legislatore nazionale deve considerare⁴⁴, esso impedisce che, nel caso di specie, una trasformazione

⁴¹ Sentenza *VALE*, §§ 30 ss.

⁴² Sentenza *VALE*, § 34, citando la sentenza del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, punto 54 nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁴³ Tale definizione può creare problemi di compatibilità con altre pronunzie della CGUE, prima tra tutte la nota *Centros*, in cui il fatto che nello Stato di destinazione non venga svolta alcuna attività economica è derubricato a non rilevante (sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs og Selskabsstyrelsen* (di qui innanzi, semplicemente: "Sentenza *Centros*", § 17). Per un tentativo di composizione tra i due diversi orientamenti, invero con sostanziale prevalenza dei principi espressi in *Centros*, sia consentito rinviare ad A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, spec. 441 ss.

⁴⁴ Cfr. § 48 della sentenza in discorso: "per costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità intese a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, a condizione, tuttavia, che dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza)".

transnazionale sia trattata diversamente da una in cui siano coinvolte solo società appartenenti all'ordinamento giuridico dello Stato. Più nello specifico, non è richiesto un maggiore *favor* per le trasformazioni transfrontaliere comunitarie rispetto a quelle domestiche, bensì, semplicemente, che non vi sia discriminazione tra le due fattispecie⁴⁵. In concreto, ove uno Stato membro ammetta e disciplini la trasformazione tra enti soggetti al proprio ordinamento, deve consentire a tale operazione anche in chiave transfrontaliera, e non solamente all'operazione in sé, ma pure agli oneri procedurali connessi, quale l'indicazione nel Registro delle imprese di un dante causa diverso da una società soggetta all'ordinamento giuridico di quel Paese⁴⁶.

Con riferimento al principio di effettività, esso è da intendersi nel senso che le modalità riconosciute dall'ordinamento domestico per garantire "la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione [...] non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"⁴⁷. Ciò si sostanzia nell'obbligo, per lo Stato di destinazione, di "tenere conto, in occasione dell'esame di una domanda di registrazione di una società, dei documenti che promanano dalle autorità dello Stato membro d'origine che dimostrano che tale società ha effettivamente rispettato le condizioni poste da quest'ultimo, purché esse siano compatibili con il diritto dell'Unione"⁴⁸. Nel caso concreto, dunque, essendo stata la società *VALE Costruzioni* validamente cancellata dal Registro delle imprese italiano, rispettando la normativa italiana sulla trasformazione, l'Ungheria ha il dovere di riconoscere tali documenti: se la procedura di trasformazione transfrontaliera è riconosciuta come corretta, per la sua fase che ha svolgimento in Italia, da parte delle autorità competenti italiane, le autorità ungheresi devono prenderne atto.

L'esame del caso si deve quindi sviluppare in due fasi. In primo luogo, si deve verificare la regolarità – a cura dello Stato membro di origine – della costituzione della società secondo le regole del Paese d'origine, il che determina per la società ciò che è la nazionalità per le

⁴⁵ Sentenza *VALE*, § 54.

⁴⁶ Sentenza *VALE*, §§ 41 e 56.

⁴⁷ Sentenza *VALE*, § 48.

⁴⁸ Sentenza *VALE*, § 61.

persone fisiche⁴⁹; in secondo luogo, deve essere accertato lo Stato – diverso da quello di origine – in cui la società stabilisce la propria ubicazione effettiva, ossia – ove si consideri ciò congiuntamente con l'esame della nazionalità – ciò che determina la relazione transfrontaliera⁵⁰.

I principi di cui si è detto possono in effetti vedere compressioni, ma solamente in casi specifici determinati da esigenze di interesse pubblico⁵¹. Mai, invece, nei termini di una proibizione generalizzata come quella che nel caso di specie si desume dall'ordinamento ungherese, in quanto il rispetto del principio di proporzionalità prevale sulla autonomia regolamentare riconosciuta ad ogni Stato membro⁵².

La sentenza *VALE*, dunque, mostra che, nel primo caso in cui la Corte ha effettivamente occasione di confrontarsi con una trasformazione transfrontaliera il suo intendimento – non sorprendentemente – non è diverso da quanto ipotizzato già nell'*obiter dictum* della sentenza *Cartesio*: la trasformazione internazionale costituisce una modalità di esercizio della libertà di stabilimento, in quanto vi sia esercizio di effettiva attività economica nello stato di destinazione, ed in quanto tale è tutelata dall'ordinamento europeo nei confronti di legislazioni nazionali che ne dovessero rendere l'esercizio più gravoso rispetto alla corrispondente operazione che veda il coinvolgimento di sole società soggette all'ordinamento *de quo*.

5. Segue. La sentenza Polbud

Una ulteriore conferma dei principi dettati da *Cartesio* e *VALE* viene dalla Corte nella soluzione, nel 2017, della controversia nel caso *Polbud*⁵³.

⁴⁹ Con analogie derivanti dall'art. 54 TFUE e come già rilevato dalla CGCE nella sentenza del 10 luglio 1986, causa 79/85, *D. H. M. Segers contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, § 13; cfr. C. TEICHMANN, *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, in *Der Betrieb*, 2012, 2085 ss., 2088.

⁵⁰ *Ivi*, 2088.

⁵¹ Sentenza *VALE*, §§ 38-40; per le specifiche condizioni poste dalla sentenza *Gebhard*, v. *supra*, nt. 19.

⁵² C. TEICHMANN, *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, *op. cit.*, 2089.

⁵³ Sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*

Il caso in parola riguarda una società a responsabilità limitata di diritto polacco (*sp. z o.o.*) e esercente in Polonia la propria attività, che delibera, nel settembre 2011, un trasferimento della sede legale in Lussemburgo, accompagnata da una modifica della sua denominazione sociale, oltre che del modello societario di organizzazione da *Sp. z o.o.* polacca a *sàrl* lussemburghese.

Nel mese successivo, *Polbud* richiede ed ottiene dalle autorità polacche il nulla osta per l'inserimento nel Registro delle imprese polacco della annotazione relativa all'avvio della procedura di liquidazione, richiesto dalle leggi di quel Paese in caso di trasferimento della sede all'estero.

Oltre un anno e mezzo dopo, nel maggio 2013, la società *Consoil Geotechnik Sàrl*, con sede legale in Lussemburgo, adotta una delibera per dare attuazione alla deliberazione di *Polbud* del settembre 2011, relativo al suo trasferimento di sede in Lussemburgo, e facendo così a tutti gli effetti di *Consoil Geotechnik* l'avente causa di *Polbud*. "In base alla delibera del 28 maggio 2013, il trasferimento era efficace a tale data. Pertanto, il 28 maggio 2013 la sede legale della *Polbud* è stata trasferita in Lussemburgo, e detta società ha abbandonato la denominazione «*Polbud*» per assumere quella di «*Consoil Geotechnik*»"⁵⁴. Sulla base di ciò, *Polbud/Consoil Geotechnik* richiede nel giugno 2013 la cancellazione di *Polbud* dal Registro delle imprese polacco. La richie-

(di qui innanzi: "Sentenza *Polbud*"), su cui si v. C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenz-überschreitender Formwechsel nach "Polbud". Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, in *GmbHHR* 2017, 1314 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Società*, 2017, 1327 ss.; C. MALBERTI, *Corte di giustizia e trasferimenti transfrontalieri: riflessi di diritto europeo ed interno*, in *Notariato*, 2018, 98 ss.; L. BOGGIO, "Polbud": palla al "Centros"! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 887 ss.; A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, *op. cit.*, 428 ss.; N. DE LUCA, A. GENTILE, F. SCHIAVOTIELLO, *Trasferimento della sede sociale all'estero ed effetto Delaware. Il caso Polbud*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, 454 ss.; F. PELLEGRINI, *Caso Polbud: modificare "lex societatis" è un diritto garantito dalla libertà di stabilimento*, *ivi*, 2018, II, 462 ss.; A. MUCHA, K. OPLUSTIL, *Redefining the Freedom of Establishment under EU Law as the Freedom to Choose the Applicable Company Law: A Discussion after the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2017 in Case C-106/16, Polbud*, in *European Company and Financial Law Review*, 2018, 270 ss.

⁵⁴ Sentenza *Polbud*, § 10.

sta viene respinta, richiedendo a *Polbud*, al fine di procedere alla cancellazione, di presentare i documenti che attestassero l'avvenuto completamento della liquidazione della società, in quanto il nulla osta concesso riguardava la sola apertura della fase di liquidazione⁵⁵. *Polbud* replica sostenendo che, essendo tuttora esistente, sia pure con denominazione diversa, come società di diritto lussemburghese, e dunque non essendosi sciolta, non vi è necessità di portare a termine la liquidazione come richiesto dal giudice del registro polacco. Nel settembre 2013, il giudice del registro rifiuta nuovamente di cancellare *Polbud* dal Registro, a causa della mancanza della documentazione citata.

Polbud impugna tale decisione di fronte al Tribunale di prima (*Sąd Rejonowy w Bydgoszczy* – tribunale circondariale di Bydgoszcz, Polonia) e di seconda istanza (*Sąd Okręgowy w Bydgoszczy* – tribunale regionale di Bydgoszcz, Polonia), i quali rigettano il ricorso da ultimo nel giugno 2014. A fronte dell'ultimo rigetto, *Polbud* investe della questione il *Sąd Najwyższy* (Corte suprema) in ricorso per cassazione.

Le motivazioni su cui si fonda il ricorso sono sia di tipo procedurale (mantenimento della personalità giuridica in capo a *Consoil Geotechnik* come avente causa di *Polbud*), sia sostanziali, contestando l'impossibilità di procedere ad una liquidazione da parte di una società ancora perfettamente esistente, sia pure non in Polonia. La Corte suprema polacca decide dunque di sottoporre alla CGUE alcune questioni pregiudiziali. Tutte e tre le questioni pregiudiziali presentate sono di interesse ai nostri fini.

In primo luogo, la Corte suprema polacca chiede alla CGUE “[s]e gli articoli 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che le restrizioni alla libertà di stabilimento includono l'ipotesi in cui una società, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato senza

⁵⁵ “[I]n primo luogo, la delibera dell'assemblea con indicazione del nome del custode dei libri sociali e dei documenti dell'impresa disciolta, in secondo luogo i bilanci per il periodo dal 1° gennaio al 29 settembre 2011, dal 30 settembre al 31 dicembre 2011, dal 1° gennaio al 31 dicembre 2012, e dal 1° gennaio al 28 maggio 2013, sottoscritti dal liquidatore e dal soggetto incaricato della tenuta della contabilità, nonché, in terzo luogo, la delibera dell'assemblea dei soci che approvava il rapporto sulle operazioni di liquidazione”: Sentenza *Polbud*, § 11.

cambiare la sede dello stabilimento principale che rimane nello Stato di costituzione”⁵⁶.

La seconda questione, che congloba anche la terza, riguarda la legittimità della normativa di uno Stato membro che subordini il trasferimento della sede legale all'estero al previo scioglimento e liquidazione della società, specificando come richiesta se tale procedura di liquidazione possa essere intesa come “una misura adeguata, necessaria e proporzionata a un interesse pubblico meritevole di tutela, qual è la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori della società migrante”⁵⁷.

Ora, la risposta offerta dalla CGUE si rifà, per tutte le questioni, a principi già osservati in decisioni precedenti; nonostante ciò, può apparire per certi versi rivoluzionaria, soprattutto con riferimento al primo profilo. La Corte, infatti, stabilisce chiaramente che il fatto che sia richiesta nel Paese di destinazione anche la presenza della sede effettiva è questione che attiene unicamente al diritto nazionale, in quanto espressione del criterio di collegamento che ogni Stato membro è libero di definire a suo piacimento⁵⁸. Invero la Corte sostiene che non solo non è necessario il trasferimento nel Paese di destinazione della sede effettiva, ma neppure di una qualunque attività economica, se così consentito dalla legislazione del Paese di destinazione⁵⁹. Questo, pure richiamandosi alla già citata, celebre sentenza *Centros*⁶⁰, cozza evidentemente con quanto previsto nella sentenza *VALE*, in cui la tutela

⁵⁶ Sentenza *Polbud*, § 18, n. 3.

⁵⁷ *Ibidem.*, n. 2.

⁵⁸ Sentenza *Polbud*, § 43, citando le sentenze *Daily Mail* e *VALE*.

⁵⁹ Sentenza *Polbud*, §§ 38 ss.

⁶⁰ Sentenza *Polbud*, § 38: “la Corte ha dichiarato che rientra nella libertà di stabilimento una situazione come quella in cui una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro nel quale ha la sua sede sociale desidera creare una succursale in un altro Stato membro, quand’anche detta società sia stata costituita, nel primo Stato membro, al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche (v., in tal senso, Sentenza *Centros*, punto 17). Allo stesso modo, la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, rientra nella libertà di stabilimento, quand’anche detta società svolga l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro”.

del principio della libertà di stabilimento era esplicitamente subordinato al fatto che nello stato di destinazione sia svolta una “attività economica reale” attraverso un “insediamento effettivo”⁶¹.

È probabile che la Corte si sia spinta nella motivazione oltre il punto cui voleva in realtà giungere; la questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio si limitava alla richiesta se fosse coperto dalla libertà di stabilimento il trasferimento all'estero della sola sede legale, ma non di quella effettiva. Tale domanda, evidentemente, non richiede né implica che una attività economica della società trasferenda, sia pure non quella principale, sia svolta nel Paese di destinazione: la Corte, nella sua risposta, avrebbe potuto attenersi strettamente alla questione presentata, senza estendere la propria motivazione alla assenza nel Paese di destinazione di una qualunque attività economica. Facendolo – sia pure su impulso delle osservazioni presentate dal governo austriaco – affronta la questione, ponendosi in apparente frizione con la propria giurisprudenza precedente.

Rinviando ad altro contributo per i dettagli argomentativi⁶², pare in verità possibile rinvenire una lettura che consenta di conciliare le posizioni apparentemente divergenti. Ciò attraverso una valorizzazione della considerazione che, nel momento in cui una società decida di trasferire solamente la propria sede legale in altro Stato membro, senza modificare l'ubicazione di alcun sito produttivo, né stabilirne alcuno nello Stato di destinazione, e mantenendoli quindi nel Paese di origine, o persino altrove, lo stabilimento effettivo nel Paese di destinazione – ove la legislazione di tale Stato consenta che ci si possa limitare a questo – consisterà nella gestione, secondo le regole societarie del Paese di destinazione, della società e dei suoi siti produttivi, ovunque essi siano ubicati. Pur essendo vero che una simile lettura depotenzia in maniera oltremodo rilevante il requisito della persistenza nel Paese di destinazione di una “attività economica reale” svolta mediante uno “stabilimento effettivo”, rubricandola quasi a pseudorequisito, praticamente sempre ricorrente, sembra tuttavia una possibile alternativa alla conclusione che la Corte abbia, con quello che deve essere visto, in senso stretto, come un *obiter dictum* all'interno delle motivazioni della sen-

⁶¹ Sentenza VALE, § 34.

⁶² A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, op. cit., 441 ss.

tenza in discorso, operato un sostanziale *revirement* delle proprie consolidate posizioni.

Peraltro, anche ove non si dovesse convenire con la ricostruzione proposta, la decisione della Corte nel caso *Polbud* è evidentemente in linea con quanto già dalla Corte sostenuto nella sentenza resa relativamente al caso *Sevic*⁶³, ove si sottolinea come (la fusione e, in generale) le operazioni straordinarie che modificano la società sono assai rilevanti modalità pratiche di esercizio della libertà di stabilimento⁶⁴. Tali modifiche sono dalla Corte nella sentenza *Sevic* qualificate come “attività economiche”⁶⁵, dando quindi luogo all’applicazione del principio della libertà di stabilimento. L’operazione modificativa transfrontaliera, dunque, non è fine a se stessa, bensì il mezzo di realizzazione dello scopo di modificare, attraverso il cambiamento di sede, la nazionalità della società⁶⁶. E naturalmente, come già ampiamente osservato⁶⁷, la definizione dei criteri per il riconoscimento della riconducibilità di una società ad un dato ordinamento spetta esclusivamente a quell’ordinamento, per cui nel momento in cui il registro lussemburghese riscontri la validità dello stabilimento/ricostituzione, in Lussemburgo, di *Consoil Geotechnik*, tale società ha piena legittimità in quell’ordinamento⁶⁸. Attraverso questa interpretazione si valorizza la competenza degli Stati membri rispetto alla definizione dei criteri di collegamento⁶⁹, fermo naturalmente restando che, nel caso concreto, nulla osta a che una società lussemburghese gestisca una attività in Polonia⁷⁰.

Tornando alla questione principale, dunque, la sentenza *Polbud* chiarisce che la possibilità di trasferire la sede statutaria della società

⁶³ Sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *SEVIC Systems AG* (di qui innanzi: Sentenza *Sevic*).

⁶⁴ C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318 s.

⁶⁵ Sentenza *Sevic*, § 19.

⁶⁶ C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318 s.

⁶⁷ V. *supra*, § 1.

⁶⁸ C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1318.

⁶⁹ Sentenza *Polbud*, § 44.

⁷⁰ C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1319.

all'estero senza che la sede effettiva di essa sia modificata è effettivamente oggetto di tutela da parte del diritto europeo. Facendo ciò, evidentemente, la sentenza “apre” alla trasformazione transfrontaliera come modalità di continuazione, in modo ininterrotto, di una attività d'impresa “nel quadro di un'unica operazione” e “senza soluzione di continuità”⁷¹, come invece accadrebbe ove fosse richiesto dal diritto nazionale un previo scioglimento seguito da liquidazione⁷².

Proprio con riferimento a questa seconda questione, ovvero se sia legittimo che uno Stato membro imponga la previa liquidazione ad una società che intenda trasferire la propria sede all'estero, la risposta della Corte nuovamente segue la propria giurisprudenza costante⁷³ per ribadire che “devono essere considerati come restrizioni alla libertà di stabilimento tutti i provvedimenti che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà”⁷⁴. Evidentemente, siccome le trasformazioni tra società soggette al diritto polacco non richiedono, per il loro perfezionamento, che si addivenga ad una previa liquidazione, la disposizione che al contrario la impone per le trasformazioni transfrontaliere è senza dubbio alcuno una restrizione⁷⁵. Tale restrizione, da un punto di vista teorico, potrebbe essere riconosciuta come legittima dall'ordinamento europeo, se – come già ricordato – giustificata da motivi imperativi di interesse generale, idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedente quanto necessario

⁷¹ Sentenza *Sevic*, § 21.

⁷² C. TEICHMANN, R. KNAIER, *Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”*. *Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt*, op. cit., 1319.

⁷³ Sentenze 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, punto 11; 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services*, punto 34; 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenheim Rubesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, punto 30; 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*, punto 19; 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, punto 36.

⁷⁴ Sentenza *Polbud*, § 46.

⁷⁵ La soluzione, ineccepibile in punto di diritto, non poteva considerare, per carenza di legittimazione in tale senso da parte della Corte, il profilo sostanziale essenziale della vicenda, ossia che, imponendo la previa conclusione della liquidazione della società trasformanda, ciò che risulta dal trasferimento all'estero della società è nulla più che il trasferimento di una scatola vuota, di fatto vanificando la successione dei rapporti giuridici del dante causa in capo all'avente causa che costituisce esattamente la cifra peculiare dell'istituto della trasformazione.

per raggiungerlo⁷⁶; nel caso di specie, non è così. Imponendo indiscriminatamente la previa liquidazione per ogni caso di trasformazione transfrontaliera, la legge polacca in realtà non ottiene – come invece dichiarato dalla Polonia nel processo – una tutela degli interessi di creditori, soci di minoranza e lavoratori, che astrattamente è ricompresa tra le ragioni imperative di interesse generale. Nelle stesse parole della Corte, va infatti “rilevato che tale normativa prevede, generalmente, un obbligo di liquidazione, senza tener conto del rischio effettivo di una lesione degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei dipendenti e senza che sia consentito optare per misure meno restrittive capaci di salvaguardare detti interessi. Per quanto concerne, in particolare, gli interessi dei creditori, come rilevato dalla Commissione europea, la costituzione di garanzie bancarie o di altre garanzie equivalenti può offrire una tutela adeguata di tali interessi. Ne consegue che l’obbligo di liquidazione imposto dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale va al di là di quanto necessario per raggiungere l’obiettivo della tutela degli interessi menzionati al punto 56 della presente sentenza”⁷⁷.

E, infine, la richiesta di previa liquidazione non può essere giustificata con il contrasto a pratiche abusive di trasferimenti all'estero in cerca di ordinamenti con legislazioni più vantaggiose: ammettere ciò significherebbe in sostanza “fondare una presunzione generale di frode”⁷⁸, rendendo comunque sproporzionata la misura della previa liquidazione.

La sentenza *Polbud*, dunque, potrebbe apparire come la meta del viaggio del pieno riconoscimento della legittimità della trasformazione transfrontaliera. Viene riconosciuto: (nuovamente) che il trasferimento di sede all'estero è certamente protetto dalla libertà di stabilimento; che esso è protetto dalla libertà di stabilimento anche senza che vi sia il trasferimento della sede effettiva, se il Paese di destinazione lo consente⁷⁹; che non può essere trattato in maniera deteriore rispetto alla cor-

⁷⁶ V. *supra*, nt. 19.

⁷⁷ Sentenza *Polbud*, § 58 s.

⁷⁸ Sentenza *Polbud*, § 63. Sul tema si v. anche, da ultimo, K.E. SØRENSEN, *Free Movement in the EU and the Abuse of Companies*, in Birkmose, Neville, Sørensen (eds), *op. cit.*, 259 ss.

⁷⁹ Peraltro una curiosità rispetto alla vicenda *Polbud* è data dal fatto che il Paese di destinazione della società, ovvero il Lussemburgo, adotta comunque la teoria della

rispondente operazione che veda protagonista una società domestica; che in particolare non può essere imposta una liquidazione come condizione per il nulla osta alla trasformazione da parte dello Stato di origine. Potrebbe effettivamente sembrare che ogni questione sia risolta. Ma, è noto, il diavolo è nei dettagli.

6. *Un caso di trasformazione transfrontaliera dalla Germania all'Italia*

L'elaborazione giurisprudenziale in tema di trasformazione transfrontaliera chiarisce molte questioni interpretative rispetto ai profili di diritto europeo dell'operazione; lascia tuttavia diversi margini di dubbio con riferimento ai riflessi sul diritto sostanziale di alcuni profili procedurali tutt'altro che secondari.

Ciò risulta evidente da un caso deciso il 3 gennaio 2017 dall'*Oberlandesgericht* di Francoforte sul Meno⁸⁰, di cui *infra* le caratteristiche essenziali. Al fine di apprezzare pienamente le questioni sottese, è tuttavia necessario ricordare alcuni significativi profili del diritto societario tedesco.

Innanzitutto, ai fini che qui interessano, è necessario sottolineare come non si diano nel diritto tedesco specifiche disposizioni in tema di trasformazione transfrontaliera applicabili in via generale; alcune regole alquanto specifiche sono tuttavia disponibili, come si vedrà tra breve.

Nel momento in cui, dunque, è necessario prendere in considerazione un caso che abbia ad oggetto tale materia, si rende indispensabile riflettere innanzitutto su quali interessi siano coinvolti, e se taluni di essi trovino una differente tutela ai sensi dell'ordinamento tedesco (come Paese di origine), ove confrontato con quello italiano (come Paese di destinazione, nel caso di specie).

Alcuni esempi chiariranno meglio la questione. Ove si considerino

sede reale, per quanto assai mitigata. Notizie maggiori in A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, *op. cit.*, 453 ss.

⁸⁰ Ci si riferisce alla sentenza dell'*Oberlandesgericht Frankfurt am Main* del 3 gennaio 2017, Az.: 20 W 88/15, ECLI:DE:OLGHE:2017:0103.20W88.15.0A, su cui si v. C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, in *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, 1190 ss.

i soci, e in particolare quelli di minoranza, le tutele accordate dal legislatore tedesco per la presentazione, ad esempio, di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, o di istanze per la dichiarazione di invalidità di specifiche delibere, sono equiparabili a quelle presenti nel diritto italiano?

Con riferimento ai creditori sociali, pur in costanza del contratto originario in ragione della successione dei rapporti giuridici tra trasformanda e trasformata, le modalità per fare valere il proprio credito in Germania sono da reputarsi equivalenti a quelle offerte dal legislatore italiano? La modifica del diritto nazionale cui la società è soggetta determina una potenziale modifica anche del livello di protezione accordato ai creditori.

E ancora, come sono tutelati gli interessi dei lavoratori? Certamente, ancora in ragione della successione universale dei rapporti giuridici, si dà un mantenimento del contratto originario, ma ciò attiene al solo profilo del diritto del lavoro. Da un lato, più empirico ma essenziale, è evidentemente centrale l'ubicazione del luogo di lavoro, ed il suo spostamento può comportare un grave pregiudizio per il lavoratore; dall'altro, più tecnicamente, quegli elementi, con riflesso diretto sui diritti dei lavoratori, ma non disciplinati dal diritto del lavoro, bensì da quello societario del Paese d'origine, non necessariamente sono oggetto di attenzione da parte del legislatore del Paese di destinazione. In questo, le peculiarità del diritto tedesco sono determinanti. In quel Paese, infatti, è assai frequente – quando non per legge obbligatorio – il ricorso all'istituto della cogestione – *Mitbestimmung* – ovvero il sistema per cui i lavoratori di una data società hanno il diritto a sedere, attraverso propri rappresentanti all'interno dell'organo di indirizzo della società, contribuendo a determinare le decisioni dello stesso⁸¹. Una simile possibilità, che è disciplinata dal diritto societario, e non da quello del lavoro, non si rinviene che in poche esperienze nazionali al di fuori di quella tedesca, e quindi un trasferimento della sede sociale al di fuori della Repubblica Federale Tedesca può sovente essere idoneo a pregiudicare il diritto dei lavoratori della società a partecipare alla governance della stessa.

Nonostante queste peculiarità – soprattutto l'ultima citata – come

⁸¹ Per un approccio generale al tema si v. C. TEICHMANN, *Circumvention of Board Level Representation of Employees*, in Birkmose, Neville, Sørensen (eds), 86 ss.

già si è ricordato non vi sono nell'ordinamento tedesco norme generalmente applicabili alla trasformazione transfrontaliera per garantire una tutela specifica degli interessi diversi da quelli dei soci di maggioranza che abbiano deciso il trasferimento della sede.

Al contempo, tuttavia, vi sono perlomeno due norme, di derivazione europea, che si occupano del trasferimento di sede all'estero per ipotesi tra loro relativamente omogenee. Si tratta del trasferimento della sede di una *Societas Europaea* (*SE*)⁸² e della ipotesi di fusione transfrontaliera, in cui il trasferimento all'estero della sede costituisce una conseguenza automatica nel caso in cui una società tedesca prenda parte alla fusione, e la società che deriva dall'operazione sia retta da un diritto nazionale diverso da quello tedesco⁸³.

La norma in tema di *SE*, che attiene specificamente al trasferimento della sede all'estero, ma limitatamente a tale tipo sociale alla trasformazione transfrontaliera, fornisce uno spunto fondamentale proprio in ragione del carattere transnazionale dell'operazione sottostante, definendone la specifica procedura. I §§ 12, 13 e 14 della legge tedesca di applicazione del Regolamento sulla Società Europea (*SEAG*)⁸⁴, specificando quanto previsto dall'art. 8 del Regolamento, prevedono che gli amministratori della società stilino un progetto di trasferimento, contenente informazioni specifiche anche sui diritti eventualmente previsti a tutela di soci e creditori e le implicazioni che il trasferimento avrebbe per il coinvolgimento dei lavoratori nella *SE*, che può essere esaminato da soci e creditori per un tempo congruo. Una volta decorsi due mesi dalla pubblicazione del progetto, i soci della *SE* possono deliberare sulla proposta, che necessita di una maggioranza qualificata per l'approvazione⁸⁵. Nel diritto tedesco, conformemente a quanto richiesto dal Regolamento, sia ai soci che non abbiano concorso alla as-

⁸² Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (*SE*) (di qui innanzi: "Regolamento *SE*"), di cui si v. in particolare l'art. 8.

⁸³ §§ 122a ss., *Umwandlungsgesetz* (legge sulle modifiche societarie, di qui innanzi *UmwG*), in tema di fusione transfrontaliera.

⁸⁴ *Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)*.

⁸⁵ Cfr. art. 8(6) Regolamento *SE*, che richiama l'art. 59 del medesimo testo normativo.

sunzione della delibera⁸⁶, sia ai creditori⁸⁷ sono offerte, in talune circostanze, specifiche garanzie a protezione dei propri interessi; nel momento in cui, a seguito della approvazione della delibera di trasferimento, e dell'accertamento che "siano stati adeguatamente tutelati" gli interessi di "creditori e titolari di altri diritti nei confronti della SE"⁸⁸, ai sensi dell'art. 8(8) Reg. 2157/2001 "un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente" nello Stato membro di origine, il che coincide, ai sensi del diritto tedesco, con il *Registergericht*⁸⁹, rilascia un certificato che attesta che, nello Stato di origine, sono state adempiute tutte le formalità richieste per il trasferimento della sede della SE all'estero. Il Regolamento chiarisce che l'iscrizione nello Stato membro di destinazione solamente potrà avvenire "su presentazione del certificato" di cui si è detto, oltre che, naturalmente, solo quando siano rispettate le condizioni richieste per l'iscrizione della società nel Paese di destinazione⁹⁰. In definitiva, quindi, già secondo il diritto europeo per il trasferimento di una SE è necessario, ai fini del completamento della procedura, che sia data la possibilità a quanti detengono un interesse specifico, di tutelarla nelle modalità previste dalla disciplina nazionale del Paese di origine. Solamente ove tale tutela sia stata garantita, una autorità del Paese di origine dà, attraverso il certificato, il nulla osta al trasferimento, che si realizza compiutamente con l'iscrizione nel Paese di destinazione.

Analogamente alla disciplina appena osservata con riferimento al trasferimento all'estero della sede di una SE si danno nell'ordinamento tedesco regole specifiche in caso di fusione, ancora originate dalla disciplina europea che ha disciplinato nel 2005 la fusione transfrontaliera⁹¹, con le norme attualmente presenti all'interno della Direttiva codificata UE 2017/1132, artt. 118 ss. Il procedimento è anche in questo caso assai simile a quello osservato per la SE: l'organo amministrativo (in questo caso di ciascuna delle società che partecipano alla fusione)

⁸⁶ § 12(1) SEAG

⁸⁷ § 13 SEAG.

⁸⁸ Art. 8(7) Regolamento SE e § 13 (3) e § 14 SEAG.

⁸⁹ § 14 SEAG.

⁹⁰ Art. 8(9) Regolamento SE.

⁹¹ Direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, il cui contenuto è oggi riversato nella Direttiva codificata agli artt. 118 ss.

predispone un progetto, che viene portato a conoscenza del pubblico perlomeno un mese prima della data dell'assemblea che deve decidere sulla fusione⁹²; nella pubblicazione si deve dare specifica informazione, tra l'altro, rispetto alle "modalità d'esercizio dei diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza delle società che partecipano alla fusione, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere gratuitamente informazioni esaurienti su tali modalità"⁹³. Oltre al progetto di fusione, gli amministratori devono inoltre redigere e mettere a disposizione di soci e lavoratori anche una specifica relazione. Una volta che tali formalità informative siano state adempiute, l'assemblea di ogni società partecipante alla fusione può procedere alla deliberazione. A questo punto, "l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente" designata dallo Stato membro – per la Germania, ancora il *Registergericht* territorialmente competente⁹⁴ – dopo avere accertato che siano state rispettate le formalità richieste dalla legge – anche con riferimento alla protezione dei creditori e dei soci di minoranza – rilascia il certificato, che è necessario per il completamento del procedimento di fusione nello Stato di destinazione⁹⁵. I principi generali della procedura, dunque, sono i medesimi già osservati nel trasferimento della sede di una *SE*⁹⁶.

Il tutto, naturalmente, è dovuto al fatto che il legislatore, sia europeo che tedesco, ha mostrato di essere consapevole delle criticità derivanti a taluni soggetti (soci di minoranza, creditori, parzialmente lavoratori) legati alla società e che fanno affidamento per la tutela dei propri diritti sulla legislazione dello Stato membro di origine, nel momento in cui le loro ragioni sarebbero da fare valere secondo il differente ordinamento previsto nel Paese di destinazione. La protezione di tale affidamento è realizzata attraverso l'interruzione del processo, rispetti-

⁹² Art. 123(1), Direttiva codificata.

⁹³ Art. 123(2)(c), Direttiva codificata. Per l'ordinamento tedesco, si v. la § 122i *UmwG* per la protezione dei soci di minoranza, e § 122j *UmwG* per la protezione dei creditori, in termini assai simili a quelli presenti nella *SEAG*.

⁹⁴ § 122k *UmwG*.

⁹⁵ Art. 128(2) Direttiva codificata.

⁹⁶ Differente, nelle due fattispecie, è invece il trattamento del tema della tutela della partecipazione dei lavoratori alla *governance* della società; esso trova una regolamentazione specifica nella ipotesi di fusione transfrontaliera (cfr. art. 133, Direttiva codificata), ma non nella *SE*. Su quest'ultimo aspetto si v. C. TEICHMANN, *Circumvention of Board Level Representation of Employees*, *op. cit.*, 94.

vamente di trasferimento di sede e di fusione, nel caso in cui tali interessi non siano stati dalla società tutelati, e quindi l'autorità competente non abbia rilasciato il certificato che consente la prosecuzione della procedura nel Paese di destinazione. Questo sistema, tra l'altro, fa sì che ogni Registro nazionale verifichi solamente la parte di procedura in cui è direttamente coinvolto il proprio ordinamento giuridico, mentre il Registro del Paese di destinazione fa affidamento – sulla base del principio di cooperazione tra Registri – sul certificato rilasciato dal corrispondente ufficio del Paese di origine, per quanto riguarda il rispetto delle formalità previste dall'ordinamento di quel Paese⁹⁷.

Il caso giurisprudenziale cui si faceva riferimento e deciso dalla corte regionale di Francoforte (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, di qui innanzi *OLG Frankfurt/M*) nel gennaio 2017 riguarda una *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*, il tipo societario tedesco corrispondente alla s.r.l. italiana), i cui soci deliberano, nel settembre 2014, la trasformazione della società in s.r.l. italiana, ed il trasferimento della sede sociale a Roma. A seguito della delibera, la società richiede l'annotazione, nel Registro tedesco, della nuova sede italiana, unitamente al cambiamento del tipo sociale. In tre diverse occasioni, il Registro tedesco rifiuta l'annotazione, allegando come motivazione il fatto che dovessero essere seguite dalla società le procedure previste per la trasformazione di diritto interno, unica fattispecie di trasformazione effettivamente riconosciuta dal diritto positivo di quel Paese. Nonostante il rifiuto di iscrizione opposto dal Registro tedesco, la società procede ugualmente, nel novembre 2014, ad iscriversi nel Registro italiano, apparentemente senza che questi manifesti alcuna riserva. Quando, nel febbraio 2015, giunge l'ultima comunicazione di rifiuto di iscrizione della nuova sede da parte del Registro tedesco, la società

⁹⁷ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 18 aprile 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)), P8_TA-PROV(2019)0429, approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il 18 aprile 2019, il cui testo è disponibile all'URL http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0429_IT.html#title2, e di qui innanzi: "Proposta fusioni, scissioni, trasformazioni 2019". Nelle more di pubblicazione di questo lavoro la direttiva è effettivamente stata pubblicata (Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del consiglio del 27 novembre 2019), ma essendo il lavoro già in bozza non è stato possibile tenerne compiutamente conto.

ricorre all'*OLG Frankfurt/M* lamentando che il provvedimento del Registro violerebbe le norme europee sulla libertà di stabilimento, ed i principi dettati su tale materia in particolare dalla sentenza *VALE*.

Soprascedendo in questa sede ad una puntuale analisi della pronunzia giurisprudenziale citata, basti riconoscere che *OLG Frankfurt/M* ha riconosciuto le ragioni della società attrice, in quanto ritenute meritevoli di tutela. In particolare, applicando una specifica norma dell'ordinamento tedesco⁹⁸, ai sensi della quale l'iscrizione nel registro di destinazione ha l'effetto di sanare vizi che si siano verificati nelle fasi precedenti della procedura, il giudice tedesco ha ritenuto che l'iscrizione della società nel Registro delle imprese italiano esplicasse, in virtù del principio di equivalenza su cui la CGUE già aveva riflettuto nella sentenza *VALE*, le medesime conseguenze che avrebbe avuto l'iscrizione della società trasformata in un altro Registro tedesco.

Le osservazioni preliminarmente svolte, tuttavia, dovrebbero avere mostrato con sufficiente chiarezza come tale argomentazione sia da considerarsi errata. Anche evitando di prendere in questa sede posizione sui profili procedurali della vicenda⁹⁹ e che non possono tuttavia prescindere dalla considerazione che la CGUE si è già espressa in merito alla necessità, in caso di trasformazione, di una "consecutiva applicazione di due diritti nazionali"¹⁰⁰, l'impressione è che, nel desiderio

⁹⁸ § 202 *UmwG*.

⁹⁹ Sulla qual questione le opinioni degli autori non sono perfettamente convergenti; si rinvia a riguardo ad un nuovo saggio congiunto di prossima pubblicazione, che sarà proposto alla Rivista *rivistaodc.eu*. Sin d'ora si segnala che ad avviso di C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, *op. cit.*, 1191, la realizzazione in pratica della procedura di trasformazione transfrontaliera, anche in assenza di una specifica normativa a riguardo, deve seguire, per identità di *ratio*, le regole stabilite e vigenti per la fusione transfrontaliera, per cui il Registro del Paese di origine sarà tenuto ad emettere una certificazione rispetto all'aver condotto una verifica preliminare del rispetto delle condizioni poste dal Paese membro di origine, ed in assenza di tale certificazione la procedura non potrà essere completata nel Paese di destinazione, rendendo quindi impossibile l'iscrizione nel Registro del Paese di arrivo. Sulla base di ciò, è opinione dell'A. che la mancanza di maggiore rilievo nell'ambito della vicenda descritta sia da imputarsi al Registro italiano, il quale ha provveduto all'iscrizione senza richiedere la presentazione alcun "nulla osta" promanante dal Registro tedesco.

¹⁰⁰ Sentenza *VALE*, § 37, come rilevato anche da C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, *op. cit.*, 1191.

di dare luogo ad una pronuncia il più possibile aderente ai principi espressi dalla CGUE, *OLG Frankfurt/M* finisce per essere “più papista del Papa”, non riuscendo a riconoscere una evidente differenza tra una seconda registrazione con efficacia sanante in Germania invece che in un Paese diverso¹⁰¹.

In effetti, la funzione sanante del § 202 *UmwG* è perfettamente chiara e comprensibile nel caso di una trasformazione domestica, in maniera simile a quanto per l'ordinamento italiano è previsto dall'art. 2500-*bis* c.c.: essa è volta a consentire alla società trasformata d'esser certa che non sussistano dubbi sul proprio procedimento palingenetico, a beneficio della società stessa e di quanti hanno a che fare con essa. Ciò, tuttavia, in quanto la società, sia prima che dopo la trasformazione, è comunque soggetta al medesimo ordinamento giuridico: i soggetti in contatto con la società non modificano né la sostanza del loro interesse, né le modalità di esercizio delle proprie tutele dopo che la trasformazione è avvenuta.

Non così nel caso di specie, in cui si modifica l'ordinamento giuridico che regge la società; e nel caso di specie, per limitarsi al profilo più evidente, ove la società in Germania fosse stata soggetta ad una forma di cogestione del lavoratori, sulla base del diritto italiano tale diritto di partecipazione alla gestione della società non avrebbe potuto essere riconosciuto ai dipendenti della trasformata.

Ora, in concreto ciò non rilevava, in quanto la società trasformanda non risultava essere soggetta ad un regime di cogestione, né ciò risulta dalla sentenza. Ma è altrettanto vero che l'argomentazione sviluppata da *OLG Frankfurt/M* potrebbe essere utilizzata dal *management* di società con pochi scrupoli in occasione di future operazioni di trasformazione transfrontaliera proprio per liberarsi della presenza di lavoratori negli organi gestori, il che pare assolutamente ultroneo¹⁰².

¹⁰¹ E questo nonostante la questione specifica della inapplicabilità nel caso di specie del § 202 *UmwG* fosse stata sollevata, nelle proprie osservazioni, anche dallo stesso *Registergericht* nella sua risposta al ricorso presentato dalla società.

¹⁰² D'altra parte si è rilevato come la effettiva presenza o meno di portatori di interesse non può essere verificata se non all'esito del processo di trasformazione, e non in via aprioristica: C. TEICHMANN, *Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?*, op. cit., 1193.

7. Conclusioni

Tutto quanto precede, naturalmente, in assenza di una specifica regolamentazione delle trasformazioni transfrontaliere a livello europeo, o perlomeno nazionale.

Nel momento in cui si scrive, una proposta di direttiva volta ad emendare la Direttiva (UE) 2017/1132 attraverso, tra l'altro, l'inserzione di una apposita sezione dedicata alla trasformazione transfrontaliera risulta essere alle soglie della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea¹⁰³. Senza addentrarsi in un esame del provvedimento come allo stato disponibile, si deve tuttavia notare che lo spirito che anima l'intervento innovatore è assai simile a quello riscontrabile con riferimento alla fusione transfrontaliera, per cui vi è una prima fase caratterizzata dalla preparazione di un progetto da parte della società trasformanda¹⁰⁴ e da una successiva relazione a soci e dipendenti¹⁰⁵. Il progetto deve essere pubblicato nel Registro dello Stato di origine almeno un mese prima della data dell'assemblea chiamata a deliberare sulla trasformazione¹⁰⁶. Sono date specifiche tutele a soci di minoranza¹⁰⁷ e creditori¹⁰⁸, invero simili a quelle previste per i casi di trasferimento all'estero della sede della *SE* e di trasformazione transfrontaliera. E soprattutto è disciplinata in dettaglio la questione della protezione dei lavoratori e del loro coinvolgimento nella gestione della società, sia in termini informativi¹⁰⁹, che reali rispetto alla tutela della partecipazione dei lavoratori alla gestione analoga nel Paese di destinazione rispetto a quella di cui essi godevano nel Paese di origine¹¹⁰. Una volta che le procedure volte a proteggere i soggetti menzionati siano state completamente esaurite nel Paese di origine, l'autorità

¹⁰³ V. *supra*, nt. 84.

¹⁰⁴ Cfr. nella Proposta fusioni, scissioni, trasformazioni 2019 la proposta di nuovo art. 86-*quinquies*, in cui, nella versione consultata, ancora erroneamente si discorre di scissione, in luogo di trasformazione. Si noti che invece, nella versione in lingua inglese riportata, ad esempio, in www.rivistaodc.eu, 1/2019, la proposta di art. 86d correttamente discorre di "cross-border conversion".

¹⁰⁵ *Ivi*, proposta di art. 86-*sexies*.

¹⁰⁶ *Ivi*, proposta di art. 86-*nonies*.

¹⁰⁷ *Ivi*, proposta di art. 86-*undecies*.

¹⁰⁸ *Ivi*, proposta di art. 86-*duodecies*.

¹⁰⁹ *Ivi*, proposta di art. 86-*duodecies bis*.

¹¹⁰ *Ivi*, proposta di art. 86-*terdecies*.

competente designata da quest'ultimo può rilasciare il certificato preliminare alla trasformazione¹¹¹ che, analogamente a quanto accade nei casi di *SE* e di fusione transfrontaliera, consente che l'operazione si possa perfezionare nello Stato di destinazione¹¹² con l'affidamento che l'intera fase procedimentale svolta nello Stato di origine si sia svolta correttamente. Una volta terminata la procedura, il che avviene attraverso la registrazione della trasformata nel Registro dello Stato di destinazione¹¹³, non può più essere pronunciata la nullità della trasformazione¹¹⁴.

In generale, dunque, per quanto si potesse ritenere che la giurisprudenza della CGUE avesse già sufficientemente trattato il tema della trasformazione transfrontaliera, da un lato il riferito caso tra Germania ed Italia, e dall'altro la proposta citata di regolamentazione della materia all'interno della Direttiva codificata rendono evidente come il lavoro non fosse ancora del tutto compiuto, ma fossero necessarie, se non altro, norme procedurali che favorissero lo svolgimento dell'operazione. È auspicabile, a questo punto, che la prossima regolamentazione della trasformazione transfrontaliera a livello comunitario riesca a colmare anche le ultime lacune rimaste, per il bene di un principio di libertà di stabilimento che sia, oltre che effettivo, anche rispettoso delle diverse sensibilità e tradizioni giuridiche degli Stati membri.

¹¹¹ *Ivi*, proposta di art. 86-*quaterdecies*. Il procedimento è in questo caso più dettagliato di quanto accada nelle restanti ipotesi che si sono considerate e vedono la presenza di un certificato preliminare. L'articolo relativo, infatti, dispone che la valutazione da parte dell'organo competente deve essere effettuata entro tre mesi dal ricevimento dei documenti e dalla notizia di approvazione della delibera di trasformazione, e che, in caso di esito negativo del controllo, possa essere consentito alla società di "soddisfare le condizioni applicabili o di espletare le procedure e formalità entro un lasso di tempo adeguato".

¹¹² *Ivi*, proposta di artt. 86-*sexdecies* e 86-*septdecies*.

¹¹³ *Ivi*, proposta di art. 86-*octodecies*, nel quale si prevede che la cancellazione dal Registro del Paese di origine avvenga solamente dopo che sia stata effettuata la registrazione nello Stato di destinazione, il cui Registro cura di comunicare l'avvenuta presa di efficacia della trasformazione al Registro di origine, che deve depennare immediatamente la società (para. 3), menzionando nel fascicolo relativo che tale atto è conseguenza di trasformazione transfrontaliera [para. 2(c)].

¹¹⁴ *Ivi*, proposta di art. 86-*duovicies*.